



EUROPÄISCHE KOMMISSION

Fall M.7018 - TELEFONICA DEUTSCHLAND / E-PLUS

Nur der deutsche Text ist verfügbar und verbindlich.

**VERORDNUNG (EG) Nr. 139/2004
ÜBER FUSIONSVERFAHREN**

Artikel 9(3)

Datum: 30/01/2014

In der veröffentlichten Version dieser Entscheidung wurden bestimmte Informationen gem. Art. 17 (2) der Ratsverordnung (EG) Nr. 139/2004 über die Nichtveröffentlichung von Geschäftsgeheimnissen und anderen vertraulichen Informationen ausgelassen. Die Auslassungen sind durch Klammern [...] gekennzeichnet. Soweit möglich wurden die ausgelassenen Informationen durch eine Bandbreite/Bereichsangabe von Zahlen oder eine allgemeine Beschreibung ersetzt.



EUROPÄISCHE KOMMISSION

NICHTVERTRAULICHE FASSUNG

Brüssel, den 30/01/2014
C(2015) 421 final

BESCHLUSS DER KOMMISSION

vom 30.1.2014

**gerichtet an die Bundesrepublik Deutschland zur Abweisung des Verweisungsantrags
der deutschen Wettbewerbsbehörde in der Sache COMP/M.7018 – TELEFONICA
DEUTSCHLAND/ E-PLUS
nach Artikel 9 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004**

(Nur der deutsche Text ist verbindlich.)

BESCHLUSS DER KOMMISSION

vom 30.1.2014

**gerichtet an die Bundesrepublik Deutschland zur Abweisung des Verweisungsantrags
der deutschen Wettbewerbsbehörde in der Sache COMP/M.7018 – TELEFONICA
DEUTSCHLAND/ E-PLUS
nach Artikel 9 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004**

(Nur der deutsche Text ist verbindlich.)

DIE EUROPÄISCHE KOMMISSION —

gestützt auf den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union („AEUV“),¹

gestützt auf die Verordnung (EG) Nr. 139/2004 vom 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („Fusionskontrollverordnung“)² und insbesondere auf Artikel 9 Absatz 3,

gestützt auf die Anmeldung der Telefónica Deutschland Holding AG („Telefónica“ oder die „anmeldende Partei“) vom 31. Oktober 2013 nach Artikel 4 der Fusionskontrollverordnung,

gestützt auf den Antrag der Bundesrepublik Deutschland, gestellt durch das Bundeskartellamt („BKartA“) vom 20. November 2013 und deren Erinnerung vom 2. Januar 2014, ebenfalls übermittelt durch das BKartA,

gestützt auf den Beschluss der Kommission zur Einleitung des Verfahrens nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c der Fusionskontrollverordnung vom 20. Dezember 2013,

nachdem der anmeldenden Partei Gelegenheit gegeben wurde, sich zu dem Antrag der Bundesrepublik Deutschland vom 20. November 2013 zu äußern, und gestützt auf die Stellungnahme der anmeldenden Partei vom 29. November 2013,

nachdem der Bundesrepublik Deutschland Gelegenheit gegeben wurde, sich zu der möglichen Abweisung ihres Verweisungsantrags zu äußern, und gestützt auf die Stellungnahme der Bundesrepublik Deutschland vom 17. Januar 2013,

in Erwägung nachstehender Gründe:

- (1) Am 31. Oktober 2013 ist eine Anmeldung eines geplanten Zusammenschlusses nach Artikel 4 der Fusionskontrollverordnung bei der Europäischen Kommission eingegangen, wonach Telefónica im Sinne des Artikels 3 Absatz 1 Buchstabe b der

¹ ABl. C 115 vom 9.8.2008, S. 47.

² ABl. L 24 vom 29.1.2004, S. 1. Mit Wirkung vom 1. Dezember 2009 wurden mit dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union („AEUV“) einige Begriffe geändert. So wurde zum Beispiel „Gemeinschaft“ durch „Union“, „Gemeinsamer Markt“ durch „Binnenmarkt“ und „Entscheidung“ durch „Beschluss“ ersetzt.

Fusionskontrollverordnung die alleinige Kontrolle über E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG („E-Plus“) erwirbt (das „Zusammenschlussvorhaben“). Telefónica und E-Plus werden im Folgenden gemeinsam als „die Parteien“ bezeichnet.

- (2) Die Bundesrepublik Deutschland erhielt über das BKartA eine Kopie der Anmeldung am 4. November 2013.
- (3) Mit Schreiben vom 20. November 2013, das am selben Tag bei der Kommission einging, beantragte die Bundesrepublik Deutschland über das BKartA zwecks Prüfung des Zusammenschlussvorhabens nach deutschem Wettbewerbsrecht nach Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe a der Fusionskontrollverordnung die vollständige Verweisung des Zusammenschlussvorhabens an die deutsche Wettbewerbsbehörde („Verweisungsantrag“).
- (4) Am 20. Dezember 2013 erließ die Kommission einen Beschluss über die Einleitung des Verfahrens nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c der Fusionskontrollverordnung.
- (5) Die Bundesrepublik Deutschland übermittelte am 2. Januar 2014 durch das BKartA eine Erinnerung an ihren Verweisungsantrag nach Artikel 9 Absatz 5 der Fusionskontrollverordnung.
- (6) Die anmeldende Partei wurde mit Schreiben vom 22. November 2013 über den Verweisungsantrag informiert und gab am 29. November 2013 ihre Stellungnahme dazu ab. Am 8. Januar 2014 informierte die Kommission die anmeldende Partei über die Erinnerung an den Verweisungsantrag durch das BKartA.
- (7) Die Bundesrepublik Deutschland wurde mit Schreiben vom 10. Januar 2014 über die mögliche Abweisung ihres Verweisungsantrags informiert und gab am 17. Januar 2014 dazu ihre Stellungnahme ab.

1. DIE PARTEIEN

- (8) Telefónica bietet Kunden in Deutschland unter ihrer Kernmarke O2 und ihren Zweitmarken Fonic, Netzclub und Türk Telekom Mobile drahtlose Telekommunikationsdienstleistungen, wie Sprachanrufe, SMS, MMS und mobile Datendienste an. In geringerem Umfang bietet Telefónica in Deutschland Festnetzdienste über die Telefónica Germany GmbH & Co. OHG an. Darüber hinaus bietet Telefónica Dritten wie Freenet, Drillisch, KDG (welches nach der Übernahme durch Vodafone in diesen Konzern eingegliedert wird), Unitymedia/Kabel BW, M-net, Versatel, Breko und Star Communications Netzzugang auf der Vorleistungsebene an und arbeitet mit Wiederverkäufern wie Lidl, Kaufland und Ringfoto zusammen.
- (9) Telefónica ist eine indirekte Tochtergesellschaft des in Spanien ansässigen Unternehmens Telefónica S.A, des Mutterunternehmens der Telefónica Gruppe. Die Telefónica Gruppe ist ein Telekommunikationsunternehmen mit mehreren Tochtergesellschaften in Europa und Südamerika. In Europa umfasst die Telefónica Gruppe Mobilfunknetzbetreiber (im Folgenden „MNO“) in Spanien, Irland, der Tschechischen Republik, der Slowakei und im Vereinigten Königreich.
- (10) **E-Plus** bietet Kunden in Deutschland unter seiner früheren Kernmarke E-Plus und der aktuellen Kernmarke BASE sowie unter verschiedenen Zweitmarken wie simyo, blau/blauworld, Yourfone, AyYildiz und Ortelmobil drahtlose Telekommunikationsdienstleistungen, wie Sprachanrufe, SMS, MMS und mobile Datendienste an. E-Plus bietet keine Festnetzdienste an. E-Plus stellt Dritten wie

Freenet und Tele2 Netzzugang auf der Vorleistungsebene bereit und pflegt Vertriebspartnerschaften mit zahlreichen Wiederverkäufern wie Aldi (Aldi Talk), MTV mobile, Normamobil und Nettokom, MTV Go, BVB mobil, mp3mobil, Conrad, expressmobil, Galeria mobil, wirmobil, Minutel, simtim, simfinity, ADAC mobil und Metromobil.

- (11) E-Plus ist eine indirekte 100%ige Tochtergesellschaft des niederländischen Telekommunikationsunternehmens KPN das als IT-Dienstleistungsunternehmen in den Niederlanden, Belgien und Deutschland aktiv ist.

2. DER ZUSAMMENSCHLUSS

- (12) Am 23. Juli 2013 schlossen Telefónica S.A., Telefónica und KPN eine Anteilerwerbsvereinbarung, wonach das gesamte Aktiv- und Passivvermögen – einschließlich der Vertragsverhältnisse – aus dem laufenden Geschäftsbetrieb von E-Plus in ein neues Unternehmen (im Folgenden die „Neue E-Plus“) übergeht. Im Anschluss wird Telefónica gegen Zahlung von [...] EUR und einer Beteiligung von 20,5 % an Telefónica sämtliche Anteile dieses neuen Unternehmens erwerben. KPN werden keine Kontrollbefugnisse über Telefónica gewährt. Nach dem Zusammenschluss wird Telefónica die alleinige Kontrolle über die Neue E-Plus ausüben.
- (13) Durch den geplanten Zusammenschluss wird Telefónica die alleinige Kontrolle über E-Plus erhalten. Das Vorhaben ist somit ein Zusammenschluss im Sinne des Artikels 3 Absatz 1 Buchstabe b der Fusionskontrollverordnung.

3. ZUSAMMENSCHLUSS VON EU-WEITER BEDEUTUNG

- (14) Die betroffenen Unternehmen erzielen gemeinsam einen weltweiten Umsatz von mehr als 5000 Mio. EUR.³ Dabei hat jede Partei einen EU-weiten Umsatz von über 250 Mio. EUR; allerdings erzielen sie nicht mehr als zwei Drittel ihres gemeinsamen EU-weiten Umsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat. Das angemeldete Vorhaben hat folglich EU-weite Bedeutung.

4. VERWEISUNGSANTRAG NACH ARTIKEL 9

- (15) Mit Schreiben vom 20. November 2013, das am selben Tag bei der Kommission einging, beantragte die Bundesrepublik Deutschland über das BKartA nach Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe a der Fusionskontrollverordnung die vollständige Verweisung des Zusammenschlussvorhabens von der Kommission an Deutschland.
- (16) Nach Ansicht der Bundesrepublik Deutschland droht der Zusammenschluss den Wettbewerb in mehreren Märkten innerhalb Deutschlands, die alle Merkmale eines gesonderten Marktes aufweisen, erheblich zu beeinträchtigen. Die Bundesrepublik Deutschland prüft zudem, ob ein Verweisungsantrag in diesem Fall gerechtfertigt ist. Die Schlussfolgerung lautet, dass das BKartA die am besten geeignete Behörde für die Prüfung dieses Falls ist.

³ Berechnung des Umsatzes nach Maßgabe des Artikels 5 der Fusionskontrollverordnung.

