

Ergebnisbericht zu den Fallstudien der Beschlusskammer 3 im Kontext der Doppelausbaudebatte

1. Inhalt der Befassung der Beschlusskammer

Die Debatte über die Frage, ob und wenn ja unter welchen Umständen die Duplizierung von Glasfaserzugangsnetzen ein missbräuchliches Verhalten der Telekom darstellen kann, wurde in der Vergangenheit auf abstrakter Ebene geführt. Die Verbände werfen der Telekom eine missbräuchliche Gesamtstrategie vor, ohne diese durch konkrete Umstände zu belegen. Auf diese schließen sie aus der Tatsache, dass die Monitoringstelle laut Zwischenbericht deutlich mehr Meldungen zum „Ausbau lukrativer Kerngebiete“ bzw. einer „kurzfristige Reaktion“ für diejenigen Konstellationen erhalten hat, in denen die Telekom als das duplizierende Unternehmen benannt wurde als für die, in denen ein Wettbewerber entsprechend benannt wurde. Dabei beruht diese Herleitung auf der Häufigkeit einschlägiger Meldungen, ohne durch weitere qualitative Verdachtselemente erhärtet zu werden.

Der Zwischenbericht der Monitoringstelle hat hierzu bereits ausgeführt, dass „es sich bei den (...) erfassten Fällen weder um eine Vollerhebung noch um eine repräsentative Stichprobe im statistischen Sinne handelt. Allein aus der Anzahl der geschilderten Fälle, insbesondere ihrer Verteilung auf die beiden Cluster, lassen sich (...) keine inhaltlichen Rückschlüsse in Bezug auf wettbewerbliche Fragestellungen ziehen.“¹

Angesichts fehlender konkreter Beschwerden hat die Monitoringstelle am 02. Dezember 2024 der Beschlusskammer 3 sechs ausgewählte Fälle übergeben, damit diese die Meldungen im eigenen Zuständigkeitsbereich mit Blick auf den im Zusammenhang mit der Doppelausbaudebatte erhobenen Missbrauchsvorwurf rechtlich bewerten kann. Für die Feststellung, ob ein missbräuchliches Verhalten vorliegt und dessen Beendigung durch geeignete Maßnahmen nach § 211 Abs. 1 S. 1 TKG i.V.m. § 50 TKG sind die Beschlusskammern 2 und 3 der Bundesnetzagentur zuständig.

Diese Fälle wurden aufgrund einer vergleichsweise guten Dokumentation und nicht wegen besonderer Auffälligkeit ausgewählt. Die Monitoringstelle hatte zuvor vertiefende Interviews mit den jeweiligen Gebietskörperschaften und Unternehmen geführt, stufte sie aber nicht als kritischer oder unkritischer als andere Meldungen ein. Auf Basis der vorliegenden Unterlagen sowie der Interviews bestand kein Anfangsverdacht für einen Verstoß gegen § 50 TKG.

Im Zuge der Prüfung der von der Monitoringstelle übergebenen Einzelfälle hat die Beschlusskammer abstrakt untersucht, in welchen Fallkonstellationen ein Missbrauch von Marktmacht potenziell vorliegen könnte.

In einem ersten Schritt hat die Beschlusskammer ein auf die Problematik des Doppelausbaus zugeschnittenes abstraktes Konzept zur Untersuchung verschiedener Fallkonstellationen auf einen Verstoß gegen § 50 TKG erarbeitet. Hierbei hat sie im Zusammenhang mit einem Doppelausbau drei Konstellationen eines wettbewerbsrelevanten Verhaltens sowie deren mögliche Konsequenzen identifiziert und Kriterien zur Bewertung der im Zusammenhang mit einem Missbrauchsvorwurf erforderlichen (Un-)Billigkeit eines solchen Verhaltens abgeleitet. Des Weiteren hat sie die gesetzlichen Handlungsmöglichkeiten im Falle eines Missbrauchs eruiert.

Hierzu hat die Beschlusskammer sowohl den grundsätzlichen Diskussionsstand zu § 50 TKG – namentlich Rechtsprechung und Literatur zu den Missbrauchsverfahren unter dem TKG,

¹ Zwischenbericht der Monitoringstelle, Rz. 75.

Vortritt, solange sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht ein vergleichbar effektiver Rechtsschutz gewährleistet ist,

vgl. hierzu ausführlich Säcker in Säcker/Körper, TKG, 4. Aufl., 2023, Teil A: Einordnung des TKG in das Wirtschaftsrechtssystem, Rn. 56 f.

Die besondere Missbrauchsaufsicht nach § 50 TKG steht unter der Voraussetzung, dass ein förmliches Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren durchgeführt und eine Regulierungsbedürftigkeit des betroffenen Marktes festgestellt worden ist. Auf dem gemäß §§ 10, 11 TKG identifizierten Markt ist die besondere Missbrauchsaufsicht durch die Bundesnetzagentur als sachnähere Behörde zu vollziehen,

vgl. Gersdorf in Säcker/Körper, 4. Auflage 2023, TKG § 50 Rn. 10-12 m.w.N.; Gerpert/Schütz/Schütz, 5. Auflage 2023, Beck'scher TKG-Kommentar, § 50 Rn. 15-17 m.w.N.; BeckOK Informations- und Medienrecht/Wimmer 48. Ed. 01.02.2024, TKG 2021, § 50 Rn. 7-8 m.w.N.

2.2. Voraussetzung für eine Verfahrenseinleitung

Die Bundesnetzagentur leitet gemäß § 50 Abs. 3 TKG unverzüglich ein Verfahren zur Überprüfung ein, wenn ihr Tatsachen bekannt sind oder bekannt gemacht werden, die die Annahme rechtfertigen, dass ein Missbrauch nach § 50 Abs. 1 TKG vorliegt.

Ein Missbrauch im Sinne des § 50 Abs. 1 Satz 1 TKG liegt nach § 50 Abs. 1 Satz 2 TKG insbesondere vor, wenn ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht andere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert oder die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Telekommunikationsmarkt auf erhebliche Weise ohne sachliche Rechtfertigung beeinträchtigt. Die Verhaltensweise muss zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs als solchem objektiv geeignet sein, ohne dass das Verhalten als solches wettbewerbswidrig oder wettbewerbsfremd sein müsste (wettbewerbsrelevantes Verhalten, vgl. unter 2.2.2). Außerdem muss diese Behinderung bzw. Beeinträchtigung unbillig bzw. nicht durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt sein. Letzteres liegt dann vor, wenn sich aus einer Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der Ziele des TKG ergibt, dass die Maßnahme unbillig bzw. nicht gerechtfertigt ist (vgl. unter 2.2.3).

2.2.1. Beträchtliche Marktmacht

§ 50 TKG setzt für die besondere Missbrauchsaufsicht eine beträchtliche Marktmacht des möglicherweise missbräuchlich handelnden Unternehmens auf dem sachlich relevanten Markt voraus. Das Bestehen der beträchtlichen Marktmacht muss in einem Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren nach §§ 10, 11 TKG festgestellt worden sein (s.o. 2.1.).

Dies ist für die Telekom – und die mit ihr verbundenen und zusammengeschlossenen Unternehmen im Sinne von § 3 Nr. 69 TKG – der Fall.

