

Mit-Nr. 345/2013

**Zusammenschlussvorhaben Telefónica Deutschland und E-Plus;
telekommunikationsrechtlicher Prüfungsrahmen**

Az: BK1 – 13/002

1. Allgemeines:

Die Mobilfunkunternehmen E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG (E-Plus) und die Telefónica Germany GmbH & Co. OHG (Telefónica) beabsichtigen zu fusionieren. Beide Unternehmen sind Lizenznehmer/Frequenzzuteilungsinhaber im Bereich des Mobilfunks.

Die E-Plus verfügt derzeit über folgende Frequenznutzungsrechte:

Band	E-Plus	Laufzeit
900 MHz	10,0 MHz	2016
1,8 GHz	54,8 MHz	2016/2025
2,0 GHz	44,6 MHz	2020/2025
2,6 GHz	30,0 MHz	2025
3,5 GHz	84,0 MHz	2021
Summe	223,4 MHz	

Die Telefónica verfügt derzeit über folgende Frequenznutzungsrechte:

Band	Telefónica	Laufzeit
800 MHz	20,0 MHz	2025
900 MHz	10,0 MHz	2016
1,8 GHz	34,8 MHz	2016
2,0 GHz	48,9 MHz	2020/2025
2,6 GHz	50,0 MHz	2025
Summe	163,7 MHz	

Die Frequenznutzungsrechte beider Unternehmen wurden jeweils in offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahren erworben.

Im Einzelnen:

Die E1-Lizenz zum Errichten und Betreiben eines digitalen zellularen Mobilfunknetzes (GSM) wurde im Rahmen eines europaweiten Ausschreibungsverfahrens am 4. Mai 1993 an die E-Plus, seinerzeit firmierend als E-Plus Mobilfunk GmbH, vergeben (Mitteilung 26/1993, ABl. Bundesministerium für Post und Telekommunikation 11/1993, S. 229). Am 15. Mai 1997 wurde die E2-Lizenz (GSM) als Ergebnis eines Ausschreibungsverfahrens an die Telefónica unter der damaligen E 2 Mobilfunk GmbH & Co. KG vergeben (Vfg. 128/1997, ABl. Bundesministerium für Post und Telekommunikation 14/1997, S. 679).

Im Sommer 2000 wurden Lizenzen zum Betreiben von Übertragungswegen in den Frequenzbereichen von 1900 MHz bis 1980 MHz, 2010 MHz bis 2025 MHz sowie 2110 MHz bis 2170 MHz für das Angebot von Mobilfunkdienstleistungen der dritten Generation (UMTS/IMT-2000) versteigert. Grundlagen der Vergabe waren insbesondere die Entscheidungen der Kammer vom 18. Februar 2000 über die Festlegungen und Regeln im Einzelnen zur Vergabe von Lizenzen für Universal Mobile Telecommunications Systems (UMTS)/International Mobile Telecommunications 2000 (IMT-2000) Mobilkommunikation der

dritten Generation (Az.: BK-1b-98/005-1, Vfg. 13/2000, ABl. Reg TP 4/2000, S. 516) sowie die Regeln für die Durchführung des Versteigerungsverfahrens zur Vergabe von Lizenzen für UMTS/IMT-2000, Mobilkommunikation der dritten Generation (Az.: BK1b-98/005-2, Vfg. 14/2000, ABl. Reg TP 4/2000, S. 564). Im so genannten UMTS-Kernband (im Bereich von 1900 MHz bis 2170 MHz) standen für die Vergabe insgesamt 2 x 60 MHz (gepaart) und 25 MHz (ungepaart) zur Verfügung. Da für Frequenzuteilungen nicht in ausreichendem Umfang verfügbare Frequenzen vorhanden waren, hat die Regulierungsbehörde seinerzeit das gesetzlich vorgesehene Auktionsverfahren durchgeführt. Als Ergebnis der Versteigerung wurden der Telefónica (ehemals: Viag Interkom GmbH & Co.) sowie der E-Plus (E-Plus 3G Luxemburg S.a.r.l.) für UMTS/IMT-2000-Mobilfunk-Lizenzen erteilt (vgl. Mitteilung 597/2000, ABl. Reg TP 20/2000, S. 3435).