- (17) Am 22. November 2013 informierte die Kommission die anmeldende Partei über den Verweisungsantrag. Am 29. November 2013 übermittelte die anmeldende Partei der Kommission ihre Stellungnahme zum Verweisungsantrag.
- (18) Am 20. Dezember 2013 erließ die Kommission nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c der Fusionskontrollverordnung einen Beschluss, mit dem die anmeldende Partei darüber in Kenntnis gesetzt wurde, dass das Zusammenschlussvorhaben Anlass zu ernsthaften Bedenken hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt gibt. Die Kommission leitete daher zur eingehenden Prüfung des Zusammenschlussvorhabens eine zweite Untersuchungsphase ein.
- (19) Mit Schreiben vom 2. Januar 2014, das am selben Tag bei der Kommission einging, übermittelte die Bundesrepublik Deutschland durch das BKartA gemäß Artikel 9 Absatz 5 eine Erinnerung an ihren Verweisungsantrag nach Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe a der Fusionskontrollverordnung.
- (20) Am 8. Januar 2014 informierte die Kommission die anmeldende Partei über Erinnerung der deutschen Wettbewerbsbehörde an den Verweisungsantrag.
- (21) Mit Schreiben vom 10. Januar 2014 unterrichtete die Kommission die Bundesrepublik Deutschland von ihrer Absicht, den Verweisungsantrag nach Prüfung der von der Wettbewerbsbehörde in dem Schreiben vom 20. November 2013 und 2. Januar 2014 vorgebrachten Argumente abzulehnen, und forderte die Bundesrepublik Deutschland auf, zur möglichen Abweisung des Verweisungsantrags bis zum 17. Januar 2014 Stellung zu nehmen.
- (22) Mit Schreiben vom 17. Januar 2014 erklärte die Bundesrepublik Deutschland, dass sie die Auffassung der Kommission, dass keine Gründe für eine Verweisung der Sache vorliegen, nicht teilt.
- (23) Nach Artikel 9 Absatz 3 der Fusionskontrollverordnung kann die Kommission die Sache ganz oder teilweise an die zuständigen Behörden des betreffenden Mitgliedstaats verweisen, damit das Wettbewerbsrecht dieses Mitgliedstaats angewandt wird, wenn die Voraussetzungen nach Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe a der Fusionskontrollverordnung erfüllt sind, d. h., wenn ein Zusammenschluss den Wettbewerb in einem Markt dieses Mitgliedstaats, der alle Merkmale eines gesonderten Marktes aufweist, erheblich zu beeinträchtigen droht.
- (24) Bei der Prüfung eines Antrags im Sinne des Artikels 9 Absatz 2 Buchstabe a der Fusionskontrollverordnung muss die Kommission zunächst bestimmen, ob es im betreffenden Mitgliedstaat einen Markt gibt, der alle Merkmale eines gesonderten Marktes aufweist. Nach Artikel 9 Absatz 3 der Fusionskontrollverordnung und der Rechtsprechung des Gerichts der Europäischen Union („EuG“)⁴ muss die Kommission diese Prüfung auf Basis der Definition des sachlichen Marktes der betroffenen Waren oder Dienstleistungen und des räumlichen Referenzmarktes durchführen. Darüber hinaus muss die Kommission prüfen, ob das betroffene Vorhaben den Wettbewerb erheblich zu beeinträchtigen droht.
- (25) Schließlich muss die Kommission nach den Bestimmungen des Artikels 9 Absatz 3 prüfen, ob es angebracht ist, einen bestimmten Fall an eine nationale Wettbewerbsbehörde zu verweisen. Die Kommission verfügt demnach bei ihrer

⁴ Verbundene Rechtssachen T-346/02 und T-347/02, *Cableuropa SA et al.*, Slg. 2003, II-4251.

Entscheidung über die Verweisung eines Falles über einen Ermessensspielraum.⁵ Bei der Ausübung dieses Ermessens hat die Kommission den wirksamen Schutz des Wettbewerbs in allen von dem Vorhaben betroffenen Märkten im Blick.⁶ Die Kommission berücksichtigt bei der Ausübung des Ermessens die in der Verweisungsmitteilung aufgeführten Kriterien.⁷

- (26) Im folgenden Abschnitt berücksichtigt die Kommission zunächst die Standpunkte der Bundesrepublik Deutschland und der anmeldenden Partei in Bezug auf die Definition der sachlich und räumlich relevanten Märkte (5.1). Anschließend prüft die Kommission auf Grundlage der von der Bundesrepublik Deutschland vorgebrachten Argumente und der Standpunkte der anmeldenden Partei, ob die Kriterien des Artikels 9 Absatz 2 Buchstabe a der Fusionskontrollverordnung erfüllt sind (5.2 und 5.3). Schließlich prüft die Kommission, ob es angebracht ist, die vorliegende Sache an die Bundesrepublik Deutschland zu verweisen (5.4).
- (27) Bei der Prüfung des Verweisungsantrags nimmt die Kommission Bezug auf alle von den Parteien, der Bundesrepublik Deutschland und von sonstigen Dritten vorgebrachten Argumente.

5. PRÜFUNG DES ANTRAGS IM SINNE DES ARTIKELS 9 ABSATZ 3 DER FUSIONSKONTROLLVERORDNUNG

5.1. RELEVANTE MÄRKTE

5.1.1. SACHLICH RELEVANTE MÄRKTE

- (28) Telefónica und E-Plus sind derzeit in Deutschland auf folgenden Märkten aktiv: dem Markt für die Erbringung von Mobilfunkendkundendienstleistungen, dem Vorleistungsmarkt für Zugang und Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobilfunknetzen für virtuelle Netzbetreiber (im Folgenden „MVNO“) und Diensteanbieter, dem Vorleistungsmarkt für Auslandsroaming und dem Vorleistungsmarkt für Anrufterminierung im Mobilfunk.
- (29) Nach Ansicht der Bundesrepublik Deutschland droht das Zusammenschlussvorhaben den Wettbewerb nur in folgenden Märkten erheblich zu beeinträchtigen: (i) im Markt für die Erbringung von Mobilfunkendkundendienstleistungen und (ii) im Vorleistungsmarkt für Zugang und Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobilfunknetzen für MVNOs und Diensteanbieter. Daher wird im Folgenden nur auf diese Märkte, die nach Ansicht der Bundesrepublik Deutschland nationale Bedeutung haben, Bezug genommen.

5.1.1.1. Mobilfunkendkundendienstleistungen

- (30) In diesem Markt nehmen Endkunden Dienstleistungen wie Sprachanrufe, SMS und Datendienste von MNOs oder von Betreibern, die von MNOs Netzzugang auf der Vorleistungsebene erwerben, in Anspruch.
- (31) In früheren Beschlüssen hat die Kommission den Markt für die Erbringung von Mobilfunkendkundendienstleistungen nicht nach Kundenkategorien (Firmen- oder

⁵ Mitteilung der Kommission über die Verweisung von Fusionsfällen („Verweisungsmitteilung“), ABl. C 56 vom 5.3.2005, S. 2, Randnr. 7.

⁶ Verweisungsmitteilung, Rdnr. 8.

⁷ Verweisungsmitteilung, Randnr. 5, 7-9.

Privatkunden, Prepaid- oder Vertragskunden) oder Netzwerktechnologiekategorien (2G oder 3G) unterteilt.⁸ Die Kommission beurteilte somit die vorherigen Fälle auf Grundlage eines einheitlichen Marktes für die Erbringung von Mobilfunkendkundendienstleistungen. In der Entscheidung „Hutchison 3G Austria/Orange Austria“ basierte diese Marktdefinition hauptsächlich auf der Erkenntnis der Kommission, dass eine hohe angebotsseitige Substituierbarkeit bestehe.⁹

Das Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland

- (32) Die Bundesrepublik Deutschland zieht verschiedene Marktsegmente in Betracht, vertritt jedoch letztendlich die Ansicht, dass die Definition eines Gesamtmarktes für die Erbringung von Mobilfunkendkundendienstleistungen zutreffend ist. Sie ist jedoch der Auffassung, dass einige der berücksichtigten Segmente, insbesondere die Segmente „Prepaid-/Vertragskunde“ und „Firmen-/Privatkunde“, weiter untersucht und miteinander verglichen werden sollten.

Die Beurteilung durch die Kommission

- (33) Die Ergebnisse der Marktuntersuchung in Phase 1 („die Marktuntersuchung“) deuten an, dass es zwar nachfrageseitig gewisse Unterschiede zwischen den verschiedenen Segmenten des Endkundenmarktes gibt; diese Segmente sind jedoch wahrscheinlich dem gleichen sachlich relevanten Markt zuzuordnen, da in den meisten Segmenten, insbesondere in Bezug auf Prepaid-/Vertragskunden, „high value“/„low value“ Kunden, sowie Sprach-/SMS- und Datendienste eine hohe angebotsseitige Substituierbarkeit besteht. Dennoch gaben Teilnehmer der Marktuntersuchung an, dass die angebotsseitige Substituierbarkeit zwischen den Betreibern in einigen möglichen Marktsegmenten begrenzt sein könnte (beispielsweise sind nicht alle Betreiber, die keine MNOs sind, in der Lage, Dienstleistungen für Firmenkunden einschließlich individuell zusammengestellter Tarife und Vertragsbedingungen, sowie anspruchsvoller Dienste – insbesondere IP-VPN, firmenweite kostenlose Telefonate oder Flat Rates und geeignete Roamingdienste und/oder 4G-Dienste bereitzustellen).
- (34) In ihrem Beschluss nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c der Fusionskontrollverordnung hat die Kommission die Frage, ob es im Markt für Mobilfunkendkundendienstleistungen Teilmärkte gibt, offengelassen. In der Marktuntersuchung der zweiten Prüfphase werden die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf den Gesamtmarkt und den berücksichtigten Segmenten beurteilt.

⁸ Beschluss der Kommission vom 12. Dezember 2012 in der Sache COMP/M.6497 – *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*, Erwägungsgrund 58; Beschluss der Kommission vom 1. März 2010 in der Sache COMP/M.5650 – *T-Mobile/Orange UK*, Erwägungsgrund 24; Beschluss der Kommission vom 27. November 2007 in der Sache COMP/M.4947 – *Vodafone/Tele2 Italy/Tele2 Spain*, Erwägungsgrund 14; Beschluss der Kommission vom 26. April 2006 in der Sache COMP/M.3916 – *T-Mobile Austria/Tele.ring*, Erwägungsgrund 18 (die Frage, ob ein separater Markt für bestimmte 3G-Anwendungen besteht, wird offengelassen); Beschluss der Kommission vom 24. September 2004 in der Sache COMP/M.3530 – *TeliaSonera/Orange* und Beschluss der Kommission vom 16. September 2003 in der Sache COMP/M.3245 – *Vodafone/Singlepoint*.

⁹ Beschluss der Kommission in der Sache COMP/M.6497 – *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*, Erwägungsgründe 35, 41 und 52. Siehe auch Beschluss der Kommission in der Sache COMP/M.3916 – *T-Mobile Austria/Tele.ring*, Erwägungsgrund 11.

5.1.1.2. Vorleistungsmarkt für Zugang und Verbindungsaufbau

- (35) In diesem Markt stellen MNOs gegen Zahlung Zugang zu ihrem Netz und Dienste für den Verbindungsaufbau für MVNOs und Diensteanbieter bereit. Während MVNOs Teile einer Mobilfunknetzinfrastruktur besitzen, verfügen Diensteanbieter über keine eigene Netzinfrastruktur. Beide Akteure nutzen den von MNOs auf der Vorleistungsebene gewährten Netzzugang, um mobile Telekommunikationsdienste im Endkundenmarkt unter ihren eigenen Marken sowie im eigenen Namen zu verkaufen; das bedeutet, sie werden Vertragspartner im Vertrag mit den Endkunden. MNOs stellen in der Regel Netzzugang und Dienste für den Verbindungsaufbau in Kombination für MVNOs als auch für Diensteanbieter bereit.
- (36) In früheren Fällen¹⁰ hat die Kommission einen Vorleistungsmarkt für Zugang und Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobilfunknetzen definiert. Nach Ansicht der Kommission waren die von MNOs an MVNOs und Diensteanbieter bereitgestellten Dienste für letztere die erforderlichen Schlüsselemente für die Erbringung von Mobilfunkendkundendienstleistungen. Da davon ausgegangen wird, dass diese Dienstleistungen in der Regel in Kombination bereitgestellt werden, wurden sie als Teil eines einheitlichen Marktes betrachtet.

