

**20. JULI 2023**

---

**KARTELLRECHTLICHE MISSBRÄUHLICHKEIT  
DES STRATEGISCHEN ÜBERBAUS**

---

**GUTACHTEN FÜR DIE INITIATIVE PRO GLASFASER**



## INHALTSVERZEICHNIS

|   | SEITE    |
|---|----------|
| <b>A. GEGENSTAND DES GUTACHTENS.....</b>  | <b>4</b> |
| <b>B. EXECUTIVE SUMMARY .....</b>   | <b>4</b> |
| <b>C. RECHTLICHER MAßSTAB .....</b>   | <b>7</b> |
| <b>D. PRÜFUNG .....</b>   | <b>7</b> |
| I. § 19 GWB und Art. 102 AEUV .....   | 7        |
| II. Adressatenstellung: Marktbeherrschende Stellung.....  | 8        |
| 1. Marktabgrenzung .....  | 9        |
| a) Massenmarkt für den breitbandbasierten Internetzugang (Endkundenmarkt) .....   | 9        |
| b) Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau .....  | 10       |
| 2. Marktbeherrschende Stellung der Deutschen Telekom .....  | 10       |
| a) Massenmarkt für den breitbandbasierten Internetzugang (Endkundenmarkt) .....   | 10       |
| b) Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau .....  | 12       |
| 3. Die Deutsche Telekom verfügt darüber hinaus flächendeckend über eigene<br>Anschlussinfrastruktur (siehe oben). Nicht zuletzt verfügt sie über eine starke<br>regionale und politische Verankerung.Zwischenergebnis ..... | 12       |
| III. Missbrauch.....  | 12       |
| 1. Art. 102 AEUV / § 19 GWB .....   | 12       |
| 2. Abgrenzung Leistungs- und Nichtleistungswettbewerb .....   | 14       |
| 3. Kausalität und Gefährdung des Wettbewerbs .....  | 15       |
| IV. Missbräuchlichkeit des Überbaus .....   | 16       |
| 1. Wettbewerb beim Glasfaserausbau .....  | 16       |
| a) Wirtschaftlichkeit der Ausbaugebiete .....   | 16       |
| b) Ausbauwettbewerb und Infrastrukturwettbewerb .....   | 17       |
| c) FTTH-Ausbau der Deutschen Telekom .....  | 18       |
| aa) Marktvorteile .....   | 18       |
| bb) Commitment-Modelle auf dem Vorleistungsmarkt.....   | 21       |
| 2. Überbau .....  | 22       |
| a) Überblick .....  | 23       |
| b) Kartellrechtliche Prüfung .....  | 24       |
| aa) Konstellation 1) (Gebiet trägt mehr als ein Netz).....  | 25       |
| bb) Konstellationen 2) (Gebiet trägt nur ein Netz) .....  | 26       |
| (i) Gespräche/Verhandlungen mit Gemeinde .....  | 28       |
| (ii) Informationen zu Glasfaser und allgemeines Inaussichtstellen .....   | 29       |
| (iii) Ausbauankündigung ohne zügig nachfolgenden tatsächlichen Ausbau .....   | 29       |
| (iv) Teilausbau nur in den kommerziell attraktivsten Teilen eines Gebiets .....   | 31       |
| (v) Vollausbau .....  | 34       |

|   |    |
|---|----|
| (vi) Konstellation 3) (Behinderungsmaßnahmen ohne Bezug zu konkretem Gebiet)..... | 35 |
| V. Abhilfemaßnahmen.....  | 36 |
| VI. Ergebnis .....  | 37 |

## A. Gegenstand des Gutachtens

Wir wurden von der Initiative Pro Glasfaser, einer verbandsübergreifenden Arbeitsgruppe des VATM und BREKO beauftragt, die kartellrechtliche Zulässigkeit von Verhaltensweisen der Deutschen Telekom im Zusammenhang mit dem sog. strategischen Überbau im Kontext des Glasfaserausbaus (FTTH/B-Ausbau) in Deutschland zu prüfen. Beim Überbau handelt es sich um den Aufbau eines zweiten FTTH/B-Netzes neben, vor oder nach einem bereits errichteten oder geplanten anderen FTTH/B-Netz.<sup>1</sup> Ebenfalls erfasst vom Begriff sind Maßnahmen im Vorfeld oder im Zusammenhang mit dem eigentlichen Ausbau, wie etwa Ausbauankündigungen. Strategischer Überbau bezeichnet Überbaumaßnahmen, die bewusst – also strategisch – zur Behinderung von Wettbewerbern führen. Bei unserer Prüfung bauen wir hinsichtlich der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen auf die Studie von Dr. Karl-Heinz Neumann, „Der Überbau als Problem der Glasfaserentwicklung in Deutschland“, vom 16. Mai 2023 auf.

## B. Executive Summary

Die Deutsche Telekom ist auf dem Massenmarkt für den breitbandbasierten Internetzugang (Endkundenmarkt) marktbeherrschend. Sie unterliegt damit dem kartellrechtlichen Missbrauchsverbots nach deutschem und europäischem Kartellrecht gemäß § 19 GWB bzw. Art. 102 AEUV.

Der Überbau, d. h. der Aufbau eines zweiten FTTH/B-Netzes neben, vor oder nach einem bereits errichteten oder geplanten anderen FTTH/B-Netz sowie Maßnahmen im Vorfeld oder im Zusammenhang mit dem eigentlichen Ausbau, wie etwa Ausbauankündigungen, durch die Deutsche Telekom unterliegen daher der Missbrauchskontrolle. Behörden und Gerichte legen dabei einen strengen Maßstab an, um den Leistungswettbewerb und die Offenheit der Marktzugänge, gerade in Märkten die (immer noch) von *Incumbents* beherrscht werden, sicherzustellen.<sup>2</sup> Die italienische Kartellbehörde Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) hat beispielsweise strategische Maßnahmen der Telecom Italia S.p.A. zur Behinderung des

---

<sup>1</sup> Dr. Karl-Heinz Neumann, „Der Überbau als Problem der Glasfaserentwicklung in Deutschland“, Positionspapier für die Initiative Pro Glasfaser, 16. Mai 2023, Rn. 46.

<sup>2</sup> Strategische Maßnahmen der Telecom Italia S.p.A. (TIM) zur Behinderung des Glasfaserausbaus durch Wettbewerber wurden von der italienischen Kartellbehörde AGCM als Verstoß gegen das Missbrauchsverbot gewertet und mit einem Bußgeld im dreistelligen Millionenbereich belegt (AGCM Entscheidung Nr. 28162 vom 25 Februar 2020, Fall A514 – *Condotta fibra Telecom Italia.*). Die Entscheidung wurde gerichtlich bestätigt (TAR Lazio, Urteil vom 28. Februar 2022, Fall Nr. 2334); zum besonderen Schutz des Restwettbewerbs in von *Incumbents* beherrschten Märkten: EuGH, Urteil v. 6.10.2015, C-23/14 – *Post Danmark II*.

Glasfaserausbaus durch Wettbewerber als Verstoß gegen das Missbrauchsverbot gewertet und mit einem Bußgeld im dreistelligen Millionenbereich belegt.<sup>3</sup>

Bestimmte Verhaltensweisen der Deutschen Telekom im Zusammenhang mit dem sog. Überbau können gegen § 19 Abs. 1 GBW bzw. Art. 102 AEUV verstoßen, da es sich nicht um Maßnahmen des Leistungswettbewerbs handelt, sondern ihr Schwerpunkt auf der Behinderung von Wettbewerbern liegt. Es handelt sich dann um „strategischen Überbau“ und Behinderungsmaßnahmen.

Relevant bei der Prüfung von Überbaumaßnahmen im konkreten Fall ist, ob sie in einem Gebiet erfolgen, dass nur ein oder mehrere Netze trägt, und in welchem Stadium sich der Ausbau des Wettbewerbs befindet:

- Verhaltensweisen in Gebieten, in denen der Ausbau von mehr als einem Netz rentabel sein kann (und die sich somit grundsätzlich für Infrastrukturwettbewerb eignen) können insbesondere missbräuchlich sein, wenn in dem Gebiet bereits ein Teil der Nachfrage gebunden ist (insbesondere durch das sog. Commitment-Modell auf Vorleistungsebene bei VDSL), so dass nur ein Teilgebiet als „**bestreitbare Menge**“ **an Nachfragern** zur Verfügung steht, die wiederum nur ein Netz trägt. Ein Missbrauch liegt dann vor, wenn ein Teil dieser bestreitbaren Menge blockiert wird, damit der Ausbau für den Wettbewerb unrentabel wird.
- Überbau durch die Deutsche Telekom in Gebieten, in denen nur der Ausbau eines Netzes rentabel ist (und die sich somit grundsätzlich nicht für Infrastrukturwettbewerb eignen) führt häufiger zu Behinderungen von Wettbewerbern und ist darauf zu prüfen, ob er dem Leistungswettbewerb zugerechnet werden kann:
  - Im Ausbauwettbewerb um diese Gebiete werden **Ausbauankündigung ohne zügige Umsetzung** in der Regel als missbräuchlich einzustufen sein. Auch andere Vorfeldmaßnahmen wie Informationen zu Glasfaserausbau, Gespräche mit Gemeinden etc. können gegen die marktbeherrschenden Unternehmen obliegenden Rücksichtnahmepflichten verstoßen und missbräuchlich sein.
  - Beim tatsächlichen Ausbau ist der **Teilausbau nur in den kommerziell attraktivsten Teilen eines Gebiets problematisch**. Zu prüfen ist hier, ob das Ausbauverhalten der Deutschen Telekom betriebswirtschaftlich im jeweiligen Fall isoliert betrachtet – also ohne positive Effekte durch

---

<sup>3</sup> AGCM Entscheidung Nr. 28162 vom 25 Februar 2020, Fall A514 – *Condotta fibra Telecom Italia*. Die Entscheidung wurde gerichtlich bestätigt (TAR Lazio, Urteil vom 28. Februar 2022, Fall Nr. 2334).

Behinderung des Wettbewerbs – sinnvoll ist und einem Unternehmen ohne die spezifischen Vorteile des Marktbeherrschers prinzipiell möglich wäre.

- Ein Missbrauch kann insbesondere auch vorliegen, wenn die Deutsche Telekom den Ausbau in einem Gebiet durch **strategischen Überbau so blockiert**, so dass der Ausbau in diesem Gebiet nur noch gefördert erfolgen kann, wobei sie dann ihre marktbeherrschende Stellung auf den Ausschreibungsmärkten ausspielen kann.

Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung kann durch Abhilfemaßnahmen beendet werden, die von den Kartellbehörden angeordnet werden können. In Betracht kommen hier insbesondere:

- Verbindliche Regelungen für den fairen Leistungswettbewerb genügende **Verhaltensweisen der Deutschen Telekom im Hinblick auf (die Verbindlichkeit von) Ausbauankündigungen und sonstige Vorfeldmaßnahmen** (Verhandlungen mit der Gemeinde etc.)
- Regelungen zum **Unterlassen des strategischen Teilausbaus** von Gebieten.
- Denkbar wäre auch eine **Hinterlegung der Ausbauplanungen** der Deutschen Telekom für die nächste Ausbauperiode (z. B. 9 Monate) bei einem Trustee, der dann bei Beschwerden prüfen könnte, ob Überbaumaßnahmen von der Ausbauplanung abweichen, was – jedenfalls dort, wo ein Dritter ein Glasfasernetz ausbaut oder eine konkretisierte Ausbauplanung eines Dritten besteht – zu einer **Ausbausperre**, einschließlich aller vorbereitenden Aktivitäten (z.B. Ausbauankündigung, Gespräche mit der Kommune) führt.

## C. Rechtlicher Maßstab

Da der strategische Überbau zur Behinderung von Wettbewerbern führt, kommt ein Verstoß gegen das kartellrechtliche Missbrauchsverbot in der Form des Behinderungsmissbrauchs gemäß § 19 GWB und Art. 102 AEUV in Betracht.

Der Begriff des Missbrauchs erfasst die

*Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung, die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktteilnehmer abweichen.<sup>4</sup>*

Geschützt wird die Freiheit des Wettbewerbs, insbesondere durch **Sicherung des Leistungswettbewerbs und Offenheit der Marktzugänge.**<sup>5</sup>

## D. Prüfung

### I. § 19 GWB und Art. 102 AEUV

Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist nach deutschem Recht nach § 19 GWB und nach europäischem Recht nach Art. 102 AEUV verboten.

Wenn ein Sachverhalt „Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedsstaaten“ aufweist, ist europäisches Recht anzuwenden. Wird deutsches Recht zusätzlich angewandt, darf es im Bereich des Missbrauchsverbots zwar strenger sein als Art. 102 AEUV, es darf aber keine Verhaltensweisen zulassen, die nach EU-Recht verboten sind.<sup>6</sup>

Die Zwischenstaatlichkeitsklausel wird weit ausgelegt.<sup>7</sup> Zwischenstaatsbezug liegt zum Beispiel auch vor, wenn durch eine Maßnahme auch potenzielle Wettbewerber aus

---

<sup>4</sup> EuGH, Urteil v. 13.2.1979, C-85/76, Slg. 1979, 461 – *Hoffman-La Roche*, Rn. 91.

<sup>5</sup> BGH, Urteil v. 9.3.2021, KZR 55/19 – *Gasnetz Berlin*, Rn. 45.

<sup>6</sup> Art. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln.

<sup>7</sup> Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABl. 2004 C 101/81 (insbes. Tz. 75 und 94), mwN auf Rechtsprechung.

anderen Mitgliedstaaten am Marktzutritt gehindert werden könnten.<sup>8</sup> Dies ist hier der Fall, da die zu untersuchenden Verhaltensweisen der Deutschen Telekom auch Auswirkungen auf Investoren aus anderen Mitgliedsstaaten haben, die in den Glasfaserausbau in Deutschland investieren.<sup>9</sup>

Es besteht aber auch ein weitreichender Gleichlauf zwischen § 19 GWB und Art. 102 AEUV.<sup>10</sup> In der deutschen Rechtsprechung und Verwaltungspraxis des Bundeskartellamts wird regelmäßig bei Feststellung eines Verstoßes gegen eine Norm auch ein Verstoß gegen die andere festgehalten.<sup>11</sup>

## II. Adressatenstellung: Marktbeherrschende Stellung

Das Missbrauchsverbot gemäß § 19 GWB bzw. Art. 102 AEUV richtet sich nur an Unternehmen, die einen Markt allein oder mit anderen Unternehmen beherrschen.<sup>12</sup> Diese Unternehmen tragen eine besondere Verantwortung für den Restwettbewerb und unterliegen einem besonderen Rücksichtnahmegebot, dessen Anforderungen umso strenger sind, je mehr der Wettbewerb bereits geschwächt ist.<sup>13</sup> Damit können Verhaltensweisen, die im Normalfall unbedenklich erscheinen, einem marktbeherrschenden Unternehmen untersagt sein.<sup>14</sup>

Die Prüfung der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens erfolgt in zwei Schritten: (1) Im ersten Schritt wird der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht festgestellt, (2) sodann wird in einem zweiten Schritt geprüft, ob auf dem so abgegrenzten Markt Marktbeherrschung (bzw. überlegene Marktmacht) durch ein oder mehrere Unternehmen vorliegt.