Im Jahr 2010 wurden auf der Grundlage der Entscheidung der Präsidentenkammer vom 12. Oktober 2009 (Az: BK 1a-09/002, Vfg. 59/2009, ABl. Bundesnetzagentur 20/2009, S. 3623 ff.) Frequenzen aus den Bereichen 800 MHz, 1,8 GHz, 2 GHz und 2,6 GHz für den drahtlosen Netzzugang zum Angebot von Telekommunikationsdiensten versteigert, da für Frequenzuteilungen nicht in ausreichendem Umfang Frequenzen zur Verfügung standen. Auf der Grundlage der Versteigerung erhielten u. a. die E-Plus (Erste MVV Mobilfunk Vermögensverwaltungsgesellschaft mbH) und die Telefónica (Telefónica O2 Germany GmbH & Co. OHG) Frequenznutzungsrechte. Im Rahmen der Auktion konnten alle Bieter ihr bis dahin vorhandenes Spektrum mehr als verdoppeln.

Die Zuteilung der Frequenzen erfolgte entsprechend der Regulierungspraxis zur Sicherstellung der Regulierungsziele, insbesondere im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG, in jedem dieser Vergabeverfahren an von einander wettbewerblich unabhängige Unternehmen. Das Konzept der wettbewerblich voneinander unabhängigen Netzbetreiber gilt nicht nur im Rahmen der Durchführung von Vergabeverfahren, sondern für die gesamte Dauer der auf der Grundlage von Vergabeverfahren erteilten Nutzungsrechte. Damit gilt der Grundsatz der wettbewerblichen Unabhängigkeit im Rahmen des geplanten Zusammenschlussvorhabens bis zur Zustimmung durch die jeweils zuständigen Behörden.

2. Zuständigkeit der Präsidentenkammer und Zusammenarbeit mit anderen Behörden; §§ 123, 123a, 132 Abs. 3 TKG

Der Bundesnetzagentur ist gemäß § 55 Abs. 3 Satz 1 TKG die Verwaltungsaufgabe zugewiesen, Frequenzen als Einzelzuteilung zuzuteilen. Diese Aufgabenzuweisung schließt die Befugnis zur Änderung von Frequenzuteilungen sowie zum Widerruf von Frequenzuteilungen gemäß § 63 TKG ein.

Innerhalb der Bundesnetzagentur (funktionelle Zuständigkeit) ist im vorliegenden Fall gemäß § 132 Abs. 1 und 3 TKG die Präsidentenkammer zuständig, weil die hier zu treffende Entscheidung im Zusammenhang mit der Überprüfung der Verteilung von Frequenznutzungsrechten im Bereich knapper Frequenzen im Sinne des § 55 Abs. 10 TKG steht.

Die Bundesnetzagentur arbeitet nach § 123 TKG mit dem Bundeskartellamt zusammen. Nach dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit unterstützt die Präsidentenkammer die Europäische Kommission bei der Erfüllung ihrer Aufgaben, Art. 4 Abs. 3 EUV (Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit).

3. Telekommunikationsgesetzliche Grundlagen:

Einschlägig für derartige Zusammenschlussvorhaben sind § 55 Abs. 7 und 8 TKG.

(7) Der Bundesnetzagentur ist Beginn und Beendigung der Frequenznutzung unverzüglich anzuzeigen. Bei der Bundesnetzagentur anzuzeigen sind Namensänderungen, Anschriftenänderungen, unmittelbare und mittelbare Änderungen in den Eigentumsverhältnissen, auch bei verbundenen Unternehmen, und identitätswahrende Umwandlungen.