Das Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland

- (37) Die Bundesrepublik Deutschland stimmt dem Ansatz der Kommission zu, dass der Netzzugang und der Verbindungsaufbau auf der Vorleistungsebene demselben sachlich relevanten Markt angehören. Nach Auffassung der Bundesrepublik Deutschland sollte der Vorleistungsmarkt allerdings in zwei separate Märkte für den Zugang und Verbindungsaufbau auf der Vorleistungsebene für (i) MVNOs bzw. (ii) Diensteanbieter unterteilt werden. Dafür führt sie zwei Gründe an. Zunächst benötigten diese zwei Kundenkategorien aufgrund ihrer verschiedenen Geschäftsmodelle unterschiedliche Dienstleistungen. Zweitens seien die Wettbewerbsbedingungen für beide Teilmärkte unterschiedlich, da (i) nur Diensteanbieter von den sogenannten „Diensteanbieterverpflichtungen“ der 2G-Lizenzen profitieren¹¹ und (ii) das Vergütungsmodell in den beiden Kundenkategorien variere.

¹⁰ Siehe Beschluss der Kommission vom 12. Dezember 2014 in der Sache COMP/M.6497 – *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*, Erwägungsgründe 61 bis 63; Beschluss der Kommission vom 1. März 2010 in der Sache COMP/M.5650 – *T-Mobile/Orange*, Erwägungsgründe 27 bis 30; Beschluss der Kommission vom 27. November 2007 in der Sache COMP/M.4947 *Vodafone/Tele2 Italy/Tele2 Spain*, Erwägungsgrund 15.

¹¹ Der Markteintritt als Diensteanbieter (nicht jedoch als MVNO) wird derzeit durch eine Zugangsregelung unterstützt, der im Wesentlichen die von der Deutschen Telekom, Vodafone und E-Plus im Jahr 1990 gewährten 2G-Lizenzen zugrunde liegen. In Klausel 17 dieser Lizenzen werden die jeweiligen Lizenznehmer verpflichtet, geeignete Diensteanbieter zuzulassen; diese haben das Recht, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung die Mobildienste des Lizenznehmers zu vertreiben sowie im Rahmen der Lizenzvereinbarung zusätzliche Dienstleistungen zu entwickeln und ihren Kunden anzubieten. Die Diensteanbieterverpflichtung sieht zudem vor, dass die 2G-Lizenznehmer einen diskriminierungsfreien Vorleistungszugang zu ihren Mobilfunknetzen gewähren müssen. Die Lizenznehmer dürfen den Diensteanbietern keine ungünstigeren Bedingungen anbieten, als die, die für ihre eigene Vertriebsorganisation gelten, und dürfen einzelne Diensteanbieter nicht diskriminieren. Die 2G-Lizenz von Telefónica, die später als die Lizenzen der anderen drei MNOs gewährt wurde, unterliegt nicht der Diensteanbieterverpflichtung. Die 2G-Lizenzen aller vier MNOs sind bis zum 31. Dezember 2016 gültig.

- (38) Zudem ist die Bundesrepublik Deutschland der Auffassung, dass Wiederverkäufer mit eigener Markenidentität¹² (im Folgenden „Branded Resellers“) lediglich Vertriebskanäle bereitstellen. Daher seien die Geschäftsbeziehungen zwischen Branded Resellern und MNOs einem separaten Markt für Mobilkommunikations-Vertriebsdienstleistungen zuzuordnen. Der Bundesrepublik Deutschland zufolge sind diesem Markt auch die Diensteanbieter zuzuordnen, die nicht im eigenen Namen und auf eigene Rechnung agieren.

Stellungnahmen der anmeldenden Partei

- (39) Die anmeldende Partei hält fest, dass die Diensteanbieter relativ einfach als MVNOs tätig sein können und umgekehrt; die Wahl des Geschäftsmodells sei lediglich eine geschäftliche Entscheidung und der einzige Unterschied zwischen einem Diensteanbieter und einem MVNO bestünde darin, dass Diensteanbieter Vorleistungsprodukte in größerem Umfang erwerben.
- (40) Bezüglich eines separaten Marktes für die Bereitstellung von Vertriebsdienstleistungen durch Branded Reseller und nicht unabhängige Diensteanbieter merkt die anmeldende Partei an, dass nach der in ihrer Anmeldung vorgeschlagenen Marktdefinition Diensteanbieter nicht Teil eines solchen gesonderten Marktes sein können, da sie nur als Diensteanbieter betrachtet werden, wenn sie ihre Dienstleistungen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung anbieten.

Beurteilung durch die Kommission

- (41) Basierend auf den im Rahmen der Marktuntersuchung gesammelten Daten vertritt die Kommission in ihrem Beschluss nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c der Fusionskontrollverordnung die Auffassung, dass ein gesonderter Vorleistungsmarkt für Zugang und Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobilfunknetzen bestehe, ohne ihn weiter nach Kundenkategorien zu unterteilen.
- (42) Für die Zwecke des vorliegenden Beschlusses ist es nicht erforderlich, eine Entscheidung über die mögliche Unterteilung dieses Produktmarktes zu treffen, wenn man – wie nachstehend ausgeführt – bedenkt, dass ungeachtet seiner genauen Abgrenzung dieser Markt nationale Bedeutung hat und alle Merkmale eines gesonderten Marktes innerhalb Deutschlands aufweist. Darüber hinaus hat die Bundesrepublik Deutschland ausreichend nachgewiesen, dass nach vorläufiger Bewertung ein wirkliches Risiko besteht, dass das Vorhaben erhebliche nachteilige Auswirkungen auf den Wettbewerb auf den ermittelten Märkten hat.
- (43) In Bezug auf die Auffassung der Bundesrepublik Deutschland, die von Branded Resellern und nicht unabhängigen Diensteanbietern bereitgestellten Vertriebsdienstleistungen würden Teil eines gesonderten Produktmarktes darstellen, merkt die Kommission an, dass die Rolle der Branded Reseller derzeit weiter untersucht wird, um festzustellen, ob sie wirklich unabhängig von den Host- MNOs

¹² Die Kommission stellt fest, dass Branded Reseller im Gegensatz zu MVNOs und Diensteanbietern nicht auf der Nachfrageseite dieses Marktes tätig sind, da sie im Wesentlichen als Vertriebs-/Vermarktungsstellen von MNOs fungieren. Branded Reseller erwerben keine Dienste auf der Vorleistungsebene mit dem Ziel, sie weiterzuverkaufen. Stattdessen beschränken sie sich darauf, Mobilfunkdienste im Namen von MNOs unter ihrem eigenen Markennamen und über ihre eigenen Vertriebskanäle zu vertreiben.

agieren und folglich in der Lage sind, wirksamen Wettbewerbsdruck im Endkundenmarkt auszuüben.

5.1.2. RÄUMLICH RELEVANTE MÄRKTE

5.1.2.1. Mobilfunkendkundendienstleistungen

(44) In früheren Fällen stellte die Kommission fest, dass der Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen national ist.¹³

Das Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland

(45) Die Bundesrepublik Deutschland ist der Auffassung, dass der Markt für Mobilfunkendkundendienstleistungen national ist, da Lizenzen für die Frequenznutzung, die im Sinne des Telekommunikationsgesetzes („TKG“) gewährt werden, nur für das deutsche Hoheitsgebiet gelten und die Bertreiber im Prinzip eine bundesweite Netzabdeckung ohne regionale Ungleichheiten erreichen.

Beurteilung durch die Kommission

(46) Die Kommission vertritt – basierend auf der Marktuntersuchung und angesichts der Tatsache, dass die Lizenzen an Mobilfunkbetreiber auf nationaler Ebene erteilt werden – die Ansicht, dass es sich bei dem räumlich relevanten Markt in diesem Fall um einen nationalen Markt handelt.

5.1.2.2. Vorleistungsmarkt für Zugang und Verbindungsaufbau

(47) In früheren Fällen war die Kommission der Ansicht, dass es sich bei dem Vorleistungsmarkt für Zugang und Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobilfunknetzen wegen der regulatorischen Hindernisse, die dadurch entstehen, dass an MNOs erteilte Lizenzen im Allgemeinen einen nationalen Geltungsbereich haben, ebenfalls um einen nationalen Markt handelt.¹⁴

Das Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland

(48) Angesichts des nationalen Geltungsbereichs der Lizenzen für die Erbringung von Mobilfunkdiensten und der daraus folgenden nationalen Reichweite der Mobilfunknetze ist die Bundesrepublik Deutschland der Auffassung, dass es sich bei diesen Märkten um nationale Märkte handelt.

Beurteilung durch die Kommission

(49) Die überwiegende Mehrheit der Teilnehmer der Marktuntersuchung war der Ansicht, dass der räumlich relevante Markt insbesondere aufgrund der Tatsachen, dass die Frequenzuteilung auf nationaler Ebene erfolgt und Angebot und Nachfrage sich innerhalb Deutschlands nicht regional unterscheiden, national ist.¹⁵

(50) Daher ist die Kommission zu diesem Zeitpunkt der Ansicht, dass der Vorleistungsmarkt für Zugang und Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobilfunknetzen national ist, d. h., er ist auf das deutsche Hoheitsgebiet beschränkt,

¹³ Beschluss der Kommission in der Sache COMP/M.6497– *H3G Austria/Orange Austria*, Erwägungsgrund 73; Beschluss der Kommission in der Sache COMP/M.5650 – *T Mobile/Orange UK*, Erwägungsgründe 25 bis 26.

¹⁴ Siehe Beschluss der Kommission vom 12. Dezember 2014 in der Sache COMP/M.6497 – *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*, Erwägungsgrund 74 bis 77 mit weiteren Bezugnahmen.

¹⁵ Siehe Antworten auf den Fragebogen Q2 – MVNOs vom 31.10.2013, Frage 82 und Fragebogen Q1 – MNOs vom 31.10.2013, Frage 95.

da der Vorleistungsmarkt der Dimension der Netze der MNOs entspricht, die in der Regel aufgrund regulatorischer Barrieren nicht über die nationalen Grenzen hinausgehen. In der Tat werden Frequenzen und Mobilfunklizenzen auf nationaler Ebene erteilt.

5.2. Gesonderte Märkte in Mitgliedstaaten

5.2.1. Das Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland

(51) Der Bundesrepublik Deutschland zufolge handelt es sich bei allen von dem Zusammenschlussvorhaben betroffenen Märkte um nationale Märkte, die sämtliche Merkmale eines gesonderten Marktes im Sinne des Artikels 9 Absatz 2 Buchstabe a der Fusionskontrollverordnung aufweisen.