Eine beträchtliche Marktmacht der Telekom und der mit ihr verbundenen und zusammengeschlossenen Unternehmen im Sinne von § 3 Nr. 69 TKG wurde auf dem Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang zu Teilnehmeranschlüssen (Markt 1/Nr. 3a alt) mit der Festlegung der Präsidentenkammer BK1-19/001 festgestellt. Mit der Regulierungsverfügung BK3i-19/020 wurden der Telekom auf diesem Markt Regulierungsverpflichtungen auferlegt. Für die mit ihr zusammengeschlossenen Glasfaser Nord-West GmbH&Co.KG und die GlasfaserPlus wurden auf der Basis der Festlegung der Präsidentenkammer im wesentlichen inhaltsgleiche Regulierungsverpflichtungen durch die separaten Regulierungsverfügungen BK3h-21/010 und BK3h-22/005 auferlegt.

Mit der Festlegung der Präsidentenkammer BK1-20/004 wurde auch auf dem Markt für Massenmarktprodukte auf der Vorleistungsebene an festen Standorten zentral bereitgestellter Zugang auf Übergabeebene Layer 3 (Markt Nr. 3b) für die Telekom und die mit ihr verbundenen und zusammengeschlossenen Unternehmen im Sinne von § 3 Nr. 69 TKG beträchtliche Marktmacht festgestellt. Mit den Regulierungsverfügungen BK3b-20/027, BK3b-22/014 und BK3b-22/015 wurden ihnen auch auf dem Markt 3b Regulierungsverpflichtungen auferlegt.

Die Ausbauaktivität als im Hinblick auf einen möglichen Verstoß gegen § 50 TKG relevantes Verhalten sowie die Wirkung dessen sind auch den genannten regulierten Vorleistungsmärkten zuzuordnen, denn ein eigenständiger Ausbau eines Wettbewerbsunternehmens ermöglicht diesem, auf den genannten regulierten Vorleistungsmärkten tätig zu werden. Daher kann ein missbräuchliches Verhalten eines marktmächtigen Unternehmens auch hier die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen beeinträchtigen. Dass auch eine Zuordnung zum Endkundenmarkt für den festnetzbasieren Internetzugang und gegebenenfalls dem Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau möglich ist, ist unerheblich. Eine Trennung oder eindeutige Zuordnung zu einem einzelnen Markt ist im konkreten Einzelfall nicht erforderlich, da die geplante oder die bereits gebaute Glasfaser-Infrastruktur sowohl für Vorleistungs- als auch für Endkundenprodukte verwendet werden kann. Ein Verhalten, das einen Bezug zu dieser Glasfaserinfrastruktur steht, kann daher immer auch eine Relevanz für die regulierten Vorleistungsmärkte haben.

2.2.2. Wettbewerbsrelevantes Verhalten

Die Beschlusskammer bewertet den Ausbau mehrerer Glasfasernetze innerhalb eines Gebietes als ein Verhalten, das **grundsätzlich geeignet** ist, sich auf die wettbewerblichen Handlungsmöglichkeiten anderer Unternehmen **nachteilig auszuwirken**. Denn durch den Ausbau eines parallelen Netzes neben ein bereits bestehendes oder im Bau befindliches Netz wird die Auslastung dieses Netzes voraussichtlich nicht in gleichem Umfang und Tempo erreichbar sein. Dies kann den Geschäftsplan des konkurrierenden Netzbetreibers negativ beeinträchtigen und zur Folge haben, dass dieser sich aus dem Gebiet zurückzieht.

Das wettbewerbsrelevante Verhalten muss aber nicht zu einem veränderten Ausbau beim Wettbewerber führen. Allein ausschlaggebend ist, dass das Verhalten des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht **objektiv dazu geeignet** ist, eine entsprechende nachteilige Wirkung zu zeitigen.

Dabei bestehen Unterschiede, je nachdem, zu welchem **Zeitpunkt** das marktmächtige Unternehmen ein räumlich paralleles FTTB/H-Netz errichtet. In diesem Zusammenhang hat die Beschlusskammer im Wesentlichen die folgenden **Fallgruppen** identifiziert:

- Ein **Nachbau** liegt vor, wenn ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht ein Glasfasernetz ausbaut, welches die Leistungsmerkmale des bisherigen Kupfernetzes übersteigt und welches sich mit einem **bereits vorhandenen Glasfasernetz** eines Wettbewerbers räumlich weitgehend deckt. Davon ist immer dann auszugehen, wenn sich die Ausbauprojekte in einem wirtschaftlich relevanten Teil decken.

Der Nachbau eines Glasfasernetzes kann insofern die Handlungsmöglichkeiten des Wettbewerbers erschweren, als dieser seine vorteilhafte Position bei der Vermarktung seiner Glasfaser-Anschlüsse im Qualitätswettbewerb gegenüber den Kupferprodukten des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht verliert. Denn nunmehr vermarktet auch das marktmächtige Unternehmen ein Produkt, welches die Leistungsmerkmale des bisherigen Kupferproduktes übersteigt. Außerdem kann die Realisierung des Geschäftsplans des Wettbewerbers in Bezug auf einen (geplanten oder in der Ausbaulogik zu erwartenden) weiteren, mit dem nachgebauten Gebiet räumlich in Zusammenhang stehenden Ausbauplan erschwert werden.

- Im Falle des **Parallelausbaus** baut ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht ein solches, die Leistungsmerkmale des Kupfernetzes übersteigendes Glasfasernetz aus,

das sich zwar nicht mit einem vorhandenen Glasfasernetz eines Wettbewerbers, wohl aber mit einem gleichzeitigen und gleichwertigen Ausbauprojekt räumlich weitgehend deckt.

Im Falle des Parallelausbaus werden die Handlungsmöglichkeiten des Wettbewerbers dadurch erschwert, dass dieser befürchten muss, die Auslastung seines Netzes nicht in gleichem Umfang und Tempo, wie bei einem exklusiven Ausbau, erreichen zu können. Insofern gelten die gleichen Erwägungen wie bereits beim Nachbau beschrieben. Die befürchtete Wirkung auf den Geschäftsplan kann zur Folge haben, dass der Wettbewerber die begonnene Ausbauplanung anpasst und sich teilweise von einem Ausbau von Teilgebieten wieder zurückzieht. Dementsprechend werden im Falle des Parallelausbaus Risiken für die Erreichung des gesetzlichen Konnektivitätsziels in stärkerem Umfang relevant als bei der Fallgruppe des Nachbaus, denn dort existiert ein bereits ausgebautes Glasfasernetz, welches auf das Konnektivitätsziel einzahlt.

- Als Unterfall des Parallelausbaus wertet die Beschlusskammer schließlich die **Ausbauankündigung**. Diese zeichnet sich dadurch aus, dass das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht den Ausbau eines Glasfasernetzes für ein Gebiet ankündigt, in dem auch ein Wettbewerber einen Glasfaserausbau angekündigt hat – konkrete Ausbauarbeiten erfolgen jedoch in diesem Fall weder von Seiten des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht, noch durch den Wettbewerber.

Mit Blick auf die Handlungsmöglichkeiten des Wettbewerbers gelten die Erwägungen im Zusammenhang mit dem Parallelausbau grundsätzlich entsprechend. Da das wettbewerbsrelevante Verhalten des marktmächtigen Unternehmens aber **bereits in einer sehr frühen Phase des Ausbaus durch den Wettbewerber** auftritt – auch er hat den Ausbau bisher nur angekündigt –, kann dies dazu führen, dass der Wettbewerber von einem Ausbau insgesamt Abstand nimmt. Nimmt in Folge dessen das marktmächtige Unternehmen ebenfalls wieder von seinem Ausbauplan Abstand entstehen in dieser Fallgruppe die größten Nachteile mit Blick auf die Regulierungsziele von Konnektivitäts- und Wettbewerbsförderung.