(8) Eine Änderung der Frequenzzuteilung ist unverzüglich bei der Bundesnetzagentur unter Vorlage entsprechender Nachweise in Textform zu beantragen, wenn

1. *Frequenznutzungsrechte durch Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge übergehen sollen,*
2. *Frequenzen auf ein verbundenes Unternehmen im Sinne des § 15 des Aktiengesetzes übertragen werden sollen,*
3. *Frequenzen von einer natürlichen Person auf eine juristische Person, an der die natürliche Person beteiligt ist, übertragen werden sollen oder*
4. *ein Erbe Frequenzen weiter nutzen will.*

In diesen Fällen können Frequenzen bis zur Entscheidung über den Änderungsantrag weiter genutzt werden. Dem Änderungsantrag ist zuzustimmen, wenn die Voraussetzungen für eine Frequenzzuteilung nach Absatz 5 vorliegen, eine Wettbewerbsverzerrung auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt nicht zu besorgen ist und eine effiziente und störungsfreie Frequenznutzung gewährleistet ist. Werden Frequenzzuteilungen nicht mehr genutzt, ist der Verzicht auf sie unverzüglich schriftlich zu erklären. Wird eine juristische Person, der Frequenzen zugeteilt waren, aufgelöst, ohne dass es einen Rechtsnachfolger gibt, muss derjenige, der die Auflösung durchführt, die Frequenzen zurückgeben. Verstirbt eine natürliche Person, ohne dass ein Erbe die Frequenzen weiter nutzen will, müssen diese vom Erben oder vom Nachlassverwalter zurückgegeben werden.

Sowohl im Rahmen des § 55 Abs. 7 TKG als auch im Rahmen des § 55 Abs. 8 TKG erfolgt die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen in Hinsicht auf die Gewährleistung einer effizienten und störungsfreien Frequenznutzung sowie auf mögliche Wettbewerbsverzerrungen aufgrund der sich ergebenden Frequenzausstattung, § 55 Abs. 7 und 8 i.V.m. §§ 55 Abs. 4 und 5, 63 TKG.

Im Fall von Unternehmenszusammenschlüssen ist daher durch den Anzeigenden bzw. Antragsteller zum einen darzulegen, dass das fusionierte Unternehmen Frequenzen auch künftig effizient nutzen wird. Hierfür ist in Form eines Frequenznutzungskonzepts schlüssig und nachvollziehbar darzulegen, wie das fusionierte Unternehmen eine effiziente Frequenznutzung sicherstellen wird.

Zum anderen ist durch den Anzeigenden bzw. Antragsteller darzulegen, dass Wettbewerbsverzerrungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt nicht zu besorgen sind. Die Bundesnetzagentur prüft hierbei nicht allgemein die Auswirkungen eines Zusammenschlussvorhabens auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt aus wettbewerbsrechtlicher Sicht, sondern telekommunikationsrechtlich den monokausalen Zusammenhang zwischen Frequenzverteilung aufgrund eines Zusammenschlusses und hieraus resultierender möglicher Wettbewerbsverzerrungen.

4. Geplantes Zusammenschlussvorhaben Telefónica/E-Plus

Für den geplanten Zusammenschluss der Mobilfunknetzbetreiber E-Plus und Telefónica ist auf Folgendes hinzuweisen:

Die Frequenzverteilung auf dem sachlich und räumlich relevanten Marktes des drahtlosen Netzzugangs stellt sich derzeit wie folgt dar:

Band	Telekom Deutschland	Vodafone	Telefónica	E-Plus
800 MHz	20,0 MHz	20,0 MHz	20,0 MHz	0,0 MHz
900 MHz	24,8 MHz	24,8 MHz	10,0 MHz	10,0 MHz
1,8 GHz	40,0 MHz	10,8 MHz	34,8 MHz	54,8 MHz
2,0 GHz	24,8 MHz	34,7 MHz	48,9 MHz	44,6 MHz
2,6 GHz	45,0 MHz	65,0 MHz	50,0 MHz	30,0 MHz
3,5 GHz	0,0 MHz	0,0 MHz	0,0 MHz	84,0 MHz
Summe	154,6 MHz	155,3 MHz	163,7 MHz	223,4 MHz

