



## **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 eines Zusammenschlussvorhabens nach § 36 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) hat die 7. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes am 30.12.2019 beschlossen:

I. Das mit Schreiben vom 21.03.2019 angemeldete Vorhaben der Beteiligten zu 1. und 2., für die Zwecke ihrer Zusammenarbeit bei der Errichtung und dem Betrieb von FTTB/H-Netzen im Nordwesten Deutschlands ein paritätisches Gemeinschaftsunternehmen zu gründen, wird freigegeben.

II. Die Gebühr für diese Entscheidung wird auf

€ [...]

**(in Worten: [...])**

festgesetzt und den Beteiligten zu 1. und 2. als Gesamtschuldnern auferlegt. Dabei wird die gesondert festzusetzende Gebühr von € [...] für die Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens angerechnet.

## Gründe

### A. Zusammenfassung

- (1) Die Telekom Deutschland GmbH („TDG“ bzw. „Telekom“) und die EWE AG („EWE“) beabsichtigen, ein paritätisches Gemeinschaftsunternehmen zu gründen. Gegenstand des Gemeinschaftsunternehmens ist der gemeinsame Bau und Betrieb eines Glasfasernetzes bis zum Endkunden im Versorgungsgebiet der EWE im Nordwesten Deutschlands (im Folgenden „Kooperationsgebiet“) sowie der Vertrieb von darauf basierenden Vorleistungen für das Angebot insbesondere von Breitbandanschlüssen auf dem Massenmarkt.
- (2) 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 ist ein im Wesentlichen in Nordwestdeutschland tätiger Anbieter von leitungsgebundener Energie und TK-Dienstleistungen. 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.
- (4) 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<sup>1</sup>-Netze inzwischen auch vergleichsweise hohe Bandbreiten und sind eine wesentliche Alternative zu den über Telekommunikationsnetze

---

<sup>1</sup> HFC = Hybrid Fibre Coax.

verfügbaren Internetzugängen. Allerdings sind HFC-Netze bislang nicht flächendeckend errichtet worden. Insbesondere Endkunden im ländlichen Raum können über HFC-Netze häufig nicht erreicht werden.

- (5) 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.
- (6) Je nach Höhe der erforderlichen Ausbaurkosten und der Siedlungsdichte der potentiellen Abnehmer unterscheidet sich die Attraktivität von potentiellen Ausbaugebieten für FTTB/H<sup>2</sup>-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.
- (7) 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

---

<sup>2</sup> FTTB/H = Fiber to the Building/Home. FTTB bedeutet, dass Glasfaser bis zum Endverzweiger im Gebäude der Nutzer oder unmittelbar davor liegt, während die Verbindung im Gebäude zwischen Endverzweiger und der Teilnehmeranschlusseinheit der Nutzer über eine Kupferleitung oder ein Koaxialkabel realisiert wird, vgl. BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 29 [29] und 24 [24]. FTTH bedeutet, dass die Leitung bis zum Nutzer vollständig aus Glasfaser besteht, vgl. Bundesnetzagentur, BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 20 [20]. Die Verweise in eckigen Klammern beziehen sich auf den öffentlich verfügbaren Notifizierungsentwurf der BNetzA vom 05.09.2019 (öffentliche Fassung).

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“).

- (8) Insbesondere 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.
- (9) 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 angekündigt, künftig verstärkt in den Ausbau von FTTB/H-Netzen zu investieren. 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 FTTB/H-Netzausbau die Marktstellung der TDG gefährden könnten.
- (10) EWE hat im Jahr 2017 zunächst konkret angekündigt, in ihrem Versorgungsgebiet rund € 1,2 Mrd. in den Glasfaserausbau zu investieren und diesen Ausbau entsprechend begonnen. Sie hat in diesem Gebiet bislang nur etwa 1/3 der Haushalte mit einem eigenen Netz zumindest bis zum Verteilerkasten erschlossen 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.
- (11) Nach dem angemeldeten Vorhaben wollen die Beteiligten ihre zukünftigen Glasfaserausbauaktivitäten in dem betroffenen Gebiet ausschließlich über ein gemeinsam gegründetes Gemeinschaftsunternehmen verfolgen. Das Gemeinschaftsunternehmen wird basierend

auf diesem Netz Layer 2-Bitstrom-Vorleistungsprodukte für festnetz-basierte Breitbandinternetzugänge im Wesentlichen an seine Muttergesellschaften vermarkten. Dritte sollen ebenfalls diskriminierungsfrei Vorleistungen vom Gemeinschaftsunternehmen beziehen können. Ihr Anteil wird aber nach Einschätzung der Beteiligten 20% jedenfalls nicht überschreiten. Darüber hinaus sollte sich das Gemeinschaftsunternehmen nach der ihre Zusammenarbeit regelnden Vereinbarung ursprünglich auch an der Ausschreibung von Fördermitteln für Breitbandnetzausbau in Gebieten beteiligen, in denen ein eigenwirtschaftlicher Ausbau von Glasfasernetzen nicht möglich ist. Auf dem Endkundenmarkt soll das Gemeinschaftsunternehmen nicht tätig werden.

- (12) In dem parallel geführten Kartellverwaltungsverfahren hat die Beschlussabteilung mit Beschluss vom 04.12.2019 Verpflichtungszusagen der Beteiligten für bindend erklärt und das Verfahren nach Maßgabe von § 32 b Abs. 1 Satz 2 GWB eingestellt. Mit ihnen konnten die nach vorläufiger Beurteilung durch die Beschlussabteilung bestehenden Bedenken gegen die Kooperation ausgeräumt werden. Andernfalls hätten die zwischen den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen den Ausbauwettbewerb zwischen den Beteiligten beschränkt und zu einem wesentlichen Rückgang der Ausbaugeschwindigkeit geführt. Darüber hinaus wären auf Grund der Kooperation Dritte beim Zugang zu den neu errichteten Infrastrukturen behindert und der Wettbewerb um öffentliche Mittel zur Förderung des Breitbandausbaus beschränkt worden. Die im Kartellverwaltungsverfahren für bindend erklärten Verpflichtungszusagen sind als rechtliche Rahmenbedingungen des Wettbewerbs im vorliegenden Fusionskontrollverfahren zu berücksichtigen.
- (13) Ohne die Verpflichtungszusagen im Kartellverwaltungsverfahren ist vorliegend infolge des Zusammenschlussvorhabens eine Verlangsamung und Verringerung des Glasfaserausbaus im Kooperationsgebiet zu erwarten, was wiederum die Angebotsbreite und -qualität auf den Vorleistungsmärkten und dem Endkundenmarkt verschlechtert. Zudem müssten Vorleistungsnachfrager ohne die Verpflichtungszusagen damit rechnen, zu schlechteren Bedingungen Vorleistungen zu beziehen, als dies bei einem individuellen Netzausbau der Fall wäre. Dies dürfte insgesamt gesehen zu höheren Endkundenpreisen führen. Diese Folgen ergeben sich aus einer fusionsbedingten erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs insbesondere auf dem Vorleistungsmarkt für den lokalen Zugang zu festnetz-basierten Breitbandanschlüssen, aber auch auf dem Vorleistungsmarkt für den zentralen Zugang zu festnetz-basierten Breitbandanschlüssen. Die auf den Vorleistungsmärkten bereits bestehende marktbeherrschende Stellung der TDG würde durch die Kooperation mit einem der bedeutendsten Wettbewerber im betroffenen Gebiet weiter verstärkt. Darüber hinaus

ist zu erwarten, dass das Vorhaben wirksamen Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt für breitbandigen Internetzugang erheblich behindert. Schließlich ist ohne die Verpflichtungszusagen auch eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt für den Breitbandausbau in Fördergebieten zu erwarten.

- (14) Auf den Vorleistungsmärkten ist die TDG derzeit fast die einzige Anbieterin und verfügt dementsprechend über eine marktbeherrschende Stellung, weshalb sie hier auch der Regulierung durch die Bundesnetzagentur („BNetzA“) im Hinblick auf die Zugangsgewährung unterliegt. Sie betreibt als einzige Anbieterin ein flächendeckendes Netz, über das sie nahezu alle Endkunden erreichen kann.
- (15) Die Kabelnetzbetreiber sind zu einem lokal bereitgestellten Zugang zumindest in den nächsten Jahren schon technisch nicht in der Lage. Das zukünftig zu erwartende Angebot zu einem zentral bereitgestellten Zugang ist stark beschränkt. Auch der von der Tätigkeit der vertikal integrierten Kabelnetzbetreiber auf dem nachgelagerten Endkundenmarkt ausgehende indirekte Wettbewerbsdruck führt nicht zu einer hinreichenden Kontrolle des Verhaltensspielraums der TDG. Die historisch gewachsenen Kabelnetze decken nur meist dichter besiedelte Gebiete ab und expandieren kaum, sieht man von Neubaugebieten ab. Ihr Marktanteil ist in den vergangenen Jahren nur moderat gestiegen.
- (16) EWE ist im Wesentlichen das einzige TK-Unternehmen, welches im Kooperationsgebiet begonnen hat, ihr Netz für die Vorleistungsnachfrage nicht nur nach einem zentral, sondern auch nach einem lokal bereitgestelltem Zugang zu öffnen. Ohne die Kooperation würde sie dieses Angebot durch erhebliche Investitionen in den Glasfaserausbau quantitativ und qualitativ erweitern. EWE hätte auch einen hohen Anreiz, durch attraktive Vorleistungsangebote die Auslastung des neu errichteten Netzes zu erhöhen, soweit sie nicht parallel zu ihrem eigenen Bestandsnetz ausbaut.
- (17) Durch ihre Zusammenarbeit vermeiden die Telekom und EWE den geschilderten Investitionswettbewerb im Hinblick auf den Glasfaserausbau im Kooperationsgebiet. Es ist dadurch ohne die Verpflichtungszusagen eine Verlangsamung und Verringerung des Glasfaserausbaus im Kooperationsgebiet zu erwarten, was wiederum die Angebotsbreite und -qualität auf den Vorleistungsmärkten verschlechtert. Die TDG hat insgesamt nur einen geringen Anreiz, FTTB/H-Netze zu errichten, solange sie die Bandbreitennachfrage noch über ihre vorhandenen Netze abdecken kann und keinem Wettbewerbsdruck durch ausbauwillige



Dritte ausgesetzt ist. Ohne die Kooperation hätte EWE durch ihre Investitionen in den Glasfaserausbau einen entsprechenden Ausbaudruck auf die Telekom ausgeübt. Dieser fällt durch die Zusammenarbeit im Gemeinschaftsunternehmen weg. Durch die Zusammenarbeit können sie letztlich jeweils die Summe und den Zeitplan der Glasfaserinvestitionen der anderen Partei kontrollieren.

- (18) 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. Denn durch die Kooperation verbessert sich die Fähigkeit der Parteien, kurzfristig und gezielt auf Ausbaupläne der Wettbewerber zu reagieren, indem man diesen durch einen Eigenausbau in den betreffenden Gebieten den „First-Mover-Advantage“ nimmt. Bestehen bleibt hingegen ein gewisser Ausbaudruck durch die Aufrüstung des HFC-Netzes insbesondere von Vodafone, so dass sich ohne die Verpflichtungszusagen die (insgesamt verringerten) Ausbauaktivitäten des Gemeinschaftsunternehmens weitgehend auf Kabelgebiete konzentrieren dürften.
- (19) Auch der Anreiz, Dritten Zugang zu neu errichteten FTTB/H-Infrastrukturen zu gewähren, wird sich durch die Kooperation verringern. Vorleistungsnachfrager müssten ohne die Verpflichtungszusagen damit rechnen, zu schlechteren Bedingungen Vorleistungen zu beziehen, als dies bei einem individuellen Netzausbau der Fall wäre. EWE hätte ohne die Kooperation mit der TDG einen hohen Anreiz, durch attraktive Vorleistungsangebote die Auslastung des neu errichteten Netzes zu erhöhen, soweit sie nicht parallel zu ihrem eigenen Bestandsnetz ausbaut. Bei einer Kooperation können die beiden Parteien im Kooperationsgebiet hingegen schon 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. Das neue Netz würde zudem stets parallel zu einem Bestandsnetz einer der beiden Parteien errichtet werden müssen. Die reine Migration von Endkunden von dem herkömmlichen auf das neue Netz wird aber nur zu einer Verlagerung und nicht zu einem Zugewinn von Erträgen führen.
- (20) Die von den Beteiligten vorgetragenen Effizienzvorteile sind nicht nachgewiesen. Dies gilt insbesondere für die von den Beteiligten angeführte Risikominderung durch eine verbesserte Auslastung. Denn sie beruht darauf, dass die Beteiligten auf Wettbewerb um Kunden verzichten, die sie bei einem getrennten Ausbau durch hinreichend attraktive Angebote zur Auslastung ihres jeweiligen eigenen Netzes veranlassen müssten.

- (21) Auf dem Endkundenmarkt für breitbandigen Internetzugang wird das Vorhaben ohne die Verpflichtungszusagen ebenfalls zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen. Die TDG ist führende Anbieterin auf diesem Markt und verfügt im Unterschied zu ihren Wettbewerbern über flächendeckende eigene Infrastruktur. Das Vorhaben führt schon auf Grund der zu erwartenden Verlangsamung und Verringerung des Glasfaserausbaus zu einer qualitativen Verschlechterung des Endkundenangebotes. Darüber hinaus würde der infrastrukturbasierte Wettbewerb zwischen den bestehenden kupferbasierten Infrastrukturen und den neu errichteten FTTB/H-Netzen beeinträchtigt, der im Prognosezeitraum für den Endkundenmarkt noch relevant sein wird. Es ist zu erwarten, dass die Beteiligten weitgehend darauf verzichten werden, Bestandskunden abzuwerben und im Wesentlichen eine abgestimmte Migrationsstrategie verfolgen werden. Dritte werden nur sehr eingeschränkt die Möglichkeit haben, über den Bezug von Vorleistungen des Gemeinschaftsunternehmens in Wettbewerb zu den Beteiligten zu treten. Die Beteiligten werden bestrebt sein, die Vorleistungsentgelte möglichst hoch zu halten mit entsprechend niedrigen und für ihre Wettbewerber nur schwer darstellbaren Margen auf dem Endkundenmarkt. Dies dürfte insgesamt gesehen zu höheren Endkundenpreisen führen.
- (22) Das Vorhaben wird schließlich ohne die Verpflichtungszusagen auch zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs auf dem Ausschreibungsmarkt für den Breitbandausbau in Fördergebieten führen. EWE ist der führende Anbieter auf diesem Markt, gefolgt von der TDG. Für EWE, aber auch TDG ist insbesondere von Vorteil, dass sie bereits über die größte Netzabdeckung im Kooperationsgebiet verfügen. Mit dem Vorhaben würde der Bieterwettbewerb zwischen diesen nächsten Wettbewerbern wegfallen.
- (23) Die im Kartellverwaltungsverfahren für bindend erklärten Verpflichtungszusagen der Parteien im Hinblick auf das Vorhaben führen dazu, dass die negativen Auswirkungen des Vorhabens auf die betroffenen Märkte, die aufgrund der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs andernfalls zu erwarten sind, verhindert oder kompensiert werden.
- (24) Aufgrund der von den Parteien eingegangenen Ausbauszusagen wird eine Verlangsamung und Verringerung des Glasfaserausbaus im Kooperationsgebiet nicht eintreten. Die Beschlussabteilung hat u.a. auf der Basis interner Strategieunterlagen der Beteiligten, öffentlicher Ankündigungen der Beteiligten sowie der zu erwartenden Entwicklung von Faktoren, die den Glasfaserausbau beeinflussen, das Volumen ermittelt, welches die Beteiligten voraussichtlich bei einem unilateralen Vorgehen ausgebaut hätten. Für einen mehrjährigen

Zeitraum haben sich die Beteiligten verbindlich verpflichtet, eine höhere Anzahl von Haushalten und Unternehmensstandorten („HHUSTO“) auszubauen, als bei einem unilateralen Ausbau zu erwarten gewesen wäre.

- (25) Die Verpflichtungszusagen decken den vorliegend zu Grunde gelegten regelmäßigen Prognosezeitraum ab. Für den Zeitraum danach ist nach Einschätzung der Beschlussabteilung wahrscheinlich mit einer Zunahme der Nachfrage nach hohen Bandbreiten zu rechnen. Dies dürfte nach derzeitiger Einschätzung zu einem weiteren Ausbau auch durch die Beteiligten führen.
- (26) Aufgrund der Verpflichtungszusagen werden darüber hinaus die durch das Vorhaben verbesserten Möglichkeiten der Beteiligten, Wettbewerber mit gezielten Verdrängungsstrategien von einem Glasfaserausbau im Kooperationsgebiet abzuhalten, neutralisiert. Denn das Gemeinschaftsunternehmen kann seine Planungen nicht kurzfristig ändern, sondern muss die Gebiete, deren Ausbau geplant ist, bereits über mehrere Monate auf einer Liste führen. Insgesamt gesehen ist somit nicht davon auszugehen, dass sich durch das Vorhaben die Fähigkeit der Parteien verbessert, kurzfristig und gezielt auf Ausbaupläne der Wettbewerber zu reagieren.
- (27) Weiterhin verhindern die Zusagen der Parteien, dass sich ihre Ausbauaktivitäten infolge des Vorhabens ausschließlich auf urbane Gebiete konzentrieren, wo es bereits Kabelinfrastruktur gibt.
- (28) Die Vermarktungsziele in den Zugangszusagen stellen sicher, dass Vorleistungsnachfragern Angebote zu marktfähigen Bedingungen gemacht werden müssen. Die Ziele orientieren sich an der in diesem Zeitraum zu erwartenden Nachfrage. 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 Wettbewerbssituation in den Gebieten, in denen das Gemeinschaftsunternehmen in den nächsten Jahren voraussichtlich ausbauen wird, betrachtet. Die Ausbauziele orientieren sich an den ausgebauten Haushalten/Unternehmen und sind damit unabhängig vom Vermarktungserfolg der Parteien auf dem Endkundenmarkt. Um die entsprechenden Vermarktungsziele zu erreichen, müssen die Parteien die voraussichtlich bestehende Nachfrage bedienen und den potentiellen Abnehmern somit Angebote unterbreiten, die diese als hinreichend attraktiv ansehen. Da sich

die potentiell für eine Vermarktung zur Verfügung stehende Anzahl an Haushalten und Unternehmen durch die Ausbauszusagen im Vergleich zu einem unilateralen Ausbau erhöhen wird, wird es beim Erreichen der zugesagten Vermarktungsziele insgesamt gesehen auf dem Vorleistungsmarkt somit zu einem größeren Angebot zu attraktiven Preisen und Konditionen und somit zu einer Verbesserung des Marktergebnisses kommen.

- (29) Auf dem Endkundenmarkt wird durch die Ausbauszusagen eine qualitative Verschlechterung des Endkundenangebotes verhindert. In Kombination mit den Zugangszusagen wird es insgesamt gesehen eher zu einer Belebung des Wettbewerbs auf dem Endkundenmarkt kommen, 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 nach Einschätzung der Beschlussabteilung einer Erhöhung der Endkundenpreise entgegenwirken.
- (30) Schließlich wird das Vorhaben aufgrund der Verpflichtungszusagen nicht zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs auf dem Ausschreibungsmarkt für den Breitbandausbau in Fördergebieten führen, weil die Beteiligten nach wie vor unabhängig voneinander an dem Bieterwettbewerb teilnehmen werden.

## **B. Sachverhalt**

### **I. Beteiligte Unternehmen**

#### **1. TDG**

- (31) TDG ist ein Telekommunikationsunternehmen mit Sitz in Bonn, welches an Privatkunden und kleinere Geschäftskunden Produkte und Dienstleistungen aus den Bereichen Festnetz/Breitband, Mobilfunk, Internet, IPTV und Informationstechnologie vertreibt. Darüber hinaus vertreibt TDG Vorleistungsprodukte im Bereich Internet und Telekommunikation an andere Telekommunikationsanbieter und Internet-Service-Provider.
- (32) TDG ist eine 100%ige Tochter der Deutschen Telekom AG („DTAG“), die weltweit in mehr als 50 Ländern in den Bereichen Telekommunikation sowie Informations- und Kommunikationstechnologie tätig ist. Im zuletzt abgeschlossenen Geschäftsjahr 2018 erwirtschaftete

die DTAG einen konsolidierten weltweiten Umsatz von € 75,7 Mrd. Hiervon wurden ungefähr die Hälfte in der EU und ungefähr ein Drittel in Deutschland erzielt.<sup>3</sup>

- (33) Die TDG ist im Bereich der TK-Dienstleistungen in Deutschland ein voll integriertes Unternehmen. Sie verfügt bundesweit (einschließlich des Kooperationsgebietes) über die notwendige Vorleistungsinfrastruktur, um den Endkunden flächendeckend TK-Dienstleistungen nahezu vollständig auf Basis eigener Infrastruktur bereitstellen zu können. Sie bietet sowohl Vorleistungen auf dem Markt für den lokal bereitgestellten Zugang als auch auf dem nachgelagerten Markt für den zentral bereitgestellten Zugang an und ist darüber hinaus als Anbieterin auf den korrespondierenden Endkundenmärkten für Breitbandanschlüsse und Telefonanschlüsse tätig.
- (34) Auch ihre Glasfaserinfrastruktur ist bereits sehr weit ausgebaut. Von den 3,6 Mio. Haushalten und Unternehmensstandorten („HHUStO“) im Kooperationsgebiet<sup>4</sup> deckt die Infrastruktur<sup>5</sup> der TDG [1,5-2,5] Mio. bzw. [50-60]% mit FTTC<sup>6</sup>-Anschlüssen ab.<sup>7</sup> Die Infrastrukturabdeckung mit Glasfaserleitungen bis zum Gebäude bzw. Nutzer (FTTB/H) ist allerdings deutlich geringer und umfasst [<50.000] HHUStO.<sup>8</sup>
- (35) Bisher hat sich die Ausbaustrategie der TDG auf den Ausbau ihres jedenfalls auf „der letzten Meile“<sup>9</sup> noch kupferbasierten Netzes mit Vectoring und Super-Vectoring konzentriert. In der Hauptversammlung und auf dem Kapitalmarkttag im Mai 2018 kündigte die TDG jedoch an, zunehmend in den Glasfaserausbau bis in das Gebäude bzw. in die Wohnung zu investieren. Ab 2021 sollen laut TDG dann bundesweit jährlich zwei Millionen Haushalte mit

---

<sup>3</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 8.

<sup>4</sup> Vgl. Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), Anmerkung zu Abbildung 1, S. 12.

<sup>5</sup> Angeschlossene Standorte, in denen Kundenanschlüsse bereits realisiert wurden oder ohne Aufwand realisiert werden könnten.

<sup>6</sup> FTTC = Fiber to the Curb, d.h. Glasfaser bis zum Kabelverzweiger bzw. auch nur bis zum Hauptverteiler, sofern dieser in entsprechender Nähe zu Endkunden liegt.

<sup>7</sup> Anlage 14 der Anmeldung (Bl. 2396 ff. d. A.).

<sup>8</sup> Anlage 14 der Anmeldung (Bl. 2396 ff. d. A.).

<sup>9</sup> Gebräuchlicher Ausdruck für das letzte Teilstück hin zum Teilnehmeranschluss.

glasfaserbasierten Breitbandanschlüssen (FTTB, FTTH und WTTH<sup>10</sup>) erschlossen werden.<sup>11</sup>

## 2. EWE

- (36) EWE ist in Deutschland eines der größten regionalen Energieversorgungsunternehmen mit Sitz in Oldenburg, welches insbesondere in der Strom-, Gas- und Wasserversorgung tätig ist. Darüber hinaus betätigt sich EWE in den Bereichen der Energie- und Umwelttechnik sowie im Bereich der Telekommunikation und Informationstechnologie.
- (37) EWE wird gegenwärtig alleine von dem Ems-Weser-Elbe Versorgungs- und Entsorgungsverband (EWE-Verband) kontrolliert. Dem EWE-Verband gehören als Mitglieder 21 Städte und Landkreise aus dem Ems-Weser-Elbe-Bereich an.<sup>12</sup> Der französische Infrastrukturinvestor Ardian Holding S.A. beabsichtigt, 26 % der Anteile an EWE zu übernehmen.<sup>13</sup> Der EWE-Verband wird nach Vollzug des Zusammenschlusses 74 % der Anteile halten und EWE auch weiterhin alleine kontrollieren.<sup>14</sup>
- (38) EWE erwirtschaftete im Geschäftsjahr 2018 konsolidierte Umsatzerlöse von € 5,70 Mrd. weltweit, davon der ganz überwiegende Teil in Deutschland.<sup>15</sup>

---

<sup>10</sup> WTTH = Wireless to the Home.

<sup>11</sup> Rede des Vorstandsvorsitzenden der DTAG auf der Hauptversammlung am 17.05.2018, <https://www.telekom.com/resource/blob/524884/f8b7dc73e98d9430eff05bcba4d28ab7/dl-180517-rede-hoettges-data.pdf>, S. 9, zuletzt abgerufen am 12.08.2019; Präsentation, Dirk Wössner, Vorstandsmitglied Deutsche Telekom AG und Sprecher der Geschäftsführung Telekom Deutschland GmbH, auf dem Kapitalmarkttag 2018 am 24.05.2018, <https://www.telekom.com/resource/blob/525768/04afa9b58eb85e038a8149ac9b42065c/dl-2-presentation-dw-data.pdf>, S. 25, zuletzt abgerufen am 12.08.2019.

<sup>12</sup> Das Versorgungsgebiet der EWE geht über das Gebiet der kommunalen Anteilseigner hinaus. Insbesondere in Nordrhein-Westfalen gelegene Gebietskörperschaften im Versorgungsgebiet der EWE gehören nicht zum Kreis der Eigentümer. Auch Bremen und Bremerhaven sind nicht Anteilseigner der EWE. Vgl. Vermerk über das Gespräch mit EWE am 23.07.2018, Bl. 833 ff. d. A. Eine Liste der Anteilseigner ist verfügbar auf <https://www.ewe.com/de/investor-relations/daten-und-fakten/anteilseigner>, zuletzt abgerufen am 12.08.2019.

<sup>13</sup> Anmeldung des Zusammenschlusses vom 09.12.2019, B8-127/19 – ARDIAN Holding S.A., Paris mittelbarer Anteilserwerb an der EWE AG, Oldenburg.

<sup>14</sup> Anmeldung des Zusammenschlusses vom 09.12.2019, B8-127/19 – ARDIAN Holding S.A., Paris mittelbarer Anteilserwerb an der EWE AG, Oldenburg.

<sup>15</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 9.

- (39) Im Bereich Telekommunikation ist EWE über die 100%ige Tochtergesellschaft EWE TEL GmbH („EWE TEL“) tätig. EWE TEL verfügt über eine kupfer- und glasfaserbasierte Infrastruktur, allerdings regional beschränkt auf Nordwestdeutschland und nicht vollständig flächendeckend. TK-Dienstleistungen bietet EWE Privat- und Geschäftskunden in Niedersachsen, Bremen sowie in Teilen Brandenburgs und Nordrhein-Westfalens auf Basis der eigenen und auch auf Basis von TDG-Infrastruktur an, und zwar diverse Telekommunikationsprodukte wie Highspeed-Internet, Festnetz-Telefonie, Mobilfunk, Online-TV und Geschäftskundenlösungen. Darüber hinaus vertreibt EWE TEL TK-Vorleistungsprodukte für Drittanbieter.
- (40) EWE hat sämtliche Hauptverteiler („HVT“) der Telekom sowie etwa ein Drittel aller Kabelverzweiger („KVz“) im Kooperationsgebiet durch EWE mit eigenen Glasfaserleitungen erschlossen. Die mit eigener Infrastruktur bereits ausgebauten Anschlüsse, die entweder bereits als Kundenanschlüsse realisiert wurden oder ohne größeren Aufwand realisiert werden könnten, umfassen im Falle von FTTC-Anschlüssen [1-1,5] Mio. der HHUStO und im Falle der FTTB/H-Anschlüssen [<200.000] HHUStO.<sup>16</sup> Tatsächlich kann EWE über die mit Glasfaser ausgebauten/erschlossenen Kabelverzweiger und Hauptverteiler im Kooperationsgebiet [40-50]% der HHUStO mit mindestens VDSL erreichen.<sup>17</sup>
- (41) EWE kündigte 2016 an, rund € 1,2 Mrd. über rund zehn Jahre in den Glasfaserausbau bis zum Haushalt im Kooperationsgebiet investieren zu wollen.<sup>18</sup>

## II. Das Vorhaben

- (42) Das neu errichtete Gemeinschaftsunternehmen soll eine aktive und passive Glasfaserinfrastruktur bis zum Gebäude bzw. Nutzer errichten und betreiben sowie darauf basierende Vorleistungen für Breitbandanschlüsse im Kooperationsgebiet an die Muttergesellschaften und Dritte vertreiben.

---

<sup>16</sup> Stand Ende 2018, siehe Anlage 14 zu Anmeldung (Bl. 2396 ff. d. A.), Spalten W und X, Zeile 4.

<sup>17</sup> DLA Piper, E-Mail vom 10.07.2019 (Bl. 5687 f. d. A.).

<sup>18</sup> Vgl. Integrierter Bericht der EWE für 2017, S. 49, [https://www.ewe.com/~media/ewe\\_com/pdfs%20im%20inhalt/bericht\\_ewe\\_com/180423\\_ewe\\_igb17\\_d\\_langversion\\_s.pdf](https://www.ewe.com/~media/ewe_com/pdfs%20im%20inhalt/bericht_ewe_com/180423_ewe_igb17_d_langversion_s.pdf), <https://www.ewe.com/de/presse/pressemitteilungen/2016/12/milliarden-zukunftsprojektewe-bringt-glasfaser-in-die-huser-ewe-ag> (beides zuletzt abgerufen am 13.08.2019).

- (43) Die Parteien gehen bei ihrer Zusammenarbeit davon aus, dass das zu gründende Gemeinschaftsunternehmen keinen Regulierungsverpflichtungen unterliegt, insbesondere auch nicht den für die Telekom geltenden Regulierungsverfügungen. Die BNetzA hat auf Antrag der Beteiligten am 13.07.2018 festgestellt, dass sich die derzeit geltenden Regulierungsverfügungen nicht auf das im Zeitpunkt ihres Erlasses noch nicht gegründete Gemeinschaftsunternehmen erstrecken.<sup>19</sup> Nach der Festlegung der BNetzA vom 11.10.2019 zur Marktdefinition und -analyse des Marktes für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten bereit gestellten Zugang (Markt Nr. 3a der Märkte-Empfehlung der EU-Kommission vom 09.10.2019) soll die TDG allerdings künftig einschließlich aller mit ihr verbundenen Unternehmen im Sinne des § 3 Nr. 29 TKG als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht der künftigen Regulierung unterliegen. Dies würde danach insbesondere auch für das zu gründende Gemeinschaftsunternehmen gelten.<sup>20</sup>

### **1. Organisationsform und Entscheidungsprozesse**

- (44) Das Gemeinschaftsunternehmen soll in Form einer Kommanditgesellschaft (GmbH & Co. KG) gegründet werden. Einzige Komplementärin wird eine GmbH sein, an der die KG sämtliche Geschäftsanteile hält. Die Komplementärin wird zwei Geschäftsführer haben, die effektiv von jeweils einer der Muttergesellschaften berufen und von dieser auch wieder abberufen werden können. Die Gesellschafterversammlung muss einer Reihe von Maßnahmen, insbesondere dem Wirtschaftsplan für die kommenden drei Geschäftsjahre einschließlich der Festlegung und Änderung der Vertriebs- und Preispolitik zustimmen.<sup>21</sup> Die Gesellschafterbeschlüsse werden ausschließlich einstimmig gefasst.

---

<sup>19</sup> BNetzA, Entscheidung vom 13.07.2018 zur Erstreckung der Marktdefinitionen und Marktanalysen (BK1-12/003 vom 27.08.2015 und BK1-14/001 vom 09.07.2015) auf ein geplantes Gemeinschaftsunternehmen, BK3-17/071.

<sup>20</sup> Siehe BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 295 [291] und Fußnote 806 [799]. Die Verweise in eckigen Klammern beziehen sich auf den öffentlich verfügbaren Notifizierungsentwurf vom 05.09.2019 (öffentliche Fassung). Zum Umfang der Einstufung als Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht siehe auch Europäische Kommission, Beschluss der Kommission in der Sache DE/2019/2200, Stellungnahme nach Artikel 7 Absatz 3 der Richtlinie 2002/21/EG, C(2019) 7237 final, S. 10.

<sup>21</sup> Vgl. hierzu und im Übrigen Ziffer 8 des Gesellschaftsvertrages, Anlage 1.1 zum Joint-Venture-Vertrag („JVV“, Bl. 2462 ff. d. A.).



## 2. Geschäftsgegenstand und Durchführung

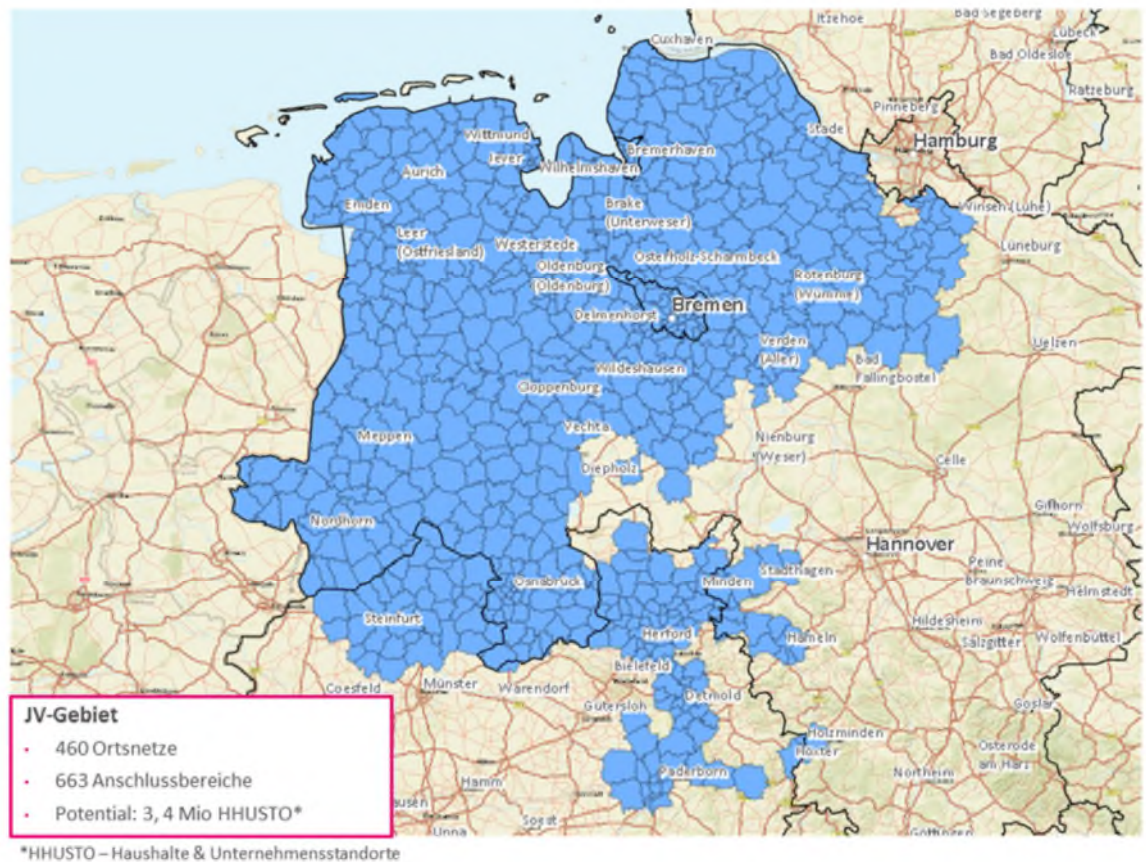
- (45) Geschäftsgegenstand des Gemeinschaftsunternehmens ist „die Planung, der Bau und der Betrieb von passiver und aktiver Glasfasernetz-Infrastruktur bis zum Gebäude bzw. Nutzer sowie die Vermarktung eines darüber realisierten Wholesale-Angebots an die Parteien und Dritte“<sup>22</sup>.
- (46) Räumlich ist das Vorhaben auf das Versorgungsgebiet der EWE im Nordwesten Deutschlands beschränkt (im Folgenden auch „Kooperationsgebiet“). Dieses Gebiet umfasst 663 Anschlussbereiche im Nordwesten Deutschlands, die aus nachstehender Darstellung ersichtlich sind.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Vgl. Ziffer 2.1. Satz 1 des Gesellschaftsvertrages, Anlage 1.1 zum JVV, Bl. 2462 ff. d. A.) und Ziffer 3.1 Satz 1 JVV.

<sup>23</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 12.

Abbildung 1



- (47) Neben dem eigenen Ausbau ist das Gemeinschaftsunternehmen berechtigt, Glasfaserinfrastruktur von Dritten (einschließlich der Parteien) zu erwerben, anzumieten oder zu pachten. Das Gemeinschaftsunternehmen wird in erheblichem Umfang Leistungen der Muttergesellschaften und auch Dritter zum Ausbau des FTTB/H-Netzes in Anspruch nehmen.
- (48) Das Gemeinschaftsunternehmen wird in der Anfangsphase und möglicherweise auch darüber hinaus in größerem Umfang auf die Infrastruktur und Dienstleistungen der Mütter zurückgreifen. Die passive Glasfaserinfrastruktur soll durch EWE und die aktive durch die TDG betrieben werden.
- (49) Ursprünglich war vorgesehen, dass sich das Gemeinschaftsunternehmen exklusiv auf Ausschreibungen für den geförderten FTTB/H-Netzausbau bewirbt. Nach den im Rahmen der im Kartellverwaltungsverfahren für verbindlich erklärten Zusagen wird sich das Gemeinschaftsunternehmen nun nicht um den FTTB/H-Netzausbau in Fördergebieten bewerben. Hierzu werden unter Ausschluss des Gemeinschaftsunternehmens ausschließlich die Parteien berechtigt sein. Dabei haben sich die Parteien explizit verpflichtet, unabhängig vonei-

inander und unabhängig vom Gemeinschaftsunternehmen über die Beteiligung an Förderverfahren zu entscheiden und insbesondere keine Informationen über ihre Beteiligung, ihre individuellen Beschaffungs- und Kalkulationsgrundlagen sowie die Ausgestaltung und Höhe ihrer individuellen Gebote auszutauschen. Gewinnt einer der Beteiligten ein Förderverfahren, darf ein Broadband Network Gateway („BNG“) des Gemeinschaftsunternehmens genutzt werden. Die Beteiligten dürfen das Gemeinschaftsunternehmen grundsätzlich auch mit dem Netzbetrieb und dem Vertrieb von Vorleistungsangeboten für mit Fördermitteln errichtete Netzen beauftragen.

- (50) Das Gemeinschaftsunternehmen soll keine Telekommunikationsdienstleistungen an Endkunden erbringen oder diesen gegenüber vermarkten. Ebenso ist eine Anbindung von Geschäftskunden mittels dedizierter Leitungen oder von Mobilfunkstandorten nicht Gegenstand des Gemeinschaftsunternehmens. Dafür ist jede Partei gegenüber dem Gemeinschaftsunternehmen in einem beschränkten Umfang zur Mitverlegung von Glasfaserinfrastruktur berechtigt.

### **3. Ausbauziele und Gebietsauswahl**

- (51) Als Ausbauziel gaben die Beteiligten – einschließlich des geplanten geförderten Ausbaus – ursprünglich die Erschließung von bis zu 1,5 Mio. HHUStO innerhalb von zehn Jahren im Kooperationsgebiet an.<sup>24</sup> Der Ausbau sollte in den ersten drei Jahren langsam ansteigen und ab dem vierten Jahr einen gleichbleibend hohen Umfang erreichen.<sup>25</sup> Der – nunmehr nicht mehr enthaltene – geförderte Ausbau sollte dabei in den ersten vier Jahren einen Anteil zwischen einem Drittel und der Hälfte des geplanten Ausbaus ausmachen.<sup>26</sup>
- (52) Im Rahmen der Entscheidung nach § 32 b GWB haben sich die Beteiligten nunmehr verbindlich zu einem eigenwirtschaftlichen Ausbau von mindestens 300.000 HHUStO bis Ende 2023<sup>27</sup> verpflichtet. Bis Ende 2021 werden danach 120.000 HHUStO erschlossen. In der zweiten Ausbauphase vom 01.01.2022 bis zum 31.12.2023 sollen mindestens 180.000 weitere HHUStO erschlossen werden, wobei bei allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklungen,

---

<sup>24</sup> Ziffer 3.2 JVV (Bl. 2413 ff. d. A.).

<sup>25</sup> Vgl. Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 13 und Fußnote 4.

<sup>26</sup> Vgl. Schriftsatz der Beteiligten vom 02.09.2019, S. 6 f. (Bl. 5973 d. A.).

<sup>27</sup> Gemäß Ziffer 4.3 der Verpflichtungszusagen verschieben sich die genannten Fristen um den Zeitraum, um den das Vorhaben erst nach dem 30.09.2019 freigegeben wird.

die die Ausbaubedingungen gravierend verschlechtern, eine Anpassung des Mindestausbauziels auf 240.000 HHUStO möglich ist. Der von den Beteiligten außerhalb des Gemeinschaftsunternehmens unternommene geförderte Ausbau wird auf das Ausbauziel nicht angerechnet. Werden die Ausbauziele nicht erreicht, ist das Gemeinschaftsunternehmen grundsätzlich aufzulösen und die Kooperation zu beenden.

- (53) Die Beteiligten haben ein Verfahren zur Festlegung der jeweiligen Ausbaugebiete und eine Obergrenze für die Ausbaukosten je HHUStO vereinbart. 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 bestimmt. Ursprünglich war ein bestimmtes Kontingent zudem für kurzfristige Reaktionen auf wettbewerbliche Vorstöße Dritter vorgesehen.
- (54) Im Rahmen der Entscheidung nach § 32 b GWB haben sich die Parteien nunmehr verpflichtet, dass sich Ausbaumaßnahmen des Gemeinschaftsunternehmens im Hinblick auf die Errichtung eines FTTH/FTTB-Glasfasernetzes für das Massenmarktgeschäft nur noch auf Gebiete beziehen dürfen, die sie bereits für mehr als neun Monate für einen Ausbau vorgesehen haben: Dies sind im Wesentlichen (1) Gebiete, die sich auf der initialen Ausbauliste befinden, die bereits mit der Anmeldung des Vorhabens übersandt wurde, und (2) Gebiete, die sich mehr als 9 Monate auf der Shortlist in der jeweils aktuellen Fassung befinden, die nur eine bestimmte Höchstzahl an HHUStO umfassen darf. Darüber hinaus dürfen Neubaugebiete und neu ausgewiesene Gewerbe- und Mischgebiete jederzeit ausgebaut werden.
- (55) Der Ausbaufokus des Gemeinschaftsunternehmens soll auf Kabelgebieten liegen, da von Kabelnetzbetreibern nach Einschätzung der Beteiligten erheblicher Wettbewerbsdruck ausgeht, dem sie entgegensteuern wollen.<sup>28</sup>
- (56) Künftig soll das Gemeinschaftsunternehmen zudem den Muttergesellschaften und Dritten symmetrische Vorleistungsprodukte zur Verfügung stellen, die auch Anforderungen von größeren Gewerbekunden erfüllen können.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 147.

<sup>29</sup> Ziffer 7.4 JVV (Bl. 2413 ff. d. A.).

- (57) Im Rahmen der Entscheidung nach § 32 b GWB haben sich die Beteiligten dazu verpflichtet, dass mindestens [25-35]% der Ausbaugebiete in Gemeinden im ländlichen und dünnbesiedelten Raum liegen müssen. 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]% haben. Weiterhin müssen mindestens [15-25]% der von dem Gemeinschaftsunternehmen im Rahmen des zugesagten Mindestausbaus als Homes Passed erschlossenen HHUStO auf HHUStO entfallen, die zum 30.09.2019 nicht bereits als Homes Passed von einem HFC-Breitbandkabelnetz erschlossen sind.
- (58) Für den Fall, dass sich die Beteiligten nicht auf den Ausbau innerhalb eines bestimmten Teils des Kooperationsgebietes einigen können (sogenannter „Ausbau-Deadlock“), ist ein Eskalationsverfahren vorgesehen.<sup>30</sup> Sofern es dabei nach Ablauf bestimmter Fristen zu keiner Einigung kommt, entfällt das Wettbewerbsverbot für das streitige Ausbaugebiet.
- (59) Das Gemeinschaftsunternehmen strebt an, das Glasfasernetz grundsätzlich in FTTH-Bauweise zu errichten, d.h. einschließlich des Inhouse-Netzes. Zunächst soll in den Ausbaugebieten das Glasfasernetz entlang der Straße mit einem Rohr aus dem Rohrpaket an der Straße bis zur Grenze des jeweils passierten Grundstücks verlegt werden („Homes Passed Plus“). Bei Beauftragung wird das Gemeinschaftsunternehmen sodann den Glasfaser-Anschlusspunkt in den Keller des jeweiligen Gebäudes legen und das Inhouse-Netz errichten. Die Beauftragung erfolgt durch die Muttergesellschaften oder einen Diensteanbieter.<sup>31</sup>

#### **4. Netzausbau und -betrieb**

- (60) Der konkrete FTTB/H-Netzausbau einschließlich der Feinplanung erfolgt im Wesentlichen durch die Muttergesellschaften. Hierzu haben sich die Beteiligten auf einen internen Verteilungsmechanismus geeinigt.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> Ziffer 16.1.4 JVV (Bl. 2413 ff. d. A.).

<sup>31</sup> Vgl. Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 16 ff. und Anlage 7.2 zum JVV (Bl. 2413 ff. d. A.).

<sup>32</sup> Ziffer 5 JVV (Bl. 2413 ff. d. A.); siehe auch „Turnkey-Prozess“ gem. Anlage 5.1 zum JVV (Bl. 2535 ff. d. A.).

- (61) In der Anfangsphase und möglicherweise auch darüber hinaus soll die passive Infrastruktur des Gemeinschaftsunternehmens von EWE und die aktive Infrastruktur durch TDG betrieben werden. TDG stellt zunächst auch die Vorleistungsprodukte für die Beteiligten und Dritte bereit, für sich selbst nur als „logisches Produkt.“<sup>33</sup> TDG nutzt hierzu ihre proprietäre WITA<sup>34</sup>-Infrastruktur. Ursprünglich war vorgesehen, dass das Gemeinschaftsunternehmen sein Wholesale-Angebot nach Möglichkeit bis zu einem bestimmten in der Zukunft liegenden Zeitpunkt eigenständig produzieren sollte. Voraussetzung war die nach Einschätzung der Beteiligten vergleichsweise aufwändige Definition und Zusammenstellung der hierfür notwendigen IT-Architektur und die gegenwärtig nicht gegebene Fähigkeit der Telekom, das künftige Wholesale-Angebot des Gemeinschaftsunternehmens auch selbst in Anspruch nehmen zu können (Wholebuy-Fähigkeit). Wäre die TDG bis zu diesem Zeitpunkt nicht wholebuyfähig gewesen, hätte das Gemeinschaftsunternehmen jedoch lediglich den Ausgleich etwaiger wirtschaftlicher Nachteile geltend machen können.<sup>35</sup> Im Rahmen der § 32 b-Entscheidung haben sich die Beteiligten nunmehr unbedingt verpflichtet, dass das Gemeinschaftsunternehmen den Beteiligten und Dritten bis spätestens Ende 2021 ein Layer 2-Bitstromzugangprodukt zu denselben Konditionen, zu derselben Zeit und über dieselben Schnittstellen und Prozesse sowie mit Zugriff auf dieselben Informationen wie den Muttergesellschaften anbietet.

## **5. Wholesale-Angebot**

- (62) Schon ursprünglich war vorgesehen, dass das Gemeinschaftsunternehmen den Parteien und Dritten als Hauptprodukt ein auf Glasfaser produziertes Layer 2-Bitstromzugangprodukt (L2-BSA<sup>36</sup>-Produkt) sowie ein Layer 3-Bitstromzugangprodukt (L3-BSA-Produkt) zur Verfügung stellen wird. Die Parteien planen, dass regionale und investitionsabhängige Preisdifferenzierungen – soweit rechtlich zulässig – möglich sein sollen, wobei in den Ver-

---

<sup>33</sup> Vgl. Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), Fußnote 7.

<sup>34</sup> WITA = Wholesale IT Architektur.

<sup>35</sup> Ziff. 6.7 JVV (Bl. 2413 ff. d. A.), vgl. auch Antwort der Beteiligten auf Frage VII.6 vom 25.02.2019 (Bl. 1597 ff. d. A).

<sup>36</sup> BSA = Bitstream Access oder Bitstromzugang, ausführlich hierzu Rn. (169) ff.

tragsunterlagen keine genaueren Angaben zur regionalen Differenzierung gemacht werden. Preisliche Unterschiede im Wholesale-Angebot zwischen Parteien und Dritten sind nicht vorgesehen.<sup>37</sup>

- (63) Bei entsprechendem Auftrag durch einen Wholesale-Partner („WS-Partner“, d.h. die Parteien oder Dritte) errichtet das Gemeinschaftsunternehmen (bzw.in der Regel eine der Muttergesellschaften im Auftrag des Gemeinschaftsunternehmens) auch die Gebäudezuführung und das Inhouse-Netz. Der Zugang sowie dessen Weiterentwicklungen sollen allen Wholesale-Partnern zeitgleich, funktional identisch und zu gleichen Konditionen angeboten werden.<sup>38</sup>
- (64) Im Rahmen der § 32 b-Entscheidung verpflichten sich die Parteien, dass das Gemeinschaftsunternehmen Dritten ein Layer 2-Bitstromzugangsprodukt zu denselben Konditionen, zu derselben Zeit und über dieselben Schnittstellen und Prozesse sowie mit Zugriff auf dieselben Informationen wie den Muttergesellschaften anbieten. Auf Nachfrage wird das Gemeinschaftsunternehmen auch diskriminierungsfrei Dritten ein Layer 3-Bitstromzugangsprodukt anbieten. Die Muttergesellschaften werden das letztere Produkt nach derzeitiger Planung nicht beziehen. Das Gemeinschaftsunternehmen verpflichtet sich, den Abschluss von Vorleistungsverträgen zu verhandeln, soweit Dritte ein ernsthaftes Interesse bekunden.
- (65) Weiterhin muss das Gemeinschaftsunternehmen innerhalb eines vorgegebenen Zeitraums Vorleistungen in einem bestimmten Umfang vermarkten. Gelingt dies nicht, ist das Gemeinschaftsunternehmen aufzulösen, es sei denn das Bundeskartellamt hat nach vorläufiger Beurteilung keine wettbewerblichen Bedenken gegen das Fortbestehen des Gemeinschaftsunternehmens oder die Beteiligten unterbreiten ein neues Angebot von Verpflichtungszusagen, die geeignet sind, die nach vorläufiger Beurteilung durch das Bundeskartellamt bestehenden wettbewerblichen Bedenken auszuräumen.

---

<sup>37</sup> Ziffer 7 JVV (Bl. 2413 ff. d. A.); Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 25 ff.

<sup>38</sup> Vgl. Ziffer 1 bis 3 Anlage 7.2 zu JVV (Bl. 2745 ff. d. A.).

## 6. Wettbewerbsverbot

- (66) Die die Zusammenarbeit der Beteiligten regelnde Vereinbarung sieht ein Wettbewerbsverbot für die Mutterunternehmen vor. In sachlicher Hinsicht soll sich das Wettbewerbsverbot auf den Geschäftsgegenstand des Gemeinschaftsunternehmens (Planung, Bau und Betrieb der passiven und aktiven FTTB/-H Infrastruktur zum Anschluss von Privatkunden und/oder Gewerbetreibenden<sup>39</sup> sowie deren Vermarktung) und in räumlicher Hinsicht auf das Kooperationsgebiet beziehen. Eine Ausnahme vom Wettbewerbsverbot bildet die zum Zeitpunkt des Vollzugs bestehende FTTB/-H-Infrastruktur der Parteien und der mit ihnen verbundenen Unternehmen sowie Infrastrukturausbaupläne, die bereits vor Zustandekommen der ihre Zusammenarbeit regelnden Vereinbarung vertraglich vereinbart wurden, sowie Infrastruktur in Fördergebieten. Bestehende Infrastruktur soll von den Parteien und ihren verbundenen Unternehmen uneingeschränkt weiter genutzt werden können.<sup>40</sup>
- (67) Ferner betrifft das Wettbewerbsverbot auch Gewerbegebiete. Das Gemeinschaftsunternehmen soll zur Planung, zum Bau und zum Betrieb von FTTB/-H-Netzen in diesen Gebieten exklusiv berechtigt sein, sofern es im Rahmen der Gebietsauswahl entschieden hat, die jeweiligen Gewerbegebiete<sup>41</sup> selbst eigenwirtschaftlich auszubauen oder dies bereits getan hat. Jede Partei ist verpflichtet, vor dem beabsichtigten Ausbau eines Gewerbegebietes beim Gemeinschaftsunternehmen zu erfragen, ob diese Voraussetzung vorliegt.<sup>42</sup>
- (68) Das Wettbewerbsverbot erstreckte sich ursprünglich auch auf Förderverfahren: Zur Bewerbung für den FTTB/H-Netzausbau, einschließlich in Gewerbegebieten, sollte exklusiv das Gemeinschaftsunternehmen berechtigt sein. Nur sofern das Gemeinschaftsunternehmen auf Nachfrage der Parteien ausdrücklich sein Interesse an der Teilnahme am jeweiligen Förderverfahren verneint hatte, sollten auch die Mütter zur eigenständigen Bewerbung an Förderverfahren berechtigt sein.<sup>43</sup>

---

<sup>39</sup> Anschluss von Gewerbetreibenden, soweit dies Gegenstand des Gemeinschaftsunternehmens ist, d.h. soweit die vom Gemeinschaftsunternehmen bereitgestellten Produkte zu deren Bedarfsdeckung geeignet sind. Hierzu gehören nicht dezidierte Übertragungswege für große Gewerbetreibenden, vgl. Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 38.

<sup>40</sup> Ziffer 17 JVV (Bl. 2413 ff. d. A.).

<sup>41</sup> Zum Anschluss von Gewerbetreibenden vgl. siehe vorstehende Fußnote und Rn. (56).

<sup>42</sup> Ziffer 3.6 JVV (Bl. 2413 ff. d. A.).

<sup>43</sup> Ziffer 3.8 JVV (Bl. 2413 ff. d. A.).



- (69) Die Errichtung dedizierter Leitungen und die Anbindung von Mobilfunkstandorten ist zumindest anfangs nicht Gegenstand des Gemeinschaftsunternehmens. Die Anbindung von Geschäftskunden oder Mobilfunkstandorten unterfällt dementsprechend nicht dem Wettbewerbsverbot und wird von jeder Partei auch im Ausbauterritorium selbst realisiert.<sup>44</sup>

## **7. Laufzeit und Kündigung**

- (70) Die Zusammenarbeit der Beteiligten soll ab Vollzug eine Laufzeit von mehreren Geschäftsjahren haben, welche jeweils um die entsprechende Zahl an Geschäftsjahren verlängert wird, wenn sie nicht von einer Partei fristgemäß gekündigt wird.
- (71) Den Parteien stehen laut ihrer Vereinbarung verschiedene Sonderkündigungsrechte zu, deren Entstehung zum Teil von dem Verhalten der Beteiligten bzw. des Gemeinschaftsunternehmens<sup>45</sup> und zum Teil von den Beteiligten nicht beeinflussbaren Ereignissen<sup>46</sup> abhängt.
- (72) Für den Fall der Auflösung des Gemeinschaftsunternehmens haben sich die Parteien bereits auf einen Mechanismus zur Abwicklung des Gemeinschaftsunternehmens und der Verteilung der Infrastruktur sowie auf eine langfristige wechselseitige Erfüllung der vereinbarten Vorleistungsverträge verständigt.<sup>47</sup>
- (73) Schließlich haben sich die Parteien im Rahmen der § 32 b-Entscheidung verpflichtet, die Kooperation grundsätzlich zu beenden und das Gemeinschaftsunternehmen aufzulösen, sofern das Gemeinschaftsunternehmen die im Rahmen der Entscheidung zugesagten Ausbauziele nicht nur geringfügig verfehlt. Dies gilt ausnahmsweise dann nicht, wenn die Beteiligten den Nachweis führen, dass die Unterschreitung der Ausbauziele nicht von ihnen zu vertreten ist. Weiterhin ist das Gemeinschaftsunternehmen aufzulösen, sofern es die im Rahmen der Entscheidung zugesagten Vermarktungsziele nicht erfüllt, es sei denn das Bundeskartellamt hat nach vorläufiger Beurteilung keine wettbewerblichen Bedenken gegen das Fortbestehen des Gemeinschaftsunternehmens oder die Beteiligten unterbreiten

---

<sup>44</sup> Ziffer 3.7 JVV (Bl. 2413 ff. d. A.).

<sup>45</sup> Ziffer 19 JVV (Bl. 2413 ff. d. A.).

<sup>46</sup> Ziffer 18 JVV (Bl. 2413 ff. d. A.).

<sup>47</sup> Ziffern 25.7 und 26.3 JVV (Bl. 2413 ff. d. A.).

ein neues Angebot von Verpflichtungszusagen, die geeignet sind, die nach vorläufiger Beurteilung durch das Bundeskartellamt bestehenden wettbewerblichen Bedenken auszuräumen.