5.2.2. Beurteilung durch die Kommission

(52) Bezüglich der zweiten Voraussetzung des Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe a, muss der Mitgliedstaat nachweisen, dass es sich beim räumlich relevanten Markt, in dem der Wettbewerb von dem Vorhaben betroffen ist, um einen nationalen oder noch kleineren Markt handelt.¹⁶ Der Mitgliedstaat muss unter Berücksichtigung des Artikels 9 Absatz 7 der Fusionskontrollverordnung und den in der Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes genannten Grundsätzen nachweisen, dass jeder Markt, in dem der Wettbewerb von dem Vorhaben betroffen ist, alle Merkmale eines gesonderten Marktes in diesem Mitgliedstaat aufweist.¹⁷

(53) Wie bereits unter den Randnummern (46) und (50) dargelegt, ist die Kommission der Ansicht, dass die Märkte für Mobilfunkendkundendienstleistungen und für Zugang und Verbindungsaufbau auf Vorleistungsebene von nationaler Ausdehnung sind. Zudem ist die Kommission der Ansicht, dass Bundesrepublik Deutschland nachgewiesen hat, dass diese Märkte alle Merkmale eines gesonderten Marktes in Deutschland aufweisen.

5.3. Gefährdung des Wettbewerbs

(54) Die erste Voraussetzung für die Verweisung nach Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe a der Fusionskontrollverordnung ist erfüllt, wenn der Mitgliedstaat ausreichend nachgewiesen hat, dass nach einer vorläufigen Bewertung ein wirkliches Risiko besteht, dass das Vorhaben erhebliche nachteilige Auswirkungen auf den Wettbewerb hat. Bei den vorläufigen Anhaltspunkten kann es sich durchaus um Anscheinsbeweise für mögliche nachteilige Auswirkungen handeln, die nicht dem Ergebnis der eigentlichen Untersuchung vorgreifen.¹⁸

5.3.1. Das Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland

(55) Die Bundesrepublik Deutschland führt an, dass ein wirkliches Risiko besteht, dass das Zusammenschlussvorhaben erhebliche nachteilige Auswirkungen auf den

¹⁶ Verweisungsmitteilung, Randnr. 36.

¹⁷ Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft („Bekanntmachung über die Marktabgrenzung“), (ABl. C 372, 9.12.1997, S. 5).

¹⁸ Verweisungsmitteilung, Randnr. 35.

Wettbewerb im Markt für die Erbringung von Mobilfunkkundendienstleistungen und im Vorleistungsmarkt für Zugang und Verbindungsaufbau hat.¹⁹

5.3.1.1. Markt für Mobilfunkkundendienstleistungen

- (56) Was die horizontalen, nicht koordinierten Wirkungen betrifft, stellt die Bundesrepublik Deutschland fest, dass der ohnehin schon sehr konzentrierte Markt nach dem Zusammenschluss zwischen nur drei MNOs mit ähnlich hohen Anteilen am Gesamtmarkt von jeweils rund [30-40]% – basierend auf auf der Netzebene erzielten Umsätzen – aufgeteilt sein wird. Auf Netzebene (berücksichtigt sind somit nicht die Anteile von MVNOs, Diensteanbietern und Branded Resellern) würde das zusammengeschlossene Unternehmen mit einem Marktanteil von [30-40]% – basierend auf dem Umsatz – an dritter Stelle und – basierend auf der Teilnehmerzahl – mit einem Marktanteil von [30-40]% an erster Stelle stehen. Die Marktanteile, basierend auf Umsatz und Teilnehmerzahl, würden in einigen Segmenten sogar noch höher ausfallen, insbesondere im Segment „Prepaid-Kunden“: Hier würde sich der gemeinsame Marktanteil der Parteien basierend auf dem Umsatz auf [50-60]% und basierend auf der Kundenzahl auf [40-50]% belaufen. Dies könnte für das zusammengeschlossene Unternehmen, aber auch für andere Marktteilnehmer ein Anreiz sein, die Preise zu erhöhen.²⁰
- (57) Telefónica und E-Plus sind nach Ansicht der Bundesrepublik Deutschland enge, wenn nicht sogar die engsten Wettbewerber im Markt. Die Bundesrepublik Deutschland begründet diese vorläufige Feststellung mit den Angaben der Parteien zu den Umlenkungskennziffern im Formblatt CO.²¹ Zudem analysiert die Bundesrepublik Deutschland die Marktposition der vier MNOs und setzt das Ergebnis in Beziehung zu den verfügbaren Evaluierungen der jeweiligen Netzwerkqualität. Trotz unterschiedlicher Strategien scheint es gemeinsame Muster zwischen der Deutschen Telekom und Vodafone einerseits und zwischen Telefónica und E-Plus andererseits zu geben. Insbesondere scheinen sich die Parteien eher auf Privatkunden als auf Firmenkunden zu konzentrieren; die Unterschiede in den Marktanteilen verlaufen parallel, wenn man die Anteile der vier MNOs im Segment „Prepaid-/Vertragskunde“ vergleicht. Auch sind und/oder werden die Deutsche Telekom und Vodafone in der Lage sein, Festnetz- und Mobilfunkdienste als Paket über ihre eigene Infrastruktur anzubieten, wohingegen Telefónica und E-Plus für diesen Zweck auf die von Dritten bereitgestellten Infrastrukturen angewiesen sein würden. Verschiedenen Umfragen und den von den Parteien bereitgestellten Informationen zufolge stehen Telefónica und E-Plus in punkto Netzwerkqualität²² und Kundenzufriedenheit²³ in der Rangfolge beständig hinter der Deutschen Telekom und Vodafone.

¹⁹ Wie bereits unter den Erwägungsgründen (37) und (38) dargelegt, erwägt die Bundesrepublik Deutschland eine weitere Unterteilung dieses Produktmarktes anhand der jeweiligen Kundenkategorien.

²⁰ Die Bundesrepublik Deutschland ist der Ansicht, dass die Anreize zur Preissteigerung wie auch verschiedene Marktsegmente, insbesondere die Segmente „Prepaid-/Vertragskunde“ und „Firmen-/Privatkunde“, weiter untersucht werden sollten.

²¹ Formblatt CO, S. 203 bis 208, Tabellen 74, 77 bis 79.

²² Netztest der Zeitschrift „Connect“ – <http://www.connect.de/ratgeber/mobilfunk-netztest-2012-1427666.html>; Netztest der Zeitschrift „Chip“ – <http://www.chip.de/artikel/Der-haerteste-Handy-Netztest-Deutschlands-Telekom-Vodafone-O2-und-E-Plus-im-Test-63944005.html>.

²³ Umfrage „Kundenmonitor Deutschland“, Formblatt CO, S. 133.

- (58) Angesichts der starken Position von E-Plus im [...], durch niedrige Preise preissensible Kunden anzuziehen und dadurch die Teilnehmerzahl zu steigern, ist die Bundesrepublik Deutschland der Ansicht, dass E-Plus eine wichtige Wettbewerbskraft im Markt sein könnte. Folglich würde der Marktaustritt von E-Plus den Wettbewerbsdruck für die übrigen drei MNOs vermindern, insbesondere in den Segmenten „Prepaid-Kunde“ und „Privatkunde“, in denen E-Plus derzeit eine wichtige Rolle spielt.
- (59) Es wird nicht davon ausgegangen, dass Branded Reseller, einschließlich derer, die dank ihres Vermarktungspotentials über eine bessere Verhandlungsposition verfügen, einen erheblichen Wettbewerbsdruck auf MNOs ausüben. Diese Akteure sind auf die von den MNOs bereitgestellten Dienste angewiesen; MNOs hingegen können ihre potenziellen Wiederverkäufer relativ frei wählen. Es ist denkbar, dass nach dem Zusammenschluss diese Betreiber stark an Einfluss verlieren, da die verringerte Zahl der MNOs die Verhandlungsposition der Branded Reseller erheblich verschlechtert und die Anreize für MNOs schwächt, Verträge mit diesen Wiederverkäufern abzuschließen. Insbesondere ist es zweifelhaft, ob für die Deutsche Telekom und Vodafone noch ein Anreiz besteht, Wiederverkäufern weiterhin attraktive Konditionen anzubieten. Daher ist die Bundesrepublik Deutschland der Ansicht, dass die Umsätze und Kundenanteile der Wiederverkäufer den entsprechenden MNOs zuzurechnen sind.
- (60) In früheren Fällen stellte die Bundesrepublik Deutschland fest, dass sowohl Telefónica als auch E-Plus die Hauptantriebskräfte bei der Schaffung innovativer Tarifmodelle im deutschen Markt waren. Angesichts der Angaben der Parteien zu den Umlenkungskennziffern ist außerdem davon auszugehen, dass E-Plus den Wettbewerb stärker beeinflusst, als es deren Marktanteile vermuten lassen könnten. Zudem ist angesichts der Erbringung von Festnetzdiensten durch die Deutsche Telekom und Vodafone davon auszugehen, dass diese Betreiber ein geringeres Interesse als Telefónica und E-Plus haben, die Preise im Mobilfunksektor zu reduzieren, um eine „Kannibalisierung“ ihrer Umsätze im Festnetzsegment zu vermeiden.
- (61) Die Bundesrepublik Deutschland ist der Ansicht, dass eine weitere Untersuchung des durch E-Plus ausgeübten Einflusses auf den Wettbewerb und des Alternativszenarios, in dem E-Plus weiterhin als unabhängiger MNO im Markt verbleibt, erforderlich ist. Insofern vertritt die Bundesrepublik Deutschland die Ansicht, dass E-Plus in der Lage wäre, auch künftig wettbewerbsfähig am Markt zu agieren; ferner hält sie fest, dass E-Plus plant, auch dann ein LTE-Netzwerk zu errichten, wenn der Zusammenschluss nicht realisiert wird.
- (62) Angesichts des Bedarfs an hohen Infrastrukturinvestitionen und Lizenzen für die Frequenznutzung, fehlender fundierter Marktkenntnisse, mangelnder Bekanntheit und angesichts eines fehlenden Kundenstamms und der potenziellen Netzeffekte, erscheine der Markteintritt eines neuen MNO unwahrscheinlich.
- (63) Im Hinblick auf mögliche koordinierte Wirkungen vertritt die Bundesrepublik Deutschland nach einer vorläufigen Bewertung der verfügbaren Informationen die Ansicht, dass bei Vollzug des geplanten Vorhabens das Risiko einer Koordinierung steigen wird.
- (64) Das Zusammenschlussvorhaben würde zu einem Markt führen, der von drei Marktbeteiligten mit relativ ähnlichen Marktanteilen und einer ähnlichen Netzwerkqualität geprägt wird und aus dem mit E-Plus, der einzige MNO, der

ausschließlich Mobilfunkdienste anbietet, ausscheidet. Die Bundesrepublik Deutschland weist jedoch auf verbleibende Unterschiede hinsichtlich der Marktposition der MNOs hin, einschließlich der Festnetzdienste der Deutschen Telekom und von Vodafone und der Wahrscheinlichkeit, dass das zusammengeschlossene Unternehmen zumindest am Anfang in den Segmenten „Prepaid-Kunde“ und „Privatkunde“ stärker als die beiden anderen MNOs sein würde, wohingegen letztere in den Segmenten „Vertragskunde“ und „Firmenkunde“ stärker aufgestellt wären.

