

## Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Mag. Barbara Nigl, LL.M. als Vorsitzende sowie durch Mag. DI Georg Donaubauer und Univ.-Prof. DI Dr. Christoph Mecklenbräuer in der Sitzung vom 26.6.2023 beschlossen:

### I. Spruch

Gemäß § 85 Abs 6 iVm § 198 Z 11 TKG 2021 idgF wird die am 3.4.2023 angezeigte beabsichtigte Kooperation über aktive Netzkomponenten zwischen Hutchison Drei Austria GmbH und T-Mobile Austria GmbH gemäß dem „Angebot zum Abschluss einer Vereinbarung über die Erbringung von Active-Network-Sharing-Diensten“ im Ausmaß von „Active Sharing 1“ und „Regional Roaming“ unter folgenden Auflagen genehmigt:

#### 1. MVNO

Hutchison Drei Austria GmbH und T-Mobile Austria GmbH haben die im Rahmen der Kooperation ua durch den Einsatz neuer Technologien wie Active Sharing bzw Regional Roaming erzielten Verbesserungen hinsichtlich der Versorgung, Qualität und Performance der Netze der Hutchison Drei Austria GmbH und der T-Mobile Austria GmbH allen Endverbrauchern zur Verfügung zu stellen.

In diesem Kontext haben Hutchison Drei Austria GmbH und T-Mobile Austria GmbH sicherzustellen, dass alle bestehenden MVNO-Partner im Rahmen ihrer gültigen Verträge sowie entsprechend der darin jeweils vereinbarten Mobilfunk-Technologien

- Zugang zu Sprach-, SMS- und Datendiensten in der über diese Active Sharing Kooperation entstehenden zusätzlichen 4G und 5G Versorgungsabdeckung, sowie
- Zugang zu VoLTE (Voice over LTE - 4G basierter Sprachdienst) im gesamten jeweiligen Netz erhalten.

Somit stehen Netzversorgung und Netzkapazitäten, die auf Basis der Active Sharing Vereinbarung zusätzlich aufgebaut werden, allen MVNO-Partnern entsprechend den jeweiligen vertraglichen Vereinbarungen zur Verfügung.

Die Nutzung des jeweiligen Netzes erfolgt zu den zwischen Hutchison Drei Austria GmbH bzw T-Mobile Austria GmbH und dem jeweiligen MVNO-Partner jeweiligen individuellen vertraglichen Bedingungen und Entgelten, bzw so weit strittig zu Konditionen, die in einem allfälligen Rechtsstreit rechtskräftig festgelegt werden.

Soweit nicht bereits vertraglich mit MVNOs gesondert geregelt, werden Sprachdienste mit VoLTE in gleicher Weise wie Sprachdienste über 2G/3G abgerechnet (dh eine Sprachminute mittels VoLTE entspricht einer Sprachminute über 2G/3G).

## 2. Netzausbau

Hutchison Drei Austria GmbH und T-Mobile Austria GmbH ist es untersagt, für die Dauer der Sharing Vereinbarung eine Netzkonsolidierung und einen Rückbau von Standorten, die im direkten Zusammenhang zur Active Sharing Vereinbarung stehen, vorzunehmen. Ausgenommen von dieser Untersagung sind Standort-Maßnahmen, die aus Gründen außerhalb des Einflussbereiches von Hutchison Drei Austria GmbH bzw T-Mobile Austria GmbH (zB Verlust des Standortes ohne geeignete Alternative) oder aus Unwirtschaftlichkeit (zB überhöhte(r) Investitionsbedarf oder operative Kosten) unabhängig vom aktiven Sharing vorgenommen werden.

## 3. Berichtspflichten

Hutchison Drei Austria GmbH und T-Mobile Austria GmbH haben der Regulierungsbehörde in halbjährlichen Abständen für die Dauer der Active Sharing Kooperation über den aktuellen Stand des Active Sharings zu berichten:

Der halbjährliche Bericht bezieht sich auf den jeweiligen Stand zu den Stichtagen 30.06. und 31.12. der Jahre 2024 bis 2028 und ist jeweils zum letzten Kalendertag des folgenden Monats zu übermitteln und umfasst folgende Informationen:

- Anzahl der Active Sharing Standorte zum Stichtag (unterteilt nach „AS1“ und „RR“).
- Liste der Änderungen der Active Sharing Standorte (zusätzliche/wegfallende), deren Nutzung sich im Berichtszeitraum im Sinne der Kooperation verändert hat mit folgenden Daten:
  - Koordinaten (WGS84),
  - Typ des Active Sharings („AS1“ / „RR“),



- Zeitpunkt Beginn / Ende des Active Sharings.
- Standorte des gesamten Mobilfunk-Netzes (inklusive „AS1“ und „RR“) im HCM-Format mit expliziter Kennzeichnung von Standorten im Rahmen von „AS1“ und „RR“.

Beginnend mit Stichtag 31.12.2029 sind die oben genannten Informationen einmal jährlich mit Stichtag 31.12. bis zum letzten Kalendertag des folgenden Monats für die gesamte Laufzeit der Kooperation zu übermitteln.

Die Annahme des Angebotes ist der Telekom-Control-Kommission unverzüglich mitzuteilen.

## II. Begründung

### A. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 30.3.2023, eingelangt am 3.4.2023, übermittelten Hutchison Drei Austria GmbH („H3A“) und T-Mobile Austria GmbH („TMA“ oder „Magenta“) jeweils eine gemeinsame Anzeige einer beabsichtigten Vereinbarung zur Kooperation über aktive Netzkomponenten gemäß § 85 Abs 3 TKG 2021. Die Antragstellerinnen beantragten, die Telekom-Control-Kommission möge „1. entscheiden, dass keine vertiefte Prüfung der beabsichtigten Vereinbarung erforderlich ist; 2. in eventu: die beabsichtigte Vereinbarung nach vertiefter Prüfung (in eventu: unter Anordnung von Beschränkungen oder Auflagen) genehmigen“. (ON 4) Die Beilage ./A der Anzeige ON 4 enthält die beabsichtigte Vereinbarung in ausformulierter Fassung; dem „Offer to enter into an agreement on the provision of active network sharing services from T-Mobile Austria GmbH [...] to Hutchison Drei Austria GmbH [...]“ ist eine beglaubigte Übersetzung in deutsche Sprache beigefügt.

Darüber hinaus übermittelten die Antragstellerinnen am 3.4.2023 jeweils Schriftsätze mit ergänzenden Ausführungen, die jeweils als Geschäftsgeheimnis bzw als vertrauliche Information bezeichnet wurden (H3A, datiert mit 29.3.2023; TMA, datiert mit 3.4.2023; ON 4).

Die Unterlagen zu ON 4 wurde am 3.4.2023 der Bundeswettbewerbsbehörde („BWB“) sowie dem Bundeskartellanwalt („BKANw“) mit dem Hinweis übermittelt, dass binnen vier Wochen ab Einlangen der Vereinbarung gemäß § 85 Abs 3 TKG 2021 die Möglichkeit besteht, zur Anzeige eine Stellungnahme abzugeben (ON 5, 6).

Weitere Unterlagen („HCM Daten“) wurden seitens TMA am 4.4., 17.4. und 18.4.2023 (ON 7, 14, 16) sowie von H3A am 5.4., 13.4. und 19.4.2023 (ON 8, 13, 19) übermittelt.

Mit Schreiben vom 6.4.2023 wurden (getrennt) Fragen an die Antragstellerinnen übermittelt (ON 9, 10), die am 19.4.2023 beantwortet wurden (H3A, ON 20; TMA, ON 21); diese Fragenbeantwortungen wurden der BWB sowie dem BKANw am 20.4.2023 zur Kenntnis gebracht (ON 22 - 25).

Am 28.4.2023 übermittelte die BWB eine Stellungnahme gemäß § 85 TKG 2021 (ON 26); am 2.5.2023 langte eine Stellungnahme des BKANw nach § 85 Abs 3 TKG 2021 ein (ON 27). Diese wurden den Antragstellerinnen am 3.5.2023 (ON 29, 30) gemäß § 45 Abs 3 AVG zur Kenntnis- und allfälligen Stellungnahme übermittelt.

Am 2.5.2023 fanden getrennte Anhörungen der Antragstellerinnen vor der Telekom-Control-Kommission statt (ON 19, 20, 28).

In weiterer Folge langten Stellungnahmen („Zusagen“) von H3A (10.5.2023, ON 31) und TMA (23.5.2023, ON 34) ein.

Am 25.5.2023 hat die Telekom-Control-Kommission den Beschluss nach § 85 Abs 4 und 6 TKG 2021 gefasst, dass eine vertiefte Prüfung der zu C 1/23 angezeigten

beabsichtigten Vereinbarung zur Kooperation über aktive Netzkomponenten zwischen H3A und TMA erforderlich ist (ON 35). Diese Entscheidung wurde den Antragstellerinnen, der BWB sowie dem BKANw gemäß § 85 Abs 4 TKG 2021 zur Kenntnis gebracht (ON 36 – 40).

Am 7.6.2023 übermittelte TMA eine Stellungnahme mit einer „*neue[n] Version der bereits getätigten Zusagen*“ (ON 41); am 12.6.2023 langte eine Stellungnahme der H3A (datiert mit 7.6.2023) mit „*Erklärungen einer Selbstverpflichtung*“ ein (ON 42).