2.2.3. Missbräuchlichkeit

Nach der gesetzlichen Konzeption des § 50 TKG ist ein Missbrauch insbesondere dann gegeben, wenn andere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert (§ 50 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG) oder deren Wettbewerbsmöglichkeiten auf erhebliche Weise und ohne sachlichen Grund beeinträchtigt werden (§ 50 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG).

Die Frage, ob gemessen an diesen Maßstäben ein Verhalten eines marktmächtigen Unternehmens als missbräuchlich zu bewerten ist, erfordert eine **umfassende Interessenabwägung im Einzelfall**. Sie erfolgt durch eine Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der Ziele des TKG, insbesondere der Sicherung eines fairen Wettbewerbs,

vgl. zum TKG¹⁹⁹⁶ BVerwG, Urteil vom 18.12.2007 –C.47.06; BVerwG, Beschluss vom 16.03.2006 – 6 B 10.06; VG Köln, Urteil vom 16.10.2005 –21 K 4418/05; VG Köln, Urteil vom 17.05.2006 –21 K 7045/05; VG Köln, Urteil vom 23.05.2012 –21 K 6642/10; zu § 19 GWB: BGH, Urteil vom 31. 01. 2012 – KZR 65/10.

Dies gilt auch für den wettbewerbsrelevanten Ausbau von Glasfasernetzen neben einem existierenden im Bau befindlichen oder angekündigten FTTB/H-Netz eines Wettbewerbers (bzw. eine entsprechende Planung).

Die Beschlusskammer ist hierbei zu den folgenden Wertungen gelangt:

2.2.3.1. Unbilligkeit durch Nichtleistungswettbewerb

Sofern die Duplizierung bestehender oder im Bau befindlicher Glasfaseranschlussnetze von Wettbewerbern durch das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht **nicht dem Leistungswettbewerb zugeordnet** werden kann, ist im Regelfall von einem missbräuchlichen Verhalten auszugehen.

Zwar hat auch ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht grundsätzlich ein berechtigtes Interesse daran, seine eigenen geschäftlichen Interessen zu wahren und entsprechend des eigenen Ermessens seine geschäftlichen Tätigkeiten so zu gestalten, wie es das für wirtschaftlich richtig und sinnvoll erachtet,

vgl. BGH, Urteil vom 31.01.2012 – KZR 65/10; Urteil vom 08.04.2014 - KZR 53/12, NZKart 2014, 411 Rn. 37.

Doch trägt das marktmächtige Unternehmen eine **besondere Verantwortung** dafür, kein Verhalten an den Tag zu legen, das einen wirksamen Wettbewerb beeinträchtigt,

vgl. EuGH, Urteil vom 06.09.2017, Intel/Kommission, C-413/14 P, Rn. 135; ebenso EuGH, Urteil vom 12.05.2022, ENEL, C-377/20.

So darf sich das marktmächtige Unternehmen zwar gegen seine Wettbewerber erwehren, aber nur mit Mitteln, die auf einem leistungsbasierten Wettbewerb beruhen,

vgl. Entwurf Leitlinien für die Anwendung von Art. 102 AEUV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, Rn. 50 m.w.N.; BGH, Urteil vom 04.03.2008, KVR 21/07, NJW-RR 2008, 996, Rn. 37, EuGH, Urteil vom 27.03.2012, Post Danmark, C-209/10 Rn. 21.

Nicht mehr vom Leistungsbegriff gedeckt sind demgegenüber Maßnahmen, die nicht den vom Wettbewerb erwarteten und erwünschten Funktionen entsprechen, also **nicht der Durchsetzung der besseren Leistung mit marktkonformen Mitteln dienen**, sondern andere Marktbeteiligte an der Erbringung ihrer Leistung hindern oder den Leistungsvergleich selbst – zumindest partiell – außer Kraft setzen, ohne wegen ihrer generellen Wettbewerbsschädlichkeit per se nach den Vorschriften des GWB oder OWiG verboten sein zu müssen.

Mit Blick auf die oben beschriebenen Fallgruppen geht die Beschlusskammer zum jetzigen Zeitpunkt davon aus, dass die folgenden **Aspekte starke Indizien für eine Zuordnung zu den Mitteln des Nichtleistungswettbewerbs** sein dürften:

- Beim **Nachbau** spricht aus Sicht der Beschlusskammer für einen **Nichtleistungswettbewerb**, wenn das Unternehmen in einem Gebiet ausbaut, in dem
 - der Betrieb von mehr als einem Glasfasernetz **in dem konkreten Gebiet wirtschaftlich wahrscheinlich nicht tragfähig ist** und damit nur aufgrund der besonderen Marktposition des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht realisiert werden kann, wobei die wirtschaftliche Tragfähigkeit nicht in Bezug auf abstrakte Gebietsklassen z.B. entsprechend der Besiedlungsdichte beurteilt werden kann, sondern immer nur unter **Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls im konkret vom Doppelausbau betroffene Gebiet** und
 - außerdem das bestehende Glasfasernetz über ein **angemessenes, diskriminierungsfreies Vorleistungsangebot** zugangsoffen gestaltet ist.

Denn in einer solchen Konstellation dürfte es prima facie eher gegen die wirtschaftliche Vernunft sprechen, ein weiteres Netz auszubauen und nicht auf die Zugangsmöglichkeit zu dem bestehenden Netz zurückzugreifen.

Bei der Bewertung als leistungs- oder nicht-leistungsbasierter Wettbewerb beim Nachbau müssen zudem aber insbesondere folgende **weitere Indizien** beachtet werden:

- bei mehr als einem aktiven VHC-Netz in einem Gebiet, spricht dies bereits für einen hohen Wirtschaftlichkeitsgrad und damit eher für einen Nachbau im Leistungswettbewerb,
 - technische Gründe, die einen Ausbau des marktmächtigen Unternehmens an der fraglichen Stelle nahelegen und damit einen Leistungswettbewerb wahrscheinlich machen, oder
 - bereits partieller Anschlussausbau des marktmächtigen Unternehmens im Ausbaugebiet sowie im regionalen Umfeld, die den Ausbau als „**Lückenfüllung**“ darstellen lassen und damit ebenfalls für einen Leistungswettbewerb sprechen.
- Im **Parallelausbau (inklusive Ausbauankündigung)** sprechen aus Sicht der Beschlusskammer insbesondere folgende Gesichtspunkte für einen **Nichtleistungswettbewerb**:

- Eine Schädigungsabsicht des marktmächtigen Unternehmens würde den Nichtleistungswettbewerb belegen. Allerdings handelt es sich bei dem Begriff des Missbrauchs um einen objektiven Begriff. Deshalb ist der **Nachweis einer Schädigungsabsicht** des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht in der Regel zur Feststellung eines Missbrauchs **nicht erforderlich**,

vgl. Entwurf Leitlinien für die Anwendung von Art. 102 AEUV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, Rn. 44 a.E. m.w.N.

