

ternehmen (mit oder ohne Beteiligung der Deutschen Telekom AG, DTAG) ab. Bei der Art der möglichen Wettbewerbsbeschränkungen ist zwischen Beschränkungen des Infrastrukturwettbewerbs und sonstigen Wettbewerbsbeschränkungen zu unterscheiden.

- FTTx-Breitbandausbaukooperationen können eine **Beschränkung des Infrastrukturwettbewerbs** bezwecken oder bewirken. Infrastrukturwettbewerb ist in den Breitbandmärkten eine wesentliche Grundlage für alle Wettbewerbsparameter wie Preise und Qualität, Service und Vielfalt der angebotenen Dienstleistungen. Beschränkungen des Infrastrukturwettbewerbs wirken sich deshalb konkret auf diese Wettbewerbsparameter in allen betroffenen Märkten aus.
- Infrastrukturwettbewerb ist bei der leitungsgebundenen Telekommunikation **effizienter Wettbewerb**. Der Aufbau und Betrieb paralleler Leitungen und Infrastruktur ist nur dann volkswirtschaftlich ineffizient, wenn und soweit die Infrastruktur nicht duplizierbar ist. Ein Breitbandnetz besteht aus verschiedenen Netzwertschöpfungsstufen, die zumindest bis zur Teilnehmeranschlussleitung weitgehend duplizierbar sind. Dabei tragen die Netzaufbauparameter wesentlich zu den Wettbewerbsmöglichkeiten der Unternehmen bei.
- Vereinbarungen zum **komplementären Netzausbau**, bei dem jeder Beteiligte nur einen Teil des Kooperationsgebiets ausbaut, sind keine unzulässigen Hardcore-Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne einer Gebietsabsprache, wenn der gegenseitige Netzzugang sichergestellt ist. Sie stellen aber möglicherweise eine Beschränkung des Infrastrukturwettbewerbs zwischen den Beteiligten dar, wenn für die aufgeteilten Ausbaugelände wechselseitig infrastrukturbasierte Angebote in Bitstrom-Wettbewerb umgewandelt werden. Zudem könnten Kooperationen zum komplementären Netzausbau unter Beteiligung der DTAG indirekt dazu beitragen, dass sich die Zugangsmöglichkeiten Dritter zum Netz der DTAG verschlechtern.
- Bei Kooperationen mit **parallelem Netzausbau** liegt sehr wahrscheinlich keine Beschränkung des Infrastrukturwettbewerbs zwischen den Beteiligten vor, da nur einige Infrastrukturelemente gemeinsam genutzt werden. Auch hier kann jedoch die Kooperation indirekt zur Verschlechterung der Zugangsmöglichkeiten Dritter zum DTAG-Netz beitragen. Diesem Umstand kann gegebenenfalls mit geeigneten Zusagen Rechnung getragen werden.
- Kooperationen zum Breitbandausbau können zu weiteren Wettbewerbsbeschränkungen gegenüber Dritten führen, insbesondere wenn die Vereinbarungen **Preise und/oder Konditionen für Zugangsprodukte** für Dritte beinhalten. Vereinbarungen über Preise und/oder Konditionen für (Bitstrom-) Zu-

gangsprodukte für Dritte stellen nicht freistellungsfähige Hardcore-Wettbewerbsbeschränkungen dar.

- Kooperationen zum Breitbandausbau können nach § 2 GWB, Art. 101 Abs. 3 AEUV vom Kartellverbot **freigestellt** sein, auch wenn sie Wettbewerbsbeschränkungen enthalten. Das Vorliegen der Freistellungsvoraussetzungen muss von den beteiligten Unternehmen nachgewiesen werden.
- Eine durch FTTx-Kooperationen verbesserte Breitbandversorgung mit Bandbreiten von 50 Mbit/s oder mehr stellt in der Regel eine **Verbesserung der Warenerzeugung** oder –verteilung im Sinne von § 2 GWB, Art. 101 Abs. 3 AEUV dar. Daran würden die **Verbraucher angemessen beteiligt**, wenn die Vorteile die tatsächlichen oder voraussichtlichen negativen Auswirkungen der Wettbewerbsbeschränkung(en) mindestens ausgleichen. Die **Unerlässlichkeit** der Beschränkungen kann bejaht werden, wenn nachgewiesen wird, dass ohne eine Kooperation ein FTTx-Breitbandausbau in dem betroffenen Gebiet nicht stattfinden wird oder der Umfang der Ausbauaktivitäten ohne eine Kooperation erheblich geringer wäre.
- Eine Versorgung der Bevölkerung mit Breitbandanschlüssen über 50 Mbit/s ist allerdings nicht uneingeschränkt auf Kosten des Wettbewerbs zulässig. Der Nachweis, dass der **Wettbewerb für die betreffenden Dienstleistungen nicht ausgeschaltet** wird, dürfte bei Kooperationen ohne Beteiligung der DTAG leicht fallen. Auch bei Beteiligung der DTAG ist der Nachweis dieser Freistellungsvoraussetzung nicht ausgeschlossen, bedarf aber einer genaueren Prüfung.
- Für alle Freistellungsvoraussetzungen gilt, dass von den Unternehmen **konkrete und nachvollziehbare Nachweise** geführt werden müssen. Zur Erfüllung der Freistellungsvoraussetzungen könnte es gegebenenfalls nötig sein, **Verpflichtungszusagen** der Beteiligten entgegenzunehmen.
- Vertragspartner von nach § 2 GWB freigestellten Kooperationen sind Normadressaten des **Behinderungs- und Diskriminierungsverbotes** nach § 20 GWB.
- Falls – insbesondere bei Gründung von Gemeinschaftsunternehmen – eine fusionskontrollrechtliche Prüfung einer Kooperation notwendig ist, gelten die üblichen Beurteilungsmaßstäbe der **Fusionskontrolle**. Angesichts der geringen Anforderungen, die nach deutschem Fusionskontrollrecht an die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung gestellt werden, wäre hier eine Beteiligung der auf einer Reihe von Märkten marktbeherrschenden DTAG problematisch.

1. Einleitung

- 1 Der Ausbau der Breitbandnetze in Deutschland hat im vergangenen Jahr einen breiten Raum in der politischen Diskussion eingenommen. Denn leistungsfähige Breitbandnetze bilden eine wesentliche Grundlage für wirtschaftliches Wachstum und technologische Entwicklung. Daher haben sich sowohl die Bundesregierung als auch die Europäische Kommission im Jahr 2009 mit Maßnahmen zur Förderung des Ausbaus breitbandiger Telekommunikationsinfrastruktur beschäftigt.
- 2 Im Februar 2009 hat die **Bundesregierung** eine „Breitbandstrategie“ mit dem Titel „Kräfte bündeln für Deutschlands Zukunft: Wege zu einem schnellen Internet-Zugang bis in jedes Haus“ veröffentlicht.¹ Ziel der Breitbandstrategie ist es, dass bis Ende 2010 flächendeckend leistungsfähige Breitbandanschlüsse und bis 2014 für 75% der Haushalte Anschlüsse mit Übertragungsraten von mindestens 50 MBit/s verfügbar sind. Zur Erreichung dieser Ziele sieht die Bundesregierung eine „Vier-Säulen-Strategie“ vor:
- 3 Die erste Säule betrifft die *Nutzung von Synergien beim Infrastrukturausbau*. Die Bundesregierung will erreichen, dass bestehende Infrastrukturen (insbesondere der öffentlichen Hand) für den Breitbandausbau (mit-)genutzt werden. Die zweite Säule der Breitbandstrategie sieht eine *unterstützende Frequenzpolitik* vor, vor allem durch die Flexibilisierung der Frequenznutzung bereits vergebener Frequenzen und die Vergabe weiterer Frequenzressourcen. Im Rahmen der dritten Säule *Finanzielle Förderung* sollen Maßnahmen zum Breitbandausbau durch verschiedene Programme des Bundes und der Länder finanziell gefördert werden.
- 4 Die vierte Säule *Wachstums- und innovationsorientierte Regulierung* betrifft hauptsächlich die Regulierung der Telekommunikationsmärkte durch die Bundesnetzagentur (BNetzA) nach dem Telekommunikationsgesetz (TKG), die so erfolgen soll, dass sie Anreize für Investitionen in die Breitbandnetze schafft. Auch das Bundeskartellamt (BKartA) ist angesprochen, da Kooperationen zwischen Telekommunikationsunternehmen in der Regel kartellrechtlich zu prüfen sein werden. Beide Behörden werden aufgerufen, die „grundlegenden regulatorischen und wettbewerbsrechtlichen Fragestellungen unverzüglich nach Vorlage entsprechender Unterlagen mit den Betroffenen zu klären“. Darüber hinaus sollen – soweit möglich – Positionen bzw. Überlegungen verallgemeinert werden, die dann für weitere Kooperationen Klarheit schaffen sollen.

¹ Breitbandstrategie der Bundesregierung, Februar 2009, <http://www.bmwi.de/Dateien/BBA/PDF/breitbandstrategie-der-bundesregierung.property=pdf.bereich=bmwi.sprache=de.rwb=true.pdf>

- 5 Im September 2009 hat die **Europäische Kommission** in den „Leitlinien der Gemeinschaft für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau“ bekanntgegeben, wie sie die europäischen Beihilfenvorschriften im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau anwenden will.² Sie macht dabei deutlich, dass Maßnahmen zur Förderung der Breitbandabdeckung in ländlichen und diesbezüglich unterversorgten Gebieten unterstützt werden sollen. Dabei unterscheidet sie nach „weißen“, „grauen“ und „schwarzen“ Flecken. „Weiße Flecken“ sind Gebiete, in denen noch gar kein Breitbandnetz zur Breitbandgrundversorgung vorhanden ist. Unter „grauen Flecken“ versteht die Kommission Gebiete, in denen nur ein Breitbandgrundversorgungsnetz zur Verfügung steht und unter „schwarzen Flecken“ Gebiete mit mehreren konkurrierenden Netzen (d.h. funktionierendem Infrastrukturwettbewerb). Beihilfen, die den Netzausbau in „weißen Flecken“ betreffen, würden in der Regel gebilligt, Beihilfen, die einen (weiteren) Ausbau in „schwarzen Flecken“ betreffen, dagegen in der Regel kritisch beurteilt. Bei „grauen Flecken“ hält die Kommission eine Einzelfallprüfung für notwendig. Im Entwurf einer Kommissionsempfehlung zum regulierten Zugang zu Next Generation Access Networks (NGA)³ setzt sich die Kommission mit voraussichtlich notwendigen Änderungen der Regulierungspraxis in Bezug auf den Zugang zu Netzinfrastrukturen und den IP-Bitstrom auseinander. Hauptzielrichtung der Kommission ist es, Möglichkeiten aufzuzeigen, wie die Kosten für den Glasfaserausbau in vertretbarem Rahmen gehalten werden können und gleichzeitig der Wettbewerb auf den betroffenen Märkten gesichert werden kann.
- 6 Die **BNetzA** hat zur Umsetzung der Breitbandstrategie der Bundesregierung „Eckpunkte über die regulatorischen Rahmenbedingungen für die Weiterentwicklung moderner Telekommunikationsnetze und die Schaffung einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur“ erarbeitet.⁴ Die BNetzA spricht sich in ihren Eckpunkten für geeignete und wettbewerbskonforme Kooperationen zum Infrastruktur-Sharing aus, insbesondere wenn sie zu Open Access-Modellen führen. Die Zugangs- und Entgeltregulierung soll so gestaltet werden, dass sie die Investitions- und Innovationskraft der beteiligten Unternehmen sichert. Der Ausbau von Next Generation Access-(NGA-)Netzen soll u.a. durch geeignete Zugangsprodukte auf der Vorleistungsebene gefördert werden. Da beim Ausbau

² „Leitlinien der Gemeinschaft für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau“, ABI. C 235 vom 30.09.2009, S. 7ff.