## **B. Festgestellter Sachverhalt**

### **1. Antragstellerinnen**

H3A und TMA sind jeweils Bereitsteller öffentlicher Kommunikationsnetze, über die mobile Kommunikationsdienste öffentlich angeboten werden (amtsbekannt; vgl die Internetpräsenz unter [www.magenta.at](http://www.magenta.at) und [www.drei.at](http://www.drei.at) sowie die Anzeigen nach § 6 TKG 2021 [„AGG-Verzeichnis“] unter <https://www.rtr.at/TKP/service/agg-verzeichnis/Uebersichtseite.de.html>).

H3A und TMA bieten ihre Dienstleistungen jeweils auf Endkunden- und Vorleistungsebene an.

#### **1.1 Position auf Endkundenebene**

Die Marktanteile der Antragstellerinnen auf der Endkundenebene für Mobilfunk-Dienstleistungen, berechnet auf Basis ihrer Teilnehmerstände (Anzahl der genutzten SIM-Karten exklusive M2M) stellen sich wie folgt dar (Stand Q3/2022; <https://www.rtr.at/TKP/aktuelles/publikationen/publikationen/Datenvisualisierung/telekom-monitor-q32022-daten.de.html>):

H3A: 22%

TMA: 25,2%

Die Marktanteile der weiteren Anbieter auf Endkundenebene zeigen sich wie folgt:

A1 Telekom Austria AG	38,3%
HoT Telekom und Service GmbH	8,7%
Mass Response Service GmbH	3,6%
Restliche Anbieter	2,2%

## 1.2 Position auf Vorleistungsebene

Beide Antragstellerinnen haben privatrechtlich abgeschlossene Vorleistungsverträge mit „Mobile Virtual Network Operators“ („MVNO“); diese virtuellen Mobilfunkanbieter treten in unterschiedlichen Erscheinungsformen auf („full MVNO“, „light MVNO“ und Reseller) und bieten Mobilfunkdienstleistungen an Endkunden an, verfügen aber über kein eigenes (flächendeckendes) Mobilfunk-Zugangsnetz und über keine (für eine österreichweite Versorgung notwendige) Frequenzausstattung; sie substituieren das Mobilfunk-Zugangsnetz und die Frequenzen im Wege einer MVNO-Vereinbarung mit einem Mobilfunkanbieter („Mobile Network Operator“, MNO“; „Host-Betreiber“).

TMA bietet ua für den MVNO HoT Telekom und Service GmbH („HoT“) Vorleistungen insbesondere für deren Smartphonetarife an; H3A bietet Vorleistungen ua an Mass Response Service GmbH („Mass Response“).

MVNOs, insbesondere HoT und Mass Response, sorgen für erheblichen Wettbewerbsdruck auf Endkundenebene (amtsbekannt, vgl auch ON 26, Seite 5; vgl ebenso den Anstieg des Marktanteils von 5,3% im 4. Quartal 2016, [https://www.rtr.at/TKP/aktuelles/publikationen/publikationen/TM\\_Jahresbericht\\_2016.pdf](https://www.rtr.at/TKP/aktuelles/publikationen/publikationen/TM_Jahresbericht_2016.pdf), Seite 17, auf 14,6% im 3. Quartal 2022 - HoT, Mass Response und „Andere“ gemeinsam, <https://www.rtr.at/TKP/aktuelles/publikationen/publikationen/Datenvisualisierung/telekom-monitor-q32022-daten.de.html>).

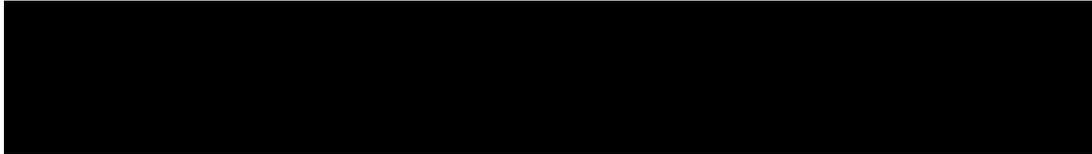
Die Bedeutung der A1 bei Vorleistungen ist gering: Der bedeutendste Kunde der A1 ist MTEL Austria GmbH, daneben bedient A1 andere auf Nischen spezialisierte MVNOs (siehe etwa [https://www.rtr.at/TKP/was\\_wir\\_tun/telekommunikation/konsumentenservice/information/informationen\\_fuer\\_konsumenten/TKKS\\_BetreiberMN.de.html](https://www.rtr.at/TKP/was_wir_tun/telekommunikation/konsumentenservice/information/informationen_fuer_konsumenten/TKKS_BetreiberMN.de.html)).

Der gemeinsame Marktanteil von H3A und TMA am Vorleistungsmarkt (für den Zugang von MVNOs) liegt bei über [REDACTED] (vgl ON 26, Seite 4; ON 27, Seite 4; ).

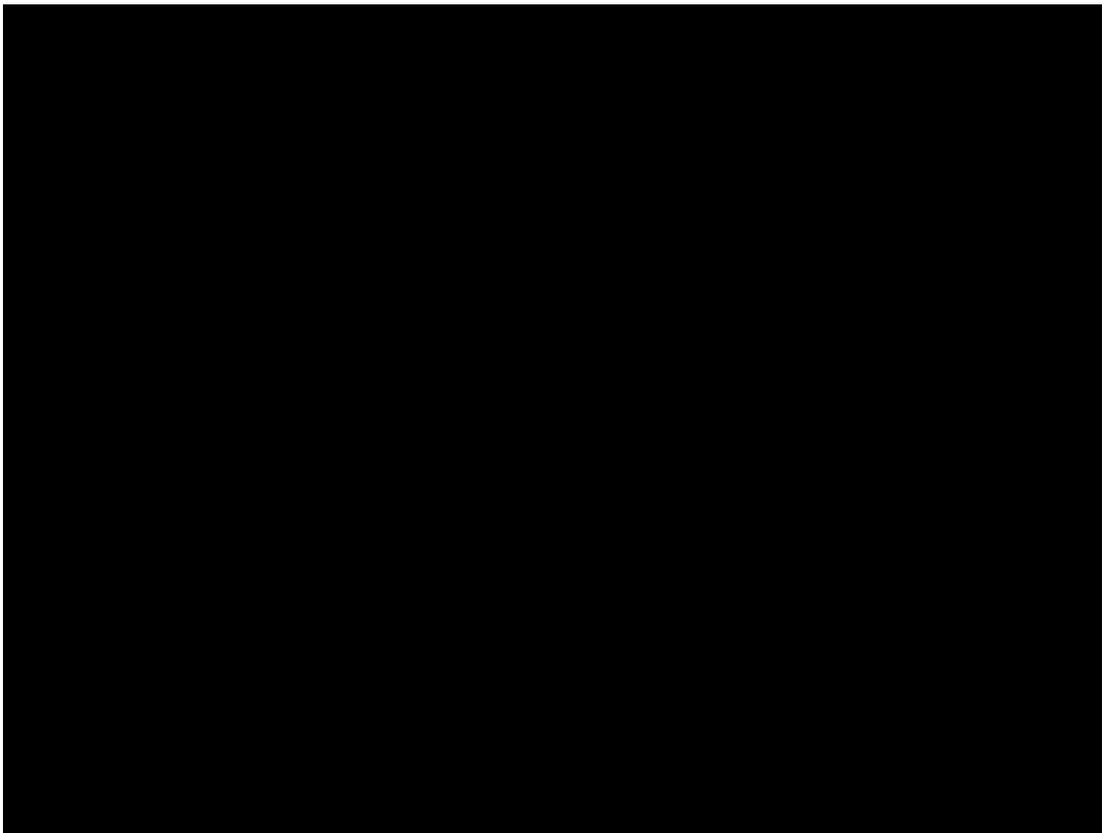
## 2. Beabsichtigte Kooperation

H3A und TMA beabsichtigten eine Kooperation über aktive Netzkomponenten einzugehen und haben hierfür einen umfassenden schriftlichen – als „Angebot“ titulierten – Vertragstext verhandelt (ON 4, Beilage ./A; „Angebot zum Abschluss einer Vereinbarung über die Erbringung von Active-Network-Sharing-Diensten“). Die beabsichtigte Kooperation liegt in englischer und deutscher Sprachfassung vor; die deutsche Fassung ist eine Übersetzung eines staatlich geprüften und beeideten Übersetzers für die englische Sprache (ON 4, Beilage ./A, Seite 135).

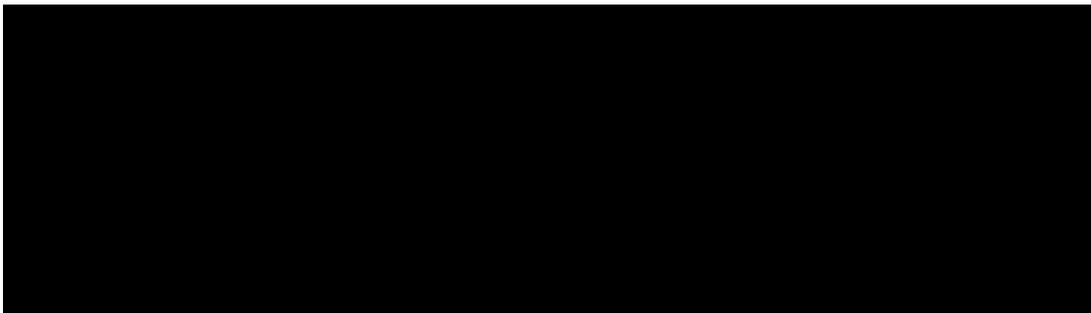
Das „Angebot zum Abschluss einer Vereinbarung über die Erbringung von Active-Network-Sharing-Diensten“ ist diesem Bescheid als Anlage angeschlossen und stellt einen integrierten Teil dieses Bescheides dar.