---

<sup>8</sup> *Eilmansberger/Kruis* in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 102 Rn. 131; Europäische Kommission, Entscheidung vom 16. Juli 2003, COMP/38.233 – *Wanadoo Interactive*, Rn. 392; Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Art. 81 und 82 des Vertrags, ABl. 2004 C 101/81, Rn. 75.

<sup>9</sup> Vgl. für den italienischen Breitbandmarkt AGCM Entscheidung Nr. 28162 vom 25 Februar 2020, Fall A514 – *Condotta fibra Telecom Italia*, Rn. 646.

<sup>10</sup> *Nothdurft* in Langen/Bunte, 14. Aufl. 2021, § 19 GWB, Rn. 46.

<sup>11</sup> Vgl. z. B.: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. April 2019 – VI-Kart 2/18 (V) – *Ticketvertrieb II*, Rn. 46; Bundeskartellamt, Beschluss vom 29. August 2022, B 9-21/21 – *Deutsche Lufthansa AG*, Kündigung der Special Prorate Agreement mit der Condor Flugdienst GmbH.

<sup>12</sup> Dem Anwendungsbereich des deutschen Kartellrechts unterliegen zudem auch Unternehmen mit gegenüber kleinen und mittleren Unternehmen überlegener Marktmacht (§ 20 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 S. 1 GWB in Verbindung mit § 19 Abs. 1 Abs. 2 Nr. 1 GWB).

<sup>13</sup> EuG Urteil v. 6.10.1994, T-83/91, Slg. 1994, II-755 – *Tetra Pak II*, Rn. 14; EuGH, Urteil v. 16.3.2000 – C-395/96 P und C-396/96 P, Slg. 2000, I-1365 – *Compagnie Maritime Belge Transports*, Rn. 114; *Westermann* in: *MüKoEuWettbR*, 4. Aufl. 2022, Rn. 50 mwN aus der BGH-Rechtsprechung, *Körper*, NZKart, 2023, 335, 337.

<sup>14</sup> Dem Anwendungsbereich des deutschen Kartellrechts unterliegen zudem auch Unternehmen mit gegenüber kleinen und mittleren Unternehmen überlegener Marktmacht dem kartellrechtlichen Missbrauchsverbot im Hinblick auf diese kleinen und mittleren Unternehmen (§ 20 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 S. 1 GWB in Verbindung mit § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB).



## 1. Marktabgrenzung

Der sachlich relevante Produktmarkt umfasst sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden.<sup>15</sup> Der geographisch relevante Markt umfasst das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet.<sup>16</sup>

Für den Glasfaserausbau sind im Wesentlichen zwei Märkte relevant:

- Der Massenmarkt für den breitbandbasierten Internetzugang, auf dem Glasfaserprodukte an Endkunden angeboten werden, sowie
- der Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau.

Die Relevanz des Ausschreibungsmarkts für den geförderten Breitbandausbau ergibt sich daraus, dass der Ausbau in Gebieten, in denen mangels Rentabilität kein Unternehmen ohne Förderung zum Ausbau bereit ist, von der jeweiligen Kommune gefördert werden müssen. Durch Überbaumaßnahmen, mit denen die Rentabilität des Ausbaus durch Wettbewerber untergraben wird, kann der Ausbau vom ungeforderten in den geförderten Bereich verschoben werden, wo die Deutsche Telekom über Vorteile verfügt.

### a) Massenmarkt für den breitbandbasierten Internetzugang (Endkundenmarkt)

Bundeskartellamt und Europäische Kommission grenzen in ihrer Entscheidungspraxis auf der Endkundenebene einen einheitlichen Massenmarkt für den breitbandbasierten Internetzugang ab.<sup>17</sup> Dieser Markt umfasst alle Breitband-Internetangebote für Privatkunden und Geschäftskunden mit privatkundenähnlichen Anforderungen. Da die Produkte auf Basis verschiedener Anschlusstechnologien (VDSL, Glasfaser, Kabel) aus Kundensicht generell austauschbar sind, werden keine separaten Märkte nach

---

<sup>15</sup> Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 1997 C372/5, Rn. 7.

<sup>16</sup> Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 1997 C372/5, Rn. 8.

<sup>17</sup> Kommission, Entscheidung v. 16.7.2003, COMP/38.784 – *Wanadoo España vs. Telefónica*, Rn. 160; Entscheidung v. 22.6.2011, COMP/39.525 – *Telekomunikacja Polska*, Rn. 583 ff. in der die Kommission alle ortsgebundenen Breitbandangebote einem gemeinsamen sachlich relevanten Markt zugeordnet hat; siehe auch AGCM Entscheidung Nr. 28162 vom 25 Februar 2020, Fall A514 – *Condotte fibra Telecom Italia*, Rn. 57; die BNetzA geht in der Festlegung des Marktes für den für den auf der Vorleistungsebene lokal bereitgestellten Zugang (BK-1-19/001) von einem Massenmarkt für Breitbandanschlüsse aus, auf dem die Deutsche Telekom „sehr hohe Marktanteile“ halte.

Technologien abgegrenzt. Aus dem gleichen Grund erfolgt keine Unterscheidung nach Datenübertragungsraten und Breitbandanschlüssen für Dienste höherer Qualität. Leitungen für Geschäftskunden und Industrie stellen jedoch einen separaten Markt dar.<sup>18</sup>

b) Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau

Die Kartellbehörden grenzen weiter einen Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau ab. Auf diesem Markt stehen sich die Kommunen als Nachfrager und die Telekommunikationsunternehmen als Anbieter der ausgeschriebenen Leistung (Bau und/oder Betrieb eines Breitbandnetzes) gegenüber.<sup>19</sup>

2. Marktbeherrschende Stellung der Deutschen Telekom

Es ist davon auszugehen, dass die Deutsche Telekom sowohl auf dem Massenmarkt für den breitbandbasierten Internetzugang (Endkundenmarkt), als auch den Ausschreibungsmärkten für den geförderten Breitbandausbau über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.

Wichtigstes Merkmal für die Feststellung einer überragenden Marktstellung ist der Marktanteil und der Abstand zu den Marktanteilen der Wettbewerber. Gemäß § 18 Abs. 4 GWB wird vermutet, dass ein Unternehmen marktbeherrschend ist, wenn es über einen Marktanteil von mindestens 40 % verfügt. Bei ähnlichen Marktanteilshöhen liegt auch nach EU-Recht eine marktbeherrschende Stellung nahe.<sup>20</sup> Neben den Marktanteilen spielen auch andere Faktoren bei der Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung eine Rolle, z. B. Finanzkraft, Zugang zu Daten, Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten, vertikale Integration, Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite.

a) Massenmarkt für den breitbandbasierten Internetzugang (Endkundenmarkt)

Nach den Feststellungen des Bundeskartellamts ist der Markt für den breitbandbasierten Internetzugang anbieterseitig hoch konzentriert und die Deutsche Telekom ist sowohl nach Absatz als auch nach Umsatz der mit Abstand größte Anbieter. Nach Schätzungen beträgt der Anteil der Deutschen Telekom an Endkunden-Festnetzanschlüssen (DSL, Nicht-Breitband und FTTH/B) rund 45 %.<sup>21</sup> Der tatsächliche Anteil am Markt unter Berücksichtigung auch der über Vorleistungsprodukte realisierten Anschlüsse dürfte deutlich höher liegen.

---

<sup>18</sup> Bundeskartellamt, Beschluss vom 4.12.2019, B 7 – 21/8 – *Telekom/EWE*, Rn. 33.

<sup>19</sup> Bundeskartellamt, Beschluss vom 4.12.2019, B 7 – 21/8 – *Telekom/EWE*, Rn. 44.

<sup>20</sup> Vgl. EuGH, Urteil v. 14.2.1978, C-27/76, Slg. 1978, 210 – *United Brands*; Urteil v. 13.2.1979, C-85/76, Slg. 1979, 461 – *Hoffmann/La Roche*; Urteil v. 3.7.1991, C-62/86, Slg. 1991, I-3359 – *Akzo*.

<sup>21</sup> DIALOG CONSULT/VATM, Analyse der Wettbewerbssituation im deutschen Festnetzmarkt, Seite 4 mwN.

Das Bundeskartellamt hat weiter festgestellt, dass die Marktposition der Deutschen Telekom tatsächlich noch stärker ist, als es schon die Marktanteile zeigen. Sie kann insbesondere überwiegend auf ihre eigene Anschlussinfrastruktur zurückgreifen und ist somit – anders als die Mehrheit ihrer Wettbewerber – vom Bezug von Vorleistungen unabhängig.<sup>22</sup>

Für den überwiegenden Teil der Internetzugänge in Deutschland wird derzeit die kupferbasierte Teilnehmeranschlussleitung der Deutschen Telekom – entweder von ihr selbst oder von ihren Wettbewerbern – über Bitstrom genutzt.<sup>23</sup> Damit entfällt ein großer Teil der Wertschöpfung auf dem Massenmarkt für Internetzugänge auf die Deutsche Telekom. Die Deutsche Telekom kann zudem Wertschöpfung zwischen den verschiedenen Ebenen verschieben und z. B. eine niedrige Marge auf dem Endkundenmarkt in Kauf nehmen und dafür ihre Renditeerwartungen durch eine gezielt erhöhte Marge auf Vorleistungsebene erzielen.<sup>24</sup> Weiter bietet die Deutsche Telekom ihre Leistungen auf dem Vorleistungsmarkt für ADSL/VDSL (Layer 2 (L2) VDSL) und dem Vorleistungsmarkt für FTTH-Anschlüsse aktuell auf Basis eines sog. Commitment-Modells an. Dieses Commitment-Modell sieht jährlich zu leistende Einmalzahlungen der Abnehmer bei einer Vertragslaufzeit von 10 Jahren (10 plus 3 Jahre Nachlaufzeit) und einer attraktiven Rabattierung der monatlichen Entgelte vor, so dass eine erhebliche Nachfragebindung besteht.<sup>25</sup> Diese Nachfragebindung wird zum einen durch die dynamische Ausgestaltung des Commitmentmodells noch verstärkt, wonach der Commitment-Nachfrager immer 3 Prozent (bei bundesweiter Nachfrage) bzw. 6 Prozent (im regionalen Commitment-Modell) der *jeweiligen* Coverage der Telekom abnehmen muss. Zum anderen hat das Modell erhebliche Marktmachtübertragungseffekte, weil eine Überführung von VDSL-Commitments in FTTH/H-Commitments nahtlos erfolgt und ein Wechsel auf dritte Glasfaserausbauer – anders als beim Vorgängermodell („Kontingenzmodell“) – während der Laufzeit der Commitments nicht möglich ist. Durch die beschriebene Systematik werden die in den Commitments gebundenen Anschlüsse dem Wettbewerb langfristig entzogen.

Zudem hat die Deutsche Telekom Vorteile beim Netzausbau. Sie kann insbesondere aufgrund ihrer Finanzkraft das mit dem Ausbau einzelner Teilgebiete verbundene Investitionsrisiko wegen ihrer flächendeckenden Infrastruktur und eine das Ausbaurisiko begrenzende große Zahl an Bestandskunden besser beherrschen als ihre Wettbewerber.<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> Bundeskartellamt, Beschluss vom 4.12.2019, B 7 – 21/8 – *Telekom/EWE*, Rn. 74.

<sup>23</sup> DIALOG CONSULT/VATM, Analyse der Wettbewerbssituation im deutschen Festnetzmarkt, Slide 4 mwN.

<sup>24</sup> Bundeskartellamt, Beschluss vom 4.12.2019, B 7 – 21/8 – *Telekom/EWE*, Rn. 85.

<sup>25</sup> Dazu unten unter IV. 1 bb).

<sup>26</sup> Bundeskartellamt, Beschluss vom 4.12.2019, B 7 – 21/8 – *Telekom/EWE*, Rn. 101.

b) Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau

Gemessen an den in der Vergangenheit gewonnenen Losen ist die Deutsche Telekom entweder stärkste oder zweitstärkste Wettbewerberin auf dem Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau. Alle anderen Wettbewerber folgen mit deutlichem Abstand und sind zudem überwiegend nur lokal bzw. in bestimmten Gemeinden tätig.<sup>27</sup>

Die Deutsche Telekom verfügt darüber hinaus flächendeckend über eigene Anschlussinfrastruktur (siehe oben). Nicht zuletzt verfügt sie über eine starke regionale und politische Verankerung.<sup>28</sup>

3. Zwischenergebnis

Es ist davon auszugehen, dass die Deutsche Telekom auf dem (i) Massenmarkt für den breitbandbasierten Internetzugang (Endkundenmarkt) und (ii) Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau marktbeherrschend und damit Adressat des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots gemäß § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB bzw. Art. 102 AEUV ist.<sup>29</sup>

### III. Missbrauch

1. Art. 102 AEUV / § 19 GWB

Gemäß Art. 102 AEUV ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten. Nach gefestigter Rechtsprechung erfasst dieses Missbrauchsverbot *„die Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung, die die Struktur des Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen“*.<sup>30</sup> Es kommt somit auf die objektive Beeinträchtigung des Wettbewerbs in

---

<sup>27</sup> Bundeskartellamt, Beschluss vom 4.12.2019, B 7 – 21/8 – Telekom/EWE, Rn. 89.

<sup>28</sup> Bundeskartellamt, Beschluss vom 4.12.2019, B 7 – 21/8 – Telekom/EWE, Rn. 89.

<sup>29</sup> So z.B. auch OLG Celle, EnWZ 2023, 133, 135.