³ Vgl. http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecommm/doc/library/public_consult/nga/dr_recomm_nga.pdf

⁴ Konsultationsentwurf vom 13. Mai 2009, vgl. http://www.bundesnetzagentur.de/enid/96de8be1a8e61125db84a1ae0345bf64,0/Regulierung_Telekommunikation/Next_Generation_Access_NGA_5n6.html

von FTTx⁵-Netzen mittel- bis langfristig mit einem HVt⁶-Abbau zu rechnen ist, müssten die Vorleistungsprodukte zudem so beschaffen sein, dass auch im Rahmen der NGA-Migration mindestens das derzeit erreichte Niveau infrastrukturenbasierten Wettbewerbs möglich bleibt. Im Rahmen der Entgeltregulierung will die BNetzA neben der Sicherstellung eines nachhaltigen und chancengleichen Wettbewerbs das Ziel der Förderung effizienter Investitionen sowie der Unterstützung von Innovationen berücksichtigen. Die BNetzA legt des Weiteren in ihren Eckpunkten großen Wert auf Rechts- und Planungssicherheit.

- 7 Die **Monopolkommission** setzt sich in ihrem Sondergutachten „Telekommunikation 2009: Klaren Wettbewerbskurs halten“ ebenfalls mit Strategien zur Förderung hochleistungsfähiger Breitbandnetze auseinander⁷. Sie ist der Auffassung, dass Kooperationen beim Ausbau der Breitbandnetze die Finanzierung der Investitionen erleichtern, Investitionskosten reduzieren können und dazu beitragen, eine ineffiziente Duplizierung von Netzen oder Netzelementen zu vermeiden. Die Auswirkungen solcher Kooperationen auf den Wettbewerb beurteilt die Monopolkommission jedoch relativ kritisch, insbesondere wenn die Kooperationen die Aufteilung von Netzausbaugebieten beinhalten. Für kartellrechtlich unproblematisch hält sie (nur) die gemeinsame Nutzung von Infrastrukturelementen wie Leerrohren und Multifunktionsgehäusen. Zudem seien Kooperationen unter Beteiligung der DTAG kritischer zu beurteilen als Kooperationen ohne Beteiligung der DTAG.
- 8 Das **BKartA** hat zu den Eckpunkten der BNetzA Stellung genommen und u.a. darauf hingewiesen, dass Kooperationen von Telekommunikationsunternehmen, wie sie in den Eckpunkten angesprochen werden, in der Regel dem Wettbewerbsrecht unterliegen und nach den Maßstäben des deutschen und europäischen Kartellrechts geprüft werden müssen.⁸
- 9 Die vorliegenden „Hinweise zur wettbewerbsrechtlichen Bewertung von Kooperationen beim Glasfaserausbau in Deutschland“ des BKartA fassen nunmehr die Überlegungen bei der Prüfung von Breitbandkooperationen aus Sicht des allgemeinen Wettbewerbsrechts zusammen und sollen kooperationswilligen Unternehmen eine Orientierung bei der kartellrechtlichen Beurteilung ihrer Kooperationspläne bieten.

⁵ Hiermit sind die verschiedenen Glasfaserausbauvarianten gemeint: Fibre to the Curb – FTTC, Fibre to the Building – FTTB sowie Fibre to the Home – FTTH; vgl. im Einzelnen unten Abschnitt II.2.

⁶ Der HVt ist der Hauptverteiler, an dem derzeit die Kollokation der Wettbewerber für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung stattfindet.

⁷ http://www.monopolkommission.de/sg_56/s56_volltext.pdf, Ziffer 199ff.

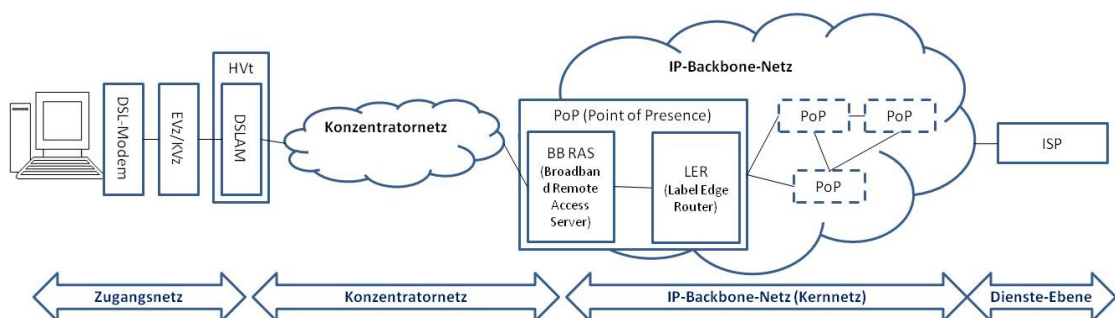
⁸ Vgl. im Einzelnen <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/16708.pdf>

II. Sachverhalt

- 10 Die vorliegenden Hinweise beziehen sich in erster Linie auf FTTx-Ausbaukooperationen auf Grundlage der DSL-Technologie, da sämtliche dem BKartA bis zum Zeitpunkt der Veröffentlichung dieser Hinweise bekannten Kooperationsprojekte den FTTx-Ausbau auf Basis der DSL-Technologie gewählt haben. Es wird dabei darauf hingewiesen, dass der Ausbau leistungsfähiger breitbandiger Telekommunikationsinfrastrukturen und die Erreichung der Bandbreitenziele wie sie in der Breitbandstrategie der Bundesregierung vorgesehen sind, grundsätzlich auch mittels vieler weiterer technischer Prinzipien (Funk, Mobilfunk, Koaxialkabelinfrastrukturen, Satellitenübertragung usw.) realisiert werden können. Auch bei diesen Technologien kann es zu Ausbaukooperationen kommen. Aufgrund der technischen Unterschiede, die bei der Gestaltung der Kooperationen eine wesentliche Rolle spielen, sind die vorliegenden Hinweise jedoch nur eingeschränkt auf Kooperationen zum Netzausbau auf Grundlage anderer Technologien übertragbar.

1. Technische Grundlagen ADSL

- 11 Für die Realisierung von breitbandigen ADSL-Anschlüssen können die folgenden Wertschöpfungsstufen der Infrastruktur unterschieden werden: Den Ausgangspunkt bildet das DSL-Anschlussnetz (Zugangsnetz), welches den Teil des Endkundenanschlusses vom Kundenmodem bis zum Digital Subscriber Line Access Multiplexer (DSLAM) umfasst. Nach dem DSLAM schließt sich das Breitbandzuführungsnetz (Konzentratornetz) an, in dem der Verkehr zunächst konzentriert und an den sogenannten Point of Presence (PoP) schließlich in ein IP-Backbone-Netz übergeben wird. Für den Internetzugang (also die Verbindung mit dem WWW) ist ferner eine IP-Zusammenschaltung erforderlich.



- 12 DSL-Technologien beruhen im Bereich des **Zugangsnetzes** derzeit überwiegend auf der Nutzung der vorhandenen Kupferdoppeladern zwischen den Endkunden und den in den Hauptverteilern (HVt) der DTAG. Das Kupferkabel („letzte Meile“) verläuft von der Telefondose in den Räumlichkeiten des Kunden

zu den Endverzweigern (EVz), in dem alle Kupferdoppeladern eines Gebäudes zu einem Verzweigerkabel gebündelt werden. Der EVz befindet sich in der Regel im Keller des Gebäudes. Die Verzweigerkabel münden jeweils in einem von deutschlandweit mehr als 300.000 im Eigentum der DTAG stehenden Kabelverzweigern (KVz), in dem sie wiederum zu einem Hauptkabel gebündelt werden. Die KVz sind in einem Gehäuse untergebracht, das in der Regel auf dem Bürgersteig steht. In den EVz und KVz existiert derzeit in der Regel keine aktive Technik, d.h. sie haben keinen eigenen Strombedarf, sondern fungieren lediglich als „Sammel- und Bündelstellen“ der verstreuten Teilnehmeranschlüsse. Die Hauptkabel enden an den ca. 8000 deutschlandweit verteilten HVt der DTAG. An den meisten Standorten der HVt hat die DTAG ihre DSLAM aufgebaut und an den HVt angeschlossen. Die Wettbewerber haben in deutlich weniger HVt, vornehmlich in dichter besiedelten Gegenden, auf bei der DTAG angemieteten Kollokationen eigene DSLAM aufgebaut und an den HVt angeschlossen.

- 13 Am DSLAM wird der über die angeschlossenen Kupferleitungen übertragene Datenverkehr wieder in digitale Signale umgewandelt und anschließend zu einem einzigen Signal verdichtet (multiplexing). Das digitale Multiplex-Ausgangssignal wird mittels einer Glasfaserleitung im **Konzentratornetz** weitertransportiert. Ausgehend von den HVt mit jeweils mindestens einem DSLAM, die geografisch über die gesamte Bundesrepublik verstreut sind, wird der Datenverkehr – gegebenenfalls über mehrere Ebenen – in den Hauptstandorten zusammengeführt (konzentriert).
- 14 Die Datenströme der DSL-Nutzer aus dem Konzentratornetz werden in den Servern im PoP wieder in IP-Datenpakete umgewandelt und über das **IP-Backbone-Netz** zu ihrem Ziel im WWW weitertransportiert.

2. Mögliche Ausbauvarianten – FTTC, FTTB und FTTH/D

- 15 Nachdem im vorigen Abschnitt der grundsätzliche Aufbau herkömmlicher Telekommunikationsnetze kurz dargestellt wurde, sollen anschließend die derzeit diskutierten verschiedenen Ausbauvarianten dieses Telekommunikationsnetzes vorgestellt werden. Diese Ausbauvarianten bilden den Hintergrund der zu bewertenden Breitbandkooperationen im Festnetz. Mit diesen Ausbauvarianten sind Bandbreiten von 50 Mbit/s oder mehr erreichbar. Sie dienen damit in erster Linie der Aufrüstung von vorhandenen DSL-Breitbandnetzen in bereits versorgten Regionen.
- 16 Allen derzeit bekannten Ausbauvarianten ist eine Grundidee gemeinsam: Da die übertragbare Bitrate von der Gesamtlänge der Kupferleitungen abhängt, besteht

der Ausbau darin, die glasfaserbasierten Leitungswege sowie die aktive Technik ‚näher‘ zum Kunden zu bringen und kupferbasierte Leitungswege zu verkürzen.