### **2.1. „Active Sharing 1“**



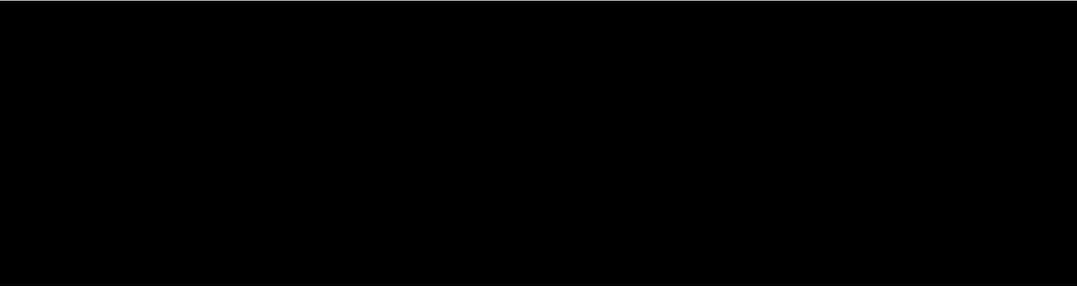
### **2.2. „Regional Roaming“**



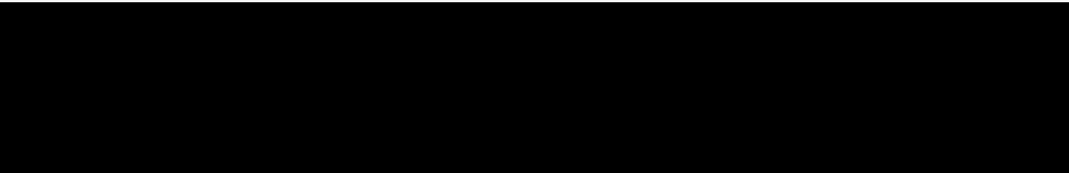
### **2.3. „Aktives Sharing“**

Sowohl „AS1“ als auch „RR“ sind Formen des aktiven Sharings. Im Unterschied zu einem passiven Sharing werden bei aktivem Sharing Netzkomponenten verwendet

und geteilt („shared“), die mit elektrischer Energie betrieben und für die Signalverarbeitung eingesetzt werden (vgl. Gemeinsame Position von GEREK, Seiten 12f).



**2.4.**



## **2.5. Grundsätze der beabsichtigten Kooperation**

Die beabsichtigte Kooperation sieht ua folgende Grundsätze vor:

- Die unternehmerische Unabhängigkeit der Antragstellerinnen soll gewahrt bleiben; es ist den Antragstellerinnen jeweils unbenommen, Produkte, Dienstleistungen und Technologien zu entwickeln und anzubieten (ON 4, Anzeige Seite 14, Beilage ./A, Seiten 3, 4f).
- Damit einhergehend soll der Grundsatz der Servicekontinuität sicherstellen, dass der Host in seinen Entscheidungen zur Entwicklung und Ausgestaltung des Netzes frei ist, solange dem „Gast“ gleichwertige Dienstleistungen eingeräumt werden (ON 4, Anzeige Seite 14, Beilage ./A, Seiten 5f).
- Es soll zu keiner Netzkonsolidierung durch gemeinsam genutzte Infrastruktur kommen (ON 4, Beilage./A, Seite 8).
- Die Antragstellerinnen erbringen ihre Dienstleistungen im Rahmen der beabsichtigten Kooperation auf nichtdiskriminierender Basis (ON 4, Anzeige Seite 14; Beilage./A, Seiten 3, 9).
- Für den Austausch von Informationen sieht das Angebot (ON 4, Beilage ./A, Annex 3) eine „Geheimhaltungsvereinbarung“ sowie (als Anhang 1 dazu) ein „Antitrust-Compliance Protokoll“ samt einer Vorlage für „Kontaktinformationen für Austausch“ (Anhang 2 zu Annex 3) vor. Der Informationsaustausch soll auf das unbedingt Erforderliche begrenzt werden (ON 4, Anzeige Seite 17).

## **2.6. Zielsetzungen der beabsichtigten Vereinbarung**

Die Kooperation soll die Netzabdeckung verbessern sowie die Erfüllung von Versorgungsaufgaben (der Telekom-Control-Kommission) unterstützen, die Rollout-Kosten verringern bzw zu Kostensynergien führen, den 5G-Ausbau beschleunigen und

die Nutzung von Frequenzspektrum im Sinne der Endnutzer und Wholesale-Kunden optimieren (ON 4, Anzeige insb Seiten 3f, 8, Beilage ./A, Seite 3).

## **2.7. Stellungnahmen der Amtsparteien**

### **2.7.1. Stellungnahme der BWB**

Die BWB kommt in ihrer Stellungnahme vom 28.4.2023 (ON 26) zu folgender zusammenfassenden Einschätzung:

*„Die BWB anerkennt mögliche positive Wirkungen von Infrastruktur-Sharing sowie die grundlegende Position des Gesetzgebers zur Ermöglichung solcher Vereinbarungen. Dennoch gilt es den konkreten Einzelfall detailliert zu prüfen, da von derartigen Kooperationsvereinbarungen zwangsläufig auch wettbewerbsrelevante Themen mitumfasst sind. Eine allfällige Nutzung eines Phase-II Verfahrens sowie (nach Möglichkeit) daran anknüpfende Verpflichtungen zur Absicherung wettbewerblicher Bedenken (insbesondere im Hinblick auf mögliche Auswirkungen der Vereinbarung auf MVNOs) erscheint daher durchaus überlegenswert, insbesondere auch, um mögliche zukünftige wettbewerbliche Probleme frühzeitig hintanzustellen.“*

### **2.7.2. Stellungnahme des BKAAnw**

Der BKAAnw führt in seiner Stellungnahme vom 2.5.2023 (ON 27) auszugsweise wie folgt aus:

*„Der Bundeskartellanwalt regt daher an, in geeigneter Weise sicherzustellen, dass die mit den Kooperationswerberinnen in einem Vertragsverhältnis stehenden MVNOs an der durch die Kooperation erzielten zusätzlichen Versorgung bzw. Kapazität in angemessener Weise beteiligt werden. Das ließe sich etwa dadurch verwirklichen, dass den MVNOs zu der mittels der Kooperation erzielten zusätzlichen Versorgung bzw. Kapazität angemessener Zugang im Rahmen der bestehenden Vorleistungstarife gewährt wird und zwar vollumfänglich soweit die nach Kenntnis des Bundeskartellanwalts von den Verträgen mit den MVNOs umfasste - 4G-Technologie (inklusive VoLTE) betroffen ist; soweit die 5G-Technologie bei Active Sharing 1 betroffen ist, zumindest insoweit als ihre mit den Kooperationswerberinnen bestehenden Verträge diese Technologie beinhalten.“*

## **2.8. Erklärungen der Antragstellerinnen**

Die von den Antragstellerinnen am 7. und 12.6.2023 übermittelten Stellungnahmen enthalten jeweils folgende Erklärungen („Zusagen“ bzw „Selbstverpflichtung“):

*„MVNO*

*Magenta Telekom und H3A werden die im Rahmen der Kooperation u.a. durch den Einsatz neuer Technologien wie Active Sharing bzw. Regional Roaming erzielten Verbesserungen hinsichtlich der Versorgung, Qualität und Performance des Netzes der Magenta Telekom bzw. der H3A allen Endverbrauchern zur Verfügung zu stellen.*

*In diesem Kontext verpflichtet sich Magenta Telekom bzw. H3A, sicher zu stellen, dass alle bestehenden MVNO-Partner im Rahmen ihrer gültigen Verträge sowie entsprechend der darin jeweils vereinbarten Mobilfunk-Technologien*

- *Zugang zu Sprach-, SMS- und Datendiensten in der über diese Active Sharing Kooperation entstehenden zusätzlichen 4G und 5G Versorgungsabdeckung, sowie*
- *Zugang zu VoLTE (Voice over LTE - 4G basierter Sprachdienst) im gesamten jeweiligen Netz*

*erhalten.*

*Somit stehen Netzversorgung und Netzkapazitäten, die auf Basis der Active Sharing Vereinbarung zusätzlich aufgebaut werden, allen MVNO-Partnern entsprechend den jeweiligen vertraglichen Vereinbarungen zur Verfügung.*

*Die Nutzung des jeweiligen Netzes erfolgt zu den zwischen H3A bzw. Magenta Telekom und dem jeweiligen MVNO-Partner jeweiligen individuellen vertraglichen Bedingungen und Entgelten, bzw. so weit strittig zu Konditionen, die in einem allfälligen Rechtsstreit rechtskräftig festgelegt werden.*