<sup>30</sup> EuGH, Urteil v. 13.2.1979, C-85/76, Slg. 1979, 461 – *Hoffman-La Roche*, Rn. 91; EuGH, Urteil v. 11.12.1980, C-31/80, Slg. 1980, 3775- *L'Oréal*, Rn. 27, 30; EuGH, Urteil v. 9.11.1983, C-322/81, Slg. 1983, 3461 – *Michelin*, Rn. 70; EuGH, Urteil v. 3.7.1991, C-62/86, Slg. 1992, I-3359 Rn. 69 – *AKZO*; EuG, Urteil v. 1.4.1993, T-65/89, Slg. 1998, II-389 – *BPB*, Rn. 118; EuG, Urteil v. 7.10.1999, T-228/97; Slg. 1999, II-2969 – *Irish Sugar*, Rn. 111; EuGH, Urteil v. 15.3.2007, C-95/04, Slg. 2007 I-02331 – *British Airways/Kommission*; EuZW 2007, 306, 309 Rn. 66.

seiner Marktsteuerungsfunktion durch Einsatz „leistungsfremder Mittel“ an;<sup>31</sup> das marktbeherrschende Unternehmen darf seine Stellung nicht durch andere Mittel als solche des „Leistungswettbewerbs“ stärken.<sup>32</sup> Missbrauch i. S. d. Art. 102 AEUV erfordert kein Ausspielen von Marktstärke. Das verbotene Verhalten besteht im Sich-Hinwegsetzen über das Ordnungsprinzip Wettbewerb mit anderen Mitteln als denen des Leistungswettbewerbs.<sup>33</sup>

Im deutschen Recht verbietet § 19 Abs. 1 GWB die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen. Das Verbot erfasst ein am Maßstab der Wettbewerbsfreiheit gemessenes ungerechtfertigtes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen.<sup>34</sup>

Konkretisiert wird die Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB durch fünf Regeltatbestände in § 19 Abs. 2 GWB. Unterschieden wird dabei zwischen Behinderungsmissbrauch gegenüber Wettbewerbern (d. h. der Verschlechterung der Marktstruktur) und Ausbeutungsmissbrauch gegenüber der vor- und nachgelagerten Marktstufe (d. h. der Durchsetzung nicht wettbewerbsgerechter Marktergebnisse).<sup>35</sup>

Die Behinderung bei der Variante des Behinderungsmissbrauchs gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB erfasst jede objektive Beeinträchtigung der Betätigungs- und Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen.<sup>36</sup> Dieser weite Anwendungsbereich wird dadurch eingegrenzt, dass nur „unbillige“ Behinderungen verboten sind. Das Tatbestandsmerkmal der Unbilligkeit verlangt, die Interessen der betroffenen Unternehmen mit denen des marktbeherrschenden Unternehmens im jeweiligen Einzelfall abzuwägen.<sup>37</sup> Besonderes Gewicht hat bei der Abwägung die auf die Freiheit gerichtete Zielsetzung des GWB, insbesondere das Ziel der Offenhaltung der Märkte und der Sicherung der Voraussetzungen für Leistungswettbewerb.<sup>38</sup> Als unbillig und damit missbräuchlich sind daher insbesondere Verhaltensweisen des Nichtleistungswettbewerbs einzustufen.<sup>39</sup> Die Rechtsprechung sieht leistungsfremde

---

<sup>31</sup> EuGH, Urteil v. 13.2.1979, C-85/76, Slg. 1979, 461 – *Hoffman-La Roche*, Rn. 123; EuGH, Urteil v. 3.7.1991, C-62/86, Slg. 1992, I-3359 – *AKZO*, Rn. 69, 148; EuG, Urteil v. 10.7.1990, T-51/89, Slg. 1990, II-309 – *Tetra Pak I*, Rn. 23; Kommission, Entscheidung v. 14.5.1997, 97/624/EG, ABl. 1997 L 258, 1 – *Irish Sugar*, Rn. 114.  
<sup>32</sup> EuG, Urteil v. 1.4.1993, T-65/89, Slg. 1993, II-389 – *BPB*, Rn. 95; EuG, Urteil v. 21.10.1997, T-229/94, Slg. 1997, II-1689 – *Deutsche Bahn*, Rn. 78; EuG, Urteil v. 7.10.1999, T-228/97, Slg. 1999, II-2969 – *Irish Sugar*, Rn. 111; ebenso EuGH, Urteil v. 3.7.1991, C-62/86, Slg. 1992, I-3359 – *AKZO*, Rn. 70; EuGH C-202/07 P, Slg. 2009, I-2369 – *France Télécom*, Rn. 106.

<sup>33</sup> *Jung*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim/Jung, 78. EL Januar 2023, AEUV Art. 102, Rn. 123.

<sup>34</sup> *Wiedemann*, in: *Wiedemann, Kartellrecht*, 4. Aufl. 2020, § 23 Rn. 5.

<sup>35</sup> *Wiedemann*, in: *Wiedemann Kartellrecht*, 4. Aufl. 2020, § 23, Rn. 5.

<sup>36</sup> BGH, Urteil v. 12.11.1991 – KZR 18/90, WuW/E BGH 2762 (2768) – *Amtsanzeiger*.

<sup>37</sup> *Bunte/Stancke*, *Kartellrecht* 4. Auflage 2022, §§ 19-21, Rn. 78 mwN.

<sup>38</sup> *Bunte/Stancke*, *Kartellrecht* 4. Auflage 2022, §§ 19-21, Rn. 78 mwN.

<sup>39</sup> *Lübbert/Schöner*, in: *Wiedemann Kartellrecht*, 4. Aufl. 2020, § 23 Rn. 6.

Praktiken grundsätzlich als unbillig an<sup>40</sup> – an ihnen kann kein berechtigtes Interesse des marktbeherrschenden Unternehmens bestehen.

Das Bundeskartellamt hat solche Verhaltensweisen als leistungsfremd bezeichnet, „[...] *die nicht den vom Wettbewerb erwarteten und erwünschten Funktionen entsprechen, also nicht der Durchsetzung der besseren Leistung mit marktkonformen Mitteln dienen, sondern andere an der Erbringung ihrer Leistungen hindern oder den Leistungsvergleich selbst – zumindest partiell – außer Kraft setzen, ohne wegen ihrer generellen Wettbewerbsschädlichkeit per se nach den Vorschriften des GWB oder UWG verboten zu sein.*“

Durch den Fokus auf den Leistungswettbewerb wird der Missbrauchsbegriff im Sinne des § 19 GWB tendenziell in gleicher Weise wie in Art. 102 AEUV ausgelegt.<sup>41</sup>

## 2. Abgrenzung Leistungs- und Nichtleistungswettbewerb

Bei der Prüfung eines möglicherweise missbräuchlichen Verhaltens nach Art. 102 AEUV und § 19 GWB beim Überbau kommt es daher entscheidend auf die Abgrenzung von Leistungs- und Nichtleistungswettbewerb an.

Entscheidungspraxis und Rechtsprechung haben dabei gewisse Fallgruppen herausgearbeitet, die als missbräuchlich zu bewerten sind<sup>42</sup>, wie *gezielte Kampfpreisunterbietung* („predatory pricing“)<sup>43</sup>, *Preis-Kosten-Schere* („margin squeeze“)<sup>44</sup>, *Kostenerhöhungszwang* („raising rivals costs“)<sup>45</sup> oder *Ausschließlichkeitsbindungen und Koppelungsbindungen*<sup>46</sup>

---

<sup>40</sup> BGH, Urteil v. 28.2.1985, ZR 174/82, WuW/E BGH 2195 – *Abwehrblatt II*; BGH, Urteil v. 4.11.2003, KZR 38/02, WuW/E DE-R 1210 – *Strom und Telefon II*.

<sup>41</sup> BGH, Urteil v. 4.3.2008 – KVR 21/07, WuW/E DE-R 2268 – *Soda-Club II*; BGH, Urteil v. 7.12.2010 – KZR 5/10, WuW/E DE-R 3145 Rn. 55 = NJW-RR 2011, 774 – *Entega II*.

<sup>42</sup> *Bechtold/Bosch*, GWB, 10. Aufl. 2021, § 19 Rn. 16ff. mwN.

<sup>43</sup> In diesen Fällen nutzt das marktbeherrschende Unternehmen seine überlegene Finanzkraft zur Verdrängung von Wettbewerbern durch Niedrigpreisstrategien aus, vgl. *Stancke* in: Bunte/Stancke, Kartellrecht, 4. Aufl. 2022, Rn. 81.

<sup>44</sup> Ein vertikal integriertes marktbeherrschendes Unternehmen fordert für die Lieferung eines Vorprodukts an darauf angewiesene Wettbewerber auf dem Folgemarkt einen Preis, dessen Differenz zum eigene Abgabepreis auf diesem Markt an Endabnehmer beträgt keine ausreichende Marge erlaubt, vgl. *Markert/Fuchs* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 6. Aufl. 2020, Rn. 173.

<sup>45</sup> Behinderung von Wettbewerbern durch Erhöhung deren Kosten durch rechtswidrige Mittel, vgl. *Markert/Fuchs* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 6. Aufl. 2020, Rn. 176.

<sup>46</sup> Durch ausschließliche Bezugs-, Liefer- und Andienungspflichten werden Wettbewerber des bindenden Lieferanten von der Lieferung gleichartiger Waren oder Leistungen an die gebundenen Abnehmer ausgeschlossen und damit im Wettbewerb auf dem betreffenden Angebotsmarkt beeinträchtigt. Ähnliche Wirkungen haben Treue- oder Zielrabatte. Koppelungsbindungen wirken praktisch wie vertragliche Ausschließlichkeitsbindungen, vgl. *Markert/Fuchs* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 6. Aufl. 2020, Rn. 182.

Diese Fallgruppen sind aber nicht abschließend. Ein Missbrauch liegt immer dann vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen zu anderen Mitteln als denjenigen des Leistungswettbewerbs greift, wofür der Nachweis einer möglichen wettbewerbswidrigen Wirkung des ergriffenen Mittels genügt.<sup>47</sup>

Beispielsweise hat die italienische Kartellbehörde AGCM Verhalten der Telecom Italia S.p.A., das darauf abzielte, die Entwicklung des Glasfaserwettbewerbs zu behindern, als Verstoß gegen das Missbrauchsverbot gewertet und mit einem Bußgeld in Höhe von EUR 116 Mio. belegt.<sup>48</sup> Die Entscheidung wurde gerichtlich bestätigt.<sup>49</sup>

Zudem hat der Gerichtshof der Europäischen Union die Auslegung von Art. 102 AEUV durch die Kommission im Fall *AstraZeneca* bestätigt, wonach irreführende Darstellungen, die geeignet seien, unrichtige Vorstellungen hervorzurufen, eine dem Leistungswettbewerb fremde Praxis und damit einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung darstellen, weil ein derartiges Verhalten nur dazu dient, Wettbewerber in unzulässiger Weise vom Markt fernzuhalten.<sup>50</sup>

### 3. Kausalität und Gefährdung des Wettbewerbs

Das kartellrechtliche Missbrauchsverbot setzt nicht voraus, dass für die Behinderung von Wettbewerbern die wirtschaftliche Machtstellung eingesetzt wird, somit ein strenger Kausalzusammenhang zwischen marktbeherrschender Stellung und Missbrauch vorliegt. Die potenziell missbräuchliche Verhaltensweise muss lediglich einen hinreichenden Bezug zu der marktbeherrschenden Stellung des Normadressaten aufweisen.<sup>51</sup>

Eine Verhaltensweise verwirklicht das Missbrauchsverbot auch nicht erst dann, wenn negative Wirkungen auf den Markt oder die Marktgegenseite vollständig bewirkt sind.

---

<sup>47</sup> EuGH, Urteil v. 6.12.2012, C-457/10 – *Astra Zeneca*, Rn. 75; Urteil v. 6.9.2017, C-413/14 P – *Intel*, Rn. 136.

<sup>48</sup> AGCM Entscheidung Nr. 28162 vom 25 Februar 2020, Fall A514 – *Condotte fibra Telecom Italia*: Von besonderer Bedeutung waren die Maßnahmen, die darauf abzielten, die Investitionen für die Entwicklung des Infrastrukturwettbewerbs zu verlangsamen, die dem Markteintritt von Open Fiber S.p.A. und der Durchführung der von Infratel Italia S.p.A. durchgeführten Ausschreibungen nachgelagert waren. Darüber hinaus schien das Verhalten, das den Bau von FTTH-Netzen behinderte und dem Ziel zuzuschreiben war, den Wert des bestehenden Kupfernetzes zu erhalten und die in FTTC-Netze getätigten Investitionen zu schützen, den tatsächlichen und potenziellen Wettbewerb einzuschränken und es zu ermöglichen, dass im Vergleich zum FTTH-Netz unangemessen minderwertige technische Lösungen auf dem Markt erhalten bleiben.

<sup>49</sup> TAR Lazio, Urteil vom 28. Februar 2022, Fall Nr. 2334.

<sup>50</sup> EuGH, Urteil v. 6.12.2012, C-457/10 – *Astra Zeneca*, Rn. 62, 68; aus der deutschen Rechtsprechung: BGH, Urteil v. 19.6.1986, I ZR 54/84, WuW/E BGH 2304 „*Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb I*“ = NJW 1987, 60; Urteil v. 21.7.2005, VII ZB 48/05, WuW/E DE-R 1555 1557 „*Friedhofsgärtner*“.

<sup>51</sup> EuGH, Urteil v. 14.11.1996, C-333/94 P, Slg. 1996, I-5951 Rn. 27 – *Tetra Pak*, Rn. 27; EuG, Urteil v. T-228/97, Slg. 1999, II-2969 Rn. 66 – *Irish Sugar*; vgl auch Mitteilung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich, ABl. 1998 C 265/2 (Tz. 81).

Eine potenziell wettbewerbsbeschränkende Wirkung, d. h. eine konkrete Gefahrenlage für den Wettbewerbsprozess, genügt.<sup>52</sup>

#### IV. Missbräuchlichkeit des Überbaus

Es ist davon auszugehen, dass die Deutsche Telekom marktbeherrschende Stellungen auf dem Massenmarkt für den breitbandbasierten Internetzugang sowie dem Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau hält. Die verschiedenen festgestellten Verhaltensweisen im Zusammenhang mit dem sog. Überbau beim Glasfaserausbau sind daher an dem dargestellten Maßstab des Verbots des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung zu messen.