- 17 Die erste Ausbauf orm wird als Fibre to the Curb bzw. Fibre to the Cabinet (**FTTC**) bezeichnet. Hierbei wird ein DSLAM (d.h. aktive Technik) nicht an den HVt angeschlossen, sondern an den KVz (Cabinet) auf den Bürgersteigen (Curb). Weil in den KVz-Gehäuse in der Regel kein Platz für den DSLAM ist, der Strom verbraucht und vor Überhitzung geschützt werden muss, ist der Aufbau eines neuen Gehäuses, dem sogenannten Multifunktionsgehäuse (MFG), erforderlich. Dies wird über den bestehenden KVz gebaut oder mit einem oder mehreren KVz verbunden. Kundenseitig bleibt das ‚alte‘ kupferbasierte Anschlussnetz bestehen, und es bedarf keiner Umbaumaßnahmen. Da der Datenverkehr aber hinter dem DSLAM glasfaserbasiert weitertransportiert wird, verkürzt sich der kupferbasierte Leitungsweg erheblich. Es müssen aber das neue Gehäuse samt Stromanschluss, der DSLAM sowie eine neue Glasfaserleitung bis zum MFG aufgebaut werden. In der FTTC-Ausbauf orm beginnt das Konzentratornetz bereits hinter dem MFG. Ab hier kann der Verkehr glasfaserbasiert direkt in das IP-Backbone transportiert werden. Damit ist der Betrieb bzw. die Inanspruchnahme eines HVt als Standort des DSLAM für den reinen DSL-Verkehr nicht nötig.
- 18 Die FTTC-Ausbauvariante ist die Hauptausbauvariante der DTAG in Deutschland. Ausgehend von der bestehenden ‚klassischen‘ Struktur der Telekommunikationsnetze werden hier die wenigsten Änderungen erforderlich. Es müssen Investitionen für die MFG und die darin befindlichen DSLAM, sowie für den Anschluss an das Glasfasernetz bereitgestellt werden. Dafür kann das bestehende Anschlussnetz in weiten Teilen beibehalten werden. Auf der Grundlage dieser Ausbauvariante bietet die DTAG vor allem ihre sog. **VDSL**-Breitbandprodukte an.
- 19 Die zweite Ausbauf orm wird als Fibre to the Building bzw. synonym als Fibre to the Basement (**FTTB**) bezeichnet und führt die Glasfaser direkt in das Gebäude (in der Regel den Keller) des Endkunden. Auch der DSLAM bzw. eine kleine Variante des DSLAM (Mini-DSLAM) wird dann im Gebäude montiert und an den EVz angeschlossen. Das alte kupferbasierte Leitungsnetz wird in dieser Ausbauf orm nur noch innerhalb des Hauses genutzt, während alle Leitungen hinter dem DSLAM glasfaserbasiert sind. Die Kupferleitungslänge sinkt bei dieser Ausbauf orm erheblich und es sind deutlich höhere Übertragungsraten (derzeit bis 100 Mbit/Sekunde) erreichbar. Auch bei dieser Variante des Glasfaserausbaus beginnt das Konzentratornetz hinter dem DSLAM. Ab hier kann das Signal glasfaserbasiert direkt in das IP-Backbone transportiert werden. Für den reinen

DSL-Verkehr ist auch in dieser Ausbauvariante der Betrieb oder die Inanspruchnahme eines HVt nicht mehr nötig. Ausgehend von der bestehenden Telekommunikationsinfrastruktur müssen bei dieser Ausbauvariante erhebliche Investitionen erfolgen, da jedes Gebäude mit neuen Glasfaserleitungen erschlossen werden muss. Dies erfordert zwingend eine ganze Reihe von Tiefbaumaßnahmen. Weiter muss der Eigentümer des Gebäudes dem Aufbau des DSLAM zustimmen und den erforderlichen Platz bereitstellen.

- 20 Die dritte Ausbauform verzichtet gänzlich auf kupferbasierte Leitungen und führt die Glasfaser direkt in die Räumlichkeiten des Endkunden. Diese Ausbauform wird als Fibre to the Home bzw. Fibre to the Desk (**FTTH bzw. FTTD**) bezeichnet. In diesem Fall wird das Signal in den Räumlichkeiten des Kunden umgewandelt und an die üblichen wohnungsinternen Netzwerkeinrichtungen (WLAN, LAN) angeschlossen. Ausgehend von der bestehenden Telekommunikationsinfrastruktur erfordert diese Ausbauvariante noch höhere Investitionen als FTTB, da nicht nur die Tiefbaumaßnahmen des FTTH-Ausbaus bestritten werden müssen, sondern darüber hinaus auch noch die im Haus befindlichen Kupferleitungen ersetzt werden, was in der Regel mit erheblichen Baumaßnahmen im Gebäude verbunden ist. Diese Ausbauvariante wird in Deutschland derzeit kaum realisiert.

3. Wettbewerbsmodelle und (Vor-)Produkte der DTAG

- 21 Breitbandanschlüsse für Endkunden können auf Grundlage von unterschiedlichen Geschäfts- und Wettbewerbsmodellen angeboten werden. Welches Geschäftsmodell bzw. welche Geschäftsmodelle in Frage kommen, hängt davon ab, über welche Infrastruktur ein Telekommunikationsunternehmen verfügt. Es gibt vollintegrierte Anbieter, die alle Netzbestandteile (Anschlussnetz, Konzentratornetz, Backbone-Netz) selbst besitzen. In Deutschland hat nur die DTAG ein bundesweites eigenes Zugangsnetz; zudem verfügen einige Stadt- oder Regionalnetzbetreiber über (regional begrenzte) eigene Zugangsnetze. Die alternativen Teilnehmernetzbetreiber (insbesondere Stadtnetzbetreiber) haben ihre Netze nach der DTAG am weitesten ausgebaut und besitzen regelmäßig alle DSL-Netzelemente bis auf den Zugang zum Anschlussnetz, den sie fremdbeziehen müssen. Die darunter liegende Investitionsstufe eines DSL-Wettbewerbers besteht in dem Aufbau und Betrieb eines eigenen IP-Backbone-Netzes. Diese Wettbewerber benötigen für ihr DSL-Angebot den Zugang zu einem Anschluss- und zu einem Konzentratornetz. Daneben gibt es Internet-Service-Provider ohne eigene Infrastruktur.

- 22 Die Wettbewerber der DTAG, die durchgehend nicht über eine flächendeckende eigene Infrastruktur bis zum Anschlussnetz verfügen, sind in unterschiedlichem Umfang auf Vorleistungen angewiesen, die sie ganz überwiegend von der DTAG beziehen. Da die DTAG nach den Feststellungen der BNetzA auf einer Reihe von Vorleistungsmärkten über beträchtliche Marktmacht verfügt, ist sie regulierungsrechtlich verpflichtet, bestimmte Vorleistungen anzubieten, die darüber hinaus derzeit einer Ex-Ante-Entgeltregulierung unterliegen.
- 23 Für den Bedarf insbesondere eines alternativen Teilnehmernetzbetreibers muss die DTAG auf der Grundlage der Regulierungsverfügung der BNetzA vom 27. Juni 2007⁹ den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss in Form der Kupferdoppelader am HVt oder einem näher an der Teilnehmeranschlusseinheit gelegenen Punkt (EVz oder KVz) sowie den gemeinsamen Zugang zu diesen Teilnehmeranschlüssen durch Aufteilung des nutzbaren Frequenzspektrums (sogenanntes Line Sharing) mit den erforderlichen Nebenleistungen (insbesondere Kollokation) anbieten. Die Entgelte unterliegen der Ex-Ante-Regulierung. Die Teilnehmeranschlussleitung (TAL) wird den Nachfragern hierbei *physisch* überlassen. Der Nachfrager verbindet die TAL mit dem eigenen Netz. Dazu baut er in der Regel DSLAM auf bei der DTAG angemieteten Kollokationsflächen am HVt auf. Die DTAG ist aber auch verpflichtet für den Zugang zur TAL am KVz den Wettbewerbern die Kollokation im MFG zu gewähren.¹⁰
- 24 Telekommunikationsunternehmen, die entweder über kein oder nur ein regional begrenztes Anschluss- und Konzentratornetz verfügen, können seit dem Jahr 2008 das regulierte Produkt „IP-Bitstrom“ als Vorleistung beziehen. Die Regulierungsverfügung IP-Bitstrom der BNetzA vom 13. September 2006 verpflichtet die DTAG, auf der Basis des von ihr betriebenen breitbandigen Anschluss- und Konzentratornetzes anderen Unternehmen auf Nachfrage IP-Bitstromzugang dadurch zu gewähren, dass sie im Rahmen eines einheitlichen Produktes dem nachfragenden Unternehmen xDSL-Anschlüsse überlässt und den darüber geführten Paketstrom über ihr Konzentratornetz zu den PoP ihres IP-Backbone-Netzes transportiert, wo sie ihn dem nachfragenden Unternehmen übergibt. Die Leistungen unterliegen der Ex-Ante-Entgeltregulierung.¹¹ Beim Bitstromzugang erhält der Nachfrager den Zugang zum Anschluss und den Transport im Konzentratornetz danach als Produktbündel aus einer Hand. Dabei ist bedeutsam, dass es sich bei dem Anschließteil nicht um ein Resale-Element handeln soll. Vielmehr soll dem Bitstromnachfrager die TAL oder der hochbitratige Teil der

⁹ BNetzA, BK 4a-07-002/R.

¹⁰ BNetzA, BK 4a-07-002/R.

¹¹ BNetzA, Regulierungsverfügung „Breitbandzugang für Großkunden“ vom 13.09.2006 – BK 4a – 06 – 039/R, S. 2.

TAL „virtuell“ überlassen werden. Der Bitstromanbieter behält den physischen Zugriff auf diesen Teil des Bitstromproduktes. Trotzdem soll der Bitstromnachfrager so behandelt werden, *als ob* er über die TAL oder den hochbitratigen Teil der TAL verfügen könnte.¹² Dies ermöglicht die Nutzung der Technik nach individuellen Vorgaben. Eine Regulierung von Bitstromzugangsleistungen für VDSL-Anschlüsse der DTAG ist bisher nicht erfolgt. Die DTAG bietet derzeit ein VDSL-Bitstromprodukt auf freiwilliger Grundlage an.

- 25 Neben diesen regulierten (Vor-)Produkten existieren nicht regulierte Resaleprodukte der DTAG, die unterschiedliche Wertschöpfungsstufen bzw. Infrastruktureinrichtungen umfassen. Diese Produkte werden von Wettbewerbern ohne eigene Infrastruktur bezogen.