Soweit die **Umstände** aus einer objektiven Perspektive **auf eine gezielte Reaktion des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht hindeuten**, durch die der konkurrierende Netzausbauer von der Errichtung eines Glasfasernetzes abgehalten werden oder sein Ausbaugebiet begrenzt werden soll, **spricht dies für einen Nichtleistungswettbewerb**. Eine solche gezielte Reaktion kann sowohl im Zusammenhang mit der Ausbauentcheidung als solcher als auch mit der Art und Weise, in der der Ausbau betrieben wird (Geschwindigkeit, Ausbaureihenfolge), liegen.

Bei der Beurteilung der Frage, ob es sich um ein Tätigwerden im Leistungswettbewerb oder um eine gezielte Reaktion zur Schädigung des Wettbewerbers handelt, kann auch die **bestehende VDSL2-Vectoringversorgung** durch das marktmächtige Unternehmen Berücksichtigung finden. Die Beschlusskammer erkennt zwar an, dass die Telekom ihren FTTC-Ausbau immer auch in den Kontext gesetzt hat, dass hierdurch langfristig ein Ausbau zu FTTB/H-Netzen angelegt ist. Umgekehrt hat die Telekom aber auch deutlich gemacht, dass sie nicht alle HHUStO mit FTTB/H erschließen wird, sondern ausweislich der Angaben in ihren Geschäftsberichten einen Ausbau von rund 30 Mio. HHUStO (das sind ca. 65 % aller HHUStO) beabsichtigt.

Die Beschlusskammer misst hier dem Umstand große Bedeutung bei, ob die bestehende FTTC-Infrastruktur in der Lage ist, die von Endkunden (nicht nur, aber auch mit Blick auf die in den Glasfasernetzen) vorrangig nachgefragten Bandbreiten im gesamten Ausbaugebiet angemessen zu bedienen. Wenn das Netz des marktmächtigen Unternehmens nur sehr eingeschränkt konkurrenzfähig ist, ist dies ein Indiz für den Leistungswettbewerb.

Ist das Kupfernetz hingegen schon sehr leistungsfähig, stellt sich ein Ausbau des marktmächtigen Unternehmens zu einem FTTB/H-Netz nicht ohne weiteres als leistungsbasiert dar. Dass in diesem Fall schon zu diesem Zeitpunkt der Ausbau gleichwohl im Leistungswettbewerb erfolgt, muss durch andere Gesichtspunkte belegt sein.

Insgesamt ist bei der gezielten Reaktion eine Gesamtbewertung der **zeitlichen Umstände von großer Bedeutung**. Legt diese nahe, dass die Ausbaument-scheidung des marktmächtigen Unternehmens unabhängig vom Ausbau des Wettbewerbers getroffen worden ist, weil es andere, objektive Gründe gibt, die einen zeitgleichen Ausbau in dem betroffenen Gebiet erklären, wird tendenziell ein leistungsorientiertes Verhalten angenommen werden können.

- Eine für den Nichtleistungswettbewerb maßgebliche gezielte Reaktion auf einen zukünftigen Ausbau des Wettbewerbers kann auch dann vorliegen, wenn der Ausbau des marktmächtigen Unternehmens **nur aufgrund einer Antizipation des Ausbauverhaltens des Wettbewerbers** erfolgt. Dies gilt jedoch nur bei offensichtlichen Anhaltspunkten. In diesem Sinne müssen Anhaltspunkte dafür gegeben sein, dass das marktmächtige Unternehmen seine eigene Ausbaument-scheidung unter der Annahme getroffen hat, dass ein Wettbewerber zeitnah in dem Gebiet in Glasfaserinfrastrukturen investieren wird.
- Ein Nichtleistungswettbewerb liegt **im Fall der Ausbauankündigung** insbesondere dann vor, wenn ein Ausbau oder ein früherer Ausbaubeginn suggeriert/vorgetäuscht wird. Indizien für eine solche **Scheinankündigung** liegen vor, wenn der tatsächliche Ausbau des marktmächtigen Unternehmens **nicht im Rahmen einer üblichen Realisierungsphase umgesetzt** wird und dabei der fehlende Ausbau oder die Verzögerung im Verantwortungsbereich des Unternehmens liegen und **nicht ausschließlich auf objektiv nachvollziehbaren Gründen** beruhen.
- Demgegenüber stellt sich eine **rein zufällige Überschneidung der Planungsvorhaben** – also die Realisierung einer bereits geplanten Ausbaument-scheidung durch das marktmächtige Unternehmen – als leistungsorientierter Wettbewerb dar. Indizien hierfür sind, zu welchem Zeitpunkt jeweils **interne verbindliche Beschlüsse zum Gebietsausbau** getroffen worden sind, die **Ausbaument-scheidung veröffentlicht** oder **verschiedene Planungs- und/oder Ausbauschritte** (z.B. das Einholen der erforderlichen Genehmigungen) vollzogen wurden. Auch der Umstand, dass der **Ausbau auf Initiative der Kommune** – z.B. im Rahmen eines Markterkundungsverfahrens – erfolgt ist, ist bei der Frage, ob ein Ausbau eine gezielte Reaktion auf den Ausbau des Wettbewerbers darstellt oder auf eine andere Ursache zurückzuführen ist, zu bewerten.

2.2.3.2. Unbilligkeit trotz Leistungswettbewerb

Aber auch wenn ein Ausbau (bzw. dessen Ankündigung) im konkreten Fall **grundsätzlich als leistungsorientiert** zu bewerten ist, kann dieses Verhalten einem **Missbrauchsvorwurf** ausgesetzt sein.

Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass das Eigentum des marktmächtigen Unternehmens am Bestandsnetz, welches partiell bereits aus Glasfaser besteht, einer erhöhten Sozialbindung unterworfen ist. Da dieses Netz – jedenfalls größtenteils – im Monopol errichtet wurde, darf nicht genau dieses Netz ohne besondere Auflagen dazu verwandt werden, den Bau von neuen Glasfasernetzen durch Dritte zu unterbinden. In diesem Sinne unterliegt auch die VHCN-Ausbaument-scheidung eines ehemaligen Kupfer-Monopolisten einer erhöhten Gemeinwohlbindung. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Investitionsrisiken bei VHCN-Netzen in höherem Maße zu berücksichtigen sind als dies bei den im Rahmen der Privatisierung „geerbten“ Kupfernetzen der Fall ist. Denn die besondere Marktposition des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht mit einem gesicherten Kundenstand im Bestandsnetz erleichtert diesem einen VHCN-Ausbau auch in Gebieten, der für Unternehmen ohne diese Ausgangsposition nur unter deutlich erhöhten Risiken darstellbar wären,

so auch VG Köln, Beschluss vom 01.03.2024 - 21 L 2013/22 Rz. 117 (juris).

Insofern ist das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht bei der Durchsetzung von – für sich genommen – betriebswirtschaftlich und kaufmännisch vernünftiger Ziele grundsätzlich auf das mildeste, die wettbewerblichen Betätigungsmöglichkeiten Dritter am wenigsten beeinträchtigende Mittel beschränkt, das zum Erreichen seines erstrebten, legitimen Ziels noch gleich geeignet ist,

vgl. BGH, Urteil vom 22.09.1981 - KVR 8/80, NJW 1982, 46, 509; Immenga/Mestmäcker/Fuchs, Wettbewerbsrecht, 7. Auflage 2024, § 19 GWB, Rn. 119.