Konkret ist die Frage zu beantworten, ob die festgestellten Verhaltensweisen als normales wettbewerbliches Verhalten und Teil des Leistungswettbewerbs eingeordnet werden können, oder ob sie als missbräuchliches Verhalten zu qualifizieren sind.<sup>53</sup>

##### 1. Wettbewerb beim Glasfaserausbau

Bei der Prüfung der Verhaltensweisen der Deutschen Telekom spielen die Marktverhältnisse und die Ökonomie des Glasfaserausbau eine wichtige Rolle.<sup>54</sup> Dazu kann auf die Ausführungen des Gutachtens von Dr. Karl-Heinz Neumann<sup>55</sup> Bezug genommen werden (dort: Kapitel 3: Wie stellt sich der Wettbewerb im Glasfaserausbau dar?). Feststellungen zu den relevanten Marktverhältnissen hat zudem das Bundeskartellamt im Verfahren *Gemeinschaftsunternehmen Deutsche Telekom EWE* getroffen.<sup>56</sup>

Hervorzuheben sind insbesondere folgende Umstände:

##### a) Wirtschaftlichkeit der Ausbauggebiete

Die generelle Wirtschaftlichkeit von potenziellen Ausbaugebieten für FTTH/B-Netze wird beeinflusst durch (i) die Höhe der erforderlichen Ausbaukosten und (ii) die Anzahl und Siedlungsdichte der potenziellen Kunden.<sup>57</sup> Um wirtschaftlich agieren zu können,

---

<sup>52</sup> EuGH, Urteil v. 17.2.2011 – C-52/09, Slg. 2011, I-527 Rn. 64 f. – *TeliaSonera*.

<sup>53</sup> So auch: *Körber*, NZKart, 2023, 335, 337.

<sup>54</sup> Zum Erfordernis der Betrachtung der Marktverhältnisse: *Nothdurft* in: Langen/Bunte, Kartellrecht, 14. Aufl. 2021, § 19 GWB, Rn. 339.

<sup>55</sup> *Neumann*, „Der Überbau als Problem der Glasfaserentwicklung in Deutschland“, ein Positionspapier für die Initiative Pro Glasfaser, 16. Mai 2023.

<sup>56</sup> Bundeskartellamt, Beschluss vom 4.12.2019, B 7 – 21/8 – *Telekom/EWE*.

<sup>57</sup> Genauer die WIK-Studie, die zwischen Nachfrage und adressierbaren Markt differenziert: WIK-Studie „Konzeption und Durchführung der Potentialanalyse des eigenwirtschaftlichen FTTH/H-Ausbaus in Deutschland“ vom 16.2.2023, abrufbar unter: [https://bmdv.bund.de/DE/Themen/Digitales/Breitbandausbau/Potenzialanalyse/bericht-zur-potenzialanalyse.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://bmdv.bund.de/DE/Themen/Digitales/Breitbandausbau/Potenzialanalyse/bericht-zur-potenzialanalyse.pdf?__blob=publicationFile) .



muss das ausbauende Unternehmen eine gewisse Anzahl von potenziellen Kunden erreichen können, um aus den Umsätzen mit diesen Kunden Ausbaurkosten und laufende Betriebskosten decken zu können. Nur dann „trägt“ ein Gebiet ein oder mehrere FTTB/H-Netze.

In ländlichen Gebieten mit geringer Siedlungsdichte kann deshalb der Ausbau eines FTTB/H-Netzes (ohne Förderung) unwirtschaftlich sein, da nicht genug Kunden erreicht werden können, um die Kosten zu decken.<sup>58</sup>

In anderen Gebieten bestimmt das Verhältnis von Ausbaurkosten zu Anzahl potenzieller Kunden, ob der Ausbau mehrerer Netze durch verschiedene Anbieter rentabel sein kann. Da die Anzahl der insgesamt erreichbaren Kunden beim Ausbau mehrerer Netze nicht steigt, müssen die zu erwartenden Erlöse hoch genug sein, um die Kosten der parallelen Infrastrukturen abzudecken. In urbanen Gebieten mit hoher Siedlungsdichte kann dies der Fall sein.

In der Mehrzahl der Gebiete in Deutschland ist dagegen nur der Ausbau *eines* FTTB/H-Netzes rentabel.<sup>59</sup> Ein paralleler Ausbau von FTTB/H-Netzen unter den in Deutschland geltenden Kostenbedingungen und dem geltenden Marktpreisniveau ist nur in wenigen Gebieten mit hoher Anschlussdichte tragfähig und gesamtwirtschaftlich effizient. In Summe ist effizienter Infrastrukturwettbewerb für (deutlich) weniger als 5 % (= 2 Mio. aller Anschlüsse) aller 44 Mio. FTTB/H-Anschlüsse möglich.<sup>60</sup> Zu unterscheiden sind damit drei Typen von Gebieten:

- Gebiete, die ein FTTB/H-Netz nicht tragen
- Gebiete, die ein FTTB/H-Netz tragen
- Gebiete, die mehrere FTTB/H-Netze tragen

#### b) Ausbaurwettbewerb und Infrastrukturwettbewerb

In Gebieten, in denen der Ausbau mehrerer paralleler Infrastrukturen rentabel ist, können die Anbieter grundsätzlich in Infrastrukturwettbewerb treten. Das heißt die Wettbewerber können auf der Basis ihrer jeweils voneinander unabhängigen Netze in Wettbewerb treten und es erfolgt keine gemeinsame Nutzung eines Netzes. Ein paralleler Ausbau ist jedoch nur rentabel, wenn sich die Marktanteile so verteilen, dass alle Anbieter den für die Deckung ihrer Kosten kritischen Anteil an Kunden erreichen

---

<sup>58</sup> Vgl. Fn.57.

<sup>59</sup> Neumann, „Der Überbau als Problem der Glasfaserentwicklung in Deutschland“, ein Positionspapier für die Initiative Pro Glasfaser, 16. Mai 2023, Rn. 21-45.

<sup>60</sup> Neumann, „Der Überbau als Problem der Glasfaserentwicklung in Deutschland“, ein Positionspapier für die Initiative Pro Glasfaser, 16. Mai 2023, Rn. 45.

können. Bei asymmetrischer Verteilung des Kundenpotentials, insbesondere aufgrund bestehender Kundenbeziehungen eines Anbieters (insbesondere der Deutschen Telekom) mit anderen Produkten oder das „Zustellen“ wichtiger Teile eines Gebiets durch einen Anbieter, kann ein weiterer Ausbau unrentabel sein. Zu beachten ist, dass über die Commitment-Modelle im Vorleistungsgeschäft der Deutschen Telekom auch eine Bindung der Endkunden der Vorleistungskunden der Deutschen Telekom erfolgt.<sup>61</sup>

In den übrigen Gebieten, in denen ein FTTB/H-Ausbau zwar rentabel ist, jedoch das Kundenpotential nur eine Infrastruktur trägt, verlagert sich der Wettbewerb auf den *Ausbau*. Unternehmen, die die Absicht haben, in einer bestimmten Region in den Glasfasernetzausbau zu investieren, haben den Anreiz, sich einen Wettlauf um den Ausbau der attraktivsten Gebiete im Hinblick auf Erschließungskosten und Kundenpotential zu liefern.<sup>62</sup> Dieser Anreiz folgt aus dem „First-Mover-Advantage“ des Unternehmens, das als erstes ausbaut und die Endkunden- bzw. Vorleistungsnachfrage nach höheren Bandbreiten schon weitgehend durch sein Netz abdeckt. Ein weiterer Infrastrukturausbau in diesem Gebiet durch einen weiteren Anbieter ist in der Regel nicht zu erwarten, da dieser Ausbau nicht rentabel wäre.<sup>63</sup> In Betracht kommt aber ein gemeinsamer Ausbau über Kooperationsmodelle.

Darüber hinaus kann Wettbewerb auf Produktebene zwischen verschiedenen Anbietern auf Basis von Vorleistungen stattfinden.

c) FTTH-Ausbau der Deutschen Telekom

Die Deutsche Telekom hat gegenüber ihren Wettbewerbern und anderen großen Investorengruppen deutliche Marktvorteile und damit im Glasfaserausbau eine andere Ausgangslage und ökonomische Motivation. Bezuggenommen werden kann diesbezüglich auf die Ausführungen im Gutachten von Dr. Karl-Heinz Neumann (insbesondere Kapitel 4.5 „Warum betreibt die DT Überbau?“).

aa) Marktvorteile

Die Deutsche Telekom verfügt im Glasfaserausbau gegenüber ihren Wettbewerbern und anderen großen Investorengruppen, über erhebliche Marktvorteile:

- *Kundenbasis*

---

<sup>61</sup> Dazu unten unter IV. 1 bb).

<sup>62</sup> Bundeskartellamt, Beschluss vom 4.12.2019, B 7 – 21/8 – *Telekom/EWE*, Rn. 8.

<sup>63</sup> Bundeskartellamt, Beschluss vom 4.12.2019, B 7 – 21/8 – *Telekom/EWE*, Rn.8.

Die Deutsche Telekom verfügt historisch über die stärkste Kundenbasis im Endkundengeschäft für den breitbandbasierten Internetzugang sowie über eine starke Stellung im Breitbandvorleistungsgeschäft.

- *Eigentum an der Kupfernetzinfrastruktur*

Über ihr historisches Kupfernetz erwirtschaftet die Deutsche Telekom kontinuierlich Erträge, die deutlich über den relevanten Kosten und über dem Reinvestitionsbedarf in diese inzwischen weitgehend und zum Teil mehrfach abgeschriebene Infrastruktur liegen.<sup>64</sup> Diese deutlich über den relevanten Kapitalkosten liegende Rendite wird nicht nur im Vorleistungsgeschäft in Form kostenmäßig überhöhter Vorleistungspreise erwirtschaftet, sondern auch im eigenen Endkundengeschäft der Deutschen Telekom mit kupferbasierten Produkten.<sup>65</sup>

- *Möglichkeit zur Wiederverwendung von Teilen des bestehenden FTTC-Netzes*

Auf Basis ihres nahezu flächendeckenden FTTC-Ausbaus (*Fibre to the curb*)<sup>66</sup> verfügt die Deutsche Telekom außerdem über eine Glasfaserinfrastruktur, die in jedem Fall in ihrer Trasse und zum Teil auch in der Glasfaserinfrastruktur für ihr FTTH-Netz wiederverwendet werden kann.<sup>67</sup> In dem Ausmaß, in dem Mitnutzung stattfinden kann, muss die Deutsche Telekom für diesen Abschnitt (von MSAN bis zum BNG) der Netzarchitektur nicht mehr oder nur noch inkrementell für das Einziehen zusätzlicher Glasfaserkabel investieren. Neue Glasfasernetzbetreiber müssen dagegen auch die vollen Investitionen für diesen Netzabschnitt investieren und tragen.

- *Finanzielle Mittel*

Der Deutschen Telekom sind aufgrund ihres Eigentums an der Kupfernetzinfrastruktur und ihrer marktbeherrschenden Position im Breitbandvorleistungs- und endkundenmarkt Ressourcen zugeflossen, über die ihre Wettbewerber im Glasfaserausbau nicht verfügen.<sup>68</sup> Der Deutschen Telekom werden derartige nicht marktgetriebene Ressourcen noch bis zum Abschluss des

---

<sup>64</sup> Neumann, „Der Überbau als Problem der Glasfaserentwicklung in Deutschland“, Positionspapier für die Initiative Pro Glasfaser, 16. Mai 2023, Rn. 81.

<sup>65</sup> Neumann, „Der Überbau als Problem der Glasfaserentwicklung in Deutschland“, Positionspapier für die Initiative Pro Glasfaser, 16. Mai 2023, Rn. 81.

<sup>66</sup> Die Deutsche Telekom konnte dabei von Entscheidungen der BNetzA profitieren und einen regulierungsindizierten strukturellen Vorteil gegenüber ihren Wettbewerbern nutzen („Vectoring-Monopol“).

<sup>67</sup> In diesem Zusammenhang profitiert die Deutsche Telekom auch von ihrem „Vectoring-Monopol“, das es ihr ermöglicht, besonders lukrative Gebiete zu erschließen und damit für alternative Anbieter zu blockieren.

<sup>68</sup> Neumann, „Der Überbau als Problem der Glasfaserentwicklung in Deutschland“, Positionspapier für die Initiative Pro Glasfaser, 16. Mai 2023, Rn. 81-89.

Glasfaserausbaus zufließen, wenn auch in absehbar abnehmendem Umfang, soweit es das Kupfernetz betrifft.<sup>69</sup> Der Deutschen Telekom stehen zudem aufgrund ihrer Größe und Eigentümerstruktur auch Finanzierungen zu deutlich günstigeren Konditionen zur Verfügung als ihren Wettbewerbern.

- *Zugang zu Infrastrukturanbietern*

Anders als viele ihrer Wettbewerber ist die Deutsche Telekom nicht auf den Zugang zum Glasfasernetz von anderen Infrastrukturanbietern angewiesen, da sie durch ihre nicht marktgetriebenen Ressourcenverfügbarkeit in der Lage ist, in einem relevanten Umfang ineffizienten Überbau zu betreiben.<sup>70</sup>

- *Zugang zur Politik*

Die Deutsche Telekom hat durch ihre historische Stellung als öffentlich-rechtliches Unternehmen, ihre marktbeherrschende Stellung in den Endkundenmärkten sowie aufgrund ihrer finanziellen Ressourcen auch über hervorgehobene Zugangsmöglichkeiten zur Politik.

- *Motivation*

Als marktführender (und marktbeherrschender) Anbieter hat die Deutsche Telekom grundsätzlich ein großes Interesse daran, ihre Wettbewerbsvorteile durch den Ausbau eines eigenen Glasfasernetzes abzusichern und zu verhindern, dass ihre Kunden irgendwann auf ein konkurrierendes, leistungsfähigeres Wettbewerbernetz wechseln.<sup>71</sup> Deutsche Telekom CEO Tim Höttges hat auf der letzten Hauptversammlung der Deutschen Telekom zwar angekündigt, bis 2030 alle Haushalte in Deutschland mit Glasfaser zu versorgen.<sup>72</sup> Es bestehen jedoch Zweifel an der Umsetzungsfähigkeit, da die Deutsche Telekom 2021 und 2022 deutlich unter ihren selbstgesteckten Ausbauzielen von 2 Mio. Anschlüssen geblieben ist.<sup>73</sup>

Eine mögliche Erklärung für den zögerlichen Glasfaserausbau durch die Deutsche Telekom ist, dass sie die Bandbreitennachfrage noch über ihre vorhandenen „auf der letzten Meile“ kupferbasierten Netzen abdecken kann bzw. konnte, und deswegen eher einen geringen Anreiz hat bzw. hatte, hohe Investitionen in die

---

<sup>69</sup> Neumann, „Der Überbau als Problem der Glasfaserentwicklung in Deutschland“, Positionspapier für die Initiative Pro Glasfaser, 16. Mai 2023, Rn. 81-89.

<sup>70</sup> Neumann, „Der Überbau als Problem der Glasfaserentwicklung in Deutschland“, Positionspapier für die Initiative Pro Glasfaser, 16. Mai 2023, Rn. 81-89.