### III. Verfahrensgang

- (74) Die Beteiligten haben der Beschlussabteilung Grundzüge der Kooperation erstmalig am 23.11.2017 durch Übersendung eines Term Sheets<sup>48</sup> vorgestellt. Am 13.12.2017 haben sie zu dem Vorhaben eine Pressemitteilung veröffentlicht. Nachdem sich die Beteiligten in der Folgezeit schließlich auf ein prüffähiges, konkretes Vorhaben geeinigt hatten, haben sie dieses am 21.03.2019 beim Bundeskartellamt angemeldet. Die Beschlussabteilung hat das Hauptprüfverfahren mit Schreiben vom 16.04.2019, den Beteiligten am gleichen Tag zugegangen, gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 GWB eingeleitet.<sup>49</sup> Nachdem die Beschlussabteilung das Vorhaben von Beginn an parallel auch mit Blick auf das Kartellverbot gemäß § 1 GWB geprüft hatte, hat sie mit Schreiben vom 13.06.2019 unter dem gleichen Aktenzeichen förmlich ein Verfahren nach § 1 i. V. m. § 32 GWB eingeleitet.<sup>50</sup>
- (75) Nach entsprechenden Anhörungen der jeweiligen Verfahrensbeteiligten wurden Vodafone, Telefónica, 1&1, TeleColumbus, Deutsche Glasfaser und vitroconnect auf ihren Antrag hin zu dem Verfahren beigeladen. Allen Verfahrensbeteiligten wurden die Anmeldung, die wesentlichen Stellungnahmen und weitere Unterlagen regelmäßig zur Akteneinsicht übersandt, sobald diese in einer um Geschäftsgeheimnisse bereinigten Fassung vorlagen. Mit Schreiben vom 15.11.2019 wurde eine elektronische Kopie der gesamten Akte in einer um Geschäftsgeheimnisse bereinigten Fassung allen Verfahrensbeteiligten übermittelt. Entgegen dem Vorbringen der Vodafone in ihrer Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf vom 19.12.2019<sup>51</sup> hat die Beschlussabteilung in erheblichem Umfang (in der Verfahrensakte allerdings als Geschäftsgeheimnis zu behandelnde) Unterlagen der Beteiligten zu ihren Ausbauplänen und zur Gründung des Gemeinschaftsunternehmens angefordert und ausgewertet.

---

<sup>48</sup> Bl. 1 ff. d. A.

<sup>49</sup> Bl. 3165 d. A.

<sup>50</sup> Bl. 4920 f. d. A.

<sup>51</sup> Vodafone, Stellungnahme vom 19.12.2019, S. 7.

- (76) Außerdem wurden die Verfahrensbeteiligten mehrfach 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 Zusagenangebot eingereicht. Nachdem die Beteiligten diesen Entwurf auf Anregung der Beschlussabteilung mehrfach konkretisiert und verbessert hatten, reichten sie schließlich am 10.10.2019 formell ein Angebot für Verpflichtungszusagen gemäß § 32 b GWB ein. Die Beschlussabteilung unterzog das Angebot ab dem 14.10.2019 einem Markttest. Mit Schreiben vom 14. und 15.11.2019 hat die Beschlussabteilung die Verfahrensbeteiligten im Kartellverwaltungsverfahren über die gemäß § 32 b Abs. 1 GWB beabsichtigte Entscheidung informiert und Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Am 04.12.2019 hat die Beschlussabteilung die im Kartellverwaltungsverfahren angebotenen Verpflichtungszusagen für bindend erklärt und das Kartellverwaltungsverfahren nach Maßgabe von § 32 b Abs. 1 Satz 2 GWB eingestellt. Die § 32 b-Entscheidung ist auf die Dauer der Verpflichtungszusagen befristet.
- (77) In dem Fusionskontrollverfahren haben die Beteiligten mehrfach gemäß § 40 Abs. 2 Satz 4 Nr. 1 GWB einer Fristverlängerung zugestimmt – zuletzt bis zum 21.01.2020.
- (78) Am 05.12.2019 hat die Beschlussabteilung den Verfahrensbeteiligten, den Landeskartellbehörden Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen und Bremen sowie gemäß § 123 Abs. 1 Satz 3 TKG auch der BNetzA die Möglichkeit eingeräumt, zu der von ihr beabsichtigten Entscheidung Stellung zu nehmen. Gleichzeitig wurde den Verfahrensbeteiligten durch Übersendung des Teils der Akte, der nach der letzten Akteneinsicht noch hinzugefügt wurde, in elektronischer Form Akteneinsicht gewährt.
- (79) Von der Möglichkeit zur Stellungnahme haben die Beteiligten zu 1. und 2. mit Schreiben vom 18.12.2019 Gebrauch gemacht. Darin haben sie ihre Einschätzung wiederholt, dass das angemeldete Zusammenschlussvorhaben zu keiner erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs geführt hätte und es daher der Verpflichtungszusagen nicht bedurft hätte.<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> Telekom und EWE, Stellungnahme vom 18.12.2019.

- (80) Von den Beigeladenen haben die Deutsche Glasfaser, Vodafone, 1&1 und vitroconnect jeweils mit Schreiben vom 19.12.2019 Stellung genommen. Die Beigeladenden verweisen im Wesentlichen auf ihr früheres Vorbringen<sup>53</sup> bzw. wiederholen und vertiefen früheres Vorbringen.
- (81) Nach der im Kern so bereits auch schon in früheren Stellungnahmen geäußerten Auffassung der Deutschen Glasfaser reichen die im Kartellverwaltungsverfahren gemäß § 32 b Abs. 1 GWB für verbindlich erklärten Verpflichtungszusagen nicht aus, um zu verhindern, dass der aufkeimende Wettbewerb im Kooperationsgebiet im Infrastrukturmarkt zum Erliegen komme.<sup>54</sup> Auch habe die Beschlussabteilung bei den Auswirkungen des Vorhabens und der Zusagen auf den insgesamt im Kooperationsgebiet zu erwartenden Ausbau die Ausbaupläne und -kapazitäten Dritter nicht hinreichend berücksichtigt.<sup>55</sup> Mangels Wettbewerb bei den Vorleistungsprodukten werde es auch zu keinem verbesserten Endkundenangebot kommen.<sup>56</sup>
- (82) Vodafone erneuert ihr Vorbringen, dass die Verpflichtungszusagen nicht den Anforderungen des § 40 Abs. 3 GWB genügen, da sie eine laufende Verhaltenskontrolle beinhalteten und daher auch nicht im Rahmen der materiellen Fusionskontrollprüfung berücksichtigt werden könnten.<sup>57</sup> Für dieses Vorgehen gebe es kein Vorbild.<sup>58</sup> Die Verpflichtungszusagen beruhten darüber hinaus auf unsicheren Prognosen und seien – abgesehen davon – nicht geeignet, um die wettbewerblichen Bedenken auszuräumen.<sup>59</sup> Die Beschlussabteilung habe bei den Auswirkungen des Vorhabens und der Zusagen auf den insgesamt im Kooperationsgebiet zu erwartenden Ausbau unter anderem die Ausbaupläne und -kapazitäten

---

<sup>53</sup> So insbesondere 1&1, Stellungnahme vom 19.12.2019.

<sup>54</sup> Deutsche Glasfaser, Stellungnahme vom 19.12.2019, S. 2.

<sup>55</sup> Deutsche Glasfaser, Stellungnahme vom 19.12.2019, S. 3.

<sup>56</sup> Deutsche Glasfaser, Stellungnahme vom 19.12.2019, S. 4.

<sup>57</sup> Vodafone, Stellungnahme vom 19.12.2019, S. 2 ff.

<sup>58</sup> Vodafone, Stellungnahme vom 19.12.2019, S. 4.

<sup>59</sup> Vodafone, Stellungnahme vom 19.12.2019, S. 4 ff.

Dritter nicht hinreichend berücksichtigt.<sup>60</sup> Die Vorgaben für den Ausbau von „Gigabit-Whitespots“ seien zu wenig ambitioniert.<sup>61</sup> Das Vorhaben sei insbesondere im Bereich des Infrastrukturausbaus, aber auch mit Blick auf die Endkundenmärkte auf die Ausschaltung zukünftigen Wettbewerbs gerichtet.<sup>62</sup> Der Umfang der an Wettbewerber zu vermarktenden Vorleistungen werde vermutlich nicht ausreichend groß sein.<sup>63</sup> Auch im Übrigen verweist Vodafone auf bereits Vorgebrachtes.

(83) vitroconnect vertieft ihr Vorbringen, wonach die § 32 b-Entscheidung verfahrensfehlerhaft ergangen sei, da die die Zusammenarbeit der Beteiligten regelnde Vereinbarung gegen das Kartellverbot verstoße und gemäß § 134 BGB nichtig sei.<sup>64</sup> Die § 32 b-Entscheidung könne im Rahmen der Fusionskontrolle aber auch deswegen nicht berücksichtigt werden, weil sie keine abschließende kartellrechtliche Bewertung enthalte.<sup>65</sup> Die Zusagen seien – wie im Wesentlichen bereits zuvor vorgetragen – schließlich auch ungeeignet, die wettbewerblichen Bedenken zu beseitigen.<sup>66</sup>

(84) Die BNetzA hat von einer Stellungnahme abgesehen und lediglich noch einmal auf die Möglichkeit methodisch bedingter Abweichungen bei der Abgrenzung von Märkten im Rahmen der Marktdefinition und -analyse nach den §§ 9-11 TKG hingewiesen.<sup>67</sup>

### **C. Formelle Untersagungsvoraussetzungen**

(85) Die geplante Gründung des Gemeinschaftsunternehmens durch Telekom und EWE fällt in den Anwendungsbereich der deutschen Zusammenschlusskontrolle gemäß §§ 35 ff. GWB.

---

<sup>60</sup> Vodafone, Stellungnahme vom 19.12.2019, S. 5.

<sup>61</sup> Vodafone, Stellungnahme vom 19.12.2019, S. 6.

<sup>62</sup> Vodafone, Stellungnahme vom 19.12.2019, S. 6.

<sup>63</sup> Vodafone, Stellungnahme vom 19.12.2019, S. 6.

<sup>64</sup> vitroconnect, Stellungnahme vom 19.12.2019, S. 10 f.

<sup>65</sup> vitroconnect, Stellungnahme vom 19.12.2019, S. 10 f.; siehe hierzu bereits die Stellungnahme vom 29.11.2019, S. 10 f.

<sup>66</sup> vitroconnect, Stellungnahme vom 19.12.2019, S. 12 ff.

<sup>67</sup> E-Mail, BNetzA vom 19.12.2019.

### **1. Zusammenschlusstatbestand**

- (86) Die von den Beteiligten für ihre Zusammenarbeit geplante Gründung eines von ihnen gemeinsam kontrollierten, paritätischen Gemeinschaftsunternehmens erfüllt die Zusammenschlusstatbestände des Kontrollerwerbs (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB) und des Anteilserwerbs (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 lit. a) und Nr. 3 Satz 3 GWB).

### **2. Überschreiten der Umsatzschwellen**

- (87) Die Beteiligten überschreiten die Umsatzschwellen des § 35 Abs. 1 GWB. Allein die Telekom hat im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr 2018 weltweit Umsatzerlöse von € 75,7 Mrd. und damit mehr als € 500 Mio. erzielt. Darüber hat mindestens ein beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als € 25 Mio. (sowohl Telekom als auch EWE) und ein anderes beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als € 5 Mio. erzielt (sowohl Telekom als auch EWE).
- (88) Die Ausnahmetatbestände des § 35 Abs. 2 GWB sind nicht erfüllt.

### **3. Keine vorrangige Zuständigkeit der Europäischen Kommission**

- (89) Die geplante Gründung des Gemeinschaftsunternehmens fällt nicht gemäß § 35 Abs. 3 GWB, Art. 21 Abs. 3 FKVO in die vorrangige Zuständigkeit der Europäischen Kommission.
- (90) Zwar überschreiten die Umsätze der Beteiligten die insoweit maßgeblichen Schwellenwerte des Art. 1 Abs. 2 FKVO. Es liegt jedoch kein Zusammenschluss im Sinne des Art. 3 FKVO vor. Die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens stellt gemäß Art. 3 Abs. 4 FKVO nach europäischem Recht nur dann einen Zusammenschluss dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (so genanntes Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen). Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht erfüllt.
- (91) Bei der Beurteilung, ob es sich um ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen handelt, ist nach der Konsolidierten Zuständigkeitsmitteilung der Europäischen Kommission zu berücksichtigen.

sichtigen, ob die Muttergesellschaften in vorgelagerten oder nachgelagerten Märkten vertreten sind und dies dauerhaft zu umfangreichen Käufen bzw. Verkäufen zwischen den Muttergesellschaften und dem Gemeinschaftsunternehmen führt.<sup>68</sup>

- (92) Kommt es dauerhaft zu umfangreichen Verkäufen des Gemeinschaftsunternehmens an die Muttergesellschaften, ist nach der Konsolidierten Zuständigkeitsmitteilung der Europäischen Kommission entscheidend für die Einordnung als Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen, ob das Gemeinschaftsunternehmen trotz dieser Verkäufe dazu bestimmt ist, eine aktive Rolle im Markt zu spielen, und in operativer Hinsicht als wirtschaftlich selbstständig angesehen werden kann. Wichtig ist in diesem Zusammenhang, welchen Anteil die Verkäufe an die Muttergesellschaften an der Gesamtproduktion des Gemeinschaftsunternehmens ausmachen. Erzielt das Gemeinschaftsunternehmen dauerhaft weniger als 20 % seines voraussichtlichen Gesamtumsatzes mit Dritten, reicht dies regelmäßig nicht aus, um eine Vollfunktionseigenschaft zu begründen.<sup>69</sup>
- (93) Nach diesen Maßstäben handelt es sich bei dem Gemeinschaftsunternehmen nicht um ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen. Nach den Planungen soll das Gemeinschaftsunternehmen seine Vorleistungsprodukte auf Dauer ganz überwiegend an die Mutterunternehmen vertreiben. Darüber hinaus wird es nach der ihre Zusammenarbeit regelnden Vereinbarung vorrangig von den Mutterunternehmen beliefert werden und in operativer Hinsicht von deren Entscheidungen abhängig sein, so dass es nicht als selbstständig am Markt tätiges Unternehmen angesehen werden kann.
- (94) Das Gemeinschaftsunternehmen soll auf Dauer ganz überwiegend Vorleistungen für seine Mütter erbringen. Im Rahmen des vorgesehenen Preismodells soll es Dritten Layer 2-BSA zwar prinzipiell zu denselben Konditionen gewähren wie den beiden Müttern. Doch wird das Gemeinschaftsunternehmen nach Einschätzung der Beteiligten gleichwohl kurz-, mittel- und langfristig in ganz weit überwiegendem Maße für seine Mütter Telekom und EWE tätig sein. Die Beteiligten gehen davon aus, dass das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer weniger als 20 % seines Umsatzes mit Dritten erzielen wird und auch weniger als 20 % der

---

<sup>68</sup> Europäische Kommission, Konsolidierte Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung EG Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 43/10 vom 21.02. 2009 (Berichtigung), Rn. 97.

<sup>69</sup> Europäische Kommission, Konsolidierte Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen, aaO, Rn. 98.

über Vorleistungen des Gemeinschaftsunternehmens versorgten Haushalte und Unternehmensstandorte über Dritte mit Breitbandanschlüssen beliefern wird. Diese Angaben der Beteiligten werden durch die Annahmen bestätigt, die dem vorliegenden Business Case des Gemeinschaftsunternehmens zu Grunde liegen.<sup>70</sup>

- (95) Abgesehen von dem geringen Anteil von Verkäufen an Dritte soll das Gemeinschaftsunternehmen für einen Kernbereich seiner Tätigkeit nahezu vollständig auf Leistungen seiner Mütter zurückgreifen. Zwar soll das Gemeinschaftsunternehmen im Ausgangspunkt über „ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichende Ressourcen wie finanzielle Mittel und Personal“<sup>71</sup> verfügen. Im Hinblick auf seine wesentliche Tätigkeit, nämlich die Errichtung von FTTH-Glasfasernetzen im Kooperationsgebiet, soll das Gemeinschaftsunternehmen jedoch nahezu ausschließlich auf die Ressourcen seiner Muttergesellschaften zurückgreifen. Nach der die Zusammenarbeit der Beteiligten regelnden Vereinbarung soll das Gemeinschaftsunternehmen die Netzplanung und den Ausbau des aktiven und passiven Netzes des Gemeinschaftsunternehmens weitgehend bei seinen Müttern TDG und EWE einkaufen, wenn und soweit deren Angebote für die Erbringung dieser Leistungen wirtschaftlich sind.<sup>72</sup>
- (96) Schließlich soll den Muttergesellschaften bei der Auswahl der konkreten Ausbaugebiete des Gemeinschaftsunternehmens eine besondere Rolle zukommen. Abgesehen von Rücksichtnahmepflichten des Gemeinschaftsunternehmens bei der Gebietsauswahl, sollen die Mütter über spezifische Rechte verfügen, die es ihnen ermöglichen, die Ausbautätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens in ihrem jeweiligen Interesse zu steuern.

## **D. Materielle Untersagungsvoraussetzungen**

- (97) Die Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB liegen nicht vor.

---

<sup>70</sup> Vgl. Business Case – Projekt Topas, Anlage 02 zur Anmeldung (Bl. 2139 ff. d. A.).

<sup>71</sup> Siehe Europäische Kommission, Konsolidierte Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen, aaO, Rn. 94.

<sup>72</sup> Vgl. Anlage 5.1 zum JVV (Bl. 2535 ff. d. A.).



## **I. Marktabgrenzung**

- (98) Zweck der Bestimmung des relevanten Marktes ist die Erfassung und Ermittlung der Wettbewerbskräfte, denen sich die beteiligten Unternehmen tatsächlich zu stellen haben. Die Abgrenzung des relevanten Marktes ist letztendlich die entscheidende Grundlage für die Ermittlung der Marktposition und ggf. des Grades an Marktmacht der Anbieter und damit auch für die Feststellung, ob ein bestimmter Anbieter oder Nachfrager ohne Wettbewerber oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern eine überragende Marktstellung hat.
- (99) Nach Einführung des SIEC-Tests hat die Marktabgrenzung eine gewisse Relativierung ihrer Bedeutung erfahren, auch wenn auf sie nicht verzichtet werden kann. Denn mit der differenzierteren Erfassung der wettbewerblichen Interaktion zwischen den Zusammenschlussbeteiligten und ihren engen Wettbewerbern wird die definitive Festlegung der Grenzen des relevanten Marktes weniger bedeutsam. Im Extremfall macht es für die wettbewerbliche Würdigung keinen Unterschied (mehr), ob ein bestimmter entfernterer Wettbewerber noch dem relevanten Markt zuzurechnen ist oder nicht, weil für den Ausgang der Prüfung der Wettbewerbsdruck zwischen den Beteiligten und ihren engen Wettbewerbern entscheidend ist. Oftmals vermittelt daher die vergleichende Betrachtung mehrerer alternativer Marktabgrenzungen wichtige Einsichten. In der Regel spricht bei einer solchen Alternativbetrachtung insbesondere die Tatsache, dass das Ergebnis der Prüfung nicht von einer konkret ins Auge gefassten Marktabgrenzung abhängt, dafür, dass im Ergebnis auch unabhängig von einer definitiven und abschließenden Marktabgrenzung die wesentlichen wettbewerblichen Beziehungen und Zusammenschlusswirkungen zutreffend abgebildet und erfasst sind.
- (100) Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes sind verschiedene Dimensionen zu berücksichtigen. Neben der auf das betroffene Produkt bezogenen sachlichen Abgrenzung ist auch die räumliche Dimension der jeweils wirksamen Wettbewerbskräfte zu erfassen.
- (101) Das Vorhaben der Beteiligten betrifft den Massenmarkt für Endkunden für den festnetzbaasierten Internetzugang, die Vorleistungsmärkte für den lokalen und den zentralen Zugang zu festnetzbaasierten Breitbandanschlüssen und den Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau. Räumlich sind diese Märkte jeweils auf das Kooperationsgebiet begrenzt.

## **1. Anbieter und Nachfrager von Dienstleistungen für breitbandiges Internet insbesondere im Kooperationsgebiet**

- (102) Breitbandige Internetzugänge an festen Standorten werden über das Teilnehmeranschlussnetz bereitgestellt. Derartige Teilnehmeranschlussnetze basieren auf den ursprünglich als Kupferdoppeladernetz für Sprachtelefonie betriebenen Telekommunikationsnetzen („TK-Netze“) und auf den ursprünglich der TV-Übertragung dienenden (TV-)Kabelnetzen. Die Qualität der über TK-Netze bzw. TV-Kabelnetze bereitgestellten Internetzugänge wurde in der Vergangenheit stetig verbessert. Der immer näher zum Endkunden erfolgende Ausbau der Netze mit Glasfaser (FTTN<sup>73</sup> bzw. FTTC bei TK-Netzen, HFC<sup>74</sup> bei Kabelnetzen) und der Einsatz neuer Techniken wie dem Vectoring-Verfahren<sup>75</sup> bei der Kupfer-Doppelader oder der Einführung verbesserter DOCSIS-Standards bei Kabelnetzen<sup>76</sup> hat insbesondere zu einer erheblichen Erhöhung der verfügbaren Bandbreiten geführt. Eine nach wie vor geringe Rolle spielen rein glasfaserbasierte FTTB/H-Netze, die die höchsten Bandbreiten erzielen.
- (103) Nachfrager nach den hier relevanten TK-Dienstleistungen sind auf dem Endkundenmarkt Privat- und Geschäftskunden mit privatkundenähnlichem Bedarf. Nachfrager von Vorleistungen auf den vorgelagerten Markstufen sind im Wesentlichen die als TK-Anbieter auf dem Endkundenmarkt tätigen Unternehmen, die (fast) überhaupt keine (z.B. Telefónica) oder nur teilweise eigene Infrastruktur besitzen (z.B. EWE, 1&1). Hierzu gehören die alternativen TK-Netzbetreiber, aber auch Kabelnetzbetreiber (z.B. Vodafone), die über eigene Infrastruktur verfügen, aber auch Vorleistungen im Wesentlichen der TDG beziehen müssen, um Endkunden breitbandige Internetzugänge anbieten zu können. Schließlich gehören hierzu reine Reseller, die über so gut wie keine Infrastruktur verfügen und im Wesentlichen Produkte ihres Vorleistungsvertragspartners vertreiben. Einige Vorleistungsnachfrager der TDG erstellen auf der Basis eigener Infrastruktur auf einer höheren Netzebene ihrerseits

---

<sup>73</sup> FTTN = Fiber to the Node, d.h. Glasfaser bis zum Hauptverteiler.

<sup>74</sup> HFC = Hybrid Fibre Coax.

<sup>75</sup> Vgl. BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 28 [28]; siehe auch Rn. (127) ff.

<sup>76</sup> Vgl. BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 22 [22] ff.; siehe ausführlich auch Rn. (301).

Vorleistungen und vertreiben sie an Dritte, insbesondere an Reseller (z.B. Vodafone, 1&1/Versatel).

- (104) Bei den beiden Parteien handelt es sich mit der TDG einerseits um ein bundesweit tätiges Unternehmen und mit der EWE TEL andererseits um einen regionalen Netzbetreiber. Beide Unternehmen verfügen bundesweit im Falle der TDG bzw. regional im Falle der EWE TEL bereits heute über eigene kupfer- und glasfaserbasierte Infrastruktur.
- (105) Lediglich die TDG verfügt über die notwendige bundesweite Vorleistungsinfrastruktur, um den Endkunden flächendeckend Telekommunikationsdienstleistungen nahezu vollständig auf Basis eigener Infrastruktur bereitstellen zu können. Die TDG ist im Bereich der Telekommunikationsdienstleistungen ein voll integriertes Unternehmen. Sie bietet sowohl Vorleistungen auf dem Markt für den lokal als auch auf dem Markt für den zentral bereitgestellten Zugang an und ist darüber hinaus als Anbieter auf den korrespondierenden Endkundenmärkten für Breitband- und Telefonanschlüsse tätig.
- (106) Die EWE verfügt als regionale Energieversorgerin über Versorgungsnetzinfrastrukturen, die sie in der Vergangenheit genutzt hat, um ein eigenes Anschlussnetz im Kooperationsgebiet zu errichten. Bei einer auf das Kooperationsgebiet beschränkten Betrachtung zählt EWE zu den größten sog. alternativen Teilnehmernetzbetreibern und kann im Kooperationsgebiet über eigene FTTC-Glasfaserinfrastruktur bis zum KVz bzw. bis zum HVt flächendeckend etwa die Hälfte der dortigen Haushalte mit mindestens VDSL erreichen, wobei EWE auf der „letzten Meile“ noch weitgehend auf die Nutzung der Kupfer-TAL der TDG angewiesen ist.
- (107) Im Bereich des geförderten Breitbandausbaus fragen zudem ausschreibende Kommunen den Ausbau und/oder Betrieb eines Breitbandnetzes nach, welches letztlich Endkunden in dieser Kommune nutzen sollen. Als Anbieter treten verschiedene TK-Unternehmer auf, die in dem ausgeschriebenen Fördergebiet Ausbau und Betrieb (im Falle des Wirtschaftlichkeitslückenmodells) bzw. ausschließlich den Betrieb (im Falle des Betreibermodells) des Breitbandnetzes vornehmen wollen.

## **2. Massenmarkt für den festnetzbasieren Internetzugang**

### **a) Sachliche Marktabgrenzung**

#### **aa) Vorbringen der Beteiligten**

- (108) Die Beteiligten gehen auf der Endkundenebene von einem Markt für Breitbandanschlüsse aus, der wiederum in einen Markt mit Bandbreiten bis zu 100 MBit/s (und perspektivisch bis zu 250 MBit/s) und in einen Markt mit Bandbreiten über 100 MBit/s (und perspektivisch über 250 MBit/s) zu unterteilen sei.<sup>77</sup> Für Breitbandanschlüsse mit hohen Bandbreiten gebe es einen sehr spezifischen Bedarf von – derzeit allerdings nur vergleichsweise wenigen – Nachfragern, die aber auf solche Anschlüsse mit hohen Bandbreiten angewiesen seien.<sup>78</sup> Auch würden sich die Wettbewerbsverhältnisse in den Bereichen bis 100 MBit/s (und perspektivisch bis zu 250 MBit/s) und über 100 MBit/s (und perspektivisch über 250 MBit/s) unterscheiden. Anders als im Bereich bis 100 MBit/s (und perspektivisch bis zu 250 MBit/s) sei die Telekom im Bereich über 100 MBit/s (und perspektivisch über 250 MBit/s) ein „Newcomer“ mit strukturellen Wettbewerbsnachteilen gegenüber den Kabelnetzbetreibern, die über die Möglichkeit verfügten, ihre Netze recht einfach und günstig aufzurüsten.<sup>79</sup>

#### **bb) Bisherige Entscheidungspraxis**

##### **(1) Bundeskartellamt**

- (109) Das Bundeskartellamt hat in seiner bisherigen Entscheidungspraxis keine abschließende Abgrenzung des Massenmarktes für den festnetzbasieren Internetzugang vorgenommen.

##### **(2) Europäische Kommission**

- (110) Die Europäische Kommission legt ihrer bisherigen Entscheidungspraxis einen einheitlichen Markt für den festnetzbasieren Internetzugang zu Grunde. In den Markt einzubeziehen seien die Angebote, die sich an Privatkunden und kleinere Geschäftskunden richteten. Der

---

<sup>77</sup> Siehe Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 137 ff.

<sup>78</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 139 und S. 48 ff.

<sup>79</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 140.

Markt für den festnetzbasierten Internetzugang sei weder weiter nach Anschlusstechnologien noch nach Bandbreiten zu unterteilen.<sup>80</sup> Als bislang nicht entscheidungserheblich sah die Europäische Kommission die Frage an, ob neben dem Markt für den festnetzbasierten Internetzugang unter Umständen ein oder mehrere separate Märkte für Bündelprodukte abzugrenzen wären.<sup>81</sup>

### (3) Bundesnetzagentur

- (111) Die BNetzA hat parallel zu dem vorliegenden Verfahren gemäß der §§ 9 bis 11 TKG ein neues Marktanalyse und Marktdefinitionsverfahren durchgeführt. Gegenstand des Verfahrens war, ob der aktuell der Regulierung unterliegende Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellte Zugang zu Breitbandanschlüssen<sup>82</sup> weiterhin der Regulierung bedarf.<sup>83</sup>
- (112) In ihrer Festlegung vom 11.10.2019 grenzt die BNetzA für die Zwecke der Marktdefinition und Marktanalyse auf der Endkundenebene zunächst einen einheitlichen Massenmarkt für Breitbandanschlüsse im Festnetz ab.<sup>84</sup>

---

<sup>80</sup> Europäische Kommission, Entscheidung vom 18.07.2019, M. 8864 – *Vodafone / Certain Liberty Global Assets*, Rn. 56; Entscheidung vom 03.08.2016, M.7978 – *Vodafone/Liberty Global/Dutch JV*, Rn. 38.

<sup>81</sup> Europäische Kommission, Entscheidung vom 18.07.2019, M. 8864 – *Vodafone / Certain Liberty Global Assets*, Rn. 161; Entscheidung vom 03.08.2016, M.7978 – *Vodafone/Liberty Global/Dutch JV*, Rn. 108.

<sup>82</sup> Markt Nr. 3 a der Empfehlung der EU-Kommission vom 09.10.2014 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen (Empfehlung 2014/710/EU), veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Union Nr. L 295 vom 11.10.2014, S. 79 (im Folgenden: **Märkte-Empfehlung**).

<sup>83</sup> BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), BK1-19/001, S. 182 ff.

<sup>84</sup> Vgl. BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung). Öffentlich verfügbar ist gegenwärtig nur der sich hiervon nur unwesentlich unterscheidende Notifizierungsentwurf vom 05.09.2019, auf den zusätzlich in eckigen Klammern verwiesen wird.

- (113) Entsprechend der Märkte-Empfehlung der Europäischen Kommission sei der Massenmarkt auf Endkundenebene vom Markt für Breitbandanschlüsse für Dienste höherer Qualität abzugrenzen<sup>85</sup> und umfasse die Breitbandanschlussprodukte, die sich an Privatkunden und Gewerbekunden mit privatkundenähnlichen Anforderungen richten.<sup>86</sup>
- (114) Der Markt sei nicht nach Anschlusstechnologien zu unterteilen.<sup>87</sup> Die am Markt angebotenen Anschlusstechnologien seien aus Sicht der Nachfrager im Kern funktional austauschbar. Die darauf basierenden Angebote fügten sich entsprechend ihrer unterschiedlichen Leistungsfähigkeit in ein einheitliches Preisgefüge ein.
- (115) Der Markt sei auch nicht nach Bandbreiten zu unterteilen.<sup>88</sup> Mit Blick auf das Angebot hochbitratiger Bandbreiten über 250 MBit/s sei innerhalb des der Marktanalyse zu Grunde zu legenden Prognosezeitraums kein Bruch der Substitutionskette zu erwarten. Ab einem bestimmten Grad an Bedarfsdeckung bestünde keine zusätzliche Zahlungsbereitschaft mehr für eine weitere Erhöhung der Bandbreite. Dies spiegele sich in der aktuell noch sehr gering ausgeprägten Nachfrage nach hochbitratigen Bandbreiten über 250 MBit/s.
- (116) Angesichts der gegenwärtigen Struktur von Angebot und Nachfrage sieht die BNetzA keinen Anlass, separate Märkte für Bündelprodukte abzugrenzen.<sup>89</sup>

### **cc) Beurteilung durch die Beschlussabteilung**

- (117) Die Beschlussabteilung geht wie die Europäische Kommission und die BNetzA von einem einheitlichen Massenmarkt für den festnetzbasieren<sup>90</sup> Internetzugang aus.
- (118) Ausgangspunkt der Marktabgrenzung ist das Bedarfsmarktkonzept, dessen entscheidendes Kriterium die funktionelle Austauschbarkeit der Produkte aus Sicht der Marktgegenseite

---

<sup>85</sup> BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 56 [52] f. und 180 [176] ff.

<sup>86</sup> BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 60 [56] f.

<sup>87</sup> BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 68 [64] ff.

<sup>88</sup> BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 92 [88] ff.

<sup>89</sup> BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 58 [54] f.

<sup>90</sup> Nicht festnetzbasierende Anschlussprodukte sind auf Grund abweichender Produktmerkmale nicht Teil des hier betrachteten Marktes, vgl. BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 79 [83] ff.

ist. Danach sind dem relevanten Markt alle Produkte und Dienstleistungen zuzurechnen, die aus der Sicht der Nachfrager nach Eigenschaft, Verwendungszweck und Preislage zur Deckung eines bestimmten Bedarfs austauschbar sind.<sup>91</sup> Entscheidend ist dabei der überwiegende Teil der Marktgegenseite; abweichende Präferenzen von Nachfragergruppen, die nur einen geringen Teil zum Gesamtmarktvolumen beitragen, sind nicht ausschlaggebend.<sup>92</sup> Daneben sind nach ständiger Praxis außerdem die Möglichkeiten von Herstellern anderer Produkte einzubeziehen, ihre Herstellung auf die vom Zusammenschluss betroffenen Waren umzustellen.<sup>93</sup>

### **(1) Abgrenzung zum Markt für Breitbandanschlüsse für Dienste höherer Qualität**

- (119) Der relevante Massenmarkt für den festnetzbasieren Internetzugang umfasst nur die Angebote, die sich an Privatkunden und Geschäftskunden mit privatkundenähnlichen Anforderungen richten. Insoweit ist er von dem Markt für Breitbandanschlüsse für Dienste höherer Qualität abzugrenzen.
- (120) Das Angebot von Breitbandanschlüssen für Dienste höhere Qualität ist aus Sicht der relevanten Nachfrager funktionell nicht mit dem auf den Massenmarkt ausgerichteten (stets auch einen Breitbandanschluss beinhaltenden) Angebot von Internetzugängen austauschbar.<sup>94</sup>
- (121) Breitbandanschlüsse für Dienste höhere Qualität werden durch Geschäftskunden nachgefragt, die unter anderem einen Bedarf nach sehr hohen (symmetrischen) Upload- und Downloadgeschwindigkeiten und garantierten Bandbreiten haben. Ein Beispiel hierfür ist eine Internetfestverbindung mit garantierter symmetrischer Übertragungsrates. Das Preisniveau für diese individuell nachgefragten und ausgestalteten Leistungen liegt um ein Vielfaches über dem für die standardisierten Internetzugänge, die auf dem Massenmarkt ange-

---

<sup>91</sup> St. Rspr. BGH, Beschluss vom 06.12.2011, KVR 95/10 – *Total/OMV*, Rn. 26; Beschluss vom 11.11.2008, KVR 60/07 – *E.ON/Stadtwerke Eschwege*, Rn. 15 m.w.N.

<sup>92</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.12.2018, VI-Kart 3/18 (V) – *Ticketvertrieb I*, Rn. 35 m.w.N. (juris); Bechtold/Bosch, *GWB*, 9. Aufl., § 18 *GWB*, Rn. 8.

<sup>93</sup> BGH, Beschluss vom 16.01.2007, KVR 12/06 – *National Geographic II*, Rn.19 f.; BGH, Beschluss vom 04.03.2008, KVR 21/07 – *Soda-Club II*, Rn 23.

<sup>94</sup> So wie hier auch BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 56 [52] f., 60 [56] f. und 180 [176] ff.

boten werden. Die auf dem Massenmarkt angebotenen Internetzugänge enthalten demgegenüber – zumindest gegenwärtig – keine garantierten Übertragungsraten, sondern beruhen auf dem Best Effort-Prinzip.<sup>95</sup>

## **(2) Keine Unterscheidung zwischen Angeboten für Privatkunden und Angeboten für Geschäftskunden mit privatkundenähnlichen Anforderungen**

- (122) Innerhalb des relevanten Massenmarktes ist nicht weiter zwischen Angeboten für Privatkunden und Angeboten für Geschäftskunden mit privatkundenähnlichen Anforderungen zu unterscheiden.<sup>96</sup>
- (123) Die auf Geschäftskunden mit privatkundenähnlichen Anforderungen ausgerichteten Angebote unterscheiden sich in ihren grundlegenden Leistungsmerkmalen nicht wesentlich von den auf Privatkunden ausgerichteten Basisangeboten. Erhebliche Unterschiede beim Preis ergeben sich regelmäßig erst dann, wenn das Geschäftskundenangebot mit bestimmten Zusatzleistungen (zum Beispiel einer festen IP-Adresse oder bestimmter Hardware) oder höheren Qualitäten (zum Beispiel höheren Upload-Geschwindigkeiten) verbunden ist, die sich in der Regel aber auch getrennt dazu buchen lassen. Angebote für Geschäftskunden werden zudem häufig mit kürzeren Entstörzeiten beworben.<sup>97</sup>
- (124) Aus Sicht eines Geschäftskunden mit privatkundenähnlichen Anforderungen ist der auf dem Massenmarkt für Privatkunden angebotene Internetzugang sehr weitgehend mit dem dort für Geschäftskunden mit privatkundenähnlichen Anforderungen angebotenen Internetzugang austauschbar. In vielen Fällen buchen die dafür in Betracht kommenden Geschäftskunden Privatkundenangebote. Umgekehrt kann es ebenfalls vorkommen, dass ein Privatkunde mit höheren Anforderungen an den Internetzugang ein Angebot für Geschäftskunden mit privatkundenähnlichen Anforderungen in Anspruch nimmt oder entsprechende Zusatz-

---

<sup>95</sup> Vgl. BNetzA, aaO.

<sup>96</sup> So wie hier auch BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 60 [56] f.

<sup>97</sup> Vgl. hierzu BNetzA, aaO.



leistungen dazu bucht. Der Einschätzung einer sehr weitgehenden Austauschbarkeit entspricht, dass sich die Anbieter regelmäßig nicht dazu in der Lage sehen, ihre Geschäftskunden eindeutig dem einen oder dem anderen Bereich zuzuordnen.<sup>98</sup>

#### **(a) Keine Unterscheidung nach Anschlusstechnologien**

- (125) Innerhalb des relevanten Massenmarktes für festnetzbasierter Internetzugang ist das Angebot nicht weiter nach Anschlusstechnologien zu unterscheiden. Internetzugänge, die auf drahtlosen Anschlusstechnologien beruhen, sind demgegenüber nicht in den relevanten Massenmarkt einzubeziehen.<sup>99</sup>
- (126) Festnetzbasierter Internetzugänge werden in Deutschland auf Basis verschiedener Anschlusstechnologien realisiert. Dazu gehören kupferbasierte, kabelbasierte sowie glasfaserbasierte Breitbandanschlüsse.

#### **(aa) Kupferbasierte Breitbandanschlüsse**

- (127) Die mit Abstand bedeutendste Anschlusstechnologie in Deutschland ist DSL in ihren verschiedenen Entwicklungsstufen ADSL sowie VDSL (ohne oder mit Vectoring bzw. Supervectoring). Allen DSL-Varianten ist gemeinsam, dass die Signalübertragung im Anschlussnetz – jedenfalls auf dem letzten Teilstück hin zum Teilnehmeranschluss – über Kupferleitungen stattfindet. Ende 2017 waren etwa 74% der aktiven Breitbandanschlüsse kupferbasierte DSL-Breitbandanschlüsse.<sup>100</sup>
- (128) ADSL kommt insbesondere dann zum Einsatz, wenn auf der gesamten Anschlusslinie vom Hauptverteiler bis zum Teilnehmeranschluss nur eine Kupferleitung vorhanden ist (FTTN)<sup>101</sup>. In Abhängigkeit von der die Leistungsfähigkeit begrenzenden Länge der Kupferleitung ist mit ADSL in Deutschland im Download eine Übertragungsrate von bis zu 16 MBit/s im Download und von bis zu 2,4 MBit/s im Upload möglich. Im ländlichen Bereich

---

<sup>98</sup> Vgl. hierzu BNetzA, aaO.

<sup>99</sup> Siehe BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 83 [79] ff.

<sup>100</sup> VATM, 20. TK-Marktanalyse Deutschland 2018, [https://www.vatm.de/wp-content/uploads/2018/12/VATM\\_TK-Marktstudie-2018\\_091018\\_f.pdf](https://www.vatm.de/wp-content/uploads/2018/12/VATM_TK-Marktstudie-2018_091018_f.pdf), S. 14 (zuletzt abgerufen am 13.08.2019).

<sup>101</sup> FTTN = Fiber to the Node, d.h. nur bis zum Hauptverteiler liegt eine Glasfaserleitung.

liegen die möglichen Übertragungsraten wegen der dort besonders langen Leitungen zum Teil deutlich darunter. ADSL ist in Deutschland aktuell (noch) flächendeckend verfügbar.

- (129) VDSL kommt wegen der kürzeren Leitungslängen insbesondere dann zum Einsatz, wenn auch die Kabelverzweiger bereits mit Glasfaser erschlossen sind (FTTC) und eine (entsprechend kürzere) Kupferleitung nur noch auf dem letzten Teilstück zwischen Kabelverzweiger und Teilnehmeranschluss besteht. Die vermarktbaren Datenübertragungsraten hängen davon ab, ob der VDSL-Breitbandanschluss mit Vectoring oder Supervectoring realisiert werden kann.<sup>102</sup> Auf Basis von VDSL-Breitbandanschlüssen *ohne Vectoring* werden Internetzugänge mit Datenübertragungsraten von bis zu 50 MBit/s im Download und 10 MBit/s im Upload angeboten. Auf Basis von VDSL-Breitbandanschlüssen *mit Vectoring* werden Internetzugänge mit Datenübertragungsraten von bis zu 100 MBit/s im Download und 40 MBit/s im Upload angeboten. Auf Basis von VDSL-Breitbandanschlüssen *mit Supervectoring* werden Internetzugänge mit Datenübertragungsraten von bis zu 250 MBit/s im Download und 100 MBit/s im Upload angeboten.<sup>103</sup> Die Telekom setzt VDSL ungefähr seit 2013 ein. Die Zahl der mittlerweile mit VDSL-Supervectoring realisierbaren Breitbandanschlüsse soll nach Angaben der Telekom im Lauf des Jahres 2019 auf 28 Mio. steigen.<sup>104</sup>

#### **(bb) Kabelbasierte Breitbandanschlüsse**

- (130) Bei den breitbandfähigen Kabelnetzen handelt es sich um hybride Glasfaser-/Koaxialnetze (HFC)<sup>105</sup>, bei denen die Glasfaserleitung immer näher an den Endkunden heranrückt und die Anschlusslinie nur noch auf dem letzten Teilstück bis zum Teilnehmeranschluss aus Koaxialkabeln besteht. In dieser Hinsicht sind HFC-Netze vergleichbar mit den FTTN- und FTTC-Anschlussnetzen, über die sich DSL-Breitbandanschlüsse realisieren lassen und bei denen das letzte Teilstück aus einer Kupferleitung besteht. Gegenüber Kupferleitungen

---

<sup>102</sup> Technische Verfahren, welche Störungen auf den Kupferdoppeladern reduzieren und kompensieren, die hauptsächlich durch Übersprechen entstehen.

<sup>103</sup> Unter optimalen Bedingungen (d.h. abhängig von der konkreten Leitungslänge, dem genutzten Frequenzprofil und der Anzahl der im gleichen Kabelbündel geführten VDSL-Anschlüsse) lassen sich beim Einsatz von Supervectoring bidirektional (d.h. in der Summe von Down- und Upload) bis zu 400 MBit/s (gemäß ITU-Standard 993.2 Annex Q) realisieren. Siehe BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 66 [65], Fußnote 174 [167].

<sup>104</sup> Pressemitteilung der Telekom vom 11.10.2018, <https://www.telekom.com/de/medien/medieninformationen/detail/mehr-netz-fuer-land-und-leute-545408> (zuletzt abgerufen am 13.08.2019).

<sup>105</sup> HFC = Hybrid Fibre Coax.

weisen Koaxialkabel jedoch deutlich bessere Leistungsmerkmale auf, da sie gegen elektromagnetische Störungen abgeschirmt sind und auch eine deutlich geringere Leitungsdämpfung aufweisen. Auf Basis von kabelbasierten HFC-Breitbandanschlüssen werden mittlerweile Internetzugänge mit Übertragungsraten von bis zu 1 GB/s im Download angeboten. Anders als bei DSL-Breitbandanschlüssen – die auf einer dedizierten Leitung und Datenübertragung zu jedem angeschlossenen Kunden beruhen – müssen sich in HFC-Netzen alle Kunden eines so genannten Clusters die für das Cluster insgesamt zur Verfügung stehende Übertragungsraten teilen. Es handelt sich um ein so genanntes „shared medium“. Das hat zur Folge, dass die dem Kunden tatsächlich zur Verfügung stehende Übertragungsraten je nach Auslastung des Clusters zu einem bestimmten Zeitpunkt deutlich schwanken kann. Auch sind die Übertragungsraten im Upload im Verhältnis zum Download erheblich niedriger als bei vergleichbaren DSL-Anschlüssen.<sup>106</sup> HFC-Netze erreichen in Deutschland aktuell etwa zwei Drittel der Haushalte. Knapp ein Viertel der aktiven Breitbandanschlüsse in Deutschland sind kabelbasierte HFC-Breitbandanschlüsse.<sup>107</sup>

### **(cc) Glasfaserbasierte Breitbandanschlüsse**

- (131) Unter glasfaserbasierten Breitbandanschlüssen werden solche Breitbandanschlüsse verstanden, die über eine vollständige Glasfaserleitung zumindest bis zum Gebäude des angeschlossenen Endkunden (FTTB) oder aber durchgehend bis in den Wohnbereich des angeschlossenen Endkunden (FTTH) realisiert werden. Über FTTB- und FTTH- basierte Breitbandanschlüsse sind mit den gängigen Netzarchitekturen prinzipiell Übertragungsraten bis zu 10 GBit/s (symmetrisch) realisierbar. Je nach Netzarchitektur verfügt jeder Endkunde über eine dedizierte Leitung und Datenübertragung (Punkt-zu-Punkt-Verbindung) oder alle Kunden eines so genannten Clusters müssen sich die für das Cluster insgesamt zur Verfügung stehende Übertragungsraten teilen (Punkt-zu-Multipunkt-Verbindung). Im letzteren Fall handelt es sich wie bei den kabelbasierten Breitbandanschlüssen um ein so genanntes *shared medium*. Auf Basis von glasfaserbasierten Breitbandanschlüssen werden aktuell Übertragungsraten von 25 MBit/s bis hin zu 1 GBit/s im Download vermarktet. Die dabei für den Upload angebotenen Übertragungsraten liegen im Verhältnis zum Download erheblich

---

<sup>106</sup> Vgl. BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 75 [71] f.

<sup>107</sup> VATM, 20. TK-Marktanalyse Deutschland 2018, [https://www.vatm.de/wp-content/uploads/2018/12/VATM\\_TK-Marktstudie-2018\\_091018\\_f.pdf](https://www.vatm.de/wp-content/uploads/2018/12/VATM_TK-Marktstudie-2018_091018_f.pdf), S. 14 (zuletzt abgerufen am 13.08.2019).

über denen vergleichbarer DSL-Anschlüsse und noch einmal deutlich über denen vergleichbarer Kabelanschlüsse. Glasfaserbasierte Breitbandanschlüsse erreichten Mitte 2019 in Deutschland rund 10 % der Haushalte. Etwa 3 % der Haushalte verfügen über einen aktiven FTTB/H-Anschluss.<sup>108</sup>

**(dd) Funktionelle Austauschbarkeit aus Sicht der Nachfrager**

- (132) Die auf Basis der verschiedenen Anslusstechologien angebotenen Internetzugänge sind aus Sicht der Nachfrager nach Eigenschaft, Verwendungszweck und Preislage miteinander austauschbar. Für die relevanten Nachfrager ist in erster Linie die Funktionalität (der Internetzugang) und weniger die ihr zu Grunde liegende Übertragungstechnologie entscheidend. Internetzugänge werden regelmäßig ohne Hinweis auf die ihnen zu Grunde liegende Anslusstechologie beworben.
- (133) Beim Vergleich der einzelnen Tarife ist für die relevanten Nachfrager neben dem Preis als dem wichtigsten Kriterium gegenwärtig vor allem die angebotene Datenübertragungsrate im Download wichtig.<sup>109</sup> Soweit die Endkunden beim Tarifvergleich mit verschiedenen Anslusstechologien unterschiedliche Qualitätserwartungen verbinden (z. B. hinsichtlich der Störanfälligkeit, einer durchgehenden Verfügbarkeit der für den Download angegebenen Datenübertragungsrate ohne größere Schwankungen auch in Peak-Zeiten oder einer vergleichsweise hohen Datenübertragungsrate auch im Upload), werden die bestehenden Unterschiede allerdings regelmäßig auch über unterschiedliche Preise bei gleicher Datenübertragungsrate oder unterschiedliche Datenübertragungsrate bei gleichem Preis ausgeglichen. Gemessen am Preis pro beworbenen (nicht der tatsächlich verfügbaren) MBit/s im Download werden beispielsweise kabelbasierte Internetzugänge im Schnitt regelmäßig

---

<sup>108</sup> Vgl. VATM, 1. Marktanalyse Gigabit-Anschlüsse 2019, [https://www.vatm.de/wp-content/uploads/2019/07/VATM\\_Gigabit-Studie-2019\\_050619f.pdf](https://www.vatm.de/wp-content/uploads/2019/07/VATM_Gigabit-Studie-2019_050619f.pdf), S. 3, 6 (zuletzt abgerufen am 13.08.2019). Von insgesamt ca. 41,8 Mio. Haushalten sind etwa 4 Mio. Haushalte mit FTTB/H erschlossen und davon 1,3 Mio. Haushalte angeschlossen.

<sup>109</sup> Die Beteiligten messen neben dem Verhältnis des Preises zur nominalen Bandbreite als primärem Leistungsmerkmal des Anschlusses insbesondere auch dem Ruf des Anbieters (und damit dem Vertrauen in seine Marke und seine Produkte) eine erheblicher Bedeutung zu, Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 48.

„günstiger“ angeboten als kupfer- oder glasfaserbasierte Internetzugänge.<sup>110</sup> Die verschiedenen Angebote fügen sich entsprechend ihrer unterschiedlichen Leistungsfähigkeit in ein insgesamt einheitliches Preisgefüge ein.<sup>111</sup>

- (134) Soweit zwischen den verschiedenen in einem Haushalt verfügbaren Übertragungstechnologien gewisse Wechselhürden (z.B. das Erfordernis eines neuen Routers oder der Verzicht auf besondere Qualitätsmerkmale einer bestimmten Übertragungstechnologie) bestehen, sind diese nach Einschätzung der Beschlussabteilung auf absehbare Zeit nicht so hoch zu bewerten, um deswegen bereits getrennte Märkte anzunehmen. Dies gilt insbesondere in Bezug auf das Wechselverhalten von kabelbasierten und kupferbasierten Internetzugängen.
- (135) Nach Einschätzung der Beschlussabteilung gilt dies trotz der von den Beteiligten betonten besonderen Qualitätsunterschiede auf absehbare Zeit auch für die – zumindest momentan noch – relativ hochpreisigen glasfaserbasierten Internetzugänge. Jedenfalls in der derzeitigen Marktphase, in der glasfaserbasierte Internetzugänge bislang weder in der Fläche verfügbar sind noch in einem erheblichen Umfang nachgefragt werden, lässt sich eine dezidierte Nachfrage von Endkunden nach glasfaserbasierten Produkten nicht in relevantem Umfang feststellen. Vielmehr ist der Markt geprägt von einer eher zögerlichen Bereitschaft der Endkunden, zu glasfaserbasierten Produkten zu wechseln. Dies gilt jedenfalls dann, wenn über FTTC bzw. den Einsatz der Vectoring-Technik Bandbreiten realisiert werden können, die den derzeitigen Bedarf an Funktionalität und Geschwindigkeit im Wesentlichen abdecken können.<sup>112</sup> Zwischen den auf absehbare Zeit verfügbar bleibenden kupferbasierten Übertragungstechnologien und den zunehmend verfügbar werdenden glasfaserbasierten Internetzugängen wird im Prognosezeitraum nach Einschätzung der Beschlussabteilung ein erheblicher Wettbewerbsdruck bestehen bleiben.<sup>113</sup>

---

<sup>110</sup> Für einen Vergleich von VDSL- und kabelbasierten Breitbandanschlüssen siehe bspw. BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 95 [91].

<sup>111</sup> Vgl. BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 76 [72], 78 [74].

<sup>112</sup> Zur Relevanz der Kundengruppe mit spezifischem Bedarf nach sehr hohen Bandbreiten siehe Rn. (118).

<sup>113</sup> Auch die Beteiligten gehen davon aus, dass sie mit ihren kupferbasierten Internetzugängen noch über einen langen Zeitraum von bis zu [5-20] Jahren wettbewerbsfähig bleiben werden, siehe Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 78, 79, 131 und 133.

- (136) Ein ähnliches Bild ergibt sich aus den Angaben der Vorleistungsnachfrager von TDG und EWE im Kooperationsgebiet. In einem Szenario, in dem im Kooperationsgebiet Haushalte durch FTTC- und FTTB/H-Infrastrukturen erschlossen wurden, sollten die Vorleistungsnachfrager angeben, wie wichtig ein Bezug über beide Infrastrukturen a) derzeit und b) in 5 bis 10 Jahren ist. Tabelle 1 stellt die Ergebnisse dieser Frage aus der Vorleistungskunden-Befragung dar.<sup>114</sup> Aus den Antworten ergibt sich, dass aus Sicht der Mehrheit der Vorleistungsnachfrager sowohl derzeit als auch in 5 bis 10 Jahren ein enges Verhältnis zwischen beiden Infrastrukturen vorhanden ist und auch in absehbarer Zeit weiterhin bestehen bleibt.

*Tabelle 1: Bedeutung des parallelen Bezugs von Vorleistungsprodukten über FTTC- und FTTB/H-Infrastrukturen*

Derzeit	Anzahl Nennungen	In 5 bis 10 Jahren	Anzahl Nennungen
Hoch	4	Hoch	3
Mittel	0	Mittel	3
Niedrig	2	Niedrig	1

- (137) Trotz der beschränkten Leistungsfähigkeit von Internetzugängen auf Basis von ADSL-Breitbandanschlüssen mit (maximalen) Bandbreiten von 16 MBit/s und zum Teil deutlich darunter, sind auch diese Anschlüsse derzeit noch in den relevanten Massenmarkt einzubeziehen. Der Bedarf nach Internetzugängen hat sich in den letzten Jahren zunehmend hin zu leistungsfähigeren Anschlüssen wie VDSL und Kabel mit einer Bandbreite über 16 MBit/s entwickelt. Erst VDSL und Kabel ermöglichen bandbreitenintensivere Anwendungen wie Video-on-Demand und IP-TV gegebenenfalls auch in paralleler Nutzung. ADSL ist daher für einen wachsenden Teil der Endkunden für ihre Bedarfsdeckung nur noch eingeschränkt geeignet. Dieser Entwicklung entspricht, dass die Zahl der ADSL-basierten Internetzugänge stark rückläufig ist, während insbesondere die Zahl der VDSL-basierten Internetzugänge stark wächst. Allerdings verfügt gegenwärtig noch ein erheblicher Teil der Bestandskunden über ADSL-basierte Internetzugänge und es kann aktuell noch kein klarer Bruch in der Substitutionskette zwischen den verschiedenen Technologien festgestellt werden.

---

<sup>114</sup> Vgl. Antworten auf Frage F7 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019.

**(b) Keine Unterscheidung nach Datenübertragungsraten**

- (138) Innerhalb des relevanten Massenmarktes für den festnetzbasieren Internetzugang ist schließlich auch nicht weiter nach Übertragungsraten zu unterscheiden. Insbesondere ist den Beteiligten<sup>115</sup> nicht darin zu folgen, einen separaten Markt für festnetzbasierende Internetzugänge mit Bandbreiten von über 100 MBit/s (und perspektivisch über 250 MBit/s) anzunehmen.<sup>116</sup>
- (139) Für die Annahme eines einheitlichen Marktes sprechen die vielfältigen Substitutionsbeziehungen zwischen den Tarifen mit unterschiedlichen Bandbreiten. Internetzugänge mit niedrigeren Bandbreiten sind aus Sicht der Nachfrager funktionell mit Internetzugängen mit höheren Bandbreiten austauschbar und umgekehrt. Funktionelle Einschränkungen des Internetzugangs ergeben sich in erster Linie am unteren Ende des Leistungsspektrums bei sehr niedrigen Datenübertragungsraten von 16 MBit/s und darunter (also insbesondere bei ADSL-basierten Internetzugängen). Bestimmte Internetdienste wie Streaming oder Funktionserweiterungen wie IPTV gegebenenfalls bei paralleler Nutzung setzen eine bestimmte Mindestbandbreite voraus. Ist die Funktionalität des Internetzugangs und der damit gegebenenfalls verbundenen Zusatzdienste gewährleistet, besteht demgegenüber aus Sicht der Nachfrager nur noch eine eingeschränkte Zahlungsbereitschaft für zusätzliche Bandbreite.<sup>117</sup>
- (140) Soweit die Beteiligten vorbringen, es gebe eine separate Nachfragergruppe mit einem sehr spezifischen Bedarf an hochbitratigen Breitbandanschlüssen auf Basis von Kabel- oder Glasfasernetzen, rechtfertigt dies nicht die Annahmen zweier getrennter Märkte. Die Beteiligten räumen selbst ein, dass es nur vergleichsweise wenige dieser Nachfrager geben soll.<sup>118</sup> Abweichende Präferenzen von Nachfragergruppen, denen gemessen am gesamten

---

<sup>115</sup> Siehe Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 137 ff.