Das marktmächtige Unternehmen unterliegt insofern **strengeren Maßstäben**. Es muss also nicht nur die allgemeinen Regeln beachten, sondern ihm sind teilweise Verhaltensweisen untersagt, die von marktschwächeren Unternehmen praktiziert werden dürfen,

vgl. Immenga/Mestmäcker/Fuchs, 7. Auflage 2024, § 19 GWB Rn. 25.

Welche Maßnahmen dem marktmächtigen, im Leistungswettbewerb agierenden Unternehmen zur Verfügung stehen, bemisst sich vorrangig unter Berücksichtigung der Regulierungsziele und -grundsätze des TKG. Insofern können die Regulierungsziele – und hier insbesondere die Auswirkungen des wettbewerbsrelevanten Verhaltens im Leistungswettbewerb auf den **infrastrukturbasierten Wettbewerb oder auf die Konnektivitätsziele** – ein solches Gewicht erhalten, dass sie in einer **Gesamtabwägung** die berechtigten Interessen des marktmächtigen Unternehmens an der Wahrung der eigenen geschäftlichen Interessen und einer Geschäftsausübung im eigenen wirtschaftlichen Ermessen, überwiegen. In diesem Umfang muss das marktmächtige Unternehmen sein Verhalten danach ausrichten, bestmöglich zur Verwirklichung der Regulierungsziele beizutragen.

In diesem Zusammenhang bewertet die Beschlusskammer insbesondere die folgenden Aspekte:

- Ein leistungsorientiertes Verhalten kann gleichwohl als unbillig zu bewerten sein, wenn es einen **effektiven Infrastrukturwettbewerb** als Unterfall des chancengleichen Wettbewerbs im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG **gefährdet**: In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, ob der Ausbau des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht nicht nur potentielle Auswirkungen auf die wettbewerblichen Handlungsmöglichkeiten des alternativen Netzbetreibers hat, sondern zu objektiven Einschränkungen geführt hat, namentlich zu einer Umplanung, zu einem Absehen von einer Nachverdichtung oder sogar zu einem (Teil)Rückzug des Wettbewerbers.

Der **objektive Rückzug des Wettbewerbers** lässt jedoch nicht auf eine Unbilligkeit schließen, wenn dieser andere, vom Parallelausbau **unabhängige Gründe** hat, namentlich fehlende eigene Ausbaupkapazität, versagte Genehmigungen, Streitigkeiten mit der Gemeinde oder wirtschaftliche Schieflage, die nicht im Zusammenhang mit dem Verhalten des marktmächtigen Unternehmens steht.

Das marktmächtige Unternehmen selbst kann sich nicht zu seinen Gunsten auf den Infrastrukturwettbewerb berufen, denn in den hier in Rede stehenden Fällen können die parallelen Ausbautätigkeiten zu einer Stärkung seiner Marktmacht führen. **Es entsteht zwar mehr Infrastruktur, aber nicht mehr Wettbewerb.**

- Ein leistungsorientierter Ausbau kann sich unter Umständen auch dann als unbillig darstellen, wenn aufgrund objektiver Umstände absehbar ist, dass im Ergebnis **weniger Endkunden über einen FTTB/H-Anschluss verfügen** werden, als ohne den Ausbau und damit eine Duplizierung dem Konnektivitätsziel aus § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG widerspricht. In einer solchen Situation ist zu erwägen, ob dem marktmächtigen Unternehmen nicht zuzumuten ist, die von ihm fokussierten Endkunden über angemessene Vorleistungsprodukte des Wettbewerbers zu realisieren. Nach Überzeugung der Beschlusskammer geht die **Rücksichtnahmepflicht des marktmächtigen Unterneh-**

mens aber nicht so weit, dass es bei einer zufälligen Überschneidung der Planungen zu Gunsten des Wettbewerbers zurücktreten muss, wenn dieser einen angemessenen Zugang zu seinem Netz anbietet. Eine so weitgehende Verpflichtung würde das marktmächtige Unternehmen übermäßig in einem wirtschaftlichen VHCN-Ausbau bremsen.

- Insofern ist auch grundsätzlich zu prüfen, ob von dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu verlangen ist, eine **angebotene Mitverlegung oder ein passives bzw. aktives Vorleistungsangebot** vorrangig vor einer Duplizierung der bestehenden oder im Ausbau befindlichen Infrastruktur zu nutzen. Dies wird in der Regel **maßgeblich von den Umständen des Einzelfalls** abhängen.

2.3. Mögliche Regelungsbefugnisse im Falle eines Missbrauchs

§ 50 Abs. 4 TKG ermächtigt die Beschlusskammer zu einzelfallbezogenen Maßnahmen, insb. kann die Bundesnetzagentur das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu einem bestimmten Verhalten im jeweiligen Einzelfall verpflichten, diesem Unternehmen ein spezielles Verhalten untersagen oder Verträge ganz oder teilweise für unwirksam erklären.

Insofern zielen die Maßnahmen darauf ab, den Missbrauch zu beenden. Für einen erledigten Missbrauch lässt § 50 Abs. 4 TKG hingegen keine Maßnahmen zu, der Erlass einer Missbrauchsverfügung setzt voraus, dass das wettbewerbsschädigende Verhalten noch andauert oder die begründete Befürchtung weiterer Gesetzesverstöße besteht. Ziel der Norm ist es nicht, ein vergangenes Verhalten zu sanktionieren. Die Bundesnetzagentur soll in erster Linie ermächtigt werden, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um die missbräuchliche Ausnutzung einer marktmächtigen Stellung zu beenden.

vgl. zur Vorgängernorm VG Köln, Urt. v. 23.5.2012 – Az. 21 K 6642/10, Rn. 85 m.w.N; vgl. zum allgemeinen Wettbewerbsrecht auch BGH, Beschluss vom 14. August 2008 - KVR 54/07 Rn. 53.

Soweit § 32 Abs. 3 GWB dem Bundeskartellamt ausdrücklich ermöglicht, im Falle eines berechtigten Interesses eine Zuwiderhandlung festzustellen, nachdem diese beendet ist, ist eine entsprechende Übertragung in § 50 TKG nicht vorgenommen worden. Für eine planwidrige Regelungslücke erkennt die Beschlusskammer keine Anhaltspunkte. Auch der Meinungsstand in der Literatur deutet eher gegen eine Feststellungsbefugnis hin,

Geppert/Schütz, § 50 TKG, Rn. 148, 149; Gersdorf in Säcker/Körber, § 50 TKG Rn. 49.

Soweit das konkrete Verhalten Ausfluss eines generellen Musters ist, welches eine Wiederholung des Verhaltens erwarten lassen würde, liegt allerdings keine Erledigung des Missbrauchs vor.

Abstrakte Vorgaben zur Prävention eines potentiell missbräuchlichen Verhaltens kann die Beschlusskammer unter § 50 Abs. 4 TKG nicht auferlegen.

2.4. Weitere Erwägungen

Wie ausgeführt, muss die Bewertung des Doppelausbaus durch ein marktmächtiges Unternehmen immer anhand der gesamten Umstände beurteilt werden. Dabei ist die durch die Marktbeherrschung bedingte grundsätzliche Asymmetrie zwischen dem regulierten Netzbetreiber und seinen Infrastrukturwettbewerbern beim Glasfaserausbau zu berücksichtigen.

