

## Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ. Prof. DI Dr. Gottfried Magerl als weitere Mitglieder über den Antrag der ONE GmbH, Brünnerstrasse 52, 1210 Wien, vertreten durch Piepenbrock Schuster Rechtsanwälte GmbH, Parkring 10, 1010 Wien, vom 12.7.2006, auf „Genehmigung der Überlassung von 2 x 4, 8 MHz UMTS-Spektrum gem. Punkt 2a des Bescheides der Telekom-Control-Kommission vom 26.4.2006, F 2/05-76, in eventuelle, die Überlassung von 2 x 5 MHz UMTS-Spektrum gem. Punkt 2a des Bescheides der Telekom-Control-Kommission vom 26.4.2006, F 2/05-76 an One GmbH nach § 56 Abs. 1 TKG 2003“ einstimmig beschlossen:

### I. Spruch

- 1.) Der Antrag wird mangels der erforderlichen, diesem Antrag gemäß § 56 Abs. 1 TKG 2003 zugrunde liegenden privatrechtlichen Überlassungsvereinbarung als unzulässig zurück gewiesen.
- 2.) Für diesen Bescheid sind Euro 49,05 an Gebühren zu entrichten. Der Betrag ist binnen 14 Tagen mittels beiliegendem Zahlschein auf das P.S.K.-Konto des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie, Konto-Nr. 5040003 zu überweisen.

## II. Begründung

### II. A) Gang des Verfahrens

1.) Mit Schriftsatz vom 12.7.2006 brachte die Antragstellerin eine Stellungnahme sowie einen Antrag bei der Telekom-Control-Kommission auf Genehmigung der Überlassung von 2 x 4, 8 MHz UMTS-Spektrum – in eventu der Überlassung von 2 x 5 MHz UMTS-Spektrum – gemäß Punkt 2a des Bescheides der Telekom-Control-Kommission vom 26.4.2006, F 2/05-76 ein (ON 1).

Die Antragstellerin begründet ihren Antrag im Wesentlichen damit, dass die Telekom-Control-Kommission in ihrem Bescheid vom 26.4.2006, F 2/05-76, die Zustimmung zur Änderung der Eigentumsverhältnisse an der tele.ring Telekom Service GmbH und der TRA 3G Mobilfunk GmbH (im Folgenden zusammen als „tele.ring“ bezeichnet), durch Übergang von 99,999% der Anteile der genannten Gesellschaften an die T-Mobile Austria GmbH (im Folgenden T-Mobile genannt) sowie durch Übertragung von 0,001% der Anteile an die T-Mobile Global Holding Nr. 3 GmbH u.a. unter der Auflage erteilt hat, dass das Frequenzspektrum der tele.ring – aufgeteilt auf zwei Pakete – der Hutchison 3G Austria GmbH (im Folgenden Hutchison genannt) und der Antragstellerin anzubieten sei, wobei keinem dieser Unternehmen das Recht zukommen solle, beide Pakete zu erwerben.

Die Antragstellerin bringt vor, dass sie bereits vor der Genehmigung des Zusammenschlusses von T-Mobile und tele.ring durch die Europäische Kommission und der Genehmigung durch die Telekom-Control-Kommission gemäß § 56 Abs. 2 TKG 2003 mehrere Gespräche mit T-Mobile hinsichtlich des Erwerbes von UMTS-Spektrum und Mobilfunkbasisstationen geführt habe. So sei in der Besprechung am 20.4.2006 von T-Mobile für den gepaarten 4,8 MHz-Block ein Preis von EUR 7,35 Mio. angeboten worden. Die Antragstellerin habe sodann – nach weiteren Gesprächen mit T-Mobile – das von ihr so verstandene Angebot zum Erwerb der Nutzungsrechte für das oben genannte UMTS-Frequenzpaket um den Kaufpreis von EUR 7,350.000,-- verbindlich angenommen und um Übermittlung eines entsprechenden Vertragsentwurfes ersucht. Mit großer Verwunderung habe die Antragstellerin schließlich das Schreiben von T-Mobile vom 22.6.2006 zur Kenntnis genommen, in dem T-Mobile mitgeteilt habe, bis dato kein verbindliches Angebot zum Verkauf des oben genannten UMTS-Spektrums gelegt zu haben.