<sup>71</sup> Bundeskartellamt, Beschluss vom 4.12.2019, B 7 – 21/8 – Telekom/EWE, Rn. 11.

<sup>72</sup> <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/technologie/telekom-forciert-glasfaser-offensive-101.html>.

<sup>73</sup> Neumann, „Der Überbau als Problem der Glasfaserentwicklung in Deutschland“, Positionspapier für die Initiative Pro Glasfaser, 16. Mai 2023, Rn. 90-100.

Einrichtung von FTTB/H-Netzen parallel zu ihrem flächendeckenden Bestandsnetz zu tätigen.<sup>74</sup> Aufgrund der bestehenden Endkundenverhältnisse und der Bindung von Vorleistungskunden (und damit auch indirekt deren Endkunden) über das Commitment-Modell hat die Deutsche Telekom daher einen Anreiz auf Zeit zu spielen.

In 2019 ging das Bundeskartellamt davon aus, dass sich zumindest mittelfristig die Ausbauanreize der Deutschen Telekom vor allem auf Gebiete richten dürften, wo ein konkurrierendes Kabelnetz (Coaxnetz) vergleichsweise günstig hochgerüstet und gigabitfähig gemacht werden kann und dadurch erheblichen Wettbewerbsdruck ausüben kann.<sup>75</sup> Außerhalb von Kabelgebieten würden die Ausbauanreize der Deutschen Telekom derzeit im Wesentlichen nur in Reaktion auf entsprechende Vorstöße von Wettbewerbern steigen, die durch einen eigenen Netzausbau (FTTC, FTTB oder FTTH) die Marktstellung der Deutschen Telekom bereits erfolgreich angegriffen haben oder aber diese künftig gefährden könnten.<sup>76</sup>

Bei diesen Abwehrmaßnahmen ist die Deutsche Telekom angesichts ihrer oben beschriebenen Ressourcen auch in der Lage, sich von markt- und investorengetriebenen Rentabilitätsanforderungen beim Glasfaserausbau zu lösen und auch dort auszubauen, wo dies nicht rentabel ist, z. B., weil dort bereits ein Glasfasernetz besteht. Laut Neumann ermöglicht die nicht marktgetriebene Ressourcenverfügbarkeit der Deutschen Telekom, in einem relevanten Umfang ineffizienten Überbau zu betreiben.<sup>77</sup>

#### bb) Commitment-Modelle auf dem Vorleistungsmarkt

Die Deutsche Telekom bietet ihre Leistungen im Vorleistungsmarkt für ADSL/VDSL (Layer 2 (L2) VDSL) aktuell auf Basis eines sog. Commitment-Modells an. Dieses Commitment-Modell sieht jährlich zu leistende Einmalzahlungen der Abnehmer bei einer Vertragslaufzeit von 10 Jahren vor. Dieses Commitment-Modell führt zu einer Reihe von potenziellen Wettbewerbsproblemen, insbesondere zum Lock-In Effekt der Abnehmer.<sup>78</sup>

Die generellen Wettbewerbsprobleme des Commitment-Modells sind nicht Gegenstand des vorliegenden Gutachtens. Die Bindungswirkung des Commitment-Modells im

---

<sup>74</sup> Bundeskartellamt, Beschluss vom 4.12.2019, B 7 – 21/8 – *Telekom/EWE*, Rn. 10.

<sup>75</sup> Bundeskartellamt, Beschluss vom 4.12.2019, B 7 – 21/8 – *Telekom/EWE*, Rn. 11.

<sup>76</sup> Bundeskartellamt, Beschluss vom 4.12.2019, B 7 – 21/8 – *Telekom/EWE*, Rn. 11.

<sup>77</sup> Neumann, „Der Überbau als Problem der Glasfaserentwicklung in Deutschland“, Positionspapier für die Initiative Pro Glasfaser, 16. Mai 2023, Rn. 81-89.

<sup>78</sup> Im Einzelnen dazu: *Maier-Rigaud/Schwalbe/Beckmann*, Ökonomische Einschätzung zu neuen Entgelten für Layer 2 VDSL Anschlüsse, Kurzgutachten für den Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V. (VATM) vom 6. November 2020, S. 27f.

Hinblick auf einen erheblichen Teil der Nachfrage, direkt auf dem Vorleistungsmarkt und indirekt über die Produkte der Vorleistungskunden auf dem Endkundenmarkt, ist jedoch bei der wettbewerblichen Prüfung von Überbaumaßnahmen der Deutschen Telekom jeweils zu berücksichtigen.

## 2. Überbau

Gemäß dem Leitbild des Infrastrukturwettbewerbs im europäischen Regulierungsrecht<sup>79</sup> ist der Netzausbau durch mehrere Betreiber grundsätzlich erwünscht. Es kann daher nicht per se davon ausgegangen werden, dass jeder Überbau wettbewerblich unerwünscht und missbräuchlich ist. Grundsätzlich kommt *Wettbewerb auf der Grundlage konkurrierender Infrastrukturen innerhalb eines Markts* in Betracht.

Wie oben dargestellt, eignen sich beim Glasfaserausbau jedoch die meisten Gebiete nicht für solchen Infrastrukturwettbewerb, da diese Gebiete nur für den Ausbau *eines* Netzes (mit oder ohne Förderung) rentabel sind. In Wirklichkeit findet daher oftmals ein Investitions- bzw. Ausbauwettbewerb statt, d. h. die Unternehmen liefern sich *Wettbewerb um den Markt* bzw. konkurrieren um den *Ausbau des jeweiligen Ausbaugebiets*. Auch der Ausbauwettbewerb hat positive wettbewerbliche Effekte, er führt insbesondere tendenziell zum einem schnelleren flächendeckenden Glasfaserausbau.

Der Überbau einschließlich Maßnahmen im Vorfeld des tatsächlichen Ausbaus, wie Ankündigungen durch ein marktbeherrschendes Unternehmen, kann vor diesem Hintergrund problematisch sein, wenn er eine „Abschreckungsmaßnahme“<sup>80</sup> darstellt, die zur Entmutigung von Wettbewerbern beim Glasfaserausbau und ggf. sogar zu deren Ausschluss vom Markt führt und damit den Ausbauwettbewerb beschränkt.

Dabei ist zu beachten, dass ein Verhalten, das bei nicht-marktbeherrschenden Unternehmen als Teilnahme am Wettbewerb unproblematisch ist, einen Missbrauch darstellen kann, wenn es von einem marktbeherrschenden Unternehmen an den Tag gelegt wird. Damit können sich Verhaltensweisen im Ausbauwettbewerb, die auch von anderen Marktteilnehmern vorgenommen werden, beim marktbeherrschenden Unternehmen als missbräuchlich darstellen.<sup>81</sup>

---

<sup>79</sup> Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, Erwägungsgrund 27, Art. 1 Abs. 2(a) und Artikel 12 Abs.1.

<sup>80</sup> Neumann, „Der Überbau als Problem der Glasfaserentwicklung in Deutschland“, Positionspapier für die Initiative Pro Glasfaser, 16. Mai 2023, Rn. 98, 138; vgl. EuG, T-340/03, Slg. 2007 II-00107, Rn. 214 – *France Telecom/Kommission*.

<sup>81</sup> Konkret zum Glasfaserausbau: AGCM Entscheidung Nr. 28162 vom 25 Februar 2020, Fall A514 – *Condotta fibra Telecom Italia*, Rn. 636.

a) Überblick

Näher zu betrachten sind vor diesem Hintergrund die unterschiedlichen Verhaltensweisen im Zusammenhang mit dem Überbau. Überbau ist der Aufbau eines zweiten FTTB/H-Netzes neben, vor oder nach einem bereits errichteten oder geplanten anderen FTTB/H-Netz,<sup>82</sup> einschließlich Maßnahmen im Vorfeld des tatsächlichen Baus wie insbesondere Ankündigungen. Der überbauende Betreiber kann daher einem FTTB/H-Betreiber als „Second Mover“ folgen. Er kann aber auch einem „First Mover“, der sich noch im Planungszustand befindet, zuvorkommen und so *de facto* selbst zum „First Mover“ werden.<sup>83</sup>

Gesamtwirtschaftlich stellt es ein Problem dar, wenn Überbau in Gebieten stattfindet, die keine zwei (oder mehr) Netze tragen, da dies heißt, dass mindestens eines der Netze unrentabel ist.<sup>84</sup> Für die wettbewerbliche Beurteilung ist jedoch relevant, ob es sich bei den Verhaltensweisen um Wettbewerbsbeschränkungen handelt oder ob diese Teil des Wettbewerbs sind, der auch dazu führen kann, dass weniger effiziente Wettbewerber aus dem Markt ausscheiden. Für die kartellrechtliche Würdigung des Überbaus durch die Deutsche Telekom ist deshalb eine genauere Betrachtung der individuellen Überbaumaßnahme und der jeweiligen Umstände im Einzelfall notwendig.

Zu betrachten sind dabei auch weitere Maßnahmen im Kontext des Glasfaseraus- bzw. –überbaus, die (noch) nicht zum Bau eines vollen zweiten Netzes führen, aber Einfluss auf den Ausbau der Wettbewerber haben können, wie z. B.:

- Gespräche/Verhandlungen mit Gemeinde
- Informationen zu Glasfaser und allgemeines Inaussichtstellen
- Ausbauankündigung ohne zügig nachfolgenden tatsächlichen Ausbau
- Teilausbau nur in den kommerziell attraktivsten Teilen des Gebiets

Daneben kommen auch noch Maßnahmen in Betracht, die nicht konkret ein Ausbaugbiet betreffen, sondern den Ausbau des Wettbewerbers allgemein erschweren, z. B. durch Blockade von Ressourcen oder die Verunsicherung von Investoren.

---

*Neumann*, „Der Überbau als Problem der Glasfaserentwicklung in Deutschland“, Positionspapier für die Initiative Pro Glasfaser, 16. Mai 2023, Rn. 46.

<sup>83</sup> *Neumann*, „Der Überbau als Problem der Glasfaserentwicklung in Deutschland“, Positionspapier für die Initiative Pro Glasfaser, 16. Mai 2023, Rn. 46.

<sup>84</sup> *Neumann*, „Der Überbau als Problem der Glasfaserentwicklung in Deutschland“, Positionspapier für die Initiative Pro Glasfaser, 16. Mai 2023, Rn. 48-52.

Sowohl bei Teil- und Vollausbau als auch bei anderen Maßnahmen sind weitere Umstände, wie insbesondere die zeitliche Abfolge und der Stand der Ausbau(-pläne) der Wettbewerber, zu berücksichtigen.

Es lassen sich folgende grundsätzliche Konstellationen unterscheiden:

| Konstellation | Trägt Gebiet mehr als ein FTTB/H-Netz? | Stand Ausbau Wettbewerber  | Verhaltensweise Deutsche Telekom  |
|---------------|--|--|---|
| 1)            | Ja                                     | Vorbereitungen, konkrete Ausbauankündigung, Baubeginn, Netzausbau fortgeschritten / Vollausbau   | Gespräche/Verhandlungen mit Gemeinde<br>Informationen zu Glasfaser und allgemeines Inaussichtstellen<br><br>Ausbauankündigung ohne zügig nachfolgenden tatsächlichen Ausbau<br><br>Teilausbau nur in den kommerziell attraktivsten Teilen des Gebiets<br><br>Vollausbau |
| 2)            | Nein                                   | Vorbereitungen (Verhandlungen mit Gemeinde, Informationen, Ankündigungen, Werbung)<br><br>Konkrete Ausbauankündigung<br><br>Baubeginn<br><br>Netzausbau fortgeschritten / Vollausbau<br><br>Vorbereitungen, konkrete Ausbauankündigung, Baubeginn, Netzausbau fortgeschritten / Vollausbau | Gespräche/Verhandlungen mit Gemeinde<br>Informationen zu Glasfaser und allgemeines Inaussichtstellen<br><br>Ausbauankündigung ohne zügig nachfolgenden tatsächlichen Ausbau<br><br>Teilausbau nur in den kommerziell attraktivsten Teilen des Gebiets<br><br>Vollausbau |
| 3)            | Ja/Nein                                |  | Abschottung von Kapazitäten, politische Einflussnahme   |

#### b) Kartellrechtliche Prüfung

Die einzelnen Konstellationen sind darauf zu prüfen, ob und ggf. unter welchen Umständen die Verhaltensweisen der Deutschen Telekom als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung anzusehen sind. Dazu ist jeweils zu prüfen, ob und ggf.



unter welchen Bedingungen die Verhaltensweisen außerhalb des Rahmens des normalen Wettbewerbsverhaltens/Leistungswettbewerbs liegen.<sup>85</sup> Vorzunehmen ist eine Unterscheidung zwischen einerseits erlaubten und wünschenswerten wettbewerblichen Vorstößen des Marktbeherrschers, und andererseits dem verbotenen Missbrauch seiner Marktstellung.<sup>86</sup>

aa) Konstellation 1) (Gebiet trägt mehr als ein Netz)

In der Konstellation 1) erlaubt das Gebiet wirtschaftlich den Ausbau mehrerer FTTB/H-Netze. Da für Marktmissbrauch der Nachweis erbracht werden muss, dass die in Frage stehende Maßnahme geeignet ist, Möglichkeiten oder Anreize der Wettbewerber Wettbewerbshandlungen zu setzen, zu beeinträchtigen,<sup>87</sup> sind in dieser Konstellation grundsätzlich nur Maßnahmen kritisch, die diese Möglichkeit zum Zweitausbau und damit den Wettbewerbsprozess gefährden. Zu prüfen ist daher, ob der Überbau (bzw. Maßnahmen im Vorfeld des Überbaus) eine solche Wirkung haben können.

In Betracht kommen z. B. Verhandlungen mit der Gemeinde, die den Ausbau durch Dritte blockieren oder die Blockade von Ressourcen (z. B. durch Beanspruchung aller Kapazitäten des einzig in Frage kommenden Tiefbauunternehmens) oder die Verunsicherung von Investoren (z. B. durch Ausbauankündigung ohne zügig nachfolgende Umsetzung). Es ist dann weiter zu prüfen, ob sie dem Leistungswettbewerb zuzuordnen sind. Das sind sie jedenfalls nicht, wenn sie für den eigenen Ausbau des Marktbeherrschers in dieser Form offensichtlich unnötig sind.<sup>88</sup> Dabei ist ein objektiver Maßstab anzulegen und es gilt das Verhältnismäßigkeitsgebot.<sup>89</sup> Ein Indiz für eine Behinderungsmaßnahme liegt vor, wenn das marktbeherrschende Unternehmen mit seinen Maßnahmen vom Ausbauverhalten in anderen Märkten (ohne Wettbewerberpräsenz) abweicht oder diese sogar erst in Reaktion auf den Wettbewerbsausbau anpasst.<sup>90</sup>

Bei der Prüfung der Konstellation 1) muss allerdings immer beachtet werden, inwiefern das Kundenpotential überhaupt dem Markt zur Verfügung steht oder z. B. durch bestehende Kundenbeziehungen der Deutschen Telekom gebunden ist. Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn über das Commitment-Modell eine umfangreiche Bindung von Vorleistungskunden vorliegt. Genauso kann die Deutsche Telekom über ihr „Vectoring-Monopol“ besonders lukrative Teile von Gebieten erschließen und damit

---

<sup>85</sup> So auch: *Körber*, NZKart, 2023, 335, 337.