- (65) Obschon bereits vor dem Zusammenschluss hinsichtlich der Standardtarife für Endkunden ein gewisses Maß an Transparenz beobachtet werden könne, sei es wahrscheinlich, dass sich diese Transparenz weiter erhöhe, da [...]. Es werde davon ausgegangen, dass Regulierung zu einer noch höheren Transparenz der Kostenstruktur und Vergütungsmodelle führen werde. Darüber hinaus weist die Bundesrepublik Deutschland darauf hin, dass die Marktbeteiligten, und insbesondere die MNOs, regelmäßig im Rahmen öffentlicher Konsultationen für regulatorische Initiativen sowie im Rahmen der normalen Geschäftstätigkeit, beispielsweise bei Verhandlungen über den Netzzugang oder die gemeinsame Nutzung von Netzen in Kontakt stehen.
- (66) Angesichts dieser regelmäßigen Kontakte zwischen den MNOs, andauernd auslaufenden Endkundenverträgen und relativ geringen Wechselkosten für Endkunden könne die Möglichkeit der Sanktion von abweichendem Verhalten der Mitbewerber nicht ausgeschlossen werden und dürfte sich infolge der angenäherten Marktstellungen der drei MNOs nach dem Zusammenschluss verstärken.
- (67) Hinsichtlich der Reaktion von Außenstehenden geht die Bundesrepublik Deutschland davon aus, dass MVNOs, Diensteanbieter und Branded Reseller nicht in der Lage sind, auf die drei MNOs einen signifikanten Wettbewerbsdruck auszuüben. Die Zutrittsschranken für MNOs seien hoch. Obwohl Telefónica oder E-Plus vor dem Zusammenschluss aufgrund ihrer Marktstellung in der Lage gewesen wären, Abstimmungsversuche anderer Marktteilnehmer zu stören bzw. zu verhindern, würde nach dem Zusammenschluss kein bedeutsamer Druck mehr von außen bestehen, um mögliche Abstimmungsversuche der MNOs zu stören.
- (68) Hinsichtlich der Effizienzargumente der anmeldenden Partei hält die Bundesrepublik Deutschland fest, dass die Integrationskosten aus dem Zusammenschlussvorhaben auf kurze Sicht zwar zu Preiserhöhungen des zusammengeschlossenen Unternehmens führen könnten, während bei Netzbetrieb, Verwaltung und Vermarktung jedoch Kosteneinsparungen erzielt werden dürften. Darüber hinaus würden die Kunden unmittelbar von einer höheren Netzqualität profitieren, was den Wettbewerbsdruck seitens des zusammengeschlossenen Unternehmens auf die Deutsche Telekom und Vodafone erhöhen könnte; ein weiterer Vorteil wäre ein dichteres Vertriebsnetz.
- (69) Die Bundesrepublik Deutschland führt an, dass sie ohne eine eingehende Prüfung nicht in der Lage ist, eine Einschätzung zum (i) fusionsspezifischen Charakter der obengenannten Effizienzgewinne abzugeben, und zu bewerten, (ii) ob diese Effizienzvorteile die möglichen wettbewerbswidrigen Wirkungen des gegenwärtigen Vorhabens ausgleichen könnten. Ebenso wenig könne beurteilt werden, ob die Effizienzgewinne auch zeitnah erreicht werden würden.

5.3.1.2. Vorleistungsmarkt für Zugang und Verbindungsaufbau

- (70) Angesichts der verhältnismäßig größeren Bedeutung der Diensteanbieter im Vergleich zu den MVNOs beurteilt die Bundesrepublik die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf den Wettbewerb nur im Vorleistungsmarkt für Zugang und Verbindungsaufbau für Diensteanbieter.
- (71) In Bezug auf horizontale, nicht-koordinierte Wirkungen nimmt die Bundesrepublik Deutschland an, dass sich die Diensteanbieter aufgrund der Reduzierung der Anzahl der MNOs von vier auf drei in einer schlechteren Verhandlungsposition befinden werden, was sich negativ auf den Wettbewerb bei Prämien und weiteren Vertragsbedingungen auswirken könnte, und die Anreize für Diensteanbieter, ihre Produkte Endkunden anzubieten, reduziert würden. Auch würde sich infolge einer ähnlicheren Netzqualität das Produktangebot für die Diensteanbieter verringern. Zudem sei nicht klar, ob für die drei MNOs nach dem Zusammenschluss ein Anreiz bestehen würde, Diensteanbietern LTE-Produkte anzubieten, da LTE während der derzeitigen Einführungsphase als Alleinstellungsmerkmal angesehen werde. Des Weiteren verweist die Bundesrepublik Deutschland auf die fehlende Rechtssicherheit hinsichtlich der Gültigkeit der Diensteanbieterverpflichtung.
- (72) Die Bundesrepublik Deutschland merkt schließlich an, dass angesichts der derzeitigen Marktstellungen sowie der vergleichbaren Netzqualität und Kundenstruktur nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Parteien auch im Vorleistungsmarkt die jeweiligen engsten Wettbewerber seien. Dies könne das Risiko wettbewerbswidriger Auswirkungen erhöhen, was indirekt auch den Endkundenmarkt beeinträchtigen würde.
- (73) Die Bundesrepublik Deutschland vertritt die Auffassung, dass das Risiko von Koordinierung nach dem Zusammenschluss steigen würde. Obwohl der Markt nicht sehr transparent sei, da die Vertragsbedingungen individuell ausgehandelt werden, könne die geringere Anzahl an MNOs und ihre sich angenäherten Marktanteile einen Anreiz für eine Koordinierung darstellen. Die Regulierung bestimmter Teile des Angebots an Vorleistungsprodukten, Marktuntersuchungen, Konsultationen und Kooperationsinitiativen der MNOs könnten eine Kostentransparenz ermöglichen.

5.3.2. *Stellungnahmen der anmeldenden Partei*

5.3.2.1. Markt für Mobilfunkendkundendienstleistungen

- (74) Hinsichtlich der Marktanteile trägt die anmeldende Partei vor, dass die Beurteilung der Marktanteile auf Netzebene nicht der tatsächlichen Situation im deutschen Markt gerecht werde, und erklärt unter anderem, dass MVNOs, Diensteanbieter und Branded Reseller heute [20-30]% des deutschen Markts ausmachten. Für die MNOs bestünden große Anreize mit diesen zu kooperieren, und starke Marktteilnehmer, die keine MNOs sind, seien in der Lage, eine beträchtliche Nachfragemacht auszuüben.
- (75) Zur Wettbewerbsnähe merkt die anmeldende Partei an, dass diese anhand des tatsächlichen Wechsels der Kunden bewertet werden müsse. Aus den Wechselquoten und Daten zur Portierung von Mobilnummern geht nach Ansicht der anmeldenden Partei eindeutig hervor, dass die Parteien nicht engste Wettbewerber seien. Bezüglich des Prepaid-Segments betont die anmeldende Partei, dass es bei Berücksichtigung der Aldi-Kunden, die etwa [50-60]% der Prepaid-Kunden von E-Plus ausmachten, in der Berechnung der Wechselquoten deutlich werde, dass Vodafone sogar noch mehr Kunden aus dem Netz von Telefónica gewonnen habe als E-Plus. Zudem würden die Deutsche Telekom und Vodafone sowie weitere Betreiber, die keine MNOs sind, im

Gegensatz zur Stellungnahme der Bundesrepublik Deutschland, im Privatkundensegment eine hohe Geschäftstätigkeit aufweisen. Daher sei die Folgerung der Bundesrepublik Deutschland nicht zutreffend, dass Telefónica und E-Plus im Privatkundensegment enge Wettbewerber seien. Die weiteren Faktoren, die in dieser Hinsicht von der Bundesrepublik Deutschland berücksichtigt wurden, bezögen sich lediglich auf das Wettbewerbspotenzial der vier MNOs.

- (76) In Bezug auf das Wettbewerbspotenzial von E-Plus betont die anmeldende Partei die Notwendigkeit, ebenfalls das große Wettbewerbspotenzial von Branded Resellern wie Aldi, Lidl oder BILD zu berücksichtigen. Außerdem gäbe es keinen Grund, warum das Wettbewerbspotenzial der Gruppe von Betreibern, die keine MNOs sind, nach dem Zusammenschluss zurückgehen sollte, oder aber die Anreize für Vodafone und die Deutsche Telekom, ihre Vorleistungsprodukte anzubieten.
- (77) Obwohl die Bundesrepublik Deutschland E-Plus zutreffend als maßgeblichen Faktor bei Wettbewerbspulsen eingestuft habe, weist die anmeldende Partei darauf hin, dass bedeutende Tarif- und Angebotsneuerungen von Betreibern, die keine MNOs sind, unter anderem von 1&1 und Drillisch, die sich selbst als die gegenwärtigen Preisführer bezeichnen, eingeführt worden seien. Insbesondere im Prepaid-Segment, für das die Bundesrepublik Deutschland die größten Bedenken geäußert hat, habe E-Plus in den letzten Jahren keine innovativen Angebote eingeführt. Im Vertragskundensegment dürfte die Wettbewerbsfähigkeit von E-Plus aufgrund der zunehmenden Bedeutung der Datendienste abnehmen, da der Anbieter bei der LTE-Einführung einen Rückstand aufweise, sowie aufgrund der zunehmenden Bedeutung der Investitionen in die Netzinfrastruktur.
- (78) Bezüglich der koordinierten Wirkungen stellt die anmeldende Partei fest, dass die Beurteilung durch die Bundesrepublik Deutschland nicht den früheren Entscheidungen der Kommission in diesem Sektor entspreche. Ferner würden sich die hohe Wettbewerbsintensität im deutschen Endkundenmarkt und die Schlüsselfaktoren, die eine Abstimmung der gegenwärtig größeren Marktteilnehmer verhindern, nach dem Zusammenschluss nicht verändern. Die anmeldende Partei betont, dass die Parteien im Gegensatz zum Verständnis der Bundesrepublik Deutschland [...] beabsichtigen.
- (79) Hinsichtlich der Effizienzgewinne schlägt die anmeldende Partei vor, dass die Bundesrepublik Deutschland anerkennen sollte, dass die Effizienzgewinne die potenziell negativen Wirkungen der vorgeschlagenen Fusion überwiegen könnten, und sie unterstützt eine genaue Prüfung dieser Effizienzgewinne im Rahmen der Untersuchung.

5.3.2.2. Vorleistungsmarkt für Zugang und Verbindungsaufbau

- (80) Nach Auffassung der anmeldenden Partei werde sich durch den Zusammenschluss der Wettbewerb auf der Vorleistungsebene verstärken, insbesondere infolge der Tatsache, dass es drei konkurrierende Netze vergleichbarer Qualität geben wird und somit auch drei vollwertige Alternativen für Kunden.
- (81) Überdies sei angesichts der individuellen Aushandlung von Verträgen, unterschiedlicher Netzmerkmale der MNOs sowie des Ausgleichsfaktors der Nachfragemacht der starken Betreiber, die keine MNOs sind, und der Anreize für die MNOs, diese anzuziehen, eine Abstimmung außerordentlich schwierig und unwahrscheinlich.

5.3.3. *Beurteilung durch die Kommission*

(82) Nach Auffassung der Kommission hat die Bundesrepublik Deutschland das Risiko erheblicher nachteiliger Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf den Wettbewerb ausreichend nachgewiesen.

5.3.3.1. Markt für Mobilfunkendkundendienstleistungen

(83) Im Einklang mit ihren Feststellungen im Beschluss nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c der Fusionskontrollverordnung ist die Kommission der Auffassung, dass die Bundesrepublik Deutschland ausreichend nachgewiesen hat, dass das Zusammenschlussvorhaben horizontale, nicht-koordinierte wettbewerbswidrige Wirkungen auf dem Markt für Mobilfunkendkundendienstleistungen in Deutschland oder auf möglichen Teilmärkten zur Folge haben dürfte.