*Soweit nicht bereits vertraglich mit MVNOs gesondert geregelt, werden Sprachdienste mit VoLTE in gleicher Weise wie Sprachdienste über 2G/3G abgerechnet (dh eine Sprachminute mittels VoLTE entspricht einer Sprachminute über 2G/3G).*

#### *Netzausbau*

*Magenta Telekom und H3A sichern zu, dass für die Dauer der Sharing Vereinbarung keine Netzkonsolidierung und kein Rückbau von Standorten, die im direkten Zusammenhang zur Active Sharing Vereinbarung stehen, vorgenommen wird. Ausgenommen von dieser Zusicherung stehen Standort-Maßnahmen, die aus Gründen außerhalb des Einflussbereiches von Magenta Telekom bzw. H3A (z.B.: Verlust des Standortes ohne geeignete Alternative), oder aus Unwirtschaftlichkeit (z.B.: überhöhte(r) Investitionsbedarf oder operative Kosten), unabhängig von aktiven Sharing, vorgenommen werden.*

#### *Berichtspflichten*

*Magenta Telekom und H3A verpflichten sich der Regulierungsbehörde in halbjährlichen Abständen, für die Dauer der Active Sharing Kooperation, über den aktuellen Stand des Active Sharings zu berichten.*

*Der halbjährliche Bericht bezieht sich auf den jeweiligen Stand, jeweils zu den Stichtagen 30.06. und 31.12. der Jahre 2024-2028, und ist jeweils zum letzten Kalendertag des folgenden Monats zu übermitteln, und umfasst folgende Informationen:*

- Anzahl der Active Sharing Standorte zum Stichtag (unterteilt nach AS1 und RR).
- Liste der Änderungen der Active Sharing Standorte (zusätzliche/wegfallende), deren Nutzung sich im Berichtszeitraum im Sinne der Kooperation verändert hat mit folgenden Daten:
  - Koordinaten (WGS84),
  - Typ des Active Sharings (AS1 / RR),
  - Zeitpunkt Beginn / Ende des Active Sharings.
- Standorte des gesamten Mobilfunk-Netzes (inkl. AS1 und RR) im HCM-Format mit expliziter Kennzeichnung von Standorten im Rahmen von AS1 und RR.

*Beginnend mit Stichtag 31.12.2029 sind die oben genannten Informationen einmal jährlich mit Stichtag 31.12. für die gesamte Dauer der Kooperation zu übermitteln.“*

## **C. Beweiswürdigung**

Die Feststellungen unter Punkt II.B. ergeben sich jeweils aus den in Klammer angeführten Beweismitteln. Dabei handelt es sich insbesondere um die Anzeige der beabsichtigten Kooperation (ON 4) samt dem zur Genehmigung vorgelegten „Angebot zum Abschluss einer Vereinbarung über die Erbringung von Active-Network-Sharing-Diensten“ (deutsche Sprachfassung, Beilage ./A zu ON 4). Angaben zu den antragstellenden Gesellschaften sowie den weiteren Mobilfunkanbietern ergeben sich aus den angeführten öffentlich zugänglichen Informationen und sind amtsbekannt. Weitere Feststellungen gründen auf Stellungnahmen der antragstellenden Gesellschaften sowie der BWB und des BKANw.

Es gibt keinen Grund, an der Schlüssigkeit, Vollständigkeit und Nachvollziehbarkeit dieser Ausführungen zu zweifeln. Es ist im Verfahren nichts hervorgekommen, das Zweifel an der Vollständigkeit der Anzeige der beabsichtigten Kooperation begründen könnte.

## **D. Rechtliche Beurteilung**

### **1. Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission**

Gemäß § 198 Z 11 TKG 2021 ist die Telekom-Control-Kommission für Entscheidungen in Verfahren gemäß § 85 TKG 2021 zuständig.

## 2. Weitere gesetzliche Regelungen

§ 85 TKG 2021 lautet:

### *„Kooperationen über aktive Netzkomponenten*

*§ 85 (1) Als Kooperationen über aktive Netzkomponenten gelten Vereinbarungen zwischen Bereitstellern öffentlicher Kommunikationsnetze, über die mobile Kommunikationsdienste öffentlich angeboten werden, über die gemeinsame Nutzung aktiver Netzkomponenten oder über den Zugang zu den Funktionalitäten aktiver Netzkomponenten. Aktive Netzkomponenten im Sinne dieser Bestimmung sind Komponenten, die mit elektrischer Energie betrieben werden und für die Signalerzeugung, -verarbeitung und -verstärkung sowie die Netzsteuerung eingesetzt werden.*

*(2) Bereitsteller gemäß Abs. 1 sind nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen berechtigt, Kooperationen über aktive Netzkomponenten insoweit einzugehen, als dem insbesondere die in § 1 Abs. 3 Z 4 und 5 festgelegten Regulierungsziele sowie die Bestimmungen des Wettbewerbsrechts nicht entgegenstehen.*

*(3) Bereitsteller gemäß Abs. 1 haben beabsichtigte Vereinbarungen betreffend Kooperationen über aktive Netzkomponenten in ausformulierter Fassung samt sämtlichen gegebenenfalls bezugnehmenden Beilagen vor Abschluss und Durchführung der Vereinbarung der Regulierungsbehörde anzuzeigen. Die Regulierungsbehörde hat unverzüglich nach Einlangen einer solchen Vereinbarung der Bundeswettbewerbsbehörde und dem Bundeskartellanwalt Gelegenheit zu geben, binnen vier Wochen zu den angezeigten Entwürfen eine Stellungnahme abzugeben.*

*(4) Die Regulierungsbehörde hat binnen vier Wochen nach Ablauf der in Abs. 3 letzter Satz genannten Frist zu entscheiden, ob unter Berücksichtigung der in Abs. 2 genannten Regulierungsziele und des § 210 eine vertiefte Prüfung der Vereinbarung gemäß Abs. 3 erforderlich ist. Bei dieser Entscheidung hat die Regulierungsbehörde die von der Bundeswettbewerbsbehörde und dem Bundeskartellanwalt gemäß Abs. 3 übermittelten Stellungnahmen weitestgehend zu berücksichtigen. Entscheidungen nach diesem Absatz sind den Bereitstellern gemäß Abs. 1, die diese Vereinbarung angezeigt haben, der Bundeswettbewerbsbehörde und dem Bundeskartellanwalt unverzüglich zur Kenntnis zu bringen. Gegen Entscheidungen nach diesem Absatz ist keine abgeordnete Beschwerde zulässig.*

*(5) Entscheidet die Regulierungsbehörde gemäß Abs. 4, dass keine vertiefte Prüfung erforderlich ist, gilt die Vereinbarung gemäß Abs. 3 in der gemäß Abs. 3 angezeigten Form als genehmigt und entfällt die Berechtigung der Regulierungsbehörde, wegen des der angezeigten Vereinbarung zu Grunde liegenden Sachverhalts einen Antrag gemäß § 36 Abs. 4 Z 2 Kartellgesetz 2005 an das Kartellgericht zu stellen.*

*(6) Entscheidet die Regulierungsbehörde gemäß Abs. 4, dass eine vertiefte Prüfung der angezeigten Vereinbarung gemäß Abs. 3 erforderlich ist, hat sie diese binnen vier Monaten nach der Entscheidung gemäß Abs. 4 mit Bescheid abzuschließen. Dabei sind*

die von der Bundeswettbewerbsbehörde und dem Bundeskartellanwalt gemäß Abs. 3 übermittelten Stellungnahmen weitestgehend zu berücksichtigen. Bestehen gegen die angezeigte Vereinbarung, gegebenenfalls unter Anordnung von Beschränkungen oder Auflagen, keine Bedenken im Sinne des Abs. 2 und des § 210, ist die Vereinbarung, gegebenenfalls unter geeigneten Beschränkungen oder Auflagen, zu genehmigen. Bestehen gegen diese angezeigte Vereinbarung Bedenken im Sinne des Abs. 2 oder des § 210, die nicht durch Beschränkungen oder Auflagen beseitigt werden können, ist der Abschluss und die Durchführung der angezeigten Vereinbarung zu untersagen. Parteistellung im Verfahren nach diesem Absatz haben alle in der angezeigten Vereinbarung als Vertragsparteien in Aussicht genommene Bereitsteller gemäß Abs. 1. Bescheide der Regulierungsbehörde nach diesem Absatz sind der Bundeswettbewerbsbehörde und dem Bundeskartellanwalt zur Kenntnis zu bringen.