4. *Mögliche Kooperationsformen*

- 26 Kooperationen zum gemeinsamen FTTx-Ausbau von Breitbandnetzen sind in unterschiedlichen Formen und mit unterschiedlichen Beteiligten denkbar. Es kann unterschieden werden nach dem Grad bzw. Umfang der gemeinsamen Infrastrukturnutzung (paralleler oder komplementärer Netzausbau), nach der Organisationsform der Kooperation (Vereinbarungen zwischen selbstständig bleibenden Unternehmen oder Gründung von Gemeinschaftsunternehmen) sowie nach den Beteiligten, wobei hier vor allem zwischen Kooperationen unter Beteiligung der DTAG und solchen ohne Beteiligung der DTAG zu differenzieren ist. Typischerweise sind an den Kooperationen Unternehmen beteiligt, die zumindest in erheblichem Umfang bisher eigene DSL-Teilnehmernetze betreiben und zumindest auf der Grundlage des Zugangs zur TAL der DTAG oder eines anderen Unternehmens infrastrukturbasiert ADSL-Anschlüsse anbieten.
- 27 Ein **paralleler Ausbau** von Glasfasernetzen im Rahmen einer Kooperation ist hauptsächlich in der FTTC-Ausbauvariante möglich. Bei dieser Art von Kooperation legen die Kooperationspartner jeweils eigenständig Glasfaser bis zum Multifunktionsgehäuse (MFG) und installieren auch jeweils eigenständig aktive Technik (DSLAM) im MFG. Gemeinsam genutzt werden nur die Gehäuse der MFGs (inklusive Stromversorgung, Entlüftung etc.) und gegebenenfalls Leerrohre. Voraussetzung für diese Art der Kooperation ist, dass die MFG so dimensioniert sind, dass sie die aktive Technik aller Kooperationsbeteiligten aufnehmen können. Gegenstand der Vereinbarung ist darüber hinaus der Zugang zur TAL an bzw. in den MFG. Nach erfolgtem Ausbau betreiben beide Kooperationspartner jeweils eigene, parallele FTTC-Netze in der betroffenen Region.

¹² BNetzA, Breitbandzugang für Großkunden, Markt 12 der Märkteempfehlung der EU-Kommission, Konsultationsentwurf vom 16.3.2005, S. 3.

- 28 In einer dem BKartA bereits bekannten Kooperation in dieser Form haben sich die Kooperationspartner darauf geeinigt, dass jeder der Beteiligten in einem bestimmten Gebiet (hier jeweils einer Stadt) die MFGs ausbaut und dem jeweils anderen Zugang zu den MFGs gewährt. Denkbar wäre jedoch auch, dass nur ein Partner alle MFG ausbaut oder dass alle MFG gemeinsam ausgebaut werden.
- 29 Bei **komplementären Ausbaukooperationen** teilen die Beteiligten das von der Kooperation betroffene Gebiet untereinander auf und bauen jeweils nur einen Teil des Gebiets mit einem eigenen Glasfasernetz aus. Nach erfolgtem Ausbau gewähren sie einander wechselseitig Zugang zu den ausgebauten Gebieten.
- 30 Hinsichtlich der Ausbauförmern können die aufgeteilten Gebiete entweder nach der gleichen Ausbaufariante (jeweils FTTC oder FTTB) oder nach unterschiedlichen Ausbaufarianten ausgebaut werden. Möglic ist beispielsweise, dass ein Partner die dichter besiedelten Teile des Gebiets (z.B. Innenstadt) mit FTTB ausbaut, während der andere Partner die weniger dicht besiedelten Teile des Gebiets (Stadtrand und ggf. angrenzende Gemeinden) mit FTTC ausbaut.
- 31 Der wechselseitige Netzzugang bei Komplementärausbaukooperationen soll bei den bisher bekannten Kooperationsprojekten in Form eines Bitstromzugangs erfolgen. Um den Kooperationspartnern einen weitgehenden Einfluss auf die Qualitätsparameter auch für den Teil des Netzes zu ermöglichen, in dem das betreffende Unternehmen nicht über eigene Infrastruktur verfügt, ist ein hochwertiger Bitstromzugang vorgesehen. Ein solcher Bitstromzugang ermöglicht z.B. getrennte Angebote von IPTV.
- 32 Kooperationen **ohne Beteiligung der DTAG** sind z.B. denkbar zwischen Stadt- oder Regionalnetzbetreibern, zwischen lokal, regional und überregional tätigen Telekommunikationsanbietern oder zwischen Unternehmen, die auf unterschiedlichen Netzebenen tätig sind (z.B. Stadt- bzw. Regionalnetzbetreiber und IP-Backbone-Netzbetreiber). Möglic scheinen auch Kooperationen eines Telekommunikationsunternehmens mit Unternehmen aus anderen Wirtschaftsbereichen, die über Infrastruktur verfügen, die auch für den Ausbau eines Telekommunikationsnetzes genutzt werden kann (z.B. Energie- oder Wasserversorger). Schließlich sind Kooperationen von Telekommunikationsunternehmen und Körperschaften des öffentlichen Rechts (Gemeinden) denkbar und in der Breitbandstrategie der Bundesregierung ausdrücklich angesprochen. Auch Kooperationen ohne Beteiligung der DTAG müssen sich an den Maßstäben des Kartellrechts messen lassen.

III. Prüfungspunkte eines möglichen Verfahrens

- 33 **Kooperationsvereinbarungen** werden nach den Maßstäben des Kartellverbots (§ 1 GWB, Art. 101 Abs. 1 AEUV [Art. 81 Abs. 1 EG a.F.]) beurteilt. Jedoch ist nicht jede Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von § 1 GWB, Art. 101 Abs. 1 AEUV verboten. Vielmehr sind Wettbewerbsbeschränkungen, die die in § 2 GWB, Art. 101 Abs. 3 AEUV (Art. 81 Abs. 3 EG a.F.) enthaltenen Freistellungs-voraussetzungen erfüllen, automatisch vom Kartellverbot freigestellt. Der Nachweis, dass die Freistellungs-voraussetzungen vorliegen, obliegt dabei den beteiligten Unternehmen.
- 34 Denkbar ist jedoch auch, dass Glasfaserausbaukooperationen in anderer Form geplant werden, insbesondere durch **Gründung von Gemeinschaftsunternehmen**. Kooperationen in Form von Gemeinschaftsunternehmen unterliegen der deutschen oder europäischen **Fusionskontrolle**, sofern die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind (Erreichen der Umsatzschwellen, Vorliegen eines Zusammenschlusstatbestands). Zusätzlich wird in der Regel auch hier eine Prüfung nach §§ 1, 2 GWB, Art. 101 Abs. 1 und 3 AEUV erforderlich sein.

1. Prüfungspunkte nach § 1 GWB, Art. 101 Abs. 1 AEUV

- 35 Nach § 1 GWB und dem fast gleichlautenden Art. 101 Abs. 1 AEUV sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen verboten, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Bei der Beurteilung von Kooperationen beim Glasfaserausbau nach § 1 GWB und Art. 101 Abs. 1 AEUV geht das BKartA von folgenden Grundsätzen aus.

a. Vereinbarung zwischen Unternehmen

- 36 Bei Vereinbarungen über Kooperationen beim Ausbau des Breitbandnetzes handelt es sich regelmäßig um **Vereinbarungen** zwischen Unternehmen im Sinne von § 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV. Für eine abschließende Prüfung nach §§ 1, 2 GWB und Art. 101 Abs. 1 und 3 AEUV müssen die Vereinbarungen detailliert vorliegen oder konkret im Einzelnen geplant sein. Absichtserklärungen, die die Vereinbarungen nur in den Grundzügen vorzeichnen, reichen nicht aus.
- 37 Bei Kooperationen zwischen Telekommunikationsunternehmen steht die **Unternehmenseigenschaft** der Beteiligten außer Frage. Der funktionale Unternehmensbegriff des deutschen und europäischen Kartellrechts erfasst jedwede Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr, unabhängig von der Rechtsform des Unternehmens und der Eigentümerstruktur. Auch auf Unternehmen, die ganz oder

teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen, sind deshalb § 1 GWB, Art. 101 Abs. 1 AEUV anwendbar.

- 38 Fraglich könnte im Einzelfall sein, ob Kooperationen zwischen einem Telekommunikationsunternehmen und einer Gemeinde, wie sie in der Breitbandstrategie der Bundesregierung angedacht sind, eine Vereinbarung zwischen Unternehmen im Sinne von § 1 GWB, Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellen. Soweit die Gemeinde hoheitlich und nicht unternehmerisch handelt, wäre sie kein Unternehmen im Sinne des Kartellrechts. Allerdings könnte z.B. die Zurverfügungstellung von Infrastruktureinrichtungen, die im Eigentum der Gemeinde stehen, als unternehmerisches Handeln gewertet werden, insbesondere wenn sie gegen Entgelt erfolgt. Auch hier spricht deshalb eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür, dass es sich um Vereinbarungen zwischen Unternehmen im Sinne des Kartellrechts handelt.

b. Wettbewerbsbeschränkung

- 39 Von den Kooperationen beim Ausbau des Breitbandnetzes können Wettbewerbsbeschränkungen auf dem bundesweiten Breitbandanschlussmarkt für Endkunden, dem bundesweiten Markt für Bitstromzugangsprodukte und dem bundesweiten Zugangsmarkt zur TAL ausgehen.

aa. Betroffene Märkte

- 40 Da Wettbewerbsbeschränkungen marktbezogen festzustellen sind, ist die sachliche und räumliche Abgrenzung der betroffenen Märkte erforderlich. Das BKartA geht dabei nach den bisherigen Erkenntnissen von folgenden relevanten Märkten aus.
- 41 Der bundesweite **Breitbandanschlussmarkt für Endkunden** umfasst die logische oder physikalische Verbindung der Endeinrichtung(en) des Teilnehmers an einen Netzknoten im öffentlichen Telefonnetz.¹³ Breitbandige Internetanschlüsse sind insbesondere durch deutlich höhere Bitraten als 128 kbit/Sekunde in beide Richtungen (upload und download) gekennzeichnet. Insbesondere sind auch VDSL-Anschlüsse in den Markt mit einzubeziehen, da sie hinsichtlich ihrer Eigenschaften, ihres Verwendungszweckes und ihrer Preislage aus der Sicht der Nachfrager anderen schnellen Breitbandanschlüssen (z.B. ADSL-Anschlüssen und Breitbandanschlüssen auf Grundlage der Fernsehkabelnetze) sehr ähnlich

¹³ vgl. BKartA – B7-200/07 – KDG/Orion, Rn. 201, abrufbar unter:
<http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion08/B7-200-07.pdf>

sind.¹⁴ Ein neuer, separater Markt ist bezogen auf die Glasfaserausbauvarianten nicht anzunehmen.

- 42 Der ebenfalls bundesweite **Markt für Bitstromzugangsprodukte** beinhaltet das gebündelte Angebot von virtueller Anschlussüberlassung und Transport durch ein Konzentratornetz mit Datenübergabe an (zumindest) einem Breitband-Übergabepunkt (Breitband-PoP) des Nachfragers. Einzubeziehen ist neben dem ADSL-Bitstrom zumindest auch der VDSL-Bitstrom sowie ein Bitstromzugang zu FTTB-Anschlüssen. Im Übrigen kann die genaue Marktabgrenzung für die vorliegenden Zwecke offenbleiben.¹⁵
- 43 Der bundesweite **Markt für den Zugang zur TAL** umfasst den entbündelten oder gebündelten Zugang zur TAL in Form der Kupferdoppeladern am HVt oder einem anderen näher am Teilnehmeranschluss gelegenen Punkt (insbesondere am/im KVz bzw. MFG) sowie den gemeinsamen Zugang zur TAL (line sharing).¹⁶

bb. Beschränkung des Infrastrukturwettbewerbs

- 44 Breitbandausbaukooperationen können vor allem eine Beschränkung des Infrastrukturwettbewerbs bezwecken oder bewirken. Infrastrukturwettbewerb ist eine wesentliche Grundlage für alle Wettbewerbsparameter wie Preise und Qualität, Service und Vielfalt der angebotenen Dienstleistungen. Je höher der Grad an eigener Infrastruktur ist, desto höher ist der Spielraum des betreffenden Anbieters beim Einsatz dieser Parameter. Beschränkungen des Infrastrukturwettbewerbs wirken sich deshalb konkret auf diese Wettbewerbsparameter in allen betroffenen Märkten aus.
- 45 Infrastrukturwettbewerb ist bei der leitungsgebundenen Telekommunikation grundsätzlich als effizienter Wettbewerb anzusehen. Der Aufbau und Betrieb paralleler Leitungen und Infrastruktur ist nur dann volkswirtschaftlich ineffizient, wenn und soweit die Infrastruktur nicht duplizierbar ist und Investitionen daher wirtschaftlich nicht sinnvoll sind. Dieses trifft für ein Telekommunikationsfestnetz jedoch zumindest zu einem erheblichen Teil nicht zu. Ein Breitbandnetz besteht aus verschiedenen Netzwerthschöpfungsstufen, die zumindest bis zur Teilnehmeranschlussleitung weitgehend duplizierbar sind. Dabei tragen die Netzauf-

¹⁴ Vgl. BKartA ebd. Rn. 205.