<sup>86</sup> *Nothdurft*, in: *Langen/Bunte*, 14. Aufl. 2021, § 19 GWB, Rn. 306.

<sup>87</sup> *Eilmansberger/Bien*, in: *MüKo EuWettbR*, 3. Aufl. 2020, AEUV Art. 102, Rn. 322.

<sup>88</sup> *Nothdurft*, in: *Langen/Bunte*, 14. Auflage 2021, § 19 GWB, Rn. 346.

<sup>89</sup> BGH, Urteil v. 22.3.1994, KZR 9/93 – *Orthopädisches Schuhwerk*.

<sup>90</sup> Vgl. AGCM Entscheidung Nr. 28162 vom 25 Februar 2020, Fall A514 – *Condotta fibra Telecom Italia*.

für alternative Anbieter zu blockieren. Festzustellen ist in diesen Fällen der Nachfragebindung der „bestreitbare Teil“<sup>91</sup> des Marktes.

Überbaumaßnahmen (einschließlich Maßnahmen im Vorfeld) in Bezug auf für die Rentabilität des Ausbaus des dem Markt zur Verfügung stehenden Restgebiets erforderlichen Teile können dann den Wettbewerbsausbau verhindern. Reicht der „bestreitbare Teil“ des Marktes nicht für den Ausbau mehrerer FTTB/H-Netze aus, muss die Prüfung entsprechend den Konstellationen 2) – 5) vorgenommen werden.

bb) Konstellationen 2) (Gebiet trägt nur ein Netz)

In der Konstellation 2) erlaubt das Gebiet nur den Ausbau *eines* FTTB/H-Netzes. Überbaumaßnahmen des Marktbeherrschers sind damit grundsätzlich geeignet, den Ausbau durch Wettbewerber zu behindern und damit Möglichkeiten oder Anreize der Wettbewerber Wettbewerbshandlungen zu setzen, zu beeinträchtigen.

Zu prüfen ist deshalb bei jeder der Maßnahmen des marktbeherrschenden Unternehmens, ob sie als Teil des Leistungswettbewerbs angesehen werden können oder missbräuchlich sind. Konkret: Handelt es sich bei der Maßnahme um legitimen Ausbauwettbewerb. Es genügt dabei nicht, negative Auswirkungen auf Wettbewerber und deren Ausbau festzustellen; dies kann auch Folge legitimen Wettbewerbs sein, der Gewinner und Verlierer hervorbringt. Festzustellen ist vielmehr, dass die Maßnahme nicht ausschließlich von Motiven des Leistungswettbewerbs, also der fairen Teilnahme am Ausbauwettbewerb, getragen war.<sup>92</sup>

Bei der Prüfung der Motive einzelner Maßnahmen ist eine Interessenabwägung<sup>93</sup> vorzunehmen, bei der neben den Wertungen des auf die Freiheit des Leistungswettbewerbs und der Offenheit der Marktzugänge gerichteten Zielsetzung des Kartellrechts<sup>94</sup>, auch die Wertungen des Regulierungsrechts einzubeziehen sind.<sup>95</sup> Zudem sind im Rahmen der Interessenabwägung aufgrund der Einheit der Rechtsordnung gesetzliche Wertungen in anderen Bereichen zu berücksichtigen, so z. B. die Regelungen des EU-Kartellrechts oder unter bestimmten Umständen auch Gemeinwohlbelange, die Dritte bei ihrem Handeln berücksichtigen können und die dann mit dem Gewicht ihrer persönlichen Handlungsfreiheit in die Abwägung

---

<sup>91</sup> „Contestable share“; vgl. dazu (im Zusammenhang mit missbräuchlichen Rabatten) Europäische Kommission, Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, 2009/C 45/02 (angepasste Fassung 2023).

<sup>92</sup> *Eilmansberger/Bien*, in: MüKo EuWettbR, 3. Aufl. 2020, AEUV Art. 102, Rn. 323.

<sup>93</sup> *Westermann*, in: MüKoEuWettbR, 4. Aufl. 2022, GWB, § 20, Rn. 134; *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker/Fuchs, 5. Aufl. 2012, AEUV Art. 102, Rn. 152.

<sup>94</sup> *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, 14. Aufl. 2021, § 19, Rn. 351 mwN.

<sup>95</sup> *Bechtold/Bosch*, GWB, 10. Aufl. 2021, § 19, Rn. 16, 17 mwN.

eingehen.<sup>96</sup> Auf dieser Basis ist festzustellen, ob die jeweilige Maßnahme als legitimer Teil des Ausbauwettbewerbs gewertet werden kann.<sup>97</sup>

Sowohl auf Seiten der Deutschen Telekom als auch auf Seiten der Wettbewerber ist dabei das Interesse am eigenen Netzausbau und der Teilnahme am Ausbau- und Infrastrukturwettbewerb im konkreten Fall zu werten. Die Maßnahmen auf Seiten der Deutschen Telekom müssen dabei an dem Maßstab des für marktbeherrschende Unternehmen geltenden Rücksichtnahmegebots gemessen werden, das heißt bei mehreren möglichen Maßnahmen muss die Deutsche Telekom das für den Wettbewerb mildeste Mittel wählen.

Maßnahmen sind jedenfalls dann nicht solche des Leistungswettbewerbs, wenn es sich um Abschreckungsmaßnahmen zum Zweck der Entmutigung von Wettbewerbern handelt und sie damit nicht ausschließlich der Teilnahme am Ausbauwettbewerb mit wettbewerblichen Mitteln dienen. Dies kann angenommen werden, wenn keine andere plausible Erklärung für den Ausbau in dem Gebiet vorliegt.<sup>98</sup>

Indizien für solche Abschreckungsmaßnahmen können sich aus einer Analyse ergeben, ob der Glasfaserausbau der Deutschen Telekom einer bestimmten autonomen Logik folgt (z. B. Erschließung der bereits mit Vectoring versorgten Gebiete unter weitgehender Nutzung der dort bereits errichteten Infrastruktur der Deutschen Telekom) oder ob die Auswahl der Ausbaugebiete eher willkürlich erfolgt, um die Ausbauplanung der Wettbewerber zu unterminieren.<sup>99</sup>

Bei der Bewertung spielt auch der Zeitpunkt des Eingreifens der Deutschen Telekom im Verhältnis auf das Stadium des Ausbaus des Wettbewerbers eine wichtige Rolle. Bei Maßnahmen zu einem späteren Zeitpunkt, zu dem der Wettbewerber im Ausbauwettbewerb bereits einen Vorsprung hat und vom „First Mover Advantage“ profitiert, ist die Motivation zur Teilnahme am fairen Ausbauwettbewerb fraglich. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Deutsche Telekom einen Ausbau in der Kommune zuvor abgelehnt hat. Zudem sind die Auswirkungen auf den Wettbewerber bei fortgeschrittenem Ausbau schwerer, da er Gefahr läuft, dass seine Investitionen entwertet werden.

Maßnahmen der Deutschen Telekom im Anfangsstadium des Ausbaus des Wettbewerbers sind potenziell weniger wettbewerblich problematisch als in Stadien,

---

<sup>96</sup> Nothdurft, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, 14. Aufl. 2021, § 19, Rn. 350; Bunte/Stancke, Kartellrecht, 4. Aufl. 2022, §§ 19-21, Rn. 78 mwN; Bechtold/Bosch, GWB, 10. Aufl. 2021, § 19, Rn. 17 mwN.

<sup>97</sup> Grundsätzlich so wohl auch Körber, NZKart, 2023, 335, 341 der allerdings meint, problematischer "Ausbau nur als Überbau" sei in der Praxis nicht erkennbar.

<sup>98</sup> Körber, NZKart, 2023, 335, 341.

<sup>99</sup> Vgl. AGCM Entscheidung Nr. 28162 vom 25 Februar 2020, Fall A514 – *Condotta fibra Telecom Italia*.

wenn der Ausbau des Wettbewerbers bereits konkret angekündigt, begonnen oder gar weit fortgeschritten ist. Dabei nimmt die Intensität der Behinderung durch die Verhaltensweisen der Deutschen Telekom und damit korrelierend das Rechtfertigungsbedürfnis für solche Maßnahmen vor dem Hintergrund des für die Deutsche Telekom als marktbeherrschendes Unternehmen geltenden Rücksichtnahmegebots<sup>100</sup> je nach Stadium des Ausbaus des Wettbewerbs zu.

(i) Vorbereitungen/Gespräche/Verhandlungen mit Gemeinde

Bei Gesprächen/Verhandlungen mit einer Gemeinde durch die Deutsche Telekom ist ein signifikanter negativer Einfluss auf den Ausbau durch Wettbewerber, der zu Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten führt, zwar weniger wahrscheinlich, aber möglich. Auch Vorbereitungsmaßnahmen können aber zu Vorteilen für den Marktbeherrscher führen und einem fairen Wettbewerb entgegenstehen.<sup>101</sup>

Wenn Ausbaupläne von Wettbewerbern durch Gespräche/Verhandlungen mit einer Gemeinde behindert werden, z. B. aufgrund mangelnder Kapazitäten der Gemeinde, ist die Frage zu stellen, ob es sich bei den Gesprächen/Verhandlungen durch die Deutsche Telekom um Maßnahmen des Leistungswettbewerbs handelt. Kein Leistungswettbewerb wäre es, wenn die Gespräche/Verhandlungen nicht ausschließlich mit dem Ziel geführt werden, einen eigenen Ausbau durch die Deutsche Telekom vorzubereiten, sondern auch dazu dienen, den Ausbau des Wettbewerbs zumindest zu verzögern.<sup>102</sup>

Indizien für solche Verzögerungstaktiken könnten z. B. durch einen Vergleich der Gespräche/Verhandlungen mit dem Ablauf von Gesprächen/Verhandlungen in anderen Gebieten oder mit Ablauf der Verhandlungen durch die Wettbewerber festgestellt werden. Eine Kartellbehörde könnte auch durch Einsicht in Unterlagen der Deutschen Telekom prüfen, ob den Gesprächen/Verhandlungen eine echte Ausbaubeschuldung zugrunde liegt.<sup>103</sup>

Zwar wird man auch den marktbeherrschenden Unternehmen zugestehen müssen, auch unverbindliche Sondierungsgespräche zu führen, um die Möglichkeiten des Ausbaus in einem bestimmten Gebiet zu prüfen. Aus dem Rücksichtnahmegebot<sup>104</sup> für marktbeherrschende Unternehmen folgt jedoch, dass diese Sondierungsgespräche so gestaltet werden müssen, dass sie nicht zu einer Behinderung anderer Unternehmen führen. Nicht gerechtfertigt wären auch Verhandlungen/Gespräche in einem Umfang,

---

<sup>100</sup> Vgl. oben unter II.

<sup>101</sup> OLG Celle, EnWZ 2023, 133, 135, Rn. 22.

<sup>102</sup> Vgl. AGCM Entscheidung Nr. 28162 vom 25 Februar 2020, Fall A514 – *Condotte fibra Telecom Italia*.

<sup>103</sup> Vgl. AGCM Entscheidung Nr. 28162 vom 25 Februar 2020, Fall A514 – *Condotte fibra Telecom Italia*.

<sup>104</sup> Vgl. oben unter II.

die die Ausbaumöglichkeiten der Deutschen Telekom objektiv überfordern. Beispielsweise wäre es mit dem besonderen Rücksichtnahmegebot der Deutschen Telekom nicht vereinbar, bei deutlich mehr Gemeinden Gespräche zum Ausbau zu führen, als sie finanzielle Mittel und Kapazitäten zum Ausbau hat.

(ii) Informationen zu Glasfaser und allgemeines Inaussichtstellen

Ähnliches wie zu den Gesprächen/Verhandlungen mit einer Gemeinde gilt für das Bereitstellen von Informationen zu Glasfaser und das allgemeine Inaussichtstellen eines Ausbaus in einem Gebiet z. B. durch Plakataktionen oder Werbung. Diese Maßnahmen könnten zu einer Behinderung des Ausbaus durch Wettbewerber führen, wenn potenzielle Kunden des Wettbewerbers dadurch so verunsichert werden, dass der Wettbewerber damit rechnen muss, keine ausreichende Kundenbasis zu erreichen und deshalb die Wirtschaftlichkeit seiner Pläne infrage stellt.

Es wäre dann wieder zu prüfen, ob die Informationen gegenüber den Kunden als Teil des Leistungswettbewerbs gewertet werden können. Das ist nicht der Fall, wenn die Deutsche Telekom den Ausbau in dem betreffenden Gebiet zuvor gegenüber der Gemeinde abgelehnt hat. Von Leistungswettbewerb ist auch nicht auszugehen, wenn den Informationen nicht in absehbarer Zeit ein Angebot von Glasfaser folgt. Benchmark kann hier sein, mit welchem Vorlauf und unter welchen Bedingungen die Deutsche Telekom oder andere Unternehmen normalerweise ihre Kunden über ein zukünftiges Produkt informieren. Von einer Behörde könnte wiederum überprüft werden, ob den Informationen tatsächliche Ausbaupläne zugrunde liegen. Dem möglichen Einwand der Deutschen Telekom, dass ein deutschlandweiter Ausbau ja mittel- bis langfristig geplant sei, wäre das Rücksichtnahmegebot<sup>105</sup> für marktbeherrschende Unternehmen entgegenzuhalten.

(iii) Ausbauankündigung ohne zügig nachfolgenden tatsächlichen Ausbau

Der Ausbau eines Glasfasernetzes durch die Deutsche Telekom in einem Gebiet, in dem auch ein oder mehrere Wettbewerber einen Ausbau planen oder bereits vorgenommen haben, führt zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten dieser Wettbewerber, wenn das Gebiet wie in den Konstellation 2) – 5) keine zwei Netze wirtschaftlich trägt. Aus dieser Beeinträchtigung kann aber noch nicht ohne weiteres auf eine Behinderung geschlossen werden, dazu muss weiter geprüft werden, ob der Ausbau dem Leistungswettbewerb zugerechnet werden kann.