*(7) Vereinbarungen betreffend Kooperationen über aktive Netzkomponenten, die nicht gemäß Abs. 3 der Regulierungsbehörde angezeigt werden oder die gemäß Abs. 6 untersagt wurden, sind nichtig und dürfen nicht durchgeführt werden.“*

§ 1 TKG 2021 lautet auszugsweise:

#### **„Zweck und Ziele**

*§ 1 (1) Zweck dieses Bundesgesetzes ist es, durch Förderung des Wettbewerbes im Bereich der elektronischen Kommunikation die Versorgung der Bevölkerung und der Wirtschaft mit zuverlässigen, preiswerten, hochwertigen und innovativen Kommunikationsdienstleistungen zu gewährleisten. [ ]*

*(3) Bei der Verfolgung der in Abs. 1 genannten Ziele ist so vorzugehen, dass die vollziehenden Behörden [ ]*

*4. effiziente Investitionen und Innovationen im Bereich neuer und verbesserter Infrastrukturen auch dadurch fördern, indem sie dafür sorgen, dass bei jeglicher Zugangsverpflichtung dem Risiko der investierenden Unternehmen gebührend Rechnung getragen wird, und dass sie verschiedene Kooperationsvereinbarungen zur Diversifizierung des Investitionsrisikos zwischen Investoren und Zugangsnachfragern sowie zur gemeinsamen Nutzung von Infrastrukturen zulassen, während sie gleichzeitig gewährleisten, dass der Wettbewerb auf dem Markt und der Grundsatz der Nichtdiskriminierung gewahrt werden;*

*5. die vielfältigen Bedingungen im Zusammenhang mit Infrastrukturen, Wettbewerb, Gegebenheiten der Endnutzer und insbesondere der Verbraucher, die in den verschiedenen geografischen Gebieten herrschen, – auch in Bezug auf die von natürlichen Personen ohne Gewinnerzielungsabsicht verwaltete lokale Infrastruktur – gebührend berücksichtigen; [ ]“*

§ 198 TKG 2021 lautet auszugsweise:

**„Aufgaben**

§ 198. Der Telekom-Control-Kommission sind folgende Aufgaben zugewiesen: [ ]

11. Entscheidungen in Verfahren gemäß §§ 79 und 85; [ ]“

§ 210 TKG 2021 lautet:

**„Antragsrechte beim Kartellgericht**

§ 210. (1) Ergibt sich für die Regulierungsbehörde im Rahmen ihrer Tätigkeit die Vermutung, dass ein Sachverhalt dem Kartellgesetz unterliegt, hat sie diesen Sachverhalt zu prüfen und gegebenenfalls einen Antrag nach § 28 Abs. 1 und 2 Kartellgesetz 2005 (KartG 2005), BGBl. Nr. 61/2005, an das Kartellgericht zu richten.

(2) Bei Zuwiderhandlungen gegen die im ersten Hauptstück des KartG 2005 enthaltenen Verbote und bei Nichteinhaltung der nach § 27 KartG 2005 für verbindlich erklärten Verpflichtungszusagen besteht für die Regulierungsbehörde eine Antragsverpflichtung, sofern die in § 1 genannten Zweck- und Zielbestimmungen dieses Bundesgesetzes berührt sind.“

§§ 1, 2 KartG 2005 lauten auszugsweise:

**„Kartellverbot**

§ 1. (1) Verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmern, Beschlüsse von Unternehmervereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken (Kartelle).

(2) Nach Abs. 1 sind insbesondere verboten

1. die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen;

2. die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen;

3. die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen;

4. die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;

5. die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.

(3) Die nach Abs. 1 verbotenen Vereinbarungen und Beschlüsse sind nichtig. [ ]

### **Ausnahmen**

§ 2. (1) Vom Verbot nach § 1 sind Kartelle ausgenommen, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmern

a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder

b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Die Verbraucher sind auch dann angemessen beteiligt, wenn der Gewinn, der aus der Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder der Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts entsteht, zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft wesentlich beiträgt.

(2) Jedenfalls vom Verbot nach § 1 ausgenommen sind die folgenden Kartelle:

1. Kartelle, an denen Unternehmer beteiligt sind, die zueinander im Wettbewerb stehen und gemeinsam am relevanten Markt einen Anteil von nicht mehr als 10 % haben, oder Kartelle, an denen Unternehmer beteiligt sind, die nicht miteinander im Wettbewerb stehen und die jeweils am relevanten Markt einen Anteil von nicht mehr als 15 % haben, sofern sie in beiden Fällen weder die Festsetzung der Verkaufspreise, die Einschränkung der Erzeugung oder des Absatzes noch die Aufteilung der Märkte bezwecken (Bagatellkartelle); [ ]“

Art 101 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) lautet:

„(1) Mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken, insbesondere

a) die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen;

b) die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen;

c) die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen;

d) die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;

e) *die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.*

*(2) Die nach diesem Artikel verbotenen Vereinbarungen oder Beschlüsse sind nichtig.*

*(3) Die Bestimmungen des Absatzes 1 können für nicht anwendbar erklärt werden auf*

- *Vereinbarungen oder Gruppen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen,*
- *Beschlüsse oder Gruppen von Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen,*
- *aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen oder Gruppen von solchen,*

*die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen*

*a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder*

*b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.“*

### **3. Zur Prüfung von Kooperationen über aktive Netzkomponenten**

#### **3.1. Allgemeines - § 85 TKG 2021**

Mit § 85 TKG 2021 wurde eine im Vergleich zur Rechtslage nach dem TKG 2003 neue Bestimmung eingeführt, die - entsprechend den Erläuterungen (ErläutRV 1043 BlgNR 27. GPen) – „*Mobilfunknetzbetreibern ein grundsätzliches Recht auf Kooperationen auch betreffend aktive Netzkomponenten*“ einräumt. Damit soll eine „*effiziente gemeinsame Nutzung bereits vorhandener Infrastrukturen*“ ermöglicht und ein Beitrag zum 5G-Ausbau geleistet werden. Neben dem § 85 TKG 2021, der keine Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben darstellt, finden sich im TKG 2021 weitere Hinweise, dass Kooperationen – grundsätzlich – möglich sind bzw gemeinsame Anstrengungen zum Netzausbau vorgenommen werden können, wie etwa in den Bestimmungen zur Mitbenutzung (§§ 60ff TKG 2021) oder in § 98 TKG 2021 („*Kooperationen, Ko-Investitionen und Zugang*“ im Kontext eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht).

Nach § 1 Abs 3 Z 4 TKG 2021 sollen die vollziehenden Behörden bei der Verfolgung der Ziele des TKG 2021 (durch Förderung des Wettbewerbes im Bereich der elektronischen Kommunikation soll die Versorgung der Bevölkerung und der Wirtschaft mit zuverlässigen, preiswerten, hochwertigen und innovativen Kommunikationsdienstleistungen gewährleistet werden, § 1 Abs 1 TKG 2021) so vorgehen, dass sie „*verschiedene Kooperationsvereinbarungen zur Diversifizierung des Investitionsrisikos zwischen Investoren und Zugangsnachfragern sowie zur gemeinsamen Nutzung von Infrastrukturen*“ zulässt. Dabei hat die Behörde ua zu gewährleisten, dass „*der Wettbewerb auf dem Markt gewahrt*“ wird.

Das Verfahren zur Prüfung von Kooperationen nach § 85 TKG 2021 dient damit der Sicherstellung des Wettbewerbs: Bereitsteller öffentlicher Kommunikationsnetze sind nur insoweit berechtigt, solche Kooperationen einzugehen, als (insbesondere) die Regulierungsziele iSd § 1 Abs 3 Z 4 und 5 TKG 2021 und die „*Bestimmungen des Wettbewerbsrechts*“ nicht entgegenstehen.

Ausdruck der vorgesehenen Prüfung von allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen (KartG 2005, AEUV) – zur Sicherstellung von Wettbewerb – ist die verpflichtende Involvierung der BWB und des BKA<sub>nw</sub> nach Abs 3 leg cit: Den Amtsparteien ist unverzüglich nach Anzeige einer beabsichtigten Kooperation Gelegenheit zu geben, zu den angezeigten Entwürfen eine Stellungnahme abzugeben; die Stellungnahmen sind in weiterer Folge „*weitestgehend zu berücksichtigen*“ (vgl Abs 4 und 5 leg cit).

Für die Prüfung einer solchen Kooperation über aktive Netzkomponenten sieht Abs 3 leg cit eine Anzeigepflicht für beabsichtigte Vereinbarungen betreffend Kooperationen über aktive Netzkomponenten vor: Die in Aussicht genommene Vereinbarung ist in ausformulierter Fassung, vollständig (dh samt allfälligen Beilagen) und vor Abschluss und Durchführung der Vereinbarung der Telekom-Control-Kommission anzuzeigen.

### **3.2. Anzeige einer Kooperation über aktive Netzelemente durch Bereitsteller öffentlicher Kommunikationsnetze**

Wie festgestellt, sind die beiden antragstellenden Gesellschaften jeweils Bereitsteller öffentlicher Kommunikationsnetze, über die mobile Kommunikationsdienste öffentlich angeboten werden.

Die angezeigte Kooperation in den Ausformungen „AS1“ und „RR“ ist eine Vereinbarung über aktive Netzkomponenten; es wird jedenfalls Zugang zu den Funktionalitäten solcher Netzkomponenten (iSd § 85 Abs 1 TKG 2021) gewährt.

Die in Aussicht genommene Vereinbarung („*Angebot*“ der TMA „*zum Abschluss einer Vereinbarung über die Erbringung von Active-Network-Sharing-Diensten*“ an H3A) wurde der Telekom-Control-Kommission ausformuliert, umfassend und vor Abschluss (bzw Annahme des Angebotes) angezeigt (§ 85 Abs 3 TKG 2021).