Die Antragstellerin führt weiters aus, dass sie von einem gemeinsamen Antrag von T-Mobile und Hutchison gemäß § 56 Abs. 1 TKG 2003 erfahren habe, der mit einem Feststellungsantrag verbunden sei, wonach T-Mobile berechtigt sei, beide UMTS-Frequenzpakete an Hutchison anzubieten. Dies widerspreche jedoch sowohl den Auflagen des Bescheides der Telekom-Control-Kommission vom 26.4.2006, F 2/05-76, als auch den von T-Mobile gegenüber der Europäischen Kommission gemachten Zusagen, weshalb dieser Antrag nach Ansicht der Antragstellerin rechtlich unzulässig und daher durch die Telekom-Control-Kommission zurückzuweisen sei.

2.) Die Telekom-Control-Kommission beschloss in ihrer Sitzung am 24.7.2006 den verfahrensgegenständlichen Antrag und den gemeinsamen Antrag von T-Mobile und Hutchison gemäß § 39 Abs. 2 AVG zu einer gemeinsamen mündlichen Verhandlung am 21.8.2006 zu verbinden, um – unter anderem – die Frage zu klären, ob und inwieweit T-Mobile der Antragstellerin ein verbindliches Angebot zum Erwerb eines UMTS-Frequenzpaketes gelegt hat. Das Schriftstück der Antragstellerin und die Ladungen zur mündlichen Verhandlung am 21.8.2006 wurde den Unternehmen am 27.7.2006 übermittelt (ON 4 bis 6).

4) Mit Stellungnahme vom 11.8.2006 (ON 7) brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, bis dato kein konkretes Angebot zum Erwerb eines UMTS-Frequenzpaketes von T-Mobile oder tele.ring erhalten zu haben. Die Antragstellerin nehme zur Kenntnis, dass keine der bisherigen mündlichen und schriftlichen Äußerungen von T-Mobile oder tele.ring ein rechtsverbindliches Angebot darstellt, wiederhole aber ihre Bereitschaft zum Erwerb eines der verfahrensgegenständlichen Pakete. Darüber hinaus erstattete die Antragstellerin weitere Ausführungen zum Verfahren F 4/06.

3) Im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 21.8.2006 wurden die Antragstellerin, sowie T-Mobile und Hutchison zum vorliegenden Sachverhalt befragt (ON 12). Nach Ende der mündlichen Verhandlung wurden die Verfahren F 4 und 5/05 durch Beschluss der Telekom-Control-Kommission gemäß § 39 Abs. 2 AVG getrennt.

## **II. B) Festgestellter Sachverhalt**

1.) Mit Bescheid vom 26.4.2006, F 2/05-76, erteilte die Telekom-Control-Kommission die Zustimmung zur Änderung der Eigentumsverhältnisse an der tele.ring Telekom Service GmbH und der TRA 3G Mobilfunk GmbH, die sich durch Übergang von 99,999% der Anteile der genannten Gesellschaften an die T-Mobile Austria GmbH sowie durch Übergang von 0,001% der Anteile an die T-Mobile Global Holding Nr. 3 GmbH ergibt, mit u.a. nachstehenden Auflagen:

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

*2a.) Das Spektrum im Gesamtumfang von 2x9,8 MHz ist in zwei Pakete zu je 2x5 bzw. 2x4,8 MHz aufzuteilen. Die Nutzungsrechte für ein Frequenzpaket sind dem Mitbewerber Hutchison 3G Austria GmbH zum Kauf anzubieten, die Nutzungsrechte für das andere Frequenzpaket dem Mitbewerber One GmbH. Dabei ist T-Mobile Austria GmbH verpflichtet, in ihrem Angebot an One GmbH kein höheres Entgelt für die Übertragung der Nutzungsrechte am verhandlungsgegenständlichen Frequenzpaket zu fordern, als Hutchison 3G Austria GmbH in deren Angebot gegenüber der T-Mobile Austria GmbH („Term Sheet“ vom 24./28.2.2006) für das nunmehr der One zum Kauf anzubietende Frequenzpaket bereits geboten hatte. Es ist nicht zulässig, die Nutzungsrechte für das Gesamtpaket (2x9,8 MHz) bloß einem der beiden Mitbewerber zum Kauf anzubieten.*