¹⁵ Vgl. Entwurf der Marktanalyse Breitbandzugang für Großkunden (Markt Nr. 5 der neuen Märkteempfehlung der EU-Kommission) der BNetzA, www.bundesnetzagentur.de/media/archive/17399.pdf

¹⁶ Vgl. Entwurf der Marktanalyse Vorleistungsmarkt für den (physischen) Zugang zu Netzinfrastrukturen (einschließlich des gemeinsamen oder vollständig entbündelten Zugangs) an festen Standorten (Markt Nr. 4 der Empfehlung vom 17. Dezember 2007) der BNetzA, www.bundesnetzagentur.de/media/archive/17576.pdf

bauparameter wesentlich zu den Wettbewerbsmöglichkeiten der Unternehmen bei. Demgegenüber ist ein überwiegend auf den Zugang zur Infrastruktur der DTAG basierender Wettbewerb von den Qualitäts- und Kostenstrukturen des DTAG-Netzes stark geprägt. Denn die an den Kosten der DTAG orientierten Zugangspreise bewirken eine Vergemeinschaftung von Kostenblöcken, die umso bedeutsamer wird, je mehr Netzelemente von dem Wettbewerber in Anspruch genommen werden. Der von den Strukturen der DTAG unabhängige, individuelle Preissetzungsspielraum der Wettbewerber zur Differenzierung im Wettbewerb wird hierdurch weitgehend eingeschränkt.

- 46 Der infrastrukturbasierte Breitbandwettbewerb besteht nach Einschätzung des BKartA aus allen Angeboten auf der Grundlage einer eigenen TAL oder auf der Grundlage des Zugangs zur TAL der DTAG bzw. eines Wettbewerbers sowie aus Angeboten auf der Grundlage anderer – eigener – Infrastrukturen (z.B. Fernseekabel-[HFC]-Netze). Entscheidend für die Beurteilung des Infrastrukturwettbewerbs ist der Umfang, in dem ein Wettbewerber über eigene Infrastruktur verfügt. Die Erschließung von HVts bzw. MFG ist daher eine Mindestvoraussetzung für Infrastrukturwettbewerb, weil hier nur noch die TAL ab dem HVt bzw. MFG von der DTAG bezogen wird. Dem Wettbewerber verbleibt damit ein relativ großer individueller Preissetzungsspielraum, da ein großer Teil seines Angebots auf der Grundlage seiner eigenen Infrastruktur erbracht wird, über deren Kostenstruktur der Wettbewerber selbst entscheiden kann. Darüber hinaus sind Qualitäts- und Innovationsparameter unabhängig von der DTAG einsetzbar.
- 47 Angebote auf der Grundlage von Bitstromzugang sind bezogen auf das IP-Backbone-Netz zwar ebenfalls durch eigene Infrastruktur realisiert. Der Grad der Abhängigkeit von fremder Infrastruktur ist jedoch bereits so hoch, dass diese Angebote aus der Sicht des BKartA nur eingeschränkt dem Infrastrukturwettbewerb zuzurechnen sind, wenn sie auch eine bedeutsame Stufe auf der Investitionsleiter darstellen. Insbesondere die verbleibenden individuellen Preissetzungsspielräume sind bei Bitstromangeboten gegenüber Angeboten auf der Grundlage der TAL deutlich eingeschränkt.
- 48 Inwieweit es bei diesen Prämissen zu (spürbaren) Beschränkungen des Infrastrukturwettbewerbs kommen kann, hängt von der Form und dem Ausmaß der jeweiligen Glasfaserkooperation sowie von den beteiligten Unternehmen ab.

(1) Komplementärer Netzausbau

- 49 Beim **komplementären Netzausbau** teilen sich die Kooperationspartner das Kooperationsgebiet auf, und nur jeweils einer von ihnen baut in dem ihm zu-

geordneten Gebiet das Glasfasernetz aus. Die Beteiligten geben sich dann wechselseitig (Bitstrom-)Zugang zu ihrem Teil des Netzes.

- 50 Die Vereinbarung von komplementären Netzausbaugebieten ist als solche noch keine Gebietsabsprache im Sinne einer Hardcore-Vereinbarung. Die hierin liegende regionale Zuordnung von Ausbaugebieten ist solange noch keine Wettbewerbsbeschränkung, wie ein wechselseitiger Netzzugang abgesichert ist und es damit auf den betroffenen Märkten, insbesondere auf dem Breitbandanschlussmarkt, nicht zu Kunden- und Marktaufteilungen kommt.¹⁷ Denn bei einem wechselseitigen Netzzugang bleiben die Kooperationspartner in der gesamten Ausbauregion im Wettbewerb auf dem Breitband-Endkundenmarkt tätig. Betroffen ist hier ausschließlich die der Tätigkeit zugrunde liegende Infrastruktur.
- 51 Kooperationen zum komplementären Netzausbau können jedoch zu einer Beschränkung des Infrastrukturwettbewerbs führen, wenn die Kooperation in dem betroffenen Gebiet einen Rückgang des infrastrukturbasierten xDSL-Angebots bewirkt. Maßgeblich ist hierbei auf Grundlage der oben dargestellten Marktabgrenzung die Situation auf dem Gesamtmarkt für Breitbandanschlüsse für Endkunden, also inklusive des infrastrukturbasierten ADSL-Angebots. Eine Beschränkung des Infrastrukturwettbewerbs kommt darüber hinaus auch dann in Betracht, wenn die Kooperationspartner in dem jeweiligen Gebiet ohne Kooperation einen parallelen Netzausbau betreiben würden, die Kooperation aber einen komplementären Netzausbau für ein insgesamt größeres Gebiet vorsieht.
- 52 Bei Kooperationsprojekten mit komplementärem Netzausbau ist eine Beschränkung des Infrastrukturwettbewerbs **zwischen den Beteiligten** zu prüfen. Die Partner der bisher bekannten Kooperationsprojekte sind in den betroffenen Gebieten überwiegend bereits mit infrastrukturbasierten ADSL-Angeboten auf Grundlage der TAL der DTAG und der Installation der aktiven Technik (DSLAM) in den HVt tätig. In diesem Fall werden die jeweils infrastrukturbasierten Angebote für die Kooperationsgebiete wechselseitig in einen Bitstromzugang umgewandelt, so dass der Wettbewerb im Kooperationsgebiet insoweit nicht mehr infrastrukturbasiert erfolgt. Denn es ist zumindest mittelfristig nicht zu erwarten, dass für die mit diesem Bitstromzugang erreichbaren Kunden zusätzlich Infrastrukturelemente im HVt für ein ADSL-Angebot vorgehalten werden. Abgemildert würde dieser Effekt, soweit der komplementäre Ausbau seitens des Wettbewerbers der DTAG FTTB-basiert erfolgt. Denn hierin läge eine Intensivierung

¹⁷ Insoweit zu kritisch Monopolkommission, a.a.O., Rn. 206, die an dieser Stelle von Gebietsabsprachen, d.h. Hardcore-Beschränkungen, ausgeht und damit indirekt die Freistellungsfähigkeit verneint.

des infrastrukturbasierten Wettbewerbs, da insoweit Wettbewerber-Angebote auf der Grundlage einer eigenen TAL möglich werden.

- 53 Eine Beschränkung des Infrastrukturwettbewerbs zwischen den Beteiligten liegt darüber hinaus vor, wenn nach den Marktverhältnissen zu erwarten ist, dass die an der Kooperation beteiligten Unternehmen ihre Netze auch ohne Kooperation für höhere Bandbreiten ausbauen würden (wenn auch nicht notwendigerweise im gleichen Ausmaß). Denn in diesem Fall würde durch die Kooperation zumindest für einen Teil des betroffenen Gebiets, nämlich den Teil, den sonst beide ausbauen würden (z.B. dicht besiedelte Innenstadtreionen), nur ein Netz statt mehrerer ausgebaut.
- 54 Die Beschränkung des Infrastrukturwettbewerbs kann dabei nach gegenwärtiger Einschätzung des BKartA nicht schon nach dem Arbeitsgemeinschaftsgedanken verneint werden, auch wenn Effizienzen etwa bezüglich der erzielbaren Bandbreiten erreicht werden. Diese Effizienzen sind vielmehr im Rahmen der Freistellungsprüfung nach § 2 GWB, Art. 101 Abs. 3 AEUV zu berücksichtigen. Der Arbeitsgemeinschaftsgedanke wird auf Fälle angewendet, in denen die Kooperation zu zusätzlichem Wettbewerb mit einem weiteren Anbieter führt oder schon bestehenden Wettbewerb fördert. Erforderlich ist im Ausgangspunkt, dass die betroffenen Unternehmen in absehbarer Zeit technisch oder wirtschaftlich nicht in der Lage sind, selbständig auf dem Markt tätig zu werden.¹⁸
- 55 Bei den hier zu beurteilenden FTTx-Breitbandkooperationen käme der Arbeitsgemeinschaftsgedanke daher nur in Betracht, wenn die Unternehmen auf dem Breitbandmarkt in den betroffenen Regionen gar nicht tätig wären. Dieses ist jedoch nach den bisher bekannten Konstellationen durchgängig nicht der Fall. Typischerweise sind die Kooperationspartner beide bereits mit infrastrukturbasierten ADSL-Produkten in den Kooperationsgebieten tätig. Die mit der Kooperation bezweckte Erhöhung der Bandbreiten auf 50 MBit/s und mehr sind Qualitätsverbesserungen der bisherigen Produkte und damit Effizienzen, die unter den Voraussetzungen von § 2 GWB, Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt sein können, aber nicht bereits den Tatbestand des Kartellverbotes ausschließen.
- 56 Eine Beschränkung des Infrastrukturwettbewerbs ist dagegen grundsätzlich nicht gegeben, wenn und soweit beide Beteiligte im betreffenden Gebiet noch gar nicht mit infrastrukturbasierten Breitbandanschlüssen aktiv sind und die Kooperation ausschließlich der Erschließung eines solchen Gebietes dient. Soweit also „weiße Flecken“ mit der Kooperation erstmals erschlossen werden, kann

¹⁸ BGH WuW/E BGH 2050, 2051 – *Bauvorhaben Schramberg*; EuG, Urteil vom 2.5.2006 – T-328/03 – Slg. 2006, II-1231, Tz. 68 – O2.

eine Wettbewerbsbeschränkung nicht angenommen werden, da in der Regel klar ersichtlich ist, dass ohne die Kooperation keine Erschließung erfolgen würde. Führt eine FTTx-Kooperation zusätzlich neben der Erzielung hoher Bandbreiten in Innenstadtgebieten zur Erschließung von weißen Flecken an den Stadträndern, ist dieses allerdings nicht schon im Rahmen der Wettbewerbsbeschränkung gegen die negativen Wirkungen abzuwägen¹⁹, sondern im Rahmen der Freistellung zu prüfen.