(84) Erstens teilt die Kommission die Ansicht der Bundesrepublik Deutschland, dass das Zusammenschlussvorhaben die Stellung des zusammengeschlossenen Unternehmens im gesamten Endkundenmarkt und einer Reihe von Segmenten dieses Markts signifikant verstärken wird, einschließlich einer Überschreitung Schwellenwerte von 40 % (basierend auf den Umsätzen) und 50 % (basierend auf der Teilnehmerzahl) auf Marktsegmenten, die bereits sehr konzentriert sind und nach dem Zusammenschluss noch stärker konzentriert sein werden.

(85) Im Gegensatz zur Ansicht der anmeldenden Partei weisen die bei der Marktuntersuchung erhobenen Daten darauf hin, dass die Branded Reseller nicht von den MNOs unabhängig sind, da alle von den Branded Resellern angebotenen Tarife der Genehmigung durch die MNOs bedürfen. Ferner könnte ein Wechsel des Netzwerks zusätzliche Kosten für Branded Reseller verursachen und deren Nachfragemacht gegenüber den MNOs noch weiter einschränken. Daher scheint es keinen Grund zu geben, die Branded Reseller als von den MNOs unabhängige Marktbeteiligte und mögliche Wettbewerber der MNOs anzusehen sowie die Umsätze der Branded Reseller bei Berechnung der Marktanteile der Parteien und des zusammengeschlossenen Unternehmens nicht zu berücksichtigen.

(86) Hinsichtlich der Stellung der MVNOs und Diensteanbieter wird die Kommission im Verlauf der zweiten Prüfphase beurteilen, inwieweit diese Marktbeteiligte als tatsächliche Wettbewerber der MNOs angesehen werden können.

(87) Zweitens stimmt die Kommission mit dem vorläufigen Ergebnis der Bundesrepublik Deutschland überein, dass Telefónica und E-Plus enge Wettbewerber zu sein scheinen. Zu diesem Schluss gelangt sie aufgrund der Antworten in der Marktuntersuchung, der ersten Prüfung der internen Unterlagen der Parteien und unter anderem aufgrund der Umlenkungskennziffern zwischen den Parteien.

(88) Drittens scheint E-Plus eine bedeutende Wettbewerbskraft im Markt zu sein. Wie in ihrem Beschluss nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c der Fusionskontrollverordnung dargelegt, erachtet die Kommission E-Plus aufgrund der Ergebnisse der Marktuntersuchung als besonders aggressiven Wettbewerber. E-Plus gilt insbesondere als „Preisherausforderer“. Zudem untermauert die Entwicklung des Marktanteils des Unternehmens dieses Ergebnis, da der Marktanteil von E-Plus, gemessen an den Erträgen, in den letzten Jahren von [10-20]% (2009) um [0-5]% auf

[10-20]% (2012) gestiegen ist,²⁴ während der Marktanteil, gemessen an den Teilnehmern, von [10-20]% um [0-5]% auf [10-20]% gestiegen ist.²⁵

- (89) Der Zuwachs an Marktanteilen bei E-Plus ist, gemessen an den Umsätzen, der größte innerhalb der MNOs im Zeitraum von 2009 und 2012 (Deutsche Telekom -[0-5]%, Vodafone [0-5]%, Telefónica -[0-5]%). Unter Berücksichtigung der für das erste Halbjahr 2013 bereitgestellten Daten ist E-Plus sogar der einzige MNO, der seinen Marktanteil, gemessen an den Umsätzen, seit 2009 steigern konnte. Der Zuwachs des Marktanteils von E-Plus nach Umsätzen ist zwischen 2009 und 2012 höher als der des Diensteanbieters 1&1, der seinen Marktanteil nach Umsätzen in diesem Zeitraum um [0-5]% steigern konnte und der von der anmeldenden Partei als besonders erfolgreich bezeichnet wurde. Der Zuwachs des Marktanteils von E-Plus nach Teilnehmern ist doppelt so hoch wie der Zuwachs des Marktanteils nach Umsätzen. Nach Auffassung der Kommission sind diese Zahlen ein nachdrücklicher Hinweis darauf, dass E-Plus eine besonders preisaggressive und bedeutende Wettbewerbskraft im Markt ist.
- (90) Viertens ist die Kommission, gestützt auf die während der Marktuntersuchung in der ersten Prüfphase erhobenen Daten und einer ersten Prüfung der internen Unterlagen der Parteien der Auffassung, dass die Anreize des zusammengeschlossenen Unternehmens, einen aggressiven Wettbewerb einzugehen, beträchtlich schwächer zu sein scheinen als von Telefónica und E-Plus vor dem Zusammenschluss. [...] ²⁶ [...] Da das zusammengeschlossene Unternehmen hohe Ausgaben für den Ausbau des 4G Netzes, sowie für die Integration der beiden Unternehmen haben wird, erscheint es, verallgemeinert gesagt, unwahrscheinlich, dass das zusammengeschlossene Unternehmen in einen aggressiven Preiswettbewerb eintreten wird. Stattdessen scheint es wahrscheinlicher, dass Telefónica einen Anreiz hätte, ihre aktuellen Marktanteile in der nahen Zukunft zu stabilisieren, um genügend Einnahmen mit dem bestehenden Kundenstamm zu generieren, anstatt die "Kannibalisierung" des bestehenden Kundenstamms durch aggressiven Neukundenwettbewerb zu riskieren.
- (91) In der ersten Phase ihrer Prüfung führte die Kommission zudem eine quantitative Analyse des Aufwärtspreisdrucks durch und kam anhand der ihr verfügbaren Daten ähnlich wie die Bundesrepublik Deutschland zu dem Schluss, dass das Zusammenschlussvorhaben für das zusammengeschlossene Unternehmen den Anreiz bewirken dürfte, die Preise im Markt signifikant zu erhöhen.
- (92) Aufgrund der Ergebnisse der Marktuntersuchung ist die Kommission hinsichtlich der Reaktion der anderen Marktteilnehmer der Auffassung, dass das Risiko besteht, dass für die anderen MNOs der Anreiz gering sein könnte, sich nach dem Zusammenschluss auf einen aggressiven Preiswettbewerb einzulassen. Darüber hinaus ist die Kommission der Ansicht, dass MVNOs, Diensteanbieter und Branded Reseller nicht in der Lage sein dürften, einen signifikanten Wettbewerbsdruck auf die drei nach dem Zusammenschluss verbleibenden MNOs auszuüben, da sie von einer Einigung mit einem MNO abhängig sind, um preisgünstige Tarife anbieten zu können.

²⁴ Formblatt CO, S. 160

²⁵ Formblatt CO, S. 162

²⁶ An Doc ID 266-6985 angehängte Präsentation.

- (93) Die Bundesrepublik Deutschland hat ebenfalls das Risiko koordinierter Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens hinreichend nachgewiesen.
- (94) Aufgrund der Marktuntersuchung sowie weiteren, auch von der Bundesrepublik Deutschland aufgeführten Faktoren, wie einer Annäherung der Marktanteile und Netztechnologien infolge des Zusammenschlusses, und der Tatsache, dass der Markt hinsichtlich der Tarifgestaltung und Kundenströme transparent zu sein scheint, vertritt die Kommission in dieser Beziehung beim derzeitigen Stand des Verfahrens die Auffassung, dass wettbewerbliche Bedenken durch koordinierte Wirkungen auf den Endkundenmarkt nicht mit der erforderlichen Sicherheit ausgeschlossen werden können. Die Wahrscheinlichkeit koordinierter Wirkungen wird derzeit im Wege einer eingehenden Untersuchung durch die Kommission geprüft.
- (95) Insoweit Nachfragemacht und Zutritt zum Endkundenmarkt bzw. zu den Endkundenmärkten für Mobilfunkdienste betroffen sind, ist die Kommission der Auffassung, dass die mögliche Nachfragemacht durch die Kunden dieser Dienste im Endkundenbereich keinen gegengewichtigen Faktor darstellt, der die möglichen wettbewerbswidrigen Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens aufwiegt.
- (96) Im Einklang mit der Beurteilung der Bundesrepublik Deutschland ist die Kommission zudem der Auffassung, dass MNOs und MVNOs sich hohen Zutrittsschranken gegenübersehen. Die Kommission ist daher aufgrund der Ergebnisse der Marktuntersuchung zu der Einschätzung gelangt, dass ein gegengewichtiger Zutritt möglicherweise nur im Hinblick auf Diensteanbieter einen relevanten gegengewichtigen Faktor darstellen könnte (und nur solange die Diensteanbieterverpflichtung Bestand hat). Die Kommission stellt jedoch auch fest, dass die Größenordnung eines (drohenden) Zutritts nicht ausreichen dürfte, um die möglichen wettbewerbswidrigen Wirkungen des Zusammenschlussvorhabens aufzuwiegen. Die Diensteanbieter sind tatsächlich nicht in der Lage, einen bedeutenden Wettbewerbsdruck auf die MNOs auszuüben. Wie die Bundesrepublik Deutschland zutreffend festgestellt hat, wird der Marktzutritt als Diensteanbieter überdies nach dem Zusammenschluss schwieriger werden.
- (97) Abschließend stimmt die Kommission mit den Stellungnahmen der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich der Effizienzgewinne überein. Die Kommission ist der Auffassung, dass die anmeldende Partei auf Basis der Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse nicht nachgewiesen hat, in welchem Umfang die vorgetragenen Effizienzgewinne voraussichtlich etwaigen negativen Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf den Wettbewerb im Markt für Mobilfunkendkundendienstleistungen entgegenwirken könnten und somit für die Verbraucher von Vorteil sind. Folglich ist die Kommission der Auffassung, dass die vorgebrachten Effizienzgewinne die ernsthaften Bedenken bezüglich der Vereinbarkeit des Zusammenschlussvorhabens mit dem Binnenmarkt nicht zerstreuen.

5.3.3.2. Vorleistungsmarkt für Zugang und Verbindungsaufbau

- (98) Hinsichtlich der horizontalen, nicht koordinierten Wirkungen stimmt die Kommission mit der Bundesrepublik Deutschland überein, dass durch das Zusammenschlussvorhaben zwei möglicherweise enge Wettbewerber zusammengeführt würden, wodurch sich die Möglichkeiten für MVNOs und Diensteanbieter für einen Netzzugang von vier auf drei reduzierten; sie ist der Ansicht, dass durch das Vorhaben die aggressivsten Marktakteure auf der Vorleistungsebene eliminiert würden. Wie die Bundesrepublik Deutschland

festgestellt hat, sieht es außerdem so aus, als würde das Zusammenschlussvorhaben negative Auswirkungen auf den Anreiz des zusammengeschlossenen Unternehmens und der beiden anderen MNOs haben, MVNOs und Diensteanbietern zu wirtschaftlich attraktiven Konditionen Zugang zu ihren jeweiligen Mobilnetzen zu gewähren. Zudem scheint es, dass sich MVNOs und Diensteanbieter großen Schwierigkeiten gegenübersehen, wenn ihr Kundenstamm zu einem anderen Host-MNO migriert werden soll; dies bedeutet im Wesentlichen, dass es selbst bei einem Angebot attraktiver Konditionen für den Vorleistungszugang nach dem Zusammenschluss für die MVNO- und Diensteanbieterkunden der Parteien sehr schwierig sein würde, im Falle einer Preiserhöhung beim zusammengeschlossenen Unternehmen zu einem anderen MNO zu wechseln.²⁷

- (99) Darüber hinaus teilt die Kommission hinsichtlich der koordinierten Wirkungen die Einschätzung der Bundesrepublik Deutschland, dass das Zusammenschlussvorhaben negative koordinierte Wirkungen haben könnte.
- (100) Bezüglich Nachfragemacht und Marktzutritt als gegengewichtige Faktoren ist die Kommission schließlich der Auffassung, dass sich die Diensteanbieter und MVNOs gegenüber den MNOs in einer nachteiligen Verhandlungsposition befinden und dass sich diese nach dem Zusammenschluss noch verschlechtern dürfte. Daher kann das Risiko wettbewerbswidriger Wirkungen aus dem Zusammenschlussvorhaben nicht durch die gegengewichtige Nachfragemacht der MVNOs und Diensteanbieter ausgeglichen werden. In gleicher Weise stellt der (drohende) Marktzutritt keinen relevanten gegengewichtigen Faktor dar, um die möglichen wettbewerbswidrigen Wirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf dem Markt auszugleichen.