<sup>116</sup> So wie hier, BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 92 [88] ff.; Europäische Kommission, Entscheidung vom 18.07.2019, M.8864 – *Vodafone / Certain Liberty Global Assets*, Rn. 54; Entscheidung vom 03.08.2016, M.7978 – *Vodafone/Liberty Global/Dutch JV*, Rn. 38.

<sup>117</sup> Vgl. im Einzelnen BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 92 [88] ff.

<sup>118</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 139; siehe insoweit auch BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 98 [94] ff.

Marktvolumen eine untergeordnete Bedeutung zukommt, sind jedoch für die Annahme eines einheitlichen Marktes unschädlich.<sup>119</sup> Dies schließt nicht aus, dass Kunden, die bereits Leistungen über einen FTTB/H-Anschluss beziehen, möglicherweise wenig Bereitschaft zeigen werden, wieder zu einem FTTC-Anschluss zurück zu wechseln, sofern ihr Bedarf nach sehr hohen Bandbreiten nicht über einen FTTC-Anschluss abgedeckt werden kann.<sup>120</sup> Darüber hinaus stehen die verfügbaren Breitbandanschlüsse mit unterschiedlichen Geschwindigkeiten wie oben dargestellt durch Substitutionsketten bedingt generell in einem unmittelbaren Wettbewerbsverhältnis zueinander. Da einzelnen Kunden im Endkunden-Massenmarkt aktuell keine individualisierten Preise gesetzt werden, profitieren von diesem Wettbewerbsverhältnis zwischen den Technologien und Bandbreiten auch Kunden mit abweichenden Präferenzen. Sie bilden somit keinen eigenen Markt.

- (141) Soweit die Beteiligten auf die in der Zukunft zu erwartende Verfügbarkeit neuer Nutzungsmöglichkeiten und das wachsende Bedürfnis nach auch in Peak-Zeiten „verfügbaren“ hohen Bandbreiten verweisen, rechtfertigt dies innerhalb des Prognosezeitraums ebenfalls nicht die Annahme zweier getrennter Märkte. Die Beteiligten nehmen insoweit auf die allgemeine Marktentwicklung und den im Zuge dessen allgemein wachsenden Bedarf an höheren Bandbreiten Bezug, von dem auch die Beschlussabteilung ausgeht.<sup>121</sup>
- (142) Es ist jedoch nicht zu erwarten, dass diese Entwicklung – so wie von den Beteiligten vertreten – genau an der Grenze von 100 MBit/s (bzw. perspektivisch 250 MBit/s) einen Bruch in der Substitutionskette zur Folge haben wird. Vielmehr dürfte sich die Nachfrage insgesamt in Richtung höherer Bandbreiten verschieben, ohne hier einen Bruch in der Substitutionskette zu bewirken.

---

<sup>119</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.12.2018, VI-Kart 3/18 (V) – *Ticketvertrieb I*, Rn. 35 m.w.N. (juris); Bechtold/Bosch, *GWB*, 9. Aufl., § 18 *GWB*, Rn. 8.

<sup>120</sup> Hiervon gehen auch andere Marktteilnehmer aus, vgl. Antwort von 1&1 auf Frage 8 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019.

<sup>121</sup> Auch die Vorleistungsnachfrager erwarten, dass die kundenseitige Nachfrage nach breitbandigen Internetzugängen mittel- bis längerfristig auch die Bereitstellung von FTTB/H-Produkten erforderlich macht. Vodafone geht insoweit von einem längerfristigen Zeitraum von bis zu 10 Jahren aus, 1&1 von fünf bis zehn Jahren; Antworten auf Frage F.7 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019.



**(c) Keine Abgrenzung separater Märkte für Produktbündel**

- (143) Für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens braucht nicht abschließend entschieden zu werden, ob neben dem Massenmarkt für den festnetzbasieren Internetzugang separate Märkte für Produktbündel anzunehmen sind.<sup>122</sup>
- (144) Festnetzbasierter Internetzugänge werden in Deutschland häufig als Produktbündel zusammen mit weiteren festnetzbasieren Diensten wie insbesondere einem Sprachzugang zum öffentlichen Telefonnetz oder Fernsehen in Form von IP-TV oder Kabel-TV und gelegentlich auch als Produktbündel zusammen mit einem Mobilfunkvertrag angeboten.
- (145) Der Annahme eines separaten Marktes für Produktbündel dürfte aber entgegenstehen, dass die Nachfrager die einzelnen in diesen Produktbündeln enthaltenden Komponenten (den Internetzugang mit und ohne Sprachzugang, die Fernsehkomponente und Mobilfunkdienste) in alle Regel funktionell gleichwertig auch einzeln beziehen und das Produktbündel auf verschiedene Arten ersetzen können.
- (146) Auch wenn die Bedeutung von Produktbündeln in Zukunft steigen dürfte, zieht es ein Großteil der Nachfrager aktuell noch vor, insbesondere Mobilfunkverträge und festnetzbasierter Internetzugänge unabhängig voneinander zu beziehen. Der zunehmenden Bedeutung von Produktbündeln und die mittlerweile weit häufiger verbreitete Praxis der integrierten Anbieter, besondere Rabatte zu gewähren, wenn ihre Kunde zusätzlich zum Internetzugang insbesondere auch ein TV-Produkt oder Mobilfunk bei ihnen beziehen bzw. umgekehrt, ist – soweit erforderlich – im Rahmen der wettbewerblichen Würdigung Rechnung zu tragen. Die dafür erforderlichen Verhaltensspielräume steigen mit der Wertschöpfungstiefe und dem Grad der Integration. Sie stehen insbesondere Unternehmen wie der Telekom oder auch Vodafone zur Verfügung, welche die zu Grunde liegenden stationären und mobilen Netze ganz überwiegend selbst betreiben und – wenn überhaupt – nur in einem sehr kleinen Umfang auf Vorleistungen alternativer Netzbetreiber angewiesen sind.

---

<sup>122</sup> Wie hier Europäische Kommission, Entscheidung vom 18.07.2019, M.8864 – *Vodafone / Certain Liberty Global Assets*, Rn. 161; siehe auch BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 58 [54] f.

## **b) Räumliche Marktabgrenzung**

### **aa) Vorbringen der Beteiligten**

- (147) Die Beteiligten gehen in dem Segment mit Bandbreiten über 100 MBit/s (und perspektivisch über 250 MBit/s) von einem bundesweiten Markt aus und sehen dafür in dem Segment mit Bandbreiten bis zu 100 MBit/s (und perspektivisch bis zu 250 MBit/s) „erhebliche Indizien“ für eine geografische Differenzierung des Marktes.<sup>123</sup>

### **bb) Bisherige Entscheidungspraxis**

#### **(1) Bundeskartellamt**

- (148) Das Bundeskartellamt hat in seiner bisherigen Entscheidungspraxis keine abschließende räumliche Abgrenzung des Massenmarktes für den festnetzbasieren Internetzugang vorgenommen.

#### **(2) Europäische Kommission**

- (149) Die Europäische Kommission geht in ihrer bisherigen Entscheidungspraxis von einem bundesweiten Markt für den festnetzbasieren Internetzugang aus.<sup>124</sup> Obwohl einige Anbieter nur in einigen Regionen tätig seien, unterschieden sich die Wettbewerbsbedingungen beim festnetzbasieren Internetzugang innerhalb Deutschlands gegenwärtig nicht. Die bundesweiten Anbieter hätten angegeben, eine bundesweit einheitliche Preisstrategie zu verfolgen und keine regionalen Sonderangebote zu machen. Der unterschiedlichen regionalen Reichweite der verschiedenen Anbieter trägt die Europäische Kommission im Rahmen der wettbewerblichen Würdigung Rechnung.

---

<sup>123</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 140.

<sup>124</sup> Europäische Kommission, Entscheidung vom 18.07.2019, M.8864 – *Vodafone / Certain Liberty Global Assets*, Rn. 61; Entscheidung vom 03.08.2016, M.7978 – *Vodafone/Liberty Global/Dutch JV*, Rn. 108.

### (3) Bundesnetzagentur

- (150) In ihrer Marktdefinitions- und Marktanalyse gemäß der §§ 9 bis 11 TKG<sup>125</sup> hat die BNetzA den Endkundenmarkt nicht unmittelbar räumlich abgegrenzt, sondern die Marktverhältnisse dort lediglich mittelbar im Rahmen der räumlichen Abgrenzung des Vorleistungsmarktes für den an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang untersucht.<sup>126</sup> Gegenstand der Marktanalyse ist die Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit der dafür in Betracht kommenden Vorleistungsmärkte. In ihrer Methodik folgt die BNetzA dem so genannten modifizierten „Greenfield“-Ansatz („Grüne Wiese-Ansatz“).<sup>127</sup> Dabei betrachtet sie die Wettbewerbsverhältnisse hypothetisch so, wie sie sich ohne Regulierung ergeben würden. Dies bedeutet vor allem, dass für die Realisierung von Endkundenanschlüssen keine regulierten Vorleistungen genutzt werden könnten. Die aktuell über Vorleistungsprodukte (insbesondere über regulierte Vorleistungsprodukte der Telekom) realisierten Endkundenanschlüsse ordnet die BNetzA dabei nach verschiedenen Schlüsseln für jede Gemeinde jeweils anteilig den Anbietern zu, die in den betreffenden Gemeinden über relevante Infrastruktur verfügen.<sup>128</sup> Auf Grundlage der auf Gemeindebasis erhobenen Daten untersuchte die BNetzA schließlich verschiedene Cluster von Gemeindetypen.<sup>129</sup> Innerhalb der Cluster konnte sie jedoch keine hinreichend homogenen Wettbewerbsbedingungen feststellen, um auf dieser Grundlage subnational regionale Märkte abgrenzen zu können.<sup>130</sup> Für einen bundesweiten Endkundenmarkt spräche demgegenüber, dass die Mehrheit der Anbieter von Endkundenprodukten – hierunter insbesondere auch die Telekom – eine einheitliche und keine regionale Preispolitik verfolgten.<sup>131</sup> Gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 TKG hat die Beschlussabteilung mit Schreiben vom 21.08.2019 hierzu ihr Einvernehmen für die Zwecke der Marktdefinition und Marktanalyse gemäß §§ 10, 11 TKG erteilt.<sup>132</sup>

---

<sup>125</sup> Siehe Rn. (111).

<sup>126</sup> Siehe BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 187 [183] ff.

<sup>127</sup> Siehe hierzu BNetzA, aaO sowie Europäische Kommission, Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem EU-Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EU 2018, C 159/1, Rn. 17, 26 und Explanatory Note zu den Leitlinien, Dokument SWD(2018)124), S. 19.

<sup>128</sup> BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 194 [190] ff.

<sup>129</sup> BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 198 [194].

<sup>130</sup> BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 210 [206] f.

<sup>131</sup> BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 211 [207] ff.

<sup>132</sup> Vgl. BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 45 [45].

#### **(4) Beurteilung durch die Beschlussabteilung**

- (151) Der relevante Massenmarkt für festnetzbasierende Internetzugänge ist allerdings für die Zwecke der vorliegenden kartellrechtlichen Beurteilung des Vorhabens räumlich auf das Kooperationsgebiet zu beschränken.
- (152) Grundlage auch der räumlichen Marktabgrenzung ist das Bedarfsmarktkonzept, dessen Ausgangspunkt die Austauschbarkeit der Produkte aus Sicht der Marktgegenseite ist. Das Kriterium der Austauschbarkeit bedarf jedoch der Ergänzung durch weitere Gesichtspunkte, soweit seine alleinige Anwendung im Einzelfall nicht geeignet ist, die für die kartellrechtliche Beurteilung relevanten Wettbewerbskräfte sachgerecht zu erfassen.
- (153) Tatsächlich wären im vorliegenden Fall bei ausschließlicher Anwendung des Kriteriums der Austauschbarkeit aus Sicht der Marktgegenseite die wettbewerbliche Interaktion zwischen den Zusammenschlussbeteiligten und ihren Wettbewerbern kaum zu erfassen. Die einzelnen Endkunden sind beim festnetzbasierenden Internetzugang auf die bei ihnen vor Ort verfügbaren Breitbandanschlüsse angewiesen. Über diesen Zugang können sie zwar die Dienste verschiedener Anbieter beziehen. Sie können räumlich jedoch nicht auf das Angebot an einem anderen Ort ausweichen. Würde man für jeden Endkundenanschluss von einem eigenen Markt ausgehen, auf dem i.d.R. nur jeweils ein Anbieter einen Marktanteil von 100% innehaben könnte, würde dies zu einer im Rahmen der Fusionskontrollprüfung nicht handhabbaren Prüfung einer entsprechenden Vielzahl „atomisierter“ Märkte führen. Vor allem aber wäre die Erfassung und Ermittlung der tatsächlichen Marktposition und ggf. des Grades an Marktmacht der Anbieter und damit auch die Feststellung, ob ein bestimmter Anbieter oder Nachfrager ohne Wettbewerber oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern eine überragende Marktstellung hat, kaum möglich.
- (154) Eine sachgerechte Bewertung des Zusammenschlussvorhabens und der davon betroffenen Wettbewerbskräfte ermöglicht hingegen die Anwendung der in der BGH-Rechtsprechung im Fall „Kreiskrankenhaus Bad Neustadt“ benannten Grundsätze. Danach soll der räumlich relevante Markt den Nachfragerkreis erfassen, auf den sich das Vorhaben auswirkt. Dazu gehören alle Nachfrager, die nach den tatsächlichen Verhältnissen des konkreten Falles als Abnehmer für das Angebot der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen in Betracht kommen und deren wettbewerbliche Handlungsmöglichkeiten durch den

Zusammenschluss betroffen, insbesondere beschränkt werden können.<sup>133</sup> Das konkrete Vorhaben der Beteiligten wird sich maßgeblich innerhalb des Kooperationsgebietes auf die dort ansässigen Nachfrager auswirken.

- (155) Zu dem gleichen Ergebnis kommt die Anwendung der im Fusionskontrollrecht der Europäischen Gemeinschaften geltenden Grundsätze, die nach der BGH-Rechtsprechung ebenfalls zur Abgrenzung der räumlichen Märkte herangezogen werden.<sup>134</sup> Danach umfasst der räumlich relevante Markt das Gebiet, in dem die Beteiligten als Anbieter der relevanten Produkte auftreten.<sup>135</sup> Relevante Produkte sind hier festnetzbasierende Internetzugänge. Das diesbezügliche Tätigkeitsgebiet der Beteiligten überschneidet sich im Kooperationsgebiet (zu beidem unter (a)).
- (156) Weiterhin müssen nach dem im Fusionskontrollrecht der Europäischen Gemeinschaften geltenden Grundsätzen in dem fraglichen Gebiet die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sein, und das Gebiet muss sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheiden.<sup>136</sup> Auch diese Voraussetzungen sind vorliegend für das Kooperationsgebiet gegeben (hierzu unter (b)).

#### **(a) Maßgebliche Auswirkungen im gemeinsamen Tätigkeitsgebiet der Beteiligten**

- (157) Das Vorhaben, die Errichtung von FTTB/H-Netzen durch die Beteiligten, ist räumlich auf das Kooperationsgebiet beschränkt. Das Vorhaben der Beteiligten wirkt sich daher im Wesentlichen nur innerhalb des Kooperationsgebietes aus.
- (158) Für die kartellrechtliche Beurteilung des Vorhabens kommt es in der vorliegenden besonderen Konstellation maßgeblich auf die Wettbewerbsbedingungen im Kooperationsgebiet

---

<sup>133</sup> BGH, Beschluss vom 16.01.2008, KVR 27/07 – Kreiskrankenhaus Bad Neustadt, Rn. 69; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.07.2015, VI-Kart 8/11, Rn. 65 f. (juris).

<sup>134</sup> BGH, aaO; OLG Düsseldorf aaO.

<sup>135</sup> Vgl. Art. 9 Abs. 7 FKVO sowie Europäische Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABI. EG 1997 C 372, S. 6 Tz. 8.

<sup>136</sup> Vgl. Art. 9 Abs. 7 FKVO sowie Europäische Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABI. EG 1997 C 372, S. 6 Tz. 8.

beim weiteren Netzausbau (d.h. beim Überbau und/oder der Ertüchtigung der bereits bestehender Anschlussnetze) und somit bei der Verfügbarkeit und der Qualität des darauf aufbauenden Produktangebotes an.

- (159) Demgegenüber bilden die Wettbewerbskräfte, die das bundesweite (Preis-)Verhalten der Anbieter auf dem Massenmarkt für den festnetzbasieren Internetzugang beschränken, in der vorliegenden besonderen Fallkonstellation nicht den Schwerpunkt der kartellrechtlichen Beurteilung und der hierfür relevanten Fragestellungen. In dieser Hinsicht unterscheidet sich der vorliegende Fall auch von den Verfahren der Europäischen Kommission und der BNetzA, die unmittelbar die Wettbewerbskräfte zum Gegenstand haben, die insbesondere das Preisverhalten der dort relevanten Unternehmen beschränken.
- (160) Von dem klassischen Zusammenschluss zweier zuvor unabhängiger Unternehmen unterscheidet sich das Vorhaben bereits dadurch, dass Telekom und EWE grundsätzlich keine aktuell bestehenden Ressourcen und die damit verbundene Markstellung unter einer einheitlichen Leitung zusammenfassen, sondern über ein neu gegründetes Gemeinschaftsunternehmen lediglich den künftigen Ausbau und die Vermarktung glasfaserbasierter Anschlussnetze koordinieren wollen.<sup>137</sup> Dabei soll das Gemeinschaftsunternehmen selbst nicht als Anbieter auf dem Massenmarkt für Internetzugänge auftreten, sondern den beiden Müttern und Dritten glasfaserbasierte Vorleistungen in Form von Bitstromzugängen zur Verfügung stellen. Auf die Markstellung der Beteiligten auf dem Massenmarkt für den festnetz-basierten Internetzugang wird sich das Vorhaben daher erst mittelbar auswirken.
- (161) Hinzu kommt, dass die Ausbau- und Vermarktungskoooperation von Telekom und EWE räumlich auf den Nordwesten Deutschlands beschränkt ist. Das Kooperationsgebiet umfasst weniger als 10 % der bundesweiten Haushalte und Unternehmensstandorte. Unter der Prämisse, dass die Telekom und andere bundesweite Anbieter auch weiterhin eine bundesweit einheitliche Preispolitik verfolgen werden, dürfte sich das hier zu prüfende Vorhaben nur beschränkt auf ein bundesweit einheitliches Preisverhalten namentlich der TDG auf dem Massenmarkt für festnetz-basierte Internetzugänge auswirken. Insofern in begrenztem Maße solche indirekten und mittelbaren bundesweiten Effekte denkbar sind, sind diese im Rahmen der wettbewerblichen Würdigung zu berücksichtigen. Was sich demgegenüber unmittelbar durch das Vorhaben der Beteiligten ändert, sind die Bedingungen, zu denen

---

<sup>137</sup> Vgl. Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 21 sowie Ziff. 3.2 JVV (Bl. 2413 ff. d. A.).

TDG und EWE im Kooperationsgebiet beim weiteren Netzausbau (d.h. beim Überbau und/oder der Ertüchtigung der bereits bestehender Anschlussnetze) und somit bei der Verfügbarkeit und der Qualität des darauf aufbauenden Produktangebotes auf den relevanten Vorleistungs- und Endkundenmärkten miteinander und mit Dritten im Wettbewerb stehen.

- (162) Das schließt nicht aus, dass das Vorhaben nicht auch signifikante Auswirkungen auf das regionale Preisverhalten der Beteiligten im Kooperationsgebiet haben kann. So haben die Beteiligten eingeräumt, dass ein erheblicher Anreiz besteht, einem drohenden Überbau der eigenen Infrastruktur durch einen Wettbewerber mit gezielten Angeboten für Bestandskunden zu begegnen und so die Ausbaurisiken und -kosten des Wettbewerbers zu erhöhen und den Überbau der eigenen Infrastruktur zu verhindern oder zumindest zu verzögern.<sup>138</sup> Daraus resultierende wettbewerbliche Reaktionen, zu denen auch die einem Ausbau durch Dritte vorgreifende Ertüchtigung des eigenen kupferbasierten Netzes durch Vectoring und Supervectoring zählt, sind jedoch durch die regionalen oder lokalen Wettbewerbsbedingungen veranlasst und finden gerade nicht bundesweit einheitlich statt. Soweit sie dabei konkret durch die zwischen Telekom und EWE bestehende wettbewerbliche Dynamik beeinflusst sind, finden sie zudem nur im Kooperationsgebiet statt, also nur dort, wo EWE tatsächlich tätig ist. Dem entspricht, dass die zwischen Telekom und EWE bestehende wettbewerbliche Dynamik nur im Kooperationsgebiet gegeben ist und als Folge des Vorhabens der Beteiligten auch nur dort entfallen würde.

**(b) Homogenität der maßgeblichen Wettbewerbsbedingungen im Kooperationsgebiet und Unterschiede zu benachbarten Gebieten**

- (163) Die für die kartellrechtliche Beurteilung maßgeblichen Wettbewerbsbedingungen sind innerhalb des Kooperationsgebietes hinreichend homogen und unterscheiden sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen.
- (164) Die für die kartellrechtliche Beurteilung maßgeblichen Wettbewerbsbedingungen sind innerhalb des Kooperationsgebietes neben der Telekom maßgeblich durch die regional flächendeckende Präsenz von EWE als maßgeblicher Infrastrukturbetreiberin, Anbieterin und Nachfragerin von Vorleistungsprodukten sowie Anbieterin von Endkundenprodukten und

---

<sup>138</sup> Vgl. Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 75 und 77. Nach Einschätzung der Beschlussabteilung macht ein solches Verhalten für beide Beteiligten Sinn.

der davon ausgehenden wettbewerblichen Dynamik geprägt. Außerhalb des Kooperationsgebietes ist die kommunal verwurzelte EWE bislang nicht in relevanter Weise in Erscheinung getreten. Entsprechend unterscheidet sich das maßgeblich durch EWE geprägte Kooperationsgebiet von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen. Es ist auf absehbare Zeit auch nicht zu erwarten, dass EWE ihr Tätigkeitsfeld in relevanter Weise über das Kooperationsgebiet hinaus auf benachbarte Gebiete ausdehnt. Dementsprechend wirkt sich das Vorhaben der Beteiligten unmittelbar auch nur im Kooperationsgebiet aus.

- (165) EWE hat sich im Kooperationsgebiet als teils infrastrukturbasierter und teils vorleistungsbasierter Hauptwettbewerber der etablierten Telekom hervorgetan und verfügt über eine hervorragende Ausgangsposition für den weiteren Netzausbau. EWE hat im Kooperationsgebiet als einziger Wettbewerber neben der Telekom alle Hauptverteiler mit Glasfaser erschlossen (FTTN). EWE hat in unmittelbarem Wettbewerb zur Telekom auch begonnen, die Kabelverzweiger im Kooperationsgebiet mit Glasfaser zu erschließen (FTTC). Bei dem von der BNetzA gebilligten Windhundrennen zur Erschließung der Kabelverzweiger im Außenbereich mit Vectoring konnte EWE in unmittelbarem Wettbewerb zur Telekom für einen erheblichen Teil der Kabelverzweiger im Kooperationsgebiet für sich das ausschließliche Nutzungsrecht „gewinnen“. Bei der Erschließung der Kabelverzweiger im Nahbereich mit Vectoring hat EWE der BNetzA wiederum in unmittelbarem Wettbewerb zur Telekom ein alle Kabelverzweiger im Kooperationsgebiet umfassendes wettbewerbsfähiges Angebot gemacht und konnte im Rahmen der Vorgaben der BNetzA am Ende auch einen erheblichen Teil der Kabelverzweiger im Nahbereich für sich reklamieren. Mit dem Abschluss des Ausbauwettbewerbs um die Kabelverzweiger begann EWE im Kooperationsgebiet wiederum damit, in unmittelbarem Wettbewerb zur Telekom deren kupferbasierte Anschlussinfrastruktur mit glasfaserbasierten Anschlussnetzen zu überbauen.
- (166) Ausdruck der von EWE im Kooperationsgebiet ausgehenden wettbewerblichen Dynamik ist die bedeutende Marktstellung, die EWE mittlerweile im Kooperationsgebiet erlangt hat. EWE kann auf Basis der von der TDG angemieteten TAL über ihre FTTN-Anschlussinfrastruktur alle Haushalte im Kooperationsgebiet mit ADSL und auf Basis ihrer FTTC-Anschlussinfrastruktur [40-50]% der Haushalte mit mindestens VDSL versorgen.<sup>139</sup> Beim Aus-

---

<sup>139</sup> Zum Ausbaustand im Kooperationsgebiet vgl. Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 77.



bau glasfaserbasierter Anschlussnetze ist EWE im Kooperationsgebiet der führende Anbieter. Auf Endkundenebene verfügt EWE über einen in den letzten Jahren stetig gewachsenen Marktanteil von [20-30]%.<sup>140</sup>

- (167) Weitere maßgebliche infrastrukturbasierte Wettbewerber im Kooperationsgebiet sind die Kabelnetzbetreiber. Von den Kabelnetzbetreibern geht im Kooperationsgebiet zwar durchaus Wettbewerbsdruck aus, da sich die Kabelnetze mit vergleichbar günstigen Kosten auf bis zu 1 GB/s im Download ertüchtigen lassen. Dennoch ist das Kooperationsgebiet nicht weiter in Kabel- und Nicht-Kabelgebiete zu unterteilen. Soweit sich das Vorhaben in Kabelgebieten und Nicht-Kabelgebieten in unterschiedlicher Weise auswirkt, kann dem im Rahmen der wettbewerblichen Würdigung Rechnung getragen werden.
- (168) Nach der von der Europäischen Kommission freigegebenen Übernahme von Unitymedia<sup>141</sup> ist Vodafone im Kooperationsgebiet als der maßgebliche Kabelnetzbetreiber anzusehen. Daneben ist – allerdings nur punktuell und in geringfügigem Umfang – auch Tele Columbus im Kooperationsgebiet tätig. Die Kabelnetzbetreiber erreichen zusammen im Kooperationsgebiet gut die Hälfte aller Haushalte und Unternehmensstandorte. Allerdings sind diese Gebiete historisch bedingt häufig eher zerfasert und mit zahlreichen Lücken im Kabelnetz versehen. Sie sind deshalb schwer räumlich abgrenzbar. So kann es sein, dass innerhalb einer Straße nur eine Seite mit Kabelnetzen erschlossen ist oder einzelne Häuser entlang einer Straße über keinen Anschluss verfügen. Gleichsam sind in diesen Versorgungslücken zukünftig nachträgliche Erschließungen durch Kabelnetze in Rahmen von Netzverdichtungen mit vergleichsweise niedrigeren Kosten verbunden. Folglich würde eine entlang der Präsenz von Kabelnetzen verlaufende räumliche Marktabgrenzung sehr kleinteilig werden.

### **3. Vorleistungsmarkt für den lokal bereitgestellten Zugang**

- (169) Das Vorhaben der Beteiligten betrifft den Vorleistungsmarkt für den lokal bereitgestellten Zugang zu festnetzbasierter Breitbandanschlüssen.

---

<sup>140</sup> Absatz- und Umsatzbezogene Anteile. Berechnet aus Angaben der Beteiligten in Anlage 12 zur Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.) und Antworten der Wettbewerber auf Frage E.1 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019.

<sup>141</sup> Vgl. Europäische Kommission, Entscheidung vom 18.07.2019, M.8864 – *Vodafone / Certain Liberty Global Assets*.

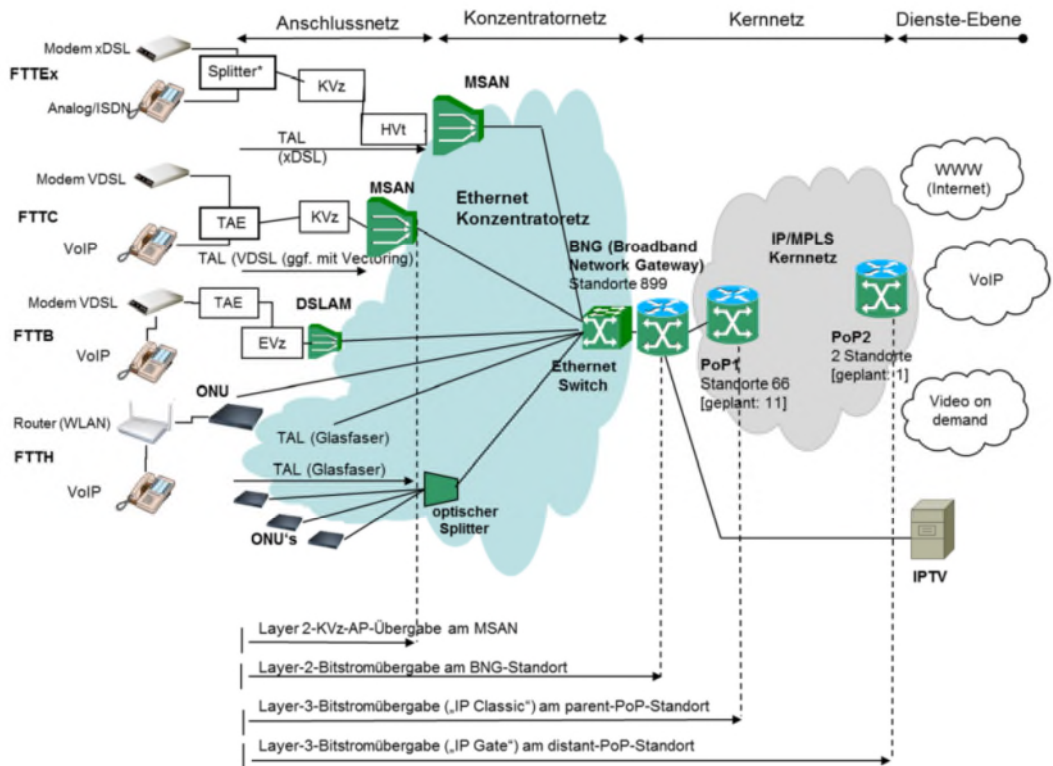
- (170) Die Beteiligten planen, im Gemeinschaftsunternehmen über lokale Zugangspunkte Layer 2-BSA-Produkte auf FTTB/H-Basis anzubieten. Der überwiegende Teil der Vorleistungsnachfrager nutzt diese, um darüber auf dem Massenmarkt festnetzbasierete Breitbandanschlüsse für Endverbraucher zu vertreiben. Einige Unternehmen veredeln diese Produkte lediglich zu Layer 3-BSA- bzw. Resale-Produkten und bieten diese wiederum TK-Unternehmen an, die an Endkunden Breitbandanschlüsse vertreiben.

**a) Sachliche Marktabgrenzung**

- (171) Anbieter von breitbandigen Internetzugängen an festen Standorten auf dem Endkundenmarkt verfügen entweder über ein eigenes Netz bis zum Endkunden, über das sie entsprechende Leistungen anbieten können (wie etwa die TDG, teilweise auch EWE und die Kabelnetzbetreiber) oder sie müssen (wie etwa 1&1, Telefónica oder Vodafone außerhalb ihres Kabelgebietes bzw. EWE außerhalb des eigenen Netzes) Vorleistungen von TK-Netzbetreibern mit entsprechender Infrastruktur beziehen.
- (172) Bei den gängigsten Vorleistungsprodukten für Breitbandanschlussprodukte handelt es sich um den lokalen (physischen) Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (am Hauptverteiler oder am Kabelverzweiger) und um den (virtuellen) Bitstromzugang, der an verschiedenen Übergabepunkten innerhalb der Netzhierarchie gewährt werden kann. Darüber hinaus gibt es reine Resale-Vorleistungsprodukte, die grundsätzlich keine oder jedenfalls nur in geringem Umfang eigene Netzinfrastruktur beim Nachfrager voraussetzen.
- (173) Beim Bitstromzugang handelt es sich um ein Vorleistungsprodukt für Telekommunikationsanbieter zur Realisierung eigener Dienste, die diese ihren Endkunden oder Wiederverkäufern anbieten. Der Anbieter von Bitstromzugang überlässt dem Nachfrager Breitbandanschlüsse und ermöglicht den Austausch von Datenverkehr von und zu diesen Anschlüssen über einen Übergabepunkt. Die Anzahl der Übergabepunkte und -stufen („Aggregationspunkte“) kann dabei je nach Netzbetreiber variieren. Bitstromzugang ist also eine zusammenhängende Leistung bestehend aus Anschluss, Daten-Transport und Verkehrsübergabe.

- (174) Aus nachfolgender schematischer Darstellung ist die Breitbandnetz-Infrastruktur mit Bitstromzugangs-Übergabepunkten ersichtlich, wie sie von der Telekom derzeit betrieben wird.<sup>142</sup>

Abbildung 2



- (175) Bei dem Bitstromzugang ist zwischen dem lokal übergebenen so genannten Layer 2-Bitstromzugang und dem an zentralen Standorten übergebenen Layer 3- Bitstromzugang zu unterscheiden.

- (176) Beim Layer 2-Bitstromzugang<sup>143</sup> betreibt der Vorleistungsanbieter von der Schnittstelle beim Endkunden (Teilnehmeranschlusseinheit) über das Anschluss- und Aggregationsnetz bis hin zu einer Übergabeschnittstelle die 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

<sup>142</sup> BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 144 [140], Abbildung 24 [24].

<sup>143</sup> Abzugrenzen vom so genannten KVz-Alternativprodukt.

den Datenverkehr des Endkunden. Die Verkehrsübergabe erfolgt über das Ethernet-Protokoll. Die lokalen Übergabepunkte befinden sich im Fall der Telekom an bundesweit knapp 900 so genannten Broadband Network Gateways (BNG). Nach Angaben der Beteiligten entspricht der von anderen Anbietern angebotene Layer 2-Bitstromzugang im Wesentlichen dem der Telekom.<sup>144</sup>

- (177) Anders als beim Layer 2-Bitstromzugang übergibt der Vorleistungsanbieter den Layer 3-Bitstrom nicht mehr auf Transportebene in der Nähe des Endkunden, sondern auf der Dienstebene an einem oder mehreren zentralen Übergabepunkten weiter weg vom Endkunden. Die Verkehrsübergabe erfolgt hier über das Internet Protocol und nicht mehr über Ethernet. Je nach konkreter Ausgestaltung könnte sich der Layer 3-Bitstromzugang stark einem Resale-Produkt annähern, bei dem den Vorleistungskunden weder bei der Produktgestaltung noch bei der Wertschöpfung ein nennenswerter kommerziell nutzbarer Spielraum verbleibt.
- (178) Bei Gewährung eines Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung am Hauptverteiler oder am Kabelverzweiger wird dem Vorleistungsbezieher die jeweilige Teilnehmeranschlussleitung physisch überlassen. Da die TDG ein flächendeckendes Netz besitzt, ist sie selbst so gut wie nicht auf einen Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung angewiesen, sondern tritt bislang nahezu ausschließlich lediglich als Anbieterin eines solchen auf dem Markt auf. Nachfrager sind Wettbewerber der Telekom, die ein eigenes Netz bis zum Hauptverteiler oder Kabelverzweiger ausgebaut haben und über die Miete der sog. „letzten Meile“ von der Telekom eigene Endkundenanschlüsse betreiben und an Endkunden sowie teilweise auch als Vorleistungen auf nachgelagerten Marktstufen (z.B. als Layer 3-Bitstrom) anbieten.
- (179) Im Hinblick auf die Nachfrage nach dem physischen Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung ist zu differenzieren: Mittlerweile wird an den Hauptverteilern oder Kabelverzweigern (bundesweit wie im Kooperationsgebiet) ganz überwiegend Vectoring eingesetzt und den Vorleistungsnachfragern darauf basierend ein Layer 2- oder Layer 3-Bitstromzugang angeboten. Dort ist sowohl technisch als auch bedingt durch regulatorische Vorgaben parallel dazu ein physischer Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung durch Vorleistungsnachfrager in dem für das Vectoring genutzten Frequenzspektrum ausgeschlossen. Trotz Vectoring

---

<sup>144</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 58.

besteht jedoch weiterhin die Möglichkeit, das darunter liegende (eingeschränkte) Frequenzspektrum zu nutzen. Über diese Zugangsart lassen sich jedoch nur die weniger leistungsfähigen ADSL-Breitbandanschlüsse realisieren. Der Einsatz von Vectoring steht dem nicht entgegen, da sich die hohen für Vectoring genutzten Frequenzbereiche und die niedrigen für ADSL genutzten Frequenzbereiche gegenseitig nicht stören.

- (180) Vor diesem Hintergrund geht es bei dem physischen Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung vor allem um folgende Fallkonstellationen: Entweder hat die Telekom den Hauptverteiler oder Kabelverzweiger mit Vectoring erschlossen. In diesem Fall können Wettbewerber der Telekom (neben dem leistungsfähigeren Layer 2-BSA-Zugang) einen Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung nur noch für das stark eingeschränkte Frequenzspektrum und dementsprechend nur für die Realisierung von ADSL-Anschlüssen nutzen.
- (181) Setzt hingegen statt der Telekom ein anderes Unternehmen am Kabelverzweiger Vectoring ein, muss es dort von der Telekom den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung beziehen, um eigene Vectoring-Anschlüsse mit 100 Mbit/s (oder Supervectoring mit bis zu 250Mbit/s) anzubieten. Parallel dazu kann die Telekom den Zugang zur kupferbasierten Teilnehmeranschlussleitung für ihre eigenen Endkunden und auch zur Zugangsgewährung für weitere Wettbewerber nutzen, allerdings wiederum nur mit einer Leistungsfähigkeit beschränkt auf ADSL.

#### **aa) Vorbringen der Beteiligten**

- (182) Die Beteiligten orientieren sich bei der Abgrenzung der relevanten Vorleistungsmärkte in der Anmeldung an den aus den Jahren 2014 und 2015 stammenden und aktuell (noch) gültigen Marktdefinition und -analysen der BNetzA des Marktes für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang<sup>145</sup> und des Marktes für den für Massenprodukte auf der Vorleistungsebene an festen Standorten zentral bereitgestellten Zugang zu Teilnehmeranschlüssen.<sup>146</sup>

---

<sup>145</sup> BNetzA, Festlegung Markt 3a, Stand 09.10.2014; beachte aber insoweit die neue Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), die als unselbständiger Teilakt aber erst zusammen mit einer entsprechenden Regulierungsverfügung rechtswirksam (werden) wird.

<sup>146</sup> BNetzA, Festlegung Markt 3b, Stand 09.07.2015; hierfür hat die BNetzA noch keine neuen Konsultationsentwurf veröffentlicht.

- (183) Danach umfasse der Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang (Markt 3a) über den klassisch erfassten Zugang zur rein passiven Infrastruktur der entbündelten Teilnehmeranschlussleitung hinaus alle physischen und virtuellen Zugangsformen auf lokaler Ebene.<sup>147</sup> In diesen Markt sind nach Ansicht der Beteiligten – zumindest als potentielle Anbieter – auch die Kabelnetzbetreiber einzubeziehen, weil sie lokale Zugangsprodukte technisch ohne weiteres anbieten könnten und dies nur aus taktischen Gründen nicht täten.<sup>148</sup>
- (184) Der Markt für den für Massenprodukte auf der Vorleistungsebene an festen Standorten zentral bereitgestellten Zugang zu Teilnehmeranschlüssen umfasse entsprechend der Analyse der BNetzA vom 09.07.2015 einen bundesweiten Markt für den Layer 2-Bitstromzugang insbesondere auf Basis des Ethernet-Protokolls mit rund 900 regionalen Übergabepunkten und einen subnationalen Markt für den Layer 3-Bitstromzugang auf Basis des IP-Protokolls mit einem oder mehreren zentralen Übergabepunkten.<sup>149</sup> Anders als die BNetzA müsse innerhalb des Marktes für den Layer 2-Bitstromzugang zwischen Breitbandanschlüssen mit einer Übertragungsrate bis zu 100 MBit/s (perspektivisch bis zu 250 MBit/s) und Breitbandanschlüssen mit einer Übertragungsrate über 100 MBit/s (perspektivisch über 250 MBit/s) unterschieden werden.<sup>150</sup> Auch in diesen Markt sind nach Ansicht der Beteiligten – zumindest als potentielle Anbieter – die Kabelnetzbetreiber einzubeziehen, weil sie solche Zugangsprodukte technisch ohne weiteres anbieten könnten und dies nur aus taktischen Gründen nicht täten.<sup>151</sup>
- (185) Kumulativ oder jedenfalls alternativ zu der Unterscheidung nach Übertragungsraten sei innerhalb des Marktes für den Layer 2-Bitstromzugang zu berücksichtigen, dass es erhebliche Unterschiede zwischen den verschiedenen Zugangstechnologien gebe. Zwar bestünde aus technischer Sicht kein Unterschied zwischen dem Layer 2-Bitstromzugang für die verschiedenen Anschlussinfrastrukturen ADSL, VDSL und FTTB/H.<sup>152</sup> Sie entsprächen sich im

---

<sup>147</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 110.

<sup>148</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), aaO.

<sup>149</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 110.

<sup>150</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 110.

<sup>151</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 110.

<sup>152</sup> Vgl. Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 62.

Wesentlichen sowohl hinsichtlich der Netzstruktur (Verkehrsübergabe am Broadband Network Gateway) als auch hinsichtlich der Leistungs- und Qualitätsparameter, da Layer 2-Bitstrom infrastrukturneutral angeboten würde. Allerdings bestünden die grundsätzlichen Unterschiede zwischen kupferbasierten und glasfaserbasierten Breitbandanschlüssen fort.<sup>153</sup> Ein rein glasfaserbasierter Breitbandanschluss sei dem herkömmlichen kupferbasierten Breitbandanschluss jedoch qualitativ und hinsichtlich seiner Zukunftsfähigkeit deutlich überlegen und böte darüber hinaus eine Reihe von Vorteilen in der Vermarktung und beim Betrieb. Glasfaserbasierte Breitbandanschlüsse seien höherwertiger und weniger störanfällig. Sie ermöglichten auch in der Fläche gleichartige und konstant bleibende Datenübertragungsraten. Das sehr große „Portfolio“ an Vorleistungsprodukten mit unterschiedlichen Bandbreiten ermögliche Vorleistungsnachfragern über die Zeit ein „Upselling“ von Bestandskunden von niedrigeren auf höhere Bandbreiten. Glasfaserbasierte Breitbandanschlüsse ermöglichten den Vorleistungskunden auch eine höhere Kundenbindung. Diese Unterschiede schränkten die Austauschbarkeit von glasfaserbasierten und kupferbasierten Breitbandanschlüssen aus Sicht der Nachfrager deutlich ein.<sup>154</sup>

#### **bb) Bisherige Entscheidungspraxis**

- (186) Soweit ersichtlich haben weder Bundeskartellamt noch die Europäische Kommission in ihrer bisherigen kartellbehördlichen Entscheidungspraxis eine abschließende Abgrenzung der relevanten Vorleistungsmärkte für den Zugang zu festnetzbasierter Breitbandanschlüssen vorgenommen.
- (187) In der Festlegung der BNetzA im Rahmen ihrer jüngst abgeschlossenen Marktdefinitions- und Marktanalyse gemäß der §§ 9 bis 11 TKG<sup>155</sup>, grenzt die BNetzA einen Vorleistungsmarkt für den an festen Standorten *lokal* bereitgestellten Zugang von dem Vorleistungsmarkt für den an festen Standorten *zentral* bereitgestellten Zugang ab.<sup>156</sup>

---

<sup>153</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 62 und 106 ff.

<sup>154</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 107 f.

<sup>155</sup> Siehe hierzu auch Rn. (111).

<sup>156</sup> BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 178 [174] ff.

- (188) Der Markt für den lokalen Zugang umfasst danach zum einen den *physischen* Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung sowohl in Form der herkömmlichen Kupferleitung (am Hauptverteiler oder an einem näher zur Teilnehmeranschlusseinheit gelegenen Punkt (i.d.R. der Kabelverzweiger) als prinzipiell auch in Form der Glasfaserleitung. Nachdem der von der Telekom angebotene Layer 2-Bitstromzugang im Nachgang zur letzten Marktdefinition und Marktanalyse mehrfach angepasst wurde, sieht die BNetzA diesen *virtuellen* Zugang zu Breitbandanschlüssen in seiner heutigen Form nunmehr als mit dem lokalen physischen Zugang funktional vergleich- und damit aus Nachfragersicht austauschbar an.<sup>157</sup>
- (189) Als vergleichbar mit dem lokalen physischen Zugang sieht die BNetzA den virtuellen Zugang, wenn (1) der Zugang nicht zentral, sondern lokal erfolgt, (2) der Zugang allgemeiner Art ist und die Vorleistungsnachfrager dienstunabhängig mit praktisch nicht überbuchter Übertragungskapazität versorgt und (3) der Zugangsnachfrager so viel Kontrolle über das Übertragungsnetz und die Produktgestaltung hat, dass er das virtuelle Zugangsprodukt als funktionellen Ersatz für den physischen Zugang zur betreffenden Teilnehmeranschlussleitung betrachten kann. Auf Grundlage dieser Kriterien bezieht die BNetzA den Layer 2-Bitstromzugang auf Basis von DSL am Broadband Network Gateway und – sobald am Markt verfügbar – auch den Layer 2-Bitstromzugang bei massenmarktfähigen FTTB/H-Infrastrukturen nunmehr in den *lokalen* Zugangsmarkt ein.<sup>158</sup>

### **cc) Beurteilung durch die Beschlussabteilung**

- (190) Ausgangspunkt der Marktabgrenzung ist nach ständiger Rechtsprechung das Bedarfsmarktkonzept. Danach sind dem relevanten Markt alle Produkte und Dienstleistungen zuzurechnen, die aus der Sicht der Nachfrager nach Eigenschaft, Verwendungszweck und Preislage zur Deckung eines bestimmten Bedarfs austauschbar sind.<sup>159</sup>

---

<sup>157</sup> Siehe BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 136 [132] ff. Die Bundesnetzagentur nennt diesen Layer 2-Bitstrom dort BNG-VULA, da er am BNG (Broadband Network Gateway) übergeben wird und als virtuell entbündelter lokaler Zugang (VULA = Virtual Unbundled Local Access) einzuordnen ist.

<sup>158</sup> Genannt wird dort auch das praktisch bedeutungslose, so genannte KVz-Alternativprodukt (die Bundesnetzagentur nennt es in ihrer Festlegung MSAN-VULA), BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 132 [128] ff.

<sup>159</sup> St. Rspr. BGH, Beschluss vom 06.12.2011, KVR 95/10 – *Total/OMV*, Rn. 26; Beschluss vom 11.11.2008, KVR 60/07 – *E.ON/Stadtwerke Eschwege*, Rn. 15 m.w.N.



- (191) Die Beschlussabteilung geht danach wie die BNetzA von einem Vorleistungsmarkt für den an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang zu festnetzbasieren Breitbandanschlüssen (lokaler Zugangsmarkt) aus, der von dem Markt für den an festen Standorten zentral bereitgestellten Zugang zu festnetzbasieren Breitbandanschlüssen (zentraler Zugangsmarkt) abzugrenzen ist.<sup>160</sup> Der lokale Zugangsmarkt umfasst in praktisch bedeutsamer Hinsicht den in jüngerer Zeit stark an Bedeutung gewinnenden (virtuellen) Layer 2-Bitstromzugang zu DSL und FTTB/H-Breitbandanschlüssen und, soweit sich darüber ADSL-Anschlüsse realisieren lassen, bis auf weiteres auch den (physischen) Zugang zur kupferbasierten Teilnehmeranschlussleitung.<sup>161</sup>

### **(1) Glasfaser- und kupferbasierter Layer 2-Bitstromzugang**

- (192) Entgegen dem Vorbringen der Beteiligten ist der Layer 2-Bitstromzugang zu rein glasfaserbasierten Breitbandanschlüssen dem gleichen Markt zuzuordnen wie der Layer 2-Bitstromzugang zu (teilweise) kupferbasierten Breitbandanschlüssen.
- (193) Bei dem Layer 2-Bitstromzugang betreibt der Vorleistungsanbieter von der Schnittstelle beim Endkunden (Teilnehmeranschlusseinheit) über das Anschluss- und Aggregationsnetz bis hin zu einer 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. Die Verkehrsübergabe erfolgt über das Ethernet-Protokoll. Die regionalen Übergabepunkte befinden sich im Fall der Telekom an bundesweit knapp 900 so genannten Broadband Network Gateways (BNG). Nach Angaben der Anmelder entspricht der von anderen Anbietern angebotene Layer 2-Bitstromzugang im Wesentlichen dem der Telekom.<sup>162</sup>
- (194) Die Layer 2-Bitstromzugänge zu glasfaserbasierten und zu kupferbasierten Breitbandanschlüssen sind aus Sicht der Vorleistungsnachfrager auf absehbare Zeit als funktionell mit-

---

<sup>160</sup> Zu dem zentralen Zugangsmarkt siehe im Einzelnen unten unter Rn. (224) ff.

<sup>161</sup> Weitere theoretisch denkbare, aber in praktischer Hinsicht zumindest gegenwärtig unbedeutende Zugangsprodukte wie der physische Zugang zur entbündelten Glasfaserleitung oder das virtuelle so genannte KVz-Alternativprodukt bleiben im Folgenden außer Acht.

<sup>162</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 58.

einander austauschbar anzusehen. Nach den Angaben der Beteiligten besteht aus technischer Sicht kein Unterschied zwischen dem Layer 2-Bitstromzugang für die verschiedenen Anschlussinfrastrukturen ADSL, VDSL und FTTB/H.<sup>163</sup> Sie entsprechen sich im Wesentlichen sowohl hinsichtlich der Netzstruktur (Verkehrsübergabe am Broadband Network Gateway) als auch hinsichtlich der Leistungs- und Qualitätsparameter.

- (195) Soweit die Beteiligten auf die unterschiedlichen Leistungs- und Qualitätsmerkmale der dem Layer 2-Bitstrom zu Grunde liegenden (teilweise) kupferbasierten und rein glasfaserbasierten Breitbandanschlüssen verweisen,<sup>164</sup> ist festzustellen, dass sich die Nachfrage nach Vorleistungsprodukten unmittelbar von der Nachfrage der Endkunden ableitet. Insoweit kommt es maßgeblich darauf an, dass kupferbasierte und glasfaserbasierte Breitbandanschlüsse aus Sicht der Endkunden bis auf weiteres als funktionell miteinander austauschbar angesehen werden. In absehbarer Zeit besteht weder ein spezifischer Bedarf nach einer bestimmten Übertragungstechnologie noch lässt sich ein für die Marktabgrenzung relevanter, spezifischer Bedarf für besonders hohe Bandbreiten feststellen, die sich ausschließlich über glasfaserbasierte (und künftig ggf. kabelbasierte) Breitbandanschlüsse realisieren lassen. Die Leistungs- und Qualitätsmerkmale der heute in der Fläche verfügbaren kupferbasierten und kabelbasierten Breitbandanschlüsse werden – mit Ausnahme vielleicht der weniger leistungsfähigen ADSL-Breitbandanschlüsse – auf absehbare Zeit den Bedarf an breitbandbasierten Massenmarktanwendungen weitestgehend abdecken, so dass die zusätzliche Zahlungsbereitschaft für noch höhere Bandbreiten, die ggf. nur durch glasfaserbasierte Anschlüsse realisiert werden könnte, auf absehbare Zeit gering ist. Insoweit kann auf die entsprechenden Ausführungen zum Endkundenmarkt verwiesen werden.<sup>165</sup>
- (196) Soweit zwischen den verschiedenen in einem Haushalt verfügbaren Übertragungstechnologien gewisse Wechselhürden (z.B. das Erfordernis eines neuen Routers oder der Verzicht auf besondere Qualitätsmerkmale einer bestimmten Übertragungstechnologie) bestehen, sind diese nach Einschätzung der Beschlussabteilung auf absehbare Zeit nicht so hoch zu bewerten, um deswegen bereits getrennte Märkte anzunehmen (siehe hierzu bereits die entsprechenden Ausführungen zum Endkundenmarkt oben unter Rn. (134)).

---

<sup>163</sup> Vgl. Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 62.

<sup>164</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 62 und 106 ff.

<sup>165</sup> Vgl. unten unter Rn. (138) ff.

- (197) Für einen Vorleistungsnachfrager setzt ein Wechsel zwischen einem glasfaserbasierten Layer 2-Vorleistungsprodukt und einem kupferbasierten Layer 2-Vorleistungsprodukt in aller Regel auch keine Form der Anpassungsleistung voraus, die gegen eine Einbeziehung in denselben Markt spricht. Aktuell ist die Telekom der maßgebliche Anbieter von Layer 2-Vorleistungsprodukten und stellt diese für die jeweils betreffende Region bundesweit über rund 900 sogenannten Broadband Network Gateways (BNG) bereit. Die maßgeblichen Nachfrager von Layer 2-Vorleistungsprodukten haben die für sie relevanten BNG bereits erschlossen oder werden dies in absehbarer Zeit tun. Es ist davon auszugehen, dass die Telekom glasfaserbasierte Layer 2-Vorleistungsprodukte an den gleichen Punkten übergeben wird. Aktuelle und künftige Infrastrukturwettbewerber der Telekom, die einen wettbewerbsfähigen Layer 2-Bitstromzugang anbieten möchten, werden die Übergabe zur Vermeidung von Zugangskosten für ihre Nachfrager aller Voraussicht nach zumindest in ähnlicher Weise ermöglichen und die räumliche Nähe der etablierten Zugangspunkte der Telekom suchen.

## **(2) Physischer Zugang zur kupferbasierten Teilnehmeranschlussleitung**

- (198) Bis auf weiteres ist auch der (physische) Zugang zur kupferbasierten Teilnehmeranschlussleitung in den gleichen lokalen Zugangsmarkt einzubeziehen.<sup>166</sup>
- (199) Sämtliche Vorleistungsprodukte sind in gewissem Ausmaß miteinander austauschbar. Sie bedienen die Nachfrage von Unternehmen, die TK-Dienstleistungen an dritte TK-Unternehmen weiterveräußern oder gegenüber Endkunden anbieten, insoweit diese Unternehmen keine Netzinfrastruktur bis zum Endkunden kontrollieren. Allerdings bestehen zwischen der TAL, Layer 2-BSA-, Layer 3-BSA- und Resale-Vorleistungsprodukten aus Nachfragersicht relevante Unterschiede, da sie einerseits unterschiedliche Ausgestaltungsmöglichkeiten des Endkundenprodukts ermöglichen und andererseits einen unterschiedlich weitgehenden Netzausbau des Nachfragers im Hinblick auf die Übergabepunkte voraussetzen.
- (200) Auch der physische Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung ermöglicht wie das Layer 2-BSA-Zugangsprodukt Nachfragern, Wiederverkäufern oder Endkunden auf dem Massenmarkt festnetzbasierte Internetzugänge anzubieten. Nach den Untersuchungen der BNetzA

---

<sup>166</sup> Weitere theoretisch denkbare, aber praktisch unbedeutende Zugangsprodukte wie der physische Zugang zur entbündelten Glasfaserleitung oder das virtuelle so genannte KVZ-Alternativprodukt bleiben im Folgenden außer Acht.

entspricht der virtuelle Layer 2-Bitstromzugang nach einigen Anpassungen aus Nachfragersicht mittlerweile funktionell weitgehend dem physischen Zugang zu dem betreffenden Breitbandanschluss. Das spricht für eine Einbeziehung von Layer 2- und TAL-Produkten in denselben sachlichen Markt.