- 57 Kooperationen zum komplementären Netzausbau, an denen die DTAG beteiligt ist, könnten indirekt dazu führen, dass sich die **Zugangsmöglichkeiten Dritter** zum Netz der DTAG verschlechtern. Dies würde zu weniger infrastrukturbasierendem Wettbewerb insbesondere auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanschlüsse führen.
- 58 Die Umsetzung der Kooperationsvereinbarung könnte für die DTAG einen Anreiz darstellen, die HVt in den betroffenen Regionen abzubauen, da diese in einem FTTx-Netz nicht mehr benötigt würden. Bislang erfolgt der TAL-Zugang der Wettbewerber jedoch am HVt. Bei einem Rückbau der HVt haben die betroffenen infrastrukturbasierten Wettbewerber nur die Wahl, entweder in erheblichem Umfang in Infrastruktur zu investieren (d.h. selbst Glasfaser bis mindestens zum MFG zu legen und den TAL-Zugang dort nachzufragen) oder auf Vorleistungsprodukte mit geringerer eigener Wertschöpfung, insbesondere Bitstromzugang, zurückzugreifen.
- 59 Komplementäre Ausbaukooperationen mit Beteiligung der DTAG insoweit dazu führen, dass der DTAG der vom Kooperationspartner ausgebaute Teil des Netzes nicht mehr (im Fall eines FTTB- bzw. FTTH-Ausbaus) oder teilweise nicht mehr (im Fall des FTTC-Ausbaus, soweit das MFG nicht von der DTAG betrieben wird) gehört. Dies führt unter Umständen dazu, dass die DTAG zu diesen Teilen des Netzes auch keinen Zugang gewähren kann. Dies könnte die Wettbewerbsmöglichkeiten zugangsbegehrender Dritter verschlechtern, da die Kooperationspartner nicht der Regulierung unterliegen.

(2) Paralleler Netzausbau

- 60 Bei **Kooperationen zum parallelen Netzausbau** bauen beide Beteiligten jeweils ihre eigenen Netze bis zum MFG aus und nutzen (nur) das MFG und gegebenenfalls Leerrohre gemeinsam. Die Vereinbarung betrifft die gemeinsame Nutzung dieser Infrastrukturelemente sowie den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung der DTAG an bzw. in den MFG. An dieser Ausbauf orm ist typi-

¹⁹ Hierzu EuG, Urteil vom 2.5.2006 – T-328/03 – Slg. 2006, II-1231, Tz. 69, 70 – O2.

scherweise die DTAG beteiligt, da nur sie in erheblichem Umfang Zugang zur TAL gewähren kann.

- 61 Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass die DTAG als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht durch die Regulierungsverfügung der BNetzA vom 27. Juni 2007 verpflichtet ist, anderen Telekommunikationsunternehmen auf deren Verlangen Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung auch im bzw. am KVz/MFG zu gewähren. Soweit eine nicht hinreichend duplizierbare Infrastruktur existiert, stellt die gemeinsame Nutzung dieser Infrastruktur die Grundlage für Marktzutritte von Wettbewerbern dar. Sie ist wettbewerbsrechtlich an Missbrauchsmaßstäben im Sinne der essential-facilities-doctrine bzw. im Hinblick auf die regulatorische Notwendigkeit von laufend überwachten Zugangsverpflichtungen zur Marktöffnung zu messen. Obwohl hier Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern geschlossen werden müssen, unterliegen diese regelmäßig mangels Wettbewerbsbeschränkung nicht dem Kartellverbot, da Folge dieser Zugangsvereinbarungen eine Wettbewerbsbelebung ist. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Vereinbarungen über die Zugangsverpflichtung hinaus gehen und insoweit wettbewerbsbeschränkend wirken.
- 62 Es muss deshalb geprüft werden, inwieweit Vereinbarungen zum parallelen Netzausbau (nur) der Umsetzung der Regulierungsverfügung dienen und ob sie Wettbewerbsbeschränkungen enthalten, die darüber hinaus gehen. Ein – über die Regulierungsverfügung hinausgehender – Aufbau der MFG durch den Kooperationspartner mit anschließender gemeinsamer Nutzung stellt jedoch noch keine Beschränkung des Infrastrukturwettbewerbs **zwischen den Beteiligten** dar, da das Gehäuse kein bedeutsames Infrastrukturelement darstellt. Insoweit kann die Kooperation mit der gemeinsamen Nutzung von Antennenstandorten im Mobilfunk verglichen werden.²⁰
- 63 Allerdings können sich auch bei Kooperationen für einen parallelen Netzausbau, an denen die DTAG beteiligt ist, **für Dritte** die Zugangsmöglichkeiten zum DTAG-Netz verschlechtern, soweit es in den betroffenen Regionen zu einem HVt-Abbau kommt.

²⁰ vgl. Thesenpapier Infrastruktur-Sharing der BNetzA, http://www.bundesnetzagentur.de/enid/64339118f64ac937cf7abc9bcc0105aa,0/UMTS/Thesenpapier_deutsch_0cv.html ; Stellungnahme des BKartA zu den Eckpunkten der BNetzA, S. 6 f.; <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/16708.pdf>

cc. Preis- und sonstige Absprachen

- 64 Kooperationsvereinbarungen zum Breitbandausbau können zu Wettbewerbsbeschränkungen gegenüber Dritten führen, insbesondere wenn die Vereinbarungen Preise und/oder Konditionen für Zugangsprodukte für Dritte beinhalten.
- 65 Sofern die Kooperationsvereinbarungen Regelungen über Preise und/oder Konditionen für (Bitstrom-)Zugangsprodukte für Dritte enthalten, stellt dies eine gegen § 1 GWB und Art. 101 Abs. 1 AEUV verstoßende Hardcore-Wettbewerbsbeschränkung auf dem bundesweiten Markt für Bitstromzugangsprodukte dar. Solche Hardcore-Beschränkungen sind auch nicht nach § 2 GWB und Art. 101 Abs. 3 AEUV freistellungsfähig. Diese Beurteilung gilt sowohl für Kooperationen mit komplementärem Netzausbau als auch für solche mit parallelem Netzausbau unabhängig von den beteiligten Unternehmen.
- 66 Bei allen Kooperationsarten müssen die Kooperationspartner jeweils in der Gestaltung der Preise und Konditionen gegenüber Dritten frei bleiben, insbesondere wenn sie nicht der Regulierung unterliegen. Soweit die Kooperationspartner als Mitglieder eines freigestellten Kartells dem Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 GWB unterliegen, bedeutet dies nicht, dass die Preise, die für den wechselseitigen Netzzugang vereinbart werden, automatisch auch gegenüber zugangsbegehrenden Dritten angewendet werden müssen oder dürfen. Die Frage, welche Bedingungen und Preise für den Zugang von Dritten von den jeweiligen Kooperationspartnern (diskriminierungsfrei) zu fordern sind, kann nicht Gegenstand der Vereinbarungen sein, zumal Diskriminierungsfreiheit nicht mit Gleichpreisigkeit gleichgesetzt werden kann.
- 67 Auch eine gemeinsame Vermarktung von Vor- bzw. Endprodukten in den von der Kooperation betroffenen Gebieten wäre eine Wettbewerbsbeschränkung, da hierdurch die Preissetzungsfreiheit sowie Qualitätsparameter beeinflusst werden.
- 68 Schließlich verstößt ein etwaiger Austausch von wettbewerbsrelevanten Informationen, die für die Netzplanung und den Netzausbau nicht zwingend erforderlich sind, gegen § 1 GWB und Art. 101 AEUV, auch wenn der gemeinsame Netzausbau im Grundsatz zulässig ist.

dd. Spürbarkeit

- 69 Nur spürbare Wettbewerbsbeschränkungen sind nach § 1 GWB und nach Art. 101 Abs. 1 AEUV verboten. Dies bedeutet, dass die Beschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der Beteiligten spürbare Auswirkungen auf die

Marktverhältnisse in den betroffenen Märkten haben muss.²¹ Die Spürbarkeit kann sich sowohl nach quantitativen als auch nach qualitativen Gesichtspunkten bestimmen. Eine feste „Spürbarkeitsschwelle“ gibt es deshalb nicht. Das BKartA hat in seiner Bagatellbekanntmachung²² erklärt, dass es regelmäßig von der Einleitung eines Verfahrens auf der Grundlage von § 1 GWB, Art. 101 AEUV absieht, wenn der von den an einer horizontalen Vereinbarung Beteiligten insgesamt gehaltene Marktanteil auf keinem der betroffenen Märkte 10% überschreitet. Für Vertikalvereinbarungen liegt die entsprechende Schwelle sogar bei 15% Marktanteil. Kernbeschränkungen – sogenannte Hardcore-Beschränkungen – sind allerdings in jedem Falle spürbar und werden vom BKartA verfolgt, auch wenn der Marktanteil der beteiligten Unternehmen unter 10% bzw. 15% liegt. Solche Hardcore-Beschränkungen sind im Wesentlichen Preis-, Gebiets- und Kundenabsprachen.

- 70 Im Hinblick auf die hier betroffenen Kooperationen zum Ausbau von Glasfasernetzen wird die Spürbarkeit insbesondere davon abhängen, welche Unternehmen an der Kooperation beteiligt sind und auf welche Gebiete sie sich erstreckt. Kooperationen, an denen die DTAG beteiligt ist, dürften angesichts der Höhe der bundesweiten Marktanteile des Unternehmens auf den hier betroffenen Märkten in der Regel spürbare Auswirkungen auf die betroffenen Märkte haben. Bei Kooperationen, an denen die DTAG nicht beteiligt ist, kommt es auf die Höhe der Marktanteile der Beteiligten sowie auf den Kooperationsumfang an. Bundesweite Kooperationen dürften auch ohne Beteiligung der DTAG in der Regel spürbare Auswirkungen haben, ebenso Kooperationen, die sich auf ein oder mehrere Bundesländer beziehen. Dagegen ist es bei regional begrenzten Kooperationen auch bei Beteiligung der DTAG möglich, dass keine Spürbarkeit anzunehmen ist.
- 71 Vereinbarungen, die Regelungen über Preise oder Konditionen insbesondere für Bitstromzugangprodukte gegenüber Dritten enthalten, sind als Hardcore-Beschränkungen in jedem Fall spürbar.