5.3.4. *Schlussfolgerung zu Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe a*

- (101) Angesichts des Vorstehenden sind bezüglich des Zusammenschlussvorhabens die Voraussetzungen für eine Verweisung nach Maßgabe des Artikels 9 Absatz 2 Buchstabe a der Fusionskontrollverordnung erfüllt.

5.4. **Ermessen der Kommission bei der Bewertung des Verweisungsantrags**

- (102) Das Zusammenschlussvorhabens erfüllt die Voraussetzungen des Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe a der Fusionskontrollverordnung. Darüber hinaus muss die Kommission nach den Vorschriften des Artikels 9 Absatz 3 der Fusionskontrollverordnung prüfen, ob es angebracht ist, einen bestimmten Fall an eine nationale Wettbewerbsbehörde zu verweisen.

5.4.1. *Das Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland*

- (103) Der Bundesrepublik Deutschland zufolge erfüllt der Verweisungsantrag sowohl die Voraussetzungen des Artikels 9 Absatz 2 Buchstabe a der Fusionskontrollverordnung als auch die Kriterien der Verweisungsmitteilung. Die Bundesrepublik Deutschland stellt insbesondere fest, dass das Zusammenschlussvorhaben weder

²⁷ Die Kommission stellt ebenfalls fest, dass die unsichere Zukunft der Diensteanbieterverpflichtung in Deutschland, auch wenn diese nicht fusionsspezifisch ist, zusätzlich das Risiko erhöht, dass Diensteanbieter in naher Zukunft nicht mehr in der Lage sein werden, auf der Vorleistungsebene einen Netzzugang zu Konditionen zu erlangen, die für sie attraktiv genug sind, um im Markt tätig zu sein, geschweige denn um auf Endkundenebene einen nennenswerten Wettbewerbsdruck auf die MNOs auszuüben. Die in Fußnote 11 ausgeführte Diensteanbieterverpflichtung stellt die Grundlage für das Geschäftsmodell der Diensteanbieter dar.

wettbewerbswidrige Wirkungen in anderen Mitgliedstaaten noch grenzüberschreitende Wirkungen, die sich außerhalb ihrer Zuständigkeit befinden würden, haben wird. Dementsprechend sind die EU-weiten Ermittlungsbefugnisse und Durchsetzungskompetenzen der Kommission in diesem Fall nicht relevant, um die Behörde zu bestimmen, die am besten geeignet ist, um sich mit dem Fall zu befassen. Zudem führt die Bundesrepublik Deutschland an, dass eine mögliche Verweisung nach Deutschland aufgrund der fehlenden Wirkung außerhalb Deutschlands die Parteien nicht dem Vorteil einer einzigen Anlaufstelle berauben würde.

- (104) Obwohl die Erfahrung der Kommission im Umgang mit vergleichbaren Fällen im Mobilfunksektor anderer Mitgliedstaaten anerkannt wird, stellt die Bundesrepublik Deutschland des Weiteren fest, dass die nationalen Telekommunikationsmärkte in der EU sehr unterschiedlich funktionieren und daher die Kenntnisse einiger dieser Märkte in einem Mitgliedstaat nicht automatisch auf den gleichen Sektor eines anderen Mitgliedstaates übertragen werden können.
- (105) In dieser Beziehung betont die Bundesrepublik Deutschland, dass sie über Erfahrung im Umgang mit den Parteien sowie weiteren Marktbeteiligten im Mobilfunksektor in Deutschland verfügt und eine gute Zusammenarbeit mit der deutschen Regulierungsbehörde, der Bundesnetzagentur („BNetzA“), besteht. Ferner ist die Bundesrepublik Deutschland der Auffassung, dass die Erfahrung des BKartA im Umgang mit den von dem Zusammenschlussvorhaben betroffenen Märkten sowie den benachbarten Märkten wie den Festnetz- und Kabelmärkten in diesem Fall bei der genauen Prüfung der Argumente von Bedeutung ist, welche die Parteien zur zunehmenden Annäherung der Festnetz- und Mobilfunkdienste vorbringen.
- (106) Die Bundesrepublik Deutschland ist schließlich der Ansicht, dass das BKartA aufgrund seiner fortlaufenden und engen Einbindung der BNetzA und ebenso aufgrund der Marktinformationen, die im Rahmen der eigenen Kartelluntersuchungen im Sektor zu den vier MNO erhalten wurden, am besten in der Lage ist, die Wettbewerbsfragen und die Eignung möglicher Verpflichtungen in puncto Frequenzspektrum und -verteilung zu bewerten.

5.4.2. *Beurteilung durch die Kommission*

- (107) Im Falle eines Verweisungsantrags nach Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe a der Fusionskontrollverordnung, wie in der vorliegenden Sache der Fall, verfügt die Kommission bei der Entscheidung über die Verweisung des Falles über einen Ermessensspielraum.²⁸
- (108) Die Kommission ist der Auffassung, dass angesichts der Verweisungsmitteilung²⁹ sowie im Hinblick auf die Gewährleistung von Rechtssicherheit Verweisungsbeschlüsse nur dann ergehen sollten, wenn angesichts der Besonderheiten des Falles und mit Rücksicht auf die zur Verfügung stehenden Instrumente und Expertise eine oder mehrere Wettbewerbsbehörden besser geeignet ist, einen Zusammenschluss zu behandeln als die Kommission. Verweisungsbeschlüsse führen in der Tat zu einer Abweichung von der

²⁸ Artikel 9 Absatz 3 Fusionskontrollverordnung, Verweisungsmitteilung, Randnr. 7.

²⁹ Verweisungsmitteilung, Randnr. 5, 9.

Zuständigkeitsregelung bei der Zuweisung von Fällen zwischen der Kommission und den Mitgliedstaaten nach Artikel 1 der Fusionskontrollverordnung.

- (109) Nach Randnummer 9 der Verweisungsmitteilung „sollte eine Fusionssache nur an eine andere Wettbewerbsbehörde [als die, welche aufgrund der in Artikel 2 der Fusionskontrollverordnung vorgesehenen Umsatzkriterien ursprünglich zuständig war] verwiesen werden, wenn diese besser geeignet ist“.³⁰ Diesbezüglich stellt die Verweisungsmitteilung klar, dass bei der Beurteilung welche Behörde am besten geeignet ist, eine Sache zu behandeln, neben der möglichen geografischen Verortung der Wettbewerbsfolgen des Vorhabens unter anderem zu erwägen ist, „*inwieweit die nationale Wettbewerbsbehörde zu einer Prüfung des Vorhabens in der Lage ist*“.³¹ Die Kommission hat weiterhin bei ihrer Ermessensentscheidung den wirksamen Schutz des Wettbewerbs in allen von dem Vorhaben betroffenen Märkten stets im Blick³² und berücksichtigt die Wahrung der Wettbewerbsinteressen der Mitgliedstaaten.³³ Auch der aus einer Verweisung resultierende Verwaltungsaufwand für das anmeldende Unternehmen kann berücksichtigt werden.³⁴
- (110) In Anbetracht dieser Ausführungen und in Ausübung ihres Ermessens ist die Kommission der Auffassung, dass der Verweisungsantrag der Bundesrepublik Deutschland im vorliegenden Fall abzuweisen ist.
- (111) Zunächst stellt die Kommission fest, dass sowohl welt- als auch europaweit auf den Mobilfunkmärkten eine Tendenz zur Konsolidierung besteht und diese sich auch in Zukunft fortsetzen dürfte. Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung der Tatsache, dass einige Unternehmen der Telekommunikationsbranche in mehreren EU-Mitgliedstaaten tätig sind, ist es äußerst wichtig, Zusammenschlüsse im Telekommunikationssektor, die in die Zuständigkeit der Kommission fallen, mithilfe einer kohärenten und einheitlichen Vorgehensweise zu bewerten. Die Kommission hält es in der Tat für äußerst wichtig, den Wettbewerb in einem Sektor wie dem der Mobilfunkdienstleistungen zu erhalten, welcher für die wirtschaftliche Entwicklung der Union von entscheidender Bedeutung ist, wie sich aus der Verabschiedung der Digitalen Agenda für Europa im Jahr 2010³⁵ sowie dem Paket zum Telekommunikationsbinnenmarkt im Jahr 2013³⁶ ergibt.

³⁰ Verweisungsmitteilung, Randnr. 9.

³¹ Verweisungsmitteilung, Randnr. 37.

³² Verweisungsmitteilung, Randnr. 8.

³³ Fusionskontrollverordnung, Erwägungsgründe 11, 12.

³⁴ Verweisungsmitteilung, Randnr. 9.

³⁵ Mitteilung der Kommission an das europäische Parlament, den Rat, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Eine Digitale Agenda für Europa, 26. August 2010, COM(2010) 245.

³⁶ Das am 11. September 2013 verabschiedete Paket beinhaltet eine Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen zum Telekommunikationsbinnenmarkt - COM(2013) 634, einen Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen zum europäischen Binnenmarkt der elektronischen Kommunikation und zur Verwirklichung des vernetzten Kontinents und zur Änderung der Richtlinien 2002/20/EG, 2002/21/EG und 2002/22/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 1211/2009 und (EU) Nr. 531/2012 - COM(2013) 627, eine Folgenabschätzung, Begleitunterlage zum Vorschlag für eine Verordnung - COM(2013) 331; und eine Empfehlung über einheitliche Nichtdiskriminierungsverpflichtungen und Kostenrechnungsmethoden zur Förderung des Wettbewerbs und zur Verbesserung des Umfelds für Breitbandinvestitionen - C(2013) 5761.