- (201) Die BNetzA hat im Rahmen der Regulierung des kupferbasierten Layer 2-Bitstromzugangs der Telekom mehrfach auf eine Verbesserung seiner Funktionalitäten hingewirkt. Im Zuge dessen hat sich der kupferbasierte Layer 2-Bitstromzugang der Telekom mittlerweile weiter dem physischen Zugang zur kupferbasierten Teilnehmeranschlussleitung angenähert. Der Layer 2-Bitstromzugang bietet aktuell verschiedene Verkehrsklassen und ermöglicht den Vorleistungsnachfragern damit eine flexible Priorisierung des Verkehrs und die Möglichkeit, neben dem Internet- und Sprachzugang auch IP-TV und andere Mehrwertdienste anzubieten.
- (202) Bestätigt wird die Einschätzung der funktionellen Austauschbarkeit dadurch, dass derzeit ein immer größerer Anteil der Vorleistungsnachfrage von den TAL-Produkten zum Layer 2-Bitstromzugang wechselt. Insbesondere die Zahl der über die Teilnehmeranschlussleitung realisierten ADSL-Breitbandanschlüsse ist stark rückläufig, während die Zahl der bitstrombasierten VDSL-Breitbandanschlüsse stark wächst. Im zeitlichen Zusammenhang mit dem vorliegenden Vorhaben – nach Angaben der Beteiligten aber unabhängig davon – hat beispielsweise die EWE mit der Telekom vereinbart, ihre ADSL-Breitbandanschlüsse, die sie derzeit über den Zugang zur kupferbasierten Teilnehmeranschlussleitung am Hauptverteiler realisiert, auf eine andere, nicht mehr auf die Hauptverteiler angewiesene Vorleistungsart zu migrieren und ihre ADSL-Plattform mittelfristig aufzugeben.<sup>167</sup> Allerdings entfällt gegenwärtig noch ein erheblicher Teil der Nachfrage nach Vorleistungen auf den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung am Hauptverteiler, über den die betreffenden ADSL-basierten Internetzugänge realisiert werden.
- (203) Die nachfolgende Grafik<sup>168</sup> spiegelt diese Entwicklung:

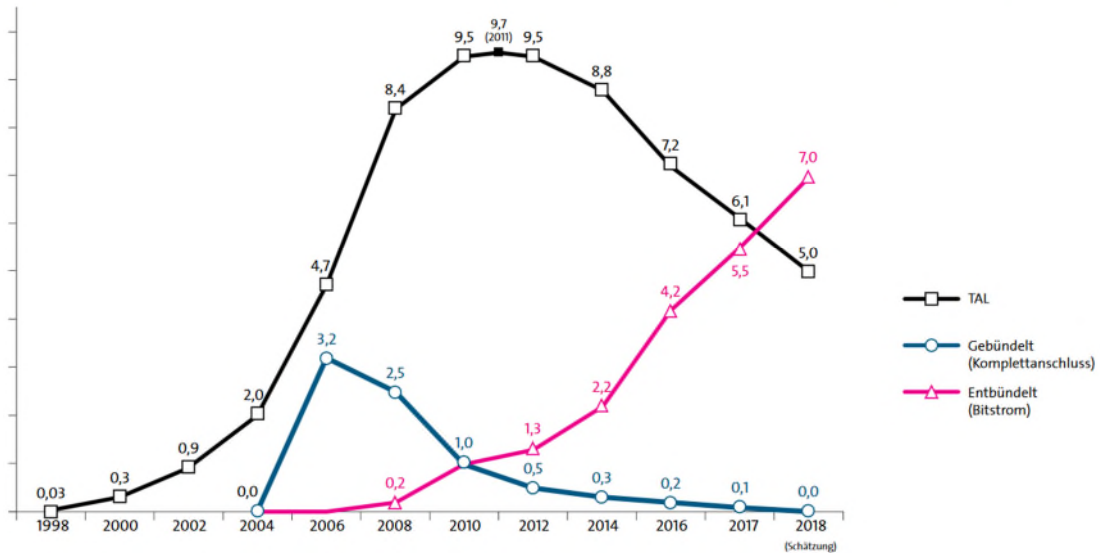
---

<sup>167</sup> Siehe Anlage 2.1.2 JVV (Bl. 2481 ff.); siehe auch inside handy, „Glasfaser als Ziel: Großer Internetanbieter kündigt Ende von ADSL an“, <https://www.inside-handly.de/news/glasfaser-als-ziel-grosser-internetanbieter-kuendigt-ende-von-adsl-an> (zuletzt abgerufen am 13.08.2019).

<sup>168</sup> Vgl. VATM, 20. TK-Marktanalyse Deutschland 2018, S. 16.

Abbildung 3

**Absatz Vorleistungen Telekom für Festnetzanschlüsse der Wettbewerber (in Mio.)**



- (204) Darüber hinaus werden sowohl TAL- als auch Layer 2- BSA-Produkte lokal übergeben. Um die gleiche Zahl an Endkunden über die TAL zu erreichen, sind von den Nachfragern zwar mehr Zugangspunkte anzuschließen als bei dem Bezug von Layer 2-BSA-Produkten. Trotz dieser zusätzlichen Anpassung seines Netzes, die ein bisheriger Nachfrager nach Layer 2-BSA-Produkten leisten müsste, sofern er zu einem TAL-Produkt wechseln wollte, geht die Beschlussabteilung wegen der Vergleichbarkeit beider Produkte und der immerhin in beiden Fällen erfolgenden lokalen Übergabe von einem einheitlichen lokalen Zugangsmarkt aus. Darüber hinaus ist ein Wechsel vom Layer 2-BSA- zum TAL-Produkt wie dargestellt in der Praxis ohnehin unwahrscheinlich. Vielmehr findet ein Wechsel aufgrund der steigenden Endkunden- und Vorleistungsnachfrage nach VDSL-Produkten eher umgekehrt vom TAL- zum Layer 2-BSA-Produkt statt, bei dem nur eine Reduktion der Zugangspunkte erforderlich ist.<sup>169</sup>

---

<sup>169</sup> Selbst wenn man den TAL-Zugang nicht in denselben Markt einbeziehen würde wie der Layer 2-Bitstromzugang, würde dies im Übrigen letztlich keine Auswirkungen auf die wettbewerbliche Beurteilung des vorliegenden Falles haben. Denn in jedem Fall besteht eine erhebliche Wettbewerbsbeziehung zwischen beiden Produkten und die TDG hat im Hinblick auf beide Vorleistungsprodukte überragende Marktanteile.

### **(3) Keine Einbeziehung der Kabelnetzbetreiber**

- (205) Vorleistungen für kabelbasierte Breitbandanschlüsse sind jedenfalls nicht in den lokalen Zugangsmarkt einzubeziehen. Aktuell bieten die Kabelnetzbetreiber auf dem lokalen Zugangsmarkt keine Vorleistungen an. Im Zusammenhang mit der Übernahme von Unitymedia durch Vodafone hat Vodafone allerdings zugesagt, einem alternativen Anbieter einen Layer 3-Bitstromzugang zu ihrem Kabelnetz zu gewähren. Mit einer lokalen Zugangsgewährung auch auf Layer 2-Ebene ist nach Einschätzung der Beschlussabteilung auf absehbare Zeit jedoch nicht zu rechnen. Diesbezüglich bestehen nämlich erhebliche technische Hürden.<sup>170</sup>
- (206) Entgegen dem Vorbringen der Beteiligten ist der indirekte Wettbewerbsdruck, der von den Kabelnetzbetreibern auf dem Endkundenmarkt ausgeht und über den Endkundenmarkt wiederum auf den Vorleistungsmarkt einwirkt, nicht schon bei der Marktabgrenzung, sondern nach allgemeinen kartellrechtlichen Grundsätzen erst im Rahmen der wettbewerblichen Würdigung zu berücksichtigen.<sup>171</sup>

#### **b) Räumliche Marktabgrenzung**

- (207) Der Markt für den lokal bereitgestellten Zugang ist räumlich auf das Kooperationsgebiet beschränkt.

##### **aa) Vorbringen der Beteiligten**

- (208) Die Beteiligten sehen beim Layer 2-Bitstromzugang eine regionale Differenzierung des Angebotes und der Wettbewerbsverhältnisse und gehen eher von regionalen Märkten oder

---

<sup>170</sup> BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 170 [166] f. und WIK-Consult, Potenziell anzunehmende Vorleistungsprodukte in Kabelnetzen auf der Basis von DOCSIS, 04.02.2019, S 53, zu den technischen Hürden siehe auch die Antwort von Vodafone auf Frage 6 des Auskunftsverlangens vom 06.07.2018.

<sup>171</sup> Im Ergebnis anders insoweit BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 172 [168] ff., die den lokalen Zugangsmarkt wegen des indirekten Wettbewerbsdrucks um die Kabelnetze erweitert.

von Märkten aus, die sich nach bestimmten Kriterien (wie etwa Großstädte, Ballungsräume/Besiedlungsdichte, Gebiete mit/ohne Kabelnetze, ländlicher Raum, etc.) unterscheiden.<sup>172</sup>

### **bb) Bisherige Entscheidungspraxis**

- (209) Das Bundeskartellamt hat in seiner bisherigen Entscheidungspraxis keine abschließende räumliche Abgrenzung der lokalen Zugangsmärkte vorgenommen.
- (210) In ihrer jüngsten Festlegung für den Markt 3a grenzt die BNetzA für die Zwecke der Marktdefinition und -analyse gemäß der §§ 9 bis 11 TKG<sup>173</sup> den von ihr angenommenen lokalen Zugangsmarkt weiterhin bundesweit ab.
- (211) Gegenstand der Festlegung ist die Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit der dafür in Betracht kommenden Vorleistungsmärkte. Entsprechend ihrem regulatorischen Ansatz prüft die BNetzA zunächst, ob auf Grundlage der unterschiedlichen Netzinfrastrukturen auf Endkundenebene regionale Unterschiede bestehen. In ihrer Methodik folgt sie dem so genannten modifizierten Greenfield-Ansatz („Grüne Wiese-Ansatz“).<sup>174</sup> Dabei betrachtet sie die Wettbewerbsverhältnisse hypothetisch so, wie sie sich ohne Regulierung ergeben würden. Sie unterstellt hypothetisch, dass für die Realisierung von Endkundenanschlüssen keine Vorleistungen, sondern ausschließlich die eigene Infrastruktur genutzt werden könnte. Die aktuell über Vorleistungsprodukte realisierten Endkundenanschlüsse ordnet die BNetzA dabei nach einem bestimmten Schlüssel für jede Gemeinde jeweils anteilig den Anbietern zu, die in den betreffenden Gemeinden über relevante Infrastruktur verfügen.<sup>175</sup> Auf Grundlage der auf Gemeindebasis erhobenen Daten untersuchte die BNetzA schließlich verschiedene Cluster an Gemeindetypen.<sup>176</sup>

---

<sup>172</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 109.

<sup>173</sup> Siehe Rn. (111).

<sup>174</sup> Siehe hierzu BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 187 ff. [183 ff.] sowie Europäische Kommission, Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem EU-Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EU 2018, C 159/1, Rn. 17, 26 sowie Explanatory Note zu den Leitlinien, Dokument SWD(2018)124, S. 19.

<sup>175</sup> BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 194 [190] ff.

<sup>176</sup> BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 202 [198] ff.

- (212) Innerhalb der Cluster konnte sie jedoch keine hinreichend homogenen Wettbewerbsbedingungen feststellen, um auf dieser Grundlage subnational regionale Märkte abgrenzen zu können.<sup>177</sup> Für das Vorliegen eines bundesweiten lokalen Zugangsmarktes spräche demgegenüber, dass die Telekom als einzige des gesamte Bundesgebiet abdeckende Anbieterin von lokalen Zugangsprodukten sowohl auf Endkunden- als auch Vorleistungsebene eine bundesweit einheitliche Preispolitik verfolge.<sup>178</sup> Aus Sicht der Vorleistungsnachfrager sei das bundesweite Vorleistungsangebot der Telekom wiederum nicht mit dem Angebot anderer Anbieter austauschbar, die nur in einem sehr begrenzten räumlichen Gebiet tätig seien oder so wie die Kabelnetzbetreiber erst gar keine lokalen Zugangsprodukte anbieten würden. Ein flächendeckendes Angebot sei nur der Telekom möglich. Ein Vorleistungsnachfrager könne auf dem Endkundenmarkt bundesweit nur auf Grundlage des Vorleistungsangebotes der Telekom tätig werden und bliebe in Gebieten, in denen nur die Telekom tätig sei, in jedem Fall auf die Vorleistung der Telekom angewiesen.<sup>179</sup>
- (213) Zu beachten ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass die BNetzA nach dem modifizierten Greenfield-Ansatz die Anbieter, deren Vorleistungsangebot wie im Fall von Layer 2-Bitstromzugang zu VDSL-Breitbandanschlüssen wiederum auf Vorleistungen der Telekom (namentlich der kupferbasierten Teilnehmeranschlussleitung) beruht, anteilig den infrastrukturbasierten Anbietern zuordnet und die vorleistungsbasierten Anbieter insoweit nicht als die eigenständigen Anbieter ansieht, die sie auf Grundlage der Regulierung tatsächlich sind. Das hat zur Folge, dass die BNetzA nach dem modifizierten Greenfield-Ansatz praktisch nur die alternativen Betreiber von Glasfasernetzen in ihre Betrachtung aufnimmt, da die Kabelnetzbetreiber keine lokalen Vorleistungen anbieten und daneben nur noch die alternativen Betreiber von Glasfasernetzen bei einem etwaigen Angebot lokaler Zugangsleistungen nicht auf Vorleistungen der Telekom angewiesen sind.

### **cc) Beurteilung durch die Beschlussabteilung**

- (214) Der relevante Vorleistungsmarkt für den lokalen Zugang ist für die Zwecke der vorliegenden kartellrechtlichen Beurteilung des Vorhabens räumlich auf das Kooperationsgebiet zu be-

---

<sup>177</sup> BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 210 [206] f.

<sup>178</sup> BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 211 [207] ff.

<sup>179</sup> BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 214 [210] f.



schränken. Die Erwägungen, die der räumlichen Marktabgrenzung der relevanten Vorleistungsmärkte zu Grunde liegen, entsprechen im Kern denen, die der räumlichen Marktabgrenzung des den Vorleistungsmärkten unmittelbar nachgelagerten Massenmarktes für den festnetzbasieren Internetzugang zu Grunde liegen.

- (215) Das Vorhaben wirkt sich maßgeblich im Kooperationsgebiet aus, in dem sich die Tätigkeit der Beteiligten überschneidet (unter (1)). Die für die kartellrechtliche Beurteilung maßgeblichen Wettbewerbsbedingungen sind innerhalb des Kooperationsgebietes hinreichend homogen und unterscheiden sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen (unter (2)).

**(1) Maßgebliche Auswirkungen im sich überschneidenden Tätigkeitsgebiet der Beteiligten**

- (216) Aufgrund der auf das Kooperationsgebiet begrenzten Überschneidung des Tätigkeitsgebiets der Beteiligten und der Beschränkung der geplanten Aktivität des Gemeinschaftsunternehmens auf dieses Gebiet wird das Vorhaben maßgeblich in diesem Auswirkungen auf die Nachfrager haben.
- (217) In der vorliegenden besonderen Fallkonstellation kommt es für die kartellrechtliche Beurteilung des Vorhabens vor allem auf die Wettbewerbsbedingungen an, zu denen Telekom und EWE im Kooperationsgebiet beim weiteren Netzausbau (d.h. beim Überbau und/oder der Ertüchtigung der bereits bestehender Anschlussnetze) und somit bei der Verfügbarkeit und der Qualität des darauf aufbauenden Produktangebotes auf den relevanten Vorleistungs- und Endkundenmärkten miteinander und mit Dritten im Wettbewerb stehen.
- (218) Demgegenüber bilden die Wettbewerbskräfte, die das bundesweite Preisverhalten der Anbieter auf dem Massenmarkt für den festnetzbasieren Internetzugang beschränken, in der vorliegenden besonderen Fallkonstellation nicht den Schwerpunkt der kartellrechtlichen Beurteilung. In dieser Hinsicht unterscheidet sich der vorliegende Fall auch von dem Verfahren der Europäischen Kommission in Sachen Vodafone/Liberty, in dem in erster Linie im Fokus steht, wie sich die vollständige Übernahme des Kabelnetzes von Unitymedia durch Vodafone auf das Preisverhalten der Zusammenschlussbeteiligten (auf dem Endkundenmarkt) auswirkt. Einen anderen Ansatz verfolgt auch die BNetzA, deren Verfahren in erster Linie die Wettbewerbskräfte zum Gegenstand haben, die das Preisverhalten der Telekom auf den relevanten Endkunden- und Vorleistungsmärkten beschränken würden, wenn die Telekom entsprechend dem modifizierten Greenfield-Ansatz nicht der Regulierung unterläge.

- (219) Das bedeutet nicht, dass sich das Vorhaben auf den relevanten Vorleistungsmärkten in der Folge nicht auch auf die Preise auswirken würde. Doch ist auch insoweit geboten, die Betrachtung auf das Kooperationsgebiet zu beschränken. Das Gemeinschaftsunternehmen würde glasfaserbasierte Vorleistungen künftig nur für das Kooperationsgebiet anbieten. Auch unilateral kann die EWE Vorleistungen notwendig nur für das Kooperationsgebiet anbieten, da die von ihr betriebene Anschlussinfrastruktur auf das Kooperationsgebiet beschränkt ist. Dies gilt namentlich auch für künftig von EWE angebotene glasfaserbasierte Vorleistungen, da nicht zu erwarten ist, dass EWE außerhalb des Kooperationsgebietes FTTB/H ausbauen würde. Auch die Wettbewerbsbedingungen, auf deren Grundlage EWE einen Anreiz hätte, glasfaserbasierte Vorleistungen zu attraktiven Bedingungen anzubieten,<sup>180</sup> ändern sich dementsprechend durch das Vorhaben nur für das Kooperationsgebiet.
- (220) Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass das Vorleistungsangebot der Telekom bundesweit einheitlich reguliert ist. Mangels einer hinreichenden Nachfrage gilt dies bis auf weiteres gerade nicht für den Zugang und die Entgelte für glasfaserbasierte Vorleistungen. Es ist gegenwärtig auch ungewiss, wie streng glasfaserbasierte Vorleistungen der Telekom und des hier zu prüfenden, mit Telekom verbundenen Gemeinschaftsunternehmens künftig reguliert sein werden. Nicht zuletzt kann die Beschlussabteilung nicht erkennen, dass sich trotz der bundesweit einheitlichen Entgelte für kupferbasierte Vorleistungen für glasfaserbasierte Vorleistungen ein bundesweit einheitliches Preisniveau herausgebildet hätte.

## **(2) Homogenität der maßgeblichen Wettbewerbsbedingungen im Kooperationsgebiet und Unterschiede zu benachbarten Gebieten**

- (221) Die für die kartellrechtliche Beurteilung maßgeblichen Wettbewerbsbedingungen sind auch auf den Vorleistungsmärkten innerhalb des Kooperationsgebietes hinreichend homogen und unterscheiden sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen.
- (222) Die für die kartellrechtliche Beurteilung maßgeblichen Wettbewerbsbedingungen sind innerhalb des Kooperationsgebietes neben der Telekom maßgeblich durch die regional flächendeckende Präsenz von EWE als maßgeblicher Infrastrukturbetreiberin, Anbieterin und Nachfragerin von Vorleistungsprodukten sowie Anbieterin von Endkundenprodukten und

---

<sup>180</sup> Hierzu unter Rn. (453).

der davon ausgehenden wettbewerblichen Dynamik geprägt. Außerhalb des Kooperationsgebietes ist die kommunal verwurzelte EWE bislang nicht in relevanter Weise in Erscheinung getreten. Entsprechend unterscheidet sich das maßgeblich durch EWE geprägte Kooperationsgebiet von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen. Es ist auf absehbare Zeit auch nicht zu erwarten, dass EWE ihr Tätigkeitsfeld in relevanter Weise über das Kooperationsgebiet hinaus auf benachbarte Gebiete ausdehnt. Dementsprechend wirkt sich das Vorhaben der Beteiligten zumindest unmittelbar auch nur im Kooperationsgebiet aus.<sup>181</sup>

- (223) Weitere maßgebliche infrastrukturbasierte Wettbewerber im Kooperationsgebiet sind die Kabelnetzbetreiber. Von den Kabelnetzbetreibern geht im Kooperationsgebiet – mittelbar über den Endkundenmarkt – zwar durchaus ein gewisser Wettbewerbsdruck aus, da sich die Kabelnetze mit vergleichbar günstigen Kosten auf bis zu 1 GBit/s im Download ertüchtigen lassen. Dennoch ist das Kooperationsgebiet nicht weiter in Kabel- und Nicht-Kabelgebiete zu unterteilen, weil eine Marktabgrenzung entlang der tendenziell zerfaserten und lückenhaften Präsenz von Kabelnetzen sehr kleinteilig wäre und zu keinen im Zeitverlauf stabilen Grenzen führen würde. Soweit sich das Vorhaben in Kabelgebieten und Nicht-Kabelgebieten in unterschiedlicher Weise auswirkt, kann dem im Rahmen der wettbewerblichen Würdigung Rechnung getragen werden.

#### **4. Vorleistungsmarkt für den zentral bereitgestellten Zugang**

- (224) 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 zu kabelbasierten Breitbandanschlüssen umfassen.
- (225) Zwar bestehen auch zwischen Layer 3- und Layer 2-Bitstromprodukten relevante wettbewerbliche Beziehungen, die im Rahmen der wettbewerblichen Analyse zu berücksichtigen sind. Denn beide Produkte bedienen die Nachfrage von Unternehmen, die TK-Dienstleistungen gegenüber Endkunden anbieten, insoweit diese keine Netzinfrastruktur bis zum Endkunden kontrollieren. Wegen der erheblichen Unterschiede im Hinblick auf die Möglichkeiten der Gestaltung des Endkundenproduktes ist der Layer 3-Bitstromzugang aus Sicht

---

<sup>181</sup> Vgl. hierzu bereits Rn. (163) ff.

der Vorleistungsnachfrager jedoch funktionell nicht mit dem Layer 2-Bitstromzugang austauschbar (und umgekehrt).

- (226) 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 Dienstebene an einem oder mehreren zentralen Übergabepunkten weiter weg vom Endkunden. Die Verkehrsübergabe erfolgt hier über das Internet Protocol und nicht mehr über Ethernet.
- (227) Abgesehen von den beim Bitstromzugang auf Layer 3 im Vergleich zu Layer 2 bestehenden Unterschieden bei der Produktgestaltung und Wertschöpfungstiefe setzt ein Layer 2-Bitstromzugang eine erhebliche Anpassungsleistung der Vorleistungsnachfrager in Form der zusätzlichen Erschließung der entsprechenden lokalen Übergabepunkte voraus. Vorleistungsnachfrager von Layer 3-Bitstromzugang müssen in dem betreffenden Gebiet über ein hinreichend großes Nachfragevolumen verfügen und auch technisch in der Lage sein, einen Layer 2-Bitstromzugang in Anspruch zu nehmen. Im Kooperationsgebiet sind dies neben EWE lediglich noch 1&1 und Vodafone.
- (228) In den Markt einzubeziehen sind alle zentral auf Layer 3 übergebenen Zugangsprodukte. Eine weitere Unterscheidung danach, ob es sich um Resale-Produkte handelt, bei denen eine weitere Produktdifferenzierung durch den Vorleistungsnachfrager nicht möglich ist, oder ob der Vorleistungsnachfrager über ein entsprechendes Differenzierungspotenzial verfügt, ist im vorliegenden Fall nicht geboten.
- (229) Diese insoweit von der BNetzA abweichende Marktabgrenzung<sup>182</sup> ist sachgerecht. Die Regulierung dient dem Ziel, im Interesse der Verbraucher einen nachhaltigen wirksamen Wettbewerb auf den Endkundenmärkten sicherzustellen. Bei der Festlegung der Vorleistungsmärkte bildet die Analyse der entsprechenden Endkundenmärkte den Ausgangspunkt. Von den Wettbewerbsverhältnissen auf den Endkundenmärkten wird auf die Regulierungsbedürftigkeit der Vorleistungsmärkte geschlossen. Im Rahmen der Fusionskontrolle sind hingegen die Märkte abzugrenzen, auf denen sich das konkrete Vorhaben auswirkt. Die Wettbewerbsverhältnisse auf nachgelagerten Märkten sind im Kartellrecht nicht unmittelbar für

---

<sup>182</sup> Vgl. BNetzA, Festlegung Markt 3b vom 09.07.2015 (öffentliche Fassung), S. 109.

die Marktabgrenzung bzw. die behördlichen Eingriffsbefugnisse relevant.<sup>183</sup> Die BNetzA hat dementsprechend Resale-Produkte nicht in den Markt für den an festen Standorten zentral bereitgestellten Zugang einbezogen, weil sie dem Vorleistungsnachfrager keine Produktdifferenzierung ermöglichen. Sie hat insofern berücksichtigt, dass der Möglichkeit der Produktdifferenzierung bei der Abgrenzung von Produktmärkten im Rahmen der Regulierung besondere Bedeutung zukommt. Im Interesse eines nachhaltigen infrastrukturasierten Wettbewerbs auf Telekommunikationsmärkten ist es erforderlich, nach Möglichkeit Zugang zu Vorleistungen mit Differenzierungspotenzial zu eröffnen.<sup>184</sup>

- (230) Für die Zwecke der Fusionskontrolle ist jedoch der Ausschluss reiner Resale-Produkte aus dem Markt für den zentral bereit gestellten Zugang nicht geboten und wird von den Beteiligten in ihrer Würdigung der Marktverhältnisse auch nicht angenommen.<sup>185</sup> Je nach konkreter Ausgestaltung könnte sich der Layer 3-Bitstromzugang einem Resale-Produkt annähern und die Übergänge zwischen am Markt als Layer 3-Bitstromprodukt und als Resale-Produkt angebotenen Vorleistungen im Hinblick auf ihre Eigenschaften fließend werden. In diesem Fall wäre auch zu erwarten, dass Anbieter ohne wesentliche Schwierigkeiten zwischen beiden Produktangeboten wechseln könnten. Nachfrager wählen bei Layer 3-Bitstromzugangprodukten entsprechend ihrem Bedarf zwischen verschiedenen Varianten, orientieren sich aber nicht zwingend daran, ob es sich um ein reines Resale-Produkt handelt oder nicht.<sup>186</sup>
- (231) Es ist zu erwarten, dass sich die Beteiligten bei der Ausgestaltung des vom Gemeinschaftsunternehmen bereitgestellten Layer 3-Produktes am Bedarf der wesentlichen Nachfrager

---

<sup>183</sup> Vgl. Erklärung des Einvernehmens mit der Festlegung des Marktes 3b durch das BKartA mit Schreiben vom 28.04.2015, dargestellt in BNetzA, Festlegung Markt 3b vom 09.07.2015 (öffentliche Fassung), S. 29 ff.

<sup>184</sup> Vgl. insoweit auch die die Marktabgrenzung der BNetzA bestätigende Entscheidung des BVerwG vom 28.01.2009, 6 C 39/07, Rn. 27 und zum Vorgehen allgemein Rn. 7 ff. der Empfehlung der Kommission vom 09.10.2014 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, ABl. (EU) vom 11.10.2014, Nr. L 295/79.

<sup>185</sup> Vgl. Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 134 ff.

<sup>186</sup> Vgl. zu den Produktvarianten: Vermerk über das Gespräch mit 1&1 am 12.10.2018, Bl. 1865 ff. d. A.

orientierten werden. Nach Einschätzung der Beschlussabteilung dürfte dies vor allem Telefónica sein, die derzeit hauptsächlich Layer 3-Produkte bezieht. Wegen der zu erwartenden ähnlichen Gestaltung des Layer 3-Produktes auf FTTB/H-Basis wirkt sich das Vorhaben daher auf einen umfassender abzugrenzenden Layer 3-Produktmarkt aus, in den insbesondere auch Resale-Produkte einzubeziehen sind.

- (232) Während die Kabelnetzbetreiber in der Vergangenheit schlechthin keinen Zugang zu ihren Kabelnetzen gewährten, hat Vodafone aktuell gegenüber der Europäischen Kommission zugesagt, nach der Übernahme des Kabelnetzes von Unitymedia einem alternativen Anbieter einen Layer 3-Bitstromzugang zu gewähren. Insoweit wäre künftig auch der Layer 3-Bitstromzugang zu kabelbasierten Breitbandanschlüssen in den Markt einzubeziehen und jedenfalls im Rahmen der wettbewerblichen Würdigung bereits jetzt als potentieller Wettbewerb zu berücksichtigen.
- (233) Wie schon bei dem lokalen Zugangsmarkt ist der indirekte Wettbewerbsdruck, der von den Kabelnetzbetreibern auf dem Endkundenmarkt ausgeht und über den Endkundenmarkt wiederum auf den zentralen Zugangsmarkt einwirkt, nicht schon bei der Marktabgrenzung, sondern erst im Rahmen der wettbewerblichen Würdigung zu berücksichtigen.
- (234) Der Markt für den zentral bereitgestellten Zugang ist ebenfalls auf das Kooperationsgebiet beschränkt. Auch auf diesem Markt wird sich das Vorhaben maßgeblich in diesem Gebiet auswirken. Weiterhin sind auch hier die Wettbewerbsbedingungen im Kooperationsgebiet hinreichend homogen. Soweit die BNetzA einen subnationalen Layer 3-Bitstromzugangsmarkt (Bundesgebiet ohne die HVt-Regionen 20 größerer, namentlich bezeichneter Städte) abgrenzt,<sup>187</sup> folgt sie ihrem regulierungsspezifischen Ansatz. Sie berücksichtigt für die Frage, ob und ggf. in welchen Gebieten eine Regulierung erforderlich ist, insofern insbesondere die Marktverhältnisse auf Endkundenebene. Für die Zwecke der Prüfung eines einheitlichen Kooperationsvorhabens im Rahmen der Fusionskontrolle war hingegen das Gebiet, in dem sich das Vorhaben auf der Vorleistungsebene auswirkt, zu betrachten. In der vorliegenden besonderen Fallkonstellation kommt es für die kartellrechtliche Beurteilung des Vorhabens dabei vor allem auf die Wettbewerbsbedingungen an, zu denen Telekom und EWE im Kooperationsgebiet beim weiteren Netzausbau (d.h. beim Überbau und/o-

---

<sup>187</sup> Vgl. BNetzA, Festlegung Markt 3b vom 09.07.2015 (öffentliche Fassung), S. 123 ff.

der der Ertüchtigung der bereits bestehender Anschlussnetze) und somit bei der Verfügbarkeit und der Qualität des darauf aufbauenden Produktangebotes auf den relevanten Vorleistungs- und Endkundenmärkten miteinander und mit Dritten im Wettbewerb stehen. Diesbezüglich unterscheiden sich die Wettbewerbsbedingungen im Kooperationsgebiet – auch in städtischen und im ländlicheren Raum – nicht stark genug, um eine weitere räumliche Aufteilung zu rechtfertigen (ausführlich hierzu unter Rn. (214) ff.). Soweit sich das Vorhaben insbesondere in Kabelgebieten und Nicht-Kabelgebieten in unterschiedlicher Weise auswirkt, kann dem im Rahmen der wettbewerblichen Würdigung Rechnung getragen werden.

## **5. Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau**

### **a) Allgemeine Marktbedingungen**

- (235) Für den Breitbandausbau stehen verschiedene Förderprogramme auf europäischer, deutscher und Landesebene zur Verfügung, die sich hinsichtlich ihrer Voraussetzungen und Rahmenbedingungen unterscheiden können. Ein Überblick über die für das Kooperationsgebiet relevanten Fördermöglichkeiten ist im Folgenden dargestellt:

Abbildung 4: Aktuelle Förderprogramme zum Breitbandausbau im Kooperationsgebiet<sup>188</sup>

EU Breitband Leitlinien (vom 26.01.2013) für Beihilfengewährung (nach Art. 107 AEUV)				
NGA-Rahmenregelung des Bundes (15. Juni 2015)				Art. 52 <b>AGVO</b>
<b>Richtlinie Breitbandförderung Bund (22.10.2015)</b> 1. Novelle Stand 03.07.2018	<b>Richtlinie Breitbandförderung DDII - Land NI MW (16.03.2016)</b>	<b>ELER (GAK) Breitbandförderung Land NI ML (15.12.2015)</b>	<b>EFRE Breitbandförderung Land NI MW (01.12.2015)</b>	<b>GAK (ELER) Breitbandförderung Land NI ML (16.12.2015) mit Scoring Modell</b>
Aufgreifschwelle <b>30 Mbit/s</b> (ohne Nahbereiche) Zielbandbreite: zuverlässig <b>ein Gigabit</b> im Projektgebiet, kann geschnitten werden, <b>Betreibermodell</b> , nur passive Netze <b>Wirtschaftlichkeitslückenmodell</b> , aktive und passive Netze Beratungsleistungen max. 50T € Förderperiode bis 31.12.2019 Förderquote 50, Einzelfall bis 70%, Rest Land u. Kommune/ LK (10%) Bagatellgrenze 100T€, max. 30Mio. € Bund, Rest Land u. Kommune Nur noch FTTH-Förderung Kumulation grundsätzlich möglich Sonderförderprogramme für Gewerbegebiete, Schulen und Krankenhäuser	Eingriffsschwelle 30 MB Geforderte BB nach NGA Rahmenregelung 50 MB sollte 75% im P.-gebiet 30 MB muss 95% im P.-gebiet Bandbreite mindestens verdoppelt ggf. ursprünglicher Situation <b>Nur Betreibermodell</b> Nur passive Netze, auch Finanzierungsanteil Beratungsleistungen max. 50T € Förderperiode bis 2019 Förderquote 25% Land, Rest Bund u. Kommune/ LK (10%) Je mind. 500T€, max. 5 Mio. € FTTH u. FTTC Kumulation mit anderen Beihilfen grundsätzlich möglich	Eingriffsschwelle 30 MB Geforderte BB nach NGA Rahmenregelung 50 MB sollte 75% im P.-gebiet 30 MB muss 95% im P.-gebiet Bandbreite mindestens verdoppelt ggf. ursprünglicher Situation <b>Nur WL-Modell</b> , min. 500T€ WL passive u. aktive Technik, Beratung Förderperiode bis 2019 Förderquote 53% Land bis 63%, Rest Bund u./o. Kommune/LK Je mind. 100T€, max. 2 Mio. € FTTH u. FTTC Jährlich 15. April u. 15. Oktober	Eingriffsschwelle 30 MB 50 MB symmetrisch, nur im Gewerbegebiet (ab 3 KMU) Nur passive Netze Gewerbe - u. Industrieflächen Förderquote 50% (max. 200 T€), Rest Kommune WL-Modell u. Betreibermodell Förderperiode bis 2020 Zuwendungsempfänger sind: Gebietskörperschaften, Weiterleitung Private <b>Nur FTTH/B</b> Kumulation möglich Keine Stichtage geplant	Eingriffsschwelle < 6 Mbit/s Mindestens 6 Mbit/s im Projektgebiet nach Ausbau Förderperiode bis 2020 <b>Nur WL-Modell</b> aktive, passive Technik u. Beratung F.-Quote 70 bis 90% (abhängig von Leistungsfähigkeit der Gemeinde); Projekte max. 500 T€ FTTH u. FTTC möglich Zuwendungsempfänger Gemeinde(verbände), Jährlich zum 15. Oktober Kumulation nicht möglich

(236) Im Rahmen des aktuellen Bundesförderprogramms ist der geförderte Breitbandausbau in Gemeindegebieten mit unzureichender Breitbandversorgung möglich. Im Vorfeld der Ausschreibung von Fördermitteln muss durch ein Markterkundungsverfahren festgestellt werden, dass in den kommenden Jahren kein eigenwirtschaftlicher Ausbau von leistungsfähigen Next-Generation-Access-Anschlüssen durch Telekommunikationsunternehmen in entsprechenden Gebieten zu erwarten ist. Eine unzureichende Breitbandversorgung wird im Rahmen der Bundesförderung bisher dann angenommen, wenn Gebiete mit einer Anschlussgeschwindigkeit von unter 30 Mbit/s im Download und unter 2 Mbit/s im Upload versorgt sind.<sup>189</sup> Diese Gebiete werden auch als „weiße Flecken“ bezeichnet. Die Bundesförderung gibt zudem seit 2018 Zielbandbreiten von 1 Gbit/s für den geförderten Netzausbau

<sup>188</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 158.

<sup>189</sup> Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (2015): „Mit 5 Schritten zum superschnellen Internet. Breitbandförderprogramm des Bundes für Kommunen.“ <https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Publikationen/DG/mit-5-schritten-zum-superschnellen-internet.html> (zuletzt abgerufen am 13.08.2019).



vor. Bei anderen Förderprogrammen wie der Landesförderung im Rahmen der Gemeinschaftsaufgabe Agrarstruktur und Küstenschutz („GAK“) liegt die Zielbandbreite zum Teil noch deutlich darunter.

- (237) Aktuell wird zudem auf Bundesebene ein neues Förderprogramm erarbeitet und mit der EU-Kommission abgestimmt, welches auch die Erschließung von grauen Flecken (Anschlüsse über 30 Mbit/s, aber nicht gigabitfähig) mit Gigabitgeschwindigkeiten mithilfe von Fördermitteln erlaubt.<sup>190</sup>
- (238) Die Antragstellung für eine Förderung erfolgt stets durch die Kommunen. Nach der Zusage einer geschätzten Förderhöhe durch die hierfür zuständige Bewilligungsbehörde führt die Kommune letztlich die Ausschreibung durch, auf die sich Telekommunikations-Unternehmen bewerben können. Der Zuschlag erfolgt ebenfalls durch die ausschreibende Kommune. Es stehen sich somit auf dem Ausschreibungsmarkt die Kommunen als Nachfrager und die Telekommunikations-Unternehmen als Anbieter der ausgeschriebenen Leistung (Bau und/oder Betrieb eines Breitbandnetzes) gegenüber.
- (239) Nach Erhalt der Vergabeunterlagen erteilt die Bewilligungsbehörde die Baufreigabe und hält in einem Bescheid die endgültige Förderhöhe entsprechend des im Ausschreibungsverfahren ermittelten Marktpreises fest.<sup>191</sup> Der Fördersatz divergiert zwischen den einzelnen Förderprogrammen. Bei der Bundesförderung beträgt er abhängig von der Wirtschaftskraft der Kommune in der Regel zwischen 50 und 70 Prozent, wobei eine Kombination mit Förderprogrammen der Länder oder der EU möglich ist. Der Eigenanteil der Kommune liegt stets bei mindestens zehn Prozent.
- (240) Die Kommune kann grundsätzlich wählen, ob sie für das Förderverfahren ein Wirtschaftlichkeitslückenmodell oder ein Betreibermodell wählt. Bei ersterem betreibt ein vertikal integriertes Unternehmen alle drei Stufen des Breitbandnetzes (die passive Infrastruktur, die aktive Infrastruktur und die angebotenen Dienstleistungen) und baut dieses selbst aus. Im

---

<sup>190</sup> Vgl. BMVI, Entwurf Rahmenregelung der Bundesrepublik Deutschland zur Unterstützung des flächendeckenden Aufbaus von Gigabitnetzen in „grauen Flecken“ vom 22.05.2019, [https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/DG/breitbandfoerderung-gigabit-rahmenregelung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/DG/breitbandfoerderung-gigabit-rahmenregelung.pdf?__blob=publicationFile) (zuletzt abgerufen am 13.08.2019).

<sup>191</sup> BMVI, Artikel: Relaunch des Breitbandförderprogramms, <https://www.bmvi.de/DE/Themen/Digitales/Breitbandausbau/Breitbandfoerderung/breitbandfoerderung.html> (zuletzt abgerufen am 13.08.2019).

Rahmen des Förderverfahrens werden Telekommunikationsanbieter aufgefordert, Angebote für die Breitbanderschließung des betreffenden Gebiets abzugeben, indem sie ihre Wirtschaftlichkeitslücke darstellen. Diese ergibt sich aus der Differenz zwischen den Kosten der Infrastrukturmaßnahme und den zu erwartenden Einnahmen des Unternehmens über die Nutzungsdauer der geplanten Infrastrukturinvestition. Das Telekommunikationsunternehmen wird Besitzer und Betreiber der Infrastruktur. Die Kommune kann entscheiden, ob sie die Wirtschaftlichkeitslücke des Anbieters als alleiniges Auswahlkriterium verwendet oder weitere im Vorfeld offenzulegende Kriterien in den Entscheidungsprozess einbezieht.<sup>192</sup> Ein Vorteil des Modells aus Sicht der Kommune ist der geringere langfristige Instandhaltungs- und Verwaltungsaufwand sowie das geringere wirtschaftliche Risiko, da beispielsweise das Auslastungsrisiko ausschließlich beim Telekommunikationsunternehmen liegt.

- (241) Beim Betreibermodell wird die Kommune selbst – in unterschiedlichen Rechtsformen – Eigentümer der passiven Infrastruktur. Neben der öffentlichen Ausschreibung der Baumaßnahmen für die Erstellung des Netzes wird auch die Suche eines Netzbetreibers ausgeschrieben, der das geplante Netz von der Gebietskörperschaft mietet, eigene aktive Infrastruktur installiert, den Netzbetrieb durchführt und klassischerweise auch den eigentlichen Vertrieb der Internetdienstleistung übernimmt. Im Gegensatz zum Wirtschaftlichkeitslückenmodell ist in diesem Fall die Gebietskörperschaft selbst verpflichtet, das Netz zu warten und zu reparieren. Als relevantes Auswahlkriterium des Netzbetreibers wird hier häufig die gebotene Höhe der Mietzahlungen pro geschaltetem Anschluss oder als Gesamtbetrag herangezogen.<sup>193</sup> Als ein Vorteil dieses Modells wird häufig die Möglichkeit genannt, das Netz passgenau nach den Vorstellungen der Kommune zu errichten.
- (242) Die Kommunen im Kooperationsgebiet haben sich ganz überwiegend für das Wirtschaftlichkeitslückenmodell entschieden.

---

<sup>192</sup> IW Consult GmbH (2015): Fördermodelle für den Breitbandausbau. Investitionskostenzuschnitt oder Betreibermodell? Ein Leitfaden für Kommunen, S. 7 f.

<sup>193</sup> IW Consult GmbH (2015): Fördermodelle für den Breitbandausbau. Investitionskostenzuschnitt oder Betreibermodell? Ein Leitfaden für Kommunen, S. 9.

## b) Sachliche Marktabgrenzung

- (243) Das Zusammenschlussvorhaben betrifft in sachlicher Hinsicht den Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau. Auf dem relevanten Markt bieten Telekommunikationsanbieter auf Ausschreibungen der Kommunen für den Betrieb und im Falle des Wirtschaftlichkeitslückenmodells zusätzlich den Ausbau von festnetzbasierten Breitbandanschlüssen.
- (244) Die Beteiligten selbst haben offen gelassen, ob ein eigener sachlich relevanter Markt für die Beteiligung an Fördervorhaben in Deutschland oder ggf. im Kooperationsgebiet abzugrenzen ist.<sup>194</sup>
- (245) Die Beschlussabteilung geht von einem einheitlichen sachlichen Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau aus.
- (246) Zweck der sachlichen Marktabgrenzung ist es, den sachlichen Bereich abzugrenzen, in denen Unternehmen miteinander im Wettbewerb stehen; d. h. es soll ermittelt werden, welche konkurrierenden Unternehmen tatsächlich in der Lage sind, dem Verhalten der an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen Schranken zu setzen und sie daran zu hindern, sich einem wirksamen Wettbewerbsdruck zu entziehen.<sup>195</sup>
- (247) Sachlich relevante Märkte sind auf der Grundlage des Bedarfsmarktkonzeptes voneinander abzugrenzen, dessen entscheidendes Kriterium die funktionale Austauschbarkeit der Produkte aus Sicht der Marktgegenseite ist. Zu einem sachlich relevanten Markt gehören demnach alle Waren und Dienstleistungen, die sich nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und der Preislage so nahe stehen, dass der verständige Verbraucher sie für die Deckung eines bestimmten Bedarfs geeignet in berechtigter Weise abwägend miteinander vergleicht und als gegeneinander austauschbar ansieht.<sup>196</sup>

---

<sup>194</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), s. 160.

<sup>195</sup> Europäische Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, Abl. Nr. C372 vom 09.12.1997, Rn. 2.

<sup>196</sup> Ständige Rechtsprechung, vgl. u. a. BGH WuW/E DE-R 1087, 1091 – Ausrüstungsgegenstände für Feuerlöschzüge; BGH WuW/E DE-R 1419, 1423 – Deutsche Post / trans-o-flex; BGH, Urteil vom 24.10.1995, "Backofenmarkt", WuW/E BGH 3026 (3028); Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Auflage, § 19 Rn. 24.

- (248) Bei enger Anwendung des Bedarfsmarktkonzepts wäre möglicherweise jede Ausschreibung als ein eigenständiger Markt anzusehen. Allerdings ist zu beobachten, dass sich an den von dem Vorhaben betroffenen Ausschreibungen mit gewissen regionalen Unterschieden im Wesentlichen die gleichen Bieter beteiligen.
- (249) Gleichzeitig ist künftig mit einer Vielzahl an Ausschreibungen für den geförderten Breitbandausbau zu rechnen. Die künftigen Förderverfahren für den Ausbau und Betrieb von Breitbandinfrastruktur werden mit hoher Wahrscheinlichkeit hinreichend gleichartig sein, um sie in sachlicher Hinsicht zu einem einheitlichen Markt zusammenfassen zu können. Die Beschlussabteilung geht davon aus, dass sich der Bedarf fortan überwiegend auf den Ausbau gigabitfähiger Netze richtet. Künftige Rahmenregelungen insbesondere des Bundes sorgen dabei für die Gleichartigkeit der Verfahren. Vor diesem Hintergrund ist es sachgerecht alle künftig zu erwartenden Ausschreibungen zu einem einheitlichen Markt zusammenzufassen, bei denen damit zu rechnen ist, dass sie hinreichend homogenen Wettbewerbsbedingungen unterliegen.
- (250) Danach sind unabhängig von der Art der künftigen Ausschreibungen zu Grunde liegenden Förderprogramme oder dem gewählten Fördermodell alle künftigen Ausschreibungen in einen einheitlichen Markt für den Breitbandausbau von Fördergebieten einzubeziehen. Auch eine Marktabgrenzung an Hand der ausgeschriebenen Zielbandbreiten bzw. der Anslussttechnologien ist wegen der technologieutralen Ausschreibung von Fördermitteln nicht sachgerecht, wobei zu erwarten ist, dass die künftigen Mindestanforderungen an die Vergabe von Fördermitteln nur noch mit FTTB/H-Netzen erfüllt werden können.

#### **aa) Keine Unterscheidung nach Art der Förderung**

- (251) Innerhalb des relevanten Ausschreibungsmarktes ist nicht weiter nach den Förderprogrammen zu unterscheiden, die den einzelnen Ausschreibungen zu Grunde liegen. Denn die Wettbewerbsbedingungen unterscheiden sich insoweit nicht wesentlich.
- (252) Zwar divergieren die einzelnen Förderprogramme hinsichtlich ihrer einzelnen Parameter, beispielsweise der maximalen Förderhöhe, der Eingriffsschwelle oder der geforderten Mindestbandbreite. Jedoch scheint eine enge Marktabgrenzung entlang einzelner Förderprogramme nicht geeignet, die für die Fusionskontrollprüfung relevanten Marktverhältnisse verallgemeinerungsfähig zu erfassen. Schließlich dient die Marktabgrenzung dem Zweck, diejenigen konkurrierenden Unternehmen zu ermitteln, welche in der Lage sind, dem Ver-

halten der Zusammenschlussbeteiligten Schranken zu setzen.<sup>197</sup> Da die Wettbewerbsbedingungen über die verschiedenen Förderprogramme hinweg relativ homogen sind und sich im Wesentlichen dieselben Unternehmen innerhalb des Fördergebietes an ihnen beteiligen, spricht vieles für eine alle Förderarten umfassende Marktabgrenzung.

- (253) Die verschiedenen Förderarten ähneln sich von ihrem verfahrensrechtlichen Hintergrund und den Vergabebedingungen, nicht zuletzt da sich alle Förderprogramme an den Europäischen Breitband-Leitlinien orientieren. Da Landesförderungen häufig in Kombination mit Bundesförderungen in Anspruch genommen werden, gibt zudem die NGA-Rahmenregelung des Bundes oft maßgeblich die Rahmenbedingungen vor.
- (254) Es kann zwar in Abhängigkeit des einer Ausschreibung zu Grunde liegenden Förderprogramms durchaus gewisse Unterschiede in der Anbieterstruktur geben. Beispielsweise scheinen kleinere Unternehmen sich mit höherer Wahrscheinlichkeit an Landesförderprogrammen zu beteiligen, da diese im Volumen begrenzt sind und somit die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit kleinerer Unternehmen nicht überlasten. Ebenso deutete sich im Rahmen der Ermittlungen der Beschlussabteilung an, dass beispielsweise die Telekom sich zuletzt vermehrt aus GAK-Verfahren zurückgezogen hat, was allerdings weniger der Art der Ausschreibung als vielmehr dem begrenzten Fördervolumen und der bei diesen Ausschreibungen überproportional hohen Auslastung von Baukapazitäten geschuldet zu sein scheint.<sup>198</sup> Im Großen und Ganzen lässt sich allerdings – auch gestützt durch die Datenanalyse – feststellen, dass sich die wesentlichen Wettbewerber und auch die Angebotszahl programmübergreifend ähneln, so dass eine engere Marktabgrenzung nicht angezeigt scheint.

---

<sup>197</sup> Europäische Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, Abl. Nr. C372 vom 09.12.1997, Rn. 2.

<sup>198</sup> Siehe Telefonvermerk zu Gespräch mit Landkreis Cuxhaven vom 02.05.2019 sowie E-Mail des Landkreis Cuxhaven vom 03.05.2019.

### **bb) Keine Unterscheidung nach Fördermodell**

- (255) Bei der Einbeziehung der unterschiedlichen Ausschreibungen in den relevanten Markt ist schließlich auch nicht danach zu unterscheiden, ob ein Wirtschaftlichkeitslückenmodell oder ein Betreibermodell ausgeschrieben wird. Die relevanten Bieter können in aller Regel sowohl ein Betreibermodell als auch ein Wirtschaftlichkeitslückenmodell umsetzen.
- (256) Beim Wirtschaftlichkeitslückenmodell lassen sich keine grundlegend anderen Anbieterstrukturen beobachten als beim Betreibermodell. In den der Beschlussabteilung vorliegenden Förderverfahren wurde das Betreibermodell allerdings nur selten, d.h. lediglich in sechs Fällen gewählt. Die relevanten Bieter haben sich – mit Ausnahme eines Kabelnetzbetreibers, der nur auf Betreibermodelle geboten hat – dabei in aller Regel an beiden Arten an Förderverfahren beteiligt.

### **c) Räumliche Marktabgrenzung**

- (257) Der relevante Ausschreibungsmarkt für den Breitbandausbau in Fördergebieten ist für die Zwecke der vorliegenden kartellrechtlichen Beurteilung des Vorhabens räumlich auf das Kooperationsgebiet zu beschränken.
- (258) Die Bestimmung des räumlich relevanten Marktes folgt grundsätzlich denselben Kriterien wie die des sachlich relevanten Marktes und orientiert sich entsprechend an der funktionalen Austauschbarkeit aus der Sicht der Nachfrager.<sup>199</sup> Für die Zusammenschlusskontrolle ist danach derjenige Angebotsmarkt räumlich relevant, auf den sich das Zusammenschlussvorhaben auswirkt und in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind, so dass es sich insoweit vom benachbarten Gebiet deutlich unterscheidet.<sup>200</sup> Er umfasst alle Nachfrager, die als konkrete Abnehmer für das Angebot der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen in Betracht kommen und deren wettbewerbliche Handlungsmöglichkeiten durch den Zusammenschluss betroffen, insbesondere beschränkt werden kön-

---

<sup>199</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 19.12.1995, KVR 6/95, WuW/E BGH 2037 – Raiffeisen.

<sup>200</sup> Vgl. auch Art. 9 Abs. 7 FKVO und Europäische Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABI EG 1997 C 372, S.6, Rn. 8.

nen. Maßgeblich sind die tatsächlichen räumlichen Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite.<sup>201</sup> An sich bestehende überregionale Bezugsalternativen sind bei der räumlichen Marktabgrenzung nicht zu berücksichtigen, wenn sie von den Nachfragern nicht oder kaum wahrgenommen werden.<sup>202</sup>

- (259) Wie bereits erwähnt, wäre bei strenger Anwendung des Bedarfsmarktkonzepts möglicherweise jede Ausschreibung als ein eigenständiger Markt anzusehen. Bei konsequenter Anwendung auf den vorliegenden Fall müsste man entsprechend des Bedarfsmarktkonzeptes Märkte entlang der einzelnen Gebiete abgrenzen, für die jeweils ein Förderverfahren ausgeschrieben wird. Ein geförderter Ausbau in einem festgelegten Gebiet ist aus Sicht der Kommune nicht austauschbar mit einem geförderten Ausbau in einem anderen Gebiet.
- (260) Die sehr fraktionalisierte und „atomisierte“ Marktabgrenzung entlang einzelner Förderverfahren erscheint allerdings nicht sachgerecht, um zu einer Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens hinsichtlich seiner wettbewerblichen Auswirkungen im Kooperationsgebiet zu gelangen. Auch im Hinblick darauf, dass eine solche Abgrenzung nicht diejenigen Gebiete erfassen würden, die im Fokus zukünftiger Ausschreibungsverfahren stehen, an denen auch die Beteiligten potentiell teilnehmen würden, wäre eine sehr enge Marktabgrenzung zu kurz gegriffen.
- (261) Vielmehr erscheint es sinnvoll, von einer Betrachtung des Gebiets auszugehen, in dem die Beteiligten sich sowohl in der Vergangenheit als auch in Zukunft bei Ausschreibungen zum geförderten Breitbandausbau begegnet sind oder potentiell begegnen werden und welches sich hinsichtlich seiner maßgeblichen Wettbewerbsbedingungen von benachbarten Gebieten abhebt.
- (262) Diese Voraussetzungen sind vorliegend für das Kooperationsgebiet gegeben. Die für die kartellrechtliche Beurteilung des Vorhabens maßgeblichen Wettbewerbsbedingungen sind

---

<sup>201</sup> BGH WuW/E DE-R 1206 – Strom und Telefon I; BGH, Beschluss vom 13.07.2004, KVR 2/03, WuW/E DE-R 1301, 1302 – Sanacorp/Anzag, Rz. 11, 17; zuletzt OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.11.2008, VI-Kart 8/07 – Phonak/ReSound, Rz. 61 und BGH, Beschluss vom 16.01.2008, KVR 26/07, WuW/E DE-R 2327 ff. – Kreiskrankenhaus Bad Neustadt, Rz. 69.

<sup>202</sup> BGH, Beschluss vom 16.01.2008, KVR 26/07, WuW/E DE-R 2327ff. – Kreiskrankenhaus Bad Neustadt, Rz. 65f. m.w.N.; BKartA, Beschluss vom 18.06.2009, B3–215/08 – Gesundheit Nordhessen/Gesundheitsholding Werra-Meißner.

innerhalb des Kooperationsgebietes hinreichend homogen. Da EWE und auch das geplante Gemeinschaftsunternehmen sich außerhalb des Kooperationsgebietes nicht an Ausschreibungen beteiligen, grenzt sich dieses hinsichtlich der Wettbewerbsbedingungen auch maßgeblich von benachbarten Gebieten ab. Das Vorhaben der Beteiligten dürfte sich entsprechend maßgeblich ausschließlich auf das Kooperationsgebiet auswirken.

- (263) Die für die kartellrechtliche Beurteilung maßgeblichen Wettbewerbsbedingungen sind innerhalb des Kooperationsgebietes deutlich von der flächendeckenden Präsenz der EWE als Infrastrukturunternehmen geprägt, welche innerhalb des Kooperationsgebietes mehr als die Hälfte aller Ausschreibungen für sich entscheidet, in weiteren Gebieten aber bisher nicht in relevantem Maße in Erscheinung getreten ist. Eine Ausweitung ihres Wirkungsgebiets in naher Zukunft ist nicht zu erwarten. EWE hat als kommunal verwurzelter Anbieter einen klaren regional auf das Kooperationsgebiet beschränkten Fokus. Außerhalb dieses Gebietes verfügt EWE auch über keine eigenen Infrastrukturen.
- (264) Insbesondere beim zukünftigen Ausschreibungswettbewerb hinsichtlich gigabitfähiger Netze könnte EWE eine starke Bedeutung als Konkurrent der Telekom zukommen, da sie im Kooperationsgebiet als einziger Wettbewerber neben der Telekom alle Hauptverteiler und zu einem großen Anteil auch Kabelverzweiger mit Glasfaser angeschlossen hat. Somit verfügt sie bereits über ein weitreichendes Glasfasernetz, auf das sie bei einem geförderten Glasfaserausbau aufbauen kann, was einen wesentlichen Faktor bei der Berechnung der Wirtschaftlichkeitslücke darstellen dürfte.
- (265) Die Zusammenschlussbeteiligten führen aus, dass auch solche Ausschreibungen in den räumlich sachlichen Markt einzubeziehen sind, die sich auf Gebiete beziehen, die in Nachbarschaft zum Kooperationsgebiet liegen. Begründet wird dies mit der möglichen Beteiligung von in angrenzenden Gebieten tätigen Unternehmen an Ausschreibungen im Kooperationsgebiet und einem hierdurch potentiell gesteigerten Wettbewerbsdruck im GU-Gebiet.<sup>203</sup>
- (266) Dem widerspricht aus Sicht der Beschlussabteilung, dass sich unmittelbar durch das Zusammenschlussvorhaben ausschließlich die Bedingungen ändern, zu denen die Beteiligten sich auf dem Ausschreibungsmarkt für geförderten Breitbandausbau im Kooperationsgebiet

---

<sup>203</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.) S. 162 f.



– und nur dort – gegenüberstehen. Eine konkret durch das Zusammenschlussvorhaben geänderte Wettbewerbsauswirkung außerhalb des Gebietes, in dem EWE unilateral oder aber das Gemeinschaftsunternehmen tätig werden, ist nicht zu erkennen. Soweit die (auch) in benachbarten Gebieten tätigen Wettbewerber im Rahmen der Ausschreibung von im Kooperationsgebiet liegenden Fördergebieten eine relevante Bezugsalternative für die Kommunen darstellen, werden sie entweder bereits als aktuelle oder gegebenenfalls potentielle Wettbewerber und der von ihnen entsprechend ausgehende Wettbewerbsdruck auf den Ausschreibungsmarkt im Kooperationsgebiet im Rahmen der wettbewerblichen Analyse berücksichtigt.