²¹ Bunte in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Auflage 2006, Rn. 230 zu § 1

²² Bekanntmachung Nr. 18/2007 des Bundeskartellamtes über die Nichtverfolgung von Kooperationsabreden mit geringer wettbewerbsbeschränkender Bedeutung vom 13. März 2007, www.bundeskartellamt.de; Vgl. darüber hinaus Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 Abs. 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis), Abl C 368, vom 22.12.2001, S. 13 ff., Rn 7.

c. Zwischenstaatlicher Handel, Art. 101 AEUV

- 72 Art. 101 AEUV ist auf Vereinbarungen anwendbar, „welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind“. Nur bei Vorliegen der Zwischenstaatlichkeitsklausel ist für die kartellrechtliche Prüfung von Breitbandkooperationen zusätzlich Europäisches Recht einschließlich der Verfahrensvorschriften der VO 1/2003²³ anzuwenden.
- 73 Das Merkmal der Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ist nach der Europäischen Rechtsprechung und Praxis weit zu verstehen und bereits gegeben, wenn sich anhand objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass die Vereinbarung oder Verhaltensweise den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell beeinflussen kann, wobei es sich jedoch um eine spürbare Beeinträchtigung handelt muss.²⁴ Dies ist nach Kommissionspraxis vor allem dann zu verneinen, wenn die Vereinbarungen zwischen Unternehmen getroffen werden, deren gemeinsamer Marktanteil auf keinem betroffenen Markt 5 % überschreitet und deren gesamter Jahresumsatz mit den von der Vereinbarung erfassten Waren den Betrag von 40 Mio. € nicht überschreitet (sog. Negativvermutung).²⁵ Außerhalb dieser Schwellen, die bei Beteiligung der DTAG an den Breitbandkooperationen überschritten werden dürften, kommt eine Verneinung des Merkmals insbesondere dann in Betracht, wenn die Kooperation nur lokale Bedeutung hat.²⁶ Allenfalls bei regional sehr beschränkten Ausbaukooperationen könnte daher das Europäische Recht ausnahmsweise nicht anwendbar sein.

2. Freistellung nach § 2 GWB (Art. 101 Abs. 3 AEUV)

- 74 Glasfaserkooperationen können grundsätzlich gemäß § 2 GWB bzw. Art. 101 Abs. 3 AEUV vom Verbot des § 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV freigestellt sein.²⁷ Dies ist der Fall, wenn die beteiligten Unternehmen nachweisen können,

²³ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 1 vom 4.1.2003, S. 1 ff.; hierbei sind vor allem die Vorrangregelung in Art. 3 und die ECN-Konsultationsverpflichtungen nach Art. 11 von Bedeutung, vgl. hierzu auch die Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, ABl. C 101 vom 27.4.2004, S. 43 ff.

²⁴ Leitlinien der Kommission über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages“, ABl. C 101 vom 27.4.2004, S. 81 ff. („Zwischenstaatlichkeitsleitlinien“), Rn. 23.

²⁵ Zwischenstaatlichkeitsleitlinien, Rn. 52.

²⁶ Zwischenstaatlichkeitsleitlinien, Rn. 91.

²⁷ Die derzeit bekannten Breitbandausbaukooperationen fallen aus Sicht des BKartA nach bisherigen Erkenntnissen nicht unter die Gruppenfreistellungsverordnung der Europäischen Kommission für Spezialisierungsvereinbarungen (Verordnung Nr. 2658/2000 der Kommission vom 29. November 2000 über die Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 des Vertrages auf

dass die Vereinbarung a) einen Beitrag zur Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts leistet, b) die Verbraucher angemessen an diesen Verbesserungen beteiligt werden, c) die Vereinbarung unerlässlich für die Erreichung der Verbesserung ist und schließlich d) durch die Vereinbarung keine Ausschaltung des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren oder Dienstleistungen erfolgt. Wenn alle Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind, kommt eine Freistellung in Betracht. Die Berücksichtigung der von den Unternehmen vorzubringenden und nachzuweisenden Freistellungsvoraussetzungen orientiert sich dabei an der Schwere der Wettbewerbsbeschränkungen. Hardcore-Beschränkungen (Preis-, Mengen und Gebietsabsprachen) erfüllen nicht die Freistellungsvoraussetzungen. Nachfolgend werden Hinweise zu den einzelnen Freistellungsvoraussetzungen und Anforderungen an den Nachweis derselben gegeben.

a. Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung (Effizienzen)

- 75 Einen Beitrag zur Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung könnte in einem umfangreicheren Ausbau der Glasfasernetze liegen, der in dieser Form ohne Kooperationen nicht möglich gewesen wäre. D.h. auf dem Breitbandanschlussmarkt für Endkunden können mehr Kunden von einem DSL-Anschluss mit einer höheren Qualität (VDSL oder FTTB/H) profitieren. Zum Nachweis dieser Verbesserung müssen die Unternehmen detailliert belegen, dass die Kooperation z.B. die Anzahl der Kunden erhöht, die mit höherer Qualität versorgt werden können. Insbesondere müsste plausibel dargelegt werden, dass ein individueller Netzausbau in vergleichbarem Umfang nicht erfolgt wäre.
- 76 Weiterhin könnte vorgebracht werden, dass die Kooperation zu Kosteneinsparungen führt, sofern sie das Ergebnis effizienterer Herstellungs- oder Verteilungsverfahren sind, was nachzuweisen wäre (etwa bessere Kapazitätsauslastung, Senkung der Produktionskosten infolge von Skalen- oder Verbundeffekten etc.).²⁸ Der Wegfall von Kostenpositionen, die sich aus dem vor der Vereinbarung bestehenden Wettbewerb ergeben (z.B. Vertrieb, Marketing etc.), reicht hierzu üblicherweise nicht aus. Der Nachweis der Kostenersparnis gegenüber dem BKartA verlangt regelmäßig, dass die Kosteneinsparungen detailliert beschrieben, konkret beziffert und mittels präziser Unterlagen belegt werden.²⁹

Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen, Abl. L 304 vom 05.12.2000, S. 3ff.; da es sich nicht um unterschiedliche Produkte handelt (Art. 1 Abs. 1 b.) und für die Freistellung eine Marktanteilsgrenze von 20 % gilt.

²⁸ Vgl. Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 EG-Vertrag, ABI. C 101 vom 27.04.2004, S. 97ff., Rn. 64ff.

²⁹ Vgl. Kommission, ebd. Rn. 56.

b. Angemessene Verbraucherbeteiligung am entstehenden Gewinn

- 77 Für die angemessene Verbraucherbeteiligung an dem entstehenden Gewinn kommt im vorliegenden Fall vor allem die Beteiligung der DSL-Endverbraucher in Betracht.
- 78 Eine angemessene Verbraucherbeteiligung kann als überwiegend wahrscheinlich angenommen werden, wenn die Verbesserungswirkungen darin liegen, dass mehr Kunden von einem Breitbandanschluss mit einer höheren Qualität (VDSL oder FTTB) profitieren. Denn die Bereitstellung von höheren Bandbreiten ist der aus den Kooperationen entstehende qualitative Gewinn. Soll zusätzlich geltend gemacht werden, dass die Verbesserungswirkung in Kosteneinsparungen für die beteiligten Unternehmen besteht, so ist substantiiert zu belegen, in welcher Weise der Verbraucher hiervon profitiert (z.B. Preissenkungen). Dabei sind insbesondere die Merkmale und die Struktur des Marktes, die Art und das Ausmaß der Effizienzgewinne, die Elastizität der Nachfrage und das Ausmaß der Wettbewerbsbeschränkung zu prüfen.
- 79 Angemessen ist die Verbraucherbeteiligung, wenn die Weitergabe der Vorteile die tatsächlichen oder voraussichtlichen negativen Auswirkungen (der Wettbewerbsbeschränkung) mindestens ausgleicht.³⁰ Dies wird vorliegend hauptsächlich davon abhängen, wie viele Haushalte von der Verbesserung profitieren und höhere Bandbreiten beziehen können. Hierbei könnte auch berücksichtigt werden, ob diese höheren Bandbreiten bereits von einem Kabelnetzbetreiber angeboten werden. Die Verbraucherbeteiligung könnte dann unangemessen sein, wenn etwa die durch die Kooperation ermöglichten Anschlussprodukte zwangsweise mit weiteren Produkten gebündelt werden.
- 80 Bei der Beteiligung der DTAG an den Kooperationen sind im Rahmen der Angemessenheit darüber hinaus die negativen Wirkungen auf die Möglichkeiten des Infrastrukturwettbewerbs durch Dritte abzuwägen. Der Verbraucherbegriff im Sinne des § 2 GWB und Art. 101 Abs. 3 AEUV umfasst nämlich nicht nur den Endkonsumenten, sondern die von den Kooperationen jeweils betroffene Marktgegenseite.³¹ Von den Kooperationen betroffen sind jedoch auch die regulierten Vorleistungsmärkte. Inwieweit der Drittzugang bei den Kooperationen angemessen berücksichtigt wird, hängt von den konkreten Vereinbarungen ab. Negative Wirkungen können durch Zusagen beseitigt oder zumindest soweit abgemildert werden, dass sie gegenüber dem Verbrauchergewinn nicht mehr ins Gewicht fallen.

³⁰ Vgl. Kommission, ebd. Rn. 85.

³¹ Vgl. Kommission, ebd. Rn. 84.

c. Unerlässlichheit der Wettbewerbsbeschränkungen

- 81 Sind die ersten beiden Freistellungsvoraussetzungen erfüllt, so müssen die Unternehmen nachweisen, dass die Vereinbarung (zur Erreichung der Verbesserung) unerlässlich ist. Hierzu muss einerseits dargelegt werden, dass die gesamte Vereinbarung zur Erreichung der Verbesserungswirkungen bei der Warenverteilung oder –erzeugung unerlässlich ist und zweitens muss schlüssig belegt werden, dass jede der aus der Vereinbarung resultierenden Wettbewerbsbeschränkungen zur Erreichung der Verbesserungswirkungen unerlässlich ist.
- 82 Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn nachgewiesen wird, dass ohne eine Kooperation ein derartiger FTTx-Ausbau nicht stattfinden kann oder der Umfang solcher Ausbauaktivitäten ohne eine Kooperation erheblich geringer wäre. Damit das BKartA dies beurteilen kann, müssen insbesondere kritische Massen für den Netzausbau ermittelt werden. Die Unternehmen müssen plausibel darlegen, wie sie die kritischen Massen bestimmen und dies anhand detaillierter Unterlagen (z.B. Kostenunterlagen zur aktiven und passiven Technik, Entscheidungsvorlagen für die Geschäftsführung, Ausbaubauentscheidungen in anderen nicht von der Kooperation betroffenen Gebieten, Investitionsvolumina, Refinanzierungszeiträume) belegen.³²

d. Keine Ausschaltung des Wettbewerbs

- 83 Schließlich ist darzulegen, dass keine Ausschaltung des Wettbewerbs zu erwarten ist. Hierzu ist eine Gesamtwürdigung der Marktgegebenheiten vorzunehmen, die die Wettbewerbssituation vor der Vereinbarung mit der Wettbewerbssituation nach Abschluss der Vereinbarung vergleicht. Dabei gilt, je schwächer der Grad des Wettbewerbs vor dem Abschluss der Vereinbarung ist, desto eher kann es selbst bei geringen Wettbewerbsbeschränkungen zu einem Ausschluss des (Rest-)Wettbewerbs kommen.³³
- 84 Die Erfüllung dieser Freistellungsvoraussetzung hängt zunächst von den Beteiligten ab. Sofern die DTAG nicht an der Kooperation beteiligt ist, ist eine Ausschaltung des Wettbewerbs nicht zu erwarten. Wenn die DTAG beteiligt ist, ist aufgrund ihrer starken Marktstellung auf den hier betroffenen Märkten der Nachweis, dass kein Ausschluss des (Rest-)Wettbewerbs erfolgt, schwieriger. Denn die für den Ausschluss des Wettbewerbs bedeutsame Marktbeherrschungsschwelle³⁴ hat die DTAG nach bisherigen Erkenntnissen bereits vor den Vereinbarungen auf allen betroffenen Märkten überschritten. Zusätzliche Wett-

³² Vgl. Kommission, ebd, Rn. 76.