Folgende weitere Erwägungen sind für die Beschlusskammer relevant:

- Ein schneller und flächendeckender Glasfaser-Ausbau sowie die Nutzung der neuen Netze mit sehr hoher Kapazität ist ein wichtiges Regulierungsziel. Dieses Ziel kann auch das regulierte Unternehmen mit seinem Glasfaserausbau fördern. Deshalb ist das

von der Telekom angekündigte Ziel, etwa 60 % der HHUStO in Deutschland mit Glasfaseranschlüssen zu erschließen, indem jährlich etwa 2,5 Millionen HHUStO mit Glasfaser erschlossen werden, kein Indiz für eine missbräuchliche Strategie. Dass es beim Glasfaser-Ausbau zu Überschneidungen kommt, ist unter dem Aspekt der Geschwindigkeit des Gesamtausbaus zwar nicht günstig. Jedoch wird in vielen dichtbesiedelten Bereichen – z.B. dort wo parallel sowohl das VDSL-Netz als auch das HFC-Netz zu einem Glasfasernetz ausgebaut werden – der doppelte Ausbau nicht wettbewerbswidrig sein.

- Zu beachten ist aber, dass die marktbeherrschende Stellung der Telekom einerseits auf dem fast flächendeckenden Kupfernetz und andererseits den sehr hohen Endkunden- und Wholesale-Marktanteilen beruht. Daraus folgt sowohl ein **Vermarktungsvorteil** gegenüber den Wettbewerbern als auch ein **geringeres Erfordernis**, die neu errichteten Glasfaseranschlüsse **schnell auszulasten**, weil sie in der Regel stattdessen auch über das Bestandsnetz Umsätze erlässt. Hinzu kommt, dass sie wegen des – grundsätzlich positiv zu bewertenden – großen Umfangs ihres Glasfaserausbaus die Möglichkeit hat, kurzfristig Ressourcen zu verschieben und so sehr schnell nicht nur mit Ausbauankündigungen, sondern auch mit einem konkreten Ausbau auf Wettbewerber reagieren kann.
- Kritisch zu betrachten sind die Fälle, in denen ein Wettbewerber ein konkretes Ausbauprojekt startet, bevor die Telekom wenigstens in wesentlichen Teilen des Gebiets selber ein Ausbauprojekt beginnt und es Hinweise dafür gibt, dass sie in Reaktion auf die Aktivitäten des Wettbewerbers den eigenen Konkurrenzausbau vorzieht. Ein längerer **Vermarktungs- und Ausbauvorsprung des Wettbewerbers** ist ein Indiz für einen Leistungswettbewerb.
- Es sind Fälle denkbar, in denen die Reaktion der Telekom auf eine erfolgreiche Auslastung eines ausgebauten Wettbewerbernetzes sich als Leistungswettbewerb erweist. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Erfolg des Wettbewerbers nicht auf einem Preis sondern auf einem Leistungswettbewerb beruht, z.B. wenn die erfolgreiche Auslastung des Wettbewerbernetzes auf der **verhältnismäßig geringen Leistungsfähigkeit des DSL-Netzes** der Telekom beruht.
- Alleine aus dem Umstand, dass in einem Ausbaugbiet eines Wettbewerbers die Telekom schon über einen **geringen Anteil an Glasfaseranschlüssen** verfügt, folgt nicht zwingend, dass die Telekom einen weiteren Ausbau in dem Gebiet geplant hat. Allerdings werden sowohl diese verlegten Glasfasern als auch die zu Multifunktionsgehäusen für die FTTC-Anschlüsse verlegten Glasfasern die Erschließungskosten der Telekom senken.
- Die Telekom ist wegen ihrer marktbeherrschenden Stellung zur **Rücksichtnahme** verpflichtet. Gerade bei einem strittigen Fall des Nachbaus oder Parallelausbaus ist die Beschlusskammer zur Bewertung der Unbilligkeit auf die Mitwirkung des betroffenen Wettbewerbers angewiesen. Für die Angemessenheit der Zugangsangebote sind sowohl der Zeitpunkt als auch die konkreten Bedingungen relevant. Größere Wettbewerber sollten erwägen, ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen für ihr Zugangsangebot zu veröffentlichen.
- Die Bewertung des konkreten Ausbauverhaltens der Telekom und der mit ihr zusammengeschlossenen Unternehmen wird durch die im Zusammenhang mit deren Zugangsgewährung geregelten **Informationspflichten über den Glasfaser-Ausbau** (Massenverfügbarkeitsdaten) erleichtert.

3. Fallstudien

Die Beschlusskammer hat die ihr von der Monitoringstelle übergebenen Fälle nach den unter 2. dargestellten Kriterien im Einzelnen bewertet. Nachdem keiner der Fälle als Nachbau einer bestehenden Infrastruktur einzustufen war, hat die Beschlusskammer die Monitoringstelle außerdem gebeten, ihr einen Fall auszuwählen, der eine Fallstudie auch zu diesem Bereich zulässt.

3.1. Aufbereitung der Sachverhalte

Im Weiteren hat die Beschlusskammer umfangreiche Auskunftersuchen an das jeweils betroffene marktmächtige Unternehmen (Telekom und Glasfaser Plus GmbH), die jeweils betroffenen Wettbewerber und die entsprechenden Gebietskörperschaften übersendet und ausgewertet. Soweit erforderlich wurden weitere Detailfragen innerhalb der einzelnen Fallstudien erörtert.

Ziel war es dabei auch, auf der Basis umfassender aufbereiteter Sachverhalte bewerten zu können, ob ein Anfangsverdacht für einen Verstoß gegen § 50 TKG besteht. Im Zuge dieser Vorermittlungen wurde von einigen der angehörten Wettbewerbsunternehmen deren Zulässigkeit in Frage gestellt. Nach Ansicht der Unternehmen müsse immer unmittelbar ein Verfahren nach § 50 TKG eingeleitet werden, innerhalb dessen das Vorliegen eines Missbrauchs erst zu prüfen sei. Die Beschlusskammer vertritt die Auffassung, dass es – grundsätzlich, aber auch konkret im Zusammenhang mit der Doppelausbaudebatte – in ihrem Ermessen steht, bis zu welchem Zeitpunkt sie Vorermittlungen durchführt. Denn der Gesetzgeber hat mit § 50 Abs. 3 TKG die Einleitung eines Missbrauchsverfahrens an das Vorliegen eines Anfangsverdachts und nicht mehr auch an den Antrag eines Wettbewerbers geknüpft. Ein Anfangsverdacht liegt dabei immer dann vor, wenn nach regulatorischer Erfahrung auf Basis der zur Verfügung stehenden Informationen ein Missbrauch jedenfalls möglich erscheint.

Es ist also Aufgabe der Bundesnetzagentur, im Rahmen von Vorermittlungen zu bewerten, ob die ihr vorliegende Tatsachengrundlage die Annahme eines Missbrauchs gemäß § 50 Abs. 1 TKG rechtfertigt oder nicht. Die Tiefe der in diesem frühen Stadium zu tätigen Ermittlungen hängt vom Einzelfall ab und steht im Ermessen der Bundesnetzagentur. Sie kann die zu betrachtende Tatsachenbasis durch Rückfragen bei eventuellen Beschwerdeführern oder dem marktmächtigen Unternehmen verifizieren und evtl. ergänzen. Ohne diese erste Ermittlungs- und Bewertungsstufe, könnte eine unsubstantiierte Bekanntmachung von Tatsachen zu einer verfrühten und daher zu vermeidenden Verfahrenseröffnung im Hinblick auf ein tatsächlich nicht als missbräuchlich einzustufendes Verhalten führen. Die dadurch entstehende Prangerwirkung ist dabei mit zu berücksichtigen.