## **II. Wettbewerbliche Würdigung**

- (267) Unter Berücksichtigung der im Kartellverwaltungsverfahren für verbindlich erklärten Verpflichtungszusagen wird durch das zu prüfende Vorhaben im Ergebnis wirksamer Wettbewerb nicht erheblich behindert.
- (268) Ein Zusammenschluss, durch den wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde, insbesondere von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, ist nach § 36 Abs. 1 S. 1 GWB zu untersagen. Dies gilt nicht, wenn die beteiligten Unternehmen nachweisen, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und diese Verbesserungen die Behinderung des Wettbewerbs überwiegen (§ 36 Abs. 1 Nr. 1 GWB), oder wenn die Untersagungsvoraussetzungen auf einem sog. Bagatellmarkt vorliegen (§ 36 Abs. 1 Nr. 2 GWB).

### **1. Keine Bagatellmärkte**

- (269) Bei den betroffenen Märkten handelt es sich im vorliegenden Fall nicht um Bagatellmärkte im Sinne des § 36 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Auf dem Markt für den lokal bereit gestellten Zugang im Kooperationsgebiet wurden im Jahr 2018 Umsatzerlöse in Höhe von über € 100 Mio., auf dem Markt für den zentral bereit gestellten Zugang im Kooperationsgebiet in Höhe von über € 50 Mio.<sup>204</sup> und auf dem Massenmarkt für den festnetzbasierten Internetzugang in

---

<sup>204</sup> Berechnet aus den Angaben der Beteiligten in Tabelle 11 und 12 der Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. Anmeldung), S. 113, und der Wettbewerber zu Frage B.6 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019. Die Angaben zu den Umsatzerlösen der TDG mit Layer 2-BSA sind entsprechend der E-Mail der Beteiligten vom 17.06.2019 (Bl. 5052 ff. d. A.) korrigiert worden

Höhe von deutlich über € 500 Mio. erzielt.<sup>205</sup> Auf dem relevanten Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau wurden in 2018 für den Ausbau und/oder den Betrieb eines Breitbandnetzes staatliche Beihilfen von über € 100 Mio. gezahlt.<sup>206</sup> Sofern man Beihilfen nicht entsprechend den europäischen Grundsätzen als Umsätze ansieht<sup>207</sup>, handelt es sich jedenfalls um einen Markt im Sinne von § 18 Abs. 2a GWB, da die TK-Unternehmen dann die Verpflichtung zum Ausbau und/oder Betrieb der Netze somit gegenüber den Kommunen unentgeltlich eingehen. Abgesehen davon wäre es im vorliegenden Fall ausnahmsweise auch unschädlich, wenn die Bagatellschwelle auf dem Ausschreibungsmarkt unterschritten würde. Die Beteiligten sind gleichzeitig auf dem Ausschreibungsmarkt und diesem Markt nachgelagerten Vorleistungs- und Endkundenmärkten tätig. Die Veränderung der Wettbewerbsbedingungen auf dem Ausschreibungsmarkt wirkt sich unmittelbar auf die Wettbewerbsbedingungen auf den nachgelagerten Vorleistungs- und Endkundenmärkten aus. Die Beteiligten und ihre Wettbewerber konkurrieren insbesondere darum, wer auf dem nachgelagerten Vorleistungsmarkt künftig glasfaserbasierte Vorleistungen anbieten kann. In solchen Fällen findet die Bagatellmarktklausel keine Anwendung, wenn das notwendige Marktvolumen auf den nachgelagerten Märkten (hier: Vorleistungs- und Endkundenmärkten) überschritten wird.<sup>208</sup>

## 2. Materieller Beurteilungsrahmen

- (270) Das vor der 8. GWB-Novelle (2013) alleinige Untersagungskriterium der Marktbeherrschung stellt nach § 36 Abs. 1 S. 1 GWB das Regelbeispiel der erheblichen Behinderung

---

<sup>205</sup> Berechnet aus den Angaben der Beteiligten in Anlage 12 zur Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.) und der Wettbewerber zu Frage B.6 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019. Die Angaben zu den Umsatzerlösen der TDG mit Layer 2-BSA sind entsprechend der E-Mail der Beteiligten vom 17.06.2019 (Bl. 5052 ff. d. A.) korrigiert worden

<sup>206</sup> Darüber hinaus sind weitere Mittel insbesondere aus Landesmitteln bereitgestellt worden. Zur Datengrundlage vgl. den Auswertungsvermerk (Bl.5859 ff. d. A.), S. 6 ff.

<sup>207</sup> Vgl. Europäische Kommission, Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 43/10 vom 21.02.2009, Rn. 162.

<sup>208</sup> Vgl. zur Nichtanwendbarkeit der Bagatellmarktklausel bei Tätigkeit von Zusammenschlussbeteiligten auf Bagatellmarkt und vor- bzw. nachgelagerten Nichtbagatellmarkt BGH, Beschluss vom 11.07.2006, KVR 28/05, Deutsche Bahn / KVS Saarlouis, Rn. 16.

wirksamen Wettbewerbs dar.<sup>209</sup> Die Begründung oder Verstärkung von Marktbeherrschung erfüllt demnach stets und ohne zusätzlich zu prüfende Voraussetzungen den Tatbestand einer erheblichen Wettbewerbsbehinderung.<sup>210</sup> Bei Erfüllung des Regelbeispiels bleibt die hierzu vorliegende Rechtsprechung nach dem Willen des Gesetzgebers direkt anwendbar.<sup>211</sup>

- (271) Ausweislich der Regierungsbegründung zur 8. GWB-Novelle soll der SIEC-Test über die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung hinaus eine zweifelsfreie, flexible und damit optimale Erfassung aller potentiell wettbewerblich kritischen Fälle ermöglichen.<sup>212</sup> Mit dem SIEC-Test rückt der fusionsbedingte Zuwachs an Marktmacht bzw. – allgemeiner ausgedrückt – an Verhaltensspielraum stärker in den Mittelpunkt der Prüfung.
- (272) Die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs kann aus unilateralen und aus koordinierten Effekten resultieren, die sich auf dem gleichen Markt (horizontale Effekte), auf nach- bzw. vorgelagerten Märkten (vertikale Effekte) oder auf Drittmärkten (konglomerate Effekte) manifestieren können.
- (273) Der Zusammenschluss lässt auf den räumlich jeweils auf das Kooperationsgebiet beschränkten Vorleistungsmärkten für breitbandigen Internetzugang an festen Standorten (Vorleistungsmarkt für den lokal bereitgestellten Zugang und Vorleistungsmarkt für den zentral bereitgestellten Zugang), auf dem Endkundenmarkt für breitbandigen Internetzugang an festen Standorten sowie auf dem Ausschreibungsmarkt für den Breitbandausbau in Fördergebieten keine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs erwarten.
- (274) Bei der gebotenen Gesamtbetrachtung des Zusammenschlusses und seiner Rahmenbedingungen ist zu berücksichtigen, dass das vorliegende Vorhaben selbst nur sehr begrenzt

---

<sup>209</sup> Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode Drucksache 17/9852, 31.05.2012, S. 28; Gesetzesentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG).

<sup>210</sup> Ebenso BGH, Beschluss vom 23.09.2014, KVZ 82/13, WuW DE-R 4475 – Erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.08.2013, WuW DE-R 4050, 4060 (NetCologne u.a.).

<sup>211</sup> Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode Drucksache 17/9852, 31.05.2012, S. 28; Gesetzesentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG).

<sup>212</sup> Ebd., S. 17 bzw. S. 19 f.

zu einer dauerhaften Zusammenführung von Ressourcen der Beteiligten im Gemeinschaftsunternehmen führt. Es hat einen stark kooperativen Charakter und hängt in seinem Bestand von der fortdauernden Kooperation seiner Muttergesellschaften ab. Fallen zentrale Elemente der Vereinbarung wie das Wettbewerbsverbot weg, ist nicht zu erwarten, dass die Zusammenarbeit der Beteiligten weiter Bestand hat. Die Rolle des Gemeinschaftsunternehmens beschränkt sich wesentlich auf die Koordinierung der Ausbauaktivitäten der Beteiligten. Nur in sehr geringem Umfang soll es auch Vorleistungen gegenüber Dritten erbringen. Die Ausbauplanung und der eigentliche Ausbau erfolgen jeweils durch die Beteiligten auf Grundlage eines zwischen ihnen vereinbarten Koordinierungsverfahrens zur Zuordnung der jeweiligen Ausbaufträge des Gemeinschaftsunternehmens. Auch die operativen Leistungen zum aktiven und passiven Betrieb des neu errichteten Glasfasernetzes werden von den Beteiligten erbracht. Das Gemeinschaftsunternehmen hat die bloße Funktionsherrschaft über das Netz inne und ist insofern Netzbetreiberin. Die operativen Aufgaben des Netzbetriebs selbst werden jedoch insbesondere in der Anfangsphase, wahrscheinlich aber auch darüber hinaus in weitem Umfang von den Muttergesellschaften wahrgenommen.

- (275) Die im Kartellverwaltungsverfahren gemäß § 32 b GWB für verbindlich erklärten Zusagen haben einen nachhaltigen strukturellen Effekt und sind insoweit im Rahmen der wettbewerblichen Analyse der Märkte im Rahmen der Fusionskontrolle zu berücksichtigen. Sie führen dazu, dass das Segment der glasfaserbasierten Anschlüsse den Abnehmern dauerhaft zur Verfügung steht. Das potentiell zur Verfügung stehende Produktangebot wird durch das aufgrund der Zusagen in einem bestimmten Mindestumfang zu bauende Glasfasernetz vergrößert und qualitativ verbessert. Es ist mit hinreichender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass das Produktangebot über die zugesagte Menge hinaus durch weiteren Ausbau weiter steigen wird. Das zugesagte Vermarktungsziel kann nur erreicht werden, wenn die Glasfaserprodukte tatsächlich auf den Vorleistungsmärkten zu attraktiven Bedingungen angeboten werden. Indem das Marktvolumen vergrößert und das Produktangebot verbessert wird, werden auf dem Vorleistungsmarkt die Marktbedingungen verändert, da die Vorleistungsnachfrager dadurch eine größere Auswahlmöglichkeit zu attraktiven Preisen und Bedingungen haben und insbesondere im hochqualitativen Bereich auf dem Endkundenmarkt gegenüber vertikal integrierten Anbietern wettbewerbsfähiger werden. Dies wirkt sich wiederum positiv auf die Wettbewerbsbedingungen und das Marktergebnis auf dem Endkundenmarkt aus.

- (276) Die Berücksichtigung der im Rahmen der § 32 b-Entscheidung für verbindlich erklärten Zusagen im Rahmen der Fusionskontrolle stellt entgegen dem Vorbringen insbesondere von Vodafone<sup>213</sup> keine Umgehung des § 40 Abs. 3 Satz 2 GWB dar. Soweit diese Zusagen die Wettbewerbsbedingungen auf den betroffenen Märkten betreffen, sind sie bei der Prognose im Rahmen der gebotenen Gesamtbetrachtung aller für die Prüfung relevanten Umstände zwingend zu berücksichtigen.
- (277) Unabhängig davon erfordern entgegen dem Vorbringen insbesondere von Vodafone<sup>214</sup> die wesentlichen Bestandteile dieser Zusagen auch keine laufende Verhaltenskontrolle im Sinne von § 40 Abs. 3 Satz 2 GWB weder durch das BKartA noch durch Dritte, so dass auch unter diesem Gesichtspunkt keine Umgehung in Betracht kommt. Die Erfüllung der Ausbauziele erfordert eine Überprüfung zu zwei festgesetzten Zeitpunkten. Die Einhaltung des Vermarktungsziels wird nur zu einem bestimmten Zeitpunkt überprüft. Die Einsetzung des Trustees soll in beiden Fällen lediglich die Prüfung zu diesen Zeitpunkten vorbereiten und erleichtern. Die Begrenzung der Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens im Hinblick auf die Teilnahme an Ausschreibungen muss unmittelbar mit ihrem Inkrafttreten beachtet und zeitnah durch Änderung der Verträge umgesetzt werden und erfordert gleichfalls keine laufende Verhaltenskontrolle.
- (278) Die Ausbau- und Vermarktungsziele sowie die Änderung der Geschäftstätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens im Hinblick auf Ausschreibungen sind die wesentlichen Säulen der Zusagen, die entscheidende Relevanz für die Wettbewerbsbedingungen auf den betroffenen Märkten haben. Flankierend zu den Vermarktungszielen wurde ein Verhandlungsgebot vorgesehen, dessen Umsetzung nur einmalig zusammen mit der Erfüllung der Vermarktungsziele überprüft werden soll. Die Vorgaben zur technischen und prozessualen Bereitstellung des Zugangs (Equivalence of Input) erfordern insbesondere die einmalige Einrichtung bestimmter Strukturen durch das Gemeinschaftsunternehmen und bedürfen insofern auch nicht der laufenden Verhaltenskontrolle. Die Equivalence of Input minimiert das Diskriminierungspotential und sichert bereits weitgehend die Einhaltung des generellen Diskriminierungsverbots ab. Allenfalls bei konkreten Beschwerden besteht Anlass, einem möglichen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot nachzugehen.

---

<sup>213</sup> Vodafone, Stellungnahme vom 19.12.2019, S. 2 f.

<sup>214</sup> Vodafone, Stellungnahme vom 19.12.2019, S. 2 f.

- (279) Flankierend zu den Ausbauzielen wurden bestimmte Quoten vorgegeben, die einen Ausbau im ländlichen und dünnbesiedelten Raum vorsehen und die nur einmalig zusammen mit der Erfüllung der Ausbauziele zu prüfen sind. Die Bestimmungen zur Verhinderung einer unangemessenen Blockade des Ausbaus durch Wettbewerber zielen auf die Aufgabe einer bestimmten, unternehmensstrategischen Verhaltensweise. Diese war ursprünglich von den Parteien in den Gesellschaftsverträgen des Gemeinschaftsunternehmens explizit vereinbart worden. Die Verträge mussten insoweit aufgrund der Zusagen einmalig abgeändert werden. Die Zusage stellt insoweit eine Offenhaltung des Marktes sicher und hat somit einen strukturellen Effekt.

### **3. Keine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs auf dem Vorleistungsmarkt für den lokal bereitgestellten Zugang zu Breitbandanschlüssen an festen Standorten**

- (280) Im Rahmen der Prüfung des § 36 Abs. 1 S. 1 GWB ist positiv festzustellen, inwieweit der Zusammenschluss eine erhebliche Behinderung wesentlichen Wettbewerbs erwarten lässt. Erforderlich ist insofern eine Prognoseentscheidung, wie sich der Zusammenschluss auf die Verhaltensspielräume der Beteiligten auswirken wird. Zu diesem Zweck sind zwei zukunftsgerichtete Szenarien – Marktverhältnisse ohne und mit dem Zusammenschluss – unter Berücksichtigung sämtlicher relevanter Rahmenbedingungen zu vergleichen. Die auf den betroffenen Märkten zu erwartende weitere Entwicklung ist zu berücksichtigen.
- (281) Die TDG verfügt derzeit über eine marktbeherrschende Stellung auf dem Vorleistungsmarkt für den lokal bereitgestellten Zugang zu breitbandigen, für den Massenmarkt geeigneten TK-Anschlüssen an festen Standorten im Kooperationsgebiet. EWE ist im Kooperationsgebiet derzeit der wesentliche Wettbewerber. Sollte das angemeldete Vorhaben durchgeführt werden, fällt der von EWE durch einen eigenen Glasfaserausbau ausgehende Wettbewerb auf dem Vorleistungsmarkt weg. Durch die Zusammenarbeit vermeiden die Telekom und EWE einen 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 verschlechtern

würde. Zudem wird sich der Ausbau tendenziell in urbanere Gebiete mit hoher Kabelnetzabdeckung verlagern.

- (282) 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.
- (283) Dennoch führt der Zusammenschluss aufgrund der im Rahmen einer § 32 b-Entscheidung für verbindlich erklärten Zusagen der Parteien nicht zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs, insbesondere auch nicht in Form einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der TDG. Die Zusagen verhindern eine Ausweitung oder Absicherung der Verhaltensspielräume der TDG im Hinblick auf das Angebot von Vorleistungen bzw. den Glasfaserausbau und auch eine fusionsbedingte Verminderung des von den Ausbautätigkeiten Dritter ausgehenden Wettbewerbsdrucks auf die TDG. Indem es aufgrund der verbindlichen Zusagen zu einer Steigerung des Glasfasernetzausbaus und attraktiven darauf basierenden Vorleistungsangeboten kommen wird, ist im Ergebnis von einer Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen auf dem lokalen Zugangsmarkt infolge des Vorhabens auszugehen.

#### **a) Ansicht der Beteiligten**

- (284) Die Beteiligten sind der Ansicht, das Vorhaben führe zu keiner erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs.
- (285) Sie gehen von der Annahme eines separaten Produktmarktes für Layer 2-BSA auf Basis von FTTB/H aus und verneinen aktuellen bzw. potenziellen Wettbewerb zwischen den Beteiligten in dem so abgegrenzten Markt. In der Vergangenheit sei nicht beobachtet worden, dass dasselbe Gebiet oder derselbe Endkunde mit zwei parallelen FTTB/H-Infrastrukturen erschlossen worden sei und über zwei FTTH-Layer 2-BSA-Produkte erreicht werden könne. Soweit es einen Wettbewerb um den FTTB/H-Ausbau eines bestimmten Gebietes gebe,

sei dieser nicht weiter zu berücksichtigen, weil hierdurch die Wettbewerbsstruktur nicht nachhaltig beeinflusst werde.<sup>215</sup>

- (286) Auch bei Annahme eines FTTC- und FTTB/H umfassenden Produktmarktes sehen die Beteiligten keine Beschränkung aktuellen oder potenziellen Wettbewerbs.
- (287) Sie gehen insoweit davon aus, dass sie von vornherein mit ihren FTTC-Layer 2-BSA-Produkten untereinander nicht im Wettbewerb stehen. Es handele sich um komplementäre Produkte, weil ein Endkunde nur jeweils über das FTTC-Layer 2-BSA-Produkt eines Beteiligten erreicht werden könne. Dies ergebe sich technisch zwingend aus der Einführung der Vectoring/Supervectoring-Technik, weil sie die technische Bündelung aller Anschlüsse im jeweiligen Gebiet durch ein einziges TK-Unternehmen voraussetze. Im Kooperationsgebiet sei der Ausbau mit Vectoring/Supervectoring spätestens im Februar 2020 abgeschlossen. Es sei deshalb nicht zu erwarten, dass die Beteiligten auf Grund des Gemeinschaftsunternehmens ihr Verhalten hinsichtlich der über ihre jeweiligen komplementären FTTC-Infrastrukturen bereitgestellten Vorleistungsprodukte koordinierten.<sup>216</sup>
- (288) Die FTTC-Layer 2-BSA-Angebote der Muttergesellschaften und des Gemeinschaftsunternehmens unterschieden sich erheblich. Insoweit weisen die Beteiligten darauf hin, dass die TDG der ex-ante-Entgeltregulierung durch die BNetzA unterliege und bundesweit tätig sei, während EWE nicht unmittelbar reguliert sei und nur regional tätig werde. Selbst bei Annahme eines einheitlichen Produktmarktes sei zu berücksichtigen, dass zwischen FTTC-Layer 2-BSA und FTTB/H-Layer 2 erhebliche Unterschiede bestünden und sie jedenfalls nicht in einem engen Wettbewerbsverhältnis stünden.<sup>217</sup>
- (289) Der Zusammenschluss führe auch nicht zu einem wesentlichen Wegfall bestehender FTTC-Infrastrukturen. TDG müsse auch nach dem Zusammenschluss alle regulatorischen Verpflichtungen erfüllen und verfolge keine konkreten Rückbaupläne. Langfristig beabsichtige TDG die Aufgabe der parallelen Kupfernetz-Infrastruktur, könne dies aber erst nach Amortisation der Investitionen in den FTTC-Ausbau des Kupfernetzes sinnvoll umsetzen. Überdies sei eine Abschaltung nur bei einem flächendeckenden Ausbau mit FTTB/H möglich,

---

<sup>215</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 124 f. (Bl. 2068 f. d. A.).

<sup>216</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 125 ff. (Bl. 2069 ff. d. A.).

<sup>217</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 128 f.



weil die TDG ansonsten ihre Universaldienstverpflichtung verletze. Vor diesem Hintergrund sei davon auszugehen, dass Kupfer- und Glasfasernetz für mehr als 10 Jahre parallel betrieben würden und ein Ende der Nutzung der kupferbasierten Netze häufig erst nach 30 Jahren erfolgen werde. EWE unterliege zwar nicht den gleichen regulatorischen Anforderungen wie die TDG. Allerdings müsse EWE die im Rahmen des Vectoring-Ausbaus im Nahbereich eingegangenen Verpflichtungen erfüllen.<sup>218</sup>

- (290) Auf den FTTC-Ausbau habe das Gemeinschaftsunternehmen keinen Einfluss. Der FTTC-Ausbau werde im Jahr 2019 weitgehend abgeschlossen sein. Insgesamt würden Ende 2019 etwa [90-100]% des Kooperationsgebietes ausgebaut sein. In den verbleibenden [0-10]% der Gebiete sei auch ein FTTB/H-Ausbau nicht wirtschaftlich möglich.<sup>219</sup>
- (291) Die Beteiligten verneinen auch eine relevante Wettbewerbsbeschränkung, soweit parallel zu bestehenden FTTC-Infrastrukturen FTTB/H-Netze errichtet werden. Sie räumen ein, dass der Zusammenschluss theoretisch zum Wegfall von Wettbewerb führen könne, soweit ohne das Gemeinschaftsunternehmen die Beteiligten auf Grund einer autonomen Entscheidung jeweils parallel zu den bestehenden FTTC-Infrastrukturen des jeweils anderen Partners FTTB/H-Netze errichten würden. Sie meinen aber, dass dies nicht zu einer erheblichen Behinderung wesentlichen Wettbewerbs führen werde. Zum einen spreche hiergegen, dass zwischen FTTB/H-basierten und FTTC-basierten Layer 2-Bitstromprodukten kein enges und langfristiges Wettbewerbsverhältnis bestehe. Das FTTB/H-Produkt sei qualitativ und hinsichtlich der Zukunftssicherheit dem FTTC-Produkt deutlich überlegen. Zudem sei damit zu rechnen, dass FTTC-basierte Produkte nur noch innerhalb eines Zeitraums von [5-20] Jahren gegenüber FTTB/H-Produkten wettbewerbsfähig seien. Auch bei einem Ausbau auf Grund autonomer Entscheidung der Beteiligten werde es nicht zu einem Preiswettbewerb für Vorleistungsprodukte kommen. Denn die Kosten für die Errichtung der FTTB/H-Infrastruktur seien weitgehend fix. Unterstelle man, dass bei einem eigenständigen Ausbau für die jeweils andere Partei mit ihrer vorhandenen FTTC-Infrastruktur nur geringe Anreize bestünden, ihre End- bzw. Vorleistungskunden auf die FTTB/H-Infrastruktur der ausbauenden

---

<sup>218</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 129 f.

<sup>219</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 130 f.

Partei zu migrieren, seien vergleichsweise hohe Vorleistungspreise und ein entsprechend geringer Preisdruck auf die bestehende FTTC-Infrastruktur zu erwarten.<sup>220</sup>

- (292) Schließlich spreche gegen eine erhebliche Behinderung wesentlichen Wettbewerbs auf den Vorleistungsmärkten auch, dass Dritten zu den gleichen Bedingungen wie den Muttergesellschaften Zugang zu dem von Gemeinschaftsunternehmen angebotenen Layer 2-BSA-Produkt angeboten werde. Einzige, sachlich gerechtfertigte Ausnahme sei die exklusive Vorvermarktung im Einzelabnahmemodell. Das Gemeinschaftsunternehmen habe auch einen erheblichen Anreiz, dritte Vorleistungskunden zu akquirieren, weil ansonsten auf Grund der geringeren Auslastung die Amortisationszeiten deutlich länger als geplant wären.<sup>221</sup>

#### **b) Marktbeherrschende Stellung der TDG**

- (293) Die TDG verfügt gemäß § 18 Abs. 1 GWB über eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für den lokal bereitgestellten Zugang im Kooperationsgebiet, die ohne die Verpflichtungszusagen durch das Vorhaben verstärkt würde.

#### **aa) Marktstruktur**

- (294) Der Markt für den lokal bereit gestellten Zugang ist gegenwärtig außerordentlich stark konzentriert. Im Kooperationsgebiet setzt derzeit fast ausschließlich die TDG Layer 2-BSA-Produkte ab. Die EWE bietet ein Layer 2-BSA-Produkt zumindest an.<sup>222</sup> Auch die Miete der TAL wird fast ausschließlich von der TDG angeboten. Nur ganz marginal bietet EWE Dritten den Zugang zur HVt-TAL an. Die Marktanteile der TDG liegen derzeit über 90% und damit deutlich oberhalb der Vermutungsschwelle des § 18 Abs. 4 GWB für Einzelmarktbeherrschung. Die Marktanteile nach Absatz (Anzahl der Breitbandanschlüsse zum Jahresende) und Umsatz sowie die Marktvolumina im Kooperationsgebiet ergeben sich aus nachfolgender Tabelle.

---

<sup>220</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 130 ff.

<sup>221</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 133 f.

<sup>222</sup> Antwort der EWE auf Frage 15 des Auskunftsverlangens vom 08.06.2018 (Bl 0622 f. d. A.).

Tabelle 2: Lokal bereitgestellte Vorleistungen im Kooperationsgebiet in 2018<sup>223</sup>

Anbieter	Absatz <sup>224</sup>	Umsatz <sup>225</sup>
TDG	[90-100]%	[90-100]%
EWE	---	---
RheiNet	[0-5]%	[0-5]%
vitroconnect <sup>226</sup>	[0-5]%	[0-5]%
Innogy Telnet	[0-5]%	[0-5]%

(295) Die marktbeherrschende Stellung der TDG ist wesentlich darin begründet, dass sie als einziges Unternehmen über eine flächendeckende Infrastruktur im Gebiet bis zum Endkunden verfügt, auf deren Grundlage sie Vorleistungen anbietet. Auch soweit die EWE selbst Vorleistungsprodukte anbietet, bleibt sie bei kupfernetzbasieren Vorleistungen immer auf den Bezug der TAL-Vorleistung von der TDG angewiesen. Insgesamt werden von den ca. 3,6 Mio. HHUStO im Kooperationsgebiet ungefähr ein Drittel über Vorleistungen der TDG und rund [0-5] % über Vorleistungen der EWE versorgt.<sup>227</sup> Die übrigen HHUStO haben Unternehmen im Kooperationsgebiet mit eigener Breitband-Infrastruktur erschlossen. Neben der TDG sind dies insbesondere die Kabelnetzbetreiber, die [50-60]% der HHUStO im Kooperationsgebiet erschlossen haben und darauf basierend auf dem Endkundenmarkt für den festnetzbasieren Internetzugang auf einen Anteil von [20-30]% kommen. EWE gehört auch zu diesen Anbietern mit eigener Infrastruktur, bleibt aber bis auf den vom Volumen bislang noch nicht wesentlich ins Gewicht fallenden Anteil von FTTB/H-Netz auf Vorleistungen der TDG angewiesen.

---

<sup>223</sup> Berechnet aus Antworten zu Frage B.6 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019, Angaben der Beteiligten in Tabellen 09-12 der Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 110 f. Nicht dargestellt wurde der marginale Anteil der EWE. Nicht dargestellt wird zur Vermeidung von Doppelzählungen der Absatz von Vorleistungen an Dritte, soweit diese wiederum auf Vorleistungen der TDG beruhen.

<sup>224</sup> Bestand zum 31.12.2018: [0,9-1,1] Mio. Stück.

<sup>225</sup> Umsatzerlöse in 2018: € [100-120] Mio.

<sup>226</sup> vitroconnect nimmt eine Sonderstellung ein, soweit dieser Anbieter Prozessleistungen für Infrastrukturihaber erbringt und auch Bitstromprodukte anbietet, nicht aber selbst Netze errichtet, Vereinzelt kann es zu Doppelzählungen kommen, wenn Infrastrukturihaber und vitroconnect parallel die entsprechenden Absatz- und Umsatzzahlen mitgeteilt haben. Wegen des geringen Umfangs der hiervon betroffenen Absatz- und Umsatzzahlen ist dies aber für die Marktstruktur nicht relevant.

<sup>227</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 110. EWE setzt nahezu ausschließlich Layer 3-BSA-Produkte ab, die dem Markt für den zentralen Zugang zuzuordnen sind.

## bb) Marktentwicklung

### (1) Steigende Nachfrage nach höheren Bandbreiten

- (296) Der Markt ist durch steigendes Angebot und steigende Nachfrage nach hohen nominellen Übertragungsraten und wachsendem Verbrauch von Datenvolumina geprägt. Treiber dieser Entwicklung sind bandbreitenintensivere Anwendungen wie Video-on-Demand und IPTV ggf. auch in paralleler Nutzung. Das monatlich über festnetzbasierter Breitbandanschlüsse abgewickelte Datenvolumen erhöhte sich von 7,1 Mrd. GB in 2013 auf 36,5 Mrd. GB in 2018.<sup>228</sup> Während 2013 von insgesamt 28,7 Mio. Anschlüssen 25% eine Downloadrate von weniger als 6 Mbit/s und 40% von 6 bis unter 16 Mbit/s aufwiesen, lag dieser Anteil 2018 bei nur noch 10% bzw. 23% (bei insgesamt 34,3 Mio. Anschlüssen in 2018). Der Anteil der Breitbandanschlüsse mit einer Downloadrate von mehr als 50 Mbit/s ist hingegen von 9% in 2013 auf 33% in 2018 gewachsen.<sup>229</sup> Mit Einsatz von Super-Vectoring (seit August 2018 vermarktet), mit dem Bandbreiten von bis zu 250 Mbit/s (im Upload bis zu 100 Mbit/s) möglich sind, war laut Angaben der TDG mit Stand 09.01.2019 eine Versorgung von bundesweit 16 Mio. Anschlüssen möglich.<sup>230</sup> Im Laufe des Jahres 2019 soll die Zahl dieser Anschlüsse auf bundesweit 28 Mio. steigen.<sup>231</sup> Der gleiche Trend ist auch im Kooperationsgebiet zu beobachten.
- (297) Auf der Vorleistungsebene führten der Zuwachs der Datenvolumina und die zunehmende Bedeutung höherer Bandbreiten zu einer deutlich gestiegenen Nachfrage nach VDSL-Anschlüssen, während die Nachfrage nach ADSL-Anschlüssen mit einer Downloadrate von höchstens 16 Mbit/s sinkt.<sup>232</sup>

---

<sup>228</sup> Dialog Consult / VATM, 20. TK-Marktanalyse Deutschland 2018, S. 23, [www.vatm.de](http://www.vatm.de) (zuletzt abgerufen am 13.08.2019).

<sup>229</sup> Dialog Consult / VATM, 20. TK-Marktanalyse Deutschland 2018, S. 22, [www.vatm.de](http://www.vatm.de) (abgerufen am 13.08.2019), Angaben für 2018 geschätzt. In diesen Angaben sind die Breitbandanschlüsse der Kabelnetzbetreiber einbezogen (vgl. auch S. 19), während in der Studie des Vorjahres, auf die sich die Anmeldung bezieht (S. 44 f.) nur die DSL-Anschlüsse ausgewiesen sind (dort S. 21).

<sup>230</sup> Pressemitteilung der TDG, <https://www.telekom.com/de/medien/medieninformationen/detail/mehr-tempo-557876> (zuletzt abgerufen am 13.08.2019).

<sup>231</sup> Pressemitteilung der TDG, <https://www.telekom.com/de/medien/medieninformationen/detail/mehr-netz-fuer-land-und-leute-545408> (zuletzt abgerufen am 13.08.2019).

<sup>232</sup> Der Trend weg von ADSL-Breitbandanschlüssen könnte sich verstärken, wenn die Bundesnetzagentur – so wie von ihr derzeit beabsichtigt – die Entgelte für den physischen Zugang zur TAL

## **(2) Entwicklung der Marktanteile und des -volumens**

- (298) Die Menge der von der TDG an Dritte vermieteten TAL reduziert sich ebenfalls. Sie ging zwischen Mitte 2015 und Mitte 2017 bundesweit um etwa ein Fünftel von 8,1 Mio. auf 6,4 Mio. zurück<sup>233</sup> Letzteres ist jedoch nicht nur durch die steigende Nachfrage nach hochbitratigen Anschlüssen begründet, sondern auch auf den Vectoring-Ausbau durch die TDG zurückzuführen, soweit dadurch eine physische Mitnutzung der TAL zur Realisierung von VDSL-Anschlüssen durch Vorleistungsnachfrager unmöglich wird. Gleichzeitig sind dementsprechend das Angebot von und die Nachfrage nach Layer 2-BSA sowohl bundesweit als auch im Kooperationsgebiet noch im Wachstum begriffen und noch nicht voll entwickelt.<sup>234</sup> Insgesamt dürfte jedoch die Gesamtmenge der über Vorleistungen von der TDG bereitgestellten Breitbandanschlüsse stabil bleiben.
- (299) Auch im Kooperationsgebiet hat sich die Vorleistungsnachfrage von der TAL auf Bitstromprodukte verlagert. Von 2014 bis 2018 ist der Absatz der TAL um etwa 20% gefallen. Die Gesamtzahl der über Vorleistungen der TDG realisierten Anschlüsse ist in diesem Zeitraum leicht um <10% gestiegen. Die von der TDG erzielten Umsatzerlöse sind im gleichen Zeitraum mit <20% mehr als doppelt so stark gestiegen. Dies liegt daran, dass die TAL-Entgelte niedriger sind als Entgelte für entsprechende Bitstromprodukte. Die Verlagerung der Vorleistungsnachfrage ist für die TDG daher mit dem Absatz höherwertiger und damit auch höherpreisiger Vorleistungen verbunden.<sup>235</sup>

---

am Hauptverteiler demnächst um etwa 11 % erhöhen wird (während die Entgelte für den physischen Zugang zur TAL am KVz nur um etwa 4 % erhöht werden sollen), siehe BNetzA, BK 3c-19/001; ABl. 13/2019, S. 1276; siehe auch Konsultationsentwurf vom 10.04.2019, BK 3c-19/001, abrufbar über [www.bundesnetzagentur.de](http://www.bundesnetzagentur.de) (zuletzt abgerufen am 13.08.2019).

<sup>233</sup> BNetzA, Tätigkeitsbericht Telekommunikation 2016/2017, S. 59, abrufbar über [www.bundesnetzagentur.de](http://www.bundesnetzagentur.de) (zuletzt abgerufen am 13.08.2019).

<sup>234</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.) S. 58 f.: Anfang 2018 lag die Zahl der Anschlüsse der TDG, für die Layer 2-BSA als Vorleistung genutzt wurde, noch fast um die Hälfte der Anschlüsse unter denen im Dezember 2018. Die TDG erwartet bis Ende 2021 einen weiteren starken Anstieg auf mehrere Millionen Anschlüsse.

<sup>235</sup> Vgl. Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), Tabelle 09, S. 110 f. und Tabelle 5a der Antwort der Beteiligten auf Frage XII des Auskunftsverlangens vom 25.02.2019 (Bl. 1632 d. A.), die Angaben in Tabelle 11 der Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.) sind insofern zu korrigieren, vgl. E-Mail der Beteiligten vom 17.06.2019 (Bl. 5052 ff. d. A.).

- (300) Die Marktanteile der TDG liegen sowohl bundesweit als auch im Kooperationsgebiet im Hinblick auf die TAL seit Jahren stabil bei über 90%. Es ist zu erwarten, dass die Verschiebung der Nachfrage von der TAL zu einem Layer 2-Zugangsprodukt zu keiner relevanten Änderung der Marktanteilsverteilung führen wird. Der Großteil der Vorleistungsnachfrager wird weiterhin auf die TDG als einziges Unternehmen mit flächendeckender Infrastruktur angewiesen sein, um Endkundenanschlüsse zu realisieren. Auch im Kooperationsgebiet sind nahezu sämtliche HHUStO über Vorleistungen der TDG auf Basis ihres kupferbasierten Anschlussnetzes erreichbar. Die Beteiligten gehen von 3,6 Mio. HHUStO im Gebiet aus, von denen die TDG-Infrastruktur etwa 3,5 Mio. erreichen kann.<sup>236</sup> Hiervon hat die TDG [1,5-2,5] Mio. mit FTTC erschlossen, d.h. [50-60]%, der Rest kann mit ADSL erreicht werden. Mit FTTB/H wurden [<50.000] HHUStO erschlossen, d.h. [0-5]% der HHUSTO im Gebiet.

### **(3) Steigendes Angebot an höheren Bandbreiten**

- (301) Die steigende Nachfrage nach höherbitratigen Anschlüssen durch die TDG und ihre Vorleistungsnachfrager ist derzeit zumindest zum Teil durch den technischen Vorsprung der Kabelnetzbetreiber bei den nominellen Bandbreiten getrieben, die – eine entsprechende Ertüchtigung vorausgesetzt – mit ihren HFC-Netzen Breitbandanschlüsse mit Datenübertragungsraten von bis zu 200 Mbit/s auf dem Endkundenmarkt anbieten und auch in steigendem Umfang absetzen.<sup>237</sup> Durch eine Verbindung von Glasfaser- und Koaxialleitungen mit dem Übertragungsstandard DOCSIS 3.1 sind inzwischen Angebote von bis zu einem Gigabit/s im Download möglich. Zum Jahresende 2018 wurden fast 8 Mio. (2017: 7,7 Mio.) Anschlüsse über HFC-Netze genutzt. Auf Bandbreiten ab 100 Mbit/s entfielen dabei fast 4,4 Mio. Anschlüsse. Kabelnetzbetreiber konnten zwischen 2009 und 2015 jährlich zwischen 600.000 und 800.00 Anschlüsse hinzugewinnen. Seit 2015 fällt der Zuwachs weniger stark aus.<sup>238</sup>
- (302) Die TDG hat auf den über den Endkundenmarkt ausgeübten Wettbewerbsdruck durch die Kabelnetzbetreiber in den vergangenen Jahren im Wesentlichen mit einer technischen Auf-

---

<sup>236</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 12, Anmerkung zu Abbildung 1.

<sup>237</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.) S. 53 unter Bezug auf die Pressemitteilung der Vodafone vom 14.11. 2017, abrufbar über [www.vodafone.de](http://www.vodafone.de) (zuletzt abgerufen am 13.08.2019).

<sup>238</sup> Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2018, S. 50, abrufbar über [www.bundesnetzagentur.de](http://www.bundesnetzagentur.de) (zuletzt abgerufen am 13.08.2019).

rüstung ihrer kupferbasierten Infrastruktur reagiert. Sie hat hierzu KVz mit Glasfaser erschlossen und VDSL-Anschlüsse realisiert. Durch Einsatz der Vectoring-Technik hat sie die Leistungsfähigkeit der Anschlüsse weiter erhöht. Der FTTC/Vectoring-Ausbau ist nach ihrer Planung Ende 2019 weitgehend abgeschlossen. Auch der Ausbau mit Super-Vectoring soll zu diesem Zeitpunkt weitgehend abgeschlossen sein.

- (303) Die Bedeutung von FTTB/H-Netzen ist nach wie vor gering, nimmt aber zu. Auf politischer Ebene werden reine Glasfasernetze als Übertragungsmedium der Zukunft und für den Ausbau der für Deutschland erwünschten „Gigabitgesellschaft“ als unabdingbar gesehen. Dies führt zu entsprechend formulierten politischen Zielen sowie einer darauf ausgerichteten in großem Umfang zunehmenden Förderpolitik.
- (304) Insbesondere Unternehmen, deren Anteile zumindest teilweise im Besitz kommunaler Gebietskörperschaften sind, versuchen auf die entsprechende Erwartungshaltung zu reagieren. Derzeit planen daher vor allem TK-Unternehmen wie EWE und Netcologne mit einer aus öffentlichen Trägern bestehenden Eigentümerstruktur und einem regionalen Fokus konkret in flächendeckenderem Umfang Glasfasernetze zu bauen. Diese Unternehmen haben in der Regel bereits eine umfassende eigene TK-Infrastruktur in den Regionen, auf die sie sich fokussieren. Das Ausbauinteresse dieser Unternehmen wird häufig auch davon getragen, für „ihre“ Regionen langfristige Standortvorteile zu schaffen. Dementsprechend hat EWE bislang in ihrem Versorgungsgebiet, das dem Kooperationsgebiet entspricht, auch einen relativ starken FTTB/H-Ausbau verfolgt. Der Aufsichtsrat der EWE hat Ende des Jahres 2016 grundsätzlich Investitionen in Höhe von insgesamt € 1,2 Mrd. zum Ausbau des FTTB/H-Netzes im Rahmen des „Projekts Lichtwelle“ zugestimmt.<sup>239</sup> Mit diesen Investitionen kann EWE nach eigener Einschätzung etwa 30% des gesamten Kundenpotenzials in ihrem Versorgungsgebiet erschließen<sup>240</sup>. Tatsächlich mit FTTB/H erschlossen hat EWE Ende 2018 [<200.000] HHUStO, d.h. ca. [5-10]% aller HHUStO bzw. [60-70]% aller mit FTTB/H erschlossenen HHUStO im Kooperationsgebiet.<sup>241</sup>

---

<sup>239</sup> Vgl. Integrierter Bericht der EWE für 2017, S. 49, [https://www.ewe.com/~media/ewe\\_com/pdfs%20im%20inhalt/bericht\\_ewe\\_com/180423\\_ewe\\_igb17\\_d\\_langversion\\_s.pdf](https://www.ewe.com/~media/ewe_com/pdfs%20im%20inhalt/bericht_ewe_com/180423_ewe_igb17_d_langversion_s.pdf), <https://www.ewe.com/de/presse/pressemitteilungen/2016/12/milliarden-zukunftsprojektewe-bringt-glasfaser-in-die-huser-ewe-ag> (beides zuletzt abgerufen am 13.08.2019).

<sup>240</sup> Vgl. Integrierter Bericht der EWE für 2017, S. 49, <https://www.ewe.com/de/investor-relations/publikationen/archiv-finanzberichte> (abgerufen am 13.08.2019).

<sup>241</sup> Berechnet aus Anlage 14 zur Anmeldung (Bl. 2396 ff. d. A.) und den Antworten auf Frage B.2 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019. TDG und EWE legen auf Grund unterschiedlicher

- (305) Insbesondere (kommunale) Versorger, die über Netze für leitungsgebundene Energie verfügen, investieren in den Ausbau von FTTB/H-Netzen. Sie profitieren dabei von ihren Kenntnissen der vorhandenen Netzinfrastrukturen und ihrer Expertise beim Netzausbau. Zu diesen Anbietern gehört etwa die innogy TelNet, die im Jahr 2010 im RWE-Konzern gegründet wurde.<sup>242</sup> Auch die EWE gehört in diese Gruppe. Ihre Anteilseigner kommen aus dem Kreis der kommunalen Gebietskörperschaften und sie ist seit Langen im Kooperationsgebiet in der Versorgung mit leitungsgebundener Energie tätig.
- (306) Zu den im FTTB/H-Ausbau tätigen Unternehmen zählt auch die Deutsche Glasfaser. Sie investiert langfristig in passive Netzinfrastrukturen (FTTH), vorrangig im ländlichen Raum und ist meistens eigenwirtschaftlich tätig. Sie betrachte diese Investitionen als Anlagen für Infrastrukturfonds und andere langfristig orientierte Kapitalanleger.<sup>243</sup> Grundsätzlich will sie Infrastrukturen errichten und langfristig an TK-Anbieter vermieten. Derzeit aber ist die entsprechende Nachfrage noch zu gering. Sie bietet deshalb derzeit selbst Endkundenprodukte an.<sup>244</sup> Im Kooperationsgebiet hat sie [ $< 50.000$ ] HHUStO mit FTTB/H erschlossen. Das entspricht [10-20]% aller im Kooperationsgebiet mit FTTB/H erschlossenen Haushalte.<sup>245</sup>
- (307) Auch die TDG, deren Konzernmutter teilweise im Bundesbesitz steht, hat in ihrer Hauptversammlung im Mai 2018 angekündigt, zunehmend in den Glasfaserausbau bis in das Gebäude zu investieren. Ab 2021 sollen laut TDG dann bundesweit jährlich zwei Millionen Haushalte direkt mit Glasfaser erschlossen werden.<sup>246</sup> Ende 2018 hatte TDG insgesamt etwa 900.000 Haushalte mit FTTB/H erschlossen, tatsächlich angeschlossen davon waren

---

Datengrundlagen leicht abweichende Gesamtzahlen zu Grunde. Zur Berechnung der prozentualen Anteile wurden die in Anlage 14 jeweils genannten Gesamtsummen verwendet. Vgl. insoweit auch Fußnote 98 in der Anmeldung (Bl. 2093 d. A.).

<sup>242</sup> Antwort der Innogy Telnet auf Frage A.3 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019. Zwischenzeitlich hat E.ON die Kontrolle über Innogy erworben. Die Europäische Kommission hat das Vorhaben am 17.09.2019 freigegeben (Fall Nr. M.8870 E.ON/INNOGY).

<sup>243</sup> Antwort der Deutschen Glasfaser auf Frage A.3 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019.

<sup>244</sup> Vermerk über das Gespräch mit der Deutschen Glasfaser am 29.05.2018, Bl. 383 ff. d. A., bereinigte Fassung Bl. 424 ff. d. A.

<sup>245</sup> Berechnet aus den Antworten auf Frage B.2 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019.

<sup>246</sup> Artikel „Mehr Glasfaser für alle! Aber erst später“ vom 17.05.2018, <https://www.wiwo.de/unternehmen/it/telekom-mehr-glasfaser-fuer-alle-aber-erst-spaeter/22577076.html> (zuletzt abgerufen am 13.08.2019).



etwa 140.000 (gut 15 %).<sup>247</sup> Auch im Kooperationsgebiet ist ihr FTTB/H-Ausbau mit [<50.000] HHUSTO, d.h. [0-5]% aller HHUStO bzw. [10-20]% aller mit FTTB/H erschlossenen HHUStO vergleichsweise gering.<sup>248</sup>

### **cc) Marktzutrittsschranken**

- (308) Der Markt ist entsprechend den vorläufigen Feststellungen der BNetzA im Verfahren zur Analyse des Marktes für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang<sup>249</sup> durch hohe strukturelle Zutrittsschranken gekennzeichnet.
- (309) Die bestehende kupferbasierte TK-Infrastruktur insbesondere für das Vorleistungsangebot von lokalem Zugang ist nur schwer zu duplizieren. Dies wäre mit einem hohen Kosten- und Zeitaufwand verbunden. Soweit ein Wettbewerber der TDG ohne eigenes Netz bis zum Endkunden Vorleistungsprodukte (z.B. einen Layer 2-Bistrom für VDSL) für einen lokal bereitgestellten Zugang auf Basis eigener Infrastruktur anbieten möchte, muss er hierzu HVT bzw. KVz mit Glasfaser und aktiver Technik (im Multifunktionsgehäuse – „MFG“) erschließen.
- (310) Zusätzlich verstärkt werden die Marktzutrittsschranken durch den Einsatz der Vectoring-Technik. Denn der Ausbau mit der Vectoring-Technik setzt voraus, dass ein einziges Unternehmen auf alle im jeweiligen KVz vorhandenen Kupfer-Doppeladern zugreift.<sup>250</sup> Außerhalb der Nahbereiche konnten auch Wettbewerber der TDG KVz ausbauen. Innerhalb der Nahbereiche hat hingegen die TDG grundsätzlich ein exklusives Ausbaurecht, sofern die Wettbewerber nicht auf Grund bereits getätigter Investitionen und verbindlicher Ausbauzusagen ein Abwehrrecht geltend machen können.<sup>251</sup> Im Kooperationsgebiet war praktisch

---

<sup>247</sup> Dialog Consult / VATM, 21. TK-Marktanalyse Deutschland 2019, S. 15, abrufbar über [www.vatm.de](http://www.vatm.de).

<sup>248</sup> Berechnet aus Anlage 14 zur Anmeldung.

<sup>249</sup> BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 230 [226] ff.

<sup>250</sup> ADSL-Produkte können weiterhin angeboten werden, allerdings ist die damit verfügbare Bandbreite deutlich geringer als bei mit Vectoring aufgewertetem VDSL.

<sup>251</sup> Vgl. BKartA, TB 2013/2014, S. 99 f. und TB 2015/2016, S.103 jeweils mit Darstellung der Stellungnahme gegenüber der BNetzA.

nur EWE überhaupt in der Lage trotz bestehender Marktzutrittschranken in Teilen des Kooperationsgebietes VDSL-Anschlüsse zu errichten bzw. mit Vectoring auszubauen.<sup>252</sup>

- (311) Auch die bei einer Errichtung von FTTB/H-Netzen zu überwindenden Hürden sind sehr hoch. Diese betreffen nicht nur das insbesondere mit hohen Tiefbaukosten verbundene Verlegen der Leitungen im Außenbereich, sondern im Fall von FTTH auch die Inhouse-Verkabelung, die einen nicht unerheblichen Anteil der Kosten ausmacht. Zudem müssen hierzu i. d. R. bereits vor der Durchführung der Maßnahmen Gestattungsverträge mit den betroffenen Hauseigentümern abgeschlossen werden, was einen weiteren Aufwand bedeutet. Eine große Herausforderung bei der Erstellung von massenmarktfähigen FTTH/B-Infrastrukturen stellt auch die Sicherstellung der Amortisierung der Kosten dar.<sup>253</sup> Investitionen in FTTB/H-Netze stellen zum größten Teil versunkene Kosten dar. Bei der Errichtung getätigte Investitionen können nicht zu einem späteren Zeitpunkt kostendeckend deinstalliert und weiterveräußert bzw. zu anderen Zwecken genutzt werden.
- (312) Angesichts der hohen Kosten und des hohen Investitionsaufwands, die auf einen Anbieter bei der Umrüstung oder beim Neuaufbau zukommen, ist selbst bei Anbietern, die bereits Glasfaser bis zum KVz ausgebaut haben, nicht davon auszugehen, dass diese ohne erhebliche Kosten und höheren Zeitaufwand Glasfaser-Teilnehmeranschlussleitungen in größerem Umfang bereitstellen könnten.
- (313) Zwar zeigt sich, dass – wie im Fall von EWE oder auch der Deutschen Glasfaser – Bedingungen vorliegen können, die einen Marktzutritt – insbesondere im Bereich der sehr leistungsfähigen glasfaserbasierten Infrastrukturen – durch alternative Anbieter zulassen. Betreiber reiner FTTB/H-Netze haben bislang aber nur eine geringe Marktdurchdringung erreicht. Neben EWE und Deutsche Glasfaser sowie in sehr geringem Umfang auch Tele Columbus<sup>254</sup> haben lediglich kleinere Anbieter jeweils regional beschränkt FTTB/H-Netze errichtet. Häufig handelt es sich um Stadtwerke mit einem auf das Gebiet ihres jeweiligen

---

<sup>252</sup> Daneben gibt es zwar auch eine Reihe weiterer Anbieter, die – in der Regel gefördert – FTTC ausgebaut haben und darüber VDSL-Anschlüsse realisieren können, doch ist das Ausbauvolumen dieser Anbieter auch in der Summe so gering, dass sie hier vernachlässigt werden können.

<sup>253</sup> Ausführlich zu den Rahmenbedingungen des FTTB/H-Netzausbaus unter Rn. (362) ff.

<sup>254</sup> Tele Columbus ist ein bundesweit tätiger Kabelnetzanbieter mit Schwerpunkt in den östlichen Bundesländern. Daneben betreibt Tele Columbus auch den FTTB/H-Ausbau, vgl. Antwort der Tele Columbus auf Frage A.3 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019.

Trägers beschränkter Versorgungsauftrag. Hierzu<sup>255</sup> gehören etwa die GVG Glasfaser<sup>256</sup>, die Buchholz Digital<sup>257</sup>, tkrz Stadtwerke<sup>258</sup>, die Stadtwerke Lengerich<sup>259</sup> und sewikom<sup>260</sup>. Der deutlich regionale Charakter des Ausbaus dieser FTTB/H-Netze, die zudem derzeit erst einen relativ geringen Teil des Breitbandmarktes abbilden, lässt jedoch nicht den Schluss zu, dass in dem abgegrenzten sachlich und geografisch definierten Markt keine Marktzutrittschranken vorliegen bzw. diese punktuellen Markteintritte den Verhaltensspielraum der TDG bei der Setzung ihrer Vorleistungspreise wirksam begrenzen könnten.<sup>261</sup>

- (314) Wenn darüber hinaus im Rahmen geförderter Projekte ein Ausbau von Anschlussnetzen erfolgt, so ist dies wiederum gerade als Indikation für ein Vorliegen von hohen Marktzutrittschranken zu werten. Denn ein nach Art. 107 AEUV grundsätzlich nicht zulässiger Eingriff des Staates in Form der Beihilfegewährung ist im Einklang mit den EU-Beihilfavorschriften unter engen Voraussetzungen dann zulässig, wenn im Kern ein Marktversagen vorliegt, welches einen Ausbau der entsprechenden Infrastrukturen verhindert.<sup>262</sup>

#### **dd) Aktueller und potentieller Wettbewerb**

- (315) Die Wettbewerber sind bislang nicht in der Lage, den Verhaltensspielraum der TDG auf dem Vorleistungsmarkt für den lokalen bereitgestellten Zugang wirksam zu begrenzen. Pa-

---

<sup>255</sup> Die im Folgenden genannten Anbieter haben jeweils mindestens 1.000 HHUStO erschlossen.

<sup>256</sup> Die GVG Glasfaser ist im Kooperationsgebiet im Wesentlichen im Landkreis Diepholz in Kooperation mit dem Eigenbetrieb des Landkreises und im Landkreis Aurich tätig, vgl. Antwort der GVG Glasfaser auf Frage A.3 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019.

<sup>257</sup> Die Buchholz Digital errichtet FTTB/H-Netze auf dem Gebiet der Stadt Buchholz in der Nordheide, vgl. Antwort der Stadtwerke Buchholz in der Nordheide auf Frage A.3 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019.

<sup>258</sup> Die tkrz bietet FTTC-Anschlüsse für Privatkunden in Emsdetten an, vgl. Antwort der tkrz auf Frage A.3 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019.

<sup>259</sup> Die Stadtwerke Lengerich realisiert über die teutel FTTB/H-Netze im Versorgungsgebiet der Stadtwerke Lengerich (Lengerich, Lienen, Hagen a.T.W., Ladbergen, Hasbergen und Tecklenburg), vgl. Antwort der Stadtwerke Lengerich auf Frage A.3 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019.

<sup>260</sup> sewikom betreibt FTTC- und FTTB/H-Netze in den Landkreisen Höxter und Lippe, vgl. Antwort der sewikom auf Frage A.3 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019.

<sup>261</sup> BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 234 [230].

<sup>262</sup> BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 235 [231].

parallel zur Infrastruktur der TDG kontrollieren teilweise noch weitere Unternehmen im Kooperationsgebiet breitbandfähige Infrastrukturen bis zum Endkunden. Allerdings bieten nicht alle lokale Zugangsprodukte an bzw. sind dazu in der Lage.

### **(1) Aktueller Wettbewerb**

- (316) Der von EWE ausgehende Wettbewerbsdruck auf dem Vorleistungsmarkt für den lokal bereitgestellten Zugang ist insgesamt zwar als relevant, aber derzeit noch nicht als sehr hoch einzuschätzen. Die von EWE mit eigener Infrastruktur ausgebauten Anschlüsse, die entweder bereits als Kundenanschlüsse realisiert wurden oder ohne größeren Aufwand realisiert werden könnten, umfasst im Falle von FTTC-Anschlüssen [1-1,5] Mio. der HHUStO, im Falle der FTTB/H-Anschlüssen [<200.000] HHUStO.<sup>263</sup> Tatsächlich kann EWE über die mit Glasfaser ausgebauten/erschlossenen Kabelverzweiger und Hauptverteiler im Kooperationsgebiet [40-50]% der HHUStO mit mindestens VDSL erreichen<sup>264</sup> und erzielt auf dem nachgelagerten Endkundenmarkt für Breitbandanschlüsse einen Anteil von [20-30]%.<sup>265</sup>
- (317) Vorleistungsprodukte bietet EWE an, erzielt damit aber bislang nur geringe Umsätze. Trotz des Potenzials zum Absatz von Vorleistungen auf Grund des FTTC-Ausbaus und des Einsatzes der Vectoring-Technik bleibt die Stellung der EWE insoweit schwächer, als sie dafür die TAL als Vorleistung von der TDG beziehen muss. Ein erheblicher Teil der Wertschöpfung und ein erhebliche größerer Teil der Marge<sup>266</sup> entfällt damit auf die TDG. Der Umfang des FTTB/H-Ausbaus durch EWE ist derzeit jedenfalls noch zu gering, dass von ihm eine hinreichende Kontrolle des Verhaltensspielraums der TDG auf dem Vorleistungsmarkt zu erwarten ist.<sup>267</sup>

---

<sup>263</sup> Stand Ende 2018, siehe Anlage 14 zu Anmeldung (Bl. 2396 ff. d. A.), Spalten W und X, Zeile 4.

<sup>264</sup> DLA Piper E-Mail vom 10.07.2019 (Bl. 5687 f. d. A.).

<sup>265</sup> Anlage 13 zur Anmeldung (Bl. 2389 ff. d. A.).