- (112) Zweitens hat die Kommission in der Tat im Laufe der letzten Jahre erhebliche Fachkompetenz hinsichtlich der europäischen Mobilfunkmärkte entwickelt. Insbesondere hat die Kommission mehrere bedeutende Zusammenschlüsse im Vereinigten Königreich, in Dänemark, den Niederlanden, Italien, Spanien und vor kurzem in Österreich³⁷ geprüft. Außerdem prüft sie gerade den Zusammenschluss zweier Mobilfunkbetreiber in Irland.³⁸ Diese Fälle haben es der Kommission ermöglicht, sich ein umfangreiches, gründliches und aktuelles Wissen hinsichtlich des Telekommunikationssektors sowie ein gut fundiertes Verständnis der rechtlichen und wirtschaftlichen Probleme, die bei dieser Art von Fällen bestehen, anzueignen.
- (113) Darüber hinaus und obwohl es zutreffend ist, dass jeder nationale Markt im Mobilfunksektor im EWR unterschiedliche Merkmale aufweist, ist es auch zutreffend, dass die Mehrheit der wettbewerblichen Probleme, die bei dieser Art von Fällen in den einzelnen Mitgliedstaaten bestehen, Gemeinsamkeiten aufweisen.
- (114) Zudem hat die Kommission eine enge Zusammenarbeit mit der BNetzA aufgebaut, die nötigenfalls das Wissen der Kommission ergänzen und sie darin unterstützen wird, mögliche, vom Zusammenschlussvorhaben ausgehende Probleme, die auf Eigenheiten des deutschen Marktes beruhen, wirksam anzugehen. Insbesondere haben mehrere Treffen zwischen den Kommissionsmitarbeitern und den Mitarbeitern der BNetzA stattgefunden, bei denen die Frage der Frequenzausstattungen untersucht wurde, ein Bereich in dem auch das BKartA mit der BNetzA zusammenarbeitet. Die Kommission beabsichtigt, diese Kooperation in Zukunft und insbesondere, falls notwendig, im Stadium der Untersuchung möglicher von den Beteiligten angebotener Verpflichtungen fortzusetzen, um die Erlaubnis des Zusammenschlusses zu gewährleisten. Die Kommission ist der Ansicht, dass eine solche Kooperation die Erfahrung der Kommission mit der Umsetzung von Verpflichtungen im Mobilfunksektor in anderen Mitgliedstaaten ergänzen und, wie oben erläutert, sicherstellen wird, dass die von dem Zusammenschlussvorhaben hervorgerufenen Wettbewerbsbedenken wirksam angegangen werden.
- (115) In ihrer Stellungnahme vom 17. Januar 2014 führt die Bundesrepublik Deutschland aus, dass eine Abweisung des Verweisungsantrags mit der Begründung, dass die Kommission Erfahrung mit der Behandlung eines bestimmten Wirtschaftssektors hat und eine einheitliche Vorgehensweise bei der Prüfung von Zusammenschlüssen in diesem Sektor in verschiedenen Mitgliedstaaten sicherstellen muss, das gesamte Verweisungssystem des Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe a in Frage stellen würde. Sie führt weiter aus, dass, würde man diesem Argument folgen, die Kommission in der Tat keinem Verweisungsantrag stattgäbe, wenn sie in dem jeweiligen Wirtschaftssektor bereits einen Fall geprüft hat. Die Bundesrepublik Deutschland schreibt weiter, dass das BKartA hinsichtlich des deutschen Mobilfunksektors ebenso erfahren ist wie die Kommission und wiederholt, dass es ebenfalls eine gute Zusammenarbeit mit der BNetzA pflegt. Die Bundesrepublik Deutschland weist außerdem darauf hin, dass die Verweisungsmitteilung auf den Subsidiaritätsgrundsatz verweist und anerkennt, dass zu berücksichtigen ist, wo sich die Wettbewerbsfolgen des Vorhabens besonders auswirken. Da das

³⁷ M.3245 – *Vodafone/Singlepoint*; M.3530 – *TeliaSonera/Orange*; M.4748 – *T-Mobile/Orange Netherlands*; M.4947 – *Vodafone/Tele2 Italy/Tele2 Spain*; M.5650 – *T-Mobile/Orange*; M.6497 – *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*.

³⁸ Siehe M.6992 – *Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland*.

Zusammenschlussvorhaben sich auf nationale Märkte innerhalb Deutschlands auswirke, sei das BKartA besser geeignet, das Zusammenschlussvorhaben zu prüfen.

- (116) Die Kommission stimmt den Ausführungen der Bundesrepublik Deutschland nicht zu.
- (117) Das Verweisungssystem des Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe b wird nicht durch die Argumentation, auf der die Kommission den vorliegenden Verweisungsbeschluss gründet, in Frage gestellt. Die Kommission weist nicht jeden an sie gestellten Verweisungsantrag mit der Begründung ab, dass sie Erfahrung mit der Behandlung eines bestimmten Wirtschaftssektors habe. Vielmehr hat sie, entsprechend den Ausführungen in Erwägungsgründen (111) bis (113) eine Reihe von Faktoren berücksichtigt, die für ihre Entscheidung im vorliegenden Fall von Bedeutung sind. Diese umfassen die Tatsache, dass das Zusammenschlussvorhaben den Mobilfunksektor betrifft, der Bestandteil einer wichtigen EU-Politik ist und bezüglich dessen die Kommission eine einheitliche Vorgehensweise bei der Anwendung der Fusionskontrollregeln sicherstellen will. In der Tat hat die Kommission hinsichtlich der Mobilfunkdienstleistungen bereits unterschiedliche Fälle in mehreren Mitgliedstaaten behandelt und erwartet in der Zukunft weitere Fälle. Eine einheitliche Vorgehensweise in der Behandlung dieser Fälle muss für alle Mitgliedstaaten sichergestellt werden. Im vorliegenden Fall ist die Kommission besser geeignet dies zu tun, als es das BKartA wäre.
- (118) Aus denselben Gründen und obwohl die Kommission weder die Fähigkeit nationaler Wettbewerbsbehörden, Wettbewerb in wichtigen Wirtschaftssektoren wirksam zu schützen noch die Marktkenntnisse des BKartA und/oder dessen Fähigkeiten, mit der BNetzA zu kooperieren anzweifelt, ist die Kommission im vorliegenden Fall besser geeignet, eine einheitliche Vorgehensweise mit den bereits entschiedenen Fällen im Mobilfunksektor in den Mitgliedstaaten sicherzustellen.
- (119) Außerdem berücksichtigt die Kommission ordnungsgemäß den Subsidiaritätsgrundsatz, so wie er in Artikel 5 Absatz 3 des Vertrags über die Europäische Union³⁹ niedergelegt ist. Dieser sieht vor, dass die Kommission „in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig [wird], sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten [nicht] ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind“. Dieser Grundsatz hat nicht zur Folge, dass alle Zusammenschlüsse, die dem Anwendungsbereich des Artikel 1 der Fusionskontrollverordnung unterfallen, aber nur Märkte nationaler Bedeutung betreffen, an diesen Mitgliedstaat verwiesen werden sollten. Vielmehr findet der Subsidiaritätsgrundsatz im Rahmen von Verweisungen angemeldeter Zusammenschlüsse in Artikel 9 der Fusionskontrollverordnung seine konkrete Ausprägung. Die Rolle der Kommission beschränkt sich daher auf die Feststellung, ob die Voraussetzungen dieser Vorschrift, so wie in Erwägungsgründen (108) und (109) genauer beschrieben, erfüllt sind. Insbesondere angesichts ihrer Fähigkeit, eine einheitliche Vorgehensweise sicherzustellen sowie angesichts der Fachkompetenz der Kommission, Zusammenschlüsse im Mobilfunksektor zu prüfen, kommt die Kommission zu dem Schluss, dass sie im vorliegenden Fall, obwohl die

³⁹ Abl. C 83, 30.3.2010, S. 13.

Auswirkungen sich auf Deutschland beschränken, besser geeignet ist, das Zusammenschlussvorhaben zu behandeln.

- (120) Drittens prüft die Kommission das Zusammenschlussvorhaben aktiv. In der Tat stimmt die Kommission der Bundesrepublik Deutschland zu, dass das Zusammenschlussvorhaben wettbewerbliche Bedenken hervorrufen könnte, und hat aus diesem Grund, wie vorstehend in Randnummer (18) ausgeführt, am 20. Dezember 2013 einen Beschluss nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c der Fusionskontrollverordnung angenommen, in dem sie ernsthafte Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit des Zusammenschlussvorhabens mit dem Binnenmarkt geäußert hat. Die Kommission ist des Weiteren dabei, Beschwerdepunkte vorzubereiten, die, sollte die laufende Prüfung vom Zusammenschlussvorhaben hervorgerufene Wettbewerbsbedenken bestätigen, zu einem angemessenen Zeitpunkt im Verfahren angenommen werden.
- (121) In diesem Zusammenhang hat die Kommission bereits eine umfangreiche Marktuntersuchung mit Wettbewerbern und Kunden der Parteien sowie mit anderen Marktteilnehmern durchgeführt (und führt diese weiterhin durch). Die Parteien des Zusammenschlussvorhabens haben mehrere Auskunftsverlangen erhalten, um die vom Zusammenschlussvorhaben hervorgerufenen zentralen wettbewerblichen Probleme (einschließlich von im Verweisungsantrag unterstrichenen Problemen) gründlich zu prüfen. Die Kommission hat außerdem auch eine erhebliche Anzahl an internen Dokumenten (etwa 110 000 Dokumente) sowie wirtschaftliche Daten von den Zusammenschlussparteien angefordert und begonnen, diese zu überprüfen und zu verarbeiten (dies umfasst auch die Erstellung und Entwicklung aufwändiger ökonomischer Modelle). Wirtschaftliche Daten wurden auch von Dritten angefordert.
- (122) Die Kommission stellt weiterhin fest, dass bei einer Verweisung die Parteien die Anforderungen des neuen Verfahrens vor dem BKartA erfüllen müssten, nachdem sie bereits die Anforderungen des Verfahrens nach EU-Recht erfüllt haben. Mit Schreiben vom 17. Januar 2014 führte die Bundesrepublik Deutschland an, dass sich die Parteien der Möglichkeit einer Verweisung stets bewusst waren und dass sie, hätten sie Rechtssicherheit haben wollen, eine Verweisung gemäß Artikel 4 Absatz 4 der Fusionskontrollverordnung hätten beantragen können. Sie führt weiter aus, dass die Tatsache, dass eine Verweisung an die Bundesrepublik Deutschland angesichts der von der Kommission bereits durchgeführten umfangreichen Prüfung zu einem erheblichen Verwaltungsaufwand für die Parteien des Zusammenschlussvorhabens führen würde, irrelevant ist. Die Kommission stellt jedoch fest, dass es unbestritten ist, dass eine Verweisung zu einem erheblichen Verwaltungsaufwand für die Parteien führen würde und dass dies eines der von der Kommission in ihrer Entscheidung zu berücksichtigenden Elemente ist.⁴⁰
- (123) Viertens stellt die Kommission durch ihre Prüfung des Zusammenschlussvorhabens auch den wirksamen Schutz des Wettbewerbs in allen von dem Vorhaben betroffenen Märkten sowie die Wahrung der Wettbewerbsinteressen der Mitgliedstaaten sicher, da sie die am besten geeignete Behörde für die Behandlung des Zusammenschlussvorhabens ist.

⁴⁰ Verweisungsmitteilung, Randnr. 9.

6. SCHLUSSFOLGERUNG

- (124) Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass die Voraussetzungen für einen Verweisungsantrag nach Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe a der Fusionskontrollverordnung erfüllt sind. Dennoch sollte die Kommission nach Artikel 9 Absatz 3 der Fusionskontrollverordnung die Rechtssache nicht an die Bundesrepublik Deutschland verweisen –

HAT FOLGENDEN BESCHLUSS ERLASSEN:

Artikel 1

Das Zusammenschlussvorhaben, das zur Übernahme der alleinigen Kontrolle von E-Plus durch Telefónica Deutschland führt, wird nicht nach Artikel 9 Absatz 3 Buchstabe a der Fusionskontrollverordnung an die zuständigen Behörden in Deutschland verwiesen.

Artikel 2

Dieser Beschluss ist an die Bundesrepublik Deutschland gerichtet.

Geschehen zu Brüssel am 30.1.2014

*Für die Kommission
(Unterzeichnet)
Joaquín ALMUNIA
Vizepräsident*