*2b.) Sollte eines der beiden in 2a.) genannten Unternehmen kein ernsthaftes Interesse am entgeltlichen Erwerb von Frequenznutzungsrechten an einem der in 2a.) genannten Pakete haben, so kann das andere am Erwerb interessierte Unternehmen das Recht zur Nutzung am kleineren Frequenzpaket im Umfang von 2x4,8 MHz erwerben. Die Nutzungsrechte am verbleibenden Frequenzpaket mit 2x5 MHz können diesfalls an ein noch nicht am österreichischen Markt tätiges und von österreichischen Mobilfunkbetreibern unabhängiges Unternehmen veräußert werden. Konzern-*

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

*2d.) Erfolgt nicht binnen der vorgeschriebenen 9 Monate eine Verwertung des UMTS-Frequenzspektrums der TRA 3G Mobilfunk GmbH in der gemäß Punkt 2a.), 2b.) oder 2c.) des Spruches vorgeschriebenen Weise, fallen die Nutzungsrechte an den nicht verwerteten Frequenzen ohne finanziellen Ausgleich an den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zurück.*

3. *Jede der gemäß 2a.) bis 2c.) zulässigen Varianten der Überlassung der Nutzungsrechte bedarf der Genehmigung der Telekom-Control-Kommission in einem Verfahren nach § 56 TKG 2003...*“

2.) Mit Schriftsatz vom 12.7.2006 beantragte die Antragstellerin die Überlassung von 2 x 4, 8 MHz UMTS-Spektrum gemäß Punkt 2a des Bescheides der Telekom-Control-Kommission vom 26.4.2006, F 2/05-76, nach § 56 Abs. 1 TKG 2003, in eventu die Überlassung von 2 x 5 MHz UMTS-Spektrum gemäß Punkt 2a des Bescheides der Telekom-Control-Kommission vom 26.4.2006, F 2/05-76, an One GmbH nach § 56 Abs. 1 TKG 2003. In den Schriftsätzen vom 12.7. bzw. 11.8.2006 teilte die Antragstellerin darüber hinaus mit, dass sie bis dato kein konkretes, schriftliches Angebot zum Erwerb eines UMTS-Frequenzpaketes von T-Mobile oder tele.ring erhalten habe.

3) Im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 21.8.2006 erklärten die Antragstellerin und T-Mobile übereinstimmend, dass T-Mobile bis dato kein rechtsverbindliches Angebot zum Erwerb eines der verfahrensgegenständlichen UMTS-Frequenzpakete gelegt habe und somit keine privatrechtliche Vereinbarung betreffend die Überlassung des Spektrums besteht.

## **II. C) Beweiswürdigung**

Die Feststellungen ergeben sich aus dem schriftlichen und mündlichen Parteivorbringen und dem im Sachverhalt zitierten Bescheid.

T-Mobile hat in der mündlichen Verhandlung am 28.8.2006 weiters erklärt, ein entsprechendes Angebot an die Antragsstellerin nur dann binnen der im Bescheid F 2/05 vorgegebenen Frist von 9 Monaten zu legen, sofern den in Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission, F 4/06, gestellten Anträgen nicht gefolgt wird. T-Mobile betrachte diese Entscheidung als Vorfrage.