<sup>266</sup> Das kupferbasierte Netz der TDG ist weitgehend beschrieben. Die Vorleistungsentgelte werden jedoch von der BNetzA grundsätzlich zu Wiederbeschaffungswerten genehmigt, was bei der TDG zu hohen Gewinnen führt.

<sup>267</sup> Vgl. Rn. (304).

- (318) Auch von Dritten geht kein hinreichender Wettbewerbsdruck aus. Dies gilt insbesondere auch für die Deutsche Glasfaser, die punktuell im Kooperationsgebiet FTTB/H-Netze errichtet. Bisher setzt die Deutsche Glasfaser nur in geringem Umfang überhaupt Vorleistungen an Dritte ab, im Kooperationsgebiet gar keine.<sup>268</sup>
- (319) Zu den im Kooperationsgebiet vertretenen überregionalen Anbietern gehört auch die vitroconnect. TK-Anbietern wird über die vitroconnect ein Open Access Modell angeboten.<sup>269</sup> Sie nimmt insofern eine Sonderstellung ein, als sie keine Produkte für den Endkundenmarkt anbietet, sondern Dienstleistungen z.B. im Netzbetrieb für Dritte erbringt. Eine typische Anwendung ist der Betrieb eines TK-Netzes, das ein Stadtwerk in seinem jeweiligen Gebiet errichtet hat. Der Umfang der Tätigkeit von vitroconnect im Kooperationsgebiet ist ebenfalls gering.<sup>270</sup>
- (320) Weitere Anbieter im Kooperationsgebiet sind bislang über marginale Marktanteile nicht hinausgekommen und oft auch nur – wie insbesondere Stadtwerke und deren Tochterunternehmen – in kleineren Teilgebieten des Kooperationsgebietes tätig.<sup>271</sup> FTTC-Netze in vergleichsweise geringem Umfang<sup>272</sup> und mit Beschränkung auf kleinere Gebiete haben im

---

<sup>268</sup> Antwort der Deutschen Glasfaser auf Fragen 5, 6 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019.

<sup>269</sup> Dies ermöglicht insbesondere Stadtwerken Dritten Bitstromprodukte anzubieten, vgl. Rn. (375).

<sup>270</sup> Vgl. Rn. (294).

<sup>271</sup> Vgl. Rn. (294).

<sup>272</sup> Die im Folgenden aufgeführten Anbieter verfügen jeweils über 5.000 bis 15.000 realisierbare Breitbandanschlüsse im Kooperationsgebiet (Antworten auf Frage B6 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019). Das entspricht einem Anteil von weniger als 1% aller im Kooperationsgebiet gelegenen HHUStO.

Kooperationsgebiet regionale Anbieter wie sewikom<sup>273</sup>, die TNG Stadtnetz<sup>274</sup>, die tkrz Stadtwerke<sup>275</sup>, und die Marco Bungalski<sup>276</sup> realisiert. Die RheiNet hat in der Stadt Rheine in Kooperation mit der EWE die FTTC-Erschließung durchgeführt.<sup>277</sup> Auch die zum RWE Konzern gehörende innogy TelNet ist in geringem Umfang im Kooperationsgebiet tätig. Sie baut und betreibt die passive und aktive Infrastruktur zur Realisierung von Breitbandanschlussprodukten auf Vorleistungs- und Endkundenebene. Auch insgesamt gesehen können diese Anbieter aufgrund ihrer geringen Marktdurchdringung und der hohen Marktzutritts- und Expansionshürden den überragenden Verhaltensspielraum der TDG nicht hinreichend begrenzen.

## **(2) Potentieller Wettbewerb**

- (321) Sowohl mit Blick auf das geografischen Gebiet der Ausdehnung als auch die Gesamtzahl der durch alternative Teilnehmernetzbetreiber realisierten Anschlussleitungen kann nicht davon ausgegangen werden, dass weitere Markteintritte beziehungsweise eine Expansion der Teilnehmeranschlussnetze in einem solchen Umfang erfolgen würden, dass hiervon eine marktmachtbegrenzende Wirkung ausgehen könnte. Zunächst einmal erfolgt dieser Netzausbau überwiegend regional und in eng begrenzten Bereichen, in denen die Netzbetreiber damit rechnen können, eine ausreichende Anzahl an Kunden gewinnen zu können, um eine Amortisation der Investitionen zu sichern. Wegen der hohen Investitionskosten und der Errichtung der Infrastruktur ist nicht damit zu rechnen, dass ein Ausbau alternativer

---

<sup>273</sup> sewikom betreibt FTTC- und FTTB/H-Netze in den Landkreisen Höxter und Lippe, vgl. Antwort der sewikom auf Frage A.3 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019.

<sup>274</sup> Die TNG Stadtnetz betreibt auf Grund einer Kooperation mit den Stadtwerken Soltau das Netz der Stadtwerke Soltau, vgl. Antwort der TNG Stadtnetz auf Frage A.3 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019.

<sup>275</sup> Die tkrz bietet FTTC-Anschlüsse für Privatkunden in Emsdetten an, vgl. Antwort der tkrz auf Frage A.3 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019.

<sup>276</sup> Die Marco Bungalski ist seit 2019 im Breitbandausbau in unterversorgten Gebieten des Landkreises Verden, dem Heidekreis und in Teilbereichen der Stadt Bremen tätig, vgl. Antwort der tkrz auf Frage A.3 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019.

<sup>277</sup> Im Rahmen dieser Kooperation baut und betreibt die RheiNet das passive und aktive FTTC-Netz in Rheine und die EWE mietet die TAL der TDG, stellt Telekommunikationsdienste bereit und rechnet diese mit Privatkunden ab, vgl. Antwort der RheiNet auf Frage A.3 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019. Wegen dieses besonderen Kooperationsmodells sind die betreffenden Anschlüsse im Rahmen der Ermittlung des Potentials der jeweiligen Anbieter nicht der RheiNet sondern der EWE zugeordnet worden. Im Rahmen der Ermittlung der Marktanteile auf den Vorleistungsmärkten wurden die Absatz- und Umsatzmengen der RheiNet berücksichtigt.

Netzstrukturen bezogen auf den Gesamtmarkt im Beurteilungszeitraum in so bedeutendem Rahmen erfolgen wird, dass dies für einen erheblichen potentiellen Wettbewerb spräche.

- (322) Auch von Kabelnetzbetreibern geht kein potentieller Wettbewerb aus, der den Verhaltensspielraum der TDG hinreichend kontrollierten könnte.
- (323) Die Beteiligten vertreten die Ansicht, der von Kabelnetzbetreibern ausgehende potentielle Wettbewerbsdruck begrenze die Verhaltensspielräume der Beteiligten. Sie meinen, derzeit würden nur aus taktischen Gründen keine Vorleistungen angeboten. Sie halten es für möglich, dass sie ein Layer 2-BSA-Produkt anbieten oder hierzu regulatorisch verpflichtet werden könnten.<sup>278</sup>
- (324) Das Angebot eines Produkts für den lokal bereit gestellten Zugangs auf der Basis der Kabelnetze ist jedoch derzeit nicht zu erwarten. Dies entspricht der Einschätzung der BNetzA im laufenden Verfahren zur Analyse der Märkte 3a/b. Sie hat insoweit die WIK-Consult GmbH (WIK-Consult) mit einem Expertengutachten zu der Frage beauftragt, inwieweit es möglich ist, ein Layer 2-basiertes Vorleistungsprodukt bereit zu stellen, das im Wesentlichen einem physisch entbündelten Zugang (der bei Kabelnetzen nicht möglich ist) entspricht. WIK-Consult kommt in ihrem Gutachten zu der Einschätzung, dass ein geeignetes Layer 2-Zugangsprodukt für Kabel schon aus technischen Gründen bis Ende 2021 kaum möglich sei. Erst mit der für 2022 vorgesehenen Umstellung auf DOCSIS-Standard 3.1 Full Duplex werde ein solches Produkt nach Einschätzung von WIK-Consult wahrscheinlicher. Vodafone hat bestätigt, dass insbesondere für ein Layer 2-Zugangsprodukt eine Reihe von Anpassungen erforderlich ist.<sup>279</sup> Jedoch wäre ein solches Produkt in Deutschland mangels Flächendeckung der Kabelnetze auch dann weniger attraktiv als z.B. in den Niederlanden, wodurch es entsprechend nur begrenzt zur Einschränkung der wettbewerblichen Spielräume der Telekom geeignet ist.<sup>280</sup>

---

<sup>278</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 118.

<sup>279</sup> Antwort von Vodafone auf Frage 6 vom 06.07.2018 (Bl. 0701 ff. d. A.). Die technischen Hürden für ein Layer 3-Zugangsprodukt sind hingegen geringer.

<sup>280</sup> Vgl. BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 170 [166].

**ee) Indirekter Wettbewerbsdruck durch vertikal integrierte Anbieter**

- (325) Auch der von vertikal integrierten Anbietern auf dem Endkundenmarkt für breitbandigen Internetzugang ausgehende Wettbewerbsdruck reicht nicht aus, den Verhaltensspielraum der TDG auf dem Vorleistungsmarkt hinreichend zu kontrollieren. Dies gilt insbesondere für die Kabelnetzbetreiber, die über ihre HFC-Netze breitbandige Internetzugänge bereitstellen.
- (326) Die Beteiligten vertreten die Ansicht, Kabelnetzbetreiber seien bei hohen Bandbreiten dominant. Mit dem Vollzug der Übernahme von Unitymedia durch Vodafone verstärkte sich diese Marktmacht nochmals. Sie weisen darauf hin, dass mit Kabelnetzen 75% der deutschen Haushalte erreicht würden, davon eine erhebliche Zahl (mehr als 55%) mit Bandbreiten von 400 Mbit/s und ca. 25% mit Bandbreiten von 500 Mbit/s.<sup>281</sup> Dies begrenze die Preissetzungsspielräume von TDG (und EWE) auf den Vorleistungsmärkten. Bei künftig vom Gemeinschaftsunternehmen errichteten FTTB/H-Netzen müsse die Preissetzung so erfolgen, dass Dritte zu wettbewerbsfähigen Konditionen Produkte für Endkunden anbieten könnten. Gleiches gelte auch für die vorhandenen FTTC-Netze der Beteiligten.
- (327) Auch die Beschlussabteilung geht von einem indirekten Wettbewerbsdruck insbesondere von Vodafone über den Endkundenmarkt auf die TDG auch auf dem Vorleistungsmarkt auf lokaler Ebene aus.
- (328) Die Kabelnetzanbieter bieten über die von ihnen betriebenen TV-Kabelnetze ebenfalls breitbandigen Internetzugang an. Voraussetzung hierfür war die Einführung der Rückkanalfähigkeit dieser Netze. Die Leistungsfähigkeit dieser Netze konnte laufend verbessert werden. Kabelnetzbetreiber sind über ihre Kabelnetze bislang nicht bundesweit tätig, sondern auf ihren jeweiligen Footprint beschränkt.
- (329) Kabelnetzbetreiber vertreiben derzeit noch ausschließlich Endkundenprodukte. Über alle HFC-Netze zusammen können etwa zwei Drittel aller Haushalte im Bundesgebiet erreicht werden.<sup>282</sup> Mit Unitymedia hat der größte Kabelnetzbetreiber in Deutschland, Vodafone,

---

<sup>281</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 52 f.

<sup>282</sup> Vgl. BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 237 [233 f.]. Darüber hinaus könnte ein zusammengeschlossenes Unternehmen auch nicht solche Haushalte erreichen, die durch einen dritten Kabelnetzbetreiber erschlossen wurden.



den zweitgrößten übernommen.<sup>283</sup> Darüber hinaus gibt es noch weitere Betreiber von Kabelnetzen. Diese sind jedoch wesentlich kleiner gemessen an der Zahl der erreichbaren Anschlüsse und jeweils auch nur punktuell bzw. regional begrenzt verfügbar.<sup>284</sup> Vodafone betreibt nach der Übernahme von Unitymedia in Deutschland nach der TDG die am weitesten verbreiteten Netzinfrastrukturen. Vodafone (nicht aber die übernommene Unitymedia) realisiert neben Breitbandanschlüssen über die eigene Kabelinfrastruktur auch Endkundenprodukte über eingekaufte Vorleistungsprodukte und zwar auch in den von der Unitymedia versorgten Bundesländern.

- (330) Vodafone verfügt nunmehr bundesweit über [rund 25] Mio. eigenrealisierte HFC-Anschlüssen und erreicht damit in Deutschland eine Haushaltsabdeckung von knapp 60 %. Auf Grundlage von Vorleistungen der TDG bietet Vodafone darüber hinaus insbesondere außerhalb seines mit HFC-Kabel erschlossenen Gebietes auch Breitbandanschlüsse an. Hierüber werden auch Vorleistungen für Dritte bereitgestellt. Ein im Vergleich zu Vodafone (nach Übernahme von Unitymedia) weitaus kleinere Anbieter ist Tele Columbus mit Tätigkeitsschwerpunkt in den östlichen Bundesländern.
- (331) Das Vorhandensein dieser parallel zu den überwiegend kupferbasierten Netzen liegenden Kabelnetze ist historisch bedingt. Aus historischen Gründen sind diese Netze auch innerhalb ihres Footprints nicht flächendeckend ausgebaut, sondern nur lückenhaft. Es ist eine nur sehr geringe flächenmäßige Expansion der Kabelnetze seit ihrer Entstehung in den 1980er Jahren zu beobachten. Ein Neuausbau von Kabelinfrastrukturen erfolgt überwiegend in Neubaugebieten. Allerdings sind in den letzten Jahren Investitionen in die Aufrüstung der Kabelnetze zu beobachten. Die Kabelnetzbetreiber können dabei auf ein etabliertes Netz aufbauen und dieses sukzessive je nach Nachfragesituation bedarfsgerecht näher an den Endkunden heranführen und Netztopologie auf leistungsfähigere Übertragungsstandards aufrüsten.<sup>285</sup> Nach Angaben des VATM wächst das Angebot von Breitbandkabelanschlüssen, die mit der gigabitfähigen DOCSIS 3.1-Technik ausgerüstet sind gegenwärtig schneller als die Vermarktung. Ende Juni 2019 sind danach ca. 11,2 Mio. Haushalte mit

---

<sup>283</sup> Siehe Europäische Kommission, Entscheidung vom 18.07.2019, M.8864 – *Vodafone / Certain Liberty Global Assets*.

<sup>284</sup> Vgl. Broschüre des ANGA vom 22.09.2016, verfügbar unter: <https://anga.de/das-breitbandkabel-auf-dem-sprung-zur-gigabit-infrastruktur> (zuletzt abgerufen am 13.08.2019).

<sup>285</sup> BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 233 [229].

gigabitfähigen Kabelanschlüssen erschlossen und davon ca. 2,4 Mio. (ca. 21,4 %) aktiv geschaltet.<sup>286</sup>

- (332) Im Kooperationsgebiet ist von den Kabelnetzbetreibern (nach der Übernahme von Unitymedia) in erster Linie nur Vodafone tätig. Der im Kooperationsgebiet tätige weitere Kabelnetzanbieter, Tele Columbus, hat seinen Tätigkeitsschwerpunkt in den ostdeutschen Bundesländern und ist im Kooperationsgebiet nur in geringem Umfang mit einer Abdeckung von [0-5]% tätig.<sup>287</sup>
- (333) Die bisherige Marktentwicklung belegt nicht einen so erheblichen mittelbar über den Endkundemarkt erzielten Druck, der die Verhaltensspielräume der TDG in einem hinreichenden Maße zu kontrollieren vermag. Sie ist durch einen allenfalls moderaten Rückgang des Marktanteils der TDG und ihrer Vorleistungsnachfrager auf dem Endkundenmarkt in den letzten fünf Jahren gekennzeichnet.
- (334) Der Marktanteil, den Vodafone mit kabelbasierten Breitbandprodukten für Endkunden erreicht, ist nach Schätzungen der Beteiligten<sup>288</sup> im Kooperationsgebiet zwischen 2014 und 2018 moderat gestiegen und liegt bei [10-20]%. Der Anteil des DSL-Geschäfts von Vodafone auf dem Massenmarkt liegt im Kooperationsgebiet bei [5-10]%. Unitymedia hatte einen nahezu konstanten Marktanteil im einstelligen Bereich. Der Marktanteil der TDG nimmt in diesem Zeitraum leicht ab und liegt bei [30-40]%. Infolge der Übernahme von Unitymedia wird Vodafones Marktanteil auf dem Endkundenmarkt auf [20-30]% steigen. Bundesweit gesehen wird Vodafone infolge der Übernahme aufgrund von Synergien voraussichtlich stärker in der Vermarktung seiner Produkte werden. Aufgrund der Übernahme wird es allerdings nicht zu einer Verbesserung der Kabelnetzqualität kommen. Somit ist von einer gewissen Erhöhung des indirekt über den Endkundenmarkt ausgeübten Wettbewerbsdrucks von Vodafone auf die TDG auszugehen, jedoch nicht in einem Ausmaß, welches TDGs überragende Marktstellung auf dem Vorleistungsmarkt hinreichend relativiert.

---

<sup>286</sup> Siehe VATM, Marktanalyse Gigabit-Anschlüsse 2019, S. 5.

<sup>287</sup> Antwort von Tele Columbus auf Frage A.3 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019.

<sup>288</sup> Marktanteile berechnet nach Absatz und Umsatz, vgl. Anlage 12 zur Anmeldung (Bl. 2385 ff. d. A.).

- (335) Eine andere Betrachtung ist auch nicht im Hinblick auf die von den Beteiligten angeführte stärkere Stellung der Kabelnetzbetreiber bei Anschlüssen mit höheren Bandbreiten angezeigt. Auch der größere Erfolg bei der Gewinnung von Neukunden (Anteil von [50-70]% bei Kabelnetzbetreibern gegenüber einem Anteil von [20-40]% bei der TDG) spricht nicht für eine hinreichende Kontrolle des Verhaltens der TDG auf dem vorgelagerten Vorleistungsmarkt.<sup>289</sup> Es trifft zu, dass der Anteil der Breitbandanschlüsse mit höheren nominellen Empfangsbandbreiten in den letzten Jahren stetig zugenommen hat. Der Anteil der Anschlüsse mit Bandbreiten, die auf Grundlage eines mit VDSL ausgebauten und mit Vectoring und Super-Vectoring weiter ertüchtigten TK-Netzes nicht mehr dargestellt werden kann, ist aber nach wie vor vergleichsweise gering. Für 2018 geht der VATM davon aus, dass etwa ein Drittel aller Anschlüsse Empfangsbandbreiten von 50 Mbit/s und mehr hat. Mit VDSL-Anschlüssen können Bandbreiten bis zu 50 Mbit/s realisiert werden. Bei Einsatz von Vectoring und Super-Vectoring sind Bandbreiten von 100 Mbit/s bzw. 250 Mbit/s möglich.<sup>290</sup>
- (336) Hinzu kommt, dass die Marktentwicklung hin zu höheren Bandbreiten tendenziell die Stellung der TDG gegenüber ihren Vorleistungsnachfragern auch stärkt, soweit sich die Vorleistungsnachfrage von der TAL auf Bitstromprodukte verlagert.<sup>291</sup> Dies führt im Ergebnis dazu, dass ein höherer Teil der Wertschöpfung aus der TK-Infrastruktur bei der TDG verbleibt und das Differenzierungspotenzial der Vorleistungsnachfrager auf dem Endkundenmarkt tendenziell reduziert wird.<sup>292</sup> Es ist vor diesem Hintergrund nicht zu erwarten, dass eine stärker ausgeprägte Stellung der Kabelnetzbetreiber bei höheren Bandbreiten den Verhaltensspielraum der TDG auf dem vorgelagerten Vorleistungsmarkt wirksam begrenzt.
- (337) Gegen einen hinreichenden Wettbewerbsdruck durch die Kabelnetzbetreiber spricht auch, dass sie im Gegensatz zum TK-Netz keine vollständige Abdeckung erreichen. Insgesamt

---

<sup>289</sup> . Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 144.

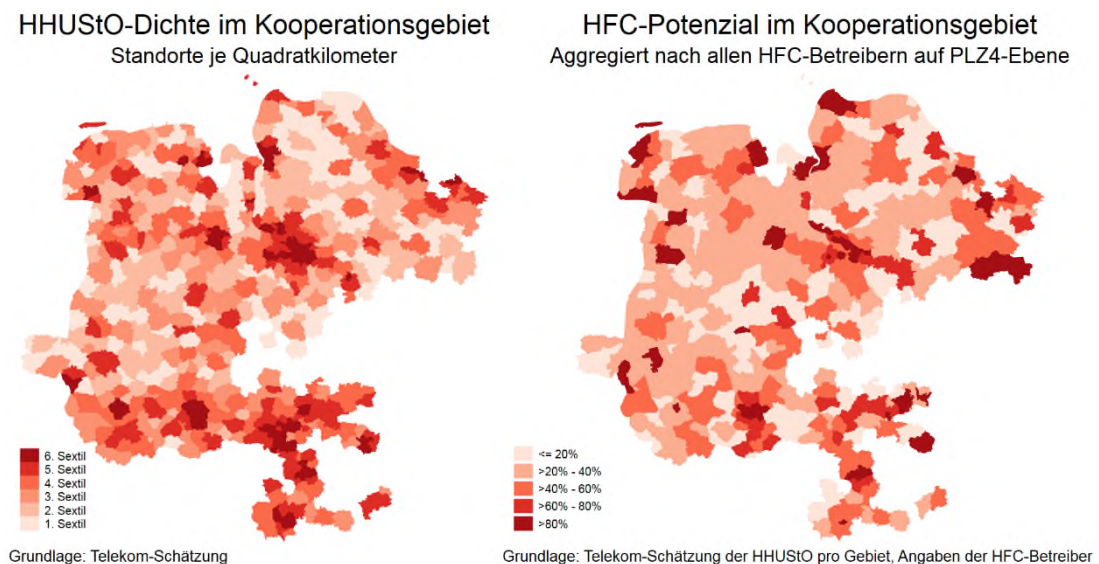
<sup>290</sup> Siehe BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 65 [69], Fußnote 168 [175].

<sup>291</sup> Hierzu unter Rn. (202).

<sup>292</sup> Die Differenzierungsmöglichkeiten hängen von der Ausgestaltung des Bitstromproduktes ab. Es ist nicht ausgeschlossen, dass auch ein Layer 2-Produkt zumindest vergleichbare Gestaltungsmöglichkeiten für Vorleistungsnachfrager bietet wie ein Zugang zur TAL.

erreichen die Kabelnetzbetreiber im Kooperationsgebiet nach dem Ergebnis der Ermittlungen eine Abdeckung von [50-60]%.<sup>293</sup> Aus Abbildung 5 ergibt sich der Erschließungsgrad mit HFC-Netzen, der sich in der Tendenz stark auf die dichter besiedelten städtischen Gebiete konzentriert<sup>294</sup>:

Abbildung 5: HHUStO-Dichte und HFC-Potenzial im Kooperationsgebiet



- (338) Einen gewisser zusätzlicher Wettbewerbsdruck durch Vodafone auf die TDG dürfte durch das in absehbarer Zeit zu erwartende Layer 3-BSA-Angebot von Vodafone entstehen, welches das Unternehmen im Fusionskontrollverfahren der Europäischen Kommission zur Prüfung des Erwerbs von Unitymedia durch Vodafone zugesagt hat. Diese Zusagen beschränken sich allerdings auf einen exklusiven Zugang durch Telefónica, die bundesweit bei Internetzugängen an festen Standorten auf der Basis eines Layer 3-BSA-Produktes der TDG nur über eine vergleichsweise geringe Marktstellung verfügt und deren Marktanteil im

<sup>293</sup> Berechnet aus den Angaben zu Frage B.2 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019. Berücksichtigt nicht, dass es möglicherweise in Randbereichen auch zu Überschneidungen der Kabelnetze untereinander kommen kann. Die Beteiligten überschätzen die Abdeckung durch Kabelnetzbetreiber mit über 60%, vgl. S. 146 der Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.). Dementsprechend überschätzen sie möglicherweise in Anlage 14 zur Anmeldung, (Bl. 2396) auch die Überlappung ihrer mit FTTC ausgebauten Anschlüsse.

<sup>294</sup> Beruht auf Angaben zur Frage B3 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019 und Schätzungen der TDG, vgl. Vermerk „Auswertung räumlicher Daten zur Präsenz von Infrastrukturen und zur Verteilung von Marktanteilen auf dem Breitband-Endkundenmarkt“, Bl. 9451 d. A.

Kooperationsgebiet <10 % nicht übersteigt.<sup>295</sup> Realisiert werden kann der Zugang voraussichtlich erst in über einem Jahr, da Vodafones Netz bislang noch nicht für die Gewährung von Vorleistungsprodukten ausgerüstet ist. Da Vodafone und Unitymedia gemeinsam nur etwa [50-60]% der HHUStO des Kooperationsgebietes abdecken,<sup>296</sup> kann auch nach der Realisierung nicht von einem vollständigen Marktanteilsübergang von der TDG auf Vodafone ausgegangen werden, selbst wenn Telefónica seine Endkunden teilweise vom TDG-Netz auf das Kabelnetz migriert.<sup>297</sup> Insgesamt gesehen wird daher auch der hierdurch mittelbar auf den Markt für den lokal bereit gestellten Zugang ausgeübte Wettbewerbsdruck keine hinreichende Kontrolle des Verhaltensspielraums der TDG bewirken.

#### **ff) Zugang zu Kapitalmärkten/Finanzielle Ressourcen**

- (339) Im Vergleich zu anderen Wettbewerbern hat die TDG einen besseren Zugang zu den Kapitalmärkten und verfügt über größere finanzielle Ressourcen.
- (340) TDG ist sowohl bezogen auf den Umsatz in Deutschland als auch bezogen auf den weltweiten Umsatz ihrer Muttergesellschaft DTAG das umsatzstärkste Unternehmen bzw. gehört der umsatzstärksten Unternehmensgruppe an. Die TDG erwirtschaftete im Jahre 2018 in Deutschland einen erheblich größeren Umsatz im Vergleich zu dem Umsatz der Vodafone Deutschland (2017) von ca. € 13,2 Mrd. (Unitymedias Umsatz eingerechnet). Weltweit erwirtschaftete die DTAG einen Konzernumsatz von etwa € 75,7 Mrd., während die Vodafone Group (2017) einen weltweiten Umsatz von ca. € 46,6 Mrd. hatte.<sup>298</sup> Die oben genannten Kennzahlen zeigen, dass die TDG als Tochterunternehmen der DTAG über sehr große finanzielle Ressourcen verfügt.
- (341) Der Abstand insbesondere zu den im relevanten Markt weiteren alternativen TNB (wie EWE) ist hoch. Diese überwiegend regional tätigen Unternehmen haben eine wesentlich

---

<sup>295</sup> Antwort auf Frage E 1 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019.

<sup>296</sup> Berechnet aus den Angaben zu Frage B.2 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019. Berücksichtigt nicht, dass es möglicherweise in Randbereichen auch zu Überschneidungen der Kabelnetze untereinander kommen kann. Als Gesamtzahl aller HHUStO wurden die von TDG angegebenen 3,6 Mio. HHUStO zu Grunde gelegt. Die Beteiligten gehen von einer etwas höheren Abdeckung durch Kabelnetzbetreiber aus (65%), vgl. S. 146 der Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.).

<sup>297</sup> Hierzu ausführlich unter Rn. (524).

<sup>298</sup> BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 282 [278], Tabelle 13 [13].

geringere Kapitalausstattung. Neben der TDG gibt es keinen ähnlich finanzstarken Wettbewerber, der über eigene Anschlussnetze in vergleichbarem Umfang verfügt. Wettbewerber, die auf den lokalen physischen oder virtuellen Zugang zum Netz der TDG angewiesen sind, müssten zunächst einmal umfangreiche Investitionen tätigen, um ein eigenes Teilnehmeranschlussnetz aufzubauen und dann ggf. auf dem hier relevanten Markt auch als Anbieter dieser Vorleistungen aufzutreten.

- (342) Die TDG hingegen muss – wie bisher auch – eher punktuell (z. B. in Neubaugebieten) ihr Teilnehmeranschlussnetz ausbauen, weil sie bereits über ein flächendeckendes Anschlussnetz in Deutschland verfügt, das bereits zum großen Teil (i.d.R. bis zum KVz) aus Glasfaser besteht. Bezüglich der Aufrüstung ihres bestehenden Anschlussnetzes zur Bereitstellung sehr hochbitratiger Dienste ist diese Aussage zwar zu relativieren. Denn gegenüber den für die Aufrüstung der HFC-basierten Netze erforderlichen Investitionen zur Erreichung von Geschwindigkeiten von bis zu 1 Gbit/s – jedenfalls im Download – dürften die Investitionen der TDG, um vergleichbare Geschwindigkeiten bereitzustellen, höher ausfallen. Im Vergleich verfügt die TDG als Teil des Konzerns DTAG aber über finanzielle Ressourcen, die weit über den Möglichkeiten der Wettbewerber mit regionaler Infrastruktur liegen. Entsprechend ist davon auszugehen, dass die TDG über einen leichten oder privilegierten Zugang zu Kapitalmärkten gegenüber den Wettbewerbern verfügt.

### **gg) Bedeutung der Regulierung**

- (343) Die der TDG von der BNetzA auferlegten Verhaltenspflichten stehen der Annahme einer marktbeherrschenden Stellung und eines vom Wettbewerb nicht hinreichend kontrollierten Verhaltensspielraums im Rahmen der Fusionskontrolle nicht entgegen.
- (344) Soweit die TDG im Rahmen des Gemeinschaftsunternehmens ein FTTB/H-Netz errichtet, unterliegt sie derzeit nicht der Regulierung. Mit Beschluss vom 13.07.2018<sup>299</sup> hat die BNetzA entschieden, dass die Regulierungsverfügungen BK3g-15/004 vom 01.09.2016 bzw. BK3h-14/114 vom 28.10.2015 nicht anwendbar sind. Sie begründete dies im Wesentlichen damit, dass das Gemeinschaftsunternehmen nicht als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht in der den Regulierungsverfügung zu Grunde liegenden Marktanalysen

---

<sup>299</sup> BNetzA, Beschluss vom 13.07.2018, BK 3-17/071.

genannt wurde. Von künftigen Regulierungsverfügungen dürfte das Gemeinschaftsunternehmen jedoch als mit der TDG verbundenes Unternehmen erfasst sein. Das Marktanalyseverfahren, auf deren Grundlage die Regulierung angepasst werden könnte, ist inzwischen abgeschlossen. Nach der Festlegung der BNetzA vom 11.10.2019 zur Marktdefinition und -analyse des Marktes für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten bereit gestellten Zugang (Markt Nr. 3a der Märkte-Empfehlung der EU-Kommission vom 09.10.2019) soll die TDG künftig einschließlich aller mit ihr verbundenen Unternehmen im Sinne des § 3 Nr. 29 TKG als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht der künftigen Regulierung unterliegen. Dies würde danach insbesondere auch für das zu gründende Gemeinschaftsunternehmen gelten.<sup>300</sup>

- (345) Selbst wenn danach mit hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen ist, dass das mit der TDG verbundene Gemeinschaftsunternehmen künftig einer Regulierung unterworfen wird, schließt dies die Annahme eines vom Wettbewerb nicht hinreichend kontrollierten Verhaltensspielraums im Rahmen der Fusionskontrolle nicht aus.
- (346) Dies ergibt sich schon daraus, dass nur Unternehmen der Regulierung unterliegen, die über beträchtliche Marktmacht verfügen. Mit der Regulierung werden diese Unternehmen einer Verhaltenskontrolle insbesondere in Form von Zugangsverpflichtungen und der Entgeltgenehmigung unterworfen, soweit dies für die Nachfrager und den Wettbewerb auf den jeweils betroffenen Märkten erforderlich ist.
- (347) Jedenfalls spielen für den Gegenstand des Gemeinschaftsunternehmens, den gemeinsamen Ausbau eines FTTB/H-Netzes durch TDG und EWE und die Bereitstellung eines Layer 2-Produktes für die Mütter und Dritte, und die damit einhergehende erhebliche Behinderung wesentlichen Wettbewerbs regulatorische Vorgaben keine Rolle.
- (348) Die der TDG im Rahmen der Regulierung auferlegten Pflichten zur Bereitstellung der TAL bzw. des Layer 2-Bitstromzugangsproduktes begrenzen ihren Verhaltensspielraum hinsichtlich des Angebots auf der Basis des von ihr betriebenen Telekommunikationsnetzes.

---

<sup>300</sup> Siehe BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 295 [291] und Fußnote 806 [799]. Die Verweise in eckigen Klammern beziehen sich auf den öffentlich verfügbaren Notifizierungsentwurf vom 05.09.2019 (öffentliche Fassung). Zum Umfang der Einstufung als Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht siehe auch Europäische Kommission, Beschluss der Kommission in der Sache DE/2019/2200, Stellungnahme nach Artikel 7 Absatz 3 der Richtlinie 2002/21/EG, C(2019) 7237 final, S. 10.

Sie ist vor allem dazu verpflichtet, auf der Basis ihrer vorhandenen TK-Infrastruktur anderen Telekommunikationsanbietern in bestimmter Art und Weise ein Angebot zur Nutzung dieser Infrastruktur zu machen. Darüber hinaus sind auch die Konditionen und die Preise dieser Angebote weitgehend durch Regulierungsentscheidungen festgelegt.

- (349) Hingegen bestehen beim Netzausbau Verhaltensspielräume, die nicht der Regulierung unterliegen.
- (350) Die TDG verfügt hinsichtlich des Ausbaus ihres bestehenden TK-Netzes über solche Verhaltensspielräume. Dies galt insbesondere in der Vergangenheit für den Ausbau mit Vectoring außerhalb der Nahbereiche unter Anwendung des „Windhund-Prinzips“. Aber auch soweit sie für den Ausbau innerhalb des Nahbereichs Ausbauzusagen abgegeben hat, hat sie Spielräume, die sie insbesondere auch nutzen kann, um Dritte vom Aufbau paralleler FTTB/H-Netze abzuschrecken.
- (351) Die Beteiligten selbst bzw. das Gemeinschaftsunternehmen sind vollkommen frei in ihrer Entscheidung, wo und in welchem Umfang sie überhaupt FTTB/H-Netze errichten. Diese Entscheidung ist insbesondere im vorliegenden Fall für die Marktstruktur und damit die fusionskontrollrechtliche Beurteilung des Vorhabens aber entscheidend.
- (352) Soweit sich eine mögliche künftige Regulierung auf einzelne Aspekte des Zugangs zu den neu errichteten FTTB/H-Netzen erstreckt, führt dies allenfalls zu einer Einschränkung der Verhaltensspielräume der Beteiligten, nicht jedoch zu deren vollständigen Fortfall. Darüber hinaus ist es derzeit eher wahrscheinlich, dass FTTB/H-Netze einer im Vergleich zur bisherigen Regulierung der kupferbasierten Netze der TDG milderer Form der Regulierung unterliegen werden. Denn nach vorläufiger Einschätzung der BNetzA kann die bisherige Form der auf das Kupfernetz der TDG bezogene Regulierung nicht ohne weiteres auf den Ausbau von FTTH/B-Netzen, wie es das Gemeinschaftsunternehmen plant, übertragen werden. Die BNetzA weist insbesondere auf die Gefahr hin, dass eine zu strikte Regulierung Investitionsanreize reduziert und den an sich gewollten Ausbau von FTTH/B-Netzen verlangsamt.<sup>301</sup>

---

<sup>301</sup> Vgl. hierzu die Konsultation der BNetzA zu investitions- und wettbewerbsfreundlichen Rahmenbedingungen für beschleunigten Glasfaserausbau. Die BNetzA hat in ihrer Pressemitteilung vom 14.03.2017 ausdrücklich Folgendes erklärt: „Die Unternehmen brauchen Anreize, in den Ausbau von Glasfasernetzen zu investieren. Ihnen sollten die nötigen Freiheitsgrade gewährt werden, um den Ausbau schneller voranzubringen“ bzw. "Insgesamt gilt es, bei neuen Technologien



- (353) Auch soweit die TDG derzeit freiwillig Universaldienstleistungen erbringt, schließt das die Annahme von Verhaltensspielräumen nicht aus. Die Universaldienstverpflichtung ist grundsätzlich technologieneutral formuliert. TDG ist frei darin, ob sie den Universaldienst, d.h. den Anschluss an ein öffentliches Telekommunikationsnetz an festen Standorten und Zugang zu öffentlichen Telefondiensten über ein Kupfer- oder Glasfasernetz bereitstellt. Praktisch kann sie allerdings die Bestandinfrastruktur nicht abbauen, solange noch nicht alle Endkunden auf die neue Infrastruktur migriert wurden.<sup>302</sup> Sie hat aber einen weiten Spielraum, über den Ausbau und die Migration ihrer Kunden zu entscheiden.

**c) Unilaterale Effekte (Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der TDG)**

- (354) Das beabsichtigte Zusammenschlussvorhaben erfüllt nicht die Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1 S. 1 GWB. Ohne Berücksichtigung der im Kartellverwaltungsverfahren für verbindlich erklärten Verpflichtungszusagen lässt es zwar eine wirksame Behinderung wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt für den lokal bereitgestellten Zugang im Kooperationsgebiet erwarten, weil es zu einer Absicherung und Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der TDG führen würde.<sup>303</sup> Die Verpflichtungszusagen gewährleisten jedoch im Ergebnis, dass die ohne sie drohende Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen verhindert bzw. ausgeglichen wird.
- (355) Bei Märkten mit einem hohen Konzentrationsgrad genügt schon eine geringfügige Beeinträchtigung des verbliebenen oder potentiellen Wettbewerbs. Die durch den Zusammenschluss zu erwartende Verstärkung einer bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellung muss dabei nicht im Sinne des § 1 GWB spürbar sein. Es genügt vielmehr, wenn die Marktmacht ausgleichende Wirkung des Wettbewerbs durch eine Veränderung der markt- und unternehmensbezogenen Strukturen in noch höherem Maße eingeschränkt wird, als dies schon vor dem Zusammenschluss der Fall war. Die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung kann insbesondere schon in der Stärkung der Fähigkeit liegen, nachstößenden Wettbewerb abzuwehren und den von Wettbewerbern und potentiellen Wettbewer-

---

durch mehr Markt und weniger Regulierung die Potenziale privatwirtschaftlicher Investitionen auszuschöpfen"; siehe auch BNetzA, Eck- und Diskussionspunkte für eine zukünftige Regulierung des Zugangs zum Kupfer- und Glasfaseranschlussnetz vom 05.07.2019.

<sup>302</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 123.

<sup>303</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 23.9.2014, KVZ 82/13 – *Marktbeherrschung als Regelbeispiel*.

bern zu erwartenden Wettbewerbsdruck zu mindern, um die bereits errungene Marktposition zu erhalten und zu sichern. Ein trotz Marktbeherrschung verbliebener oder potentieller Wettbewerb ist umso nachhaltiger zu schützen, je stärker der Grad der durch Konzentration eingetretenen Beschränkung des Wettbewerbs bereits ist.<sup>304</sup>

- (356) Die im Zuge der 8. GWB-Novelle erfolgte Einführung des SIEC-Tests, wonach die „erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ nunmehr Untersagungskriterium ist und die „Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung“ Regelbeispiele dieses Verbotstatbestands sind, hat an dieser Rechtslage nichts geändert. Durch die Erweiterung des Untersagungstatbestands wollte der Gesetzgeber die Prüfungs- und Eingriffsmöglichkeiten der deutschen Kartellbehörden und Kartellgerichte erweitern und diese in die Lage versetzen, komplexe Oligopolsachverhalte mit nicht koordinierten Effekten, Fälle vertikaler Integration, konglomerate Zusammenschlüsse oder Sachverhalte ohne Einzelmarktbeherrschung, die man mit dem bisherigen Kriterium der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nicht, nur eingeschränkt oder nur mit erheblichem Aufwand erfassen konnte, wirksamer und einfacher handhaben zu können. Nur insoweit war eine Angleichung der deutschen Normlage an das europäische Recht gewollt. Die Kartellrechtsnovelle hat nicht zu dem Ergebnis geführt, dass für die Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens nunmehr eine „erhebliche“ Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung notwendig ist. In der Gesetzesbegründung<sup>305</sup> hat der Gesetzgeber nämlich klargestellt, dass die bisherige gerichtliche Praxis zur Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung unverändert fort gilt.<sup>306</sup>
- (357) EWE ist im Kooperationsgebiet bereits aktueller Wettbewerber der TDG auf dem Vorleistungsmarkt für lokale Zugangsprodukte, auch wenn der Umfang der von EWE für Dritte tatsächlich bereitgestellten Vorleistungen derzeit noch gering ist.
- (358) EWE ist aufgrund ihrer im Kooperationsgebiet umfangreich vorhandenen Infrastruktur und ihrer bereits vorhandenen erheblichen Marktstellung auf dem Endkundenmarkt auch in der Lage, dort in den Glasfaserausbau zu investieren. Es ist zu erwarten, dass die EWE auch

---

<sup>304</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 21.12.2004, KVR 26/03 – *Deutsche Post/trans-o-flex*, Rn. 26 m.w.N.

<sup>305</sup> Dort zu Nummer 20 Absatz 3 = WuW-Sonderheft 8. GWB-Novelle, Seite 148.

<sup>306</sup> Zum Ganzen erneut OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.12.2018, VI-Kart 3/18 (V) – *Ticketvertrieb I*, Rn. 96 f. (juris).

ohne die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens im Kooperationsgebiet weiterhin Glasfaser ausbauen würde, wenn auch aufgrund der schleppenden Nachfrage und der generell gestiegenen Tiefbaukosten möglicherweise in den nächsten Jahren – abgesehen von Neubau- und Fördergebieten – in einem etwas langsameren Tempo als Ende 2016 öffentlich verkündet.<sup>307</sup> Da EWE mit ihren neuen Glasfasernetzen in Konkurrenzsituation zu dem parallelen TK-Netz in erster Linie der TDG stehen würde, hätte sie zur Erreichung eines hinreichenden Auslastungsgrades ihrer neuen Netze auch sehr hohe Anreize, dritten Vorleistungsnachfragern Zugang zu wettbewerbsfähigen Bedingungen zu gewähren.

- (359) Mit der Fortsetzung ihres Ausbaus weiterer Glasfasernetze im Kooperationsgebiet könnte EWE den Wettbewerb mit qualitativ hochwertigen Anschlüssen intensivieren. Die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens wird den insoweit von der EWE auf die TDG ausgeübten Wettbewerbsdruck beseitigen. EWE wird künftig außerhalb der Fördergebiete auf den autonomen Ausbau von FTTB/H-Netzen und eine entsprechende Ausweitung ihres Vorleistungsangebots zu Gunsten eines mit der TDG koordinierten Ausbaus verzichten. Allerdings wird der Wegfall des Wettbewerbsdrucks durch EWE infolge der verbindlichen Zusagen, die eine Steigerung des Glasfaserausbau sowie attraktive Angebote auf dem Vorleistungsmarkt sicherstellen, ausgeglichen (hierzu unter aa)).
- (360) Darüber hinaus bestünde (ohne die im Rahmen der § 32 b-Entscheidung für verbindlich erklärten Zusagen) die Gefahr, dass dritte Unternehmen, die potentiell in der Lage und willig wären, in den Glasfaserausbau zu investieren, durch die Kooperation der Beteiligten, die im Kooperationsgebiet zu den mit Abstand größten und ausbaufähigsten TK-Unternehmen gehören, von einem eigenen Glasfaserausbau in diesem Gebiet abgeschreckt würden, was eine weitere Absicherung der Marktstellung der TDG zur Folge hätte. Diese Folge wird durch die verbindlichen Zusagen vermieden, die bestimmte ursprünglich vorgesehene Abschreckungsmaßnahmen des Gemeinschaftsunternehmens gegenüber Dritten verhindern (hierzu unter bb)).

---

<sup>307</sup> Vgl. EWE, Pressemitteilung vom 08.12.2016, Milliarden-Zukunftsprojekt: EWE bringt Glasfaser in die Häuser, <https://www.ewe.com/de/presse/pressemitteilungen/2016/12/milliarden-zukunftsprojekte-ewe-bringt-glasfaser-in-die-huser-ewe-ag> (zuletzt abgerufen am 13.08.2019).

**aa) Wegfall des vom FTTB/H-Ausbau durch EWE ausgehenden Wettbewerbsdrucks**

- (361) Derzeit übt EWE durch den bereits eingeleiteten Ausbau des FTTB/H-Netzes einen relevanten Wettbewerbsdruck auf die TDG auf dem Vorleistungsmarkt für den lokal bereit gestellten Zugang aus, der die Markstellung der TDG zu schwächen droht.

**(1) Rahmenbedingungen des FTTB/H-Netzausbaus und Vorleistungsangebots**

- (362) Der FTTB/H-Netzausbau ist Teil eines länger dauernden Investitionsprozesses, bei dem das traditionell kupferbasierte Anschlussnetz sukzessive durch Glasfaser ersetzt bzw. überbaut wird.<sup>308</sup> Diese oftmals über 20 Jahre und mehr vorausschauend getätigten Investitionen werden insbesondere unternommen, um die mittel- bis langfristig steigende Bandbreitennachfrage bedienen zu können, für die kupferbasierte Anschlussnetze aller Voraussicht nach künftig nicht geeignet sein werden. Hierbei werden im Wesentlichen Infrastrukturen zunächst parallel zum vorhandenen Kupfernetz errichtet. Es wird erwartet, dass die Auslastung der FTTB/H-Netze anfänglich begrenzt ist, da der Bedarf vieler Kunden kurzfristig noch mit kupferbasierten Netzen befriedigt werden kann. Mit steigender, nur noch mit FTTB/H-Netzen bedienbarer Bandbreitennachfrage von immer mehr Endnutzern erhöht sich künftig aber absehbar die Auslastung der FTTB/H-Netze. Entsprechend werden derzeit FTTB/H-basierte Vorleistungen nur in geringem Umfang an Dritte abgesetzt. Eine umfangreiche Nachfrage nach FTTB/-H basierten Vorleistungen hat sich bislang noch nicht gebildet. Es ist allerdings zu erwarten, dass sich eine solche dedizierte Nachfrage nach und nach mittel- bis langfristig entwickeln und eine prägende Marktbedeutung einnehmen wird.

**(a) FTTB/H-Netzausbau**

- (363) Konkrete Ausbauentscheidungen werden i.d.R. nur für vergleichsweise kleine Gebiete getroffen. EWE hat erläutert, im Rahmen des Projekts „Lichtwelle“ auf Grund bestimmter Parameter die konkrete Ausbauentscheidung zu treffen. Auch die Deutsche Glasfaser trifft

---

<sup>308</sup> Daneben erhöhen Kabelnetzbetreiber die Leistungsfähigkeit ihrer HFC-Netze, vgl. oben Rn. (130).

Ausbauentscheidungen für relativ kleine Gebiete.<sup>309</sup> Gleiches trifft auch für die Telekom zu.<sup>310</sup>

- (364) Die Entscheidung über den Ausbau hängt von verschiedenen Faktoren ab. Bei Bestandgebieten, d.h. Gebieten mit Wohnbebauung, die bereits mit einem kupferbasierten TK-Netz erschlossen sind<sup>311</sup>, sind folgende Faktoren zu beachten:
- (365) Ein die Wirtschaftlichkeit des FTTB/H-Ausbaus maßgeblich bestimmender Faktor sind die Tiefbaukosten, die einen wesentlichen Teil der erforderlichen Investitionen ausmachen. Die Tiefbaukosten pro Anschluss liegen im dünner besiedelten und durch Einfamilienhäuser geprägten ländlichen Raum teilweise um ein Vielfaches über denen in dicht besiedelten und durch Mehrfamilienhäuser geprägten Ballungszentren. In urbaneren Gebieten mit Mehrfamilienhäusern macht dafür die Inhouse-Verkabelung einen nicht unerheblichen Anteil der Kosten aus. Zudem müssen hierzu i. d. R. bereits vor der Durchführung der Maßnahmen Gestattungsverträge mit den betroffenen Hauseigentümern abgeschlossen werden, was einen weiteren logistischen Aufwand bedeutet. Insgesamt gesehen sind die Investitionskosten pro Haushalt in dichter besiedelten Gebieten jedoch deutlich niedriger als in dünn besiedelten Gebieten.
- (366) Ein weiterer die Wirtschaftlichkeit des FTTB/H-Ausbaus maßgeblich bestimmender Faktor ist der im Zeitablauf erreichbare Auslastungsgrad. Abgesehen davon, in welchem Umfang das ausbauende Unternehmen in dem Ausbaugbiet bereits in einem erheblichen Umfang über Bestandskunden verfügt, die sich einfacher auf das neue Netz migrieren lassen als Neukunden zu gewinnen, wird die Auslastung maßgeblich durch die Wettbewerbssituation und die Verfügbarkeit von schnellen Breitbandanschlüssen bestimmt. Die Zahlungs- und Wechselbereitschaft der Nachfrager hängt maßgeblich davon ab, ob sie ihren Bedarf bereits durch die bereits verfügbaren Angebote decken können.

---

<sup>309</sup> Vgl. Vermerk über das Gespräch mit der Deutschen Glasfaser am 29.05.2018, Bl. 383 ff. d. A., bereinigte Fassung Bl. 424 ff. d. A.

<sup>310</sup> Antwort der Telekom auf Frage 3 des Auskunftsverlangens vom 07.06.2018, Bl. 438 ff. d. A.

<sup>311</sup> Andere Faktoren sind bei den deshalb separat zu würdigenden Gewerbegebieten, Neubaugebieten und Fördergebieten zu berücksichtigen.

- (367) Gebiete, in denen nur ADSL-Anschlüsse verfügbar sind und kein Vectoring-Ausbau stattgefunden hat, sind im Hinblick auf die Nachfrage nach höheren Bandbreiten und die Zahlungsbereitschaft der Endkunden am attraktivsten. Allerdings handelt es sich um eine insgesamt kleinere Anzahl an Gebieten im ländlichen Raum (ca. 5% aller HHUStO<sup>312</sup> bundesweit), bei denen auf Grund der geringen Siedlungsdichte mit hohen Erschließungskosten zu rechnen ist.
- (368) In den übrigen Gebieten ist der Ausbau der Vectoring-Technik weitgehend abgeschlossen. Hierüber kann derzeit noch ein wesentlicher Teil der Nachfrage nach breitbandigen Internetzugängen abgedeckt werden. Die Beteiligten gehen davon aus, dass kupferbasierte Breitbandanschlüsse (insb. mit VDSL, Vectoring und Supervectoring) noch bis zu [5-20] Jahre wettbewerbsfähig bleiben werden (bei einer dynamischen Betrachtung bis zu [5-20] Jahre),<sup>313</sup> auch wenn aus der für die wettbewerbliche Beurteilung wesentlichen Perspektive der im Markt tätigen TK-Anbieter absehbar ist, dass die Möglichkeiten kupferbasierter Infrastrukturen begrenzt sind und mit der steigenden Nachfrage zunehmend auch Investitionen in ein vollständig glasfaserbasiertes TK-Netz wirtschaftlich werden.
- (369) Schließlich kann auch die Existenz eines technisch aufgewerteten Kabelnetzes und damit eines weiteren Infrastrukturwettbewerbers in einem Gebiet dazu führen, dass ein FTTB/H-Ausbau wegen der zu erwartenden geringeren Auslastung zunächst nicht wirtschaftlich ist.<sup>314</sup> Für die TDG gilt dieser Gesichtspunkt allerdings nicht in gleichem Maße, da sie bemüht sein dürfte, den drohenden Marktanteilsverlusten auf dem Endkundenmarkt durch den Wettbewerb der Kabelnetzbetreiber (KNB) abzuwenden. Aufgrund ihrer starken Marke dürfte sie dazu in der Regel auch in der Lage sein.
- (370) Für den Inhaber von Kupferinfrastruktur ist ein weiterer wesentlicher Gesichtspunkt, inwieweit er durch den FTTB/H-Ausbau seine bereits bestehende kupferbasierte Anschlussinfrastruktur entwertet. Dieser Punkt ist vor allem für die TDG relevant, in deren Eigentum das traditionelle Kupferdoppeladernetz steht, mit dem sie sehr hohe Gewinne erwirtschaftet.

---

<sup>312</sup> Antwort der Telekom vom 29.06.2018 auf Frage 1 vom 07.06.2018, Bl. 438 ff. d. A.

<sup>313</sup> Siehe Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 73.

<sup>314</sup> Antwort der EWE auf Frage 2b des Auskunftsverlangens vom 07.06.2018, Bl. 610 ff. d. A.

- (371) Aber auch andere Anbieter wie EWE, die das bestehende TK-Netz teilweise ausgebaut haben, müssen bei ihrer Investitionsentscheidung berücksichtigen, ob sie damit eigene Anschlussinfrastruktur entwerfen. Das kann insbesondere dann problematisch sein, wenn die entsprechenden Investitionen noch nicht vollständig abgeschrieben sind, gilt aber grundsätzlich auch darüber hinaus.<sup>315</sup> Auch die alternativen Netzbetreiber werden regelmäßig anstreben, Investitionen in den FTTC-Ausbau (VDSL) und gegebenenfalls in die Vectoring-Technik zu amortisieren, bevor sie in den Ausbau eines Glasfasernetzes investieren. Auch in Fällen, in denen Investitionen in die Kupferinfrastruktur bereits abgeschrieben sind, besteht der Anreiz, die Infrastruktur so lange wie möglich zu nutzen fort, da insbesondere hier zu geringen Kosten Erträge mit vergleichsweise hohen Margen erzielt werden können.
- (372) Wettbewerber der TDG, die bislang über Vorleistungen der TDG Endkundenprodukte realisiert haben, können durch einen eigenen FTTB/H-Ausbau Aufwendungen für Vorleistungen einsparen bzw. durch das Angebot glasfaserbasierter Vorleistungsprodukte an Dritte neue Erlösquellen erschließen. Demgegenüber führt für die TDG der Ausbau von FTTB/H zu sinkenden Erlösen aus kupferbasierten Vorleistungen.

#### **(b) Angebot FTTB/H-basierter Vorleistungen**

- (373) Grundsätzlich haben die bisherigen Betreiber von FTTB/H-Netzen, bei denen es sich nahezu ausschließlich um Anbieter mit regional beschränktem Schwerpunkt handelt, ein Interesse daran, die Auslastung ihres Netzes durch den Vertrieb von Vorleistungen zu verbessern. Mit den zusätzlichen aus dem Absatz von Vorleistungen an Dritte generierten Erlösen und der daraus erzielten Erhöhung der Auslastung steigt die Profitabilität und sinkt die Amortisationsdauer eines FTTB/H-Netzes.
- (374) Der Anreiz einer Netzöffnung kann jedoch dann reduziert sein, wenn dem Vorleistungsanbieter durch das Angebot und den daraus resultierenden Wettbewerb durch Dritte auf dem Endkundenmarkt ein höherer Verlust entsteht, als sich Erträge durch den Absatz zusätzlicher Vorleistungen erzielen lassen. Folglich haben Netzbetreiber mit einer starken eigenen Präsenz auf dem Endkundenmarkt lediglich einen geringen Anreiz, überhaupt Vorleistungen an Dritte anzubieten.

---

<sup>315</sup> Antwort der EWE auf Frage 2c des Auskunftsverlangens vom 07.06.2018, Bl. 610 ff. d. A.

- (375) Es sind dementsprechend vor allem Anbieter wie Netcologne oder wilhelm.tel, die ihre FTTB/H-Netze Dritten öffnen.<sup>316</sup> Auch kommunale Versorgungsunternehmen bzw. Stadtwerke mit eher lokalem Tätigkeitsgebiet, die FTTB/H-Netze in ihren Versorgungsgebieten errichten, haben ein Interesse daran, Dritten Vorleistungen anzubieten. Sie bedienen sich zum Vertrieb von Vorleistungen häufig spezialisierter Anbieter wie der vitroconnect, weil sie auf Grund ihrer geringen Größe und unternehmerischen Ausrichtung nicht so gut in der Lage sind, FTTB/H-basierte Vorleistungen unmittelbar anzubieten. vitroconnect bietet eine Handels- und Prozessplattform („Carrier Aggregation Platform“ – CAP) an, über die Teilnehmer als Lieferanten bzw. Nachfrager nach Vorleistungen angeschlossen werden können.<sup>317</sup> vitroconnect betreibt auch die Handelsplattform des BREKO.<sup>318</sup> Von den größeren Vorleistungsnachfragern hat derzeit im Wesentlichen nur 1&1 Verträge über den Bezug von Vorleistungen auf der Basis von FTTB/H-Netzen geschlossen.<sup>319</sup> Die TDG setzt derzeit keine FTTH/B-basierten Vorleistungen ab und fragt solche Leistungen auch nicht nach.
- (376) In ihrer (noch gültigen) Festlegung zu dem Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang hat die BNetzA auch reine Glasfaseranschlüsse einbezogen und beträchtliche Marktmacht der TDG festgestellt.<sup>320</sup> In der darauf beruhenden Regulierungsverfügung<sup>321</sup> wurde die TDG verpflichtet, Zugang zum physisch entbündelten Teilnehmeranschluss zu gewähren. Zurzeit bietet die TDG allerdings keinen entbündelten Zugang zu einem FTTB/H-basierten Teilnehmeranschluss an, weil ein solches Produkt im Markt noch nicht entsprechend nachgefragt wird. In ähnlicher Weise hat die BNetzA in ihre derzeit geltende Analyse des Marktes für an zentralen Standorten bereitgestellten Zugang auch FTTB/H-basierte Produkte einbezogen und beträchtliche Markt-

---

<sup>316</sup> Vgl. Vermerk über das Gespräch mit Netcologne am 27.06.2018, Bl. 589 ff. d. A., bereinigte Fassung Bl. 650 ff. d. A.; Vermerk über das Gespräch mit wilhelm.tel am 24.07.2018, Bl. 825 ff. d. A., bereinigte Fassung Bl. 825 ff. d. A.