Umgekehrt könnte ohne diese Ermittlungsphase aber auch ein tatsächlich bestehender Missbrauch aufgrund zu lückenhafter Tatsachengrundlage, die für eine Verfahrenseröffnung nicht ausreichen würde, ungeahndet bleiben.

3.2. Ergebnis der Fallstudien

Die Beschlusskammer hat die Sachverhalte in den übergebenen Fallstudien soweit aufbereitet, dass ihr eine valide Einschätzung möglich ist, ob in den jeweiligen Fällen ein Anfangsverdacht und damit Anlass für die Einleitung eines Missbrauchsverfahrens besteht. In diesem Zusammenhang ist sie zu den folgenden Einschätzungen gelangt:

3.2.1. Fallstudie zum Nachbau

In dem von der Monitoringstelle nachgelieferten Fall eines Nachbaus konnte die Beschlusskammer keine Anhaltspunkte erkennen, die die Einleitung eines Missbrauchsverfahrens fordern würden.

Der betreffende **Fall 1** war der Monitoringstelle ursprünglich von der Gebietskörperschaft gemeldet worden. Gegenstand der Beschwerde war die Ankündigung eines marktmächtigen Unternehmens, ein Neubaugebiet im Gemeindegebiet zu erschließen, welches bereits abschließend von einem Wettbewerbsunternehmen ausgebaut worden war.

Auf die Aufforderung durch die Beschlusskammer an die Gemeinde, den Missbrauchsvorwurf weiter zu erläutern, hat diese nicht reagiert. Nach dem öffentlich verfügbaren Endkundenangebot des marktmächtigen Unternehmens stellt sich die Situation dergestalt dar, dass es von seiner Ausbaubeschließung Abstand genommen hat und in dem fraglichen Gebiet glasfaserbasierte Endkundenprodukte weder anbietet noch in Aussicht stellt.

3.2.2. Fallstudien zum Parallelausbau

Im Zusammenhang mit dem Parallelausbau hat die Beschlusskammer Fall 2 bis Fall 5 bewertet:

In **Fall 2** baut ein marktmächtiges Unternehmen ein Glasfasernetz in Teilen einer kreisfreien Stadt aus, in dem auch ein Wettbewerber einen Ausbau angekündigt hat und hierzu eine Kooperationsvereinbarung mit der betroffenen Stadt eingegangen ist. Der Wettbewerber hat sich bereits vor Ankündigung und Beginn des Ausbaus durch das marktmächtige Unternehmen aus einem Teilgebiet seines ursprünglichen Ausbaugesbietes zurückgezogen. Den Ausbau im überlappenden Innenstadtbereich hat er bislang nicht terminiert und erwägt auch hier einen Rückzug.

Nach den der Beschlusskammer vorliegenden Unterlagen deutet nichts darauf hin, dass Ausbaubeschließung und -beginn eine gezielte Reaktion des marktmächtigen Unternehmens darstellte, um den Wettbewerber von der Errichtung eines Glasfasernetzes abzuhalten. Vielmehr hatte die betroffene Gemeinde nach der Ausbaubeschließung des Wettbewerbers für dasselbe Ausbaugesbiet ein weiteres Markterkundungsverfahren gestartet. Hierauf hat das marktmächtige Unternehmen reagiert. Der Ausbau weist nicht darauf hin, dass es mit Blick auf den parallelen Ausbau des Wettbewerbers eine beschleunigte Planung hätte.

In **Fall 3** baut ein marktmächtiges Unternehmen parallel zu einem Wettbewerber eine mittelgroße Stadt aus. Der Wettbewerber hat vorgetragen, dass er aufgrund des Vermarktungsstartes des marktmächtigen Unternehmens seinen eigenen Ausbau nicht mehr vollumfänglich durchführen könne. Er hat sein Ausbaugesbiet teilweise reduziert.

Die Beschlusskammer hat in diesem Fall untersucht, ob Anhaltspunkte darauf hindeuten, dass das marktmächtige Unternehmen den konkurrierenden Netzausbauer durch eine gezielte Reaktion von der Errichtung eines Glasfasernetzes abhalten wollte, konnte aber keine entsprechenden Indizien erkennen. Vielmehr sprechen die von dem marktmächtigen Unternehmen vorgelegten Planungsunterlagen dafür, dass der Ausbau intern schon deutlich vor der öffentlichen Ausbaubeschließung des Wettbewerbers vorbereitet worden war und sich als generische Entwicklung des konkret bestehenden Netzes erweist. Im Übrigen war in diesem Fall zu berücksichtigen, dass sich die Vorvermarktung des Wettbewerbers und der Vermarktungsstart des marktmächtigen Unternehmens nur wenige Tage überlagerten und der Vermarktungszeitraum des Wettbewerbers bereits einmal erfolglos geblieben und verlängert worden war, bevor die Ausbaubeschließung des marktmächtigen Unternehmens verkündet worden ist.

In **Fall 4** und **Fall 5** handelt es sich jeweils um einen Parallelausbau eines marktmächtigen Unternehmens überwiegend ländlichen Gemeinden. Die jeweils betroffenen Wettbewerber haben in Reaktion auf den Ausbau keine Anpassungen an ihrem Ausbaugesbiet vorgenommen. Während der eine Wettbewerber das Vorgehen des marktmächtigen Unternehmens stark kritisiert, hat sich der andere Wettbewerber im Rahmen der Vorermittlungen nicht geäußert.

Die Untersuchung der Beschlusskammer, ob Anhaltspunkte darauf hindeuten, dass das marktmächtige Unternehmen den konkurrierenden Netzausbauer durch eine gezielte Reaktion von

der Errichtung eines Glasfasernetzes abhalten wollte, hat keine entsprechenden Indizien erkennen lassen. Stattdessen reicht die Ausbauplanung des marktmächtigen Unternehmens zeitlich weit zurück und wurde bereits den jeweils betroffenen Gemeinden zu einem Zeitpunkt mitgeteilt, bevor die Ausbauabsicht des Wettbewerbers erkennbar war.

3.2.3. Fallstudien zur Ausbauankündigung

Im Zusammenhang mit der Ausbauankündigung hat die Beschlusskammer zwei Fälle bezogen auf ein Verhalten eines marktmächtigen Unternehmens untersucht – nachfolgend Fall 6 und Fall 7.

In **Fall 6** geht es um die Ankündigung eines marktmächtigen Unternehmens, in einem vergleichsweise kleineren Ortsnetz ein FTTB/H-Netz ausbauen zu wollen. Dabei hat es seine Ausbauabsicht zeitlich nach einer räumlich mindestens vergleichbaren Ausbauabsicht eines Wettbewerbers veröffentlicht, der daraufhin von seiner Ausbauabsicht vollständig Abstand genommen hat.

Die Beschlusskammer hat auch in diesem Fall untersucht, ob Anhaltspunkte darauf hindeuten, dass das marktmächtige Unternehmen den konkurrierenden Netzausbauer durch eine gezielte Reaktion von der Errichtung eines Glasfasernetzes abhalten wollte, konnte aber keine entsprechenden Indizien erkennen. Vielmehr sprechen die von dem marktmächtigen Unternehmen vorgelegten Planungsunterlagen dafür, dass der Ausbau intern schon deutlich vor der öffentlichen Ausbauankündigung des Wettbewerbers vorbereitet worden war und sich als generische Entwicklung des konkret bestehenden Netzes erweist.