Für den Fall der Realisierung des geplanten Zusammenschlussvorhabens E-Plus/Telefónica würden sich die Frequenzausstattungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt rechnerisch zunächst wie folgt darstellen:

Band	Telekom Deutschland	Vodafone	Telefónica/E-Plus
800 MHz	20,0 MHz	20,0 MHz	20,0 MHz
900 MHz	24,8 MHz	24,8 MHz	20,0 MHz
1,8 GHz	40,0 MHz	10,8 MHz	89,6 MHz
2,0 GHz	24,8 MHz	34,7 MHz	93,5 MHz
2,6 GHz	45,0 MHz	65,0 MHz	80,0 MHz
3,5 GHz	0,0 MHz	0,0 MHz	84,0 MHz
Summe	154,6 MHz	155,3 MHz	387,1 MHz

Mit Blick auf den telekommunikationsrechtlichen Prüfungsrahmen nach § 55 Abs. 7 und 8 i.V.m. §§ 55 Abs. 4 und 5, 63 TKG ist zur Sicherstellung der effizienten Frequenznutzung für das fusionierte Unternehmen darzulegen, in welchem Umfang Frequenznutzungsrechte in den verschiedenen Frequenzbändern in einem zusammengeführten Mobilfunknetz weiterhin benötigt werden.

Darüber hinaus ist für das fusionierte Unternehmen darzulegen, dass mit Blick auf die Frequenzausstattung des fusionierten Unternehmens Wettbewerbsverzerrungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt nicht zu besorgen sind. Aus der o. a. Tabelle ergibt sich, dass die sich rechnerisch ergebende Frequenzausstattung des fusionierten Unternehmens Telefónica/E-Plus im Verhältnis zu den Frequenzausstattungen der im Markt befindlichen Wettbewerber Telekom und Vodafone erheblich asymmetrisch wäre.

Grundsätzlich gilt, dass jede asymmetrische Frequenzverteilung in den jeweils hiervon betroffenen Frequenzbereichen einer sachlichen Rechtfertigung bedarf, sofern sie nicht Folge eines objektiven, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens ist. Einer sachlichen Rechtfertigung bedarf es daher nicht, wenn bei einem Zusammenschluss zweier Mobilfunkunternehmen, die ihre Frequenzausstattungen jeweils auf der Grundlage solcher objektiven, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahren erworben haben, eine komplette Frequenzausstattung durch ein Unternehmen zurückgegeben wird.

Die Präsidentenkammer wird die künftige Frequenzverteilung für das geplante Zusammenschlussvorhaben von Telefónica Deutschland und E-Plus im Rahmen eines objektiven, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens (vgl. § 55 Abs. 1 S. 3 TKG) anhand der Regulierungsziele und –grundsätze nach § 2 Abs. 2 und 3 TKG prüfen. Hierbei sind insbesondere die Regulierungsziele der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und die Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG), der Wahrung der Nutzer, insbesondere der Verbraucherinteressen (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG) und der Sicherstellung der effizienten und störungsfreien Frequenznutzung (§ 2 Abs. 2 Nr. 7 TKG) zu beachten.

Die Durchführung eines objektiven, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens ist erforderlich – auch mit Blick auf die Interessen sämtlicher aktueller und potenzieller Wettbewerber, welche die betroffenen Frequenzen schnellstmöglich zur Verwirklichung ihrer jeweiligen Geschäftsmodelle nutzen wollen. In diesem Zusammenhang wird auf die gesetzliche Regelung des § 150 Abs. 8 TKG hingewiesen:

„Auf Verleihungen nach § 2 Abs. 1 des Gesetzes über Fernmeldeanlagen in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Juli 1989 (BGBl. I S. 1455) und auf Lizenzen oder Frequenzen, die nach den §§ 10, 11 und 47 Abs. 5 des Telekommunikationsgesetzes vom 25. Juli 1996 (BGBl. I S. 1120) zugeteilt wurden, findet § 62 Abs. 1 bis 3 für den in diesen Lizenzen und Frequenzen festgelegten Geltungszeitraum keine Anwendung. [...]“

BK1