<sup>317</sup> Vgl. Antwort von vitroconnect auf Frage A.3 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019.

<sup>318</sup> Vgl. Antwort von vitroconnect auf Frage G.3 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019.

<sup>319</sup> Vgl. Antwort von 1&1 auf Frage F.4 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019.

<sup>320</sup> Festlegung der BNetzA, Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang (Markt Nr. 3a der Empfehlung vom 09.10.2014) vom 27.08.2015, BK 1-12/003.

<sup>321</sup> Regulierungsverfügung vom 01.09.2016, BK 3g-15/004.



macht der TDG für den bundesweit abgegrenzten Layer 2-Bitstromzugang und für den subnational abgegrenzten Markt für Layer 3-Bitstromzugang festgestellt.<sup>322</sup> Auch ein FTTB/H-basiertes Bitstromprodukt bietet die TDG jedoch mangels entsprechender Nachfrage derzeit noch nicht an.<sup>323</sup>

- (377) Wegen des Fehlens alternativer interner Prozesse kann die TDG derzeit nur über das Konzernunternehmen congstar Layer 2-BSA und Layer 3-BSA für FTTC-Anschlüsse von dritten TK-Unternehmen beziehen (sogenannte „Interimslösung“). Die Qualität der mit diesen Vorleistungen realisierten Endkundenprodukte bleibt jedoch hinter den auf dem eigenen Netz der TDG realisierten Produkten zurück. Insbesondere ist kein IPTV möglich. TDG hat bislang auch nicht die von mehreren TK-Anbietern – einschließlich ihr selbst - entwickelte „S/PRI“-Schnittstelle implementiert, die der einheitlichen Ausgestaltung von Geschäftsprozessen bei der Bereitstellung von Vorleistungsprodukten dient<sup>324</sup> und die vom NGA-Forum der BNetzA empfohlen wird.<sup>325</sup> Die TDG arbeitet nach eigenem Bekunden seit einiger Zeit an ihrer Wholebuy-Fähigkeit.<sup>326</sup>
- (378) Die TDG hat für neu errichtete FTTB/H-Netze ein Preismodell entwickelt, das auch den vom Gemeinschaftsunternehmen bezogene Vorleistungen zu Grunde gelegt werden soll, bislang aber noch nicht praktiziert wird.<sup>327</sup>

---

<sup>322</sup> Festlegung der BNetzA, Stand 09.07.2015, BK1-14-001. Die BNetzA hat die HVt-Regionen 20 namentlich benannter Städte aus dem subnational abgegrenzten Layer 3-Bitstromzugangsmarkt unter der Prämisse herausgenommen, dass ein reguliertes Layer 2-Bitstromzugangsprüdukt im Markt verfügbar ist.

<sup>323</sup> BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 167 [163].

<sup>324</sup> Vgl. die Darstellung auf <https://ak-spri.de>. S/PRI steht für Supplier / Partner Requisition Interface.

<sup>325</sup> Vgl. [https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen\\_Institutionen/Breitband/NGA\\_NGN/NGA-Forum/Arbeitsergebnisse/arbeitsergebnisse-node.html](https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Breitband/NGA_NGN/NGA-Forum/Arbeitsergebnisse/arbeitsergebnisse-node.html) (zuletzt abgerufen am 12.08.2019).

<sup>326</sup> Siehe auch Antwort der Beteiligten auf Frage VII 1 a, c vom 25.02.2019, Bl. 1597 ff. d. A.

<sup>327</sup> Vgl. Rn. (62) f.

## **(2) Zu erwartendes Ausbau- und Angebotsverhalten der TDG ohne Kooperation mit EWE**

- (379) Insgesamt gesehen hat die TDG durchaus Anreize, in den Glasfaserausbau zu investieren. Vor allem da sie kurz- bis mittelfristig noch in der Lage sein wird, den bestehenden Endkunden- und Vorleistungsnachfragebedarf weitgehend flächendeckend mit ihrem bereits vorhandenen (teilweise) kupferbasierten Netz zu bedienen und sie dieses aktuell erst hochgerüstete Netz mit einem parallelen Glasfaserausbau entwerten würde, sind diese Anreize allerdings zunächst grundsätzlich eher gering. Im Kooperationsgebiet kommt ohne das Vorhaben daher auch zunächst ein FTTB/H-Ausbau durch die TDG vor allem als wettbewerbliche Reaktion auf einen drohenden Überbau ihres Bestandsnetzes durch EWE oder die Deutsche Glasfaser in Betracht. Darüber hinaus wird sie voraussichtlich zur Verteidigung ihrer Marktstellung zumindest mittelfristig auch in den Gebieten, in denen Kabelnetze oder aber FTTC-Infrastruktur der EWE liegen, in den FTTB/H-Ausbau investieren (siehe Rn. (386) ff.).
- (380) Weiterhin ist zu erwarten, dass die TDG – unter Berücksichtigung des anwendbaren Regulierungsregimes – ein Angebot von FTTB/H-basierten Vorleistungen, welches für ihre Wettbewerber auf dem Endkundenmarkt vermarktbar ist, grundsätzlich erst dann erbringen wird, wenn die Zahlungsbereitschaft für höhere Bandbreiten deutlich angestiegen ist (siehe Rn. (399) ff.).

### **(a) Ausbau des Glasfasernetzes durch TDG ohne Kooperation**

- (381) Gegen einen Glasfasernetzausbau in den nächsten Jahren sprechen auch für die TDG die generell nur langsam ansteigende Endkundennachfrage nach sehr hochbitratigen Anschlüssen und die aktuell besonders hohen Ausbaurkosten, die zumindest kurzfristig die Wirtschaftlichkeit des Glasfasernetzausbaus beeinflussen. Es wird jedoch allgemein damit gerechnet, dass sich künftig ein größerer Bedarf an zusätzlicher Bandbreite und verbesserten Leistungsmerkmalen und damit auch die Zahlungsbereitschaft für gigabitfähige Breitbandanschlüsse entwickeln werden. Da die Ausbaurkapazitäten begrenzt sind, muss rechtzeitig ein Ausbau stattfinden, damit die Infrastruktur auch flächendeckend vorhanden ist, sobald sich die Nachfrage nach höheren Bandbreiten entsprechend entwickelt hat. Darüber hinaus sieht sich auch die TDG, deren Konzernmutter teilweise im Bundeseigentum steht, der oben beschriebenen großen politischen Erwartungshaltung ausgesetzt, dass bereits

heute möglichst viele Haushalte und Unternehmen mit Glasfaserleitungen ausgestattet werden sollen.

- (382) Die TDG hat für den Glasfaserausbau eine im Vergleich sehr gute Ausgangsposition, soweit sie bereits über eine flächendeckende, größtenteils glasfaserbasierte Infrastruktur verfügt. Sie kann auch beim Einkauf von Tiefbauleistungen auf Grund ihres Nachfragevolumens Vorteile gegenüber ihren Wettbewerbern realisieren. Hinzu kommt die Stärke ihrer Marke, die ihr die Auslastung ihres Netzes sehr erleichtern würde. Im Kooperationsgebiet ist sie mit [30-40]% der führende Anbieter auf dem Endkundenmarkt.<sup>328</sup> Auch hinsichtlich ihrer Finanzkraft, die für die erforderlichen Investitionen von besonderer Bedeutung ist, ist sie anderen TK-Netzbetreibern deutlich überlegen.
- (383) Dennoch hat die TDG zumindest kurzfristig einen starken negativen Anreiz, ein FTTB/H-Netz parallel zu ihrem Bestandsnetz auszubauen. Aktuell spielt bei der Ausbauentcheidung nämlich vor allem der Umstand eine wesentliche Rolle, dass sie derzeit noch sehr hohe Gewinne aus dem Bestandsnetz sowohl über ihr Vorleistungs- als auch über ihr Endkundengeschäft erwirtschaftet. Den Erlösen, welche die Telekom auf Vorleistungs- und Endkundenebene erzielt, stehen im Bereich des kupferbasierten Anschlussnetzes nur geringe Kosten gegenüber. Das kupferbasierte Anschlussnetz ist in weiten Teilen abgeschrieben. Es wird jedoch von der BNetzA nach Maßgabe der entsprechenden gesetzlichen Vorschriften weitgehend zu Wiederbeschaffungswerten bewertet und reguliert. Die daraus resultierenden Vorleistungsentgelte liegen erheblich über den tatsächlichen historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten der Telekom. Die Telekom muss die regulierten Entgelte nicht nur auf Vorleistungsebene, sondern auch bei der Kalkulation der von ihr auf dem Massenmarkt für festnetzbasierter Internetzugänge geforderten Preise berücksichtigen. Denn die Telekom ist als marktmächtiges Unternehmen rechtlich verpflichtet, eine Preis-Kosten-Schere zwischen den regulierten Vorleistungsentgelten und ihren Endkundenpreisen zu unterlassen, um ihren Vorleistungsnachfragern auf den nachgelagerten Marktstufen eine auskömmliche Marge zu ermöglichen. Bereits dieser Umstand führt auf Seiten der Telekom im Bereich des kupferbasierten Anschlussnetzes wie auch insgesamt beim Angebot von kupferbasierten Vorleistungen und Endkundenprodukten zu außerordentlich hohen Gewinnen.

---

<sup>328</sup> Berechnet aus Angaben der Beteiligten in Anlage 12 zur Anmeldung und Antworten der Wettbewerber auf Frage E1 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019.

- (384) In dieser Situation ist es für die Telekom unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht sinnvoll, ihr eigenes kupferbasierte Anschlussnetz ohne Not mit FTTB/H zu überbauen, zumal die darüber erreichbaren Bandbreiten in den nächsten Jahren zur Deckung der Nachfrage genügen. Die Investition in den Ausbau eines (zweiten) Anschlussnetzes und der parallele Betrieb zweier Netze (Kupfer und Glas) sind für die Telekom mit sehr hohen zusätzlichen Kosten verbunden. Diesen zusätzlichen Kosten stehen jedoch auf absehbare Zeit keine zusätzlichen Erlöse gegenüber. Denn mit den Vorleistungs- und Endkunden, die vom Kupfer- auf das Glasfasernetz wechseln, verlagert sich lediglich der darauf entfallende Teil der Erlöse vom Kupfer- auf das Glasfasernetz.
- (385) Zusätzliche Erlöse kann die Telekom mit der Errichtung eines neuen FTTB/H-Netz nur dann erzielen, wenn es ihr gelingt, ihren Vorleistungs- und Endkunden die glasfaserbasierten Breitbandanschlüsse erheblich teurer zu verkaufen („Upselling“) als die herkömmlichen kupferbasierten Breitbandanschlüsse. Hier steht die Telekom – wie im Übrigen auch alle anderen ihrer Infrastrukturwettbewerber – vor dem Problem, dass sich bei den Endkunden noch keine entsprechende Zahlungsbereitschaft für Internetzugänge mit zusätzlichen Bandbreiten und besseren Leistungsmerkmalen herausgebildet hat. Damit wird allgemeinen erst in einigen Jahren gerechnet.
- (386) Einen höheren Anreiz zum FTTB/H-Ausbau hat die TDG bereits heute in Gebieten, in denen ein konkurrierender, infrastrukturbasierter Wettbewerber droht, ihr ihre führende Marktposition nachhaltig streitig zu machen, oder dies bereits tut.
- (387) Sofern ein alternativer Infrastrukturwettbewerber plant, parallel zum Bestandsnetz der TDG ein FTTB/H-Netz zu errichten, würde die kupferbasierte Infrastruktur der Telekom zunehmend ihre Wettbewerbsfähigkeit einbüßen und die Telekom ihre Vorleistungs- und Endkunden verlieren. Zusammen mit ihrer Marktstellung drohen der Telekom dann ihre gegenwärtig hohen Gewinne aus ihrem kupferbasierten Anschlussnetz verloren zu gehen. Damit entfällt der negative Anreiz, der sie bislang von einem offensiven FTTB/H-Ausbau hat absehen lassen.
- (388) Parallel zu anderen Glasfasernetzen ist ein Ausbau – jedenfalls bei der derzeitigen geringen Endkundennachfrage – in der Regel allerdings häufig nicht rentabel. Vielmehr dürfte sich bei entsprechendem – vor allem regional zu erwartendem – Wettbewerbsdruck eher ein Ausbauwettbewerb um potentiell rentable Gebiete entwickeln.

- (389) Darüber hinaus hat die TDG auch einen Anreiz zum FTTB/H-Ausbau in solchen Gebieten, in denen ein Wettbewerber FTTC ausgebaut hat und möglicherweise darüber hinaus auch die Infrastruktur mit der Vectoring-Technik ertüchtigt hat.
- (390) Ein Anreiz, ihr eigenes, kupferbasiertes Netz mit FTTB/H zu überbauen, wird sich für die Telekom kurz- bis mittelfristig zudem in Kabelgebieten ergeben. Kabelbasierte Anschlussinfrastrukturen sind den teilweise kupferbasierten Netzen der Telekom prinzipiell überlegen.<sup>329</sup> Es ist bereits jetzt absehbar, dass ihr Kupfernetz gegenüber den Kabelnetzen an Wettbewerbsfähigkeit einbüßen wird. Von daher muss sie damit rechnen, künftig deutlich mehr ihrer Endkunden an die Kabelnetzbetreiber zu verlieren, als dies gegenwärtig der Fall ist. Sobald Vodafone in der Lage ist, Telefónica einen Layer 3-Bitstromzugang zu gewähren, steht die TDG zumindest auch im Hinblick auf diesen Vorleistungskunden unter Wettbewerbsdruck durch Vodafones Kabelnetz.
- (391) Das bisherige Verhalten der TDG bestätigt ihre derzeit im Vergleich zu anderen TK-Netzbetreibern grundsätzlich geringeren Anreize zum FTTB/H-Ausbau.
- (392) Im Frühjahr 2010 kündigte die TDG bzw. deren Rechtsvorgängerin an, bis Ende 2012 massenmarktaugliche Glasfaseranschlüsse für bis zu 10% der Festnetzhaushalte in Deutschland aufbauen zu wollen. Der tatsächliche Ausbau war aber erheblich geringer. Im Jahr 2012 erklärte sie stattdessen, den Breitbandausbau durch einen weiteren VDSL2-Ausbau sowie eine Aufrüstung der KVz mit VDSL2-Vectoring fortsetzen zu wollen.<sup>330</sup> In der Folgezeit hat sie dementsprechend den Ausbau ihres Bestandsnetzes vorangetrieben. Sie hat etwa seit 2013 die Vectoring-Technologie eingesetzt und damit die vermarkteten Übertragungsraten bei VDSL-Anschlüssen von 50 Mbit/s (im Upload bis zu 10 Mbit/s) auf bis zu 100 Mbit/s (im Upload bis zu 40 Mbit/s) erhöht. Seit August 2018 vermarktet sie Super-Vectoring mit Übertragungsraten von bis zu 250 Mbit/s (Upload bis zu 100 Mbit/s). Im April 2019

---

<sup>329</sup> Vgl. oben Rn. (130).

<sup>330</sup> Regulierungsverfügung der BNetzA vom 01.09.2016, BK 3g-15/004, [www.bundesnetzagentur.de](http://www.bundesnetzagentur.de), S. 17 f.

hat die TDG erklärt, 20 Millionen Anschlüsse mit VDSL2-Super-Vectoring versorgen zu können.<sup>331</sup> Im Laufe des Jahres 2019 sollen insgesamt 28 Mio. Anschlüsse mit Super-Vectoring erschlossen werden.<sup>332</sup>

- (393) Neben dem Ausbau des vorhandenen Teilnehmeranschlussnetzes hat die TDG ergänzend auch den FTTB/H-Ausbau betrieben, bislang allerdings bundesweit gesehen und auch im Kooperationsgebiet nur in einem sehr geringen Umfang. Ein Vergleich des Ausbaus zwischen Ende 2016 und Mitte 2018 zeigt, dass die TDG in dieser Zeit in Summe weniger als 300.000 Haushalte bundesweit mit Glasfaser erschlossen hat.<sup>333</sup>
- (394) Im Mai 2018 hat die TDG in ihrer Hauptversammlung zumindest angekündigt, zunehmend in den Glasfaserausbau bis in das Gebäude zu investieren. Dies wird zum einen der beschriebenen politischen Erwartungshaltung geschuldet sein. Zum anderen dürften nach der weitgehend vollzogenen Ausstattung des teilweise kupferbasierten Netzes mit Vectoring-Technik vermehrt Ausbaupazitäten für weitere Projekte zur Verfügung stehen. Die TDG-Ausbaustrategie hat dabei keinen regionalen Fokus und bezieht sich nicht speziell auf das Kooperationsgebiet, sondern auf das gesamte Bundesgebiet mit insgesamt ca. 46 Mio. HHUStO. Ab 2021 sollen laut TDG bundesweit jährlich insgesamt zwei Millionen HHUStO direkt mit Glasfaser erschlossen werden.<sup>334</sup>
- (395) Hinsichtlich ihrer Wettbewerber, die FTTB/H-Netze ausbauen, verfolgt die TDG seit etwa Ende 2017 eine kooperative Strategie.<sup>335</sup> Durch Einbindung ihrer vorstoßenden Konkurrenten vermeidet sie eine offensive Wettbewerbsstrategie und damit auch entsprechende Kritik

---

<sup>331</sup> Deutsche Telekom, Pressemitteilung vom 11.04.2019, 20 Millionen Haushalte mit bis zu 250 MBit/s, <https://www.telekom.com/de/medien/medieninformationen/detail/20-millionen-haushalte-mit-bis-zu-250-mbits-568794> (zuletzt abgerufen am 13.08.2019).

<sup>332</sup> Deutsche Telekom, Pressemitteilung vom 11.10.2018, Mehr Netz für Land und Leute, <https://www.telekom.com/de/medien/medieninformationen/detail/mehr-netz-fuer-land-und-leute-545408> (zuletzt abgerufen am 13.08.2019).

<sup>333</sup> Siehe VATM, 21. Marktanalyse Deutschland 2019, S. 15.

<sup>334</sup> Telekom AG, Deutsche Telekom Capital Markets Day 2018, Folie 25, abrufbar über <https://www.telekom.com/de/investor-relations/finanzpublikationen/kapitalmarkttag/kapitalmarkttag-2018> (zuletzt abgerufen am 13.08.2019); Artikel „Mehr Glasfaser für alle! Aber erst später“, <https://www.wiwo.de/unternehmen/it/telekom-mehr-glasfaser-fuer-alle-aber-erst-spaeter/22577076.html> vom 17.05.2018 (zuletzt abgerufen am 13.08.2019).

<sup>335</sup> Vgl. die Darstellung der Position der TDG auf der BUGLAS-Jahreskonferenz am 06.12.2017, <https://buglas.de/mitglieder/veranstaltungen/news/buglas-jahreskongress-2017-in-niederkaesel-impulse-strategien-und-technologien-fuer-den-glasfaserau/> (zuletzt abgerufen am 13.08.2019).

an einer vermeintlich strategischen Behinderung des FTTB/H-Ausbaus.<sup>336</sup> Darüber hinaus wirbt sie mit dieser Strategie um Unterstützung für ihre Position, neu errichtete FTTB/H-Netze einer milderen Regulierung zu unterwerfen als bestehende Kupfernetze. In einem Eckpunktepapier, das neben der TDG auch die Deutsche Glasfaser, EWE, M.Net, Netcologne, swn (Stadtwerke Neumünster) und wilhelm.tel unterzeichnet haben, wird dieser kooperative Ansatz befürwortet. Gleichzeitig fordern die Unternehmen einen Verzicht auf die Regulierung von FTTB/H-Netzen.<sup>337</sup>

#### **(b) Vorleistungsangebot der TDG ohne die Kooperation**

- (396) Der Anreiz der TDG, Dritten Zugang zu FTTB/H-Netzen zu gewähren, ist derzeit gering, jedenfalls sofern diese Netze parallel zu ihrer eigenen FTTC-Infrastruktur liegen. Ohne eine Kooperation würde aber auch TDGs Interesse an einer entsprechenden Netzauslastung zumindest längerfristig steigen.
- (397) Es ist zu erwarten, dass die TDG künftig über nicht der Regulierung unterliegende entsprechende Verhaltensspielräume bei der Gewährung von Zugang zu FTTB/H-Netzen verfügt. Grundsätzlich unterliegt die TDG auch hinsichtlich der von ihr errichteten FTTB/H-Netzen der Regulierung. Sie bietet derzeit aber keinen Zugang zu ihren FTTB/H-Netzen an. Die BNetzA geht davon aus, dass ein Layer 2-basiertes Zugangsprodukt bei FTTB/H-Infrastrukturen in den Markt für den lokal bereitgestellten Zugang einzubeziehen ist, soweit es im Wesentlichen mit einem physisch entbündelten Zugang vergleichbar ist.<sup>338</sup> Die TDG verfügt nach den Feststellungen der BNetzA auf diesem Markt auch über beträchtliche Marktmacht.<sup>339</sup>
- (398) Umfang und Ausmaß der Regulierung sind offen. Die BNetzA hat bereits 2017 ein Konsultationsverfahren durchgeführt, in dem Marktteilnehmer Gelegenheit hatten sich zu verschiedenen Möglichkeiten der Regulierung von FTTB/H-Netzen zu äußern. Die BNetzA lässt

---

<sup>336</sup> Vgl. etwa Pressemitteilung des VATM vom 09.07.2018, „Deutschland kann sich das nicht länger leisten“ – Telekom setzt weiter auf Überbau mit Vectoring statt auf Kooperation“, <https://www.vatm.de/2018/07/09/20-jahre-vatm-2-21/> (zuletzt abgerufen am 13.08.2019).

<sup>337</sup> „Eckpunkte für mehr Investitionen und Kooperationen bei FTTH/B-Netzen durch Verzicht auf Regulierung“, veröffentlicht auf <https://www.telekom.com/de/blog/konzern/artikel/gemeinsam-baggern-510388> (zuletzt abgerufen am 13.08.2019).

<sup>338</sup> BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 168 [164].

<sup>339</sup> BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 246 [242] ff.

ausdrücklich offen, inwieweit überhaupt eine Regulierung erforderlich ist, sieht aber Anhaltspunkte dafür, dass eine regulatorische Festlegung geeigneter Zugangsprodukte und -entgelte angezeigt sein kann, um dem Verbraucher Auswahlmöglichkeiten zu sichern.<sup>340</sup> Nach ihrer derzeitigen Einschätzung kann die Regulierung des FTTB/H-Netzes gegenüber der Regulierung des Kupfernetzes deutlich reduziert werden, um Investitionsanreize zu stärken.<sup>341</sup> Der bis zum 21.12.2020 in nationales Recht umzusetzende Europäische Kodex für die elektronische Kommunikation<sup>342</sup> sieht für FTTB/H-Netze ebenfalls eine Modifizierung der bisherigen Regulierung vor. Unternehmen können demnach beim Aufbau solcher Netze Verpflichtungszusagen insbesondere zur Öffnung für Ko-Investitionen anbieten, die von der zuständigen Regulierungsbehörde für verbindlich erklärt werden und an die Stelle regulatorisch auferlegter Pflichten treten.<sup>343</sup>

- (399) Bislang hat die TDG davon abgesehen, Dritten entsprechende Vorleistungen anzubieten. Es ist zu erwarten, dass sie ein attraktives Angebot entsprechender Vorleistungen – unter Berücksichtigung des anwendbaren Regulierungsregimes – erst längerfristig am Markt erbringen wird, jedenfalls sofern ihre FTTB/H-Infrastruktur parallel zu ihrer eigenen FTTC-Infrastruktur liegt.
- (400) Insbesondere soweit sie derzeit noch die Nachfrage nach Bandbreiten über ihr vorhandenes Netz befriedigen kann, ist ihr Interesse, entsprechende Vorleistungen zu attraktiven Bedingungen anzubieten, als gering einzuschätzen. Die reine Migration von Vorleistungskunden würde für sie nur zu einer Verlagerung von Erträgen auf die neue Infrastruktur, nicht aber zur Generierung neuer Erträge führen. Ihr Anreiz, mit einem wettbewerblichen Preis die Auslastung der neu errichteten Netze zulasten ihrer eigenen kupferbasierten Netze zu steigern, ist stark begrenzt. Durch das Angebot attraktiver Vorleistungspreise „kannibali-

---

<sup>340</sup> BNetzA, Konsultationsdokument, Fragen der Entgeltregulierung bei FTTH/B-basierten Vorleistungsprodukten auf den Ausbau hochleistungsfähiger Glasfaserinfrastrukturen, Bonn, 14.03.2019, S. 8 (abrufbar über [www.bundesnetzagentur.de](http://www.bundesnetzagentur.de)).

<sup>341</sup> BNetzA, Pressemitteilung vom 27.05.2019, Marktanalyse für Zugang zur "letzten Meile" veröffentlicht, [https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2019/20190527\\_LetzteMeile.html?nn=265778](https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2019/20190527_LetzteMeile.html?nn=265778) (zuletzt abgerufen am 13.08.2019).

<sup>342</sup> Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, ABl. Nr. L 321, S. 36 vom 17.12.2018. Die Umsetzungsfrist ergibt sich Art. 124 Abs. 1.

<sup>343</sup> Vgl. Art. 76, 79; auch außerhalb von Ko-Investment-Modellen können Unternehmen Verpflichtungszusagen anbieten, die sich auf den Netzzugang beziehen, vgl. Art. 79 Abs. 1 Buchstabe a.



siert“ die TDG die eigenen Erlöse auf Basis ihrer Kupfernetze, sodass sie kurz- bis mittelfristig keinen starken Anreiz hat, über niedrige Vorleistungsentgelte die Auslastung neu errichteter FTTB/H-Netze zu erhöhen.<sup>344</sup>

- (401) Um diese Kannibalisierungswirkung zu vermeiden, hat sie den Anreiz, die Vorleistungsentgelte für Geschwindigkeiten, welche nur mit den FTTB/H-basierten Netzen erreicht werden können, so hoch zu setzen, dass mit einem Wechsel auf dieses Vorleistungsangebot eine höhere Marge dazukommt, als ihr bei dem Wegfall der Nachfrage in dem kupferbasierten Anschlussnetz entfällt. Lediglich in dem Maße, wie auch höhere Bandbreiten zu höheren Preisen vermarktet werden können, steigt somit ihr Interesse, Dritten entsprechende Vorleistungen anzubieten. Sobald dies der Fall ist, dürften allerdings durchaus für die TDG Anreize bestehen, zur Auslastung ihres Netzes Vorleistungsnachfrager zu gewinnen, soweit sie auf dem Endkundenmarkt im Wettbewerb mit anderen Infrastrukturbetreibern steht.

### **(3) Zu erwartendes Ausbau- und Angebotsverhalten der EWE ohne Kooperation mit der TDG**

- (402) Ohne die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens mit TDG hat EWE hohe Anreize ihren Glasfasernetzausbau im Kooperationsgebiet fortzusetzen und die Auslastung des Netzes durch Gewährung eines wettbewerbsfähigen Zugangs für Dritte zu erhöhen.

#### **(a) Ausbau des Glasfasernetzes durch EWE ohne Kooperation**

- (403) EWE muss sich bei seinen Ausbauentscheidungen wie andere TK-Anbieter auch mit den Chancen und Risiken beim Glasfaserausbau auseinandersetzen.
- (404) Erschwert wird der Ausbau derzeit durch die nur langsam ansteigende Endkundennachfrage nach sehr hochbitratigen Anschlüssen, die nicht mehr durch die vorhandene teilweise kupferbasierte Infrastruktur bedient werden kann. Andererseits wird wie oben beschrieben allgemein erwartet, dass die Möglichkeiten kupferbasierter Infrastrukturen in absehbarer Zeit erschöpft sind und die Endkundennachfrage in Zukunft nur durch ein vollständig glasfaserbasiertes TK-Netz befriedigt werden kann.

---

<sup>344</sup> Zu dem Kannibalisierungs- bzw. Wholesale-Revenue-Effekt siehe auch BNetzA, Konsultationsentwurf vom 10.04.2019 betreffend die Genehmigung von Entgelten für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, BK3c-19/001, S. 43.

- (405) Für EWE wie für andere Anbieter sind die Ausbaurückstellungen hoch, bei denen es sich in der Regel auch um Fixkosten handelt, so dass nur bei einer langfristigen Perspektive mit einer insgesamt gesehen hinreichenden Rendite zu rechnen ist. Darüber hinaus ist auch nach den Angaben der Beteiligten ohne Zusammenarbeit mit der TDG im Gemeinschaftsunternehmen zu erwarten, dass die TDG wettbewerbliche Abwehrmaßnahmen von der Ertüchtigung in Form einer Hochrüstung des eigenen kupferbasierten Netzes, über regionale Sonderangeboten bis hin zu einem vorgezogenen bzw. parallelen FTTB/H-Ausbau ergreift, um einen Überbau durch EWE abzuwehren.<sup>345</sup>
- (406) Demgegenüber begünstigt eine Reihe von Faktoren den Ausbau durch EWE.
- (407) EWE hat beim FTTB/H-Ausbau erhebliche Kostenvorteile gegenüber ihren Wettbewerbern. Anders als die meisten ihrer Infrastrukturwettbewerber im Kooperationsgebiet – mit Ausnahme der Telekom – verfügt sie bereits über ein engmaschiges und flächendeckendes Glasfasernetz (einschließlich freier Kapazitäten in Kabelkanälen, Leerrohren und ungeschalteter Glasfaser),<sup>346</sup> auf das sie beim FTTB/H-Ausbau ohne weiteres zurückgreifen kann. Sämtliche Hauptverteiler der Telekom sowie etwa ein Drittel aller Kabelverzweiger wurden bisher im Kooperationsgebiet durch EWE mit eigenen Glasfaserleitungen erschlossen.<sup>347</sup> Tatsächlich kann EWE über die mit Glasfaser ausgebauten Kabelverzweiger und Hauptverteiler im Kooperationsgebiet [40-50]% der HHUStO mit mindestens VDSL erreichen.<sup>348</sup>
- (408) Darüber hinaus hat sie aufgrund der erheblichen Ausbaurückstellungen, die sie gegenwärtig im Kooperationsgebiet realisiert, Kostenvorteile insbesondere gegenüber kleineren Infrastrukturwettbewerbern. Größere Ausbaurückstellungen ermöglichen insbesondere den Abschluss von Rahmenverträgen mit einer kontinuierlichen Auslastung der Kapazitäten der Bauunternehmen und Realisierung eines entsprechenden Kostensenkungspotenzials.<sup>349</sup> Die Tiefbaukosten machen beim FTTB/H-Ausbau den mit Abstand größten Kostenblock aus. Durch

---

<sup>345</sup> Siehe hierzu unter Rn. (448) und Rn. (574).

<sup>346</sup> DLA Piper, E-Mail vom 10.07.2019 (Bl. 5687 f. d. A.).

<sup>347</sup> Stand Ende 2018, siehe Anlage 14 zu Anmeldung (Bl. 2396 d. A.), Spalten W und X, Zeile 4.

<sup>348</sup> DLA Piper, E-Mail vom 10.07.2019 (Bl. 5687 f. d. A.).

<sup>349</sup> Vgl. Vermerk über das Gespräch mit der Deutschen Glasfaser am 29.05.2018, Bl. 383 ff. d. A.

ihre größeren Ausbauvolumina hat EWE einen vergleichsweise guten Zugriff auf vorhandene, auch ausländische<sup>350</sup> Kapazitäten.

- (409) EWE verfügt beim FTTB/H-Ausbau im Kooperationsgebiet auch über erhebliche Vorteile bei der Vermarktung von glasfaserbasierten Internetzugängen. Sie verfügt über eine dort bekannte Marke, unter der sie entsprechende Zugangsprodukte anbietet. Auf dem Endkundenmarkt verfügt sie nach der TDG über den zweithöchsten Marktanteil von durchschnittlich [20-30]%.<sup>351</sup> Außerhalb der Kabelgebiete liegt dieser Anteil erheblich darüber.<sup>352</sup> Bestandskunden lassen sich ohne Rücksicht auf Vertragslaufzeiten und eine anderweitige Kundenbindung zu deutlich niedrigeren Kosten zu einer Migration auf ein neues FTTB/H-Netz und zum Abschluss von teureren glasfaserbasierten Internetzugängen bewegen („Upselling“). Hier hat EWE Vorteile gegenüber Infrastrukturwettbewerbern wie der Deutschen Glasfaser, die in ihren Ausbaugebieten weder über eine bereits bestehende Infrastruktur noch über eine eigene Kundenbasis verfügen und dementsprechend erhebliche höhere Kosten für die Akquisition der für eine Mindestauslastung erforderlichen Zahl an Neukunden haben, als wenn sie bereits über einen entsprechenden eigenen Kundenstamm verfügen würden.
- (410) Weiterhin sind EWEs enge Kontakte zu den Kommunen im Kooperationsgebiet im Hinblick auf den Glasfaserausbau von Vorteil. Kontakte zu den lokalen Entscheidungsträgern sind für eine zügige Umsetzung von Ausbauvorhaben wichtig.<sup>353</sup> So müssen etwa für Bauarbeiten auf öffentlichen Straßen und Wegen sogenannte Aufbruchgenehmigungen erteilt werden, die kostenrelevanten Einfluss auf die anwendbaren Verlegemethoden haben. Zwar muss auch EWE wie alle anderen ausbauwilligen Unternehmen vor einem Ausbau die erforderlichen behördlichen Genehmigungsverfahren durchlaufen. Gute kommunale Kontakte erleichtern allerdings u.U. die allgemeine Information der Behörden über die Vor- und

---

<sup>350</sup> Vgl. Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 75; Vermerk über das Gespräch mit EWE am 23.07.2018, Bl. 833 ff. d. A., bereinigte Fassung Bl. 844 ff. d. A.

<sup>351</sup> Berechnet aus Angaben der Beteiligten in Anlage 12 zur Anmeldung (Bl. 2385 d. A.) und Antworten der Wettbewerber auf Frage E1 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019.

<sup>352</sup> Berechnet aus den Schätzungen der Beteiligten in Anlagen 13 und 14 zur Anmeldung (Bl. 2389 ff. d. A. und Bl. 2396 ff. d. A.).

<sup>353</sup> Vgl. Vermerk über das Gespräch mit der Deutschen Glasfaser am 29.05.2018, Bl. 383 ff. d. A., bereinigte Fassung Bl. 424 ff. d. A.

Nachteile der angestrebten teilweise neuartigen Verlegemethoden, was zu einer Beschleunigung der Verfahren führen kann. Darüber hinaus können mit Unterstützung der Gemeinden organisierte Informationsveranstaltungen der Bürger zu einer erhöhten Akzeptanz der unternehmerischen Aktivitäten führen und dadurch auch die Vermarktung der Glasfaseranschlüsse erleichtern.

- (411) EWE als Unternehmen mit kommunaler Eignerstruktur kann sich auch nicht der oben beschriebenen großen politischen Erwartungshaltung entziehen, dass bereits heute möglichst viele Haushalte und Unternehmen mit Glasfaserleitungen ausgestattet werden sollen. Die Renditeerwartungen der Anteilseigner sind insofern auch weniger prägend für die Ausbauentscheidungen als bei Anbietern mit höherer Abhängigkeit vom Kapitalmarkt. Darüber hinaus hat EWE einen hohen Anreiz, durch eine frühzeitige Schaffung einer hochwertigen Infrastruktur einen Standortvorteil für die Region, aus der seine Eigner stammen, zu schaffen.
- (412) Zudem betreibt EWE nur in Teilen ein eigenes FTTC-Netz im Kooperationsgebiet und ist bei dem Angebot von TK-Dienstleistungen insgesamt auf Vorleistungen der TDG angewiesen. Mit einem eigenen Glasfasernetz würde EWE die dadurch entstehenden Kosten für die Vorleistungen vermeiden. Die Beteiligten gehen im Hinblick auf die Migration von Endkunden auf das vom Gemeinschaftsunternehmen zu errichtende Netz davon aus, dass die damit verbundene Einsparung von Vorleistungsentgelten einen stärkeren Migrationsanreiz bei EWE als bei TDG erzeugt.<sup>354</sup>
- (413) Ohne die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens hat EWE grundsätzlich auch einen wirtschaftlichen Anreiz, weiterhin als *First Mover* ihre vorteilhafte Ausgangsposition auszunutzen und insbesondere außerhalb der Kabelgebiete ihren Infrastrukturwettbewerbern mit einem FTTB/H-Ausbau zuvorzukommen.
- (414) EWE ist aufgrund ihrer in der Region bereits vorhandenen TK-Infrastruktur und der engen Kontakte zu den örtlichen Gemeinden besonders gut in der Lage, anderen potentiell ausbauwilligen Unternehmen mit der Glasfasererschließung der Haushalte und Unternehmen zuvor zu kommen und damit langfristig gesehen – im Hinblick auf den zu erwartenden wachsenden Bedarf an Glasfaser – den TK-Markt in der Region teilweise zu dominieren.

---

<sup>354</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff.), S. 79.

Ein wesentlicher Treiber für den im Projekt Lichtwelle vorgesehenen Ausbau ist nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung, die bestehende Stellung der EWE im Kooperationsgebiet abzusichern und sich durch den FTTB/H-Ausbau eine starke Stellung zu sichern.

- (415) Bei den bereits ausgebauten Gebieten lag der Schwerpunkt zunächst darauf, die vorhandene eigene Infrastruktur, d.h. vor allem mit VDSL erschlossene KVz, gegen den Überbau durch Wettbewerber zu verteidigen. Dementsprechend hat EWE nach Einschätzung der Beschlussabteilung zunächst in den Gebieten vorrangig ausgebaut, in denen wettbewerbliche Vorstöße Dritter zu erwarten waren.<sup>355</sup> Auf Grund ihrer kommunalen Kontakte hat sie einen guten Überblick über Ausbauvorhaben Dritter. Nach Beobachtung der Deutschen Glasfaser hat sie dieses Wissen in der Vergangenheit genutzt, um Ausbauvorhaben ihrer Wettbewerber durch Ankündigung eigener Ausbauvorhaben zu erschweren.<sup>356</sup> Teilweise hat sie sogar trotz der damit verbundenen negativen Reaktionen in der Öffentlichkeit parallel zu Wettbewerbern FTTB/H ausgebaut.<sup>357</sup>
- (416) Grundsätzlich muss EWE allerdings wie auch andere Anbieter, die bereits ein TK-Netz ausgebaut haben, bei ihrer Investitionsentscheidung berücksichtigen, inwieweit sie durch den FTTB/H-Ausbau ihre in der Region bereits getätigten Investitionen in den FTTC-Ausbau (VDSL) und gegebenenfalls in die Vectoring-Technik entwertet.<sup>358</sup> Auch in Fällen, in denen Investitionen in die bestehende Infrastruktur bereits abgeschrieben sind, besteht der Anreiz, die Infrastruktur so lange wie möglich zu nutzen, da insbesondere hier zu geringen Kosten Erträge mit vergleichsweise hohen Margen erzielt werden können. EWE wird somit ohne Kooperation die von ihr ausgebauten FTTC-Gebiete beim FTTB/H-Ausbau meiden und sich infolgedessen auf den Überbau der FTTC-Infrastruktur der TDG konzentrieren.
- (417) Weiterhin ist davon auszugehen, dass EWE ohne Kooperation FTTB/H-Netze im Wesentlichen außerhalb von Kabelgebieten errichten wird.<sup>359</sup> Denn in Kabelgebieten steht sie so-

---

<sup>355</sup> Siehe auch Antwort der EWE auf Fragen vom 08.06.2018 (Bl. 0610 d. A.), Frage 2.

<sup>356</sup> Vgl. Stellungnahme der Deutschen Glasfaser vom 12.06.2019 (Bl. 4899 ff. d. A.), S. 11.

<sup>357</sup> Insbesondere in Beverstedt, vgl. hierzu und zu weiteren Fällen die Darstellung in der Stellungnahme der Deutschen Glasfaser vom 12.06.2019, S. 10 (Bl. 4899 ff. d. A.).

<sup>358</sup> Antwort von EWE auf Fragen vom 08.06.2018 (Bl. 0610 d. A.), S. 3: Sonderabschreibungen auf die eigene aktive Vectoring-Technik sollen vermieden werden.

<sup>359</sup> Antwort von EWE auf Fragen vom 08.06.2018 (Bl. 0610 d. A.), Frage I 2 b.

wohl mit der TDG- als auch mit der Kabelinfrastruktur im Wettbewerb, die beide einen hohen Bestand an End- bzw. die TDG auch an Vorleistungskunden haben. Somit dürfte es EWE in diesen Gebieten sehr schwer fallen, hier eine hinreichende Auslastung eines neuen FTTB/H-Netzes zu erreichen. Die Vermeidung von Kabelgebieten entspricht auch ihrem bisherigen Vorgehen beim FTTC-Ausbau in der Region. Tabelle 3 stellt die Marktanteile auf Endkundenebene der TDG, EWE und die gemeinsamen Marktanteile der sonstigen TK-Anbieter auf Ortsnetzanschlussbereich-Ebene in Abhängigkeit von den gemeinsamen Marktanteilen der KNB im Kooperationsgebiet dar.<sup>360</sup> Es zeigt sich, dass insbesondere die EWE in Gebieten mit starker Kabelpräsenz nur über geringe Endkundenanteile verfügt.

*Tabelle 3: Durchschnittliche Endkunden-Marktanteile der KNB-Wettbewerber in Abhängigkeit von denen der Kabelnetzbetreiber*

Gem. Marktanteil Kabelnetzbetreiber	Marktanteil		
	TDG	EWE	Sonstige
<= 15%	[30%-40%]	[40%-50%]	[10%-20%]
>15%-30%	[30%-40%]	[20%-30%]	[20%-30%]
>30%-45%	[30%-40%]	[10%-20%]	[20%-30%]
>45%-60%	[20%-30%]	[0% -10%]	[10%-20%]

- (418) Außerhalb von Kabelgebieten legt EWE den Schwerpunkt auf Gebiete, die relativ dicht besiedelt sind und daher vergleichsweise wirtschaftlich erschlossen werden können.<sup>361</sup> Gebiete, die nicht wirtschaftlich erschlossen werden können, sind zum Teil Gegenstand von Förderverfahren, an denen sich EWE ebenfalls beteiligt. Ende 2016 erwartete EWE, bei einer Gesamtzahl von ca. 3,6 Mio. HHUStO, wovon ca. 1,5 Mio. in Kabelgebieten liegen, HHUStO zu erschließen, die zu [20-30]% in Kabelgebieten und zu [70-80]% außerhalb der Kabelgebiete liegen.<sup>362</sup>
- (419) Insgesamt gesehen hat EWE ohne die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens mit TDG hohe Anreize, seinen Glasfasernetzausbau im Kooperationsgebiet fortzusetzen. Dabei ist zu erwarten, dass die EWE ohne die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens im Kooperationsgebiet jedenfalls kurz- bis mittelfristig schwerpunktmäßig außerhalb von Kabelgebieten Bereiche ausbaut, wo sie selbst die KVz nicht mit Vectoring erschlossen hat,

---

<sup>360</sup> Vgl. Vermerk „Auswertung räumlicher Daten zur Präsenz von Infrastrukturen und zur Verteilung von Marktanteilen auf dem Breitband-Endkundenmarkt“.

<sup>361</sup> Antwort von EWE auf Fragen vom 08.06.2018, S. 3.

<sup>362</sup> Interne Unterlagen der EWE.

um eine Entwertung ihrer noch nicht abbeschriebenen FTTC-Infrastruktur zu vermeiden. Von dieser generellen Ausbaustrategie würde sie allerdings dort abweichen, wo von Dritten (derzeit insbesondere von der Deutschen Glasfaser oder aber auch der TDG) ein Glasfaserausbau in Gebieten geplant ist, in denen sie bereits einen relevanten Endkundenbestand gewonnen hat, um diesen zu schützen.

- (420) Das bisherige Verhalten der EWE beim FTTB/H-Ausbau bestätigt den im Vergleich zu ihren Wettbewerbern offensiveren Investitionsansatz.
- (421) Bereits im Rahmen des VDSL-Ausbaus ist EWE offensiv gegen die TDG vorgegangen. Sie strebte an, in ihrem Vertriebsgebiet über 90% der HHUStO zu erschließen und hat der BNetzA entsprechende Ausbauzusagen angeboten, die aber im Rahmen der Vectoring-II-Entscheidung nicht berücksichtigt wurden. Gegen die Vectoring-II-Entscheidung hat sich EWE letztlich erfolglos gerichtlich zur Wehr gesetzt.<sup>363</sup>
- (422) EWE hat wie bereits erläutert<sup>364</sup> bislang im Kooperationsgebiet auch einen relativ starken FTTB/H-Ausbau verfolgt. Der Aufsichtsrat der EWE AG hatte Ende des Jahres 2016 grundsätzlich Investitionen in Höhe von insgesamt € 1,2 Mrd. zum Ausbau des FTTB/H-Netzes im Rahmen des „Projekts Lichtwelle“ zugestimmt.<sup>365</sup> Mit diesen Investitionen kann EWE nach eigener Einschätzung etwa 30% des gesamten Kundenpotenzials in ihrem Versorgungsgebiet erschließen<sup>366</sup>, d.h. ca. 1 Mio. Haushalte.<sup>367</sup> Tatsächlich hat sie im Vergleich zu allen anderen Anbietern im Kooperationsgebiet auch die größte Anzahl an FTTB/H-Anschlüssen ausgebaut, nämlich [<200.000] HHUStO.<sup>368</sup>

---

<sup>363</sup> Vgl. VATM, Pressemitteilung vom 30.09.2016. EWE klagt für nachhaltigen Breitbandausbau, <https://www.vatm.de/2016/09/30/ewe-pm-vectoring-ii-ewe-klagt-fuer-nachhaltigen-breitband-ausbau/> (zuletzt abgerufen am 13.08.2019).

<sup>364</sup> Vgl. Rn. (304).

<sup>365</sup> Vgl. Integrierter Bericht der EWE für 2016, S. 23, <https://www.ewe.com/de/investor-relations/publikationen/archiv-finanzberichte>, Pressemitteilung vom 08.12.2016, <https://www.ewe.com/de/presse/pressemitteilungen/2016/12/milliarden-zukunftsprojektewe-bringt-glasfaser-in-die-huser-ewe-ag> (beides zuletzt abgerufen am 13.08.2019).

<sup>366</sup> Vgl. Integrierter Bericht der EWE für 2017, S. 49, <https://www.ewe.com/de/investor-relations/publikationen/archiv-finanzberichte> (zuletzt abgerufen am 13.08.2019).

<sup>367</sup> Legt man die von EWE angenommene Anzahl von 3,3 Mio. Haushalte und Firmen im Gebiet zu Grunde, vgl. Fußnote 98 der Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.).

<sup>368</sup> Stand Ende 2018, siehe Anlage 14 zu Anmeldung (Bl. 2396 d. A.), Spalten W und X, Zeile 4.

**(b) Vorleistungsangebot der EWE ohne Kooperation**

- (423) EWE hätte einen hohen Anreiz, Dritten zu angemessenen Konditionen Vorleistungen auf dem neu ausgebauten FTTB/H-Netz anzubieten, um dessen Auslastung zu verbessern.
- (424) Die Wirtschaftlichkeit des von EWE ursprünglich geplanten eigenständigen FTTB/H-Ausbaus beruhte wesentlich auch auf der Vermarktung von Vorleistungen.<sup>369</sup> Über den Absatz von Vorleistungen kann ein regionaler Anbieter wie EWE von der Vermarktungsstärke bundesweiter Anbieter von Breitbandanschlüssen wie TDG, Vodafone oder 1&1 profitieren. EWE beabsichtigte, ca. [10-20]% der über das neu errichtete FTTB/H-Netz erreichbaren HHUStO über dritte Vorleistungsbezieher zu vermarkten bei einer unterstellten Gesamtauslastung von [50-60]%.<sup>370</sup>
- (425) Auf Grund der derzeit bestehenden Wettbewerbssituation auf dem Vorleistungsmarkt müsste sich EWE im Prognosezeitraum an den Preisen und Konditionen für kupferbasierte Vorleistungen orientieren. Die BNetzA hat im Rahmen der Entgeltregulierung einen Einzelabnahmepreis von etwa € 19 (€ 18,56 für 16/25/50 Mbit/s und € 19,10 für 100 Mbit/s) festgesetzt,<sup>371</sup> an dem sich auch die an sich nicht unmittelbar der Regulierung unterliegende EWE in ihrem aktuellen Layer 2-BSA-Angebot für VDSL-Anschlüsse orientiert.<sup>372</sup> Soweit parallel zu neu errichteten FTTB/H-Netzen mit FTTC bzw. der Vectoring- und Supervectoring-Technik ertüchtigte (teilweise kupferbasierte) Netze der TDG liegen, könnte sie nur mit vergleichbaren und damit wettbewerbsfähigen Preisen Vorleistungsnachfrager zur Migration ihrer Kunden veranlassen.
- (426) Der derzeit geringe Umfang der von EWE auf Basis ihres FTTC-Netzes bereit gestellten Vorleistungen spricht nicht gegen die dargestellten hohen Anreize zur Gewährung von Zugang zum neu errichteten FTTB/H-Netz.

---

<sup>369</sup> Interne Unterlagen der EWE.

<sup>370</sup> Vermerk über die Gespräche mit EWE am 06.03.2019, Bl. 1938 ff. d. A., bereinigte Fassung Bl. 3454 ff. d. A.

<sup>371</sup> Vgl. BNetzA, Pressemitteilung vom 21.12.2016, Bundesnetzagentur setzt Zugangsbedingungen und Entgelte für den Layer 2-Bitstrom endgültig in Kraft, [https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2016/161221\\_Bitstrom.html?nn=712782](https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2016/161221_Bitstrom.html?nn=712782) (zuletzt abgerufen am 13.08.2019).

<sup>372</sup> Vgl. Antwort von EWE auf Fragen vom 08.06.2018 (Bl. 0610 d. A.), Frage 15, Anlage 16 (auf Datenträger Bl. 0609 d. A.).



- (427) Bei der Vermarktung von Glasfaserprodukten ist die Interessenlage eine andere als bei FTTC-Netzen, weil glasfaserbasierte Produkte in der Regel in direkter Konkurrenz zu den FTTC-Anschlüssen der TDG stehen würden, die die Endkundennachfrage noch weitgehend abdecken können. Liegt das Glasfasernetz der EWE parallel zum FTTC-Netz der TDG, wird es EWE bei der derzeitigen geringen Endkundennachfrage angesichts des starken Wettbewerbs durch das TDG-Netz in den nächsten Jahren voraussichtlich nicht gelingen, allein einen hohen Anteil von Endkunden und damit eine hinreichende Auslastung seines Glasfasernetzes zu erzielen. EWE hat daher ein starkes Interesse an dritten Vorleistungsnachfragern, die sein Netz zusätzlich auslasten.
- (428) Liegt das Glasfasernetz parallel zum eigenen FTTC-Netz, dürfte das Vermarktungsinteresse geringer sein, weil ihm dritte Vorleistungsnachfrager (unerwünschten) Wettbewerb um die Endkunden machen würden, die auf EWE als Anbieter angewiesen sind, sofern sie an höheren Bandbreiten als sie über die ADSL-Anschlüsse der TDG möglich sind, Interesse haben. Sofern parallel zum EWE-Glasfasernetz allerdings ein Kabelnetz liegt, dürfte das Vermarktungsinteresse der EWE wiederum höher sein, weil eine Einschränkung der Vorleistungsvermarktung dann kaum zu weniger Wettbewerbsdruck auf dem Endkundenmarkt führen würde.

#### **bb) Erheblichkeit des von EWE ausgehenden Wettbewerbsdrucks**

- (429) Es ist auch zu erwarten, dass innerhalb des Prognosezeitraums EWE tatsächlich in relevantem Umfang in den FTTB/H-Ausbau investieren und Vorleistungen für Dritte bereitstellen würde, so dass der Wegfall des von EWE ausgehenden Wettbewerbsdrucks als fusionskontrollrechtlich relevant anzusehen ist und spürbar ausfällt.
- (430) Auch unter Zugrundelegung des üblichen Prognosezeitraums von 3-5 Jahren wäre von einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs als Folge des Wegfalls des von der EWE ausgehenden Wettbewerbsdrucks auszugehen. Allerdings würde EWE aufgrund geänderter Rahmenbedingungen in den nächsten Jahren möglicherweise nicht im selben Umfang und langsamer Glasfaserleitungen ausbauen als Ende 2016 öffentlich angekündigt.<sup>373</sup>

---

<sup>373</sup> Vgl. EWE, Pressemitteilung vom 08.12.2016, Milliarden-Zukunftsprojekt: EWE bringt Glasfaser in die Häuser, <https://www.ewe.com/de/presse/pressemitteilungen/2016/12/milliarden-zukunftsprojekte-ewe-bringt-glasfaser-in-die-huser-ewe-ag> (zuletzt abgerufen am 13.08.2019).

- (431) EWE ging ursprünglich von einer Auslastung der neu errichteten FTTB/H-Netze durch Vorleistungsnachfrager aus. Wesentliche Nachfrager wären die im Kooperationsgebiet tätigen größeren Anbieter, d.h. TDG, 1&1, Vodafone und Telefónica. Kleinere Nachfrager könnten über vitroconnect, die BREKO-Plattform bzw. die 1&1 / Versatel-Plattform erreicht werden.
- (432) Allerdings hat EWE nach dem Start des Projekts Lichtwelle bislang diese Strategie nicht umsetzen können. Der wesentliche Grund hierfür dürfte nach Einschätzung der Beschlussabteilung darin liegen, dass die TDG derzeit kein strategisches Interesse daran hat, den Überbau ihres FTTC-Netzes mit FTTB/H durch einen Wettbewerber dadurch zu fördern, dass sie im Rahmen des Bezugs von Vorleistungen ihre Kunden auf das Netz des Wettbewerbers migriert. Insofern unterscheiden sich ihre Anreize erheblich von Vorleistungsnachfragern ohne eigene Infrastruktur wie 1&1 oder Kabelnetzbetreiber außerhalb ihres Kabel-Footprints.
- (433) EWE erwartet, durch den FTTB/H-Ausbau genügend Wettbewerbsdruck auf dem Endkundenmarkt aufzubauen, um Kunden wie die TDG für Vorleistungen zu gewinnen. Kurzfristig ist die Endkundennachfrage nach Bandbreiten, die mit FTTC-Netzen nicht mehr abgedeckt werden können, jedoch noch nicht in einem Maße angestiegen, die es EWE ermöglichen, die Endkunden Dritter in größerem Umfang selbst als eigene zu gewinnen. Dies führt gleichzeitig dazu, dass der von dem EWE-Glasfasernetz ausgehende Wettbewerb aktuell noch zu gering ist, um einen entsprechenden Migrationsdruck auf potentielle Vorleistungsnachfrager auszuüben und sie zum Bezug von Vorleistungen zu veranlassen.
- (434) Soweit ersichtlich hat EWE bislang keine Verträge bezüglich seines Glasfasernetzes vermeldet. Dies würde voraussichtlich zum einen eine gewisse Größenordnung des Glasfasernetzes von EWE voraussetzen, die noch nicht erreicht wurde. Andernfalls sind für einen Vorleistungsnachfrager die Transaktions- und Implementierungskosten bei der erforderlichen Abstimmung auf ein anderes Netz als das der TDG vergleichsweise hoch. Zum anderen wäre für den Vermarktungserfolg eine größere bundesweite Endkundennachfrage nach hohen Bandbreiten von großer Bedeutung. Denn lediglich lokal vorhandene Glasfaserprodukte seien nach Aussage bundesweit tätiger Unternehmen schwerer kostendeckend vermarktbar, wenn die Vermarktungsstrategie eines Unternehmens auf bundesweite Angebote ausgerichtet ist. Dies gilt allerdings nur, wenn die Vorleistungspreise deutlich über den Entgelten für die kupferbasierten Produkte liegen.

- (435) Somit ist vor diesem Hintergrund davon auszugehen, dass der von dem weitgehend erst noch zu errichtenden Glasfasernetz der EWE ausgehende Wettbewerbsdruck auf die TDG auf dem lokalen Vorleistungsmarkt in den nächsten 3-5 Jahren zunächst noch gering ist, aber stetig zunehmen wird. Da EWE mit ihren bereits bestehenden und den künftig noch errichteten neuen Glasfasernetzen vor allem in Konkurrenzsituation zu einem parallelen TK-Netz (in erster Linie der TDG) stehen würde, hätte sie zur Erreichung eines hinreichenden Auslastungsgrades ihres neuen Netzes sehr hohe Anreize, dritten Vorleistungsnachfragern Zugang zu gewähren. Bei der Bewertung des von der EWE ausgehenden Wettbewerbsdrucks ist zu berücksichtigen, dass der Vorleistungsmarkt hochkonzentriert ist und derzeit fast ausschließlich die TDG Vorleistungen anbietet.