Ähnliche Wirkungen wie ein Ausbau kann allerdings eine Ausbauankündigung haben. Kündigt die Deutsche Telekom den Glasfaserausbau in einem Gebiet an, muss ein

---

<sup>105</sup> Vgl. oben unter II.

Wettbewerber, der einen Ausbau plant oder sogar bereits begonnen hat, damit rechnen, dass sich der Business Case in diesem Gebiet nicht mehr lohnt. Er wird dann möglicherweise gezwungen, seinen Ausbau zu stoppen. Der Vorteil für den Marktbeherrscher ist, dass eine Ausbauankündigung im Gegensatz zum Ausbau keine wesentlichen Kosten verursacht – *talk is cheap*.

Während bei einem tatsächlichen Ausbau die Einordnung als Leistungswettbewerb weiter zu prüfen ist, kann eine Ausbauankündigung ohne zügig nachfolgenden Ausbau keinen Leistungswettbewerb darstellen.<sup>106</sup> Es ist nicht erkennbar, welches legitime Interesse die Deutsche Telekom daran haben könnte, erst einen Ausbau anzukündigen und dann in der Folge diese Pläne nicht umzusetzen. Betrachtet man lediglich die Auswirkungen auf die bestehenden und möglichen zukünftigen Kunden der Deutschen Telekom, hat ein solches „unerfülltes Versprechen“ lediglich negative Wirkungen, da sich Deutsche Telekom als unzuverlässiger Anbieter darstellt. Der mögliche positive Nutzen für die Deutsche Telekom, nämlich dass der Wettbewerber von seinen Ausbauplänen ablässt und damit Wettbewerbsdruck wegfällt, ist kein legitimes Motiv im Sinne des Leistungswettbewerbs.<sup>107</sup>

Es handelt sich jedenfalls um eine behindernde Maßnahme (und damit um einen Missbrauch von Marktmacht), wenn die Deutsche Telekom bewusst über ihre Ausbaupläne täuscht, d. h. einen Ausbau ankündigt, ohne tatsächlich Ausbaupläne zu verfolgen.<sup>108</sup> Die Rechtsprechung hat klargestellt, dass irreführende Maßnahmen offenkundig dem Prinzip des Leistungswettbewerbs zuwiderlaufen.<sup>109</sup> Eine solche Täuschung liegt nahe, wenn die Deutsche Telekom den Ausbau in dem Gebiet zuvor gegenüber der Gemeinde abgelehnt hat. Auch ansonsten lassen sich in der Praxis irreführende Ankündigungen feststellen, wenn z.B. durch die Nennung von Daten gegenüber Kunden und Gemeinden ein bevorstehender Baustart suggeriert wird obwohl nur unverbindliche Planungen vorliegen.<sup>110</sup>

Auch Ankündigungen, die möglicherweise nicht klar dem Bereich der aktiven Täuschung zugeordnet werden können, können missbräuchlich sein. Dies betrifft etwa vage oder missverständliche Ankündigungen, die ebenfalls nicht als Leistungswettbewerb angesehen werden können.<sup>111</sup> Dies folgt aus dem Prinzip, dass der Marktbeherrscher aufgrund seiner besonderen Verantwortung das

---

<sup>106</sup> Diesen Aspekt übergeht *Körber*, NZKart, 2023, 335, 339 wenn er meint, für die Ankündigung gelte derselbe Maßstab wie für die tatsächliche Maßnahme.

<sup>107</sup> *Bunte/Stancke*, Kartellrecht, 4. Auflage 2022, §§ 19-21, Rn. 78 mwN.

<sup>108</sup> Vgl. OLG Celle, EnWZ 2023, 133, Rn. 24f. zu irreführenden Ankündigungen zum Glasfaserausbau.

<sup>109</sup> EuGH, Urteil v. 6.12.2012, C-457/10 P – *Astra Zeneca*, Rn. 98.

<sup>110</sup> OLG Celle, EnWZ 2023, 133, 135, Rn. 25f.

<sup>111</sup> Vgl. EuGH, Urteil v. 6.12.2012, C-457/10 P – *Astra Zeneca*, Rn. 98, 99.

Rücksichtnahmegebot<sup>112</sup> beachten muss. Er muss deshalb bei der Wahl von Maßnahmen im Wettbewerb, die zu einer Beeinträchtigung der Marktstellung von Konkurrenten führen können, das mildeste Mittel wählen. Dieser Maßstab ist auch an die Ankündigung anzulegen. Daher stellt es eine nicht gerechtfertigte behindernde Maßnahme (und damit den Missbrauch von Marktmacht) dar, wenn eine Ankündigung ohne konkrete Umsetzungsabsicht oder mit unnötig langem Vorlauf getätigt wird. Es besteht dann die Vermutung, dass es sich um Abschreckungsmaßnahmen zur Entmutigung des Wettbewerbs handelt; jedenfalls liegt aber ein Verstoß gegen das Rücksichtnahmegebot vor.<sup>113</sup>

Bei der Prüfung, welche Vorlaufzeit und welcher Verbindlichkeitsgrad erforderlich sind, sind wiederum die Interessen des marktbeherrschenden Unternehmens und seiner Wettbewerber miteinander abzuwägen. Selbst wenn man der Deutschen Telekom hier einen gewissen Ermessensspielraum zubilligt, könnte eine Behörde auch prüfen, welcher Zeitraum objektiv angemessen ist. Gegebenenfalls können dazu auch Vergleiche mit anderen Ländern und der Praxis dort gezogen werden.

(iv) Teilausbau nur in den kommerziell attraktivsten Teilen eines Gebiets

Die Abgrenzung von Leistungswettbewerb zu Behinderungsmaßnahmen ist besonders relevant in den Fällen, in denen die Deutsche Telekom in einem Gebiet (zumindest vorerst) keinen Vollausbau vornimmt, sondern lediglich besonders kommerziell attraktive Teile des Gebiets anschließt (bzw. umgekehrt, die besonders kostspieligen und kommerziell nicht attraktiven Teile auslässt).<sup>114</sup> Durch dieses „*Cherry Picking*“ wird es für andere Anbieter unmöglich, das Gebiet insgesamt rentabel zu erschließen, da die Erschließung auf einer Mischkalkulation beruhen muss, die kommerziell attraktive und weniger attraktive Teile des Gebiets umfasst.

Grundsätzlich obliegt es im Wettbewerb jedem Anbieter selbst, sein Angebot (und damit in diesem Fall seine Ausbaustrategie) festzulegen. Maßnahmen eines marktbeherrschenden Unternehmens, die *spezifisch* auf Abnehmergruppen oder Umsätze ausgerichtet sind, die für den Wettbewerber überlebenswichtig sind (d. h. zur Erzielung kritischer Skaleneffekte oder zur Erzielung eines für die Markteintrittsphase notwendigen Mindestumsatzes), können allerdings missbräuchlich sein.<sup>115</sup>

---

<sup>112</sup> Vgl. oben unter II.

<sup>113</sup> Vgl. oben unter II.; EuG, T-340/03, Slg. 2007 II-00107, Rn. 214 – *France Telecom/Kommission*.

<sup>114</sup> Auch *Körber*, NZKart, 2023, 335, 340 erkennt anscheinend, dass der Teilausbau missbräuchlich sein kann, wenn er feststellt, *nicht jeder* punktuelle Überbau sei missbräuchlich.

<sup>115</sup> Kommission, Entscheidung v. 20.3.2001, COMP/35.141, ABl. 2001 L 125, Rn. 37 – *Deutsche Post AG*, Rn. 37.

Zu prüfen ist deshalb im konkreten Fall, ob der Teilausbau auf rein legitimen Motiven basiert, oder dieser zumindest auch die Behinderung des Ausbaus des Wettbewerbs bezweckt (Fall des sogenannten strategischen Überbaus).<sup>116</sup> Keine legitimen Motive werden regelmäßig vorliegen, wenn der Teilausbau isoliert betrachtet (und ohne die für die Deutsche Telekom positiven Effekte der Abschreckung von Wettbewerbern) nicht rentabel ist. Maßnahmen die unter Missachtung kaufmännischer Grundsätze erfolgen, um Wettbewerber aus dem Markt zu drängen, stellen nach der Rechtsprechung keinen Leistungswettbewerb dar.<sup>117</sup> Nicht zu berücksichtigen sind hier mögliche zukünftige Umsätze, die sich die Deutsche Telekom dadurch sichert, dass sie einen „Fuß in die Tür stellt“.

Im ersten Schritt ist daher eine Überprüfung der Betriebswirtschaftlichkeit des Verhaltens der Deutschen Telekom vorzunehmen.<sup>118</sup> Zu betrachten ist dabei nicht nur, ob das Verhalten überhaupt rentabel ist, sondern auch ob es wirtschaftlich vernünftiger und praktikablere Alternativen gegeben hätte, von denen angesichts der Marktbedingungen und des Geschäftsumfelds der Deutschen Telekom realistischerweise angenommen werden kann, dass sie gewinnbringender wären.<sup>119</sup> Vergleichbar wie bei der Prüfung von sog. Kampfpreisen, kommt es darauf an, ob die Deutsche Telekom sich durch einen wirtschaftlich nicht rentablen Ausbau „geopfert“ hat, um Wettbewerber vom Ausbaugbiet zu verdrängen. Die Existenz einer solchen Strategie kann mit qualitativen Beweisen wie Unterlagen des marktbeherrschenden Unternehmens nachgewiesen werden (z. B. präziser Plan, Verluste hinzunehmen, um einen Wettbewerber vom Markt auszuschließen, einen Markteintritt zu verhindern oder dem Entstehen eines Marktes zuvorzukommen).<sup>120</sup> Eine Behörde kann hierzu per Auskunftersuchen Informationen bei dem marktbeherrschenden Unternehmen einholen.<sup>121</sup>

Selbst wenn die betriebswirtschaftliche Prüfung im ersten Schritt zu dem Ergebnis gelangen sollte, dass der Teilausbau *für die Deutsche Telekom* rentabel ist (also ein ebenso effizienter Wettbewerber den Teilausbau ebenfalls vornehmen könnte), bedeutet dies noch nicht, dass keine missbräuchliche Maßnahme vorliegt. Auf Märkten, auf

---

<sup>116</sup> Nicht überzeugend ist die Auffassung von *Körber*, NZKart, 2023, 335, 340, dass nur der "planlose" Ausbau nicht-strategisch sei.

<sup>117</sup> BGH, Urteil v.10.12.1985, KZR 22/95, NJW 1986, 1877, 1878 – *Abwehrblatt*.

<sup>118</sup> AA *Körber*, NZKart, 2023, 335, 341 der meint, entsprechende Berechnungen seien nicht möglich, sondern Spekulation, da unrealistisch weit in die Zukunft geblickt werden müsste.

<sup>119</sup> Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, Amtsblatt 2009/C 45/02, Rn. 64. bzgl. Kampfpreisen.

<sup>120</sup> So auch: *Körber*, NZKart, 2023, 335, 341.

<sup>121</sup> Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, Amtsblatt 2009/C 45/02, Rn. 66. bzgl. Kampfpreisen.



denen der Wettbewerb durch hohe Marktanteile und strukturelle Vorteile des marktbeherrschenden Unternehmens stark eingeschränkt ist, können auch insofern weniger leistungsfähiger Wettbewerber zur Erhöhung des Wettbewerbsdrucks beitragen und damit Druck auf das Verhalten des Unternehmens in beherrschender Stellung ausüben. Der EuGH hat klargestellt, dass auch dieser Wettbewerb gegenüber Behinderungen durch marktbeherrschende Unternehmen geschützt ist.<sup>122</sup>

Zu fragen ist deshalb in diesen Konstellationen im zweiten Schritt, warum der Wettbewerber seinen Ausbau nicht ebenfalls nur auf die kommerziell interessantesten Teile konzentriert oder eine solche Strategie der Deutschen Telekom entsprechend kontert. Eine unzulässige Behinderung kann insbesondere vorliegen, wenn das marktbeherrschende Unternehmen aufgrund seiner Position in der Lage ist, den Leistungswettbewerb einzuschränken und die Handlungsfreiheit anderer Marktteilnehmer einzugrenzen.<sup>123</sup> Stellt man fest, dass der Teilausbau nur für die Deutsche Telekom aufgrund ihrer marktbeherrschenden Stellung und insbesondere aufgrund ihrer strukturellen Vorteile möglich ist aber generell keine rentable Ausbaustrategie darstellt, liegt ein Missbrauch daher sehr nahe, wenn die Deutsche Telekom den Teilausbau nicht sachlich rechtfertigen kann (z. B. Gemeinde oder Großkunde hat Teilausbau angefragt). Eine sachliche Rechtfertigung ist insbesondere erforderlich, wenn der Teilausbau zwar (gerade noch) rentabel ist, eine andere Ausbaustrategie aber – unter Ausblendung der für den Marktbeherrscher positiven Effekte der Eindämmung des Wettbewerbs – normalerweise wirtschaftlich sinnvoller wäre.<sup>124</sup>

Eine wettbewerbsfeindliche Strategie kann dabei auch anhand quantitativer wettbewerbsökonomischer Analysen, in dessen Rahmen auch verhaltensökonomische Erwägungen angestellt werden können, nachgewiesen werden.<sup>125</sup>

Ein Missbrauch kann auch im Zusammenspiel mit der marktbeherrschenden Stellung der Deutschen Telekom auf den Ausschreibungsmärkten für den geförderten Breitbandausbau erfolgen. Durch den gezielten Teilausbau kann die Deutsche Telekom den Ausbau des vollständigen Gebiets durch einen dritten Wettbewerber unwirtschaftlich machen. Um einen Vollausbau des Gebiets zu erreichen, muss die Gemeinde den Ausbau im verbleibenden Gebiet dann fördern und ausschreiben. Auf

---

<sup>122</sup> EuGH, Urteil v. 6.10.2015, C-23/14 – *Post Danmark II*, Rn. 59ff.

<sup>123</sup> So auch: *Körber*, NZKart, 2023, 335, 338.

<sup>124</sup> *Vgl. Körber*, NZKart, 2023, 335, 341 der zu Recht darauf hinweist, dass für die Deutsche Telekom normalerweise der Ausbau in (wirtschaftlich) attraktiven Gebieten sinnvoll ist.