³³ Kommission, ebd., Rn.107.

³⁴ Vgl. Leitlinien der Kommission zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, Abl. C 3 vom 6.1.2001, S. 2 ff., Rn. 36, 105.

bewerbsbeschränkungen mit bedeutenden Wettbewerbern können zur Absicherung ihrer marktbeherrschenden Position insbesondere auch gegenüber den Kabelnetzbetreibern führen, die nicht selten in den betroffenen Regionen ihr eigenes Netz bereits ohne Kooperation mit Wettbewerbern ausgebaut haben werden.

- 85 Andererseits kann hier zu berücksichtigen sein, dass die alternativen Teilnehmernetzbetreiber möglicherweise in den betroffenen Gebieten nur in Kooperation mit der DTAG in der Lage sind, FTTX-Dienste anzubieten, so dass für eine längerfristige Sicht Marktaustritte oder Beschränkungen der Aktivitäten der Teilnehmernetzbetreiber – wenn auch auf Kosten des Infrastrukturwettbewerbs – verhindert werden könnten.
- 86 Die Unternehmen müssen bei diesem Prüfungspunkt darlegen, wieso die Marktstruktur und das Marktverhalten gegen eine Ausschaltung des Wettbewerbs bzw. gegen die Absicherung der Marktposition der DTAG auf den betroffenen Märkten sprechen. Insbesondere bei parallelen Ausbaukonzepten wird der Nachweis regelmäßig leichter fallen, da nach der Vereinbarung in den von der Kooperation betroffenen Gebieten zwei Netze (bis zum MFG) zur Verfügung stehen. Unabhängig von der Form der Kooperation wird die Ausschaltung des (Rest-)Wettbewerbs bei Beteiligung der DTAG jedenfalls dann unwahrscheinlicher, wenn das von der Kooperation betroffene Gebiet relativ klein ist. In diesem Fall dürfte in der Regel nicht zu erwarten sein, dass die Kooperation in einem kleinen Gebiet die Marktposition der DTAG bezogen auf den bundesweiten Markt spürbar absichert.
- 87 Für alle Freistellungsvoraussetzungen gilt, dass im Rahmen einer kartellrechtlichen Prüfung seitens des BKartA das bloße Vortragen der Freistellungsvoraussetzungen nicht ausreicht. Vielmehr müssen konkrete und nachvollziehbare Nachweise geführt werden, die sich auf Kalkulationen, innerbetriebliche Entscheidungsvorlagen, Studien, Business Cases oder dergleichen stützen.
- 88 Zur Erfüllung der Freistellungsvoraussetzungen könnte gegebenenfalls nötig sein, Verpflichtungszusagen der Beteiligten entgegenzunehmen (z.B. betreffend den Zeitplan des HVt-Rückbaus oder den Drittzugang auch in Netzteilen nicht regulierter Unternehmen).
- 89 Freigestellte Kartelle gemäß § 2 GWB bzw. Art. 101 Abs. 3 AEUV sind in jedem Fall Normadressaten des § 20 Abs. 1 GWB, d.h. auch Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen, die nicht selbst marktbeherrschend oder relativ marktmächtig sind, unterliegen mit der Freistellung dem Behinderungs- und Diskrimi-

nierungsverbot des § 20 GWB. Im vorliegenden Kontext des Glasfaserausbaus bedeutet dies vor allem, dass Dritten ein diskriminierungsfreier Zugang zu den Telekommunikationsinfrastrukturen gewährt werden muss.

3. Fusionskontrolle

- 90 Sofern im Rahmen von Kooperationen zum Ausbau von Glasfasernetzen Gemeinschaftsunternehmen gegründet werden sollen, sind diese – wenn kontrollpflichtig – sowohl nach der Fusionskontrolle als auch nach § 1 GWB, Art. 101 Abs. 1 AEUV zu prüfen. Die Prüfung nach § 1 GWB, Art. 101 Abs. 1 AEUV erfolgt nach den oben dargelegten Grundsätzen.
- 91 Die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens dürfte in aller Regel einen Zusammenschluss im Sinne der deutschen Fusionskontrolle darstellen. Nach § 37 Abs. 1 GWB liegt ein Zusammenschluss u.a. vor beim Erwerb der unmittelbaren oder mittelbaren Kontrolle über ein Unternehmen (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB) und beim Erwerb von Anteilen an einem Unternehmen, wenn die Summe der an dem Unternehmen gehaltenen Anteile 25% der Anteile erreicht oder überschreitet (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 a) und b) GWB). Nach § 35 Abs. 1 GWB ist ein Zusammenschluss kontrollpflichtig, wenn die beteiligten Unternehmen insgesamt im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss weltweite Umsatzerlöse von mehr als 500 Mio. Euro erzielten und mindestens ein beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als 25 Mio. Euro und ein weiteres beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als 5 Mio. Euro erzielte. Ausgenommen von der Kontrollpflicht sind Fusionen, die unter die De-Minimis-Klausel (§ 35 Abs. 2 Nr. 1 GWB) oder die Bagatellmarktklausel (§ 35 Abs. 2 Nr. 2 GWB) fallen.
- 92 Sofern die Schwellen von Art. 1 Abs. 2 oder 3 der Europäischen Fusionskontrollverordnung (FKVO)³⁵ überschritten werden, wäre für die Fusionskontrollprüfung die Europäische Kommission zuständig. Nach der FKVO stellt allerdings nur die Gründung eines sogenannten Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens³⁶ – eines Gemeinschaftsunternehmens, das auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt – einen Zusammenschluss dar (Art. 3 Abs. 4 FKVO).

³⁵ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L24 vom 29.01.2004, S. 1ff.

³⁶ Zur Definition des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens siehe ausführlich Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 43 vom 21.02.2009, S. 10ff., RZ. 91ff.

- 93 Das BKartA muss einen Zusammenschluss untersagen, wenn er zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt (§ 36 Abs. 1 GWB). Einen Ermessensspielraum gibt es insoweit nicht. Dies gilt auch für Zusammenschlüsse im Zusammenhang mit Kooperationen zum Ausbau von Glasfasernetzen. Die Prüfung erfolgt nach den üblichen Grundsätzen der Fusionskontrolle. Für Gemeinschaftsunternehmen ohne Beteiligung der DTAG dürfte regelmäßig nicht zu erwarten sein, dass ihre Gründung zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanschlüsse oder einem der betroffenen Vorleistungsmärkte führt. Solche Fälle können voraussichtlich häufig bereits in der ersten Prüfungsphase freigegeben werden.
- 94 Bei Kooperationen, an denen die DTAG beteiligt ist, muss berücksichtigt werden, dass das Unternehmen nach den Feststellungen der BNetzA auf den hier betroffenen Märkten über beträchtliche Marktmacht verfügt, was einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des Kartellrechts weitgehend entspricht. Im Rahmen der deutschen Fusionskontrolle werden an die Verstärkung einer bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellung nur geringe Anforderungen gestellt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs genügt bei Märkten mit einem hohen Konzentrationsgrad bereits eine geringfügige Beeinträchtigung des verbliebenen oder potenziellen Wettbewerbs.³⁷ Es ist deshalb wahrscheinlich, dass die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens mit einem anderen Telekommunikationsunternehmen zur Verstärkung der marktbeherrschenden Stellungen der DTAG auf den Endkundenmärkten für Breitbandanschlüsse und den Vorleistungsmärkten für Bitstromzugang und TAL-Zugang führen würde.
- 95 Zusammenschlüsse, die zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen, können trotzdem freigegeben werden, wenn die beteiligten Unternehmen nachweisen, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und dass diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen („Abwägungsklausel“, § 36 Abs. 1 2. Halbsatz GWB). Die Verbesserungswirkungen müssen struktureller Natur sein und auf anderen Märkten eintreten als denjenigen, in denen die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung festgestellt wird. Dass bei Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens für den Glasfaserausbau solche Verbesserungswirkungen eintreten könnten, die die Untersagung des Zusammenschlusses abwenden könnten, ist unwahrscheinlich. Die bisher

³⁷ Bundesgerichtshof, Beschluss EON/Eschwege vom 11. November 2008, KVR 60/07, WuW/E DE-R 2451, Rz. 61.

betrachteten Verbesserungswirkungen wären alle auf denselben Märkten zu erwarten, auf denen auch die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung anzunehmen wäre. In Frage kämen hier allenfalls Verbesserungen auf dem Markt für die Belieferung von Endkunden mit Fernseh- und Rundfunksignalen, auf denen die Kabel-Regionalgesellschaften über starke Marktpositionen verfügen. Es ist allerdings zweifelhaft, ob mögliche Verbesserungswirkungen auf diesen Märkten durch ein verbessertes IPTV-Angebot der Kooperationspartner die zu erwartenden Verschlechterungen auf den Breitbandendkundenmärkten und Vorleistungsmärkten überwiegen würden.

- 96 Sofern ein Zusammenschluss im Zusammenhang mit Breitbandausbaukooperationen vom BKartA wegen seiner negativen Wettbewerbswirkungen untersagt werden müsste, besteht unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit, beim Bundesminister für Wirtschaft und Technologie einen Antrag auf Ministererlaubnis zu stellen. Im Gegensatz zum BKartA muss der Minister für Wirtschaft und Technologie seine Beurteilung des Zusammenschlusses nicht ausschließlich auf wettbewerbliche Gesichtspunkte stützen. Er kann einen Zusammenschluss ausnahmsweise auch dann erlauben, wenn im Einzelfall die Wettbewerbsbeschränkung von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses aufgewogen wird oder der Zusammenschluss durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist.

Abkürzungsverzeichnis

ADSL	Asymmetric Digital Subscriber Line, Breitbandanschlusstechnik
DSLAM	Digital Subscriber Line Access Multiplexer, Abschluss des Zugangsnetzes
EVz	Endverzweiger
FTTB	Fibre to the Building/Basement, Glasfaserausbauvariante
FTTC	Fibre to the Curb/Cabinet, Glasfaserausbauvariante
FTTH/D	Fibre to the Home/Desk, Glasfaserausbauvariante
FTTx	Sammelbezeichnung für die verschiedenen Glasfaserausbauvarianten
HFC	Hybrid Fiber Coax, Technik für Fernsehkabelnetze
HVt	Hauptverteiler
IPTV	Internet Protocol Television
ISP	Internet-Serviceprovider
KVz	Kabelverzweiger
MFG	Multifunktionsgehäuse
NGA	Next Generation Access
PoP	Point of Presence, Übergabepunkt zum Backbonenetz
TAL	Teilnehmeranschlussleitung, „letzte Meile“
VDSL	Very High Speed Digital Subscriber Line, Breitbandanschlusstechnik
xDSL	Sammelbezeichnung für die verschiedenen DSL-Varianten

Aufbau eines Breitbandnetzes:

