



Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

1. Telekom Deutschland GmbH

Landgrabenweg 151

53227 Bonn

– Beteiligte zu 1. –

Verfahrensbevollmächtigte:

WilmerHale

Friedrichstraße 95

10117 Berlin

2. EWE Aktiengesellschaft

Tirpitzstraße 39

26122 Oldenburg

– Beteiligte zu 2. –

Verfahrensbevollmächtigte:

DLA Piper UK LLP

Augustinerstraße 10

50667 Köln

3. 1&1 Telecom GmbH

Elgendorfer Straße 57

56410 Montabaur

– Beigeladene zu 1. –

Verfahrensbevollmächtigte:

Freshfields Bruckhaus Deringer

Feldmühleplatz 1

40545 Düsseldorf

4. Deutsche Glasfaser Holding GmbH

Am Kuhm 31
46325 Borken

– Beigeladene zu 2. –

Verfahrensbevollmächtigte:

Baker & McKenzie

Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuer-
beratern mbB

Neuer Zollhof 2

40221 Düsseldorf

5. Telefónica Germany GmbH & Co. OHG

Georg-Brauchle-Ring 50
80992 München

– Beigeladene zu 3. –

Verfahrensbevollmächtigte:

Milbank, Tweed, Hadley & McCloy LLP

Maximilianstraße 15

80539 München

6. Vodafone GmbH

vertreten durch ihre Geschäftsführer
Ferdinand-Braun-Platz 1
40549 Düsseldorf

– Beigeladene zu 4. –

7. vitroconnect GmbH

Hülsbrockstraße 21
33334 Gütersloh

– Beigeladene zu 5. –

Verfahrensbevollmächtigte:

Panienka Rechtsanwälte

Am Bach 20

33602 Bielefeld

8. Tele Columbus AG
Kaiserin-Augusta-Allee 108
10553 Berlin

– Beigeladene zu 6. –
Verfahrensbevollmächtigte:
Morrison & Foerster LLP
Potsdamer Platz 1
10785 Berlin

zur Prüfung der Vereinbarkeit der die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens beinhaltenden Zusammenarbeit der Beteiligten bei der Errichtung und dem Betrieb von FTTB/H-Netzen im Nordwesten Deutschlands mit dem deutschen Kartellverbot gemäß § 1 GWB hat die Beschlussabteilung am 04.12.2019 beschlossen:

1. Die von den Beteiligten zu 1. und 2. mit Schriftsatz vom 10.10.2019 angebotenen und im Anhang zu diesem Beschluss aufgeführten Verpflichtungszusagen sind bindend.
2. Das Verfahren wird nach Maßgabe des § 32 b Absatz 1 Satz 2 GWB eingestellt.
3. Diese Verfügung ist entsprechend Ziffer D.4.2 und Ziffer D.4.3 der Verpflichtungszusage befristet.
4. Die Gebühr für das Verfahren einschließlich dieser Entscheidung beträgt € [...],- (in Worten: [...] Euro) und wird den Beteiligten zu 1. und 2. als Gesamtschuldnern auferlegt.

Gründe

A. Sachverhalt

- (1) Die Telekom Deutschland GmbH („TDG“ bzw. „Telekom“) und die EWE AG („EWE“) beabsichtigen, beim Bau und Betrieb eines Glasfasernetzes bis zum Endkunden im Versorgungsgebiet der EWE im Nordwesten Deutschlands im Rahmen eines Gemeinschaftsunternehmens zusammenzuarbeiten.

I. Beteiligte Unternehmen

- (2) TDG ist eine 100%ige Tochter der Deutschen Telekom AG („DTAG“). Die TDG betreibt in Deutschland ein flächendeckendes Telekommunikationsnetz (im Folgenden für Telekommunikation auch „TK“), über das sie nahezu alle hier relevanten Endkunden (Privatkunden und Geschäftskunden mit privatkundenähnlichem Bedarf) erreichen kann. Auf Basis dieses Netzes bietet sie ihren Endkunden Breitbandanschlüsse an. Darüber hinaus stellt sie dritten TK-Unternehmen, die keine bzw. nur teilweise eigene Infrastruktur besitzen, verschiedene Vorleistungen zur Verfügung, mit denen diese auf den Endkundenmärkten im Wettbewerb zur Telekom ebenfalls Breitbandanschlüsse anbieten können.
- (3) EWE, ein im Nordwesten Deutschlands tätiges Versorgungsunternehmen im Eigentum kommunaler Gebietskörperschaften, bietet in seinem regionalen Versorgungsgebiet auch TK-Dienstleistungen an. In ihrem Tätigkeitsgebiet im Nordwesten Deutschlands ist EWE neben dem Kabelnetzbetreiber Vodafone der wesentliche Wettbewerber der TDG beim Angebot von Breitbandanschlüssen für Endkunden. Sie verfügt in ihrem Versorgungsgebiet weitgehend über eigene TK-Infrastruktur. Allerdings ist EWE auf der sog. „letzten Meile“ zwischen Verteilerkasten und Endkunden, teilweise schon ab dem Hauptverteiler auf die Nutzung der Infrastruktur der TDG angewiesen.

II. Verfahren

- (4) Am 31.03.2019 ist das Vorhaben beim Bundeskartellamt als Fusion angemeldet worden. Nachdem die Beschlussabteilung das Vorhaben von Beginn parallel auch mit Blick auf das Kartellverbot gemäß § 1 GWB geprüft hatte, hat sie mit Schreiben vom 13.06.2019 förmlich ein Verfahren nach § 1 i. V. m. § 32 GWB unter dem gleichen Aktenzeichen eingeleitet. Auf ihren Antrag hin wurden Vodafone, Telefónica, 1&1, Tele Columbus, Deutsche Glasfaser

und vitroconnect zu dem Verfahren beigelegt. Allen Verfahrensbeteiligten wurden die Anmeldung, Stellungnahmen und weitere Unterlagen regelmäßig zur Akteneinsicht übersandt, sobald diese in einer um Geschäftsgeheimnisse bereinigten Fassung vorlagen. Mit Schreiben vom 15.11.2019 wurde die gesamte Akte in einer um Geschäftsgeheimnisse bereinigten Fassung nochmals allen Verfahrensbeteiligten übermittelt.

- (5) Außerdem wurden die Verfahrensbeteiligten auch mündlich angehört. Bereits am 10.05.2019 hat die Beschlussabteilung den Beteiligten in einem ersten „State of Play“-Meeting die wesentlichen Ergebnisse der bis dahin erfolgten Ermittlungen sowie die darauf basierenden wettbewerblichen Bedenken erläutert und skizziert, unter welchen Voraussetzungen das Vorhaben nach vorläufiger Beurteilung durch die Beschlussabteilung wettbewerbsrechtlich zulässig sein dürfte. Am 04.06.2019 haben die Beteiligten einen ersten Entwurf für ein Zusageangebot eingereicht. Nachdem dieser Entwurf auf Anregung der Beschlussabteilung mehrfach konkretisiert und verbessert worden ist, wurde schließlich am 10.10.2019 formell ein Angebot für Verpflichtungszusagen eingereicht, welches ab dem 14.10.2019 einem Markttest unterzogen worden ist. Am 15.11.2019 erhielten die Verfahrensbeteiligten im Rahmen des rechtlichen Gehörs Gelegenheit zur Stellungnahme zu der beabsichtigten Entscheidung und in diesem Zusammenhang auch elektronisch Einsicht in die Verfahrensakte. Mit Schreiben vom 29.11.2019 bzw. 02.12.2019 haben die Beteiligten und – mit Ausnahme von Tele Columbus – jeweils auch die Beigeladenen inhaltlich zu dem Entscheidungsentwurf Stellung genommen.

III. Relevante Marktverhältnisse im Überblick

- (6) In Deutschland nimmt die Nachfrage nach Internetanschlüssen mit höheren Bandbreiten zwar stetig zu und die herkömmlichen, zumindest auf der „letzten Meile“ zwischen Verteilerkasten und Endkunden noch kupferbasierten TK-Netze dürften in einigen Jahren im Hinblick auf die Bedarfsdeckung an ihre Grenzen stoßen. Dennoch ist bundesweit bislang vergleichsweise wenig Glasfaser bis zum Endkunden ausgebaut worden. Ein wesentlicher Grund für die zu beobachtende Zurückhaltung dürfte sein, dass die aktuelle Nachfrage nach gigabitfähigen Breitbandanschlüssen und damit auch eine entsprechende Zahlungsbereitschaft sehr gering sind. Gleichzeitig stehen dieser mäßigen Nachfrage erhebliche Kosten für den erforderlichen Netzausbau gegenüber.
- (7) Je nach Höhe der erforderlichen Ausbaukosten und der Siedlungsdichte der potentiellen Abnehmer unterscheidet sich die Attraktivität von potentiellen Ausbaugebieten für FTTB/H-

Netze. Außer in urbanen Gebieten mit hoher Siedlungsdichte lohnt sich der Glasfaserausbau zwischen Verteilerkasten und Endkunden insbesondere aufgrund der sehr hohen Tiefbaukosten in der Regel nur für einen einzigen TK-Anbieter auf dem Massenmarkt. In sehr ländlichen Gegenden kann selbst der Ausbau eines Netzes ohne Förderung unwirtschaftlich sein.

- (8) Haben in Zukunft aufgrund der zu erwartenden Bedarfssteigerung zwei oder mehr Unternehmen in einer Region die Absicht, hier in Glasfaser zu investieren, ist davon auszugehen, dass sich zwischen diesen ausbauwilligen Unternehmen ein gewisser Wettbewerb um den Ausbau der attraktivsten Gebiete entwickeln wird. Denn ist ein Gebiet bereits durch Glasfaser bis zum Endkunden erschlossen, ist ein Überbau dieses Netzes durch einen weiteren Anbieter in der Regel nicht zu erwarten. Wer zuerst ausbaut, hat die Endkunden- bzw. Vorleistungsnachfrage nach höheren Bandbreiten schon weitgehend durch sein Netz abgedeckt („First-Mover-Advantage“).
- (9) Neben den Betreibern von Telekommunikationsnetzen bieten auch die Betreiber von ursprünglich der TV-Versorgung dienenden Kabelnetzen breitbandigen Internetzugang an. Sie realisieren durch den Ausbau ihrer HFC-Netze inzwischen auch vergleichsweise hohe Bandbreiten und sind eine wesentliche Alternative zu den über Telekommunikationsnetze verfügbaren Internetzugängen. Allerdings sind HFC-Netze bislang nicht flächendeckend errichtet worden. Insbesondere Endkunden im ländlichen Raum können über HFC-Netze häufig nicht erreicht werden.
- (10) Die TDG hat sich in den vergangenen Jahren mit dem Ausbau von Glasfaseranschlüssen eher zurückgehalten. Ein Grund hierfür ist, dass sie die derzeit bestehende Nachfrage nach höheren Bandbreiten noch sehr weitgehend durch ihre bestehende, „auf der letzten Meile“ kupferbasierte Infrastruktur bedienen kann. Bis zu einem gewissen Grad sind ihr – zumindest kurzfristig – noch relativ kostengünstig weitere Bandbreitensteigerungen auf der Basis ihrer Bestandsinfrastruktur möglich. Solange sie die Bandbreitennachfrage noch über ihre vorhandenen Netze abdecken kann, hat die TDG einen eher geringen Anreiz, hohe Investitionen in die Errichtung von FTTB/H-Netzen parallel zu ihrem flächendeckenden Bestandsnetz zu tätigen.
- (11) Grundsätzlich hat allerdings auch die Telekom ein großes Interesse daran, ihre Wettbewerbsvorteile als wesentliche Infrastrukturbetreiberin durch den Ausbau eines eigenen Glasfasernetzes abzusichern und zu verhindern, dass ihre Kunden irgendwann auf ein konkurrierendes, leistungsfähigeres Wettbewerbernetz wechseln. Dementsprechend hat sie

unter anderem gegenüber Investoren angekündigt, verstärkt in den Ausbau von glasfaserbasierten Netzen (FTTB, FTTH und WTTH¹) zu investieren. Ab 2021 soll der Ausbau pro Jahr bundesweit 2 Millionen Haushalte umfassen. Zumindest mittelfristig dürften sich ihre Ausbauanreize vor allem auf Gebiete richten, wo ein konkurrierendes Kabelnetz vergleichsweise kostengünstig hochgerüstet und gigabitfähig gemacht werden und dadurch erheblichen Wettbewerbsdruck ausüben kann. Außerhalb von Kabelgebieten werden ihre Ausbauanreize derzeit im Wesentlichen nur in Reaktion auf entsprechende Vorstöße von Wettbewerbern (wie EWE) steigen, die durch einen eigenen Netzausbau (FTTC, FTTB oder FTTH) die Marktstellung der TDG bereits erfolgreich angegriffen haben oder aber diese künftig gefährden könnten.

- (12) EWE hat Ende 2016 ihrerseits konkret angekündigt, in ihrem Versorgungsgebiet 1,2 Milliarden Euro in den FTTB/H-Ausbau zu investieren und diesen Ausbau entsprechend begonnen. Sie hat in diesem Gebiet etwa 1/3 der Haushalte mit einem eigenen FTTC-Netz erschlossen, verfügt bereits über eine substantielle Marktstellung auf dem Endkundenmarkt und hat daher signifikant höhere Anreize, FTTB/H-Netze im Kooperationsgebiet zu errichten und damit ihre bereits bestehende Stellung auf dem Endkundenmarkt dauerhaft abzusichern bzw. weiter auszubauen.

IV. Die Kooperation

- (13) EWE und TDG beabsichtigen, ihre Aktivitäten im Hinblick auf den Ausbau von FTTB/H-Netzen im Versorgungsgebiet der EWE (**Kooperationsgebiet**) nicht mehr selbständig zu verfolgen, sondern diesbezüglich zusammenzuarbeiten. Sie streben an, innerhalb von 10 Jahren insgesamt bis zu 1,5 Mio. Haushalts- und Unternehmensstandorte (**HHUStO**) auszubauen. Zu diesem Zweck wollen sie gemeinsame Kontrolle an einem neu zu gründenden Gemeinschaftsunternehmen, der Glasfaser Nordwest GmbH & Co. KG (**Glasfaser Nordwest**), erwerben, die eine Glasfasernetzinfrastruktur im Versorgungsgebiet der EWE planen, bauen und betreiben wird. Sie soll den Muttergesellschaften und Dritten Layer-2-Bitstromzugang und möglicherweise auch weitere Vorleistungsprodukte wie Layer-3-Bitstromzugang anbieten. Die Tätigkeit der Glasfaser Nordwest umfasst auch die Teilnahme an Förderverfahren. Grundsätzlich wird sie keine Leistungen an Endkunden absetzen. Auch

¹ WTTH = Wireless to the Home.

der weitere Ausbau und der Betrieb der (teilweise kupferbasierten) Bestandsnetze der Beteiligten sind von der Kooperation ausgenommen.

- (14) Im Rahmen ihrer Kooperation haben sich die Beteiligten auf ein Verfahren zur Festlegung der jeweiligen Ausbaugebiete und eine Obergrenze für die Ausbaukosten je HHUStO geeinigt. Die Ausbaugebiete der ersten Jahre wurden in einer initialen Ausbauliste bereits festgelegt. Für die Folgejahre werden unter Berücksichtigung der Prioritäten der Muttergesellschaften ein Teil der Ausbaugebiete in einer Shortlist und im Übrigen kurzfristig bestimmt.
- (15) Der konkrete FTTB/H-Netzausbau erfolgt im Wesentlichen durch die Muttergesellschaften. Hierzu haben sich die Beteiligten auf einen internen Verteilungsmechanismus geeinigt.
- (16) In der Anfangsphase übernimmt EWE den Betrieb des passiven Netzes und TDG den Betrieb des aktiven Netzes. Die Funktionsherrschaft über das Netz und die damit verbundene Stellung als Netzbetreiber soll das Gemeinschaftsunternehmen innehaben. Es ist vorgesehen, dass die Glasfaser Nordwest nach der Anfangsphase selbst wholesale-fähig wird, d.h. den Betrieb des aktiven und passiven Netzbetriebs sicherstellt und ihre Vorleistungen über eine einheitliche Schnittstelle an ihre Wholesale-Kunden übergibt. Hierzu soll insbesondere eine IT-Infrastruktur errichtet werden, die das gesamte Vorleistungsangebot abdeckt und an Vorleistungskunden übergibt. Auch nach der Anfangsphase kann das Gemeinschaftsunternehmen Dritte, insbesondere die Muttergesellschaften mit dem Betrieb des aktiven und passiven Netzes beauftragen. Unabhängig davon soll auch die TDG in der Lage sein, nach der Anfangsphase Vorleistungen von der Glasfaser Nordwest über dieselbe Schnittstelle zu beziehen.
- (17) Hauptprodukt der Glasfaser Nordwest wird ein Layer 2-Bitstromzugang sein, für das regionale und investitionsabhängige Preisdifferenzierungen vorgesehen sind. Dritte sollen das Produkt im Rahmen eines Kontingentmodells zu identischen Konditionen beziehen können wie die Muttergesellschaften. Darüber hinaus ist ein Einzelabnahmemodell vorgesehen.
- (18) Die Beteiligten haben ein Wettbewerbsverbot im Hinblick auf die Tätigkeit der Mutterunternehmen vereinbart. Es umfasst in sachlicher Hinsicht die der Glasfaser Nordwest ausschließlich zugewiesenen Tätigkeiten, d.h. insbesondere den Ausbau und Betrieb des Netzes und den Vertrieb von über dieses Netz bereitgestellten Vorleistungen sowie die Beteiligung an Förderverfahren. Telekom und EWE dürfen hier nach dem Kooperationsvorhaben also außerhalb des Gemeinschaftsunternehmens nicht mehr eigenständig tätig werden.

B. Wettbewerbliche Bedenken

- (19) Die Kooperation zwischen EWE und Telekom im Hinblick auf den Glasfaserausbau wird nach vorläufiger Beurteilung der Beschlussabteilung spürbare Wettbewerbsbeschränkung auf den Vorleistungsmärkten für den lokalen und den zentralen Zugang, auf dem Endkundenmarkt sowie auf dem Fördermarkt im Kooperationsgebiet bewirken und ist nicht gemäß § 2 GWB freigestellt.
- (20) Durch die Zusammenarbeit im Gemeinschaftsunternehmen vermeiden die Telekom und EWE den geschilderten Investitionswettbewerb im Hinblick auf den Glasfaserausbau im Kooperationsgebiet. Es ist ohne die Verpflichtungszusagen auch zu erwarten, dass Wettbewerber, die derzeit im Kooperationsgebiet eigene Glasfaserausbauprojekte betreiben, durch die Kooperation der beiden stärksten Wettbewerber von weiteren Wettbewerbsvorstößen abgeschreckt würden. Ohne die Verpflichtungszusagen wäre infolgedessen eine Verlangsamung und Verringerung des Glasfaserausbaus im Kooperationsgebiet zu erwarten, was wiederum die Angebotsbreite und -qualität auf den Vorleistungsmärkten und dem Endkundenmarkt verschlechtern würde. Zudem wird sich der Ausbau tendenziell in urbanere Gebiete mit hoher Kabelnetzabdeckung verlagern.
- (21) Außerdem müssten Vorleistungsnachfrager ohne die Verpflichtungszusagen damit rechnen, zu schlechteren Bedingungen Vorleistungen zu beziehen, als dies bei einem individuellen Netzausbau der Fall wäre. Bei einer Kooperation können die beiden Parteien im Kooperationsgebiet einen Großteil der Nachfrage selbst bedienen, weshalb ihre Anreize, dritten Vorleistungsnachfragern, die auf dem Endkundenmarkt im Wettbewerb mit ihnen stehen, Zugang zu ihrem neuen Glasfasernetz zu gewähren, geringer ist. Dies dürfte insgesamt gesehen zu höheren Endkundenpreisen führen. Schließlich würde der Bieterwettbewerb zwischen Telekom und EWE auf den Ausschreibungsmärkten weitgehend wegfallen.

I. Anwendbarkeit des Kartellverbotes nach § 1 GWB

- (22) Nach vorläufiger Beurteilung fällt das Gesamtvertragswerk bestehend aus dem Joint Venture Vertrag vom 08.03.2019 und den zusammen damit abgeschlossenen weiteren Vereinbarungen, das unter anderem die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens vorsieht, vollständig in den Anwendungsbereich des Kartellverbotes gemäß § 1 GWB.
- (23) Der Anwendungsbereich des Kartellverbotes wird vorliegend nicht dadurch ausgeschlossen, dass die in der Vereinbarung der Beteiligten vorgesehene Gründung des Gemeinschaftsunternehmens auch einen anmeldepflichtigen Zusammenschluss gemäß § 37 GWB

darstellt. Ob die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens allein der Fusionskontrolle oder aufgrund der Auswirkungen auf die Marktverhältnisse - wie hier - auch dem Kartellverbot unterliegt, ist unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Einzelfalls aufgrund einer Gesamtbetrachtung der wirtschaftlichen Zusammenhänge und Auswirkungen zu beantworten.² Als kartellrechtsneutral gilt danach im Sinne einer Abgrenzungshilfe nur ein rein konzentratives Gemeinschaftsunternehmen, das sämtliche Funktionen eines selbständigen Unternehmens wahrnimmt, marktbezogene Leistungen erbringt und nicht ausschließlich oder überwiegend auf einer vor- oder nachgelagerten Stufe für die Muttergesellschaft sowie nicht auf demselben Markt wie die Mütter tätig ist.³

- (24) Das Gemeinschaftsunternehmen erfüllt keine der genannten Voraussetzungen. Es wird nur teilweise mit den für seine Tätigkeit erforderlichen Ressourcen ausgestattet und auch nur sehr begrenzt marktbezogene Leistungen erbringen. Stattdessen soll es im Kernbereich seiner Tätigkeit von Leistungen seiner Mütter abhängig bleiben und auf den nachgelagerten Marktstufen fast ausschließlich für seine Mütter tätig sein. Das Gemeinschaftsunternehmen wird dabei auch auf denselben Vorleistungsmärkten für den lokalen und den zentralen Zugang zu festnetzbasierendem Internet tätig sein wie seine Mütter, die außerdem auch auf dem nachgelagerten Endkundenmarkt Wettbewerber sind.
- (25) Es sind sämtliche Auswirkungen der Vereinbarung der Beteiligten, welche die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens umfasst, auf den betroffenen Märkten nach §§ 1, 2 GWB zu bewerten. Für eine teilweise Privilegierung des Vorhabens der Beteiligten lässt sich vorliegend nicht einwenden, dass die Vereinbarung der Beteiligten eine Verschmelzung oder sonstige Zusammenlegung von bereits bestehenden Unternehmen zu einer wirtschaftlichen Einheit zum Gegenstand hätte, die als solche nicht unter § 1 GWB fällt.⁴ Denn eine Zusammenführung von Unternehmen oder Unternehmensteilen im Gemeinschaftsunternehmen haben die Parteien nicht vereinbart.
- (26) Das Gemeinschaftsunternehmen hat für die Beteiligten im Wesentlichen eine Koordinierungsfunktion. Insbesondere die für die Planung und den eigentlichen Ausbau erforderlichen Ressourcen werden die Beteiligten weiterhin getrennt voneinander jeweils bei sich

² BGH, Beschluss vom 04.03.2008, KVZ 55/07 – Nord-KS, Rn. 14..

³ BGH, Beschluss vom 08.05.2001, KVR 12/99 – Ost-Fleisch, Rn. 30 m.w.N. (zitiert nach juris).

⁴ Vgl. BGH, Beschluss vom 08.05.2001, KVR 12/99 – Ost-Fleisch, Rn. 34 m.w.N. (zitiert nach juris).

vorhalten. Gleichzeitig ist das Gemeinschaftsunternehmen explizit gehalten, auf die außerhalb des Gemeinschaftsunternehmens verbleibenden wettbewerblichen und strategischen Interessen der Mütter Rücksicht zu nehmen. Umgekehrt ist auch bei der Ausübung ihrer Leitungsmacht mit einer gegenseitigen Rücksichtnahme der Mütter zu rechnen.

- (27) Das europäische Kartellverbot gemäß Artikel 101 AEUV ist auf das Vorhaben hingegen nicht anwendbar. Die Kooperation ist nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten spürbar zu beeinträchtigen.⁵ Die Zusammenarbeit der Beteiligten hat lediglich regionale Bedeutung. Die vom Gemeinschaftsunternehmen angebotenen festnetzbasierten Dienstleistungen haben zwangsläufig einen ortsbezogenen Charakter. Die wirtschaftliche Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens ist auch nur auf einen Teil Nordwestdeutschlands beschränkt. Das Kooperationsgebiet umfasst weniger als 10 % der deutschen Haushalte und damit nur einen verhältnismäßig kleinen Teil des Bundesgebietes.

II. Vereinbarung

- (28) Das Gesamtvertragswerk stellt eine Vereinbarung im Sinne von § 1 GWB dar.
- (29) Nach dem Gesamtvertragswerk haben die Beteiligten vor, ihre vielfältigen wettbewerblichen und strategischen Interessen bezogen auf den FTTB/H-Ausbau im Kooperationsgebiet und dessen Rückwirkungen auf ihre jeweilige Wettbewerbssituation und Ertragslage auf den relevanten Märkten zu koordinieren und zu diesem Zweck ein Gemeinschaftsunternehmen zu gründen.
- (30) Gegenstand der Verhaltenskoordination ist unter anderem, ob und in welchem Umfang sie in den Glasfaserausbau investieren, die Auswahl der Ausbaugebiete, der Einsatz und die Vergütung der grundsätzlich bei den Müttern verbleibenden (und im Gemeinschaftsunternehmen nicht zusammengeführten) Ressourcen der Beteiligten und die Bedingungen, zu denen die Mütter (und ggf. Dritte) die vom Gemeinschaftsunternehmen künftig bereit gestellten Vorleistungen beziehen können.

⁵ Vgl. auch Europäische Kommission, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABl. C 101 vom 27.4.2004, S. 81.

- (31) Zur Absicherung ihrer künftigen Zusammenarbeit haben die Beteiligten ein umfassendes vertragliches Wettbewerbsverbot bezüglich des Geschäftsgegenstands des Gemeinschaftsunternehmens vereinbart. Danach dürfen die Beteiligten innerhalb des Kooperationsgebietes keine auf den Massenmarkt ausgerichteten FTTB/H-Netze mehr errichten oder betreiben, um Vorleistungs-, Privat- und/oder Gewerbekunden anzubinden. Ausgenommen sind dedizierte Übertragungswege unter andere zur Anbindung großer Geschäftskunden oder von Mobilfunkstandorten. Das Wettbewerbsverbot bezieht sich auf das gesamte Kooperationsgebiet und damit insbesondere auch auf solche Gebiete, in denen das Gemeinschaftsunternehmen von einem Ausbau absehen wird. Es schließt die Beteiligung an Förderverfahren ein. Ausgenommen ist jedoch der weitere Ausbau und Betrieb der teilweise kupferbasierten Bestandsnetze. Insoweit bleiben die Mutterunternehmen im Kooperationsgebiet weiter zumindest formal unabhängig voneinander auf den betroffenen Vorleistungs- und Endkundenmärkten tätig.

III. Wettbewerbsbeschränkung

- (32) Die Vereinbarung einschließlich der danach vorgesehenen Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens bewirkt nach vorläufiger Beurteilung der Beschlussabteilung im Sinne von § 1 GWB spürbar eine Wettbewerbsbeschränkung auf dem Endkundenmarkt (dem Massenmarkt für den festnetzbasieren Internetzugang), dem lokalen und dem zentralen Zugangsmarkt sowie dem Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau.

1. Betroffene Märkte

a) Massenmarkt (Endkundenmarkt) für den festnetzbasieren Internetzugang

- (33) Die Beschlussabteilung geht bei ihrer vorläufigen Beurteilung auf der Endkundenebene – wie die Europäische Kommission und die Bundesnetzagentur – von einem einheitlichen Markt für den festnetzbasieren Internetzugang aus. Der Massenmarkt für den festnetzbasieren Internetzugang umfasst alle Angebote, die sich an Privatkunden und Geschäftskunden mit privatkundenähnlichen Anforderungen richten, nicht jedoch Breitbandanschlüsse für Dienste höherer Qualität. Er ist nicht weiter nach Anschlusstechnologien oder Datenübertragungsraten zu unterteilen.
- (34) Der relevante Massenmarkt für festnetzbasieren Internetzugänge ist räumlich auf das Kooperationsgebiet beschränkt. Das verfahrensgegenständliche Vorhaben der Beteiligten

wirkt sich in erster Linie im Kooperationsgebiet aus. Die für die kartellrechtliche Beurteilung maßgeblichen Wettbewerbsbedingungen sind dabei innerhalb des Kooperationsgebietes hinreichend homogen und unterscheiden sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen. Die maßgeblichen Wettbewerbsbedingungen sind innerhalb des Kooperationsgebietes neben der TDG wesentlich durch die regional flächendeckende Präsenz von EWE als maßgeblicher Infrastrukturbetreiberin, Anbieterin und Nachfragerin von Vorleistungsprodukten sowie Anbieterin von Endkundenprodukten und der davon ausgehenden wettbewerblichen Dynamik geprägt. Außerhalb des Kooperationsgebietes ist die kommunal verwurzelte EWE bislang hingegen nicht in relevanter Weise in Erscheinung getreten.

b) Vorleistungsmarkt für den lokal bereitgestellten Zugang

- (35) Auf der Vorleistungsebene ist nach der vorläufigen Beurteilung der Beschlussabteilung der Vorleistungsmarkt für den lokal bereitgestellten Zugang zu festnetzbasieren Breitbandanschlüssen von dem Vorleistungsmarkt für den zentral bereitgestellten Zugang zu festnetzbasieren Breitbandanschlüssen abzugrenzen.
- (36) Der lokale Zugangsmarkt umfasst insbesondere den in jüngerer Zeit stark an Bedeutung gewinnenden (virtuellen) Layer 2-Bitstromzugang zu DSL- und FTTB/H-Breitbandanschlüssen und auch den (physischen) Zugang zur kupferbasierten Teilnehmeranschlussleitung für ADSL-Anschlüsse mit vergleichsweise geringen Bandbreiten. Bei dem Layer 2-Bitstromzugang betreibt der Vorleistungsanbieter von der Schnittstelle beim Endkunden (Teilnehmeranschlusseinheit) über das Anschluss- und Aggregationsnetz bis hin zu einer regionalen Übergabeschnittstelle die gesamte Anschlussinfrastruktur selbst und übergibt den Datenverkehr erst dort an den Vorleistungsnachfrager. Der Vorleistungsnachfrager hat somit keinen eigenen direkten Zugriff auf die passive Infrastruktur, sondern übernimmt lediglich den Datenverkehr des Endkunden.
- (37) Die Layer 2-Bitstromzugänge zu glasfaserbasierten und zu kupferbasierten Breitbandanschlüssen sind aus Sicht der Vorleistungsnachfrager auf absehbare Zeit funktionell miteinander austauschbar. Soweit zwischen kupferbasierten und glasfaserbasierten Anschlussinfrastrukturen Leistungs- und Qualitätsunterschiede bestehen, führt dies nicht zu einer weiteren Unterteilung der Märkte. Insoweit ist das Nachfrageverhalten der Endkunden maßgeblich.

- (38) Vorleistungen für kabelbasierte Breitbandanschlüsse sind nicht in den lokalen Zugangsmarkt einzubeziehen, da die Kabelnetzbetreiber jedenfalls auf dem lokalen Zugangsmarkt keine Vorleistungen anbieten. Der indirekte Wettbewerbsdruck, der von den Kabelnetzbetreibern auf dem Endkundenmarkt ausgeht und über den Endkundenmarkt wiederum auf den lokalen Zugangsmarkt einwirkt, ist nicht schon bei der Marktabgrenzung, sondern erst im Rahmen der wettbewerblichen Würdigung zu berücksichtigen.
- (39) Räumlich ist der relevante Vorleistungsmarkt für den lokalen Zugang nach der vorläufigen Beurteilung der Beschlussabteilung – aus den im Kern gleichen Erwägungen wie der relevante Massenmarkt für den festnetzbasierter Internetzugang – für die Zwecke der kartellrechtlichen Beurteilung des Vorhabens auf das Kooperationsgebiet zu beschränken.

c) Vorleistungsmarkt für den zentral bereit gestellten Zugang

- (40) Von dem lokalen Zugangsmarkt ist der zentrale Zugangsmarkt abzugrenzen. Der zentrale Zugangsmarkt umfasst jedenfalls den Layer 3-Bitstromzugang zu kupferbasierten und glasfaserbasierten Breitbandanschlüssen und dürfte künftig auch den Layer 3-Bitstromzugang zu kabelbasierten Breitbandanschlüssen umfassen.⁶
- (41) Anders als beim Layer 2-Bitstromzugang übergibt der Vorleistungsanbieter den Layer 3-Bitstrom nicht mehr auf Transportebene in der Nähe des Kunden, sondern auf der Diensteebene an einem oder mehreren zentralen Übergabepunkten weiter weg vom Endkunden. Abgesehen von den beim Bitstromzugang auf Layer 3 im Vergleich zum Bitstromzugang auf Layer 2 bestehenden Einschränkungen bei der Produktgestaltung und Wertschöpfungstiefe setzt ein Layer 2-Bitstromzugang eine erhebliche Anpassungsleistung der Vorleistungsnachfrager in Form der zusätzlichen Erschließung der entsprechenden lokalen bzw. regionalen Übergabepunkte voraus. Die Mehrzahl der Vorleistungsnachfrager von Layer 3-Bitstromzugang ist dabei weder technisch noch mangels eines hinreichend großen Nachfragevolumens in der Lage, einen Layer 2-Bitstromzugang in Anspruch zu nehmen.

⁶ Für die Zwecke der kartellrechtlichen Prüfung hat die Beschlussabteilung auch Resale-Produkte in den Markt einbezogen. Hiervon abweichend schließt die BNetzA diese Produkte aus, weil sie bei der Marktabgrenzung von den nachgelagerten Endkundenmärkten ausgeht und Vorleistungsmärkte unter besonderer Berücksichtigung der Möglichkeiten von Vorleistungsnachfragern zu Produktdifferenzierungen auf den Endkundenmärkten definiert. Dies führt zum Ausschluss reiner Resale-Produkte.

- (42) Während die Kabelnetzbetreiber in der Vergangenheit schlechthin keinen Zugang zu ihren Kabelnetzen anboten, hat Vodafone aktuell gegenüber der Europäischen Kommission zugesagt, nach der Übernahme des Kabelnetzes von Unitymedia Telefónica einen Layer 3-Bistromzugang zu gewähren. Insoweit wäre künftig auch der Layer 3-Bitstromzugang zu kabelbasierten Breitbandanschlüssen in den zentralen Zugangsmarkt einzubeziehen und jedenfalls im Rahmen der wettbewerblichen Würdigung bereits jetzt als potentieller Wettbewerb zu berücksichtigen. Der indirekte Wettbewerbsdruck, der von den Kabelnetzbetreibern auf dem Endkundenmarkt ausgeht und über den Endkundenmarkt wiederum auf den zentralen Zugangsmarkt einwirkt, ist wie schon bei dem lokalen Zugangsmarkt nicht schon bei der Marktabgrenzung, sondern erst im Rahmen der wettbewerblichen Würdigung zu berücksichtigen.
- (43) Der zentrale Zugangsmarkt ist nach vorläufiger Beurteilung aus den im Kern gleichen Erwägungen wie bereits der Massenmarkt als auch der lokale Zugangsmarkt ebenfalls auf das Kooperationsgebiet zu beschränken.

d) Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau im Kooperationsgebiet

- (44) Die Kooperation der Beteiligten betrifft schließlich den Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau im Kooperationsgebiet. Auf diesem stehen sich die Kommunen als Nachfrager und die Telekommunikationsunternehmen als Anbieter der ausgeschriebenen Leistung (Bau und/oder Betrieb eines Breitbandnetzes) gegenüber. Nach vorläufiger Beurteilung sind die künftig im Kooperationsgebiet zu erwartenden Förderverfahren für den Ausbau und Betrieb von Breitbandinfrastruktur hinreichend gleichartig, um sie in sachlicher und räumlicher Hinsicht zu einem einheitlichen Markt zusammenzufassen. Künftige Förderverfahren werden sich voraussichtlich überwiegend auf den Ausbau gigabitfähiger Netze richten und im Kooperationsgebiet auch bieterseitig hinreichend homogenen Wettbewerbsbedingungen unterliegen. Dabei ist mit einer Beteiligung von EWE als einer das Marktgeschehen im Kooperationsgebiet prägenden Teilnehmerin nur innerhalb des Kooperationsgebietes zu rechnen. Die Wettbewerbsbedingungen unterscheiden sich insoweit von denen außerhalb des Kooperationsgebietes. Entsprechend wirkt sich die Zusammenarbeit der Beteiligten nach vorläufiger Beurteilung auch nur innerhalb des Kooperationsgebietes aus.

2. Markt für den lokal bereitgestellten Zugang

- (45) Die Vereinbarung einschließlich der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens bewirkt nach vorläufiger Beurteilung auf dem Markt für den lokal bereitgestellten Zugang spürbar eine Wettbewerbsbeschränkung.

a) Marktverhältnisse

- (46) TDG und EWE sind auf Basis ihrer bereits bestehenden kupferbasierten und teilweise bereits glasfaserbasierten Anschlussinfrastrukturen Wettbewerber auf dem lokalen Zugangsmarkt.
- (47) Die TDG betreibt im Kooperationsgebiet ein flächendeckendes glasfaserbasiertes Backbone-Netz, an das alle ihre Hauptverteiler im Kooperationsgebiet angeschlossen sind (FTTN), sowie ein flächendeckendes kupferbasiertes Anschlussnetz. Darüber hinaus hat sie knapp zwei Drittel der Haushalte und Unternehmensstandorte mit FTTC erschlossen und genießt hierfür ein regulatorisch abgesichertes ausschließliches Nutzungsrecht für den Einsatz von Vectoring oberhalb von 2,2 MHz. Unterhalb von 2,2 MHz können ihre Vorleistungsnachfrager die kupferbasierte Teilnehmeranschlussleitung auch beim Einsatz von Vectoring weiterhin zur Realisierung weniger leistungsfähiger ADSL-Anschlüsse nutzen.
- (48) Auf dem lokalen Zugangsmarkt bietet die TDG auf Basis ihrer bestehenden Anschlussinfrastruktur sowohl einen physischen Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung als auch einen virtuellen Layer 2-Bitstromzugang an. Gegenwärtig erreicht sie auf dem lokalen Zugangsmarkt einen Marktanteil [90-100]%. Alle anderen Anbieter einschließlich EWE verfügen nur über Marktanteile von jeweils unter [0-5]%. Nach vorläufiger Beurteilung verfügt die TDG im Kooperationsgebiet über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von § 18 Abs. 1 GWB.
- (49) EWE betreibt im Kooperationsgebiet ebenfalls ein flächendeckendes glasfaserbasiertes Backbone-Netz und hat alle Hauptverteiler der TDG im Kooperationsgebiet mit Glasfaser (FTTN) erschlossen. Gut ein Drittel der Haushalte und Unternehmensstandorte hat sie darüber hinaus mit FTTC erschlossen und genießt hierfür ein regulatorisch abgesichertes ausschließliches Nutzungsrecht für den Einsatz von Vectoring oberhalb von 2,2 MHz. Im Rahmen ihres FTTC-Ausbaus ist EWE auf die Nutzung der kupferbasierten Teilnehmeranschlussleitung der Telekom angewiesen. Unterhalb von 2,2 MHz können die Telekom und ihre Vorleistungsnachfrager die kupferbasierte Teilnehmeranschlussleitung der Telekom

auch beim Einsatz von Vectoring zur Realisierung weniger leistungsfähiger ADSL-Anschlüsse nutzen. Darüber hinaus hat EWE im Kooperationsgebiet mit Abstand die meisten Haushalte und Unternehmensstandorte mit FTTB/H erschlossen. Zu ihren bestehenden FTTC- und FTTB/H-basierten Breitbandanschlüssen bietet EWE aktuell Layer 2-Bitstromzugang an.

- (50) Die Beteiligten sind Wettbewerber auf dem lokalen Zugangsmarkt. Beide Unternehmen bieten im Kooperationsgebiet derzeit Dritten Vorleistungen vor allem auf Basis kupferbasierter Anschlussinfrastrukturen an.⁷ Zwar kann derzeit für einen spezifischen Endabnehmer unter dem Vectoringschutz nur von einem der beiden Unternehmen eine Vorleistung in höherer Qualität (>16 Mbit) erbracht werden. Die Beteiligten stehen sich allerdings auch heute schon flächendeckend in einem beschränkten Wettbewerbsverhältnis auf der Vorleistungsebene gegenüber. Denn jedenfalls die Telekom bietet basierend auf ihrem Bestandsnetz stets eine qualitativ beschränkte lokale Vorleistungsalternative (für ADSL basierte Breitbandanschlüsse) parallel zu den von EWE erschlossenen Anschlüssen an. Bei einem Glasfasernetzausbau sind zudem auch dieselben Endabnehmer durch parallele Leitungen erreichbar, so dass hier ggf. ein uneingeschränktes Wettbewerbsverhältnis zwischen den Beteiligten im Hinblick auf Vorleistungen höherer Qualität entsteht.
- (51) Im Übrigen stehen die Beteiligten im Hinblick auf den Glasfaserinvestitionswettbewerb in einem uneingeschränkten Wettbewerbsverhältnis zueinander. Diese Investitionen sind Voraussetzung für das Produktangebot auf dem lokalen Zugangsmarkt.
- (52) Nach vorläufiger Einschätzung der Beschlussabteilung würde die EWE ohne die Kooperation auf dem lokalen Zugangsmarkt ihre Stellung ausbauen und im Ausbau von FTTB/H-Netzen zukünftig insbesondere in Gebieten tätig werden, in denen nicht sie selbst, sondern die TDG eine eigene FTTC-Infrastruktur besitzt. Um eine hinreichende Auslastung zur Amortisierung der Investitionen sicherzustellen, müsste sie hier in größerem Umfang Vorleistungen an Dritte absetzen bzw. derzeitige Endkunden insbesondere der Telekom abwerben. Auch in Gebieten, in denen die EWE bereits Vectoring auf FTTC-Basis anbietet, verliert TDG durch einen FTTB/H-Ausbau der EWE Umsätze auf den Vorleistungs- und Endkundenmärkten, allerdings auf niedrigerem Niveau. Die FTTB/H-Investitionsentschei-

⁷ Der tatsächliche Absatz der EWE auf diesem Markt ist bislang allerdings noch gering, zu den Marktanteilen vgl. oben Rn. (48).

dungen der EWE haben somit direkte Auswirkungen auf die Telekom: Ein (qualitativ höherwertiger) Überbau der Telekom-Infrastruktur durch die EWE führt bei der Telekom voraussichtlich zu einem Rückgang der Vorleistungs- und Endkunden. Auch wird es für die Telekom hierdurch (wohl) dauerhaft unwirtschaftlich, in diesem Gebiet selbst das Netz zu ertüchtigen (FTTB/H Ausbau/Netzduplizierung).

- (53) Umgekehrt führen auch FTTB/H-Investitionen der Telekom in den FTTC-Gebieten der EWE zu Verlusten auf den Vorleistungs- und Endkundenmärkten für die EWE und verstetigen bzw. verbessern die Marktposition der Telekom dort zulasten der EWE.
- (54) Das jeweils schnellere Unternehmen wird über den durch den Ausbau verbesserten Kundenzugang voraussichtlich dauerhaft höhere Umsätze (auf Vorleistungs- und Endkundenebene) erzielen, das langsamere Unternehmen ist dauerhaft auf den Bezug von Vorleistungen angewiesen und muss sich mit geringeren Erlösen zufrieden geben. Dies wird dazu führen, dass die Unternehmen statt einer möglichst profitablen (langsameren) Ausbaustrategie eine beschleunigte (weniger profitable) Strategie wählen und bspw. auch eigene Netze überbauen, obwohl sie mit diesen noch attraktive Erlöse erzielen, wenn ein Überbau durch den Wettbewerber droht. Somit ist davon auszugehen, dass sich ohne die Kooperation in den nächsten Jahren ein gewisser Ausbauwettbewerb zwischen den Beteiligten ergeben würde, mit EWE als wesentlichem Treiber.
- (55) Der Ausbauwettbewerb würde zu einer Beschleunigung und Erweiterung der FTTB/H-Infrastrukturausdehnung führen und damit eine stetige qualitative Verbesserung des Angebots sowohl auf dem Endkunden- als auch auf dem Vorleistungsmarkt bedeuten. Denn beide Unternehmen haben ein hohes Interesse an einer zügigen Auslastung der neuen Infrastruktur, sofern sie parallel zu der FTTC-Infrastruktur des Wettbewerbers liegt, im anderen Fall zumindest längerfristig.
- (56) Darüber hinaus ergäbe sich aus dieser Wettbewerbssituation auch eine disziplinierende Wirkung bei der Setzung der Vorleistungspreise. Im Falle eines Überbaus der FTTC-Infrastruktur der Telekom mit FTTH/B durch EWE stehen Telekom und EWE in einem Wettbewerbsverhältnis sowohl direkt um einen Endkunden als auch mittelbar auf dem Vorleistungsmarkt hinsichtlich der potenziellen Anbindung dieses Kunden über ein drittes TK-Unternehmen. Das gleiche gilt für den umgekehrten Fall, der Folge des Ausbauwettbewerbs sein könnte. Dabei hätte insbesondere EWE hohe Anreize, ihre eigene Infrastruktur durch attraktive Vorleistungsangebote auszulasten.

- (57) Zwar sind TDGs wettbewerbliche Reaktionsmöglichkeiten jedenfalls im Hinblick auf ihre kupferbasierte Infrastruktur insoweit eingeschränkt, als sie die regulatorischen Vorgaben beachten muss und gegebenenfalls auch ihre bundesweite Strategie berücksichtigen wird. Dese Einschränkungen gelten jedoch nicht für EWE, die nicht reguliert und nur in dieser Region tätig ist. Darüber hinaus dürften die Verhaltensspielräume der TDG im Hinblick auf ein rein glasfaserbasiertes Netz größer sein, weil die diesbezüglichen regulatorischen Vorgaben voraussichtlich geringer ausfallen werden und es zudem noch kein entsprechendes bundesweites Angebot gibt.
- (58) Betreiber von Kabelnetzen wie insbesondere Vodafone sind auf dem lokalen Zugangsmarkt nicht tätig. Nach der Übernahme von Unitymedia kann Vodafone mit ihrem Kabelnetz im Kooperationsgebiet in gut der Hälfte der Haushalte und Unternehmensstandorte Breitbandanschlüsse realisieren. Auf dieser Basis ist Vodafone vor allem auf dem Endkundenmarkt tätig und bietet neuerdings in beschränktem Ausmaß auch auf dem zentralen Zugangsmarkt Vorleistungen an. Dadurch übt Vodafone in gewissem Ausmaß indirekten Wettbewerbsdruck auf die Beteiligten auf dem Vorleistungsmarkt für den lokalen Zugang aus.

b) Spürbar bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

- (59) Die nach der Vereinbarung zu erwartenden Verhaltenskoordinierung wirkt sich nach vorläufiger Beurteilung auf dem lokalen Vorleistungsmarkt in mehrfacher Hinsicht spürbar negativ auf maßgebliche Wettbewerbsparameter wie die Qualität sowie auf die Verfügbarkeit von glasfaserbasierten Breitbandanschlüssen und die Bedingungen aus, zu denen die Beteiligten den Zugang zu solchen Breitbandanschlüssen anbieten.
- (60) Um die Auswirkungen auf den Wettbewerb zu prüfen, ist der Wettbewerb so zu betrachten, wie er wahrscheinlich ohne die Vereinbarung bestanden hätte. Bei der Prüfung sind alle entscheidungserheblichen Umstände zu berücksichtigen. Hierzu gehört der konkrete Rahmen, in den sich die Koordinierungsmaßnahme einfügt, d.h. der wirtschaftliche und rechtliche Zusammenhang, in dem die betreffenden Unternehmen tätig sind, die Natur der betroffenen Waren und Dienstleistungen, die auf dem betreffenden Markt oder den betreffenden Märkten bestehenden tatsächlichen Bedingungen und die Struktur des Marktes oder dieser Märkte.
- (61) Der auf die Errichtung von Glasfaseranschlussinfrastrukturen gerichtete Ausbauwettbewerb im Kooperationsgebiet würde ohne eine Zusammenarbeit der Beteiligten maßgeblich von EWE als *First Mover* getrieben. Mittel- bis langfristig wäre zwischen den Beteiligten mit

einer deutlichen Zunahme des bereits jetzt erkennbaren Ausbauwettbewerbs zu rechnen. Über das Gemeinschaftsunternehmen koordinieren die Beteiligten ihre Ausbauproduktivitäten, wodurch der zwischen ihnen bestehende Ausbauwettbewerb wegfällt. Der durch eine weitere Ertüchtigung der Kabelnetze insbesondere von Vodafone ausgehende Ausbaudruck bleibt nach vorläufiger Beurteilung im Wesentlichen auf die historisch bedingt bereits mit Kabelinfrastruktur erschlossenen Gebiete beschränkt und kann den Wegfall des Wettbewerbs zwischen den Beteiligten nicht ausgleichen. Insgesamt gesehen dürfte sich dadurch die Errichtung von Glasfasernetzen im Kooperationsgebiet verlangsamen und verringern, wodurch sich die Verfügbarkeit von darauf basierenden Breitbandanschlüssen von hoher Qualität reduziert.

- (62) An die Stelle des Ausbauwettbewerbs tritt ein Koordinierungsmechanismus zur gemeinsamen Festlegung der Ausbaugebiete und Nutzung der bei den Müttern verbleibenden Planungs- und Baukapazitäten der Mütter, der durch ein umfassendes Wettbewerbsverbot abgesichert wird. Durch die explizit vereinbarte gemeinsame Festlegung der Ausbaugebiete legen die Beteiligten gemeinsam fest, wo und inwieweit ihre Bestandsinfrastruktur Wettbewerb durch die neue Infrastruktur ausgesetzt wird. Hierdurch verschieben sich die Ausbauproduktivitäten der Beteiligten.
- (63) Unilateral hätte sich der Glasfaserausbau durch EWE nach vorläufiger Einschätzung der Beschlussabteilung in erster Linie auf den Überbau der TDG-Bestandsinfrastruktur gerichtet, um sich durch ein eigenes Netz von den Vorleistungen der TDG unabhängig zu machen und um durch eine gegenüber der TDG-Bestandsinfrastruktur höhere Produktqualität ihre Stellung auf dem Vorleistungs- und Endkundenmarkt verbessern zu können. Nunmehr ist eine Koordinierung über den Umfang des Überbaus der jeweiligen Bestandsinfrastruktur der Beteiligten vorgesehen. Auch das Vorgehen gegenüber der Kabelinfrastruktur wird über die Zusammenarbeit im Gemeinschaftsunternehmen koordiniert. Dementsprechend ist zu erwarten, dass sich der gemeinsame Ausbau der Beteiligten vorrangig auf Kabelgebiete konzentrieren und so zu einer Verschiebung der Investitionen in urbanere Gebiete führen wird, in denen es historisch bedingt ein dichteres Kabelnetz gibt.
- (64) Gleichzeitig koordinieren die Beteiligten ihre Abwehrmaßnahmen gegen wettbewerbliche Vorstöße weiterer Dritter. Nach dem Gesamtvertragswerk ist ein erheblicher Anteil des jährlich vorgesehenen Ausbauvolumens ausdrücklich für die kurzfristige Reaktion auf wettbewerbliche Vorstöße Dritter vorgesehen. Diese Wettbewerber verfügen anders als die Beteiligten in den betreffenden Gebieten im Kooperationsgebiet in aller Regel weder über einen eigenen Kundenstamm noch über die erforderliche Backbone-Anbindung. Hier verfügen die

Beteiligten bereits ohne ihre Zusammenarbeit über strukturelle Vorteile. Durch ihre Zusammenarbeit koordinieren die Beteiligten, ob und inwieweit sie bei Bekanntwerden solcher Ausbauvorhaben Dritter wettbewerblich reagieren und ob sie diesen insbesondere durch die Ankündigung eines Eigenausbaus kurzfristig zuvor zu kommen versuchen. Durch die Koordinierung ihrer wettbewerblichen Abwehrmaßnahmen können die Beteiligten Vorstöße Dritter im Kooperationsgebiet wirksam abschrecken, was wiederum die Verfügbarkeit von glasfaserbasierten Breitbandanschlüssen im Kooperationsgebiet insgesamt gesehen verringern dürfte.

- (65) Schließlich lässt das Gesamtvertragswerk erwarten, dass die Beteiligten beim gemeinsamen Ausbau des FTTB/H-basierten Netzes Dritten Vorleistungen zu ungünstigeren Bedingungen gewähren, als dies insbesondere bei der Errichtung eines FTTB/H-Netzes durch EWE im Wettbewerb zur TDG der Fall wäre. Nach vorläufiger Beurteilung hätte bei einem unilateralen Ausbau wegen des Wettbewerbs durch bereits bestehende Infrastrukturen insbesondere EWE einen hohen Anreiz, Dritten zu angemessenen Konditionen Zugang zu seiner neu errichteten Infrastruktur zu gewähren, um die Amortisation der Netzinvestition über eine hinreichende Auslastung zu gewährleisten. Durch die Zusammenarbeit der im Kooperationsgebiet auf dem Endkundenmarkt starken Beteiligten sinken die Anreize, Dritten zu attraktiven Bedingungen Vorleistungsangebote auf dem neuen Netz zu machen, mit denen diese in einen intensiven Wettbewerb mit den Beteiligten auf dem Endkundenmarkt treten könnten. Gemeinsam erreichen die Beteiligten gemessen am Umsatz einen Anteil von durchschnittlich [60-70]% auf dem Endkundenmarkt, der insbesondere in vielen ländlich und halbstädtisch geprägten Gebieten noch deutlich darüber liegt. Auf Grund dieser starken Stellung auf dem Endkundenmarkt sind die Beteiligten in einer Kooperation weitaus weniger auf den Absatz von Vorleistungen angewiesen, um die Auslastung und Amortisation des neu errichteten Netzes langfristig sicherzustellen, als es bei einem nicht koordinierten Vorgehen der Fall wäre. Sie können dadurch auch den Wettbewerbsdruck durch auf Vorleistungen des Gemeinschaftsunternehmens angewiesene Anbieter auf dem Endkundenmarkt dämpfen.
- (66) Nach vorläufiger Einschätzung der Beschlussabteilung würde die Kooperation sich auch wettbewerbsdämpfend auf das kupferbasierte Vorleistungsangebot der Beteiligten auswirken. Denn die Beteiligten treten mit dem Angebot von Vorleistungen über die neu errichteten FTTB/H-Netze gleichsam in Wettbewerb zu ihren über die bestehenden, kupferbasierten Infrastrukturen angebotenen Vorleistungen. Es ist für sie wirtschaftlich zweckmäßig und

kaufmännisch vernünftig, auf Preiswettbewerb zum Vorleistungsangebot des Gemeinschaftsunternehmens und damit auch auf Preiswettbewerb untereinander weitgehend zu verzichten.

3. Markt für den zentral bereit gestellten Zugang

- (67) Die Vereinbarung einschließlich der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens bewirkt nach vorläufiger Beurteilung auf dem Markt für den zentral bereitgestellten Zugang spürbar eine Wettbewerbsbeschränkung.

a) Marktverhältnisse

- (68) TDG und EWE sind auf Basis ihrer bereits bestehenden kupferbasierten und teilweise glasfaserbasierten Anschlussinfrastrukturen Wettbewerber auf dem zentralen Zugangsmarkt.
- (69) Die TDG erreicht auf dem zentralen Zugangsmarkt einen Marktanteil von [70-80]% nach Absatz und [80-90]% nach Umsatz. EWE erreicht einen Marktanteil von [0-5]% nach Absatz und [0-5]% nach Umsatz. Auf Basis von Vorleistungen der TDG bietet insbesondere Vodafone zentralen Layer 3-Bitstromzugang zu Teilnehmeranschlüssen der TDG an und erreicht hiermit einen Marktanteil von [10-20]% nach Absatz und [10-20]% nach Umsatz. Vodafone bietet aktuell zwar noch keinen Layer 3-Bitstromzugang zu ihrem Kabelnetz an. Im Zuge der Übernahme von Unitymedia hat Vodafone jedoch gegenüber der Europäischen Kommission zugesagt, Telefónica begrenzt Layer 3-Bitstromzugang zu gewähren. Dies ist bereits heute zu berücksichtigen.
- (70) Nach vorläufiger Beurteilung verfügt die TDG im Kooperationsgebiet auch auf dem zentralen Zugangsmarkt über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von § 18 Abs. 1 GWB.

b) Spürbar bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

- (71) Die nach der Vereinbarung zu erwartenden Verhaltenskoordinierung wirkt sich nach vorläufiger Beurteilung aus den im Kern gleichen Erwägungen wie auf dem lokalen Vorleistungsmarkt auch auf dem zentralen Vorleistungsmarkt in mehrfacher Hinsicht spürbar negativ auf maßgebliche Wettbewerbsparameter wie die Qualität sowie auf die Verfügbarkeit von glasfaserbasierten Breitbandanschlüssen und die Bedingungen aus, zu denen die Beteiligten den Zugang zu solchen Breitbandanschlüssen anbieten. Insoweit kann auf die Ausführungen zum lokalen Vorleistungsmarkt verwiesen werden.

4. Massenmarkt (Endkundenmarkt) für den festnetzbasieren Internetzugang

- (72) Die Vereinbarung einschließlich der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens bewirkt nach vorläufiger Beurteilung auf dem Massenmarkt für den festnetzbasieren Internetzugang spürbar eine Wettbewerbsbeschränkung.

a) Marktverhältnisse

- (73) TDG und EWE sind direkte Wettbewerber auf dem Massenmarkt für den festnetzbasieren Internetzugang. Der Massenmarkt ist anbieterseitig hoch konzentriert. Die TDG ist sowohl nach Absatz als auch nach Umsatz der mit Abstand größte Anbieter. Zweitgrößter Anbieter war bis zur Übernahme von Unitymedia durch Vodafone EWE. Durch die Übernahme ist Vodafone mit EWE in etwa gleich gezogen. Schon TDG und EWE erreichen im Kooperationsgebiet auf dem Massenmarkt gemeinsam einen oberhalb der Oligopolvermutung des § 18 Abs. 5 Nr. 1 GWB liegenden Marktanteil von rund [50-60]% nach Absatz bzw. [60-70]% nach Umsatz. Auch Vodafone hat wie EWE im Vergleich zu allen nachfolgenden Wettbewerbern erhebliche Marktanteile in Höhe von etwa [20-30]% nach Absatz bzw. [20-30]% nach Umsatz. Den übrigen Anteil des Marktes teilen sich insbesondere 1&1, Telefónica und die Deutsche Glasfaser.

Tabelle: Massenmarkt für den festnetzbasieren Internetzugang

Anbieter	Absatz	Umsatz
TDG	[30-40]%	[30-40]%
EWE	[20-30]%	[20-30]%
Vodafone	[20-30]%	[20-30]%
- (davon kabelbasiert)	[20-30]%	[10-20]%
- (davon DSL-basiert)	[5-10]%	[0-5]%
1&1	[10-20]%	[10-20]%
Telefónica	[0-5]%	[0-5]%
Deutsche Glasfaser	[0-5]%	[0-5]%
Sonstige	< 2%	< 2%

- (74) Die Marktposition der Telekom im Kooperationsgebiet ist tatsächlich stärker, als es die Marktanteile widerspiegeln. Die Telekom kann nämlich ganz überwiegend auf ihre eigene Anschlussinfrastruktur zurückgreifen und ist somit – anders als die Mehrheit ihrer Wettbewerber – von Vorleistungen anderer Wettbewerber unabhängig. In Gebieten, in denen EWE Vectoringschutz genießt – dies betrifft ein gutes Drittel der Anschlüsse im Kooperationsge-

biet – kann die Telekom trotz der ihr auch dort nach wie vor gehörenden Teilnehmeranschlussleitung selbst allerdings nur noch weniger leistungsfähige ADSL-Breitbandanschlüsse realisieren, ohne Vorleistungen von EWE zu beziehen.

- (75) Für den überwiegenden Teil der Internetzugänge im Kooperationsgebiet ([70-80]% nach Absatz und [80-90]% nach Umsatz) wird derzeit die kupferbasierte Teilnehmeranschlussleitung der Telekom – entweder von ihr selbst oder von ihren Wettbewerbern – genutzt. Bereits damit vereint die Telekom einen ganz erheblichen Anteil der Wertschöpfung, die den auf dem Massenmarkt angebotenen Internetzugängen zu Grunde liegt, und vor allem auch der auf diesen Teil der Wertschöpfung entfallenden Margen auf sich. Die wesentlichen Unternehmen, die auf Basis der kupferbasierten Teilnehmeranschlussleitungen der Telekom Internetzugänge anbieten, sind neben der Telekom selbst EWE, Vodafone, 1&1 und Telefónica. Während Telefónica ausschließlich auf Basis der Layer 3-Resale-Vorleistungen auf dem Massenmarkt tätig ist, beruht die Marktstellung von 1&1 und Vodafone jedenfalls zum Teil auf Vorleistungen in Form von höherwertigen Layer 2-Bitstromprodukten bzw. der Teilnehmeranschlussleitung (TAL) der Telekom.
- (76) Die Marktstellung von EWE beruht überwiegend auf TAL-Vorleistungen der Telekom und zu einem Teil auf Telekom-Vorleistungen in Form von Layer 2-Bitstromprodukten. Damit verfügt EWE im Vergleich zu den anderen vorleistungsbasierten Wettbewerbern über einen erheblich größeren Anteil der Wertschöpfung, die ihrem Endkundenangebot zu Grunde liegt.
- (77) Nur ein Teil der Internetzugänge im Kooperationsgebiet ([20-30]% nach Absatz und [10-20]% nach Umsatz) beruht auf der Infrastruktur der Kabelnetzbetreiber, die – abgesehen von den Kabelkanälen – keine Infrastruktur der Telekom nutzen. Nach der Übernahme von Unitymedia ist Vodafone der maßgebliche Anbieter von kabelbasierten Internetzugängen.
- (78) Deutlich weniger als 5 % der Internetzugänge beruhen schon auf glasfaserbasierten Infrastrukturen, die ebenfalls nicht auf Vorleistungen der Telekom angewiesen sind. Die wesentlichen Anbieter glasfaserbasierter Internetzugänge im Kooperationsgebiet sind EWE und die Deutsche Glasfaser.

b) Spürbar bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

- (79) Die nach der Vereinbarung zu erwartenden Verhaltenskoordinierung wirkt sich nach vorläufiger Beurteilung aus den im Kern gleichen Erwägungen wie auf dem lokalen und dem zentralen Vorleistungsmarkt auch auf dem Endkundenmarkt in mehrfacher Hinsicht spürbar

negativ auf maßgebliche Wettbewerbsparameter wie die Qualität sowie auf die Verfügbarkeit von glasfaserbasierten Breitbandanschlüssen und die Bedingungen aus, zu denen die Beteiligten auf dem Massenmarkt Internetzugangprodukte anbieten.

- (80) Im Hinblick auf die Verringerung des Ausbauwettbewerbs zwischen den Beteiligten und durch Dritte und die daraus folgende geringere Verfügbarkeit von Internetanschlüssen mit hoher Qualität kann auf die Ausführungen zum lokalen Vorleistungsmarkt verwiesen werden.
- (81) Darüber hinaus beschränkt die Vereinbarung spürbar den direkten infrastrukturbasierten Wettbewerb zwischen bestehenden kupferbasierten und künftigen glasfaserbasierten Internetzugängen und lässt insoweit höhere Preise sowohl für kupferbasierte Internetzugänge als auch insbesondere für glasfaserbasierte Internetzugänge erwarten. Ohne die Zusammenarbeit der Beteiligten würde es auf dem Massenmarkt (wie in ähnlicher Form auch auf den Vorleistungsmärkten) zu einem perspektivisch zunehmenden direkten infrastrukturbasierten Wettbewerb kommen, der bereits im Vorfeld eines möglichen FTTB/H-Ausbaus wirksam werden kann. Nach vorläufiger Beurteilung würden die Beteiligten vorrangig die FTTC-Gebiete des jeweils anderen mit FTTB/H überbauen und damit in einen intensiven direkten infrastrukturbasierten Wettbewerb eintreten, um möglichst früh eine hinreichende Auslastung des neuen Netzes zu erreichen und – insbesondere aus Sicht der TDG – verlorene Kunden zurückzugewinnen. Dieser Wettbewerb wird nach vorläufiger Beurteilung bis auf weiteres relevant bleiben, da FTTC-Internetzugänge auf absehbare Zeit auch im Vergleich zu FTTB/H-Internetzugängen wettbewerbsfähig bleiben werden. Im Prinzip die gleichen Wirkungen sind zu erwarten, wenn ein Dritter ein FTTC-Netz der Beteiligten überbaut.
- (82) Die Beschlussabteilung geht nach vorläufiger Einschätzung davon aus, dass der potentielle direkte infrastrukturbasierte Wettbewerb zwischen den Beteiligten infolge der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens im Ergebnis spürbar gedämpft würde. Zwar wird es auch mit dem Gemeinschaftsunternehmen zu der Situation kommen, dass das Gemeinschaftsunternehmen FTTC-Infrastrukturen der Telekom oder der EWE mit FTTB/H überbaut. Jedoch ist weder im Vorfeld eines Ausbaus noch danach damit zu rechnen, dass die Mütter in einen ähnlich intensiven Wettbewerb eintreten würden, wie dies bei einem unilateralen Ausbau der Fall wäre.
- (83) Grund hierfür ist zunächst, dass beide Mütter jeweils anteilig an den über das Gemeinschaftsunternehmen zu erzielenden Gewinnen partizipieren. Sie werden bei ihrer jeweiligen

Strategie zur Maximierung ihrer Gesamterträge somit nicht nur die Gewinne berücksichtigen, die sie mit ihrer eigenen (FTTC-)Infrastruktur erwirtschaften, sondern auch diejenigen, die sie über die gemeinsame Infrastruktur erzielen können.

- (84) Abgesehen davon wird das Gemeinschaftsunternehmen tendenziell nur dort ausbauen können, wo sich sowohl Telekom als auch EWE mit dem Überbau ihrer jeweiligen Infrastrukturen einverstanden erklärt haben. Wenn eine der Mütter anschließend dann den Geschäftserfolg der neu ausgebauten Infrastruktur durch intensive Abwehrmaßnahmen zur Sicherung ihres jeweils eigenen Kundenstammes konterkariert, dürfte dies die zukünftige Einigungsfähigkeit und somit auch die Funktionsfähigkeit des Gemeinschaftsunternehmens stark beeinträchtigen. Daran haben beide Mütter kein Interesse, weshalb sie sich mit Rücksicht auf ihre Zusammenarbeit wahrscheinlich mit aggressiven, dagegen gerichteten wettbewerblichen Maßnahmen zurückhalten werden. Dementsprechend ist im Binnenverhältnis von Telekom und EWE nach vorläufiger Einschätzung zu erwarten, dass die Beteiligten ein gewisses implizites Grundverständnis über die Ansprache und die Behandlung von Bestandskunden dahingehend entwickeln und leben werden, die Bestandskunden des jeweils anderen nicht aggressiv abzuwerben.
- (85) Weiterhin ist nach vorläufiger Einschätzung davon auszugehen, dass sich der Wettbewerbsdruck durch Anbieter, die auf Vorleistungen angewiesen sind, infolge des Vorhabens verringert, was wiederum nachteilige negative Auswirkungen auf die Preise und weitere Konditionen der ohne das Vorhaben auf dem Endkundenmarkt angebotenen Internetzugangprodukte erwarten lässt. Wie dargestellt ist es für die Beteiligten bei einer Zusammenarbeit strategisch und unmittelbar wirtschaftlich sinnvoller, die Zugangskonditionen für Dritte so zu gestalten, dass der von deren Angebot ausgehende Wettbewerbsdruck auf dem Endkundenmarkt gedämpft wird, um so ihre eigene Stellung auf dem Endkundenmarkt abzusichern. Die Vorleistungsentgelte, welche Wettbewerbern zur Realisierung eigener Endkundenprodukte angeboten werden, haben einen bedeutenden Einfluss auf ihre wettbewerblichen Verhaltensspielräume im Massenmarkt. Da auf die bereitgestellten Bitstromprodukte ein Großteil der Wertschöpfung entfällt, bleibt der Gestaltungs- und Handlungsspielraum von Wettbewerbern ohne eigene Infrastruktur auf dem Endkundenmarkt beschränkt, insbesondere wenn TDG und EWE eine niedrige Marge auf dem Endkundenmarkt in Kauf nehmen und dafür ihre Renditeerwartungen durch eine gezielt erhöhte Marge auf Vorleistungsebene erzielen. Als Folge ergeben sich im Endkundenmarkt durch die höheren Vorleistungspreise des Gemeinschaftsunternehmens höhere Endkunden-Preise, da von dieser Marktebene keine substantiellen Wettbewerbsimpulse ausgehen können.

5. Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau

- (86) Die Vereinbarung einschließlich der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens bewirkt nach vorläufiger Beurteilung schließlich auch auf dem Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau im Kooperationsgebiet spürbar eine Wettbewerbsbeschränkung.

a) Marktverhältnisse

- (87) Nach vorläufiger Beurteilung ist EWE mit [50-60]% der in der Vergangenheit gewonnenen Lose eindeutig der stärkste Wettbewerber auf dem Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau im Kooperationsgebiet und TDG mit [20-30]% der gewonnenen Lose der zweitstärkste. Alle anderen Wettbewerber folgen mit deutlichem Abstand und sind zudem überwiegend in ihrem Tätigkeitsgebiet räumlich auf bestimmte Gemeinden begrenzt. Kein anderer Wettbewerber erreicht mehr als 5%.
- (88) Eine von der Beschlussabteilung durchgeführte Ausschreibungsanalyse ergab zudem, dass die Beteiligten auf dem relevanten Ausschreibungsmarkt gegenseitig als die engsten Wettbewerber anzusehen sind.
- (89) Der Erfolg der Beteiligten liegt nach vorläufiger Beurteilung in strukturellen Vorteilen gegenüber ihren Wettbewerbern begründet, die sich auf ihre individuelle Wirtschaftlichkeitslücke auswirkt. Anders als ihre Wettbewerber verfügen sie im Kooperationsgebiet bereits über eine flächendeckende Backbone-Infrastruktur und haben jeweils alle Hauptverteiler und darüber hinaus jeder einen wesentlichen Teil der Kabelverzweiger mit Glasfaser erschlossen. Die Beteiligten verfügen zudem insbesondere in den potentiellen Fördergebieten, in denen vor allem keine Kabelnetzbetreiber tätig sind, bereits über sehr hohe Marktanteile auf dem Massenmarkt für den festnetzbasierten Internetzugang. Insbesondere EWE verfügt schließlich über eine starke regionale Präsenz und politische Verankerung.

b) Spürbar bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

- (90) Die nach der Vereinbarung zu erwartende Verhaltenskoordinierung zwischen den beiden stärksten und zudem engsten Wettbewerbern auf dem relevanten Vorleistungsmarkt vergrößert nach vorläufiger Beurteilung die Verhaltensspielräume der Beteiligten bei der Beteiligung an künftigen Förderverfahren und wirkt sich in der Folge spürbar negativ auf das Bieterverhalten aus.

- (91) Die daraus resultierenden Marktwirkungen unterliegen vollständig dem Anwendungsbereich des Kartellverbots. Die Mutterunternehmen werden wegen des vereinbarten Wettbewerbsverbotes zukünftig zwar nicht mehr eigenständig an Ausschreibungen im Kooperationsgebiet teilnehmen und aus diesem Grund auf dem relevanten Markt nicht mehr tätig sein. Ohne das Wettbewerbsverbot blieben sie hierzu jedoch ohne weiteres in der Lage.
- (92) Dass die Beteiligten für die Zwecke ihrer Zusammenarbeit vereinbart haben, ein Gemeinschaftsunternehmen zu gründen, ändert an dieser Bewertung nichts. Denn es handelt sich lediglich um ein kooperatives Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen, das für die Beteiligten insbesondere in Bezug auf die Beteiligung an Förderverfahren im Wesentlichen eine Koordinierungsfunktion erfüllt. Das Gemeinschaftsunternehmen soll im Kernbereich seiner Tätigkeit sehr weitgehend von Leistungen seiner Mütter abhängig bleiben, nur sehr begrenzt marktbezogene Leistungen erbringen und auf den nachgelagerten Marktstufen fast ausschließlich für seine Mütter tätig sein.⁸ Wie bereits ausgeführt, haben die Beteiligten auch nicht vereinbart, Unternehmen oder Unternehmensteile im Gemeinschaftsunternehmen zusammenzulegen, was die Vereinbarung unter Umständen hätte privilegieren können.⁹ Die Beteiligten werden durch ihre Vereinbarung und die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens insbesondere nichts von ihrer Fähigkeit einbüßen, im Kooperationsgebiet FTTB/H-Netze auszubauen und sich dementsprechend an Förderverfahren zu beteiligen. Sie werden vielmehr über das Gemeinschaftsunternehmen ihre Ausbautätigkeit im Kooperationsgebiet auch im Hinblick auf Fördergebiete koordinieren. Der zwischen den Beteiligten vereinbarte Mechanismus zur Auswahl der Fördergebiete (vgl. bereits Rn. 62) erstreckt sich ausdrücklich auch auf den geförderten Ausbau und dient der Zuordnung ihrer jeweiligen Ressourcen, die sie ansonsten im Bieterwettbewerb um Fördermittel gegeneinander einsetzen müssten.
- (93) Unter vollständigem Ausschluss des ohne ihre Vereinbarung insoweit zwischen den Beteiligten bestehenden Wettbewerbs soll sich künftig ausschließlich das Gemeinschaftsunternehmen an Förderverfahren beteiligen. Die Unsicherheit bzw. die fehlende Information über das Verhalten der potentiellen Mitbieter sind wesentliche Wettbewerbselemente in Bieterverfahren. Der von Dritten punktuell ausgehende, nach vorläufiger Beurteilung eher schwache Wettbewerbsdruck reicht angesichts ihrer strukturellen Nachteile und größtenteils lo-

⁸ Siehe hierzu bereits Rn. (23) ff.

⁹ Siehe hierzu bereits Rn. (25) ff.

kalen Ausrichtung nicht aus, um den im Binnenverhältnis zwischen den Beteiligten wegfallenden Wettbewerb auch nur annähernd auszugleichen. Gemessen an den in der Vergangenheit gewonnenen Losen vereint das Gemeinschaftsunternehmen einen Anteil von [80-90]% auf sich. Angesichts der Dominanz, die durch die Zusammenarbeit der Beteiligten entsteht, ist auch damit zu rechnen, dass dritte Bieter entmutigt und von einer aufwändigen Teilnahme an künftigen Ausschreibungen im Kooperationsgebiet abgeschreckt werden.

IV. Wettbewerbsverbot keine notwendige Nebenabrede

- (94) Auch das von den Beteiligten vereinbarte Wettbewerbsverbot unterliegt uneingeschränkt dem Kartellverbot. Insbesondere handelt es sich bei dem Wettbewerbsverbot nicht um eine Nebenabrede, die für das Zustandekommen oder die Durchführung einer – für sich betrachtet – kartellrechtsneutralen Hauptmaßnahme funktionsnotwendig ist.¹⁰ Wie vorstehend bereits erläutert, ist die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens gemäß der Vereinbarung der Beteiligten nicht kartellrechtsneutral.
- (95) Der Bekanntmachung der Europäischen Kommission über notwendige Nebenabreden lässt sich nichts anderes entnehmen. Denn diese Bekanntmachung bezieht sich nur auf die Gründung eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens im Sinne von Artikel 3 Absatz 4 FKVO. Vorliegend haben die Parteien – wie bereits ausgeführt – die Gründung eines kooperativen Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmens vereinbart.

V. Freistellungsvoraussetzungen

- (96) Das Gesamtvertragswerk erfüllt nach vorläufiger Beurteilung nicht die Freistellungsvoraussetzungen gemäß § 2 GWB.
- (97) Nach vorläufiger Beurteilung haben die Beteiligten bereits nicht in nachvollziehbarer und nachprüfbarer Weise dargelegt, dass die Zusammenarbeit der Beteiligten zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung bzw. zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts (Effizienzgewinn) beiträgt. Die Beteiligten machen insoweit geltend, dass ihre Vereinbarung Effizienzvorteile in der Form von Kosteneinsparungen, einer durch die Teilung des Investitionsrisikos bedingten höheren Risikobereitschaft und einer Senkung des Auslastungsrisikos ermöglicht. Auch aus dem von der Beschlussabteilung

¹⁰ Vgl. EuGH, Urteil vom 11.09.2014, C-382/12 P – Mastercard, Rn. 89 ff.; BGH, Urteil vom 23.06.2009, KZR 58/07 – Gratiszeitung Hallo, Rn. 17 m.w.N.

ermittelten Sachverhalt haben sich keine substantiellen Anhaltspunkte für ihr Vorliegen ergeben.

1. Kosteneinsparungen

- (98) Anhand der Darlegungen der Beteiligten lässt sich nach vorläufiger Beurteilung nicht nachvollziehen, dass die Beteiligten bedingt durch ihre Zusammenarbeit in einem erheblichen Umfang Kosten einsparen würden.
- (99) Kosteneinsparungen wären noch am Ehesten durch einen Rückgriff auf im Anschlussbereich bereits bestehende Infrastruktur der beiden Mütter (wie insbesondere Leerrohrkapazitäten, Technikflächen und auch unbeschaltete Glasfasern) denkbar, jedenfalls sofern sie komplementär ist. Nach vorläufiger Beurteilung geht die Beschlussabteilung jedoch davon aus, dass die Zusammenarbeit der Beteiligten hier jedenfalls zu keinen erheblichen Kosteneinsparungen führen würde. Die Beteiligten erklären, dass der überwiegende Teil der Infrastruktur im Anschlussbereich vollständig neu errichtet und bereits bestehende Infrastruktur der Mütter dafür nur in einem beschränkten Umfang genutzt werden soll. Die Beteiligten wollen die betreffende Infrastruktur zudem nicht in das Gemeinschaftsunternehmen einbringen oder zu gleichen Bedingungen wie im Fall einer Selbstnutzung in ihre Kostenkalkulation einstellen, sondern dem Gemeinschaftsunternehmen zu kommerziellen und damit wahrscheinlich zu den gleichen Bedingungen vermieten, wie sie sie ohne ihre Zusammenarbeit möglicherweise auch einander oder Dritten einräumen würden. Darauf bestünde auf Basis des TKG unter Umständen sogar ein Rechtsanspruch. Etwaige nur durch die vorliegende Kooperation realisierbare Kosteneinsparungen durch den Rückgriff auf bereits bestehende Infrastruktur liegen damit jedenfalls nicht auf der Hand. Die Beteiligten haben sie auch nicht weiter substantiiert.
- (100) Die darüber hinaus geltend gemachten Kosteneinsparungen zum Beispiel bei der Nutzung von Planungs- und Baukapazitäten der Mütter sind nach vorläufiger Beurteilung ebenfalls schwer nachvollziehbar und werden von den Beteiligten auch nicht weiter substantiiert. Die Beteiligten legen ihre individuellen Planungs- und Bauressourcen nicht im Gemeinschaftsunternehmen zusammen, sondern halten sie weiterhin getrennt voneinander jeweils bei sich vor bzw. beschaffen sie weiterhin unabhängig voneinander.

2. Risikoteilung

- (101) Nach vorläufiger Beurteilung ist weiter fraglich, ob die von den Beteiligten geltend gemachte Teilung des Investitionsrisikos im vorliegenden Fall für sich genommen einen relevanten

Effizienzgewinn darstellt. Anders als bei sehr großen Investitionsvorhaben, bei denen das Volumen versunkener Kosten innerhalb relativ kurzer Zeiträume hoch sein kann, findet der FTTB/H-Ausbau in kleinen Teilabschnitten mit jeweils überschaubaren Investitionsvolumina und zudem gestreckt über einen sehr langen Zeitraum statt. Das mit dem Ausbau einzelner Teilgebiete verbundene Investitionsrisiko ist jedenfalls für die finanzstarken Beteiligten, die – anders als Wettbewerber – im gesamten Kooperationsgebiet im Backbone-Bereich auf eine flächendeckende Infrastruktur und eine das Ausbaurisiko begrenzende große Zahl an Bestandskunden zurückgreifen können, vergleichsweise gut beherrschbar. Mit der Zeit dürften die Beteiligten dieses Risiko auch immer besser einschätzen und ihre individuelle Ausbauplanung entsprechend besser aussteuern können.

- (102) Nach vorläufiger Beurteilung der Beschlussabteilung ist die wesentliche Quelle des Investitionsrisikos für die Beteiligten derzeit die Ungewissheit über die Entwicklung der Nachfrage nach höheren Bandbreiten und die damit verbundene Zahlungsbereitschaft. Diese sich aus dem technologischen Fortschritt und Konsumentenverhalten ergebenden Risiken werden durch die Kooperation nicht verändert.
- (103) Geht man als Kontrollüberlegung davon aus, dass die Beteiligten im Kooperationsgebiet sowohl bei einem Einzelausbau als auch bei einem gemeinsamen Ausbau jeweils die gleiche Summe investieren würden, bliebe prinzipiell auch das damit für sie individuell verbundene Investitionsrisiko gleich groß. Ein Effizienzvorteil liegt insoweit nicht auf Hand.

3. Senkung des Auslastungsrisikos

- (104) Anhand der Darlegungen der Beteiligten jedenfalls nicht ohne weiteres nachvollziehbar ist nach vorläufiger Beurteilung schließlich, dass und in welchem konkreten Umfang ihre Zusammenarbeit das wirtschaftliche Risiko senke, dass ein neu errichtetes FTTB/H-Netz nicht hinreichend ausgelastet werden könne, und sich die Investition damit besser rechne.
- (105) Die Beteiligten argumentieren, bei einem Einzelausbau wäre es für sie wirtschaftlich sinnvoll, ihre Bestandskunden – soweit vorhanden – so lange wie möglich auf der eigenen Infrastruktur zu halten und einen drohenden FTTB/H-Überbau durch einen Wettbewerber durch entsprechende wettbewerbliche Abwehrmaßnahmen nach Möglichkeit unwirtschaftlich zu machen. Durch die Zusammenarbeit der Beteiligten werde es hingegen wirtschaftlich sinnvoll, die eigenen Bestandskunden (Vorleistungs- und Endkunden) auf ein gemeinsam errichtetes FTTB/H-Netz zu migrieren.

- (106) Nach vorläufiger Beurteilung ist jedoch bereits fraglich, ob und in welchem Umfang eine höhere Renditeerwartung unter den vorliegenden Umständen als Effizienzvorteil anerkannt werden kann. Denn was die Beteiligten in der Sache geltend machen, ist ein Wegfall von Kosten, welche sie als Folge des zwischen ihnen zu erwartenden infrastrukturbasierten Wettbewerbs um die Vorleistungs- und Endkunden miteinander haben würden.¹¹
- (107) Tatsächlich ist es fraglich, inwieweit die Zusammenarbeit die Auslastung des neu errichteten FTTB/H-Netzes verbessert. Es kann für die Beteiligten wirtschaftlich sinnvoll sein, auch in einer Kooperation ihre Bestandskunden nach Möglichkeit auf der eigenen kupferbasierten Infrastruktur zu halten und sie nicht zu migrieren. Es bestehen nach vorläufiger Beurteilung auch mit der Zusammenarbeit erhebliche Gegenanreize, insbesondere bei der Telekom. Umgekehrt können auch ohne die Zusammenarbeit in der vorliegenden Form Anreize bestehen, wechselwillige Kunden auf ein Vorleistungsnachfragern offen stehendes FTTB/H-Netz eines Wettbewerbers zu migrieren. Den Beteiligten ist zuzugeben, dass sich ein funktionsfähiger Großhandelsmarkt für FTTB/H-basierte Vorleistungen erst noch herausbilden muss und die Zusammenarbeit daher jedenfalls kurzfristig in einem gewissen Umfang zu einer besseren Auslastung beitragen kann. Dass dies jedoch auch mittel- und langfristig eine wesentlich höhere Auslastung eines gemeinsam errichteten Netzes bedeutet, liegt jedoch jedenfalls nicht offensichtlich auf der Hand und ist von den Beteiligten auch nicht nachvollziehbar dargelegt worden. Selbst wenn die wettbewerbsbeschränkende Form der Zusammenarbeit der Beteiligten eine höhere Auslastung erwarten lässt, muss dies am Ende nicht notwendig den Anreiz erhöhen mehr FTTB/H auszubauen. Denn soweit sich der Ausbauanreiz bislang hauptsächlich aus dem Wettbewerbsdruck zwischen den Beteiligten und durch Dritte ergibt, der mit der Kooperation wegfällt bzw. wirksam vermindert wird, wird auch die Aussicht auf eine möglicherweise verbesserte Auslastung zu keiner Beschleunigung des Ausbaus führen.

C. Einstellung gemäß § 32 b GWB

- (108) Die Beschlussabteilung konnte in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens gemäß § 32 b GWB entscheiden, die von den Beteiligten mit Schreiben vom 10.10.2019 angebotenen und aus der Anlage ersichtlichen Verpflichtungen (einschließlich der am 03.12.2019 von

¹¹ Vgl. insoweit auch Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, Amtsblatt der Europäischen Union, 2004/101/08, Rn. 49.

den Beteiligten im Sharesite/Box-Ordner „B7-21-18 – Anlagen A.5.1.3 und A.5.1.4“ elektronisch bereitgestellten Anlagen A.5.1.3 und A.5.1.4¹²) für bindend zu erklären und das Verfahren nach Maßgabe des § 32 b Abs. 1 Satz 2 GWB einzustellen. Die angebotenen Verpflichtungen sind nach Einschätzung der Beschlussabteilung hinreichend geeignet, die nach vorläufiger Beurteilung mitgeteilten Bedenken auszuräumen. Die Verfügung war gemäß § 32 b Abs. 1 Satz 3 GWB auf die Dauer der angebotenen Verpflichtungen zu befristen. Das parallel geführte Fusionskontrollverfahren, das die nach der Vereinbarung der Beteiligten vorgesehene Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zum Gegenstand hat, bleibt von der Einstellung unberührt.

I. Ausbauzusage

- (109) Mit den Ausbauzusagen werden die vorläufigen sich aus §§ 1, 2 ergebenden wettbewerblichen Bedenken ausgeräumt, die sich aus der Beschränkung des Ausbauwettbewerbs ergeben.
- (110) Die Beteiligten verpflichten sich dazu, innerhalb der ersten vier Jahre der Kooperation konkrete Ausbauziele zu erreichen. Bis zum 31.12.2023 werden insgesamt mindestens 300.000 HHUStO als Homes Passed Plus durch das FTTB/H-Netz des Gemeinschaftsunternehmens erschlossen. Die Beteiligten sehen zwei Ausbauphasen vor. Bis zum 31.12.2021 („Ausbauphase I“) sollen 120.000 HHUStO und vom 01.01.2022 zum 31.12.2023 („Ausbauphase II“) sollen weitere 180.000 HHUStO ausgebaut werden.
- (111) Nach Einschätzung der Beschlussabteilung sind die nunmehr zugesagten Ausbauziele hinreichend, um während der Geltungsdauer der Zusagenentscheidung von 6 Jahren auf kartellbehördliche Eingriffe zu verzichten. Nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung überkompensiert die Zusage den zu erwartenden Rückgang des Netzausbaus durch die Beteiligten, der ansonsten in Folge der durch die Kooperation wesentlich verminderten Ausbauanreize zu erwarten wäre. Letztlich vergrößert sich aufgrund der Zusagen zugunsten der Verbraucher die Menge des auf den Vorleistungs- und Endkundenmärkten zur Verfügung stehenden Angebots hoher Qualität.

¹² Anlagen A.5.1.3 und A.5.1.4 bilden vollumfänglich Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Beteiligten.

- (112) Zu einer entsprechenden Bewertung der von den Beteiligten angebotenen Ausbauzusagen ist die Beschlussabteilung gelangt, indem sie sich zunächst an den öffentlichen Ankündigungen der Beteiligten zu ihren künftigen Investitionsvorhaben orientiert hat. Sie hat insoweit die Erklärung der TDG in ihrer Hauptversammlung 2018 berücksichtigt, ab 2020 bundesweit jährlich insgesamt zwei Millionen HHUStO mit Glasfaser erschließen zu wollen, sowie die öffentliche Ankündigung der EWE in 2016, über einen Zeitraum von 10 Jahren im Kooperationsgebiet ca. 1 Mio. HHUStO an das FTTB/H-Netz anzubinden, in ihre Bewertung einbezogen. Auch im Markttest haben einige der Befragten auf diese Ankündigungen verwiesen.¹³
- (113) Tatsächlich kann jedoch auf Grundlage dieser Ankündigungen nicht ohne weiteres auf den Umfang des ohne das Gemeinschaftsunternehmen zu erwartenden Ausbaus geschlossen werden. Bei den in den öffentlichen Ankündigungen genannten Zahlen handelt es sich nach Einschätzung der Beschlussabteilung nicht um die tatsächlich mit hinreichender Sicherheit bei einem unilateralen Ausbau im Kooperationsgebiet zu erwartenden Volumina. Vielmehr mussten diese im Hinblick darauf bewertet werden, dass solche öffentlichen Investitionsankündigungen nicht rechtsverbindlich sind bzw. auch faktisch nicht stets vollständig umgesetzt werden. Grundsätzlich stehen diese unter dem Vorbehalt, dass der tatsächliche Ausbau hinter solchen allgemeinen Ankündigungen zurückbleiben wird, soweit die Rentabilität konkret zu planender Investitionen nicht ausreichend gesichert scheint.
- (114) Dies gilt insbesondere für den Glasfaserausbau, bei dem auf Grund der nur langsam zunehmenden Nachfrage nach hohen Bandbreiten ein zu großes Investitionsvolumen mit erheblichen Risiken behaftet ist. Hinsichtlich der TDG war außerdem in Rechnung zu stellen, dass sie bislang die Nachfrage zu wesentlichen Teilen über ihre vorhandene kupferbasierte Netzinfrastruktur abdecken kann und ihr Anreiz zum Glasfaserausbau hierdurch zumindest kurz- bis mittelfristig gesehen von vornherein erheblich gedämpft ist.
- (115) Weiterhin handelt es sich jeweils um einseitige Ankündigungen eines Umfangs, der bei einer Prognose der konkreten, unilateralen Ausbauaktivitäten beider Unternehmen bezüglich derselben Region nicht ohne weiteres addiert werden kann. Denn die Ankündigungen dürften sich letztlich zumindest teilweise auf dieselben nur in begrenzter Anzahl existieren-

¹³ Vgl. etwa Antworten von Vodafone, Vitroconnect auf Frage B.2 des Fragebogens vom 14.10.2019.

den wirtschaftlich auszubauenden Gebiete bezogen haben. Da ein paralleler Ausbau derselben Haushalte in den meisten Fällen unrentabel ist, könnten die Unternehmen in dieser Region bei einem gleichzeitigen unilateralen Ausbau nicht dieselbe Anzahl an Haushalten wirtschaftlich ausbauen wie angekündigt.

- (116) Darüber hinaus waren wirtschaftliche Entwicklungen, die nach den Ankündigungen aufgetreten sind, in Rechnung zu stellen, die die Rentabilität der Investitionen beeinflussen. Insbesondere sind die für den Glasfaserausbau erforderlichen Tiefbaukosten, die bis zu 80% der Ausbaukosten ausmachen, in den letzten Jahren erheblich gestiegen, wodurch der Ausbau bestimmter Gebiete derzeit unrentabel geworden sein dürfte. Auch bei einem einseitigen Vorgehen dürften sich dadurch – anders als beispielsweise von Vodafone in ihrer Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf unterstellt¹⁴ – die Ausbauaktivitäten reduzieren.
- (117) Die Beschlussabteilung hat zur Prognose des individuellen Ausbaus der Beteiligten ohne die Kooperation weiterhin die im Business Case der Kooperation vorgesehenen Ausbauziele herangezogen. Die Beschlussabteilung hat dabei berücksichtigt, dass es sich nicht um Mengen handelt, die bei einem individuellen Ausbau verwirklicht worden wären. Sie wurden dennoch betrachtet, weil es sich im Gegensatz zu den einseitigen, allgemeinen öffentlichen Ankündigungen um wesentlich verbindlichere Planungen handelt, die sich konkret auf den betroffenen Markt beziehen und einen im Hinblick auf zukünftige Entwicklungen voraussehbaren Zeitraum betreffen. Es sollten demnach eigenwirtschaftlich, d.h. ohne den geförderten Ausbau nur jeweils ein Volumen von [70-80]% des jetzt zugesagten Volumens ausgebaut werden.
- (118) Schließlich wurde die Einschätzung des individuellen Ausbaus durch die Beteiligten ohne Kooperation auf Informationen aus internen Strategieunterlagen der Beteiligten gestützt.
- (119) Aufgrund einer Gesamtbetrachtung der ermittelten Planungen und Umstände, die diese beeinflussen, ist die Beschlussabteilung zu dem Ergebnis gekommen, dass die angebotenen Ausbauziele über diejenigen Volumina liegen, die bei einem individuellen Ausbau zu erwarten wären. Sie liegen zudem mit knapp einem Drittel deutlich über den Ausbauzielen, die von den Beteiligten bei einer Kooperation zumindest im Business Case für das Gemeinschaftsunternehmen mit einer gewissen faktischen Verbindlichkeit vorgesehen wurden.¹⁵

¹⁴ Vodafone, Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf vom 29.11.2019, S. 2.

¹⁵ Vgl. Schreiben der Beteiligten vom 02.08.19, Bl. 5973 ff. d. A., S. 6 ff.

Insgesamt ist damit auch das Volumen der Zusage geeignet, die nach vorläufiger Beurteilung bestehenden Bedenken auszuräumen.

- (120) Auch die Regelung zur Anpassung des Mindestausbaus ist sachgerecht, um den Umfang des Ausbaus bei Änderung für das Ausbauvolumen relevanter Faktoren anzupassen. Eine Anpassung findet überhaupt nur in der Ausbauphase II statt und ist im Umfang auch auf ein Drittel des zugesagten Ausbauvolumens begrenzt. Im Markttest hat insbesondere die Deutsche Glasfaser als ein wesentlicher Wettbewerber der Beteiligten bezüglich des Ausbaus bestätigt, dass die zu Grunde gelegten Faktoren (Tiefbaukosten, Nachfrageentwicklung/Auslastung, Öffnung des Kabelnetzes für Vorleistungsnachfrager und allgemeines Zinsniveau) sachgerecht sind.¹⁶ Die in einigen Stellungnahmen geäußerten Zweifel an der Aussagekraft einzelner Kriterien sind hingegen unbegründet. Soweit Vodafone die Ansicht vertritt, eine weitergehende Öffnung des Kabelnetzes für Vorleistungsnachfrager habe auf die Ausbau- und Investitionsentscheidungen der Beteiligten einen weitaus geringeren Einfluss als im Berechnungsmodell angenommen, verkennt sie den im Vergleich zu einer (graduellen) Veränderung der anderen Ausbaufaktoren stärkeren Einfluss einer solchen Marktentwicklung. Es ist nicht unrealistisch, dass in diesem Fall wie von den Beteiligten angenommen ein Vorleistungsnachfrager wegfällt mit vergleichsweise signifikantem Einfluss auf die Investitionsentscheidungen der Beteiligten.
- (121) Die Ausbauzusagen sehen auch geeignete Sanktionsmechanismen für den Fall ihrer Nichteinhaltung vor.
- (122) Falls der Mindestausbau nicht nur geringfügig unterschritten bzw. verzögert wird, ist die Kooperation zu beenden und das Gemeinschaftsunternehmen aufzulösen. Das im Joint-Venture-Vertrag vereinbarte Wettbewerbsverbot entfällt. Weitere Folgen hat das Verfehlen der Ausbauziele nicht.
- (123) Diese Regelung stellt sicher, dass der zwischen den Beteiligten durch die Kooperation beschränkte Ausbauwettbewerb wieder wirken kann, falls die Ausbauziele nicht erreicht werden. Die Beschränkung des Ausbauwettbewerbs kann nur insoweit hingenommen werden, als durch die Ausbauzusage ein stärkerer Ausbau als ohne Kooperation erwartet werden kann. Bleibt der Ausbau in der Kooperation dahinter zurück, kann die mit ihr verbundene

¹⁶ Antwort der Deutschen Glasfaser auf Frage B.3 des Fragebogens vom 14.10.2019.

Wettbewerbsbeschränkung nicht mehr gerechtfertigt werden. Durch die Regelung ist sichergestellt, dass in diesem Fall die Beteiligten das koordinierte Verhalten aufgeben und wieder autonom über die Ausbaugebiete entscheiden. Der dann (wieder) einsetzende Ausbauwettbewerb würde den weiteren Ausbau vorantreiben.

- (124) Im Markttest haben einige der Befragten Zweifel an der Durchsetzbarkeit dieser Regelung geäußert. Telefónica vertritt die Ansicht, die Beteiligten könnten die zugesagten Ausbauziele über einen längeren Zeitraum unterschreiten und dann zur Vermeidung der Auflösung des Gemeinschaftsunternehmens ein neues Zusagenangebot vorlegen.¹⁷ Die Deutsche Glasfaser meint, die Auflösung des Gemeinschaftsunternehmens sei ein relativ radikaler Einschnitt, der im Zweifelsfall nicht durchgesetzt würde.¹⁸ Diese Bedenken gegen den von den Beteiligten vorgeschlagenen Mechanismus greifen nicht durch. Denn mit den Zusagen ist sichergestellt, dass bei einem Verfehlen des Ausbauziels keine erneute Prüfung der Angemessenheit dieser Rechtsfolge erforderlich wird. Soweit Unsicherheiten bestehen, werden diese durch den Anpassungsmechanismus bzw. für nicht vorhersehbare Umstände durch die Regelungen zu den nicht zu vertretenden Verzögerungen bereits zum gegenwärtigen Zeitpunkt angemessen abgebildet. Eine detaillierte Angemessenheitsprüfung oder die Neuverhandlung von Zusagen zu einem späteren Zeitpunkt ist damit gerade nicht erforderlich. Für den Fall der Auflösung sehen die zwischen den Beteiligten getroffenen vertraglichen Vereinbarungen auch detaillierte Bestimmungen für die Aufteilung der Vermögensgegenstände vor.
- (125) Sofern die Zusagen zur Verhinderung einer unangemessenen Blockade des Ausbaus durch Wettbewerber bzw. zur Erschließung von Haushalten im ländlichen und dünnbesiedelten Raum nicht eingehalten werden, sehen die Zusagen keine besondere Rechtsfolge vor. Es bleibt dann bei den gesetzlich vorgesehenen Sanktionen für Zuwiderhandlungen gegen vollziehbare Anordnungen nach § 32 b Abs. 1 S. 1 GWB. Demnach handeln die Beteiligten ordnungswidrig, sofern sie vorsätzlich oder fahrlässig ihre sich aus diesen Zusagen ergebenden Pflichten verletzen (§ 81 Abs. 2 Ziff. 2 a GWB). Der Verstoß kann mit einer Geldbuße bis zu einer Million Euro, darüber hinaus auch mit einer höheren Geldbuße, die jeweils 10% des Gesamtumsatzes der Beteiligten nicht überschreiten darf, geahndet

¹⁷ Stellungnahme der Telefónica vom 11.11.2019.

¹⁸ Antwort der Deutschen Glasfaser auf Frage B.4 des Fragebogens vom 14.10.2019; dies., Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf vom 02.12.2019, S. 3.

werden (§ 81 Abs. 4 S. 1, 2 GWB). Daneben können die Pflichten auch im Wege des Verwaltungszwangs durchgesetzt werden.

- (126) Die gesetzlich vorgesehenen Sanktionen sind hinreichend, um die Umsetzung der Verpflichtungszusagen sicherzustellen. Die Festlegung einer darüber hinausgehenden Rechtsfolge, insbesondere der Beendigung der Kooperation oder der Auflösung des Gemeinschaftsunternehmens, ist nicht erforderlich. Denn mit beiden Zusagen werden von der Beschlussabteilung prognostizierte Effekte der Kooperation adressierte, die gegenüber der Verlangsamung des Ausbaus von geringerem Gewicht sind. Die durch die Kooperation verstärkte Möglichkeit, Dritte zu verdrängen, bzw. die Verlagerung des Ausbaus in städtische Gebiete sind ebenfalls gewichtig, haben jedoch nicht die Bedeutung einer Beendigung oder jedenfalls wesentlichen Abschwächung des Ausbaus. Insofern sind die vom Gesetzgeber als Regelfall vorgesehen Durchsetzungs- und Sanktionsmechanismen ausreichend.
- (127) Um der Gefahr der Verdrängung von Wettbewerbern aus dem Markt zu begegnen, verpflichten sich die Beteiligten für sechs Jahre, nur Gebiete auszubauen, die sich entweder bereits auf der mit der fusionskontrollrechtlichen Anmeldung am 21.03.19 eingereichten initialen Liste der Ausbaugebiete für die ersten Jahre befinden oder die mindestens 9 Monate auf der der Regelung des kurz- und mittelfristigen Ausbauplanung dienenden Shortlist stehen. Auch die Kommunikation über geplante Ausbaugebiete ist zeitlich nur begrenzt möglich, damit Ausbauvorhaben Dritter nicht durch bloße, kurzfristige Ankündigungen der Beteiligten, in demselben Gebiet ebenfalls einen Ausbau vorzunehmen, behindert werden können.
- (128) Diese Zusage ist geeignet, koordinierte Abwehrmaßnahmen der Beteiligten gegen den Ausbau Dritter zu verhindern. Die zunächst von den Beteiligten vorgesehene Vereinbarung sah insoweit ausdrücklich ein bestimmtes Kontingent vor, das der kurzfristigen Reaktion auf Vorstöße von Wettbewerbern dienen sollte. Ein solches gegen Wettbewerber gerichtetes, koordiniertes Verhalten wird durch die Zusage ausgeschlossen. Insgesamt gesehen ist somit nicht davon auszugehen, dass sich durch die Kooperation die Fähigkeit der Parteien verbessert, kurzfristig und gezielt auf Ausbaupläne der Wettbewerber zu reagieren, in dem man diesen durch einen parallelen Eigenausbau in den betreffenden Gebieten den „First-Mover-Advantage“ nimmt. Dadurch wird die sich potentiell aus der Kooperation ergebende Gefahr der Verdrängung von Wettbewerbern aus dem Markt mit der Folge, dass sich durch die dann eintretende Verminderung des Wettbewerbs zumindest mittelfristig gesehen im Kooperationsgebiet weniger Glasfaser ausgebaut wird, hinreichend beseitigt.

- (129) Im Markttest haben einige der Befragten erklärt, aus ihrer Sicht sei eine deutliche längere Frist als die vorgesehenen 9 Monate geboten, um wirksam Abschreckungsmaßnahmen des Gemeinschaftsunternehmens zu verhindern. Darüber hinaus sei es erforderlich, Transparenz über die Ausbaugebiete des Gemeinschaftsunternehmens herzustellen.¹⁹ Beides hat die beigeladene Deutsche Glasfaser auch noch einmal in ihrer Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf gefordert.²⁰ Die Beschlussabteilung hält demgegenüber an der Auffassung fest, dass der von den Beteiligten vorgeschlagene Mechanismus geeignet ist, eine gezielte Abschreckung Dritter zu verhindern. Die Beteiligten haben insoweit den ursprünglich für sehr kurzfristige Abwehrmaßnahmen vorgesehenen vertraglichen Mechanismus insgesamt aufgegeben. Die Frist von 9 Monaten orientiert sich daran, in welchen Phasen des Ausbaus gezielte Überbaumaßnahmen oder deren Ankündigungen einen abschreckenden Effekt haben können. Ein solcher Effekt ist nicht während des gesamten Ausbaus, sondern im Wesentlichen während der vorbereitenden Gespräche mit Vertretern der jeweiligen kommunalen Gebietskörperschaft und einer gegebenenfalls daran anschließenden Vorvermarktung zu erwarten.²¹ Ein Zeitraum von 9 Monaten ist vor diesem Hintergrund angemessen, auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Wettbewerbsdruck auf die jeweils ausbauenden Unternehmen aufrechterhalten werden soll. Mit Blick auf die von Marktteilnehmern geforderte Herstellung von Transparenz über die Ausbaugebiete des Gemeinschaftsunternehmens war zu berücksichtigen, dass es diese Transparenz auch aktuell – also bei einem Einzelausbau – nicht gibt und sich die Situation durch die Zusammenarbeit der Beteiligten insoweit nicht verändert. Ziel der Regelung war es, über eine angemessene Stillhaltefrist die Verschlechterung der Wettbewerbssituation für Dritte wieder auszugleichen. Insoweit wird auch den unter anderem in ihrer Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf von der beigeladenen vitroconnect vorgebrachten Bedenken Rechnung getragen, dass sich die Zusammenarbeit der Beteiligten nachteilig auf die Ausbauaktivitäten Dritter auswirkt.²²
- (130) Es ist auch nicht zu befürchten, dass die Beteiligten die Shortlist manipulieren können, indem sie für Ausbaugebiete den erfolgten Ausbau ohne tatsächliche Ausbauaktivitäten unterstellen und sie von der Shortlist streichen, um zur Behinderung Dritter gezielt andere

¹⁹ Z.B. Deutsche Glasfaser, Tele Columbus, Antworten auf Frage B.5 des Fragebogens vom 14.10.2019.

²⁰ Deutsche Glasfaser, Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf vom 02.12.2019, S. 2 f.

²¹ Vgl. Telefonat mit der Deutschen Glasfaser am 06.11.2019.

²² Vgl. vitroconnect, Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf vom 29.11.2019, S. 6 f.

Ausbaugebiete aufzunehmen. Ein solches Vorgehen wird dadurch ausgeschlossen, dass die Beteiligten erst nach verbindlicher Vergabe des Auftrags zum Ausbau und der Information der Öffentlichkeit ein Gebiet von der Liste streichen können. Diese vertragliche Bindung verbunden mit der in der Öffentlichkeit entstehenden Erwartung eines zügigen Ausbaus werden solche möglichen Manipulationen verhindern.

- (131) Um der Gefahr der Konzentration der Ausbauaktivitäten auf urbanere Regionen zu begegnen, verpflichten sich die Beteiligten im Rahmen der Ausbauzusage schließlich, dass es sich bei mindestens [25-35]% der Ausbaugemeinden um eher ländliche Gebiete handelt, in denen die Abdeckung mit HFC-Breitbandkabelnetzen unter [45-65]% liegt. Unabhängig davon müssen mindestens [15-25]% der als Homes Passed Plus erschlossenen HHUStO auf HHUStO entfallen, die nicht bereits mit einem HFC-Breitbandkabelnetz erschlossen sind. Sollten die Beteiligten über die mindestens vorgesehene Anzahl an HHUStO hinaus FTTH/B ausbauen, sind sie insoweit hinsichtlich ihrer Ausbauplanung frei.
- (132) Diese Zusage ist geeignet, die auf Grund der Kooperation zumindest teilweise zu erwartende Verlagerung des Ausbaus in eher urbane Gebiete mit hoher Kabelabdeckung zu begrenzen. Sie stellt sicher, dass die bei einem alleinigen Ausbau zu erwartende Konzentration des Glasfaserausbaus insbesondere von EWE auf eher ländliche, unterversorgte Nichtkabelgebiete durch die Kooperation nicht konterkariert wird. Im Übrigen ist zu erwarten, dass sich die Beteiligten unabhängig voneinander weiter an Ausschreibungen für den geförderten Breitbandausbau beteiligen werden, der in der Regel ländlichere Gebiete betrifft.
- (133) Einige der im Markttest befragten Unternehmen haben Zweifel am Umfang und an der zu erwartenden Wirkung dieser Zusage geäußert. Insbesondere wird die Ansicht vertreten, die Zusage sollte sich auf den gesamten Ausbau durch die Beteiligten und nicht nur den zugesagten Mindestausbau beziehen. Die Regelung werde auch dazu führen, dass in dem über die Kabelabdeckung definierten ländlichen und dünnbesiedelten Raum im Wesentlichen kabelversorgte Haushalte mit Glasfaser erschlossen würden.²³ Diese Einschätzungen treffen nicht zu. Denn auf Grund des signifikanten Umfangs des zugesagten Mindestausbaus ist eine Begrenzung auf dieses Volumen sachgerecht und es ist zu erwarten, dass die Zusage die mit ihr verfolgte Lenkungswirkung entfalten wird. Auch eine über den Grad der Kabelabdeckung vorgenommene, pauschalierende Definition des ländlichen und dünnbesiedelten Raums ist aus Sicht der Beschlussabteilung hinreichend, einer Verlagerung des

²³ Antwort der Telefónica und der Vodafone auf Frage B.6 des Fragebogens vom 14.11.19.

Ausbaus in Kabelgebiete entgegenzuwirken. Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass zusätzlich zum anteiligen Mindestausbau in diesen Gebieten auch ein bestimmter Anteil des Mindestausbaus auf Haushalte ohne Kabelversorgung entfallen muss.

- (134) Im Rahmen der § 32 b-Entscheidung war weiterhin zu berücksichtigen, dass die einzelnen Elemente der Ausbauzusage in einer Wechselbeziehung zueinander stehen. Insbesondere werden die den Beteiligten für den Mindestausbau zur Verfügung stehenden Gebiete durch die Regelungen zur Verhinderung koordinierter Abwehrmaßnahmen gegen Wettbewerber bzw. zur Verhinderung der Verlagerung des Ausbaus in urbanere Gebiete mit hoher Kabelabdeckung begrenzt. Vor diesem Hintergrund mussten die jeweiligen Ziele (Reduzierung des Ausbaus insgesamt, koordinierte Abwehrmaßnahmen gegen Wettbewerber und Verlagerung des Ausbaus in urbanere Gebiete mit hoher Kabelabdeckung) aufeinander angepasst werden. So hätte etwa eine Zusage, den Ausbau ausschließlich in ländlichen Gebieten durchzuführen, realistischerweise zu einer Reduzierung des Gesamtausbauziels geführt.
- (135) Weiterhin müssen die Bedingungen der Zusagen klar bestimmt und von den Parteien unbeeinflussbar sein, um eine Durchsetzbarkeit sicherzustellen. Dies setzte der Komplexität und damit teilweise auch der Zielgenauigkeit der Regelungen z.B. bezüglich der Verhinderung koordinierter Abwehrmaßnahmen gewisse Grenzen.

II. Zugangszusage

- (136) Die angebotenen Verpflichtungen im Zusammenhang mit dem Zugang zu den FTTB/H-Netzen, welche die Beteiligten im Rahmen ihrer Kooperation gemeinsam errichten werden, sind nach Einschätzung der Beschlussabteilung hinreichend geeignet, die diesbezüglich nach vorläufiger Beurteilung mitgeteilten Bedenken auszuräumen. Die Verpflichtungen stellen sicher, dass dritte Telekommunikationsunternehmen kommerziell, technisch und operativ zu den gleichen Bedingungen bitstrombasierten Netzzugang erhalten wie die Beteiligten. Zusammen mit der Vorgabe bestimmter Vermarktungsziele bietet die Zusage eine hinreichend große Gewähr dafür, dass die Zugangsbedingungen ein auf dem Endkundenmarkt wettbewerbsfähiges Angebot ermöglichen. In Kombination mit den Ausbauzusagen, die zu einem größeren Volumen der zur Verfügung stehenden Produkte mit hoher Qualität führen, gewährleisten die Zugangszusagen in hinreichend großem Maße, dass solche Produkte von den Vorleistungsnachfragern tatsächlich zu wettbewerbsfähigen Bedingungen nachgefragt werden können und auf diese Weise eine Belebung des Wettbewerbs auch auf

dem Endkundenmarkt bewirkt werden kann. Diese Vorteile für den Verbraucher hat die Beschlussabteilung im Rahmen ihrer Entscheidung berücksichtigt.

- (137) Die Beteiligten verpflichten sich, dritten Telekommunikationsunternehmen diskriminierungsfrei Zugang zu den im Rahmen ihrer Kooperation gemeinsam errichteten FTTB/H-Netzen zu gewähren. Für Bitstrom-Vorleistungsprodukte auf Layer 3 und auf Layer 2, auf die sich die Nachfrage in absehbarer Zeit in erster Linie richten wird, werden sie innerhalb eines angemessenen Zeitraums eine echte *Equivalence of Input* herstellen und damit entscheidend über die für den Bitstromzugang zu kupferbasierten Netzen gegenwärtig regulatorisch akzeptierte *Equivalence of Output* hinausgehen. Dies beinhaltet, dass dritte Telekommunikationsunternehmen zu denselben Bedingungen, d.h. insbesondere auch auf Basis derselben Systeme, Prozesse und Schnittstellen beim Gemeinschaftsunternehmen einkaufen können wie EWE und insbesondere auch die Telekom, die sich hierzu bislang nicht in der Lage sah. Hierdurch wird insbesondere das Potential zu einer Differenzierung beim Service gegenüber den Endkunden der jeweiligen Vorleistungsnachfrager deutlich eingeschränkt, so dass eine Benachteiligung dritter Vorleistungsnachfrager im Vergleich zu den Beteiligten unwahrscheinlich ist. Die Beschlussabteilung geht davon aus, dass sich der Vollzugsaufwand zur Herstellung eines diskriminierungsfreien Zugangs dadurch ganz erheblich verringert und die Akzeptanz des Zugangsmodells bei dritten Vorleistungsnachfragern erheblich verbessert, da sie ihren Endkunden den gleichen Service bieten können wie die Beteiligten. Auch nach dem Markttest schließt die Verwendung derselben Schnittstellen und Prozesse im Sinne einer echten *Equivalence of Input* das mit der Funktionsherrschaft über das Netz und den Netzbetrieb einhergehende Diskriminierungspotential weitgehend aus.
- (138) Ein Teil der Teilnehmer am Markttest hat darauf hingewiesen, dass das Gemeinschaftsunternehmen beim Betrieb des Netzes weitgehend auf Leistungen und Techniker der Mütter zurückgreifen soll und insoweit auch ein gewisses Diskriminierungspotential fortbestehe. In diesem Zusammenhang wird auch darauf aufmerksam gemacht, dass in den von der Netzagentur genehmigten Standardangeboten der Telekom vorgesehen ist, Transparenz über die Qualität der Leistungserbringung herzustellen und dafür grundlegende Leistungsindikatoren zu erheben, zu dokumentieren und den Vorleistungsnachfragern zugänglich zu ma-

chen. Ein Teil der Teilnehmer am Markttest wie auch der Stellungnahmen zum Entscheidungsentwurf²⁴ fordert weiterhin, dass Vorleistungsnachfrager bessere Möglichkeiten erhalten müssten, von sich aus zu überprüfen, ob das Gemeinschaftsunternehmen die ihnen gewährten Konditionen auch tatsächlich diskriminierungsfrei anbietet.

- (139) Die Beschlussabteilung geht davon aus, dass auch das Gemeinschaftsunternehmen in seinen Vorleistungsverträgen entsprechend dem Marktstandard ein Monitoring vereinbaren wird, um die Qualität der Leistungserbringung überprüfbar zu machen. Die Qualität der Leistungserbringung überprüfen und vergleichen zu können, dürfte auch im Interesse derjenigen Mutter des Gemeinschaftsunternehmens sein, das die betreffende Betriebsleistung nicht für das Gemeinschaftsunternehmen erbringt. Soweit den Müttern diese Informationen aufgrund ihrer Beteiligung am Gemeinschaftsunternehmen zugänglich sind, sind dieselben Informationen nach dem Diskriminierungsverbot ohnehin gleichermaßen allen Vorleistungsnachfragern zur Verfügung zu stellen. Im Übrigen ist es aus Sicht der Beschlussabteilung für die Überprüfung des Diskriminierungsverbots hinreichend, dass das Gemeinschaftsunternehmen dem Trustee alle Vorleistungsverträge vorzulegen hat und er ggf. weitere Informationen anfordern kann. Der auf dieser Grundlage erstellte Bericht fließt auch in die Prüfung der Einhaltung der Zusagen bzw. ggf. der Konsequenzen des Verfehlens der Vermarktungsziele durch die Beschlussabteilung ein.
- (140) In einigen Stellungnahmen zum Markttest und auch zum Entscheidungsentwurf²⁵ wird darauf hingewiesen, dass eine frühzeitige Information über die konkreten Ausbaupläne des Gemeinschaftsunternehmens erforderlich sei, um bei der Vermarktung keinen Nachteil zu erleiden. Aus Sicht der Beschlussabteilung ist dies dadurch gewährleistet, dass das Gemeinschaftsunternehmen in seinen Vorleistungsverträgen nach dem zugesagten Diskriminierungsverbot sicherstellen muss, dass dritte Vorleistungsnachfrager grundsätzlich zu derselben Zeit Zugriff auf die konkreten Ausbaupläne erhalten wie die Retail-Bereiche seiner Mütter, um eine (Vor-)Vermarktung auf Augenhöhe zu gewährleisten.
- (141) Bei einem Teil der Teilnehmer am Markttest besteht schließlich angesichts der Übergangsregelungen zur Herstellung der Wholesale-Fähigkeit des Gemeinschaftsunternehmens Un-

²⁴ Vgl. beispielsweise Telefónica, Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf vom 29.11.2019, S. 4.

²⁵ Vgl. 1&1, Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf vom 29.11.2019, S. 7 f.

klarheit darüber, ob Vorleistungsnachfrager zwei unterschiedliche Schnittstellen implementieren müssten, was innerhalb so kurzer Zeit praktisch nicht zu leisten sei. Eine Reihe von Teilnehmern gab an, das Gemeinschaftsunternehmen solle keine proprietäre oder übermäßig komplexe Bestellschnittstelle benutzen dürfen, sondern eine marktgängige Bestellschnittstelle wie z.B. die von den Beteiligten mitentwickelte S/PRI-Schnittstelle. Nach den Angaben der Beteiligten soll das Gemeinschaftsunternehmen in der Startphase tatsächlich zunächst eine auf das Angebot von FTTB/H-Breitbandanschlüsse angepasste Version der gegenwärtig von der TDG gegenüber dritten Vorleistungsnachfragern (nicht aber von ihr selbst) genutzten WITA-Schnittstelle nutzen und in der Zielphase (d.h. spätestens ab dem 01.01.2022) dann voraussichtlich eine andere marktübliche Schnittstelle (z.B. S/PRI). Da TDG die auf das Angebot von FTTB/H-Breitbandanschlüsse angepasste Version ihrer WITA-Schnittstelle künftig aber für ihr eigenes FTTB/H-Vorleistungsangebot außerhalb des Gemeinschaftsunternehmens nutzen möchte, müssen sich dritte Vorleistungsnachfrager, die künftig das FTTB/H-Vorleistungsangebot der TDG (mit Ausnahme des Gemeinschaftsunternehmens) nutzen möchten, ohnehin auf diese Schnittstelle einstellen.

- (142) Soweit es darüber hinaus zu einem weiteren Anpassungsbedarf für eine zusätzliche, in der Zielphase von dem Gemeinschaftsunternehmen und insbesondere wahrscheinlich auch von einer Reihe weiterer dritten Vorleistungsanbietern genutzten marktübliche Schnittstelle wie z.B. S/PRI kommt, ist zu bedenken, dass dieser weitere Anpassungsbedarf nicht nur von den dritten Vorleistungsnachfragern, sondern sowohl von EWE als auch von TDG zu leisten ist. Nicht zuletzt ist damit zu rechnen, dass es insbesondere für kleinere Vorleistungsanbieter und -nachfrager Dienstleister geben wird, die Aufträge auf Basis einer Schnittstelle in andere marktübliche Schnittstellen übersetzen können.
- (143) Im Übrigen sind die Beteiligten auch im Hinblick auf die notwendige Unterstützung von Vorleistungsnachfragern bei der Implementierung der Schnittstellen in der Start- und Zielphase an das Diskriminierungsverbot gebunden und Verstöße hiergegen wären für die Frage der Konsequenzen eines möglichen Nichterreichens der Vermarktungsziele relevant.
- (144) Ein schuldhafter Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot der Verpflichtungszusage ist bußgeldbewehrt (§ 81 Abs. 2 Ziff. 2 a GWB). Der Verstoß kann mit einer Geldbuße bis zu einer Million Euro, darüber hinaus auch mit einer höheren Geldbuße, die jeweils 10% des Gesamtumsatzes der Beteiligten nicht überschreiten darf, geahndet werden (§ 81 Abs. 4 S. 1, 2 GWB). Daneben kann das Diskriminierungsverbot auch im Wege des Verwaltungszwangs durchgesetzt werden.

- (145) Neben dem zugesagten Diskriminierungsverbot bieten die vorgesehenen Vermarktungsziele darüber hinaus eine hinreichend große Gewähr dafür, dass die Zugangsentgelte und -bedingungen ein auf dem Endkundenmarkt wettbewerbsfähiges Angebot ermöglichen. Danach muss das Gemeinschaftsunternehmen nach Treu und Glauben mit der Sorgfalt des ordentlichen Kaufmanns (§ 347 HGB) und unter Beachtung der in dem Tätigkeitsbereich des Gemeinschaftsunternehmens geltenden Gepflogenheiten mit dritten Telekommunikationsunternehmen über den Abschluss von Vorleistungsverträgen für einen Layer 2-Bitstromzugang oder für einen Layer 3-Bitstromzugang verhandeln und gleichzeitig innerhalb eines angemessenen Zeitraums sicherstellen, dass es eine bestimmte Anzahl an Vorleistungsverträgen über einen Layer 2- und/oder Layer 3-Bitstromzugang mit einem insgesamt erheblichen Vermarktungspotential abschließt.
- (146) Das Vermarktungspotential muss sich dabei wiederum zu einem erheblichen Teil auf Layer 2-Bitstromzugang oder einen Zugang mit noch größerer Wertschöpfungstiefe als Layer 2-Bitstromzugang beziehen. Ein Layer 2-Bitstromzugang bietet Vorleistungsnachfragern größere Spielräume hinsichtlich der Differenzierung ihrer Endkundenprodukte gegenüber denjenigen der Beteiligten und verbessert auf diese Weise ihre Wettbewerbsfähigkeit. Als Vermarktungspotential gilt dabei in einem Einzelabnahmemodell die tatsächlich abgesetzte Anschlussmenge, während im Rahmen eines Commitment-Modells, bei dem der Vorleistungskunde – so wie bei den mittlerweile für VDSL etablierten Kontingentverträgen – unabhängig von der konkreten Anschlussmenge eine Zahlungsverpflichtung bezogen auf ein Mindestabnahmekontingent eingegangen ist, die Gesamtzahl der Anschlüsse entscheidend ist, die Gegenstand des Commitments sind.
- (147) Die Vermarktungsziele hängen nicht vom Vermarktungserfolg der Beteiligten ab. Maßgebliche Bezugsgröße ist vielmehr die Zahl der von dem Gemeinschaftsunternehmen als Homes Passed Plus erschlossenen Haushalte. Die Vermarktungsziele lassen sich nach Einschätzung der Beschlussabteilung nur erreichen, wenn die Zugangsbedingungen den dritten Vorleistungsnachfragern ein entsprechend wettbewerbsfähiges Angebot ermöglichen. Entgegen der beispielsweise von Vodafone in ihrer Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf geäußerten Befürchtung²⁶ sind die Vermarktungsziele auch so bemessen, dass hiervon ein hinreichender Wettbewerbsdruck auf die Beteiligten ausgehen kann. In den Stel-

²⁶ Vodafone, Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf vom 29.11.2019, S. 3.

lungnahmen zum Entscheidungsentwurf wird teilweise bemängelt, dass sowohl der Zeitraum für das Erreichen der Vermarktungsziele als auch die eigentlichen Vermarktungsziele geschwächt sind.²⁷ Die Beseitigung der danach verbleibenden Unsicherheit wäre aus Sicht der Beschlussabteilung jedoch überschießend. Ziel der Regelung ist ein mindestens angemessener Ausgleich der sich durch die Zusammenarbeit der Beteiligten verändernden Verhandlungssituation. Eine Offenlegung des Zeitraums und eine konkrete Benennung der zu erreichenden Ziele hätte demgegenüber die Verhandlungsposition der Beteiligten im Übermaß geschwächt und die einzelner Marktteilnehmer im Übermaß gestärkt.

(148) Teilweise wurde im Markttest und in den Stellungnahmen zum Entscheidungsentwurf²⁸ die Besorgnis geäußert, die Beteiligten könnten sich durch die maßgeschneiderte Ausgestaltung von Mengen- und Kontingentrabatten, für die nur sie sich qualifizieren könnten, bevorzugen und insbesondere kleinere Vorleistungsnachfrager durch ein ungünstiges Einzelabnahmemodell benachteiligen. Dem wirkt nach Ansicht der Beschlussabteilung zum einen das Vermarktungsziel und zum anderen das Diskriminierungsverbot entgegen. Das zugesagte Vermarktungsziel kann das Gemeinschaftsunternehmen nur erreichen, wenn das Vorleistungsangebot nach Einschätzung der dafür erforderlichen Vorleistungsnachfrager wettbewerbsfähig ist. Nach dem zugesagte Diskriminierungsverbot muss das Gemeinschaftsunternehmen allen Nachfragern dieselben Vorleistungsbedingungen und -entgelte anbieten und darf z.B. bei Anwendung verschiedener Preismodelle nur insoweit davon abweichen, als dies sachlich gerechtfertigt ist. Damit wäre grundsätzlich nicht vereinbar, wenn das Mindestkontingent beim Kontingentmodell so bemessen wäre, dass es faktisch nur die Beteiligten, nicht aber deren maßgeblichen Wettbewerber abnehmen könnten, oder wenn wegen ihrer größeren Abnahmemengen effektiv nur die Beteiligten in den Genuss etwaiger zusätzlicher Rabatte kommen könnten.

(149) Eine Einzelabnahme dürfte zudem eher über Layer 3 erfolgen. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass dritte Vorleistungsnachfrager, die zu wettbewerbsfähigen Bedingungen Layer 2-Bitstrom beziehen können, diesen nach der Zusage ohne Einschränkungen nutzen und zum Beispiel als „veredelte“ Vorleistung auf Layer 3 weiterveräußern können. Insoweit geht auch der von einem Teil der Teilnehmer am Markttest geltend gemachte Einwand fehlt, dass das Diskriminierungsverbot beim Layer 3-Bitstromangebot des Gemeinschaftsunternehmens ins Leere laufe, da die Mütter selbst kein Layer 3-Bitstrom beziehen würden. Denn

²⁷ Vgl. 1&1, Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf vom 29.11.2019, S. 4 f.

²⁸ Vgl. 1&1, Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf vom 29.11.2019, S. 1 f.

dritte Vorleistungsnahfrager von Layer 2-Bitstrom können ohne Einschränkung ihrerseits Layer 3-Bitstrom anbieten und darüber im Wettbewerb zu dem entsprechenden Angebot des Gemeinschaftsunternehmens wettbewerbsfähige Bedingungen herstellen.

- (150) Eine Reihe von Teilnehmern am Markttest weist darauf hin, dass es zwischen dem Start des Gemeinschaftsunternehmens und der Herstellung der Wholesale-Fähigkeit des Gemeinschaftsunternehmens und/oder dem tatsächlichen Abschluss von Vorleistungsverträgen zu erheblichen Verzögerungen und entsprechenden Vermarktungsvorteilen der Beteiligten kommen könne. Ein hinreichender Umfang an Vorleistungsverträgen sollte daher nach Möglichkeit bereits vor dem Start des Gemeinschaftsunternehmens abgeschlossen werden müssen. In ihren Stellungnahmen zum Entscheidungsentwurf haben dies auch Telefónica und Vodafone noch einmal gefordert.²⁹ Aus Sicht der Beschlussabteilung ist dies nicht erforderlich, da das Gemeinschaftsunternehmen mit seinem Start überhaupt erst mit der konkreten Ausbauplanung und dessen Umsetzung beginnt. Damit wird es ohnehin zu einem erheblichen zeitlichen Versatz zwischen dem Start des Gemeinschaftsunternehmens und der Vermarktbarkeit der ersten Anschlüsse kommen. Der Ausbau wird anfänglich auch noch einen geringen Umfang haben, so dass sich etwaige Vermarktungsnachteile in Grenzen halten werden. Im Übrigen ist auch zu sehen, dass weder Telekom noch EWE derzeit bereits Vorleistungen zu glasfaserbasierten Vorleistungsprodukten absetzen und damit auch ohne die Zusammenarbeit der Beteiligten nicht unbedingt sofort zu rechnen wäre. Somit verschlechtert sich die Marktsituation für die Nachfrager insoweit nicht durch die Kooperation.
- (151) Einige Marktteilnehmer und ein Teil der Stellungnahmen zum Entscheidungsentwurf³⁰ weisen auf die Gefahr einer Benachteiligung durch eine Preis-Kosten-Schere hin, wenn das Gemeinschaftsunternehmen nachträglich die Vorleistungsentgelte anpasse, oder aber das Gemeinschaftsunternehmen – z.B. durch eine im Zeitablauf verbesserte Auslastung – höhere Margen erwirtschaftete als bei Vertragsabschluss angenommen. Die Zusagen müssten vorbeugend eine entsprechende Regelung vorsehen. Die Beschlussabteilung geht jedoch davon aus, dass das Gemeinschaftsunternehmen die zugesagten Vermarktungsziele nur dann erreichen kann, wenn es den Vorleistungsnachfragern diese realistische Sorge durch

²⁹ Vodafone, Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf vom 29.11.2019, S. 3; Telefónica, Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf vom 29.11.2019, S. 4.

³⁰ Vgl. beispielsweise Telefónica, Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf vom 29.11.2019, S. 3 f.

entsprechend wirksame Regelungen in den zu vereinbarenden Vorleistungsverträgen nehmen kann. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass sich die Vorleistungsnachfrager langfristig und in erheblichem Umfang an dem Risiko des Gemeinschaftsunternehmens beteiligen sollen. Das können die Beteiligten nur erwarten, wenn sie dritten Vorleistungsnachfragern ein nachhaltiges Geschäftsmodell garantieren können. Wenn es an wirksamen Vorkehrungen zur Vermeidung von Preis-Kosten-Scheren fehlt und dritte Vorleistungsnachfrager hierdurch an Wettbewerbsfähigkeit einbüßen, wäre dies auch mit Blick auf das zugesagte Diskriminierungsverbot problematisch.

- (152) Die konkreten Vermarktungsziele orientieren sich an der in diesem Zeitraum zu erwartenden Nachfrage im Kooperationsgebiet. Diese wurde u.a. unter Berücksichtigung der langfristig zu erwartenden Nachfrage im Hinblick auf sämtliche Vorleistungen, an der derzeitigen Nachfrage nach hohen Bandbreiten und an der Nachfrageentwicklung, die bei der Neueinführung von Produkten mit höheren Bandbreiten beobachtet werden konnte, ermittelt. Weiterhin wurde die spezielle Wettbewerbs- und Nachfragesituation in den Gebieten, in denen das Gemeinschaftsunternehmen in den nächsten Jahren voraussichtlich ausbauen wird, betrachtet. Die Vermarktungsziele sind nach Einschätzung der Beschlussabteilung so bemessen, dass sie einerseits einen erheblichen Verhandlungsdruck für das Gemeinschaftsunternehmen erzeugen, andererseits aber gemessen an dem Ausbauschwerpunkt des Gemeinschaftsunternehmens (in dem Fördergebiete nun nicht mehr enthalten sein werden) noch im Rahmen des Erreichbaren liegen.
- (153) Der Mechanismus, welcher der Verpflichtung zu Grunde liegt, wirkt der sich durch die Kooperation verschlechternden Anreizstruktur der Beteiligten im Hinblick auf die Zugangsgewährung entgegen. Die Beschlussabteilung geht davon aus, dass insbesondere EWE bei einem unilateralen Ausbau hohe Anreize zur Auslastung seines neuen Netzes und somit auch zu attraktiven Vorleistungspreisen und -bedingungen gehabt hätte. Der durch die Vermarktungsziele bewirkte Verhandlungsdruck auf die Beteiligten schafft eine dazu mindestens vergleichbare Situation. Die Vermarktungsziele sind allerdings nach den Zusagen unabhängig von der tatsächlichen Marktentwicklung und der tatsächlichen Nachfrage zu erfüllen. Auch ein Teil der Teilnehmer am Markttest geht davon aus, dass die Vorgabe von Vermarktungszielen und die damit verbundene Verpflichtung zur Verhandlung von Vorleistungsverträgen dahingehend einen nicht unerheblichen Druck auf das Gemeinschaftsunternehmen ausüben kann, mit interessierten Vorleistungsnachfragern wettbewerbsfähige Vorleistungsverträge abzuschließen.

- (154) In einigen Stellungnahmen zum Markttest wie auch zum Entscheidungsentwurf³¹ wird vorgetragen, dass der mit den Vermarktungszielen verbundene Sanktionsmechanismus nicht notwendig auch den Abschluss wettbewerbsfähiger Vorleistungsangebote gewährleistet. Die als Rechtsfolge vorgesehene Auflösung des Gemeinschaftsunternehmens könnten die Beteiligten abwenden, indem sie bei Nichterreichen der Vermarktungsziele nachträglich einfach weitere Verpflichtungszusagen anboten. Durch diesen „Ausweg“ büße die Regelung an Wirksamkeit ein. Zu berücksichtigen sei nach der Stellungnahme der Deutschen Glasfaser zum Entscheidungsentwurf auch „die Macht des späteren politischen Drucks das Gemeinschaftsunternehmen aufrechtzuerhalten“, dem das Bundeskartellamt im Fall einer anstehenden Auflösung ausgesetzt sein würde.³²
- (155) Das Erreichen der Vermarktungsziele ist tatsächlich nicht bußgeldbewehrt und kann auch nicht im Wege des Verwaltungszwangs durchgesetzt werden. Eine solche Rechtsfolge wäre nach Einschätzung der Beschlussabteilung jedoch unverhältnismäßig, da sich die Vermarktungsziele nur im Zusammenwirken mit dritten Vorleistungsnachfragern erreichen lassen. Trotz einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit gibt es keine vollständige Gewähr dafür, dass die Beteiligten die Vermarktungsziele auf jeden Fall erreichen werden. Die Zusagen beinhalten entgegen dahingehender Bewertungen im Markttest gleichwohl einen wirksamen Sanktionsmechanismus, indem sie den Fortbestand der Zusammenarbeit der Beteiligten an das Erreichen realistischer Vermarktungsziele knüpfen. Wenn die Beteiligten diese Vermarktungsziele verfehlen, haben sie das Gemeinschaftsunternehmen zu beenden und abzuwickeln. Diese Rechtsfolge kann nur abgewendet werden, wenn das Bundeskartellamt nach vorläufiger Beurteilung keine Bedenken mehr gegen das Fortbestehen des Gemeinschaftsunternehmens hat oder aber die Parteien dem Bundeskartellamt ein neues Angebot von Verpflichtungszusagen unterbreiten, die geeignet sind, die nach vorläufiger Beurteilung durch das Bundeskartellamt bestehenden wettbewerblichen Bedenken gegen das Fortbestehen des Gemeinschaftsunternehmens auszuräumen. Die die Zusammenarbeit der Beteiligten regelnde Vereinbarung enthält bereits entsprechende Regelungen für eine Abwicklung des Gemeinschaftsunternehmens. Die von vitroconnect in ihrer Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf geäußerte Sorge, der Abwicklung und Verteilung der

³¹ Vgl. beispielsweise Telefónica, Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf vom 29.11.2019, S. 5.

³² Vgl. beispielsweise Deutsche Glasfaser, Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf vom 29.11.2019, S. 3; vitroconnect, Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf vom 29.11.2019, S. 17 f.

Netze könnten nur mit großem Aufwand überwindbare technische Schwierigkeiten entgegenstehen³³, dürfte danach so nicht bestehen. Nach Einschätzung der Beschlussabteilung ist die Auflösung des Gemeinschaftsunternehmens für die Beteiligten eine reale und ernstzunehmende Möglichkeit, die das Gemeinschaftsunternehmen unter einen spürbaren Verhandlungsdruck setzen wird, der eine Verminderung der Vermarktungsanreize durch die Kooperation mindestens ausgleicht.

- (156) Abgesehen davon weicht die Regelung nicht wesentlich von der geltenden Rechtslage ab. Soweit sich die Umstände wider Erwarten nachträglich dergestalt zu Gunsten der Beteiligten ändern sollten, dass gegen den Fortbestand des Gemeinschaftsunternehmens gar keine Bedenken mehr bestehen, stünde die Rechtsfolge einer Auflösung und Abwicklung des dann kartellrechtskonformen Gemeinschaftsunternehmens bereits im Widerspruch zu allgemein verwaltungsrechtlichen Grundsätzen (vgl. § 51 VwVfG). Die Möglichkeit, die drohende Abwicklung durch das Angebot entsprechend geeigneter Zusagen abzuwenden, schafft darüber hinaus einen verhältnismäßigen Ausgleich zwischen der Verpflichtung zur Auflösung und Abwicklung und der Herstellung eines kartellrechtskonformen Zustandes durch erneute Verpflichtungszusagen. Die Regelung reduziert das dahingehende Aufgreif- und Prüfermessen des Bundeskartellamtes. Bei der Bewertung der Eignung erneuter Verpflichtungszusagen wäre insbesondere zu berücksichtigen, ob sich die vorliegenden Verpflichtungen als hinreichend wirksam erwiesen haben.

III. Förderzusage

- (157) Die angebotenen Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Teilnahme an Förderverfahren sind nach Einschätzung der Beschlussabteilung hinreichend geeignet, die diesbezüglich nach vorläufiger Beurteilung mitgeteilten Bedenken auszuräumen.
- (158) Die Verpflichtungen stellen sicher, dass sich die Beteiligten unabhängig voneinander an Förderverfahren beteiligen und diesbezüglich auch keine relevanten Informationen austauschen. Damit schließt die Regelung eine explizite Koordinierung der Aktivitäten der Beteiligten auf dem Fördermarkt weitgehend aus.

³³ vitroconnect, Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf vom 29.11.2019, S. 19 ff.

- (159) Entgegen der Bewertung durch die Teilnehmer des Markttests und teilweise auch der Stellungnahmen zum Entscheidungsentwurf³⁴ geht die Beschlussabteilung nicht davon aus, dass die Nutzung von Leistungen des Gemeinschaftsunternehmens das Risiko einer stillschweigenden Kollusion in einer für die Entscheidung relevanten Weise erhöht. Die Zusage schließt aus, dass es im Zuge der Nutzung von Leistungen des Gemeinschaftsunternehmens beim Betrieb des aktiven und passiven Netzes sowie für den Vertrieb zu einer mehr als nur geringfügigen Angleichung der Kosten kommt. Möglich erscheint hierdurch zwar auch eine gewisse Angleichung technischer Betriebskonzepte und auch des Vorleistungsangebotes, doch wäre auch im Zusammenhang mit der Entwicklung eines funktionsfähigen Großhandelsmarktes für glasfaserbasierte Vorleistungen und entsprechender Marktstandards nicht ausgeschlossen, dass es dazu auch ohne die vorliegende Kooperation in einem gewissen Umfang kommen würde.
- (160) Eine andere Ausgestaltung würde zudem zu einem erheblichen Verlust von Effizienzen führen, von denen die Verbraucher aufgrund des Wettbewerbs zwischen den Beteiligten (und mit Dritten) profitieren können.
- (161) Insgesamt gesehen wirken diese Maßnahmen der Gefahr einer Koordinierung der Beteiligten auf dem Fördermarkt hinreichend entgegen, während durch die Kooperation entstehende Effizienzvorteile zum Vorteil der Verbraucher bestehen bleiben.
- (162) Die Beteiligten bleiben stets frei, die Zugangsbedingungen und Zugangsentgelte für gefördert ausgebaut Gebiete unabhängig voneinander und unabhängig vom Gemeinschaftsunternehmen festzulegen. Somit bleibt zumindest die Möglichkeit einer Abweichung gegenüber dem Vorleistungsangebot des Gemeinschaftsunternehmens bestehen, sofern dies aus Sicht der Beteiligten aufgrund einer individuellen Entscheidung attraktiver erscheint. Eine weitergehende Verpflichtung, die Fördergebiete stets unabhängig vom Gemeinschaftsunternehmen zu vermarkten, hätte aufgrund deren Zersplitterung voraussichtlich zu einem weniger attraktiven Angebot für Vorleistungsnachfrager geführt und wäre somit nachteilig für die Verbraucher gewesen

³⁴ Vgl. Vodafone, Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf vom 29.11.2019, S. 4; vitroconnect, Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf vom 29.11.2019, S. 15 ff.

IV. Ermessen

- (163) Die Beschlussabteilung hat in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens eine Gesamtabwägung der Umstände vorgenommen, die für und gegen eine Einstellung des Verfahrens des Verfahrens gemäß § 32 b Abs. 1 Satz 2 GWB sprechen. In diesem Zusammenhang hat sie insbesondere die Verpflichtungszusagen der Beteiligten in ihrer Gesamtheit mit den nach vorläufiger Beurteilung bestehenden Bedenken abgewogen. Die Ausbauzusage gleicht nach Einschätzung der Beschlussabteilung im Ergebnis den in Folge der Zusammenarbeit zu erwartenden Minderausbau mehr als aus, indem sie einen Mindestausbau vorsieht, die Ausbauaktivitäten Dritter wirksam vor koordinierten Abwehrmaßnahmen der Beteiligten schützt und auch der in Folge der Zusammenarbeit zu erwartenden Verlagerung der Ausbauaktivitäten der Beteiligten in eher urbane Gebiete mit hoher Kabelabdeckung entgegenwirkt.
- (164) Die Zugangszusage in Kombination mit der Ausbauzusage lässt nach Einschätzung der Beschlussabteilung – unabhängig von einer möglichen Regulierung – eine Belebung des Endkundenmarktes erwarten. Den in Folge der Zusammenarbeit der Beteiligten sinkenden Anreiz der Beteiligten, dritten Vorleistungsnachfragern diskriminierungsfrei und zu auf dem Endkundenmarkt wettbewerbsfähigen Bedingungen Netzzugang zu gewähren, gleicht die Zugangszusage mehr als aus, indem es den Fortbestand ihrer Zusammenarbeit von dem Erreichen bestimmter Vermarktungsziele abhängig macht. Die Vermarktungsziele sind so bemessen, dass sie einerseits die durch die Zusammenarbeit die Beteiligten verschlechterte Verhandlungsposition der dritten Vorleistungsnachfrager ganz erheblich verbessern, andererseits aber auch erreichbar sind. Die Zugangszusage beinhaltet dabei auch ein wirksames Diskriminierungsverbot, das erstmals verbindlich vorsieht, dass nach einer Anfangsphase künftig auch die TDG Bitstrom-Vorleistungen über die gleichen Systeme, Prozesse und Schnittstellen beziehen wird wie alle übrigen Vorleistungsnachfrager.
- (165) Da sich die potentiell für eine Vermarktung von Glasfaseranschlüssen zur Verfügung stehende Anzahl an Haushalten und Unternehmen durch die Ausbauzusagen im Vergleich zu einem unilateralen Ausbau erhöhen wird, wird es aufgrund der Zusagen insgesamt gesehen auf dem Vorleistungsmarkt somit zu einem größeren Angebot zu attraktiven Preisen und Konditionen und somit insoweit zu einer angemessenen Beteiligung der Verbraucher kommen. Dies gilt unabhängig davon, ob und in welchem Umfang das geplante Gemeinschaftsunternehmen der Regulierung unterliegen wird.

- (166) Im Ergebnis wird auf dem Endkundenmarkt durch die Ausbauzusagen eine qualitative Verbesserung des Endkundenangebotes erreicht. In Kombination mit den Zugangszusagen ist eine Belebung des Wettbewerbs auf dem Endkundenmarkt zu erwarten, da Dritte auf ein größeres Angebot an hochwertigen Vorleistungen zu attraktiven Preisen und Konditionen zugreifen können, um damit in Wettbewerb auch zu den Beteiligten zu treten. Dies wird einer Erhöhung der Endkundenpreise entgegenwirken. Die durch die Kooperation zu erwartende spürbar bewirkte Beschränkung des Wettbewerbs wird hierdurch in einer die Verbraucher angemessen beteiligenden Form wieder ausgeglichen.
- (167) Schließlich trägt die Förderzusage in hinreichendem Maße Sorge dafür, dass sich die Beteiligten – anders als von ihnen im Rahmen ihrer Zusammenarbeit ursprünglich geplant – nicht gemeinsam, sondern – wie gehabt – im Wettbewerb zueinander an Förderverfahren beteiligen werden und sich die Situation damit im Wesentlichen so darstellt wie ohne die Zusammenarbeit der Beteiligten.

V. Befristung

- (168) Gemäß § 32 b Abs. 1 Satz 3 GWB kann die Verfügung befristet werden. Von dieser Möglichkeit war im vorliegenden Verfahren Gebrauch zu machen. Die Verpflichtungszusagen der Beteiligten decken einen Zeitraum von sechs Jahren ab. Die Beschlussabteilung geht davon aus, dass sich die Verpflichtungszusagen auch über diesen Zeitraum hinaus positiv auf die Wettbewerbsbedingungen im Kooperationsgebiet auswirken werden. Nach Ablauf dieses Zeitraums sollte die Beschlussabteilung gleichwohl über die Möglichkeit verfügen, dass Verfahren wieder aufzunehmen und die Fortsetzung der Zusammenarbeit der Beteiligten einer erneuten kartellrechtlichen Prüfung zu unterziehen. Dies gilt insbesondere für den gesetzlich nicht abgedeckten Fall, dass sich die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, von denen die Beschlussabteilung bei ihrer Entscheidung ausgeht, und damit auch die gegen die Zusammenarbeit der Beteiligten gerichteten Bedenken nicht wesentlich ändern sollten.

D. Gebühren

- (169) [...]
- (170) [...]
- (171) [...]

(172) [...]

(173) [...]

(174) [...]

E. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss ist die Beschwerde eröffnet. Sie ist schriftlich binnen einer mit Zustellung des Beschlusses beginnenden Frist von einem Monat beim Bundeskartellamt, Kaiser-Friedrich-Straße 16, 53113 Bonn, einzureichen. Es genügt jedoch, wenn sie innerhalb dieser Frist bei dem Beschwerdegericht, dem Oberlandesgericht Düsseldorf, eingeht.

Die Beschwerde ist durch einen beim Bundeskartellamt oder beim Beschwerdegericht einzureichenden Schriftsatz zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt zwei Monate. Sie beginnt mit der Zustellung der angefochtenen Verfügung und kann auf Antrag vom Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die – gegebenenfalls auch neuen – Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Beschwerdeschrift und Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung. Auf Antrag kann das Beschwerdegericht die aufschiebende Wirkung der Beschwerde ganz oder teilweise anordnen.

Dr. Krauß

Dr. Mehler

Hoeltzenbein

Inhaltsverzeichnis

A. Sachverhalt	4
I. Beteiligte Unternehmen	4
II. Verfahren	4
III. Relevante Marktverhältnisse im Überblick	5
IV. Die Kooperation	7
B. Wettbewerbliche Bedenken	9
I. Anwendbarkeit des Kartellverbotes nach § 1 GWB	9
II. Vereinbarung	11
III. Wettbewerbsbeschränkung	12
1. Betroffene Märkte	12
a) Massenmarkt (Endkundenmarkt) für den festnetzbasieren Internetzugang	12
b) Vorleistungsmarkt für den lokal bereitgestellten Zugang	13
c) Vorleistungsmarkt für den zentral bereit gestellten Zugang	14
d) Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau im Kooperationsgebiet	15
2. Markt für den lokal bereitgestellten Zugang	16
a) Marktverhältnisse	16
b) Spürbar bewirkte Wettbewerbsbeschränkung	19
3. Markt für den zentral bereit gestellten Zugang	22
a) Marktverhältnisse	22
b) Spürbar bewirkte Wettbewerbsbeschränkung	22
4. Massenmarkt (Endkundenmarkt) für den festnetzbasieren Internetzugang	23
a) Marktverhältnisse	23
b) Spürbar bewirkte Wettbewerbsbeschränkung	24
5. Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau	27
a) Marktverhältnisse	27
b) Spürbar bewirkte Wettbewerbsbeschränkung	27
IV. Wettbewerbsverbot keine notwendige Nebenabrede	29
V. Freistellungsvoraussetzungen	29
1. Kosteneinsparungen	30

2.	Risikoteilung	30
3.	Senkung des Auslastungsrisikos	31
C.	Einstellung gemäß § 32 b GWB	32
I.	Ausbauzusage	33
II.	Zugangszusage	41
III.	Förderzusage	50
IV.	Ermessen	52
V.	Befristung	53
D.	Gebühren	53
E.	Rechtsmittelbelehrung	55

Angebot von Verpflichtungszusagen gemäß § 32b GWB der Telekom Deutschland GmbH und der EWE Aktiengesellschaft

Die Telekom Deutschland GmbH („TDG“) und die EWE Aktiengesellschaft („EWE“; EWE und TDG nachfolgend die „Parteien“) beabsichtigen unter anderem die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens mit der Firma Glasfaser Nordwest GmbH & Co. KG („Gemeinschaftsunternehmen“) zur Errichtung und zum Betrieb einer aktiven und passiven FTTH-Infrastruktur sowie zur Bereitstellung von Vorleistungsprodukten im Versorgungsgebiet der EWE TEL GmbH, einer Tochtergesellschaft der EWE.

Das Vorhaben der Parteien ist Gegenstand des beim Bundeskartellamt anhängigen Zusammenschlusskontroll- und Kartellverwaltungsverfahrens mit dem Aktenzeichen B7-21/18. In diesem Verfahren hat das Bundeskartellamt verschiedene Bedenken mitgeteilt.

Um diese Bedenken auszuräumen, schlagen die Parteien dem Bundeskartellamt die nachstehenden Verpflichtungszusagen gemäß § 32b GWB vor:

Ohne BUG

A. AUSBAUZUSAGE

1. ERRICHTUNG EINES GLASFASERNETZES DURCH DAS GEMEINSCHAFTSUNTERNEHMEN

1.1 Mindestausbau

1.1.1 Das Gemeinschaftsunternehmen wird bis zum 31. Dezember 2023 mindestens 300.000 HHUStO als Homes Passed Plus durch sein FTTH/B-Netz erschlossen haben („Mindestausbau“).

1.1.2 Bei Homes Passed Plus im Sinne von Teil D. Ziffer 1.2. Satz 2 wird das Gemeinschaftsunternehmen auf Anforderung eines Vorleistungskunden die Zuführung vom Speednetzrohrverband über die Privatstraße, den Wirtschaftsweg oder die andere Zuwegung im Sinne von Teil D. Ziffer 1.2. Satz 2 bis zur tatsächlichen Grundstücksgrenze ohne Zusatzkosten für den Vorleistungskunden oder den Grundstückseigentümer erstellen. Homes Passed Plus im Sinne von Teil D. Ziffer 1.2. Satz 2 werden maximal in einem Umfang von 30.000 HHUStO auf den Mindestausbau angerechnet.

1.2 Ausbauphasen

Der Mindestausbau erfolgt in zwei Phasen: eine erste Ausbauphase bis zum 31. Dezember 2021 („Ausbauphase I“) und eine zweite Ausbauphase vom 1. Januar 2022 bis zum 31. Dezember 2023 („Ausbauphase II“).

1.3 Ausbau je Ausbauphase

Das Gemeinschaftsunternehmen wird in der Ausbauphase I mindestens 120.000 HHUStO als Homes Passed Plus durch sein FTTB/H-Netz erschließen. In der Ausbauphase II wird es mindestens weitere 180.000 HHUStO als Homes Passed Plus durch sein FTTB/H-Netz erschließen.

1.4 Mehr- und Minderausbau

Ein Mehrausbau in der Ausbauphase I wird auf die Ausbauphase II angerechnet. Für einen Minderausbau in der Ausbauphase I und/oder II gilt Abschnitt 3.

2. ANPASSUNG DES MINDESTAUSBAUS IN DER AUSBAUPHASE II

2.1 Anpassung und Unterschreitung des Mindestausbaus

Eine Anpassung des Mindestausbaus in der Ausbauphase I findet nicht statt. Eine Anpassung des Mindestausbaus in der Ausbauphase II kann nur nach Maßgabe dieses Abschnitts 2 erfolgen. Im Falle einer Unterschreitung des Mindestausbaus in der Ausbauphase I oder der Ausbauphase II bestimmen sich die Rechtsfolgen ausschließlich nach Abschnitt 3.

2.2 Annahmen zu den Ausbaufaktoren für den Mindestausbau in der Ausbauphase II

Der vorliegenden Ausbaupflichtung liegen die in Ziffern 2.2.1 bis 2.2.3 getroffenen Annahmen zur Entwicklung des Markt- und Investitionsumfelds für den Glasfaserausbau zugrunde („Ausbaufaktoren“). Weicht die tatsächliche Entwicklung von einem oder mehreren der Ausbaufaktoren von den in Ziffern 2.2.1 bis 2.2.3 getroffenen Annahmen ab, ist ausnahmsweise nach Maßgabe von Ziffer 2.3 eine Anpassung des Mindestausbaus in der Ausbauphase II möglich.

2.2.1 Tiefbaukosten

Die Tiefbaukosten steigen im Vergleich vom 2. Quartal 2019 zum 2. Quartal 2021 nicht um mehr als 12 Prozent an. Maßstab hierfür ist die Preisreihe „Ortskanäle“ in den vom Statistischen Bundesamt veröffentlichten „Preisindizes für Bauwerke, Ingenieurbau und Instandhaltung.“

2.2.2 Nachfrageentwicklung/Auslastung

2.2.2.1 Der prozentuale Anteil der „Aktiven Haushalte (connected)“ an der Gesamtzahl der „Erreichten Haushalte (passed)“ gemäß der am 30. September 2021 aktuellsten Fassung der von Dialog Consult / VATM im Rahmen der TK-Marktanalyse Deutschland veröffentlichten Statistik „Bestand echter Glasfaseranschlüsse (FTTB/H)“ (nachfolgend „Take-Up-Rate“) liegt für das Jahr 2020 nicht unter 29 Prozent.

2.2.2.2 Der von GfK monatlich veröffentlichte Konsumklimaindex (nachfolgend „Konsumklimaindex“) sinkt im 2. und 3. Quartal 2021 im Durchschnitt nicht unter 6 Punkte.

2.2.2.3 Am 30. September 2021 hat nicht mehr als ein Telekommunikationsunternehmen einen Vorleistungsvertrag für den Bezug von Vorleistungen für Breitbandanschlüsse von einem oder mehreren Kabelnetzbetreibern abgeschlossen, die im Tätigkeitsgebiet des Gemeinschaftsunternehmens einzeln oder gemeinsam mit ihrem Netz mehr als 40 Prozent der Wohneinheiten als Homes Connected versorgen. Dasselbe gilt, wenn der unmittelbar bevorstehende Abschluss von einem oder mehreren Vorleistungsverträgen im Sinne von Satz 1 konkret öffentlich angekündigt ist.

Als Homes Connected im Sinne von Satz 1 gelten solche Wohneinheiten, die entweder bereits mit Breitbandanschlüssen und/oder Fernsehsignalen versorgt werden oder ohne weitere wesentliche Ausbaumaßnahmen versorgt werden können.

Sätze 1 und 2 finden Anwendung, wenn die zusätzlich abgeschlossenen oder öffentlich angekündigten Vorleistungsverträge einzeln oder gemeinsam substantielle Marktauswirkungen erwarten lassen. Dies wird vermutet,

- wenn sie von einem oder mehreren Telekommunikationsunternehmen abgeschlossen wurden oder abgeschlossen werden sollen, auf die einzeln oder gemeinsam ein Marktanteil von [...] im Tätigkeitsgebiet des Gemeinschaftsunternehmens entfällt; und
- die Vorleistungsverträge einzeln oder gemeinsam ein substantielles Vermarktungspotenzial haben; ein substantielles Vermarktungspotenzial liegt vor, wenn [...].

Im Falle von lediglich öffentlich angekündigten Vorleistungsverträgen haben die Parteien und das Gemeinschaftsunternehmen die zu erwartenden Marktauswirkungen nachzuweisen.

Im Übrigen wird das Bundeskartellamt den Trustee und die Parteien spätestens im Rahmen der Prüfung eines Anpassungsvorschlags durch den Trustee nach Ziffer 2.3 darüber informieren, ob die Voraussetzungen nach diesem Unterabsatz gegeben sind.

2.2.3 Zinsniveau

Der Referenzzinssatz „EUR Midswaps 10 Jahre“ wird 1,75 Prozentpunkte (absolut) nicht übersteigen.

2.3 Nachträgliche Verringerung des Mindestausbaus in der Ausbauphase II

2.3.1 Wenn die Parteien auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung

2.3.1.1 der bis zum 30. September 2021 vorliegenden Daten und Informationen zu den Ausbaufaktoren nach Ziffern 2.2.1 bis 2.2.3 und

2.3.1.2 von vernünftigen („reasonable“) Prognosen

- zur Entwicklung der Tiefbaukosten in Deutschland gemäß der in Ziffer 2.2.1 genannten Preisreihe während der Ausbauphase II,
- zur Entwicklung der allgemeinen Auslastung von Glasfasernetzen in Deutschland während der Ausbauphase II, wobei insofern lediglich auf die Entwicklung der in Ziffer 2.2.2.1 genannten Take-Up-Rate und des in Ziffer 2.2.2.2 genannten Konsumklimaindex abgestellt wird,

der Auffassung sind, dass eine nachträgliche Verringerung des Mindestausbaus in der Ausbauphase II geboten ist, können sie dem Trustee bis spätestens 31. Oktober 2021 einen entsprechenden Vorschlag unterbreiten. Der Umfang der Anpassung wird ausschließlich anhand der tatsächlichen Daten und Informationen und der prognostizierten Veränderungen nach Satz 1 mit dem Berechnungsmodell gemäß **Anlage A.2.3.1** ermittelt. Weitere Faktoren werden dabei nicht berücksichtigt. Der Mindestausbau in der Ausbauphase II darf auch nach der Reduktion insgesamt 120.000 HHUStO nicht überschreiten.

2.3.2 Der Trustee prüft den Vorschlag der Parteien. Der Trustee muss seine Prüfung bis spätestens 30. November 2021 abgeschlossen haben.

2.3.3 Entspricht der Vorschlag der Parteien den Maßgaben von Ziffer 2.3.1, werden die Vorgaben für den Mindestausbau in der Ausbauphase II entsprechend des Vorschlags der Parteien reduziert.

2.3.4 Entspricht der Vorschlag der Parteien den Maßgaben von Ziffer 2.3.1 nicht, gilt Folgendes:

2.3.4.1 Der Trustee setzt nach vorheriger Anhörung des Gemeinschaftsunternehmens bis spätestens zum 15. Dezember 2021 fest, ob und in welchem Umfang sich der Mindestausbau in der Ausbauphase II reduziert. Spätestens am 31. Dezember 2021 teilen die Parteien dem Trustee mit, ob sie mit dessen Festsetzung einverstanden sind oder ob er die Sache dem Bundeskartellamt zur Entscheidung vorlegen soll. Das

Bundeskartellamt ist bei seiner Entscheidung nicht an die Feststellung des Trustees gebunden.

2.3.4.2 Können die Parteien mit dem Bundeskartellamt bis zum 31. Januar 2022 keine abschließende Einigung über eine den Maßgaben von Ziffer 2.3.1 entsprechende Reduktion des Mindestausbaus in der Ausbauphase II erzielen, können die Parteien entweder (i) den Mindestausbau in der Ausbauphase II unverändert durchführen oder (ii) das Gemeinschaftsunternehmen nach den Vorgaben des Joint Venture Vertrages vom 8. März 2019 („JVV“) unverzüglich beenden und abwickeln. [...]. Sonstige Folgen hat eine nicht erfolgte Einigung über die Anpassung des Mindestausbaus in der Ausbauphase II nicht.

3. ABWEICHUNG VOM MINDESTAUSBAU

3.1 Durchführung des Mindestausbaus in Ausbauphase I und Ausbauphase II

Das Gemeinschaftsunternehmen und die Parteien werden den Mindestausbau in Ausbauphase I und Ausbauphase II unter Anwendung der Sorgfalt des ordentlichen Kaufmanns (§ 347 HGB) vorausschauend so planen und durchführen, dass der Mindestausbau erreicht wird. Dabei werden sie rechtzeitig die ihnen den Umständen nach zumutbaren Maßnahmen ergreifen, um Verzögerungen bzw. Unterschreitungen der Planungen abzuwenden bzw. noch in der gleichen Ausbauphase auszugleichen.

3.2 Unterschreitung bzw. Verzögerung des Mindestausbaus

3.2.1 Eine Unterschreitung bzw. Verzögerung des Mindestausbaus ist dann nicht von dem Gemeinschaftsunternehmen und/oder den Parteien zu vertreten, wenn und soweit die Voraussetzungen von Ziffer 3.2.1.1 und Ziffer 3.2.1.2 vorliegen:

3.2.1.1 Die Unterschreitung bzw. Verzögerung des Mindestausbaus beruht auf tatsächlichen Umständen, die das Gemeinschaftsunternehmen und/oder die Parteien unter Anwendung der Sorgfalt des ordentlichen Kaufmanns (§ 347 HGB) nicht vorhersehen konnten und die sie weder beeinflusst haben noch beeinflussen konnten. Zu diesen Umständen können insbesondere witterungsbedingte Verzögerungen, höhere Gewalt oder gesetzliche oder behördliche Eingriffe gehören:

- Witterungsbedingte Verzögerungen liegen vor, wenn konkret geplante Tiefbaumaßnahmen oder Verlegungen von Telekommunikationsleitungen

aufgrund von außergewöhnlichen Witterungsbedingungen insgesamt in einem Umfang nicht möglich sind, den das Gemeinschaftsunternehmen und/oder die Parteien unter Anwendung der Sorgfalt des ordentlichen Kaufmanns (§ 347 HGB) nicht vorhersehen konnten. Eine Witterungsbedingung ist insbesondere dann außergewöhnlich, wenn sie in der jeweiligen Ausbauphase insgesamt erheblich länger andauert oder wesentlich öfter eintritt, als das in dem oder den Gebieten üblich ist, in dem die konkret geplante Tiefbaumaßnahmen oder Verlegungen von Telekommunikationsleitungen durchgeführt werden sollten.

- Höhere Gewalt ist ein von außen kommendes Ereignis, das das Gemeinschaftsunternehmen und/oder die Parteien unter Anwendung der Sorgfalt des ordentlichen Kaufmanns (§ 347 HGB) nicht vorhersehen konnten und das sie nach Maßgabe der Anforderungen an die Sorgfalt des ordentlichen Kaufmanns (§ 347 HGB) mit technisch und wirtschaftlich zumutbaren Mitteln nicht oder nicht rechtzeitig abwenden konnten. Hierzu zählen insbesondere Naturkatastrophen (wie beispielsweise lang anhaltende Überschwemmungen), Krieg, terroristische Angriffe, Stromausfall, Streik und Aussperrung, soweit die Aussperrung rechtmäßig ist.
- Ein erheblicher gesetzlicher oder behördlicher Eingriff liegt bei Änderungen von gesetzlichen Bestimmungen oder der Vornahme oder des Unterlassens von Maßnahmen der Regierung oder von Gerichten oder Behörden vor, die das Gemeinschaftsunternehmen und/oder die Parteien unter Anwendung der Sorgfalt des ordentlichen Kaufmanns (§ 347 HGB) im Rahmen der üblichen Unternehmensplanung nicht vorhersehen konnte und die sich wesentlich auf den Glasfaserausbau des Gemeinschaftsunternehmens auswirken. Nicht hiervon erfasst sind Maßnahmen der Entgelt- und Zugangsregulierung, die Umsetzung des Europäischen Kodex für elektronische Kommunikation (EKEK) sowie die Ausgestaltung der künftigen Rahmenbedingungen für die Förderung der Errichtung von Glasfasernetzen.

3.2.1.2 Das Gemeinschaftsunternehmen und/oder die Parteien haben gemäß Ziffer 3.2.1 rechtzeitig die ihnen den Umständen nach zumutbaren Maßnahmen ergriffen, um Verzögerungen bzw. Unterschreitungen der Planungen abzuwenden bzw. noch in der gleichen Ausbauphase auszugleichen.

- 3.2.2 Unterschreitet das Gemeinschaftsunternehmen den Mindestausbau in Ausbauphase I oder Ausbauphase II und ist diese Unterschreitung ihrem Umfang nach nicht nur geringfügig bzw. führt sie nicht nur zu einer geringfügigen Verzögerung des Mindestausbaus, werden die Parteien ihre Kooperation nach dem JVV beenden und das Gemeinschaftsunternehmen drei Monate nach der Mitteilung des Bundeskartellamtes gemäß Ziffer 3.2.8 unverzüglich auflösen. [...]. Andere als die in diesem Abschnitt vorgesehenen Folgen hat die Unterschreitung des Mindestausbaus nicht.
- 3.2.3 Die Kooperation und das Gemeinschaftsunternehmen können entgegen Ziffer 3.2.2 ausnahmsweise fortgesetzt werden, wenn und soweit das Gemeinschaftsunternehmen nachweist, dass die Unterschreitung bzw. Verzögerung auf Gründen beruht, die gemäß Ziffer 3.2.1 weder von dem Gemeinschaftsunternehmen noch von den Parteien zu vertreten sind, und der Mindestausbau gemäß Ziffer 3.2.7.2 unverzüglich nachgeholt wird.
- 3.2.4 Wenn über das insgesamt vorhersehbare Maß hinaus in einem Umfang Umstände eintreten, die nach Einschätzung des Gemeinschaftsunternehmens die Erreichung des Mindestausbaus gefährden, kann das Gemeinschaftsunternehmen beim Trustee anfragen, ob und in welchem Umfang es sich um Umstände im Sinne von Ziffer 3.2.1.1 handelt. Der Trustee teilt dem Gemeinschaftsunternehmen auf Basis der ihm vom Gemeinschaftsunternehmen zusammen mit der Anfrage vorgelegten Informationen innerhalb einer Frist von 6 Wochen nach Eingang der Anfrage eine vorläufige und unverbindliche Einschätzung hierzu mit. Diese Einschätzung kann auf Basis der dem Trustee zur Verfügung gestellten Informationen eine erste vorläufige Einschätzung dazu enthalten, ob eine drohende Unterschreitung des Mindestausbaus ggf. durch zumutbare Maßnahmen in derselben Ausbauphase ausgleichbar erscheint.
- 3.2.5 Das Gemeinschaftsunternehmen wird dem Trustee spätestens am 30. September 2021 im Hinblick auf die Ausbauphase I bzw. am 30. September 2023 im Hinblick auf die Ausbauphase II mitteilen, ob und inwieweit der Mindestausbau in der Ausbauphase I oder den – ggf. nach Ziffer 2.3 angepassten – Mindestausbau in der Ausbauphase II voraussichtlich überschritten oder unterschritten wird. Es wird dem Trustee spätestens bis zum 31. Januar 2022 im Hinblick auf die Ausbauphase I bzw. bis zum 31. Januar 2024 im Hinblick auf die Ausbauphase II mitteilen, ob und ggf. inwieweit der Mindestausbau in der Ausbauphase I oder den – ggf. nach Ziffer 2.3 angepassten – Mindestausbau in der Ausbauphase II tatsächlich überschritten oder unterschritten wird. Im Fall einer Unterschreitung bzw. Verzögerung teilt das Gemeinschaftsunternehmen in einem begründeten Zeitplan mit, wann der Mindestausbau tatsächlich erreicht werden wird.

- 3.2.6 Unterschreitet das Gemeinschaftsunternehmen den Mindestausbau in Ausbauphase I oder Ausbauphase II und ist diese Unterschreitung – unabhängig von der Frage, ob und in welchem Umfang die Unterschreitung ausnahmsweise nach Maßgabe von Ziffern 3.2.1 nicht zu vertreten ist – im Sinne von Ziffer 3.2.2 ihrem Umfang nach nur geringfügig bzw. führt sie nur zu einer geringfügigen Verzögerung des Mindestausbaus, teilt der Trustee dies dem Gemeinschaftsunternehmen unverzüglich mit.
- 3.2.7 Ist die Unterschreitung bzw. die Verzögerung nicht nur geringfügig, prüft der Trustee, ob und in welchem Umfang die Unterschreitung bzw. die Verzögerung ausnahmsweise nach Maßgabe von Ziffer 3.2.1 ggf. nicht zu vertreten ist:
- 3.2.7.1 Kommt der Trustee zu dem Ergebnis, dass die Unterschreitung bzw. die Verzögerung nach Ziffern 3.2.1 zu vertreten ist, teilt er den Parteien und dem Gemeinschaftsunternehmen innerhalb einer Frist von 6 Wochen seit Eingang der Mitteilung gemäß Ziffer 3.2.5 Satz 2 seine Einschätzung mit und gibt ihnen innerhalb einer Frist von 3 Wochen Gelegenheit zur Stellungnahme. Bleibt der Trustee auch unter Berücksichtigung der Stellungnahmen bei seiner Auffassung, leitet er seine Einschätzung und die Stellungnahmen der Parteien innerhalb einer Frist von 2 Wochen an das Bundeskartellamt weiter.
- 3.2.7.2 Kommt der Trustee zu dem Ergebnis, dass die Unterschreitung bzw. die Verzögerung nach Maßgabe von Ziffern 3.2.1 nicht zu vertreten ist, teilt er den Parteien und dem Gemeinschaftsunternehmen innerhalb einer Frist von 6 Wochen seit Eingang der Mitteilung gemäß Ziffer 3.2.5 Satz 2 seine Einschätzung mit und erarbeitet innerhalb einer Frist von weiteren 3 Wochen gemeinsam mit den Parteien einen auch im Lichte der Umstände, die zu dem Unterschreiten bzw. der Verzögerung geführt haben, angemessenen Zeitplan für die Nachholung des Mindestausbaus. Der nachzuholende Mindestausbau ist nicht auf das Ausbauziel der nachfolgenden Ausbauphase anzurechnen. Der Trustee leitet seine Einschätzung und den Zeitplan für die Nachholung des Mindestausbaus an das Bundeskartellamt weiter. Gelingt keine Einigung über einen Zeitplan, gibt der Trustee den Parteien und dem Gemeinschaftsunternehmen innerhalb einer Frist von 3 Wochen Gelegenheit zur Stellungnahme. Bleibt der Trustee auch unter Berücksichtigung der Stellungnahmen bei seiner Auffassung, leitet er seine Einschätzung und die Stellungnahmen der Parteien innerhalb einer Frist von 2 Wochen an das Bundeskartellamt weiter.

3.2.8 Das Bundeskartellamt entscheidet abschließend und teilt dem Gemeinschaftsunternehmen und den Parteien seine Entscheidung binnen 6 Wochen nach Eingang der Einschätzung des Trustees mit.

4. VERHINDERUNG EINER UNANGEMESSENEN BLOCKADE DES AUSBAUS DURCH WETTBEWERBER

4.1 Ausbaumaßnahmen des Gemeinschaftsunternehmens

4.1.1 Ausbaumaßnahmen des Gemeinschaftsunternehmens im Hinblick auf die Errichtung eines FTTH/FTTB-Glasfasernetzes für das Massenmarktgeschäft dürfen sich nur auf folgende Gebiete beziehen:

4.1.1.1 Gebiete, die sich auf der [zusammen mit der Anmeldung am 21.03.2019 beim Bundeskartellamt eingereichten, intialen Ausbauliste] befinden,

4.1.1.2 Gebiete, die sich mehr als 9 Monate auf der Shortlist in der jeweils aktuellen Fassung befinden,

4.1.1.3 Neubaugebiete und neu ausgewiesene Gewerbe- und Mischgebiete.

4.1.2 Ausbaumaßnahmen sind neben der baulichen Errichtung eines FTTH/FTTB-Glasfasernetzes insbesondere auch vorbereitende, nicht ausschließlich nach Innen (einschließlich an Erfüllungsgehilfen) gerichtete Maßnahmen wie eine auf den möglichen Ausbau gerichtete aktive Kommunikation einschließlich der Beantragung von entsprechenden behördlichen Genehmigungen und einer aktiven Vermarktung dieses Netzes. Unter aktiver Kommunikation bzw. Vermarktung ist jede gezielt auf die Möglichkeit einer Errichtung bzw. Vermarktung von Breitbandanschlüssen über das künftige FTTH/FTTB-Glasfasernetz in dem jeweiligen Ausbaugbiet gerichtete Kommunikation zu verstehen. Die reaktive Kommunikation mit kommunalen Behörden und kommunalen Entscheidungsträgern, zu der insbesondere die Beantwortung von Anfragen von Behörden oder kommunalen Entscheidungsträgern zählt, bleibt für das Gemeinschaftsunternehmen und die Parteien gestattet; insbesondere dürfen sie auf Nachfrage mitteilen, ob und seit wann sich die Gemeinde oder ein Teil der Gemeinde als Ausbaugbiet auf der Shortlist befindet. Im Rahmen einer reaktiven Kommunikation werden das Gemeinschaftsunternehmen und die Parteien jedoch keine Gespräche über die Errichtung eines Glasfasernetzes durch das Gemeinschaftsunternehmen in dem tatsächlichen oder geplanten Netzgebiet des Wettbewerbsnetzes aufnehmen. Das Gemeinschaftsunternehmen

und die Parteien dürfen auf die sich aus diesem Abschnitt 4 ergebenden Beschränkungen verweisen.

4.1.3 Das Gemeinschaftsunternehmen regelt seine kurz- und mittelfristige Ausbauplanung in einer Shortlist. Die Shortlist enthält Angaben zur Lage der geplanten Ausbaugebiete des Gemeinschaftsunternehmens unter Bezeichnung der Gemeinde sowie des oder der betreffenden Anschlussbereiche, bei Gemeinden mit mehr als 10.000 HHUStOs darüber hinaus mit Angabe der Gemeindeteile, und zur Zahl der HHUStOs in diesen Ausbaugebieten. Die Ausbaugebiete auf der Shortlist dürfen insgesamt nicht mehr als [...] HHUStO umfassen. Ausbaugebiete, für die das Gemeinschaftsunternehmen nicht innerhalb von [...] Monaten nach ihrer Aufnahme in die Shortlist mit der konkreten Ausbauplanung beginnt und nicht innerhalb von [...] Monaten nach ihrer Aufnahme mit dem Ausbau beginnt, werden von der Shortlist gestrichen; sie dürfen frühestens nach Ablauf von [...] Monaten wieder auf die Shortlist genommen werden. Die Shortlist kann vom Gemeinschaftsunternehmen jederzeit durch die Herausnahme von Ausbaugebieten, die Änderung des Zuschnitts von Ausbaugebieten, die Aufnahme von weiteren Ausbaugebieten oder in anderer Weise aktualisiert werden. Ausbaugebiete, die ganz oder teilweise aus der Shortlist herausgenommen wurden, dürfen frühestens nach Ablauf von [...] Monaten wieder auf die Shortlist genommen werden. Ein Ausbaugebiet wird bei der Ermittlung der Einhaltung der in Satz 3 festgelegten Höchstgrenze ab dem Zeitpunkt nicht mehr berücksichtigt, zu dem der Ausbau dieses Ausbaugebiets bei den Parteien oder Dritten nach den Regeln des JVV verbindlich beauftragt wurde und eine Informationsveranstaltung oder eine vergleichbare öffentliche Mitteilung über den Ausbau dieses Ausbaugebiets erfolgt ist. Die Wirkungen nach Ziffer 4.1.1 treten erst zu dem Zeitpunkt ein, zu dem die erste Shortlist oder eine entsprechend aktualisierte Shortlist dem Trustee übermittelt wurde.

4.1.4 Das Gemeinschaftsunternehmen erstellt eine Nachrückerliste für die Shortlist mit Ausbaugebieten, die insgesamt nicht mehr als [...] HHUStO umfassen wird und übermittelt sie sowie jede Änderung dem Trustee. Die Nachrückerliste enthält alternative Ausbaugebiete für den Fall, dass Ausbaugebiete auf der Shortlist für den Ausbau nicht mehr in Betracht kommen, weil dritte Telekommunikationsunternehmen das Ausbaugebiet ganz oder teilweise bereits mit FTTB/H-Netzen erschließen oder erschlossen haben („Wettbewerberausbau“). Ein Wettbewerberausbau liegt vor, wenn [relevante Vereinbarungen abgeschlossen, öffentlichkeitswirksame Maßnahmen begonnen] oder die Baumaßnahmen für die Errichtung des Netzes begonnen haben oder abgeschlossen sind. Die Ausbaugebiete sind nach dem Eintragungszeitpunkt sortiert; die Nachrückerliste kann jederzeit aktualisiert werden. Für den

Fall, dass ein Ausbaugbiet wegen eines Wettbewerbersausbaus von der Shortlist gestrichen wird, rücken das oder die jeweils an oberster Position der Nachrückerliste stehenden Gebiete auf die Shortlist nach. Das bzw. die nachrückenden Ausbaugbiete dürfen nicht mehr HHUStO beinhalten als das bzw. die Ausbaugbiete, die von der Shortlist gestrichen werden. Liegt in dem oder den Nachrückergebieten ebenfalls ein Wettbewerbersausbau vor, rücken jeweils die jeweils nächsten Gebiete auf die Shortlist nach. Für den Beginn der Frist nach Ziffer 4.1.1.2 kommt es auf den Zeitpunkt der Übermittlung der entsprechend aktualisierten Nachrückerliste an den Trustee an. Das Gemeinschaftsunternehmen informiert den Trustee darüber hinaus, wenn es ein Ausbaugbiet von der Nachrückerliste aufgrund eines Wettbewerbersausbaus auf die Shortlist übernehmen will, und legt dar, inwieweit ein Wettbewerbersausbau vorliegt.

4.2 Überwachung von Ausbaumaßnahmen des Gemeinschaftsunternehmens durch den Trustee

- 4.2.1 Hat der Trustee auf der Basis der Berichte des Gemeinschaftsunternehmens nach Abschnitt 6 oder aus anderen Gründen und Quellen – einschließlich von Hinweisen von anderen Telekommunikationsunternehmen – Anhaltspunkte dafür, dass die Vorgaben nach Ziffer 4.1 nicht eingehalten wurden, prüft er den Sachverhalt.
- 4.2.2 Hat der Trustee erhebliche Bedenken, dass das Gemeinschaftsunternehmen oder die Parteien Ausbaumaßnahmen entgegen den Vorgaben in Ziffer 4.1 vorgenommen hat, gibt er den Parteien und dem Gemeinschaftsunternehmen innerhalb einer Frist von in der Regel 3 Wochen Gelegenheit zur Stellungnahme zu seinen Bedenken.
- 4.2.3 Hat der Trustee auch unter Berücksichtigung der Stellungnahmen des Gemeinschaftsunternehmens und der Parteien weiterhin erhebliche Bedenken, dass das Gemeinschaftsunternehmen Ausbaumaßnahmen entgegen den Vorgaben in Ziffer 4.1 vorgenommen oder unterlassen hat, informiert er hierüber das Bundeskartellamt und legt diesem seine Einschätzung und die Stellungnahmen der Parteien und des Gemeinschaftsunternehmens vor.

5. ERSCHLIEßUNG VON HAUSHALTEN IM LÄNDLICHEN UND DÜNNBESIEDELTEN RAUM

5.1 Anforderungen an die Erschließung im ländlichen und dünnbesiedelten Raum

5.1.1 Mindestens [25-35] Prozent der Ausbaugebiete gemäß Ziff. 4.1 des Joint-Venture-Vertrages in Verbindung mit Anlage 4.1 zum Joint-Venture-Vertrag müssen in Gemeinden im ländlichen und dünnbesiedelten Raum liegen. Als Gemeinden im ländlichen und dünnbesiedelten Raum im Sinne des Satzes 1 gelten solche Gemeinden, die – gemessen an Homes Passed – eine Abdeckung mit HFC-Breitbandkabelnetzen von unter [45-65] Prozent haben. Bei der Ermittlung der Quoten werden Ausbaugebiete, mit denen der Mindestausbau nach Abschnitt 1 überschritten wird, nicht berücksichtigt.

5.1.2 Unabhängig von den Anforderungen nach Ziffer 5.1.1 müssen mindestens [15-25] Prozent der von dem Gemeinschaftsunternehmen im Rahmen des Mindestausbaus als Homes Passed Plus im Sinne von Ziffer 1.1 erschlossenen HHUStO auf HHUStO entfallen, die zum 30. September 2019 nicht bereits als Homes Passed von einem HFC-Breitbandkabelnetz erschlossen sind.

5.1.3 Maßgeblich für die Beurteilung nach Ziffer 5.1.1 ist das als **Anlage A.5.1.3** beigefügte Verzeichnis, aus dem sich ergibt, in welchen Gemeinden im Tätigkeitsbereich des Gemeinschaftsunternehmens nach ihrer Marktbeobachtung (Stand: 30. September 2019) weniger als [45-65] Prozent der HHUStOs als Homes Passed von einem HFC-Breitbandkabelnetz erschlossen sind.

5.1.4 Maßgeblich für die Beurteilung nach Ziffer 5.1.2 ist das als **Anlage A.5.1.4** beigefügte Verzeichnis, aus dem sich ergibt, welche HHUStO im Ausbaugebiet des Gemeinschaftsunternehmens nach ihrer Marktbeobachtung (Stand: 30. September 2019) als Homes Passed von einem HFC-Breitbandkabelnetz erschlossen sind.

5.2 Überwachung der Erschließung im ländlichen und dünnbesiedelten Raum

5.2.1 Hat der Trustee auf der Basis der Berichte des Gemeinschaftsunternehmens nach Abschnitt 6 Anhaltspunkte dafür, dass die Vorgaben nach Ziffern 5.1.1 oder 5.1.2 nicht eingehalten wurden, prüft er den Sachverhalt.

5.2.2 Kommt der Trustee zu dem Ergebnis, dass die Mindestvorgaben nach Ziffern 5.1.1 oder 5.1.2 am Ende der Ausbauphase II insgesamt nicht eingehalten wurden, gibt er den Parteien und

dem Gemeinschaftsunternehmen innerhalb einer Frist von in der Regel 3 Wochen Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Gründen hierfür.

5.2.3 Bleibt der Trustee auch unter Berücksichtigung der Stellungnahme der Parteien und des Gemeinschaftsunternehmens nach Ziffer 5.2.2 bei seiner Einschätzung, dass die Mindestvorgaben nach Ziffern 5.1.1 oder 5.1.2 bis zum Ende der Ausbauphase II insgesamt nicht eingehalten wurden, leitet er seine Einschätzung, die Stellungnahmen der Parteien und des Gemeinschaftsunternehmens sowie eine vorläufige Bewertung dieser Stellungnahme an das Bundeskartellamt weiter.

6. BERICHTSPFLICHTEN DES GEMEINSCHAFTSUNTERNEHMENS GEGENÜBER DEM TRUSTEE

6.1 Jährlicher Bericht des Gemeinschaftsunternehmens

6.1.1 Das Gemeinschaftsunternehmen wird dem Trustee einmal jährlich jeweils zum 31. März des Folgejahres, zuletzt am 31. März 2024, über die Umsetzung des geplanten Ausbaus des Glasfasernetzes, einschließlich der Erschließung von Haushalten im ländlichen und dünnbesiedelten Raum gemäß Abschnitt 5, berichten, insbesondere über

6.1.1.1 die Gesamtzahl der durch das Gemeinschaftsunternehmen mit seinem Glasfasernetz als Homes Passed Plus im jeweiligen Vorjahr zusätzlich erschlossenen HHUStO (nachfolgend „Homes Passed Plus des Gemeinschaftsunternehmens“), einschließlich der Angabe, welche Zahl dieser HHUStO zum 30. September 2019 nicht bereits als Homes Passed von einem HFC-Breitbandkabelnetz gemäß Ziffer 5.1.2 erschlossen waren und welche Ausbaugebiete im ländlichen und dünnbesiedelten Raum gemäß Ziffer 5.1.1 liegen ,

6.1.1.2 die Gesamtzahl der Homes Passed Plus des Gemeinschaftsunternehmens zum jeweiligen 31. Dezember des Vorjahres, einschließlich der Angabe, welche Zahl dieser HHUStO zum 30. September 2019 nicht bereits als Homes Passed von einem HFC-Breitbandkabelnetz gemäß Ziffer 5.1.2 erschlossen waren und welche Ausbaugebiete im ländlichen und dünnbesiedelten Raum gemäß Ziffer 5.1.1 liegen,

6.1.1.3 die geographischen Lage des Glasfasernetzes des Gemeinschaftsunternehmens und der Homes Passed Plus des Gemeinschaftsunternehmens unter Kennzeichnung der im Vorjahr vorgenommenen Erweiterungen,

6.1.1.4 den für das jeweilige laufende Jahr geplanten weiteren Ausbau des Glasfasernetzes des Gemeinschaftsunternehmens unter Berücksichtigung

(a) der Gesamtzahl der in dem jeweiligen Jahr geplanten zusätzlichen Homes Passed Plus des Gemeinschaftsunternehmens und

(b) der geographischen Lage der in dem jeweiligen Jahr geplanten Erweiterungen des Glasfasernetzes des Gemeinschaftsunternehmens und der geplanten zusätzlichen Homes Passed Plus des Gemeinschaftsunternehmens.

6.1.1.5 Die Frist für den einen Gesamtbericht beinhaltenden letzten Bericht verlängert sich um den Zeitraum, um den sich die Umsetzung des Mindestausbaus des Gemeinschaftsunternehmens gemäß Ziffer 3.2.8 verzögert.

6.1.2 Das Gemeinschaftsunternehmen wird dem Trustee bis zum 31. März 2026 die Gesamtzahl der bis zum 31. Dezember 2025 durch das Gemeinschaftsunternehmen erschlossenen Homes Passed Plus sowie die geographischen Lage des Glasfasernetzes des Gemeinschaftsunternehmens übermitteln.

6.2 Bereitstellung von Informationen zur Überwachung von Ausbaumaßnahmen des Gemeinschaftsunternehmens

6.2.1 Das Gemeinschaftsunternehmen wird dem Trustee die Informationen zur Verfügung stellen, die zur Überwachung der Einhaltung der Vorgaben von Abschnitt 4 erforderlich sind.

6.2.2 Das Gemeinschaftsunternehmen wird dem Trustee jeweils zum 31. März und 30. September des laufenden Jahres sowie zuletzt am 31. März 2024 eine Liste mit den Ausbaugebieten übermitteln, in denen der Ausbau innerhalb der nächsten 6 Monate beginnen soll, in denen der

Ausbau zum Zeitpunkt der Berichterstattung durchgeführt wird und in denen der Ausbau in den zwei vorangegangenen Quartalen abgeschlossen wurde. Für jedes der Ausbaugebiete wird angegeben, wie viele HHUStO als Homes Passed Plus in dem betreffenden Ausbaugebiet erschlossen werden sollen. Das JV wird in der Liste kennzeichnen, welcher bzw. welche der Ziffern 4.1.1.1 bis 4.1.1.3 für die einzelnen Ausbaugebiete einschlägig ist bzw. sind.

7. BERICHTSPFLICHTEN DES GEMEINSCHAFTSUNTERNEHMENS GEGENÜBER DER ÖFFENTLICHKEIT

Das Gemeinschaftsunternehmen wird jeweils zum 31. März, erstmals zum 31. März 2021 und zuletzt am 31. März 2024, einen Bericht veröffentlichen, in dem die in dem vorangegangenen Jahr durchgeführten Ausbaumaßnahmen unter Angabe der jeweiligen Ortsnetze und der jeweiligen Anzahl der durch das Glasfasernetz des Gemeinschaftsunternehmens als Homes Passed Plus erschlossenen HHUStO zusammenfassend dargestellt sind.

8. BERICHT DES TRUSTEE

Der Trustee wird dem Bundeskartellamt einmal jährlich jeweils zum 30. April, letztmalig im Rahmen eines zusammenfassenden schriftlichen Gesamtberichts zum 30. April 2024, schriftlichen Bericht über den Stand der Umsetzung und Einhaltung der in Abschnitten 1, 4 und 5 genannten Verpflichtungen vorlegen. Die Frist zur Abgabe des einen Gesamtbericht beinhaltenden letzten Berichts verlängert sich um den Zeitraum, um den sich die Umsetzung des Mindestausbaus das Gemeinschaftsunternehmen gemäß Ziffer 3.2.8 verzögert. Sofern das Gemeinschaftsunternehmen nach Ziffer 2.3.4.2, oder aufgrund einer Mitteilung des Bundeskartellamtes nach Ziffer 3.2.8 i.V.m. 3.2.2 zu beenden und abzuwickeln ist, wird der Trustee dem Bundeskartellamt hierüber alle 8 Wochen einen schriftlichen Bericht über den Stand der Umsetzung vorlegen. Der Trustee wird das Bundeskartellamt unverzüglich über einen Vorschlag der Parteien nach Ziffer 2.3.1 und eine Mitteilung der Parteien nach Ziffer 3.2.4 und/oder 3.2.5 Satz 3 sowie die Einleitung einer Prüfung nach Ziffer 4.2.1 oder Ziffer 5.2.1 informieren.

B. ZUGANGSZUSAGE

1. VERPFLICHTUNG ZUR GEWÄHRUNG DISKRIMINIERUNGSFREIEN ZUGANGS

Das Gemeinschaftsunternehmen wird den Parteien und dritten Telekommunikationsunternehmen diskriminierungsfrei Vorleistungsprodukte auf der Basis der von ihm genutzten Netze anbieten und zur Verfügung stellen. Satz 1 gilt nicht für die auf Rechnung Dritter oder der Parteien vermarkteten Netze. Soweit sachlich gerechtfertigt, sind Differenzierungen insbesondere bei den Zugangsentgelten auf Basis verschiedener Entgeltmodelle möglich.

2. BITSTROM-VORLEISTUNGSPRODUKTE DES GEMEINSCHAFTSUNTERNEHMENS

2.1 Die Vorleistungsprodukte des Gemeinschaftsunternehmens werden zumindest als Layer-2-Bitstream-Access („Layer-2-BSA“) und als Layer-3-Bitstream Access („Layer-3-BSA“) ausgestaltet.

2.2 Das Gemeinschaftsunternehmen wird technisch und operativ in der Lage sein, Layer-2-BSA unabhängig von den Parteien zu produzieren, also (a) den passiven Betrieb sicherzustellen, (b) den aktiven Betrieb sicherzustellen, insbesondere durch die Fertigstellung einer eigenen Plattform oder durch Beauftragung einer der Parteien oder einer dritten Partei, und (c) das Wholesale-Angebot über eine Schnittstelle an Wholesale-Kunden zu übergeben (insgesamt „Wholesale-Fähigkeit“). Das Gemeinschaftsunternehmen wird den Parteien und dritten Telekommunikationsunternehmen Layer-2-BSA jeweils zu denselben Konditionen, zu derselben Zeit und über dieselben Schnittstellen und Prozesse sowie mit Zugriff auf dieselben für die Zugangsleistung benötigten Informationen anbieten.

2.3 Abweichend von Ziffer 2.2 kann Layer-2-BSA als Vorleistungsprodukt des Gemeinschaftsunternehmens während einer Übergangsphase bis zur Herstellung der Wholesale-Fähigkeit des Gemeinschaftsunternehmens, längstens jedoch bis zum 31. Dezember 2021, sowohl der EWE als auch dritten Telekommunikationsunternehmen durch die TDG im Auftrag des Gemeinschaftsunternehmens nicht über dieselben Schnittstellen wie der TDG, sondern funktional identisch über diejenigen Schnittstellen der TDG bereitgestellt werden, über die die TDG auch selbst Layer-2-BSA dritten Telekommunikationsunternehmen bereitstellt. Die Migration von Bestandsanschlüssen findet unverzüglich statt.

2.4 Layer-3-BSA wird das Gemeinschaftsunternehmen dritten Telekommunikationsunternehmen auf Nachfrage anbieten. Das Gemeinschaftsunternehmen wird die technischen Voraussetzungen für die Bereitstellung von Layer-3-BSA unverzüglich nach Abschluss eines Vorleistungsvertrags über Layer-3-BSA schaffen. Layer-3-BSA wird allen dritten Telekommunikationsunternehmen jeweils zu denselben Konditionen zu derselben Zeit und über dieselben Schnittstellen und Prozesse sowie mit Zugriff auf dieselben für die Zugangsleistung benötigten Informationen angeboten. Die Parteien beabsichtigen nicht, Layer-3-BSA des Gemeinschaftsunternehmens abzunehmen. Sollte sich das ändern, gelten Absätze 2 und 3 entsprechend. Das Gemeinschaftsunternehmen kann EWE, TDG oder einen Dritten damit beauftragen, den dritten Telekommunikationsunternehmen Layer-3-BSA als Vorleistungsprodukt des Gemeinschaftsunternehmens bereitzustellen.

2.5 Dritte Telekommunikationsunternehmen werden bei der Nutzung, Weiterveräußerung und Veredelung von Vorleistungsprodukten keinen Einschränkungen unterliegen.

3. VERHANDLUNG VON LAYER-2/3-BSA-VORLEISTUNGSVERTRÄGEN

3.1 Die Konditionen und Preise für die Vorleistungsprodukte des Gemeinschaftsunternehmens werden in Vorleistungsverträgen zwischen dem Gemeinschaftsunternehmen und den Parteien bzw. dritten Telekommunikationsunternehmen geregelt.

3.2 Das Gemeinschaftsunternehmen wird mit dritten Telekommunikationsunternehmen, die gegenüber dem Gemeinschaftsunternehmen schriftlich ein ernsthaftes Interesse am Abschluss eines Vorleistungsvertrags für Layer-2-BSA oder Layer-3-BSA bekunden („Interessensbekundung“), innerhalb von vier Wochen nach Zugang der Interessensbekundung Verhandlungen über den Abschluss eines Vorleistungsvertrags aufnehmen, frühestens jedoch vier Monate nach Gründung des Gemeinschaftsunternehmens.

3.3 Das Gemeinschaftsunternehmen wird die Verhandlungen gemäß Ziffer 3.2 nach Treu und Glauben mit der Sorgfalt des ordentlichen Kaufmanns (§ 347 HGB) und unter Beachtung der in dem Tätigkeitsbereich des Gemeinschaftsunternehmens geltenden Gepflogenheiten führen. Soweit das Gemeinschaftsunternehmen den Parteien oder einem dritten Telekommunikationsunternehmen günstigere Zugangsbedingungen und/oder Zugangsentgelte einräumt als es dritten Telekommunikationsunternehmen bereits zuvor eingeräumt hat, wird das Gemeinschaftsunternehmen den Telekommunikationsunternehmen, mit denen es bereits einen Vorleistungsvertrag abgeschlossen hat, unverzüglich und unbedingt einseitig eine entsprechende Änderung des Vorleistungsvertrages anbieten, es sei denn eine Differenzierung

ist gemäß Ziffer 1 Satz 3 sachlich gerechtfertigt.

4. VERMARKTUNGSZIELE DES GEMEINSCHAFTSUNTERNEHMEN

4.1 Das Gemeinschaftsunternehmen wird bis zum [...] mit mindestens [...] dritten Telekommunikationsunternehmen Layer-2-BSA- und/oder Layer-3-BSA-Vorleistungsverträge abschließen, die insgesamt das folgende Vermarktungspotenzial haben:

4.1.1 für abgeschlossene Layer-2-BSA- und/oder Layer-3-BSA-Vorleistungsverträge insgesamt mindestens [...] der HHUStO, die das Gemeinschaftsunternehmen zum [...] als Homes Passed Plus durch sein FTTH/B-Netz erschlossen hat.

4.1.2 für abgeschlossene Layer-2-BSA-Vorleistungsverträge oder etwaige Vorleistungsverträge, die einen Zugang zum FTTH/B-Netz des Gemeinschaftsunternehmens zum Gegenstand haben, der dem Vorleistungskunden ein größeres Maß an Wertschöpfungstiefe als Layer-2-BSA ermöglicht, insgesamt mindestens [...] der HHUStO, die das Gemeinschaftsunternehmen zum[...] als Homes Passed Plus durch sein FTTH/B-Netz erschlossen hat. Bei gemischten Vorleistungsverträgen über Layer-2-BSA, Layer-3-BSA und/oder andere Vorleistungen wird bei der Ermittlung des Vermarktungspotenzials nur der Anteil berücksichtigt, der auf Layer-2-BSA und/oder Vorleistungen entfällt, die Zugang zum FTTH/B-Netz des Gemeinschaftsunternehmens zum Gegenstand haben, der dem Vorleistungskunden ein größeres Maß an Wertschöpfungstiefe ermöglicht als Layer-2-BSA. Das Vermarktungspotenzial nach dieser Ziffer 4.1.2 wird auf das Vermarktungspotenzial nach Ziffer 4.1.1 angerechnet.

4.2 Gelingt es dem Gemeinschaftsunternehmen bis zum [...] mit [...] dritten Telekommunikationsunternehmen mindestens [...] Layer-2-BSA-Vorleistungsvertrag abzuschließen, der ein substantielles Vermarktungspotenzial hat, reduziert sich das Vermarktungsziel gemäß Ziffer 4.1.1 auf [...] % und gemäß Ziffer 4.1.2 auf [...] %. Im Übrigen gilt Ziffer 4.1 unverändert; insbesondere wird das Gemeinschaftsunternehmen auch im Fall des Satz 1 bis zum [...] insgesamt mit mindestens [...] dritten Telekommunikationsunternehmen Layer-2-BSA- und/oder Layer-3-BSA-Vorleistungsverträge abschließen. Bei der Beurteilung, ob ein Vorleistungsvertrag nach Satz 1 ein substantielles Vermarktungspotenzial hat, werden der Marktanteil des dritten Telekommunikationsunternehmens im Tätigkeitsgebiet des Gemeinschaftsunternehmens und sein räumlicher Tätigkeitsbereich und/oder, soweit das dritte

Telekommunikationsunternehmen einen Vorleistungsvertrag im Commitment-Modell abgeschlossen hat, die Höhe des Commitments berücksichtigt.

4.3 Für die Zwecke der Regelungen in den Ziffern 4.1 und 4.2 gilt ergänzend Folgendes:

4.3.1 Vermarktungspotenzial eines Layer-2- oder Layer-3-Vorleistungsvertrags bedeutet

- bei einem Vorleistungsvertrag im Rahmen eines Einzelabnahme-Modells, bei dem keine Verpflichtung zur Abnahme einer bestimmten Anschlussmenge besteht, die Gesamtzahl aller vom Vorleistungskunden konkret beauftragten Anschlüsse; und
- bei einem Vorleistungsvertrag im Rahmen eines Commitment-Modells, bei dem der Vorleistungskunde unabhängig von der konkreten Anschlussmenge vorab eine Zahlungsverpflichtung bezogen auf ein Mindestabnahmekontingent eingegangen ist, die Gesamtzahl der Anschlüsse, die Gegenstand des Commitments sind, unabhängig davon, wie viele dieser Anschlüsse konkret beauftragt/geschaltet sind.

4.3.2 Bei HHUStO, die das Gemeinschaftsunternehmen als Homes Passed Plus durch sein FTTH/B-Netz erschlossen hat, wird das Gemeinschaftsunternehmen im Falle von Teil D. Ziffer 1.2. Satz 2 auf Anforderung eines Vorleistungskunden die Zuführung vom Speednetzrohrverband zur Grundstücksgrenze ohne Zusatzkosten für den Vorleistungskunden oder den Grundstückseigentümer erstellen.

5. **BERICHTSPFLICHTEN DES GEMEINSCHAFTSUNTERNEHMENS**

5.1 Das Gemeinschaftsunternehmen wird den Trustee erstmals zum 31. Januar 2021, danach jeweils zum 31. Januar eines Jahres, letztmals am [...], schriftlich darüber unterrichten,

5.1.1 mit welchen dritten Telekommunikationsunternehmen das Gemeinschaftsunternehmen über Verträge über Vorleistungsprodukte verhandelt hat;

5.1.2 mit welchen dritten Telekommunikationsunternehmen das Gemeinschaftsunternehmen Verträge über Vorleistungsprodukte abgeschlossen hat;

5.1.3 wie hoch das auf jeden einzelnen Vorleistungsvertrag entfallene Vermarktungspotenzial im Sinne von Ziffer 4.1.1 ist und inwieweit sich dies auf

Layer-2-BSA oder einen Zugang zum FTTH/B-Netz des Gemeinschaftsunternehmens bezieht, der vom Vorleistungskunden ein größeres Maß an Wertschöpfungstiefe als Layer-2-BSA ermöglicht;

5.1.4 ob und wenn ja aus welchen Gründen, ein etwaiger bis zum [...] abgeschlossener Layer-2-BSA-Vorleistungsvertrag ein substantielles Vermarktungspotenzial im Sinne von Ziffer 4.2 hat;

5.1.5 wie hoch die Zahl der HHUStO ist, die das Gemeinschaftsunternehmen als Homes Passed Plus durch sein FTTH/B-Netz erschlossen hat;

5.1.6 wie hoch die Zahl der HHUStO ist, die die Parteien über Vorleistungsprodukte des Gemeinschaftsunternehmens bedienen,

5.1.7 und ihm sämtliche Vorleistungsverträge vorlegen, die das Gemeinschaftsunternehmen abgeschlossen hat.

Das Gemeinschaftsunternehmen wird den Mitteilungen nach Satz 1 geeignete Nachweise beifügen.

5.2 Das Gemeinschaftsunternehmen wird den Trustee zum [...] jeweils schriftlich über die Fortschritte und Hindernisse bei der Herstellung der Wholesale-Fähigkeit des Gemeinschaftsunternehmens und über die Erfüllung der Verpflichtungen nach Ziffern 2.2 und 2.3 unterrichten.

5.3 Das Gemeinschaftsunternehmen wird den Trustee unverzüglich schriftlich darüber unterrichten,

5.3.1 wenn ein drittes Telekommunikationsunternehmen gegenüber dem Gemeinschaftsunternehmen schriftlich ein Interesse am Abschluss eines Vorleistungsvertrags gemäß Ziffer 3.2 bekundet hat und dem Trustee die entsprechende Interessensbekundung in Kopie überlassen, und

5.3.2 wenn das Gemeinschaftsunternehmen mit einem dritten Telekommunikationsunternehmen gemäß Ziffer 3.2 Verhandlungen über den Abschluss eines Vorleistungsvertrags aufgenommen hat und dem Trustee entsprechende Nachweise überlassen.

Hat das Gemeinschaftsunternehmen entsprechende Verhandlungen mit einem dritten

Telekommunikationsunternehmen aufgenommen, unterrichtet es den Trustee anlassbezogen schriftlich über den Fortgang und Stand der Verhandlungen.

6. BERICHT DES TRUSTEE

6.1 Der Trustee wird dem Bundeskartellamt einmal jährlich jeweils zum 28. Februar schriftlichen Bericht über den Stand der Umsetzung und Einhaltung der in Abschnitt 2, 3 und 4 genannten Verpflichtungen vorlegen.

6.2 Der Trustee wird dem Bundeskartellamt unverzüglich, spätestens jedoch zum 28. Februar 2021, danach jeweils zum 28. Februar eines Jahres, letztmals am [...], die Mitteilungen des Gemeinschaftsunternehmens zur Einhaltung der Vermarktungsziele nach Ziffer 5.1 gemeinsam mit einer eigenen Stellungnahme dazu übermitteln. Sollte das Gemeinschaftsunternehmen bis zum [...] mit [...] dritten Telekommunikationsunternehmen [...] Layer-2-BSA-Vorleistungsvertrag abgeschlossen haben, wird der Trustee auch dazu Stellung nehmen, ob, und wenn ja aus welchen Gründen, ein solcher Vorleistungsvertrag ein substantielles Vermarktungspotenzial im Sinne von 4.2 hat. In diesem Fall teilt das Bundeskartellamt dem Gemeinschaftsunternehmen bis zum [...] seine verbindliche Einschätzung mit, ob der Vorleistungsvertrag ein substantielles Vermarktungspotenzial hat.

7. PRÜFUNG DER EINHALTUNG DER ZUGANGSZUSAGEN

Stellt das Bundeskartellamt fest, dass das Gemeinschaftsunternehmen die Vermarktungsziele gemäß Ziffern 4.1 bzw. 4.2 verfehlt hat, so haben die Parteien das Gemeinschaftsunternehmen nach Ablauf von drei Monaten nach Zugang der Mitteilung des Bundeskartellamts nach den Vorschriften des JVV unverzüglich zu beenden und abzuwickeln, es sei denn das Bundeskartellamt hat nach vorläufiger Beurteilung keine wettbewerblichen Bedenken gegen das Fortbestehen des Gemeinschaftsunternehmens oder aber die Parteien unterbreiten dem Bundeskartellamt ein neues Angebot von Verpflichtungszusagen, die geeignet sind, die nach vorläufiger Beurteilung durch das Bundeskartellamt bestehenden wettbewerblichen Bedenken gegen das Fortbestehen des Gemeinschaftsunternehmens auszuräumen. Das Bundeskartellamt kann die Frist für die Beendigung des Gemeinschaftsunternehmens zur Prüfung des § 32b GWB verlängern. Legen die Parteien ein geeignetes Angebot vor, werden die weiteren Rechtsfolgen für das Gemeinschaftsunternehmen in einer neuen Entscheidung nach § 32b GWB geregelt, die diese Entscheidung insoweit ersetzt. Weitere Folgen hat das Verfehlen der Vermarktungsziele nach Abschnitt 4 nicht.

8. VERHÄLTNIS ZU REGULIERUNG

- 8.1 Die telekommunikationsrechtlichen Vorgaben für die Regulierung von Vorleistungsprodukten des Gemeinschaftsunternehmens aus oder aufgrund des Telekommunikationsgesetzes („TKG“) gelten unbeschadet und unabhängig von den Regelungen in Abschnitt 1 bis 7.
- 8.2 Diese Verpflichtungszusage in Teil B (Zugangszusage) entfällt, wenn und soweit die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen („Bundesnetzagentur“) die Entgelte und/oder sonstige Bedingungen der Vorleistungsprodukte des Gemeinschaftsunternehmens auf der Grundlage des TKG so umfassend reguliert, dass das Gemeinschaftsunternehmen keinen hinreichenden Verhaltensspielraum mehr hat, der ihm eine Erfüllung seiner Verpflichtungen nach dieser Verpflichtungszusage ermöglicht.

Ohne BUG

C. FÖRDERZUSAGE

1. Das Gemeinschaftsunternehmen wird sich nicht um den FTTB/H-Netzausbau in Fördergebieten, einschließlich in Gewerbegebieten, bewerben. Hierzu sind unter Ausschluss des Gemeinschaftsunternehmens ausschließlich die Parteien berechtigt. Die Parteien werden unabhängig voneinander und unabhängig vom Gemeinschaftsunternehmen über die Beteiligung an Förderverfahren entscheiden und insbesondere keine Informationen über ihre Beteiligung, ihre individuellen Beschaffungs- und Kalkulationsgrundlagen sowie die Ausgestaltung und Höhe ihrer individuellen Gebote austauschen. Das Gemeinschaftsunternehmen darf in einem Markterkundungsverfahren eines Fördermittelgebers Auskunft darüber geben, ob es in dem geplanten Fördergebiet einen eigenwirtschaftlichen Ausbau beabsichtigt.
2. Gewinnt eine der Parteien das Förderverfahren, wird diese das Netz eigenständig mit Hilfe der Fördermittel errichten und an einen Broadband Network Gateway („BNG“) anschließen. Dabei darf es sich auch um einen BNG des Gemeinschaftsunternehmens handeln; in diesem Fall darf das Gemeinschaftsunternehmen die Anbindung des geförderten Netzes von der Grenze des Grundstücks, auf dem sich der BNG befindet, bis zum BNG vornehmen und die Verbindung zwischen dem Netz und dem BNG herstellen. Die Partei, die das Förderverfahren gewonnen hat, verwendet für die Errichtung des Netzes neben den Fördermitteln ausschließlich ihre eigenen personellen, organisatorischen und finanziellen Mittel. Das Gemeinschaftsunternehmen wird ebensowenig wie die jeweils andere Partei in die Errichtung des Netzes eingebunden. Das Gemeinschaftsunternehmen wird kein Eigentum an Netzen oder Bestandteilen von Netzen haben, die von einer Partei mit Fördermitteln errichtet wurden.
3. Die Parteien dürfen das Gemeinschaftsunternehmen ganz oder teilweise mit dem Netzbetrieb und dem Vertrieb ihrer Vorleistungsangebote für mit Fördermitteln errichtete Netze beauftragen und die Wholesale-Plattform des Gemeinschaftsunternehmens für die Abwicklung der Vorleistungen für solche Netze nutzen. Die Parteien werden mit dem Gemeinschaftsunternehmen in Verträgen über Dienstleistungen nach Satz 1 keine Exklusivität vereinbaren und für jedes mit Fördermitteln errichtete Netz gesondert über die Beauftragung des Gemeinschaftsunternehmens nach Satz 1 entscheiden. Der Umfang der durch die Inanspruchnahme des Gemeinschaftsunternehmens nach Satz 1 entstehenden

Kosten wird dabei jeweils im Verhältnis zu den Gesamtkosten für Ausbau und Betrieb des geförderten Netzes nur von geringfügiger Bedeutung sein.

4. Die Parteien bleiben stets frei, die Zugangsbedingungen und Zugangsentgelte für Ausbaubiete, die sie außerhalb des Gemeinschaftsunternehmens mit Fördermitteln ausbauen bzw. ausgebaut haben, unabhängig voneinander und unabhängig vom Gemeinschaftsunternehmen festzulegen. Wenn eine Partei das Gemeinschaftsunternehmen mit dem Vertrieb von Vorleistungsangeboten für mit Fördermitteln errichtete Netze beauftragt, darf sie das Gemeinschaftsunternehmen anweisen, diese Vorleistungsangebote auf der Basis seiner Vorleistungsverträge mit den Parteien und dritten Telekommunikationsunternehmen zu vermarkten.
5. Die Parteien verpflichten sich, den JVV innerhalb von drei Monaten nach Gründung des Gemeinschaftsunternehmens entsprechend zu ändern.
6. Die Parteien werden dem Trustee einmal jährlich zum 31. März des Folgejahres, letztmals zum 31. März 2026 berichten, für welche Förderverfahren sie eine Beteiligung erwogen haben, an welchen Förderverfahren sie sich mit welchen Geboten beteiligt haben und – sofern das Förderverfahren mit einem vorläufigen Zuschlag abgeschlossen wurde – ob sie den Zuschlag (ggf. vorläufig) erhalten haben. Der Trustee ist in Rücksprache mit dem Bundeskartellamt berechtigt, die Vorgaben von Ziffer 3 Satz 3 stichprobenartig zu überprüfen. Sätze 1 und 2 gelten nur für Förderverfahren für die Errichtung von Glasfasernetzen im Tätigkeitsgebiet des Gemeinschaftsunternehmens.

D. ALLGEMEINE BESTIMMUNGEN

1. ALLGEMEINE DEFINITIONEN

1.1 HHUStO

Haushalte und Unternehmensstandorte.

1.2 Homes Passed Plus

Homes Passed Plus sind solche HHUStO, die durch mindestens einen Speednetzrohrverband im Straßenzug erschlossen sind und für die bereits eine Zuführung vom Speednetzrohrverband zur Grundstücksgrenze besteht. Bei HHUStO, die sich auf Grundstücken befinden, die über eine Privatstraße, einen Wirtschaftsweg oder eine andere Zuwegung mit einer öffentlich gewidmeten Straße („Öffentliche Straße“) verbunden sind und die nicht mehr als 100 Meter von der Öffentlichen Straße, die mit einem Speednetzrohrverband erschlossen ist, entfernt sind, gilt die Grenze zwischen der Öffentlichen Straße und der Privatstraße, dem Wirtschaftsweg oder der anderen Zuwegung als Grundstücksgrenze.

2. EINSETZUNG EINES TRUSTEE

2.1 Einsetzung des Trustee durch die Parteien mit Zustimmung des Bundeskartellamts

2.1.1 Die Parteien setzen unverzüglich einen unabhängigen Trustee ein, der die Aufgabe hat, die Erfüllung der Verpflichtungen des Gemeinschaftsunternehmens und der Parteien sicherzustellen und zu überwachen. Dies gilt auch für eine ggf. zu erfolgende Beendigung und Abwicklung des Gemeinschaftsunternehmens.

2.1.2 Die Einsetzung des Trustee sowie der mit ihm abzuschließende Vertrag bedürfen der Zustimmung des Bundeskartellamt.

2.1.3 Der Trustee muss unabhängig und frei von aktuellen oder potentiellen Interessenkonflikten sein und die notwendige Qualifikation für seine Aufgabe besitzen.

2.1.4 Die Parteien tragen die Kosten des Trustee.

2.2 Zusammenarbeit des Trustee mit dem Bundeskartellamt

- 2.2.1 Der Trustee stimmt seine Schritte grundsätzlich mit dem Bundeskartellamt ab. Der Trustee ist gegenüber dem Bundeskartellamt weisungsgebunden, nicht jedoch gegenüber den Beteiligten. Der Trustee ist in seiner Aufgabenwahrnehmung von den Beteiligten unabhängig. Die Beteiligten haben weder den ersten Zugriff auf seine Arbeitsergebnisse noch können sie von ihm die Offenlegung der gesamten schriftlichen Kommunikation mit dem Bundeskartellamt verlangen. Die gesetzlichen Ansprüche auf Akteneinsicht gegenüber dem Bundeskartellamt bleiben hiervon unberührt. Eine unangemessene Einflussnahme der Beteiligten auf seine Einschätzungen und Bewertungen, bevor sie an das Bundeskartellamt übermittelt werden, darf nicht erfolgen. Das gilt insbesondere für die Gewährung von Vorteilen gegenüber dem Trustee, die seine Unabhängigkeit im Sinne von Ziffer 2.1.3 in Frage stellen. Hiervon unberührt bleiben der Anspruch auf rechtliches Gehör und insbesondere die in dieser Zusage geregelten Stellungnahme- und Anhörungsrechte.
- 2.2.2 Das Bundeskartellamt haftet nicht für die Handlungen des Trustee.
- 2.2.3 Die Beschlussabteilung kann dem Trustee Anweisungen erteilen, um die Einhaltung der Verpflichtungszusagen sicherzustellen. Kommt der Trustee diesen Anweisungen nicht nach oder verletzt er sonst die ihm obliegenden Pflichten in erheblichem Maße, kann die Beschlussabteilung den Parteien aufgeben, diesen unter Beachtung von Ziffer 2.1 unverzüglich durch einen anderen unabhängigen und fachlich geeigneten Trustee zu ersetzen.
- 2.2.4 Der Trustee erstattet dem Bundeskartellamt über die ausdrücklich geregelten Fällen hinaus jederzeit auf Verlangen (oder von sich aus) schriftlich oder mündlich Bericht über die unter das Treuhandmandat fallenden Angelegenheiten.
- 2.2.5 Er übermittelt gleichzeitig mit seinen regulären und außerordentlichen schriftlichen Berichten eine nichtvertrauliche Fassung an das Bundeskartellamt und kennzeichnet gegenüber dem Bundeskartellamt umgehend vertrauliche Bestandteile mündlicher Berichte.
- 2.2.6 Bis spätestens zum 31. April 2026 erstellt der Trustee einen Abschlussbericht über die Einhaltung und Umsetzung der Verpflichtungszusagen sowie über den bis dahin erfolgten Glasfaserausbau des Gemeinschaftsunternehmens.

3. ZUSAMMENARBEIT DES GEMEINSCHAFTSUNTERNEHMENS MIT DEM TRUSTEE

Das Gemeinschaftsunternehmen lässt dem Trustee jegliche zweckdienliche Zusammenarbeit, Unterstützung und Informationen zukommen, die dieser zur Erfüllung seiner Aufgaben benötigt. Das Gemeinschaftsunternehmen gewährt dem Trustee insbesondere Zugang zu allen Büchern, Aufzeichnungen, Unterlagen, Mitarbeitern, Einrichtungen, Standorten und technischen Informationen, die für die Erfüllung seines Mandats erforderlich sind.

4. SONSTIGES

4.1 Bindungswirkung für die Parteien und das Gemeinschaftsunternehmen

Diese Verpflichtungszusagen bindet die Parteien und das Gemeinschaftsunternehmen nur, wenn das Bundeskartellamt eine Verfügung nach § 32b Abs. 1 GWB erlässt, die zum Inhalt hat, dass das Bundeskartellamt von den Befugnissen nach §§ 32 und 32a GWB keinen Gebrauch machen wird.

4.2 Befristung

Diese Verpflichtungszusage ist bis zum 31.12.2025 befristet. Hiervon ausgenommen sind etwaige nachlaufende Berichtspflichten der Parteien oder des Gemeinschaftsunternehmens gegenüber dem Trustee und/oder der Parteien, des Gemeinschaftsunternehmens oder des Trustees gegenüber dem Bundeskartellamt.

4.3 Fristberechnung

Die mit einem Tag bezeichneten Fristen sowie die Befristung der Verpflichtungen nach Teil A. (Ausbauzusage), Teil B. (Zugangszusage) und Teil C. (Förderzusage) verschieben sich jeweils um den Zeitraum, um den sich die Freigabe der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens durch das Bundeskartellamt nach § 40 GWB und die Entscheidung des Bundeskartellamts über die Kooperation der Parteien im Gemeinschaftsunternehmens nach § 32b GWB nach dem 30. September 2019 verzögert. Dabei werden angebrochene Monate auf volle Monate aufgerundet.

4.4 Verpflichtung der Parteien

Soweit sich Verpflichtungen aus dieser Zusage an das Gemeinschaftsunternehmen richten, verpflichten sich die Parteien, im Rahmen ihrer gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten dafür Sorge zu tragen, dass das Gemeinschaftsunternehmen diese Verpflichtungen erfüllt.

Ohne BUG

Stufen	Referenz	Stufen-Logik						Ist	Aufgriffanlass 0=nein ; 1=ja	Ist	Prognose	Ist / Gew.	Stufe	Anpassung	
		0	1	2	3	4	5								6
Anpassung Mindestausbau (HHUSTO, Tsd.)	0	-10	-20	-30	-40	-50	-60			50%	50%				
a) Tiefbaukosten Preisanstieg ggü. Q2/2019		12,0%	15,0%	16,0%	17,0%	18,0%	19,0%	15,4%	1	15,4%	15,4%	15,4%	2	-20	
b) Nachfrageentwicklung/Auslastung															
i) Take-Up Rate		29,0%	28,0%	27,0%	26,0%	25,0%	24,0%	28,0%	1	28,0%	27%	27,5%		-13	
ii) GfK Konsumklima-Index		6,0	5,5	5,0	4,5	4,0	3,5	6,5	0	6,5	4,0	5,3	33%	2	-7
iii) Telko mit KNB-Vorleistungsvertrag		1	1	1	1	1	2	1	0	1		1	33%	2	-7
													33%	0	0
c) Zins-Niveau		1,75%	1,80%	1,90%	2,00%	2,10%	2,20%	0,80%	0	0,80%		0,80%	0	0	
Anpassung Mindestausbau (HHUSTO, Tsd.)									1						-33

Anmerkungen

Aufgriffanlass ist die Überschreitung der Parameter im **Ist** entsprechend der Stufenlogik. Wenn Aufgriffschwelle erreicht wird, gehen in die Ausbauanpassungen teilweise zusätzlich Prognosewerte ein.