<sup>125</sup> Siehe zu den Ansätzen: *Nitsche/Wiethaus*, Access regulation and investment in next generation networks – A ranking of regulatory regimes, abrufbar unter [https://scholar.google.com/scholar?cites=3095237129602348769&as\\_sdt=2005&scioldt=0,5&hl=en](https://scholar.google.com/scholar?cites=3095237129602348769&as_sdt=2005&scioldt=0,5&hl=en) (abgerufen am 9.6.2023), mwN.

dem so entstehenden Ausschreibungsmarkt genießt die Deutsche Telekom dann Vorteile gegenüber ihren Wettbewerbern – die noch dadurch verstärkt werden, dass sie bereits einen Teil des Gebiets mit Glasfaser bedient. Mit dieser missbräuchlichen Strategie kann die Deutsche Telekom Märkte aus dem offenen Wettbewerb in die für sie günstigeren Ausschreibungsmärkte verschieben.<sup>126</sup>

(v) Vollausbau

Der Ausbau eines vollständigen Glasfasernetzes durch die Deutsche Telekom in einem Gebiet, in dem auch ein oder mehrere Wettbewerber einen Ausbau planen oder bereits vorgenommen haben, führt zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten dieser Wettbewerber, wenn das Gebiet wie in den Konstellation 2) – 5) keine zwei Netze wirtschaftlich trägt. Aus dieser Beeinträchtigung kann aber wiederum noch nicht ohne weiteres auf eine Behinderung geschlossen werden. Dazu muss weiter geprüft werden, ob der Ausbau dem Leistungswettbewerb in Form des Ausbauwettbewerbs zugerechnet werden kann.

Wie oben unter (iv) beim Teilausbau erläutert, ist daher im konkreten Fall zu prüfen, ob es legitime Motive für den Vollausbau gibt, oder dieser nur die Behinderung des Ausbaus des Wettbewerbs bezweckt (Fall des sogenannten strategischen Überbaus) und damit nicht als Leistungswettbewerb zu bewerten ist.

In einer frühen Phase des Ausbaus durch den Wettbewerber kann der Ausbau durch die Deutsche Telekom Teil des Ausbauwettbewerbs sein. (Es sei denn es kann eine Strategie der Deutschen Telekom nachgewiesen werden, durch den Ausbau in erster Linie den Wettbewerb zu behindern.)

Hat der Ausbau bereits begonnen, ist zu fragen, ob es für diesen eine betriebswirtschaftliche Rechtfertigung gibt, die nicht lediglich auf die Verdrängung der Wettbewerber (insbesondere auch die Abschreckung in anderen Ausbaugebieten) gerichtet ist.<sup>127</sup> Ein wichtiger Aspekt bei dieser Prüfung ist, für welchen Zeitraum und in welchem Umfang Infrastrukturunternehmen unter Wettbewerbsbedingungen normalerweise bereit sind, Anfangsverluste in Kauf zu nehmen. Dazu könnten Benchmarking-Vergleiche und ökonomische Analysen angestellt werden. Jedenfalls wenn die zu erwartenden Verluste das übliche Maß überschreiten, liegt eine Behinderungsmaßnahme nahe. Zu beachten ist auch wieder das Rücksichtnahmegebot.<sup>128</sup>

---

<sup>126</sup> Vgl. *Desealers* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 78. EL Januar 2023, Art. 102, Rn. 455ff.

<sup>127</sup> Vgl. oben unter D. IV. 2. b) bb) (iv).

<sup>128</sup> Vgl. oben unter II.

Da sich die Deutsche Telekom aber im Fall des Überbaus durch Vollausbau dem Wettbewerb stellt, scheint ein Missbrauch ohne weitere Umstände weniger naheliegend als im Fall des (strategischen) Teilüberbaus. Den Leistungswettbewerb verlässt der Marktbeherrscher jedenfalls dort, wo er in Gebieten, die nicht mehr als ein Netz tragen, Verluste in einem Umfang in Kauf nimmt, wie es ihm nur aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung möglich ist.<sup>129</sup>

Ein Missbrauch liegt wiederum auch dort vor, wo nachgewiesen werden kann, dass der Überbau von der Strategie getragen wird, Wettbewerber gezielt zu entmutigen und vom Markt zu drängen.<sup>130</sup> Wie bereits erwähnt, können sich Indizien für solche Abschreckungsmaßnahme z. B. aus einer Analyse ergeben, ob der Glasfaserausbau der Deutschen Telekom einer bestimmten autonomen Logik folgt (z. B. Erschließung der bereits mit Vectoring versorgten Gebiete unter weitgehender Nutzung der dort bereits errichteten Infrastruktur der Deutschen Telekom) oder ob die Auswahl der Ausbaugebiete eher willkürlich erfolgt, um die Ausbauplanung der Wettbewerber zu unterminieren.<sup>131</sup>

(vi) Konstellation 3) (Behinderungsmaßnahmen ohne Bezug zu konkretem Gebiet)

Verhaltensweisen der Deutschen Telekom, die nachweislich nur darauf abzielen, notwendige Kapazitäten für den Ausbau des Wettbewerbers abzuschotten (z. B. durch Beanspruchung aller Kapazitäten des einzig in Frage kommenden Tiefbauunternehmens) oder politisch auf Entscheidungsträger bei der Gemeinde oder an höherer Stelle in dem Sinne Einfluss zu nehmen, dass der Deutschen Telekom beim Ausbau der Vorzug gegeben wird, können einen Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung darstellen.

Hierbei muss wieder geprüft werden, ob sie dem Leistungswettbewerb zuzuordnen sind. Dabei ist ein objektiver Maßstab anzulegen und es gilt das Verhältnismäßigkeitsgebot.<sup>132</sup> Soweit diese Maßnahmen für den eigenen Ausbau der Deutschen Telekom in dieser Form unnötig sind oder sich hierfür keine andere Erklärung finden lässt, als die, den Wettbewerber zu behindern, sind sie als missbräuchlich zu bewerten.<sup>133</sup>

---

<sup>129</sup> Vgl. oben unter D. IV. 2. b) bb) (iv).

<sup>130</sup> Vgl. EuG, Urteil v. 30.1.2007, T-340/03, Slg. 2007 II-00107 – *France Telecom/Kommission*, Rn. 214.

<sup>131</sup> Vgl. AGCM Entscheidung Nr. 28162 vom 25 Februar 2020, Fall A514 – *Condotta fibra Telecom Italia*.

<sup>132</sup> BGH, Urteil v. 22.3.1994, KZR 9/93 – *Orthopädisches Schuhwerk*.

<sup>133</sup> *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, 14. Aufl. 2021, § 19 GWB, Rn. 346.

Bei allen Verhaltensweisen in den oben genannten Konstellationen gilt, dass für die Feststellung eines Missbrauchs eine potenziell wettbewerbsbeschränkende Wirkung, d.h. eine konkrete Gefahrenlage für den Wettbewerbsprozess, bereits genügt.

## V. Abhilfemaßnahmen

Soweit Überbaumaßnahmen der Deutschen Telekom gegen § 19 GWB, Art. 102 TFEU verstoßen, stellen diese Ordnungswidrigkeiten dar (§ 81 Abs. 1 Nr. 2, 2 Nr. 1 GWB), die von den Kartellbehörden mit Bußgeldern in Höhe von bis zu 10 % des Gesamtumsatzes im vorausgegangenen Geschäftsjahr geahndet werden können (§ 81c GWB).

Die Kartellbehörden können zudem im Verwaltungsverfahren Abstellungsverfügungen erlassen und hierzu alle erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art vorschreiben (§ 32 Abs. 1, 2 GWB).<sup>134</sup>

Die italienische Kartellbehörde hat beispielsweise gegen die Telecom Italia S.p.a. ein Bußgeld in dreistelliger Millionenhöhe verhängt und eine Abstellungsverfügung erlassen, das wettbewerbswidrige Verhalten, die Behinderung der Entwicklung des Wettbewerbs zwischen Festnetzinfrastrukturen, u.a. durch die Wahl suboptimaler technischer Lösungen, unverzüglich einzustellen und in Zukunft von diesem und ähnlichem Verhalten abzusehen.<sup>135</sup> Als Abhilfemaßnahmen kommen hier insbesondere verbindliche Regelungen für den fairen Leistungswettbewerb genügende Verhaltensweisen der Deutschen Telekom im Hinblick auf (die Verbindlichkeit von) Ausbauankündigungen und sonstige Vorfeldmaßnahmen (Verhandlungen mit der Gemeinde etc.) sowie Regelungen zum Unterlassen des strategischen Teilausbaus von Gebieten in Betracht.

Zur Abhilfe eines Missbrauchs wäre auch eine Hinterlegung der Ausbauplanungen der Deutschen Telekom für die nächste Ausbauperiode (z. B. 9 Monate) bei einem Trustee denkbar, der dann bei Beschwerden prüfen könnte, ob Überbaumaßnahmen von der Ausbauplanung abweichen und bei Abweichungen eine weitere Prüfung der Legitimität der beanstandeten Maßnahme anstellen könnte, wobei eine Vermutung bestehen könnte, dass bei Abweichungen kein legitimer Ausbau vorliegt.

Um ein Bußgeld abzuwenden, wäre es auch denkbar, dass die Deutsche Telekom anbietet, Verpflichtungen, (die die Form wie die oben beschriebenen

---

<sup>134</sup> *Bechtold/Busch*, 10. Aufl. 2021, GWB, § 32, Rn. 16-18 mwN; *Klose* in: *Wiedemann, Kartellrecht*, 4. Aufl. 2020, Rn. 17ff.

<sup>135</sup> AGCM Entscheidung Nr. 28162 vom 25 Februar 2020, Fall A514 – *Condotta fibra Telecom Italia*.

Abhilfemaßnahmen haben können), einzugehen und das Bundeskartellamt diese durch Verfügung gemäß § 32b Abs. 1 S. 1 GWB für bindend erklärt.<sup>136</sup>

Schließlich kann das Bundeskartellamt auch einstweilige Maßnahmen (z.B. in Form eines Ausbaustopps) gegenüber der Deutsche Telekom anordnen, wenn ein Verstoß gegen § 19 GWB, Art. 102 TFEU überwiegend wahrscheinlich erscheint und die einstweilige Maßnahme zum Schutz des Wettbewerbs oder aufgrund einer unmittelbar drohenden, schwerwiegenden Beeinträchtigung eines anderen Unternehmens geboten ist (wobei die Anforderungen im letztgenannten Fall noch höher sind als im erstgenannten Fall).

Bei Verstößen gegen § 19 GWB, Art. 102 TFEU besteht auch ein zivilrechtlicher Unterlassungsanspruch (§ 33 GWB).

## **VI. Ergebnis**

Die Deutsche Telekom ist auf dem Massenmarkt für den breitbandbasierten Internetzugang (Endkundenmarkt)<sup>137</sup> marktbeherrschend und damit Adressat des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots gemäß § 19 GWB bzw. Art. 102 AEUV.

Bestimmte Verhaltensweisen der Deutschen Telekom im Zusammenhang mit dem sog. Überbau können gegen § 19 Abs. 1 GBW bzw. Art. 102 AEUV verstoßen, da es sich nicht um Maßnahmen des Leistungswettbewerbs handelt. Relevant ist dabei, ob sie in einem Gebiet erfolgen, das nur ein oder mehrere Netze trägt, und in welchem Stadium sich der Ausbau des Wettbewerbs befindet.

Verhaltensweisen in Gebieten, die sich für den Ausbau von mehr als einem Netz eignen, können als Leistungswettbewerb zu bewerten sein. Dies gilt jedoch nur, wenn in dem Gebiet nicht bereits ein Teil der Nachfrage gebunden ist (insbesondere durch das Commitment-Modell), so dass nur ein Teilgebiet als „bestreitbare Menge“ zur Verfügung steht, das wiederum nur ein Netz trägt.

Überbau in Gebieten, in denen nur der Ausbau *eines* Netzes rentabel ist (auch weil die bestreitbare Menge des Gebiets nur ein Netz trägt), und die sich somit grundsätzlich nicht für Infrastrukturwettbewerb eignen, führt häufiger zu Behinderungen von Wettbewerbern und ist darauf zu prüfen, ob er dem Leistungswettbewerb zugerechnet werden kann. Im Ausbauwettbewerb um diese Gebiete werden Ausbauankündigung ohne zügige Umsetzung in der Regel als missbräuchlich einzustufen sein. Die Konstellationen Überbau als Teilausbau und Überbau als Vollausbau bedürfen einer

---

<sup>136</sup> Damit entfielen auch das Bedenken von *Körber*, NZKart, 2023, 335, 342, dass eine interne Selbstverpflichtung der Deutschen Telekom den Wettbewerbern keine ausreichende Sicherheit gewähren würde.

<sup>137</sup> Und auf dem Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau.

genaueren Prüfung, bei der die (mutmaßlichen) Beweggründe der Deutschen Telekom, insbesondere, ob ihr Verhalten betriebswirtschaftlich im jeweiligen Fall isoliert betrachtet – also ohne positive Effekte durch Behinderung des Wettbewerbs – sinnvoll ist sowie der Stand des Ausbaus der Wettbewerber eine Rolle spielen. Der Teilausbau nur in den kommerziell attraktivsten Teilen eines Gebiets ist dabei regelmäßig problematischer. Ein Missbrauch kann auch vorliegen, wenn die Deutsche Telekom den Ausbau in einem Gebiet durch strategischen Überbau blockiert, so dass der Ausbau in diesem Gebiet nur noch gefördert erfolgen kann, wobei sie dann ihre marktbeherrschende Stellung auf den Ausschreibungsmärkten ausspielen kann.

Verstöße gegen § 19 GWB, Art. 102 TFEU stellen Ordnungswidrigkeiten dar und können mit Bußgeldern von bis zu 10 % des Gesamtumsatzes des betroffenen Unternehmens im vorausgegangenen Geschäftsjahr geahndet werden. Als Abhilfemaßnahmen, um das missbräuchliche Verhalten zu beenden, kommen hier insbesondere verbindliche Regelungen für den fairen Leistungswettbewerb genügende Verhaltensweisen der Deutschen Telekom im Hinblick auf (die Verbindlichkeit von) Ausbauankündigungen und sonstige Vorfeldmaßnahmen (Verhandlungen mit der Gemeinde etc.) sowie Regelungen zum Unterlassen des strategischen Teilausbaus von Gebieten in Betracht.

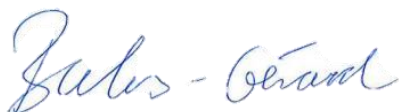
Brüssel, den 20. Juli 2023



---

CMS Hasche Sigle

Dr. Björn Herbers  
Rechtsanwalt



---

CMS Hasche Sigle

Kirsten Baubkus-Gérard  
Rechtsanwältin