## **II. D) Rechtliche Beurteilung**

1.) Rechtsgrundlagen:

## *„Überlassung von Frequenzen, Änderung der Eigentümerstruktur*

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

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

Art. 9 Rahmenrichtlinie lautet:

### *„Artikel 9*

#### *Verwaltung der Funkfrequenzen für die elektronischen Kommunikationsdienste*

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

*(2) ...*

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

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

2.) Das TKG 2003 ermöglicht Inhabern von Frequenznutzungsrechten erstmals die unmittelbare Überlassung ihrer Nutzungsrechte an andere Unternehmen. Dieses grundsätzlich privatrechtliche „Überlassungsgeschäft“ bedarf zur seiner Gültigkeit die vorherige Genehmigung durch die Telekom-Control-Kommission. § 56 TKG 2003 trifft keine näheren Bestimmungen darüber, wie dieser Antrag auf Genehmigung der privatrechtlichen Vereinbarung auszugestalten ist, insbesondere auch nicht, ob ein übereinstimmender Antrag sowohl des überlassenden, als auch dem die Frequenzen nutzen wollenden Unternehmens erforderlich ist. Auch die erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage des TKG 2003 (RV 128 d.B XXII. GP) treffen darüber keine expliziten Angaben, weisen aber darauf hin, dass

sowohl dem überlassenden, als auch dem die Frequenzen nutzen wollenden Unternehmen Parteistellung in einem solcher Verfahren zu kommt.

Der vorliegende Antrag bezieht sich auf die Genehmigung der Überlassung von Frequenzen gemäß § 56 Abs. 1 TKG 2003, ohne dass diesem Antrag eine privatrechtliche Vereinbarung über die Überlassung von Nutzungsrechten zugrunde liegt. Die Antragstellerin bekundet vielmehr lediglich ihr ausdrückliches Interesse, Nutzungsrechte am UMTS-Spektrum der T-Mobile zu erwerben und eine solche privatrechtliche Vereinbarung erzielen zu wollen. Beide Unternehmen haben in der mündlichen Verhandlung am 21.8.2006 übereinstimmend ausgesagt, dass es keine privatrechtliche Vereinbarung hinsichtlich des im Spruch dieses Bescheides genannten Frequenzspektrums gibt. T-Mobile hat überdies angekündigt ein Angebot auf Überlassung des oben genannten UMTS-Frequenzpaketes erst dann legen zu wollen, wenn die Telekom-Control-Kommission über die anhängigen Anträge im Verfahren F 4/06 rechtskräftig entschieden hat.

Der Telekom-Control-Kommission kommt – anders als etwa im Verfahren nach § 50 TKG 2003 – bei der Überlassung von Frequenzen nach § 56 TKG 2003 keine Befugnis zur Erlassung eines vertragsersetzenden Bescheides zu, weshalb der diesem Verfahren zugrunde liegende Antrag mangels der erforderlichen privatrechtlichen Überlassungsvereinbarung als unzulässig zurückzuweisen war, ohne auf das inhaltliche Vorbringen der Antragstellerin näher einzugehen.

### 3.) Zu Spruchpunkt 2.):

Die Vorschreibung der Gebühren erfolgte gemäß Abschnitt 2 Punkt E Ziffer 7 Telekommunikationsgebührenverordnung (BGBl II Nr. 29/1998, idF BGBl II Nr. 161/2004, TKGV). Danach ist für die Erteilung von Bewilligungen oder für sonstige Amtshandlungen nach dem Telekommunikationsgesetz, die im wesentlichen im Privatinteresse der Partei liegen und für die keine besondere Gebührenpost vorgesehen ist, eine Gebühr von einmalig Euro 49,05 Euro zu entrichten. Die TKGV findet ihre gesetzliche Deckung in § 82 Abs. 3 TKG 2003.

### **III. Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Bescheid ist gem. § 121 Abs. 5 TKG 2003 kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

### **IV. Hinweis**

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Bei der Einbringung der Beschwerde ist eine Gebühr von Euro 180,-- zu entrichten.

Telekom-Control-Kommission  
Wien, am 04.09.2006

Der Vorsitzende  
Dr. Eckhard Hermann

ZV:

One GmbH, vertreten durch Piepenbrock Schuster Rechtsanwälte GmbH, Parkring 10, 1010 Wien  
per Telefax und Post