In **Fall 7** hat ein marktmächtiges Unternehmen seine eigene Ausbauabsicht in einem teils städtisch stark verdichteten Gebiet zeitlich nach einer – flächendeckenden – Ausbauankündigung des Wettbewerbers veröffentlicht. Der Wettbewerber hat in der zeitlichen Abfolge kleine Veränderungen an seinem Ausbaugebiet vorgenommen, diese aber gegenüber der Monitoringstelle ausdrücklich nicht in Zusammenhang mit der Ankündigung des marktmächtigen Unternehmens gebracht. Dies ist angesichts einer bereits an verschiedenen Stellen in dem Gebiet bestehenden VHCN-Infrastruktur unterschiedlicher Netzbetreiber nicht unplausibel. Der Beschlusskammer gegenüber hat der Wettbewerber trotz der Bitte um weitere Sachverhaltserläuterung im Übrigen keine weiteren Angaben gemacht.

Die Ausbauplanung des marktmächtigen Unternehmens erweist sich aus den überlassenen Unterlagen als eine von der Ausbauentcheidung des Wettbewerbers unabhängig getroffenen Entscheidung, die keine Hinweise darauf zulässt, dass die Entscheidung des marktmächtigen Unternehmens, in dem betroffenen Gebiet auszubauen, eine gezielte Reaktion auf die Ankündigung des Wettbewerbers ist.

Allerdings konnten Hinweise auf eine gezielte Reaktion in der weiteren Ausbauplanung und -durchführung des marktmächtigen Unternehmens identifiziert werden. Denn das marktmächtige Unternehmen hat ausweislich den der Beschlusskammer vorliegenden Unterlagen auf den Start der Endkundenansprache des Wettbewerbers dadurch reagiert, dass es seine eigene Endkundenvermarktung vorgezogen hat und so einen zeitlichen Gleichlauf hergestellt hat. In diesem Zusammenhang hat es zudem den Eindruck erweckt, der Ausbau würde zeitnah starten. Demgegenüber hatte das marktmächtige Unternehmen im Vorfeld der Gemeinde einen späteren Ausbaubeginn angekündigt, der innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren in drei Abschnitten erfolgen sollte. Der Ausbau ist bisher noch nicht gestartet. Das marktmächtige Unternehmen hat lediglich einige straßen- und wegerechtliche Genehmigungen beantragt.

Damit wäre nach Auffassung der Beschlusskammer in Fall 7 grundsätzlich die Einleitung eines Missbrauchsverfahrens gerechtfertigt gewesen. Im Zuge ihrer Ermittlungen hat sie jedoch festgestellt, dass das marktmächtige Unternehmen die kritische Endkundeninformation zwischenzeitlich korrigiert hatte, so dass keine gegenwärtige Beeinträchtigung der Handlungsmöglichkeiten eines Wettbewerbers mehr vorliegt, die ein Eingreifen der Beschlusskammer erfordern

würde. Das marktmächtige Unternehmen hat darüber hinaus einen Vertrag mit einem Bauunternehmen über die durchzuführenden Tiefbauarbeiten vorgelegt, was auf eine zeitnahe tatsächliche Realisierungsabsicht schließen lässt.

Die Beschlusskammer hat keine Hinweise darauf, dass das Verhalten des marktmächtigen Unternehmens in Fall 7 ein systematisches Vorgehen darstellen würde. So konnten jedenfalls in den Fällen 1 bis 6 keine Anhaltspunkte für ein vergleichbares Verhalten identifiziert werden. Nach Auskunft der Monitoringstelle ermöglichen es die ihr gegenüber gemachten Schilderungen oder auch Informationen aus öffentlich verfügbaren Quellen prinzipiell nicht, mögliche Abweichungen gegenüber internen Telekom-Planungen festzustellen.

Die Beschlusskammer hat das marktmächtige Unternehmen auf das Ergebnis ihrer Fallstudie 7 hingewiesen und aufgefordert, ein solches kritisches Verhalten nicht mehr zu wiederholen.

4. Einordnung der Erkenntnisse aus den Fallstudien in die Gesamtdebatte

Die Fallstudien der Beschlusskammer haben keine Hinweise ergeben, die abweichend von den Erkenntnissen der Monitoringstelle auf ein systematisches und missbräuchliches Verhalten der Telekom hindeuten.

Im Rahmen ihrer Übersendung hat die Fachabteilung die Beschlusskammer weiterhin auf ein Vorgehen der italienischen Behörde AGCOM auf der Basis von Art. 102 AEUV im Zusammenhang mit einem systematischen missbräuchlichen Verhalten der Telecom Italia hingewiesen⁶.

Nach Erarbeitung allgemeiner rechtlicher Kriterien zur Bewertung konkreter Fälle der Doppelausbau thematik sowie der Auswertung der von der Monitoringstelle übergebenen Fallstudien, kommt die Beschlusskammer zu dem Ergebnis, dass der AGCOM-Fall keine weiteren Erkenntnisse für die hier in Rede stehende Debatte bringt. Denn er weist inhaltlich kaum Überschneidungspunkte mit der vorliegenden Frage auf, unter welchen Umständen die Duplizierung von Glasfaserzugangsnetzen ein Missbrauch von Marktmacht sein kann. Stattdessen hat er deutlich andere Schwerpunkte, namentlich die Behinderung von Ausschreibungsverfahren, missbräuchliche Entgeltmaßnahmen sowie die gezielte Schädigung eines Wettbewerbers. Insofern war eine weitere Befassung mit dieser Entscheidung nicht fruchtbringend für die abstrakte Einordnung der Doppelausbau problematik und mit Blick auf die gesetzlichen Kriterien des § 50 TKG nicht zielführend. Da die von AGCOM wahrgenommenen Ermittlungsbefugnisse grundsätzlich auch der Bundesnetzagentur im Zusammenhang mit § 203 ff TKG zustehen, folgt aus dem referenzierten Fall auch kein prozessualer Erkenntnisgewinn.

5. Gesamtergebnis

Die Beschlusskammer hat festgestellt, dass die überlassenen Fälle keine Anhaltspunkte für ein systematisch missbräuchliches Verhalten der Telekom und der GlasfaserPlus nahelegen, gleichwohl aber im Einzelfall die Besorgnis auf ein reaktives, die Handlungsmöglichkeiten des jeweiligen Wettbewerbers unbillig beeinträchtigendes Verhalten nicht völlig auszuschließen ist.

Insofern wird die Beschlusskammer – weiterhin – für konkrete Missbrauchsvorwürfe der Marktteilnehmer im Rahmen ihrer Zuständigkeit direkter Ansprechpartner sein und entsprechende Beschwerden im Einzelfall anhand der unter 2. geschilderten Kriterien bewerten.

Die Beschlusskammer geht davon aus, dass die Veröffentlichung der Kriterien in diesem Bericht den Marktteilnehmern als Leitlinien dienen können, um für sich zu bewerten, unter welchen Umständen im konkreten Fall ein Missbrauch denkbar sein könnte und dass betroffene Unternehmen darauf aufbauend nunmehr in der Lage sein werden, einen konkreten Vorwurf – so er denn im Einzelfall besteht – auch verfahrensgerecht vorzutragen.

⁶ ACGOM, Entscheidung A514 vom 25.02.2020 – Condotte Fibra Telecom Italia (Cassiopea)