### **3.3. Prüfungsmaßstab**

Der Maßstab der Regulierungsbehörde für die Prüfung von Kooperationen über aktive Netzkomponenten wird in § 85 Abs 2, 4 TKG 2021 festgelegt: Es handelt sich „*insbesondere*“ um die in § 1 Abs 3 Z 4 und 5 leg cit festgelegten Regulierungsziele, die „*Bestimmungen des Wettbewerbsrechts*“ sowie korrespondierend dazu § 210 TKG 2021 („*Antragsrechte beim Kartellgericht*“).

Für die Beurteilung von Kooperationsvorhaben iSd § 85 TKG 2021 sind darüber hinaus das „*Positionspapier - Infrastructure Sharing in Mobilfunknetzen*“ der Telekom-Control-Kommission vom 28.5.2018 (<https://www.rtr.at/TKP/aktuelles/veroeffentlichungen/veroeffentlichungen/TKKPosi>

[tionInfrShare2018.de.html](#)) sowie die „BEREC Common Position on Mobile Infrastructure Sharing“ des Gremiums europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation („GEREK“) vom 13.6.2019 (BoR (19) 110; [https://www.berec.europa.eu/sites/default/files/files/document\\_register\\_store/2019/6/BoR %2819%29 110 CP Infrastructure sharing.pdf](https://www.berec.europa.eu/sites/default/files/files/document_register_store/2019/6/BoR_%2819%29_110_CP_Infrastructure_sharing.pdf)) bedeutsam. Im Zusammenhang mit der Gemeinsamen Position von GEREK ist zu beachten, dass die Regulierungsbehörden nach § 1 Abs 5 TKG 2021 bei ihren Entscheidungen den vom GEREK verabschiedeten Leitlinien, Stellungnahmen, Empfehlungen, gemeinsamen Standpunkten, bewährten Verfahren und Methoden „*weitestmöglich Rechnung zu tragen*“ haben.

### **3.3.1. Regulierungsziele iSd § 1 Abs 3 Z 4 und 5 TKG 2021**

Das als Prüfungsmaßstab (direkt) erwähnte Regulierungsziel iSd § 1 Abs 3 Z 4 TKG 2021 zielt darauf ab, dass „*effiziente Investitionen und Innovationen im Bereich neuer und verbesserter Infrastrukturen*“ auch dadurch gefördert werden sollen, dass Kooperationsvereinbarungen zugelassen werden sollen, soweit der Wettbewerb auf dem Markt gewahrt wird.

Diese Bestimmung steht damit in Übereinstimmung mit den Erläuterungen zu § 85 TKG 2021, wonach Kooperationen zwischen Wettbewerbern möglich sind, jedoch von der Regulierungsbehörde auf ihre Wettbewerbskompatibilität geprüft werden müssen.

Das ebenfalls direkt in § 85 Abs 2 TKG 2021 erwähnte Regulierungsziel iSd § 1 Abs 3 Z 5 TKG 2021 zielt darauf ab, dass die vielfältigen Bedingungen im Zusammenhang mit Infrastrukturen, Wettbewerb, Gegebenheiten der Endnutzer und insbesondere der Verbraucher, die in den verschiedenen geografischen Gebieten herrschen, zu berücksichtigen sind.

### **3.3.2. Bestimmungen des Wettbewerbsrechts**

Einschlägige Bestimmungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts sind §§ 1f KartG 2005 (Kartellverbot bzw zu den Ausnahmen) sowie die (korrespondierenden) Bestimmungen des Art 101 AEUV.

Entscheidendes Merkmal für die Anwendbarkeit von Art 101 AEUV ist die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels. Dieses Kriterium wird weit ausgelegt und ist bereits dann erfüllt, wenn sich das Verhalten auf das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaats erstreckt (vgl Leitlinien der Kommission über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Art 81 und 82 des Vertrags, ABl 2004 C-101/81 Rz 78 ff).

Da die Kooperation das gesamte Hoheitsgebiet Österreichs umfasst, folgt die weitere Prüfung anhand Art 101 AEUV (vgl auch Stellungnahme des BKANw, Seite 2; ebenso die Entscheidung der Europäischen Kommission vom 11.7.2022 zu Case AT.40305-Network Sharing - Czech Republic, Rz 51ff).

Einschlägig für die Interpretation des Art 101 AEUV im gegebenen Kontext einer Vereinbarung zwischen Marktteilnehmern auf derselben Wertschöpfungsstufe, dh zwischen unmittelbaren Wettbewerbern (jeweils auf der Endkunden- und der Vorleistungsebene) sind die (neuen) Leitlinien der Europäischen Kommission zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (in weiterer Folge „Leitlinien“); diese wurden am 1.6.2023 beschlossen (vgl [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_23\\_2990](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_2990) sowie [https://competition-policy.ec.europa.eu/document/fd641c1e-7415-4e60-ac21-7ab3e72045d2\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/document/fd641c1e-7415-4e60-ac21-7ab3e72045d2_en)).

Im Abschnitt 3.6. der Leitlinien („Vereinbarungen über die gemeinsame Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen“) gibt die Europäische Kommission Orientierungshilfen zu bestimmten Arten von Produktionsvereinbarungen über Mobilfunkinfrastrukturen; die Europäische Kommission anerkennt einleitend (Rz 260) die potenziellen Vorteile von Vereinbarungen über die gemeinsame Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen, die sich aus Kostensenkungen oder Qualitätsverbesserungen ergeben. Kostensenkungen (zB beim Ausbau und bei der Wartung) können den Verbrauchern in Form von niedrigeren Preisen zugutekommen. Eine bessere Qualität der Dienste oder eine größere Vielfalt an Produkten und Diensten kann zB durch einen schnelleren Ausbau neuer Netze und Technologien, eine größere Reichweite oder ein dichteres Netz entstehen.

Vereinbarungen über die gemeinsame Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen, einschließlich einer möglichen gemeinsamen Frequenznutzung stellen nach Rz 261 grundsätzlich keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art 101 Abs 1 AEUV dar.

Solche Vereinbarungen können jedoch folgende wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben:

- Der Infrastrukturwettbewerb, der ohne Kooperation stattfinden würde, kann eingeschränkt werden. Ein geringerer Infrastrukturwettbewerb kann wiederum den Wettbewerb auf der Vorleistungs- wie auch auf der Endkundenebene einschränken (Rz 262).
- Weiters können Vereinbarungen über die gemeinsame Nutzung von Mobilfunkinfrastrukturen die Entscheidungsfreiheit der Parteien einschränken und die Möglichkeiten und Anreize der Parteien begrenzen, miteinander in einen Infrastrukturwettbewerb einzutreten (Rz 263).
- Weiters kann der Informationsaustausch zwischen den Kooperationspartnern wettbewerbsrechtlich problematisch sein, insbesondere wenn er über das hinausgeht, was für das Funktionieren der Kooperation unbedingt erforderlich ist (Rz 263).

Die Leitlinien nennen in Rz 264 folgende Faktoren, die bei der Prüfung allfälliger wettbewerbsbeschränkender Auswirkungen von Bedeutung sind:

- die Art und das Ausmaß der gemeinsamen Nutzung,

- den Umfang, die Dauer und die durch die Vereinbarungen geschaffene Struktur,
- der räumliche Anwendungsbereich und die Marktabdeckung der Kooperation,
- die Marktstruktur und -merkmale (Marktanteile der Parteien, Umfang der von den Parteien gehaltenen Frequenzen, Intensität des Wettbewerbs zwischen den Parteien, Anzahl der Betreiber außerhalb der Vereinbarung und Ausmaß des von ihnen ausgeübten Wettbewerbsdrucks, Marktzutrittschranken, ...).

Folgenden Anforderungen müssen – Rz 265 folgend – erfüllt sein, damit prima facie davon ausgegangen werden kann, dass die Kooperation keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen gemäß Art 101 AEUV hat:

- Die Betreiber kontrollieren und betreiben ihr eigenes Kernnetz, und es gibt keine technischen, vertraglichen, finanziellen oder sonstigen Hemmnisse, die die Betreiber daran hindern, ihre Infrastruktur individuell/einseitig einzurichten, aufzurüsten und zu erneuern, wenn sie dies wünschen.
- Die Betreiber behalten ihre Unabhängigkeit im Endkunden- und Vorleistungsgeschäft.
- Die Betreiber verfolgen weiterhin unabhängige Strategie betreffend Frequenzen.
- Die Betreiber tauschen nicht mehr Informationen aus, als für die gemeinsame Nutzung der Mobilfunkinfrastrukturen unbedingt erforderlich sind, und es wurden die notwendigen Hindernisse für den Informationsaustausch errichtet.

### **3.4. Vertiefte wettbewerbliche Prüfung**

Am 25.5.2023 hat die Telekom-Control-Kommission den Beschluss gefasst, dass eine „*vertiefte Prüfung*“ der angezeigten Kooperation nach § 85 Abs 4 und 6 TKG 2021 erforderlich ist. Damit trägt die Telekom-Control-Kommission auch der Stellungnahme der BWB (ON 26: „*allfällige Nutzung eines Phase-II Verfahrens*“) weitestgehend Rechnung.

#### **3.4.1. Bewirkte Einschränkung des Wettbewerbs - Art 101 Abs 1 AEUV**

Die verfahrensgegenständliche Kooperation über aktive Netzkomponenten stellt eine (in Aussicht genommene) österreichweite Vereinbarung iSd Art 101 Abs 1 AEUV zwischen zwei Unternehmen dar, welche – ex ante betrachtet - geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen und eine Einschränkung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts zu *bewirken*.

Es sind keine Hinweise ersichtlich, dass mit der Kooperation eine Einschränkung des Wettbewerbs *bezweckt* wird (vgl ON 4, Anzeige Seite 13; Rz 61 der Leitlinien; Stellungnahme der BWB, ON 26, Seite 3).

Mögliche (bewirkte) Wettbewerbsbeschränkungen bestehen darin, dass das Ausmaß des Infrastrukturwettbewerbs (in einem oligopolistischen Markt) sinkt, das Kollisionsrisiko (bedingt durch eine verstärkte Koordination bzw eines erhöhten Informationsaustausches der Kooperationswerber) steigt und sich die

Wettbewerbsposition für MVNOs, die eine treibende Kraft für den Wettbewerb am Endkundenmarkt darstellen, dadurch verschlechtert, dass ihnen und ihren Kunden die „Vorteile“ der beabsichtigten Kooperation nicht zukommen (vgl. ON 27; Gemeinsame Position von GEREK, Seiten 10f).

Eine Spürbarkeit der (gegenständlichen) Wettbewerbsbeschränkungen ergibt sich bereits aus den hohen gemeinsamen Marktanteilen der Antragstellerinnen sowohl auf Endkunden- (über 47%) als auch auf Vorleistungsebene (über [REDACTED]); die Anwendung der Ausnahmeregelung („*Safe Harbour-Bereich*“) der De-minimis-Bekanntmachung der Europäischen Kommission scheidet damit aus (vgl. Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union den Wettbewerb nicht spürbar beschränken, ABl C 291 vom 30.8.2014, S 13; vgl. auch die Entscheidung der Europäischen Kommission vom 11.7.2022 zu Case AT.40305- Network Sharing - Czech Republic, Rz 54).

In einer vorausschauenden Gesamtbetrachtung der angezeigten (beabsichtigten) Kooperationsvereinbarung ist jedoch von geringen Auswirkungen der Wettbewerbsbeschränkungen auszugehen:

Die vorgesehene Laufzeit der Kooperation [REDACTED] und könnte sich negativ auf den langfristigen Infrastrukturwettbewerb auswirken. Die Laufzeit kann aber auf die Frequenzuteilungen und die Versorgungsaufgaben der Telekom-Control-Kommission zurückgeführt werden, deren Erfüllung ein wesentlicher Zweck [REDACTED] Vereinbarung zu „AS1“ ist. Darüber hinaus ist zu beachten, dass eine sehr kurze Vertragslaufzeit mit regelmäßigem Verlängerungsbedarf (bzw. Verhandlungen) einen effektiven Abschreckungsmechanismus im Rahmen einer (stillschweigenden) Kollusion bilden kann.

Demgegenüber ist zu beachten, dass eine Kooperation nur im Bereich des Funknetzes stattfindet, die Kernnetze der Kooperationspartner bleiben getrennt. Damit verbleibt ein sehr hoher Grad an Entscheidungsfreiheit (insbesondere betreffend Endkunden- und Vorleistungsangeboten) bei den jeweiligen Antragstellerinnen (vgl. Leitlinien, Rz 265). Die Telekom-Control-Kommission hat sich in ihrem Positionspapier betreffend „Infrastructure Sharing“ mit Fragen des – hier nicht gegenständlichen - „Sharings im Kernnetz“ auseinandergesetzt und dazu wettbewerbliche Bedenken geäußert (vgl. Positionspapier Seite 15).

Der Umfang der Kooperation kann als gering bezeichnet werden: [REDACTED]

[REDACTED] Auch im Hinblick auf die (in Aussicht genommene) räumliche Verteilung und damit die betroffene Bevölkerung ist von geringen Auswirkungen auszugehen (vgl. Gemeinsame Position von GEREK, Seite 17).

Der für die gegenständliche Kooperation notwendige Informationsaustausch folgt dem „*need to know*“-Prinzip und wird durch eine Geheimhaltungsvereinbarung samt einem „*Antitrust-Compliance-Protokoll*“ sichergestellt (vgl. Gemeinsame Position von GEREK, Seiten 17f).

### **3.4.2. Ausnahmevorbehalt - Art 101 Abs 3 AEUV**

Da in der ex ante Betrachtung von spürbaren Wettbewerbsbeschränkungen ausgegangen wird, ist in weiterer Folge zu prüfen, ob die Voraussetzungen nach Art 101 Abs 3 AEUV erfüllt sind. Diese Bestimmung enthält eine Ausnahme vom Kartellverbot des Art 101 Abs 1 AEUV:

Abs 1 ist nicht anwendbar, wenn eine Vereinbarung

1. zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt („*Effizienzgewinne*“), sofern
2. die Verbraucher an dem entstehenden Gewinn angemessen beteiligt werden und sichergestellt ist, dass
3. den beteiligten Unternehmen keine Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, und
4. die beteiligten Unternehmen nicht die Möglichkeit erlangen, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Diese vier Kriterien sind kumulativ. Ist nur eines von ihnen nicht erfüllt, findet die Ausnahmebestimmung keine Anwendung.

#### **3.4.2.1. Effizienzgewinne**

Die erste Voraussetzung für eine Ausnahme vom Kartellverbot zielt darauf ab, dass die fragliche Absprache zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt. Die Ausnahmebestimmung gilt gleichermaßen für Herstellung und Vertrieb von Waren wie für Dienstleistungen. Erfasst wird jeder objektiv feststellbare wirtschaftliche Vorteil, den eine (an sich wettbewerbsbeschränkende) Vereinbarung mit sich bringt. In ihren Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag (ABl C 101/97, 27.4.2004, Rz 48ff) stellt die Europäische Kommission primär auf Effizienzgewinne in Form von Kosteneinsparungen ab („*Economies of Scale*“, „*Economies of Scope*“), welche quantifizierbar sind, anerkennt aber auch qualitative Effizienzgewinne (vgl. *Wollmann in Jaeger/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV Art 101 AEUV, Stand 1.11.2019, Rz 122).

In Übereinstimmung mit den Leitlinien zur horizontalen Zusammenarbeit (Rz 260), der Gemeinsamen Position von GEREK (Seiten 9f), den Stellungnahmen der BWB (ON 26, Seite 5) und des BKAw (ON 27, Seite 4) sowie den Ausführungen der Antragstellerinnen (ON 4, Anzeige Seiten 7f, 19) sind Effizienzgewinne der gegenständlichen Kooperation - ex ante betrachtet - sehr wahrscheinlich:

„AS1“ ermöglicht einen beschleunigten 5G Ausbau (und damit eine Sicherstellung von Versorgungsaufgaben), eine beträchtliche Senkung der Kosten [REDACTED]



Zweck haben TMA und H3A „Zusagen“ bzw eine „Selbstverpflichtung“ abgegeben; damit soll sichergestellt werden, dass die erzielten „Verbesserungen hinsichtlich der Versorgung, Qualität und Performance der Netze der Magenta Telekom bzw. der H3A allen Endverbrauchern zur Verfügung“ stehen. Die Antragstellerinnen haben insbesondere erklärt, dass „alle bestehenden MVNO-Partner im Rahmen ihrer gültigen Verträge sowie entsprechend der darin jeweils vereinbarten Mobilfunk-Technologien Zugang zu Sprach-, SMS- und Datendiensten in der über diese Active Sharing Kooperation entstehenden zusätzlichen 4G und 5G Versorgungsabdeckung [ ] erhalten.“ Dies umfasst auch netzweit Zugang zu VoLTE. Damit stehen Netzversorgung und Netzkapazitäten, die auf Basis der in Aussicht genommenen Kooperation zusätzlich erreicht werden, „allen MVNO-Partnern entsprechend den jeweiligen vertraglichen Vereinbarungen zur Verfügung“. Damit werden MVNO-Partner gleich gestellt mit einer Situation, in der der Host-Betreiber sein Netz selber ausbaut und diese Netzerweiterungen zu den vereinbarten Konditionen (Qualität, Preis) an Vorleistungspartner weiter gibt.

Somit ist (jedenfalls im Wege einer Auflage nach § 85 Abs 6 TKG 2021, siehe weiter unten) sichergestellt, dass auch MVNOs und deren Kunden an der Kooperation angemessen beteiligt werden. Der Wettbewerbsdruck am Endkundenmarkt durch MVNOs stellt sicher, dass ausreichender Wettbewerb am Endkundenmarkt herrscht. Dies stellt sicher, dass die Vorteile der Kooperation an Endverbraucher weitergegeben werden.

#### **3.4.2.3. Unerlässlichkeit**

Mit dem dritten Tatbestandsmerkmal ist zu prüfen, ob die mit der Kooperation verbundenen wettbewerbsbeschränkenden Klauseln überschießend sind. Wettbewerbsbeschränkungen sind nur dann unerlässlich, wenn ohne sie die sich aus der Vereinbarung ergebenden Effizienzgewinne beseitigt oder erheblich geschmälert würden, oder aber die Wahrscheinlichkeit zurückgeht, dass sich die Effizienzgewinne realisieren (vgl Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, Rz 79).

Die Kooperation (Wettbewerbsbeschränkung) erscheint in dieser Form unerlässlich, um diese Effizienzgewinne zu realisieren: Die zeitnahen Qualitätsverbesserungen können ohne die Kooperation nicht erzielt werden. „Überschießende“ Bestimmungen können nicht erkannt werden (vgl auch die Stellungnahme des BKAw, ON 27, Seite 4).

#### **3.4.2.4. Keine Ausschaltung des Wettbewerbs**

Die Kooperation darf den beteiligten Unternehmen nicht die Möglichkeit eröffnen, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Dienstleistungen den Wettbewerb auszuschalten. Damit wird dem Schutz des Wettbewerbs der Vorrang vor sonstigen wirtschaftlichen Vorteilen eingeräumt, die sich aus wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen ergeben können (vgl Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, Rz 105).

Da neben den Kooperationspartnern auch [REDACTED] weiterhin ein eigenes flächendeckendes Mobilfunknetz betreibt, ist nicht davon auszugehen, dass

es zu einer Ausschaltung des Wettbewerbs kommt. Auch der konkrete Umfang der Kooperation lässt eine solche Ausschaltung nicht erwarten (vgl auch die Stellungnahme des BKA<sub>nw</sub>, ON 27, Seite 4).

### **3.4.3. Zusagen, Selbstverpflichtung, Auflagen**

H3A und TMA haben bereits in ihrer gemeinsamen Anzeige der gegenständlichen Kooperation über aktive Netzkomponenten (ON 4, Seite 2) ihre Bereitschaft zur Abgabe von „Absichts- und/oder Selbstverpflichtungserklärungen“ erklärt.

Mit Schreiben vom 7. und 12.6.2023 übermittelten die Kooperationswerber Zusagen zu den Themenbereichen „MVNO“, „Netzausbau“ sowie „Berichtspflichten“.

Diese Zusagen sind für die Genehmigung der angezeigten Kooperation erforderlich, weswegen die Erklärungen der Antragstellerinnen als Auflage iSd § 85 Abs 6 TKG 2021 aufgenommen wurden und damit für TMA und H3A rechtlich verbindlich sind.

Die zusätzliche Netzversorgung und -kapazitäten, die auf Basis der Active Sharing Vereinbarung zusätzlich aufgebaut werden, werden (analog zum Selbstausbau des Netzes) allen MVNO-Partnern entsprechend den jeweiligen vertraglichen Vereinbarungen zur Verfügung gestellt. Wie bereits ausgeführt, stellt die Auflage betreffend den Umgang mit MVNOs sicher, dass auch diese Gruppe von Verbrauchern iSd Art 101 Abs 3 AEUV an der Kooperation angemessen beteiligt wird und durch die Vereinbarung nicht in ihrer Fähigkeit eingeschränkt wird, weiterhin Wettbewerbsdruck auf der Endkundenebene auszuüben. Durch die Zurverfügungstellung von VoLTE an MVNOs in ganz Österreich wird sichergestellt, dass die durch das beabsichtigte aktive Sharing in Verbindung mit dem Auslaufen der National Roaming-Vereinbarung erleichterte Abschaltung alter Technologien (2G/3G) zu keinen Qualitätseinbußen bei MVNOs bzw zu keinen negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb führt. Der Zugang zu VoLTE umfasst auch die notwendigen Informationen für etwaige gesetzliche Verpflichtungen, die der Vorleistungspartner selbst zu erfüllen hat.

Die zweite Auflage im Zusammenhang mit dem Netzausbau stellt sicher, dass keine wesentliche Konsolidierung der Mobilfunknetze der Kooperationspartner auf Grund der gegenständlichen Kooperation vorgenommen wird. Für die Dauer der gegenständlichen Kooperation ist durch die Antragstellerinnen bzw ein mit ihnen verbundenes Unternehmen weder eine Netzkonsolidierung noch ein Rückbau von Standorten, die im direkten Zusammenhang zur Active Sharing-Vereinbarung stehen, vorzunehmen. Damit wird der bisherige Ausbau unabhängiger Infrastrukturen und der Wettbewerb auf diesen Standorten jedenfalls erhalten.

Einzelne Standortmaßnahmen sollen jedoch möglich bleiben, um Umständen Rechnung zu tragen, die außerhalb des Einflussbereiches der Antragstellerinnen stehen.

Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass H3A Versorgungsverpflichtungen aus der „Multibandauktion 2013“ erfüllen muss, dh H3A muss 98% der Bevölkerung „outdoor“ mit Schmalband mit selbst betriebenem Netz versorgen, dh ohne Einsatz von aktivem

Sharing. Eine Unterschreitung ist pönalisiert (vgl die Anlage 1 zum Bescheid F 1/11-283 der Telekom-Control-Kommission vom 19.11.2013, Punkte 4.1.2 sowie 4.3.3.). Bereits diese Entscheidung stellt für H3A sicher, dass es zu keiner nennenswerten Konsolidierung kommt.

Mit der Auflage zu den „Berichtspflichten“ wird ein langfristiges Monitoring der gegenständlichen Kooperation sichergestellt. Im Besonderen wird die Prüfung ermöglicht, welche Standorte tatsächlich im Rahmen der Kooperation genutzt werden; dabei kann erkannt werden, ob und ggf inwieweit es zu einem Rückbau von Standorten, die im direkten Zusammenhang zur Kooperations-Vereinbarung stehen, kommt. Die zusätzliche Versorgung von Bevölkerung und Fläche durch die Kooperation kann anhand der zu übermittelnden HCM-Daten (mit Hilfe einer Simulation) nachvollzogen werden.

#### **3.4.4. Zusammenfassende wettbewerbliche Beurteilung**

Die am 3.4.2023 von H3A und TMA angezeigte Kooperation über aktive Netzkomponenten (im Ausmaß von „AS1“ und „RR“) bewirkt eine spürbare Einschränkung des Wettbewerbs iSd Art 101 Abs 1 AEUV, gleichzeitig ist unter Berücksichtigung der Auflagen (Zusagen) sichergestellt, dass die Ausnahmekriterien des Art 101 Abs 3 AEUV kumulativ erfüllt sind.

Auch den Regulierungszielen iSd § 1 Abs 3 Z 4 und 5 TKG 2021 wird entsprochen, da eine Kooperation zugelassen und gleichzeitig sichergestellt wird, dass der Wettbewerb (weiterhin) gewährleistet ist (Z 4 leg cit). Darüber hinaus werden die Gegebenheiten der Endnutzer und insbesondere der Verbraucher, die in den verschiedenen geografischen Gebieten herrschen, dahingehend berücksichtigt, als die zusätzliche Versorgung, die durch die Kooperation entsteht, in eher ländlichen Räumen Wirkung entfalten soll. Darüber hinaus profitieren auch MVNOs und deren Endkunden von den „Zugewinnen“ der Kooperation.

#### **3.5. Genehmigung**

Die Voraussetzungen für eine Genehmigung (unter Auflagen) iSd § 85 TKG 2021 liegen vor, weswegen spruchgemäß zu entscheiden war.

Da dem Eventualbegehren (ON 4) der antragstellenden Gesellschaften inhaltlich Rechnung getragen wurde und die in Aussicht genommene Kooperationsvereinbarung über aktive Netzkomponenten („AS1“ und „RR“) genehmigt wurde, kann eine weitere Begründung entfallen (§ 58 Abs 2 AVG).

Durch die Auferlegung von Auflagen, im Besonderen betreffend „MVNO“, wurde auch den fundierten Stellungnahmen der BWB und des BKA<sub>nw</sub> iSd § 85 TKG 2021 „*weitestgehend Rechnung getragen*“.

Darüber hinaus hat die Telekom-Control-Kommission in ihren Überlegungen auch den einschlägigen BEREC-Leitlinien iSv § 1 Abs 4 TKG 2021 „*weitestgehend Rechnung getragen*“.



Mit der vorliegenden Entscheidung nach § 85 TKG 2021 wird über eine allfällige Genehmigung einer Frequenzüberlassung nicht abgesprochen. Eine solche ist dem Verfahren nach § 20 TKG 2021 vorbehalten.

Abschließend wird festgehalten, dass mit der gegenständlichen Entscheidung auch keine Aussagen zur Einhaltung oder Nichteinhaltung von Versorgungsverpflichtungen basierend auf den einschlägigen Frequenzzuteilungs-Bescheiden der Telekom-Control-Kommission getroffen werden.

### **3. Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Bescheid steht den Parteien dieses Verfahrens gemäß § 200 Abs 7 TKG 2021 das Rechtsmittel der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (§ 9 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz, VwGVG, BGBl I Nr 33/2013 idgF) offen, wobei vor Einbringung der Beschwerde eine Eingabegebühr in der Höhe von 30 Euro unter Angabe des Verwendungszwecks an das Finanzamt Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten, zu entrichten und die Entrichtung der Gebühr bei Einbringung der Beschwerde nachzuweisen ist (BuLVwG-Eingabengebührverordnung, BuLVwG-EGebV, BGBl II 387/2014 idgF). Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides bei der Behörde, die den Bescheid erlassen hat, einzubringen.

Telekom-Control-Kommission  
Wien, am 26.6.2023

Die Vorsitzende  
Mag. Barbara Nigl, LL.M.

Anlage:

„Angebot zum Abschluss einer Vereinbarung über die Erbringung von Active-Network-Sharing-Diensten“