**cc) Zu erwartende wettbewerbliche Reaktionen der Beteiligten im Falle des unabhängigen FTTB/H-Ausbau im Kooperationsgebiet**

- (436) Für beide Unternehmen besteht im Kooperationsgebiet im Prinzip das Risiko einer Überbauung der eigenen Infrastruktur durch den anderen Beteiligten. Unter Wettbewerb haben beide Unternehmen einen Anreiz, sich gegenseitig beim Ausbau zuvorzukommen („Windhundrennen“), um den „First mover advantage“ zu realisieren und die (trägen) Kunden an das neue/ertüchtigte Netz zu binden. Der mit dem Wettbewerb verbundene zügige Netzausbau kommt denjenigen Abnehmern zugute, die (schneller) eine qualitativ bessere Netzansbindung erhalten.
- (437) Wie oben beschrieben wird die EWE im Ausbau von FTTB/H-Netzen zukünftig insbesondere in Gebieten tätig, in denen nicht sie selbst, sondern die TDG eine eigene FTTC-Infrastruktur besitzt. Um eine hinreichende Auslastung zur Amortisierung der Investitionen sicherzustellen, muss sie hier in größerem Umfang Vorleistungen an Dritte absetzen sowie 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-Investitionsentscheidungen 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).

- (438) 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.
- (439) 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 in den nächsten Jahren ein gewisser Ausbauwettbewerb zwischen den Beteiligten ergibt, mit EWE als wesentlichem Treiber.
- (440) 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.
- (441) Darüber hinaus ergibt 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 hätten die Beteiligten jeweils hohe Anreize, ihre eigene Infrastruktur durch attraktive Vorleistungsangebote auszulasten.
- (442) 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. Diese 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.

#### **dd) Verschlechterungen der Wettbewerbsbedingungen durch das GU**

- (443) Das Vorhaben würde ohne Verpflichtungszusagen zu einer erheblichen Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen im Kooperationsgebiet führen, die letztlich negative Auswirkungen auf das Volumen, die Qualität und auch die Preise des Vorleistungsangebots am Markt haben würde.

#### **(1) Wegfall des von EWE ausgehenden Wettbewerbsdrucks**

- (444) Wie oben geschildert würde sich ohne das Vorhaben in den nächsten Jahren ein gewisser Ausbauwettbewerb zwischen den Beteiligten ergeben, mit EWE als wesentlichem Treiber.
- (445) Zwar wäre wie oben geschildert der wegfallende Ausbaudruck durch EWE kurz- bis mittelfristig noch nicht intensiv. Dennoch würde dies auch im Hinblick auf den hohen Konzentrationsgrad des Vorleistungsmarktes eine erhebliche Verschlechterung der Marktstruktur zur Folge haben, die eine Verlangsamung und Verringerung des Infrastrukturausbaus insgesamt gesehen im Kooperationsgebiet erwarten lässt, der für die Qualität des Netzes und damit auch des potentiellen Vorleistungsangebotes von großer Bedeutung ist. Je stärker ein Markt bereits vermarktet ist, desto kritischer ist ein weiterer Zuwachs an Marktmacht zu bewerten.<sup>374</sup> Insofern genügt es für die Annahme einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs, wenn durch das Vorhaben der innerhalb der nächsten Jahre zunächst noch geringe Wettbewerb durch einen EWE-Glasfaserausbau zum Erliegen kommt.
- (446) Infolge des Vorhabens kommt es im Hinblick auf NGA-Netze im Kooperationsgebiet zu einer Reduktion der wesentlichen Infrastruktur-Wettbewerber im hochbitratigen Bereich von je nach Gebiet drei (Telekom, EWE, Kabelnetzbetreiber<sup>375</sup> bzw. außerhalb der Kabelgebiete Deutsche Glasfaser) auf zwei (Gemeinschaftsunternehmen, Kabelnetzbetreiber bzw.

---

<sup>374</sup> BGH, Beschluss vom 21.12.2004, KVR 26/03, Deutsche Post/trans-o-flex, Rn. 26.

<sup>375</sup> D.h. im Kooperationsgebiet im Wesentlichen Vodafone.

außerhalb der Kabelgebiete Deutsche Glasfaser), wobei die aktuelle Marktstellung der Deutschen Glasfaser im Vergleich zu den Kabelnetzbetreibern wesentlich kleiner ist.

- (447) Die Kabelnetzbetreiber planen nach den Ermittlungen abseits einer Verdichtung ihrer Netze in bereits erschlossenen Gebieten derzeit grundsätzlich keine flächendeckende Expansion mit eigenen gigabitfähigen Netzen. Insofern ist der von Kabelnetzbetreibern ausgehende Wettbewerbsdruck absehbar räumlich klar auf historisch bedingt bereits mit Kabelinfrastruktur erschlossene Gebiete beschränkt. Der von EWE in diesen Gebieten ausgehende Wettbewerbsdruck ist ohne die Kooperation im Vergleich zu anderen Gebieten deutlich geringer. Es ist nicht davon auszugehen, dass ein Wegfall der unilateralen Ausbauaktivitäten von EWE die Chancen der Kabelnetzbetreiber auf einen erfolgreichen Netzausbau, der wiederum mittelbaren Wettbewerbsdruck auf die TDG entfalten könnte, zumindest im Prognosezeitraum deutlich erhöhen. Auch die Deutsche Glasfaser ist auf der Basis ihrer aktuellen Marktposition wie oben dargelegt bei weitem nicht in der Lage, den Verhaltensspielraum der TDG hinreichend zu kontrollieren.
- (448) Ohne die Zusagen wäre zu erwarten, dass die über das Gemeinschaftsunternehmen verbundenen Mutterunternehmen Telekom und EWE künftig wesentlich wirksamer Vorstöße Dritter abwehren können, die noch keinen eigenen Kundenstamm in dem betreffenden Gebiet haben. Bestandskunden lassen sich nämlich – ohne Rücksicht auf Vertragslaufzeiten – einfacher ansprechen, durch Sonderangebote halten bzw. für neue Produkte anwerben als Neukunden. Bereits die Ankündigung eines Ausbaus bzw. einer Infrastrukturduplizierung durch das Gemeinschaftsunternehmen dürfte auf einen potentiell Ausbauwilligen eine noch höhere abschreckende Wirkung erzielen, als entsprechende unilaterale Maßnahmen durch einen der Beteiligten allein. Die kooperierenden Beteiligten vereinen in aller Regel zusammen den für die Wirtschaftlichkeit des Netzausbaus erforderlichen Teil der Endabnehmer in vielen Gebieten auf sich (ca. 60% oder mehr)<sup>376</sup>, so dass eine entsprechende Ankündigung in jedem Fall glaubhaft ist. Ein paralleler Ausbau durch einen Dritten ist daneben nur schwer wirtschaftlich zu realisieren, weil die potentiell an Glasfaseranschlüssen interessierten Kunden schon zu einem großen Teil durch die Beteiligten angeworben worden sein könnten.

---

<sup>376</sup> Zu den Marktanteilen auf dem Endkundenmarkt vgl. unten Tabelle 5.

- (449) In den Nichtkabelgebieten, auf die sich insbesondere die Deutsche Glasfaser mit ihren Netzausbauaktivitäten konzentriert, erreichen die Beteiligten sogar häufig einen gemeinsamen Marktanteil von über 80%.<sup>377</sup> Das Geschäftsmodell der Deutschen Glasfaser beruht darauf, nur in Gebieten auszubauen, in denen nach einer Vorvermarktungsphase mindestens 40% der HHUStO FTTB/H-Produkte abnehmen.<sup>378</sup> Das Erreichen dieser Mindestvermarktungsquote würde durch Abwehrmaßnahmen des Gemeinschaftsunternehmens erheblich erschwert. Gerade in dem Fall, dass das Gemeinschaftsunternehmen langfristig wie geplant rund 80% seiner Ressourcen in den Ausbau in Kabelnetzgebieten investiert, wäre ohne die Zusagen bei wirksamer Abwehr Dritter in ländlichen und halbstädtischen Gebieten zu erwarten, dass dort der Infrastrukturwettbewerb vollends zum Erliegen kommt und kurz- und mittelfristig kein nennenswerter FTTB/H-Ausbau vorgenommen wird.
- (450) Tatsächlich war für Reaktionen auf Ausbauvorhaben durch Wettbewerber in der ihre Zusammenarbeit regelnden Vereinbarung ursprünglich ausdrücklich ein jährliches Kontingent von HHUStO reserviert.<sup>379</sup> Von den insgesamt 140.000 HHUStO, die jährlich ausgebaut werden sollten, waren ein erheblicher Teil der HHUStO festgelegt, um kurzfristig auf Wettbewerbsvorstöße Dritter reagieren zu können. Die Beteiligten beabsichtigten, im Interesse einer möglichst kurzfristigen Reaktion einen „Fastlane-Prozess“ zu etablieren.
- (451) Somit bestand ursprünglich infolge der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens die Gefahr, dass Dritte von einem Glasfaserausbau in dem Kooperationsgebiet abgeschreckt werden und der von diesem Unternehmen auf die Beteiligten ausgehende Ausbaudruck vermindert wird. Auch dies hätte zu einer Stärkung der marktbeherrschenden Stellung der TDG im Kooperationsgebiet beigetragen.

---

<sup>377</sup> Zu den Marktanteilen auf dem Endkundenmarkt vgl. unten Tabelle 5.

<sup>378</sup> Vgl. Stellungnahme der Deutschen Glasfaser vom 12.06.2019 (Bl. 4899 ff. d. A.), S. 5.

<sup>379</sup> Vgl. Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.) S. 19, S. 14 f.; Ziffer 4.4 JVV (Bl. 2413 ff. d. A.); Anlage 4.1 zum JVV (Bl. 2525 ff. d. A.).

## **(2) Verschlechterung der Zugangsbedingungen für Dritte**

- (452) Ohne die Zusagen wäre auch zu erwarten, dass die Beteiligten Dritten beim gemeinsamen Ausbau des FTTB/H-basierten Netzes Vorleistungen zu ungünstigeren Bedingungen gewähren, als dies bei der Errichtung des FTTB/H-Netzes durch EWE im Wettbewerb zu TDG der Fall wäre.
- (453) Insbesondere EWE hätte ohne die Kooperation einen hohen Anreiz, Dritten zu angemessenen Konditionen Zugang zu den neu errichteten Infrastrukturen zu gewähren. Die Wirtschaftlichkeit der von EWE ursprünglich beabsichtigten Investitionen in ein FTTB/H-Netz beruht nach Einschätzung der Beschlussabteilung darauf, dass Dritte die Infrastruktur mitnutzen. Mit der Kooperation können die Beteiligten hingegen die von ihnen neu errichteten FTTB/H-Netze erheblich stärker mit eigenen Endkunden auslasten, als dies bei einem alleinigen Ausbau der Fall wäre. Sie gehen davon aus, dass der Anteil der HHUStO, der über Dritte versorgt wird, 20% nicht übersteigt.<sup>380</sup>
- (454) Gemeinsam erreichen die Beteiligten einen Anteil von durchschnittlich [50-70]% auf dem Endkundenmarkt<sup>381</sup>, der insbesondere in vielen ländlich und halbstädtisch geprägten Gebieten noch deutlich darüber liegt. Hierdurch gestaltet sich für Telekom und EWE der Absatz an Vorleistungsnachfrager weniger bedeutsam, da dieser zur Amortisation eines neu zu errichtenden FTTB/H-Netzes in den branchenüblichen Planungszeiträumen nur weniger oder gar nicht notwendig ist. Für sie ist es 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.
- (455) Insoweit ist es irrelevant, dass die Mütter für ihr Endkundengeschäft die Vorleistungen des Gemeinschaftsunternehmens zu den gleichen Konditionen beziehen wollen wie Dritte. Denn dies sagt erst einmal nichts über das Preisniveau des Gemeinschaftsunternehmens im Vergleich zu den Preisen bei einem unilateralen Ausbau aus. Wegen des für EWE bei

---

<sup>380</sup> Anmeldung (Bl. 1945 d. A.), S. 41 f.

<sup>381</sup> Zu den Marktanteilen auf dem Endkundenmarkt vgl. unten Tabelle 5.



einem unilateralen Ausbau wesentlich höheren Auslastungsdrucks würden seine Vorleistungs- (und Endkunden-)preise insgesamt gesehen voraussichtlich deutlich niedriger sein als die des Gemeinschaftsunternehmens ohne Berücksichtigung der Zusagen.

- (456) Dabei ist zu beachten, dass die Erträge des Gemeinschaftsunternehmens aus dem Vorleistungsgeschäft wieder an die Muttergesellschaften zurückfließen. Auch bei einem diskriminierungsfreien Zugang können die Beteiligten im Vergleich zu Dritten daher trotz hoher Vorleistungspreise insgesamt gesehen wesentlich höhere Margen erzielen, indem sie ihre Margen zwischen Vorleistungs- und Endkundenpreisen deutlich niedriger ansetzen als diejenigen zwischen Vorleistungskosten und -preisen. Durch das Gemeinschaftsunternehmen hätten die Beteiligten ohne die Zusagen den Anreiz, den gegenseitigen Wettbewerbsdruck, den die neu zu errichtenden FTTB/H-Netze auf die vorhandenen FTTC-Netze der Mütter haben, zu antizipieren, und unter gegenseitiger Rücksichtnahme mit Ergebnis der weitgehenden Ausschaltung des Binnenwettbewerbers die Vorleistungsentgelte aufeinander abzustimmen („internalisieren“) und in der Folge zu erhöhen.
- (457) Hierdurch ergäbe sich für die Beteiligten ohne die Zusagen der Anreiz, im Vergleich zu einer wettbewerblichen Festsetzung überhöhte Vorleistungsentgelte zu verlangen, und anschließend mit sehr niedrigen Preisauflägen und niedrigen Margen im Endkundengeschäft aufzutreten. Ein solches Vorgehen ergibt sich aus dem aus der Ökonomie bekannten Phänomen der doppelten Marginalisierung („double marginalization“). Ihr liegt angewandt auf das Vorhaben der Gedanke zugrunde, dass ein vertikal integrierter Infrastruktur-Monopolist eine Monopolrendite in einer vertikalen Wertschöpfungskette nur einmal realisieren kann. Folglich besteht für den Monopolisten nicht der Anreiz, optimale Preissetzungen auf jeder vertikalen Wertschöpfungsstufe isoliert voneinander festzusetzen, sondern die optimale Preissetzung auf den verschiedenen Wertschöpfungsstufen aufeinander abzustimmen. In soweit TDG und EWE mit Vorleistungsnehmern auf dem Massenmarkt in Wettbewerb treten, haben sie daher ceteris paribus den Anreiz, zur Erhöhung ihrer Gewinne die Rendite aus dem FTTB/H-Netz soweit wie möglich auf dem Vorleistungsmarkt zu erwirtschaften.<sup>382</sup>

---

<sup>382</sup> Als Folge ergeben sich auch im Endkundenmarkt durch die hohen Vorleistungspreise des Gemeinschaftsunternehmens höhere Endkunden-Preise, da von dieser Marktebene keine substantiellen Wettbewerbsimpulse ausgehen können, zum Endkundenmarkt siehe insoweit auch Rn. (563) ff.

**d) Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen ohne Verpflichtungszusagen nicht nachgewiesen**

- (458) Die Beteiligten tragen vor, das Vorhaben werde nicht zu einem geringeren, sondern sogar zu einem größeren Angebot an hochbitratigen Produkten auf den Vorleistungsmärkten führen. Die Beteiligten begründen dies damit, dass sie gemeinsam größere Investitionen in Glasfasernetze für den Massenmarkt tätigen würden, als dies ohne Gemeinschaftsunternehmen unilateral in dem Kooperationsgebiet geschehen würde. Insbesondere werde durch das Gemeinschaftsunternehmen das Auslastungsrisiko signifikant abgesenkt. Hinzu kämen auch Synergien durch Einsparungen bei den Investitions- und Betriebskosten.<sup>383</sup> Weiterhin tragen die Beteiligten vor, dass sie auf Basis dieser Glasfasernetze zu fairen und angemessenen Bedingungen Vorleistungsprodukte anbieten würden. Insgesamt gesehen würden sich nach dem Vortrag der Beteiligten somit die Wettbewerbsbedingungen auf den Vorleistungsmärkten aufgrund des Vorhabens sogar verbessern.
- (459) Tatsächlich sind im vorliegend zu beurteilenden Fall solche Verbesserungen des Marktergebnisses in summarischer Betrachtung ohne die Zusagen nicht zu erwarten.
- (460) Da die Infrastrukturen der Wettbewerber strategische Substitute zueinander darstellen, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass es aufgrund unilateraler Effekte in Form der Ausschaltung des Ausbaubinnenwettbewerbs zwischen Telekom und EWE zu einer Verlangsamung bzw. auch zu einer Reduktion des Glasfasernetz-Rollouts kommt. Die beschriebenen Verbesserungen des Marktergebnisses könnten sich theoretisch aus fusionsbedingten Effizienzvorteilen und daraus folgenden Anreizen der Beteiligten ergeben, gemeinsam stärker in den Glasfaserausbau zu investieren und dabei Dritten zu angemessenen und fairen Bedingungen Zugang zu diesen Netzen zu gewähren. Diese Voraussetzungen sind im konkreten Fall jedoch weder durch die Beteiligten nachgewiesen noch aufgrund der Ermittlungen der Beschlussabteilung festzustellen.

---

<sup>383</sup> Anmeldung (Bl. 1945 d. A.), S. 72 ff.

### **aa) Effizienzgewinne**

- (461) Die Beteiligten haben jedenfalls in dem vorliegenden Einzelfall nicht nachgewiesen, dass es durch die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens zu hinreichenden fusionsspezifischen Effizienzgewinnen kommt. Daher kann dahinstehen, ob im Anwendungsbereich des Regelbeispiels der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung Effizienzgewinne überhaupt berücksichtigungsfähig sind.

#### **(1) Kosteneinsparungen**

- (462) Die Beteiligten machen geltend, dass der Ausbau und der Betrieb des FTTB/H-Netzes durch das Gemeinschaftsunternehmen Kosten einspart.<sup>384</sup> Bei den Investitionskosten entstünden Synergieeffekte durch die Nutzung bereits vorhandener Infrastrukturen der Muttergesellschaften, eine effizientere Nutzung von Planungsressourcen und einen besseren Zugang zu Bauressourcen.<sup>385</sup> Bei den Betriebskosten gehen die Beteiligten von Synergieeffekten bei den Beschaffungskosten für Energie und Flächenanmietung sowie beim Rückgriff auf vorhandene Ressourcen und Prozesse aus.<sup>386</sup> Die Beteiligten sehen sich nicht in der Lage, die von ihnen geltend gemachten Kosteneinsparungen im Einzelnen zu quantifizieren. Bei den Investitionskosten unterstellen sie pauschal Einsparungen in Höhe von [0-10]%. Bei den Betriebskosten unterstellen sie pauschal Einsparungen von [0-10]%.

#### **(a) Rückgriff auf bestehende Infrastruktur beider Mütter**

- (463) Die Beteiligten gehen davon aus, dass das Gemeinschaftsunternehmen „in gewissem Umfang“ auf Leerrohrkapazitäten, Technikflächen und Glasfaserkabel beider Mütter zurückgreifen und hierdurch Synergien realisieren kann, die bei einem Einzelausbau nicht realisiert werden könnten. Das Gemeinschaftsunternehmen könne bei seinen Ausbauaktivitäten auf die bereits vorhandene Infrastruktur beider Mütter zurückgreifen. In dem Umfang, wie sich diese Infrastrukturen ergänzten, würde es zu Kosteneinsparungen kommen, weil die Verdopplung der bestehenden Infrastrukturelemente vermieden werden könne. Die Betei-

---

<sup>384</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 82 ff.

<sup>385</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 83 ff.

<sup>386</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 91 ff.

ligten gehen davon aus, dass das Gemeinschaftsunternehmen bei der Nutzung von Leerrohren zwischen Broadband Network Gateway und der Optical Line Termination und zwischen der Optical Line Termination und dem Glasfaser-Netzverteiler jeweils „in erheblichem Umfang“ von bereits bestehenden Leerrohren profitieren kann. Darüber hinaus entstünden Synergien durch die Nutzung bestehender Technikflächen sowie durch den Rückgriff auf glasfaserbasierte Übertragungswege. Abgesehen davon gehen die Beteiligten davon aus, dass aufgrund der Netzkonzeption der überwiegende Teil der Netzinfrastruktur neu errichtet werden müsse. Danach ergeben sich insbesondere bei der passiven Infrastruktur „auf der letzten Meile“, auf die der größte Teil der Tiefbaukosten entfällt, keine Effizienzgewinne.

- (464) Hieraus erklärt sich möglicherweise, wieso die vorgetragenen Effizienzgewinne summarisch laut Vortrag der Parteien bei nicht mehr als [0-10]% liegen sollen. Eine Bewertung dieser Angabe ist schon deshalb nicht möglich, da nicht ersichtlich ist, wie die Beteiligten sie berechnen. Effizienzvorteile können jedoch nur berücksichtigt werden, wenn auf Grundlage der Angaben der Beteiligten nachprüfbar ist, dass sie sich einstellen werden und sie auch so erheblich sein werden, dass sie einer möglichen Benachteiligung der Verbraucher durch den Zusammenschluss entgegenwirken.<sup>387</sup>
- (465) Abgesehen davon geht die Beschlussabteilung davon aus, dass es beim FTTB/H-Ausbau durch den Rückgriff auf bestehende Infrastruktur im Ausgangspunkt zu gewissen Kosteneinsparungen kommen kann. Die Beschlussabteilung erwartet auch, dass die Beteiligten dem Gemeinschaftsunternehmen ihre bereits bestehenden und für den FTTB/H-Ausbau durch das Gemeinschaftsunternehmen nutzbaren Infrastrukturen an das Gemeinschaftsunternehmen vermieten würden. Zu fusionsbedingten zusätzlichen Kosteneinsparungen kann es allerdings nur insoweit kommen, wie hier keine Überlappungen der Infrastruktur der Mutterunternehmen bestehen. Da die Mutterunternehmen beide das Kooperationsgebiet weitgehend mit eigener für den Glasfaserausbau nutzbarer Infrastrukturen abdecken, ist der Umfang der sich ergänzenden Infrastruktur insoweit begrenzt. Anhand der Darlegungen der Beteiligten kann die Beschlussabteilung bislang nicht nachvollziehen, in welcher

---

<sup>387</sup> Siehe auch Europäische Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Amtsblatt der Europäischen Union, 2004/C31/03, Rn. 86 ff.

Größenordnung hierdurch auf Seiten des Gemeinschaftsunternehmens tatsächlich Kosten eingespart werden können.

- (466) Darüber hinaus ist bei der Bewertung der in Frage kommenden Effizienzvorteile zu beachten, dass die Muttergesellschaften dem Gemeinschaftsunternehmen die Mitnutzung von Infrastruktur nicht unentgeltlich überlassen würden. Die betreffenden Infrastrukturen verbleiben nämlich im Eigentum der Muttergesellschaften und werden nicht in das Gemeinschaftsunternehmen eingebracht. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Muttergesellschaften dem Gemeinschaftsunternehmen die Mitnutzung zu kommerziellen Bedingungen und damit wahrscheinlich zu den gleichen Bedingungen vermieten würden, wie sie grundsätzlich auch Dritten eingeräumt würden. Die Beteiligten geben insoweit an, dass das Gemeinschaftsunternehmen nach wirtschaftlichen Kriterien entscheidet, ob es die zur Verfügung stehende Infrastruktur auch tatsächlich anmietet.<sup>388</sup>
- (467) Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob durch das Vorhaben insoweit überhaupt Kosteneinsparungen entstehen. Denn es ist durchaus auch vorstellbar, dass die Beteiligten im Rahmen eines Einzelausbaus, für den sie bereits bestehende eigene Infrastruktur nutzen, diese zu günstigeren Konditionen in die Kalkulation eingestellt hätten, als sie dem Gemeinschaftsunternehmen oder Dritten in Rechnung gestellt würden.<sup>389</sup> Insoweit wäre der Einzelausbau kostengünstiger.
- (468) Insoweit ist auch beachtlich, dass die Beteiligten auch bei einem unilateralen Ausbau möglicherweise regulierungsbedingt bzw. nach dem DigiNetzG einen Anspruch hätten, die Infrastruktur des jeweils anderen zu nutzen. In diesem Fall könnten die Beteiligten ggf. Ausbaukosten in dem betreffenden Umfang auch ohne Kooperation sparen. Schließlich kann sich aus dem Umstand, dass ein Dritter die bereits vorhandene und für einen FTTB/H-Ausbau nutzbare Infrastruktur konkret mit FTTB/H zu überbauen und damit im Hinblick auf

---

<sup>388</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 84.

<sup>389</sup> Dieser Aspekt gilt grundsätzlich für alle Leistungen, für die das Gemeinschaftsunternehmen die Muttergesellschaften beauftragt. Das ist neben dem schlüsselfertigen Ausbau der Netze durch jeweils eine der Muttergesellschaften insbesondere auch der spätere Betrieb des passiven und aktiven Netzes durch die Muttergesellschaften. Auch insoweit ist damit zu rechnen, dass es zu einer (ineffizienten) doppelten Marge kommt: einmal auf der Seite der jeweiligen Muttergesellschaft und dann noch einmal auf der Seite des Gemeinschaftsunternehmens, die es bei einem Einzelausbau so möglicherweise nicht gegeben hätte.

diese Nutzung zu entwerten droht, ein Anreiz zur Gewährung einer Mitnutzung zu kommerziellen Bedingungen ergeben. Durch die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens und die im Zusammenhang damit getroffenen Vereinbarungen dürften sich daher im Wesentlichen nur Transaktionskosten einsparen lassen, die bei einer gegenseitigen Nutzung der Infrastruktur bei einem unilateralen Ausbau mit der Rechtsdurchsetzung oder der kommerziellen Einigung in jedem Einzelfall verbunden wäre.

- (469) Insgesamt gesehen haben es die Beteiligten jedoch versäumt, in einer nachvollziehbaren und nachprüfbaren Weise die relative fusionsspezifisch, d.h. nur durch die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens realisierbare Kostenersparnis und – gegebenenfalls – auch die relative Kostenerhöhung darzulegen, die sich aus der Mitnutzung von bereits bestehenden Infrastrukturen der Mütter durch das Gemeinschaftsunternehmen ergibt. Aus den oben genannten Gründen geht die Beschlussabteilung von einer allenfalls geringen möglichen Kostenersparnis durch die Kooperation aus.

#### **(b)Nutzung von Planungskapazitäten**

- (470) Die Beteiligten machen weiter geltend, durch die Beibehaltung getrennter Ressourcen für Planung und Durchführung des FTTB/H-Ausbaus, die nicht im Gemeinschaftsunternehmen gebündelt werden, sondern bei den Müttern verbleiben sollen, entstünden Synergieeffekte.<sup>390</sup> Verantwortlich hierfür sei die Ausgestaltung des Prozesses, der ein auf einer Grobplanung aufsetzendes indikatives Angebot für den Ausbau und einer anschließenden Vergabe des die Feinplanung und Baudurchführung beinhaltenden Bauauftrags durch das Gemeinschaftsunternehmen an eine der Mütter vorsehe. Zwar würde die Grobplanung weiterhin bei beiden Muttergesellschaften und damit doppelt anfallen. Doch sei die Grobplanung mit relativ geringem Aufwand verbunden. Die „wettbewerbliche“ Ausgestaltung der Vergabe des die Feinplanung und Baudurchführung beinhaltenden Bauauftrags Sorge dafür, dass sich jeweils die Muttergesellschaft durchsetze, die für das konkrete Ausbaugbiet „ihre jeweiligen Stärken, Kenntnisse und Effizienzen am besten zur Geltung bringen kann“.<sup>391</sup>

---

<sup>390</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 85 ff.

<sup>391</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 87.

- (471) Die Beschlussabteilung hat bereits grundlegende Zweifel, ob die damit geltend gemachten Kosteneinsparungen als fusionsspezifische Effizienzgewinne anerkannt werden könnten. Denn die Parteien machen insoweit geltend, dass die Effizienz nicht in der (fusionsspezifischen) Zusammenlegung der betreffenden Ressourcen unter einer einheitlichen Leitung liegen soll, sondern gerade in der Beibehaltung getrennter Ressourcen und damit – jedenfalls insoweit – in einer Beibehaltung des Status quo. Es erscheint zweifelhaft, ob und in welcher Hinsicht der geltend gemachte Effizienzgewinn erst durch den Zusammenschluss entsteht. Denn auch ohne Zusammenschluss wäre damit zu rechnen, dass die Beteiligten jeweils dort ausbauen würden, wo sie ihre jeweiligen Stärken, Kenntnisse und Effizienzen am besten zur Geltung bringen können.
- (472) Unabhängig davon haben die Beteiligten nicht in nachvollziehbarer und nachprüfbarer Weise dargelegt, welche Größenordnung dieser Effizienzgewinn haben soll. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist er damit nicht berücksichtigungsfähig.<sup>392</sup>

### **(c) Beschaffung von Baukapazitäten**

- (473) Die Beteiligten machen weiter als Effizienzgewinn geltend, dass der Zusammenschluss zu Kosteneinsparungen bei der Beschaffung von FTTB/H-spezifischen Tiefbaukapazitäten führt.<sup>393</sup> Sie verweisen insoweit auf die anhaltend große Nachfrage, der gegenwärtig nur knappe Ressourcen gegenüberstünden. Dies habe in den letzten Jahren zu entsprechenden erheblichen Preissteigerungen geführt.
- (474) Durch die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens ändere sich an den Beschaffungskosten zwar im Ausgangspunkt nichts, da die Beteiligten ihre diesbezüglichen Ressourcen nicht im Gemeinschaftsunternehmen zusammenlegen und sie die erforderlichen Baukapazitäten weiterhin unabhängig voneinander am Markt beschaffen würden. Durch die „wettbewerbliche“ Ausgestaltung des Prozesses der Vergabe von Feinplanung und Baudurchführung an die Muttergesellschaften, würde jedoch die eine Muttergesellschaft indirekt über das Gemeinschaftsunternehmen von den Einkaufsvorteilen der jeweils anderen Mutterge-

---

<sup>392</sup> Siehe auch Europäische Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Amtsblatt der Europäischen Union, 2004/C31/03, Rn. 86 ff.

<sup>393</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 88.

sellschaft profitieren. Die Beteiligten machen mithin nicht geltend, dass es durch den Zusammenschluss bei den Muttergesellschaften zu zusätzlichen Einkaufsvorteilen käme, die sich beim FTTB/H-Ausbau als Kosteneinsparung niederschlagen könnten.<sup>394</sup>

- (475) Die Beschlussabteilung vermag nicht nachvollziehen, worin gegenüber einem Einzelausbau, bei dem die Beteiligten die ihnen zur Verfügung stehenden Baukapazitäten jeweils dort zum Einsatz bringen würden, wo sie für sie den größten Nutzen haben, der fusionsspezifische Effizienzgewinn dieser Form der Zusammenarbeit liegen soll. Insoweit geltend die Ausführungen zu den Planungskapazitäten entsprechend (siehe oben Rn. (470) ff.).

#### **(d)Ausbaukommunikation**

- (476) Die Beteiligten machen als Effizienzgewinn gelten, dass ihnen die Zusammenarbeit im Gemeinschaftsunternehmen die Ausnutzung der bei den Muttergesellschaften vorhandenen Kontakte für eine gemeinsame und effizientere Ansprache von Kommunen und Grundstückseigentümern im Hinblick auf den Anschluss von Grundstücken an das FTTH-Glasfasernetz des Gemeinschaftsunternehmens ermöglicht. Zwar würde der Gesamtaufwand für die Ausbaukommunikation ungefähr dem entsprechen, der auch bei einem Einzelausbau anfalle. Doch könnten Telekom und EWE ihre jeweiligen individuellen Kompetenzen, Reichweite und Ressourcen für die Bekanntmachung des FTTH-Ausbaus in einem konkreten Ausbaubereich bündeln und so die Effizienz der Kommunikation mit dem Ziel einer möglichst großen Zahl von angebundenen Haushalten insgesamt erhöhen.<sup>395</sup>
- (477) Unabhängig davon, ob es sich bei der Ausbaukommunikation um ein Mittel im Wettbewerb um die Endkunden und bei der Bündelung der Ausbaukommunikation daher nicht eigentlich um den nicht berücksichtigungsfähigen Wegfall von Kosten des Wettbewerbs handelt<sup>396</sup>, liegt die insoweit von den Beteiligten geltend gemachte Kostenersparnis angesichts der im Raum stehenden sehr hohen Investitionskosten pro erschlossenem Haushalt (Home Passed) in einem zu vernachlässigenden Bereich.

---

<sup>394</sup> Vgl. Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 89.

<sup>395</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 90 f.

<sup>396</sup> Vgl. insoweit auch Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, Amtsblatt der Europäischen Union, 2004/101/08, Rn. 49.



### **(e) Betriebskosten**

- (478) Die Beteiligten machen als Effizienzgewinn geltend, die Zusammenarbeit im Gemeinschaftsunternehmen würde zu Synergien bei den Betriebskosten führen, die sie jedoch nicht weiter konkretisieren könnten. Von daher lassen sich die insoweit geltend gemachten Kosteneinsparungen auch nicht berücksichtigen.

### **(2) Risikoteilung**

- (479) Die Beteiligten machen als Effizienzgewinn geltend, dass sie sich nicht nur die Kosten, sondern auch die Risiken ihrer Investitionen in den FTTB/H-Ausbau teilen würden. Dieses Risiko liege insbesondere darin, dass ungewiss sei, ob und wann die für die Wirtschaftlichkeit des Ausbaus erforderliche Netzauslastung erreicht werden könne.<sup>397</sup>
- (480) Die Teilung des Investitionsrisikos stellt nach Einschätzung der Beschlussabteilung jedoch keinen fusionsspezifischen Effizienzgewinn dar. Denn das Investitionsrisiko verringert sich in Summe nicht dadurch, dass es auf mehrere Schultern verteilt wird. Was sich durch die Teilung der Investitionskosten (und des damit verbundenen Risikos) allenfalls ändert, ist die Bereitschaft, das damit verbundene Risiko einzugehen.
- (481) Unabhängig davon, ob und unter welchen Umständen die Erhöhung der Risikobereitschaft als fusionsspezifischer Effizienzgewinn anerkannt werden könnte, ist im vorliegenden Fall nicht erkennbar, dass die Kostenteilung erhebliche Auswirkungen auf die Risikobereitschaft der Beteiligten hat.
- (482) Zwar fallen beim FTTB/H-Ausbau hohe Investitionskosten an, die überwiegend versunkene Kosten darstellen. Doch fallen diese Kosten nicht insgesamt für das gesamte Kooperationsgebiet auf einmal an, sondern inkrementell über einen sehr langen Zeitraum. Die Investitionsrisiken, die mit dem Ausbau eines einzelnen Teilgebietes verbunden sind, sind im Vergleich zu einer Erschließung des gesamten Kooperationsgebietes gering. Das mit dem Ausbau einzelner Teilgebiete verbundene Investitionsrisiko ist jedenfalls für die Beteiligten, die beide im gesamten Kooperationsgebiet auf weitreichende Infrastruktur zurückgreifen können, demgegenüber gut beherrschbar. Mit der Zeit dürften die Beteiligten dieses Risiko auch besser einschätzen können und ihre Ausbauplanung entsprechend anpassen. Eine

---

<sup>397</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 80.

andere Einschätzung ist möglicherweise für sehr große Infrastrukturvorhaben mit sehr hohen Fixkosten, die auf einen Schlag und insgesamt anfallen, denkbar, aber nicht im vorliegenden Fall.

- (483) Geht man – abgesehen davon – einmal davon aus, dass die Beteiligten im Kooperationsgebiet bei einem Einzelausbau insgesamt gesehen die gleichen Summen investieren würden wie bei einem gemeinsamen Ausbau, bleibt auch in diesem Fall das Investitionsrisiko im Ergebnis gleich groß. Denn auch im Fall eines Einzelausbaus trägt – bezogen auf den gesamten Ausbau beider Beteiligten – jeder der Beteiligten die Hälfte des Risikos.

### **(3) Risikominderung durch Aussicht auf verbesserte Auslastung**

- (484) Die Beteiligten machen schließlich als Effizienzgewinn geltend, dass sich durch das Gemeinschaftsunternehmen das wirtschaftliche Risiko des FTTB/H-Ausbaus verringere, da im Gemeinschaftsunternehmen mit einer besseren Auslastung und damit mit höheren Erträgen zu rechnen sei, als wenn die Beteiligten unabhängig voneinander FTTB/H ausbauen würden.<sup>398</sup>
- (485) Die Beteiligten machen insoweit gelten, dass sie bei einem unilateralen Ausbau im Wettbewerb einen starken Anreiz hätten, ihre jeweiligen Bestandskunden (Vorleistungs- wie Endkunden) so lange wie möglich auf der eigenen Infrastruktur zu halten und hierdurch die Kosten und Risiken des Wettbewerbers, der in ein Glasfasernetz investiert, möglichst zu erhöhen, und dass sie dann keinen Anreiz hätten, diese durch einen Beitrag zur schnelleren Amortisation der Investition zu senken. Bei einem unilateralen Ausbau würden die Beteiligten dies durch eine Ertüchtigung ihrer bestehenden Infrastrukturen und durch attraktive Angebote im Rahmen ihrer Bestandskundenpflege, also durch wettbewerbliche Maßnahmen auf den Vorleistungs- und Endkundenmärkten, bewirken.
- (486) Im Gemeinschaftsunternehmen würde sich diese Situation grundlegend verändern. Im Gemeinschaftsunternehmen wäre es für die Beteiligten wirtschaftlich sinnvoll, die eigenen End- und Vorleistungskunden auf die neue Infrastruktur des Gemeinschaftsunternehmens zu migrieren.

---

<sup>398</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 72.

- (487) Die Beschlussabteilung hat Zweifel, ob eine etwaige bessere Auslastung insoweit als fusionsspezifischer Effizienzgewinn anerkannt werden könnte. Denn was die Beteiligten in der Sache geltend machen, ist ein Wegfall von Kosten, welche die Beteiligten im Wettbewerb miteinander haben würden, um bei einem FTTB/H-Ausbau des jeweils anderen ihre auf der eigenen Infrastruktur beruhende Markstellung zu verteidigen. Weiterhin machen sie den Wegfall von Kosten geltend, den sie haben würden, wenn sie selbst FTTB/H parallel und somit im direkten Wettbewerb zu der FTTC-Infrastruktur der jeweiligen anderen Mutter ausbauen würden, um durch hinreichend attraktive Angebot möglichst viele Vorleistungs- und Endkunden für das neue FTTB/H-Netz zu gewinnen.
- (488) Sie machen damit letztlich Kostenersparnisse in Bezug auf wettbewerbliche Reaktionen geltend, die sie bei einer Kooperation vermeiden würden. Diese wettbewerbliche Interaktion zwischen den Beteiligten, die ohne die Kooperation zu erwarten wäre, würde aber bei ihren Nachfragern zu Preissenkungen und Qualitätsverbesserungen führen. Ein solcher Wegfall des Wettbewerbs und die damit einhergehende Kostenersparnis im Hinblick auf andernfalls erforderliche wettbewerbliche Reaktionen der Mütter können jedoch grundsätzlich nicht als Effizienzgewinn anerkannt werden.<sup>399</sup>
- (489) Aber selbst wenn man einen solchen Effizienzgewinn anerkennen würde, müsste er die sich aus dem Wegfall des gegenseitigen Wettbewerbsdruckes ergebenden Schadenswirkungen mindestens kompensieren. Ein solcher Vergleich wurde jedoch nicht vorgenommen. Die Beteiligten machen insoweit pauschal und ohne weitere Begründung geltend, dass die Zusammenarbeit im Gemeinschaftsunternehmen grundlegend die Anreize von Telekom und EWE ändern würde, ihre bestehenden Vorleistungs- und Endkunden auf die neue Infrastruktur zu migrieren, da die Migration in diesem Fall wirtschaftlich sinnvoll sei, was bei einem Einzelausbau ohne die Zusammenarbeit im Gemeinschaftsunternehmen nicht der Fall sei.<sup>400</sup> Es bestehen jedoch insofern Zweifel an dieser pauschalen Aussage, als beide Beteiligte ein hohes Interesse haben, ihre kupferbasierte Bestandsinfrastruktur so lange zu nutzen, wie diese wettbewerbsfähig ist. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn es parallel zu dieser Bestandsinfrastruktur nunmehr ein neues, rein glasfaserbasiertes Netz

---

<sup>399</sup> Vgl. insoweit auch Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, Amtsblatt der Europäischen Union, 2004/101/08, Rn. 49.

<sup>400</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 80.

gibt, und unabhängig davon, ob das neue Netz durch einen Wettbewerber oder das Gemeinschaftsunternehmen gebaut wurde. Es bestehen somit durchaus auch Gegenanreize gegen eine Migration der Endkunden mit und ohne GU, so dass eine wesentlich größere Auslastung des neuen Netzes auch bei einer Kooperation nicht auf der Hand liegt.

#### **bb) Vertragliche Regelungen kein Ausgleich**

- (490) Nach dem Vortrag der Beteiligten wird das Vorhaben auch deshalb eine Verbesserung des Marktergebnisses in Form eines schnelleren und umfangreicheren Glasfaserausbaus im Kooperationsgebiet zur Folge haben, weil die Beteiligten in der ihre Zusammenarbeit regelnden Vereinbarung Regelungen getroffen, die ein gewisses Volumen und auch eine bestimmte Geschwindigkeit des gemeinsamen Ausbaus absichern sollen.
- (491) Tatsächlich ist dies nicht der Fall. Die von den Beteiligten angeführten Regelungen<sup>401</sup> führen nicht dazu, dass infolge der Kooperation im größeren Umfang bzw. schneller Glasfaser ausgebaut wird. Vielmehr sehen sie abhängig von ihrer Ausgestaltung im Ergebnis lediglich vor, dass der Glasfaserausbau im Konfliktfall in einem bestimmten Umfang oder vollständig (wieder) unilateral stattfinden kann. Die GU-Gründung wird den unilateralen Glasfaserausbau durch die Beteiligten also zumindest nicht total und dauerhaft blockieren, sofern (zumindest) eine der Beteiligten an der Blockade kein Interesse hat und die Ausstiegsoption nutzt. Eine effektive Durchsetzbarkeit etwaiger Ausbauziele, die zudem erst noch im Laufe der Kooperation zwischen den Beteiligten ausgehandelt werden müssen, sieht die Vereinbarung der Beteiligten jedoch nicht vor. Von einer hinreichenden Absicherung der Beschleunigung oder Erweiterung des Ausbaus durch die Kooperation kann somit – ohne die Zusagen – nicht ausgegangen werden.
- (492) Selbst wenn die Vereinbarung der Beteiligten im Übrigen Regelungen vorsehen würde, auf deren Basis die Beteiligten die erforderlichen Investitionen rechtliche und faktisch durchsetzen könnten, so wäre dennoch nicht davon auszugehen, dass dies zu einem größeren Angebot an hochbitratigen Vorleistungsprodukten aufgrund der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens führen würde. Dies wäre nur dann der Fall, wenn die Anreize der Beteiligten für einen FTTB/H-Ausbau sowie einem entsprechenden Vorleistungsangebot

---

<sup>401</sup> Vgl. Schreiben der Beteiligten vom 04.06.2019, S. 25 ff.

infolge des Vorhabens höher sind als ohne. Denn die Durchsetzung dieser Regelungen hängt von den entsprechenden Anreizen der Beteiligten ab, diese zu nutzen.

- (493) Wie oben beschrieben werden jedoch infolge der Marktstrukturverschlechterung die Anreize beider Beteiligter, in den Glasfaserausbau zu investieren, sinken. Auch aus fusionsbedingten Effizienzvorteilen folgen wie ausgeführt keine Anreize der Beteiligten zu einer Verbesserung des Marktergebnisses.

**e) Auswirkungen auf das Marktergebnis und die Wettbewerbsbedingungen unter Berücksichtigung der Verpflichtungszusagen**

- (494) Unter Berücksichtigung der im Kartellverwaltungsverfahren für verbindlich erklärten Zusagen der Beteiligten ist eine Verschlechterung des Marktergebnisses bzw. der Wettbewerbsbedingungen nicht zu erwarten. Durch die Zusammenarbeit 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 würde sich der Ausbau tendenziell in urbanere Gebiete mit hoher Kabelnetzabdeckung verlagern.
- (495) Darüber hinaus sinken in Folge des Vorhabens auch die Anreize der Beteiligten, Dritten angemessenen und fairen Zugang zu dem neu errichteten Glasfasernetz zu gewähren. 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. Wie oben dargestellt ist nicht nur ein schnellerer und umfangreicher Ausbau des Netzes Voraussetzung für ein besseres Angebot auf dem Vorleistungsmarkt, sondern auch, dass Dritten Zugang zu diesem Netz zu gewährt wird. Denn die reine Existenz des Netzes führt nicht zwangsläufig zu einem angemessenen und fairen Angebot auf dem Vorleistungsmarkt. Es ist jedoch wie oben erläutert – ohne Verpflichtungszusagen – nicht nur zu erwarten, dass sich der Umfang des Netzausbaus infolge des Vor-

habens verringert, sondern auch dass sich die Zugangsmöglichkeiten Dritter zu dem neu-  
ausgebauten Netz verschlechtern. Selbst wenn es infolge der GU-Gründung somit zu ei-  
nem zügigeren und umfangreicheren Glasfasernetzausbau durch die Beteiligten kommen  
würde, würde dies somit nicht zu einem besseren Angebot auf den Vorleistungsmärkten  
führen.

- (496) Hingegen lassen die aufgrund der im Rahmen der § 32 b-Entscheidung für verbindlich er-  
klärten Ausbauzusagen in Verbindung mit der Zugangszusage nach Einschätzung der Be-  
schlussabteilung – unabhängig von einer möglichen Regulierung – eine Belebung des Wett-  
bewerbs auf dem Vorleistungsmarkt erwarten.

#### **aa) Mindestausbau**

- (497) 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 Abwehr-  
maßnahmen der Beteiligten schützt und auch der in Folge der Zusammenarbeit zu erwar-  
tenden Verlagerung der Ausbauaktivitäten der Beteiligten in eher urbane Gebiete mit hoher  
Kabelabdeckung entgegenwirkt.
- (498) Die Beteiligten verpflichten sich dazu, innerhalb der ersten vier Jahre der Kooperation kon-  
krete Ausbauziele zu erreichen. Bis zum 31.12.2023<sup>402</sup> werden insgesamt mindestens  
300.000 HHUStO als Homes Passed Plus durch das FTTB/H-Netz des Gemeinschaftsun-  
ternehmens 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.
- (499) Aufgrund einer Gesamtbetrachtung der ermittelten Planungen der Beteiligten und Um-  
stände, die diese beeinflussen, ist die Beschlussabteilung zu dem Ergebnis gekommen,  
dass die angebotenen Ausbauziele über denjenigen Volumina liegen, die bei einem indivi-  
duellen 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

---

<sup>402</sup> Gemäß Ziffer 4.3 der Verpflichtungszusagen verschieben sich die genannten Fristen um den  
Zeitraum, um den das Vorhaben erst nach dem 30.09.2019 freigegeben wird.

Case für das Gemeinschaftsunternehmen mit einer gewissen faktischen Verbindlichkeit vorgesehen wurden.

- (500) Der von den Beteiligten zugesagte Ausbau wird darüber hinaus auch zu einer strukturellen Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen führen, soweit die neu errichteten Netze den Beteiligten und Dritten dauerhaft für die Bereitstellung von Produkten für Vorleistungs- bzw. Endkunden zur Verfügung stehen. Insofern geht die Zusage zum Ausbau von Infrastrukturen über eine Zusage, zeitlich begrenzt Produkte in bestimmtem Umfang anzubieten, in ihrer strukturellen Wirkung wesentlich hinaus.
- (501) Schließlich sprechen auch die Begrenzung des Mindestausbaus auf einen Zeitraum von vier Jahren und der Zusagen insgesamt bzw. der 32-b-Entscheidung auf sechs Jahre nicht gegen eine die fusionsbedingten Verschlechterungen überwiegende Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen. Bei Zugrundelegung des üblichen Prognosezeitraums von 3-5 Jahren sind mögliche Marktentwicklungen nach Ablauf des für die Zusage geltenden Zeitraums ohnehin nicht relevant. Aus dem Zusammenschluss ergeben sich auch keine im Zeitpunkt des Zusammenschlusses schon eintretenden strukturellen Verschlechterungen, die durch die Ausbautzusagen lediglich während der Geltungsdauer dieser Zusagen neutralisiert werden. Denn das Gemeinschaftsunternehmen wird nicht zur Zusammenlegung unternehmerischer Ressourcen führen und dient im Wesentlichen der Koordination der Ausbauaktivitäten der Beteiligten im Kooperationsgebiet.
- (502) Darüber hinaus ist es bei einer Betrachtung über den Prognosezeitraum hinaus durchaus wahrscheinlich, dass nach Abschluss des Mindestausbaus bzw. nach Ablauf der Geltungsdauer der Zusagen insgesamt die Nachfrage nach höheren Bandbreiten deutlich gestiegen sein wird. Die Anreize für die Beteiligten und Dritte, zur Deckung der zunehmenden Nachfrage Glasfasernetze auszubauen, werden dann entsprechend steigen. Damit ändern sich auch die für die fusionsrechtliche Beurteilung des Vorhabens maßgeblichen Wettbewerbsverhältnisse. Derzeit liegt eine wesentliche Gefahr des Gemeinschaftsunternehmens darin, dass sich der Netzausbau insgesamt verlangsamt, weil die Beteiligten den Anreiz verlieren trotz weitgehend noch fehlender Nachfrage nach höheren Bandbreiten bereits jetzt mit dem Ausbau zu beginnen, um ihren Wettbewerbern zuvorzukommen. Nimmt die Nachfrage tatsächlich zu, wäre eine solche Strategie nicht dauerhaft erfolgreich. Denn die Beteiligten müssten befürchten, dass Dritte, für die der Ausbau auf Grund der gestiegenen Nachfrage zunehmend rentabel wird, ihnen zuvorkommen und eine dauerhaft abgesicherte Marktstellung erlangen.

**bb) Verhinderung einer unangemessenen Blockade des Ausbaus durch Wettbewerber**

- (503) Um der Gefahr der Verdrängung von Wettbewerbern aus dem Markt zu begegnen, verpflichten sich die Beteiligten darüber hinaus für sechs Jahre, nur Gebiete auszubauen, die sich entweder bereits auf der mit der fusionskontrollrechtlichen Anmeldung am 21.03.19 eingereichten Liste der Ausbaugebiete für die ersten beiden Jahre befinden oder die mindestens 9 Monate auf der Shortlist stehen, die der Regelung des kurz- und mittelfristigen Ausbauplanung dient. 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.
- (504) 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. Nach Ablauf der Geltungsdauer von sechs Jahren wird das Abschreckungspotenzial der Beteiligten aller Voraussicht nach in relevanter Weise zurückgegangen sein. Denn auf Grund der dann zu erwartenden steigenden Nachfrage nach höheren Bandbreiten und der damit verbundenen Zunahme von Gebieten, die zu wirtschaftlichen Bedingungen ausgebaut werden können, wären gezielte, kurzfristige Abschreckungsmaßnahmen für die Beteiligten deutlich teurer. Gleichzeitig ist bei einer Betrachtung über den Prognosezeitraum hinaus auch zu erwarten, dass auch die Wettbewerber der Beteiligten in diesem Zeitraum ihre Marktstellung ausbauen konnten und somit nicht mehr in gleicher Weise anfällig sind für eine ihnen drohende Verdrängung aus dem Markt.



### **cc) Erschließung von Haushalten im ländlichen und dünnbesiedelten Raum**

- (505) Um der Gefahr der Konzentration der Ausbauaktivitäten auf urbanere Regionen zu begegnen, verpflichten sich die Beteiligten im Rahmen der Ausbaususage schließlich, dass es sich bei mindestens [25-35]% der Ausbaugebiete 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.
- (506) 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.
- (507) Auch im Rahmen der fusionskontrollrechtlichen Würdigung ist die Zusage geeignet, einer auf Grund des Zusammenschlusses zu erwartenden Verlagerung des Ausbaus zu begegnen. Auch hier beruht die Verlagerungswirkung nicht etwa auf der Zusammenfassung von Ressourcen im Gemeinschaftsunternehmen, die durch eine bloße Verhaltenszusage nur schwer kontrollierbar wäre. Vielmehr beruht diese Wirkung darauf, dass die Beteiligten im Rahmen des Gemeinschaftsunternehmens auch insoweit ihre Aktivitäten und die Nutzung dieser Ressourcen zumindest teilweise koordinieren. Die Zusage neutralisiert diese der Koordinierung der Beteiligten innewohnende Gefahr ausreichend. Nach Ablauf der Geltungsdauer werden auf Grund der dann zu erwartenden steigenden Nachfrage nach höheren Bandbreiten immer mehr eher ländliche Gebiete mit geringerer Kabelabdeckung zu wirtschaftlichen Bedingungen ausgebaut werden können und infolge der zu erwartenden Zunahme des externen Wettbewerbsdrucks voraussichtlich auch ausgebaut werden.

### **dd) Diskriminierungsfreier und wettbewerbsfähiger Zugang**

- (508) 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 erheblich verbessern, andererseits aber auch erreichbar sind. Danach muss das Gemeinschaftsunternehmen innerhalb eines angemessenen Zeitraums sicherstellen, dass es mindestens zwei Vorleistungsverträge über einen Layer 2 und/oder Layer 3-Bitstromzugang mit einem insgesamt erheblichen Vermarktungspotential abschließt.

- (509) 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 Einzelabnahmehmodell 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.
- (510) Die Vermarktungsziele beziehen sich nicht auf den Vermarktungserfolg der Beteiligten, sondern unabhängig davon auf die Zahl der von dem Gemeinschaftsunternehmen als Homes Passed Plus erschlossenen Haushalte. Sie lassen sich nach Einschätzung der Beschlussabteilung nur erreichen, wenn die Zugangsbedingungen den dritten Vorleistungsnachfragern ein entsprechend wettbewerbsfähiges Angebot ermöglichen.
- (511) Die Zugangszusage beinhaltet als flankierende Maßnahme 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. 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 akzeptierten 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 hiermit ein diskriminierungsfreier Zugang realisiert und sich die Akzeptanz des Zugangsmodells bei dritten Vorleistungsnachfragern erheblich verbessert wird, 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.

**ee) Anforderungen gemäß § 40 Abs. 3 GWB**

- (512) Die rechtlichen und tatsächlichen Wirkungen der Zugangsverpflichtungen sind auch im Sinne von § 40 Abs. 3 GWB hinreichend wirksam und nachhaltig, um als strukturelle Bedingungen wirksamen Wettbewerbs eine infolge der als Zusammenschluss anmeldepflichtigen Gründung des Gemeinschaftsunternehmens zu erwartende Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen zu verhindern oder zu kompensieren. Es ist zu erwarten, dass Vorleistungsverträge über den Zugang zu (künftigen) FTTB/H-Netzen, insbesondere im Rahmen von Commitment-Modellen, langfristig abgeschlossen werden. Die Bedingungen, zu denen das Gemeinschaftsunternehmen nach den Zugangsverpflichtungen Vorleistungsverträge abschließen muss, werden deutlich über die innerhalb eines angemessenen Zeitraums zu erreichenden Vermarktungsziele und die Geltungsdauer der Zugangsverpflichtung von sechs Jahren hinaus wirksam sein. Hinzu kommt, dass das Gemeinschaftsunternehmen als Teil eines marktbeherrschenden Unternehmens einem Diskriminierungsverbot nach dem GWB und möglicherweise auch nach dem TKG unterliegt, sofern es grundsätzlich unter die Regulierung fällt. Nicht nur diejenigen potentiellen Vorleistungsnachfrager, mit denen die Beteiligten unter dem Druck der Vermarktungsziele Verträge zu attraktiven Vorleistungspreisen und -bedingungen schließen mussten, werden somit mittelbar von diesen profitieren. Somit werden die künftigen Wettbewerbsbedingungen auf dem Endkunden- und den Vorleistungsmärkten nachhaltig bestimmt.
- (513) Die mit der § 32 b-Entscheidung für verbindlich erklärten Zusagen haben somit einen nachhaltigen strukturellen Effekt und führen dazu, dass das Segment der glasfaserbasierten

Anschlüsse den Abnehmern dauerhaft zur Verfügung steht. 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 somit im Prognosezeitraum auf dem Vorleistungsmarkt zu einem größeren Angebot zu attraktiven Preisen und Konditionen kommen. Das potentiell zur Verfügung stehende Produktangebot wird durch das aufgrund der Zusagen in einem bestimmten Mindestumfang zu bauende Glasfasernetz vergrößert und qualitativ verbessert. Es ist mit hinreichender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass das Produktangebot über die zugesagte Menge durch weiteren Ausbau weiter steigen wird. Das zugesagte Vermarktungsziel gewährleistet, dass die Glasfaserprodukte tatsächlich auf den Vorleistungsmärkten zu attraktiven Bedingungen angeboten werden. Indem das Marktvolumen vergrößert und das Produktangebot verbessert wird, werden auf dem Vorleistungsmarkt die Marktbedingungen verändert, da die Vorleistungsnachfrager dadurch eine größere Auswahlmöglichkeit zu attraktiven Preisen und Bedingungen haben und insbesondere im hochqualitativen Bereich auf dem Endkundenmarkt wettbewerbsfähiger werden.

#### **4. Keine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs auf dem Vorleistungsmarkt für den zentral bereitgestellten Zugang im Kooperationsgebiet**

- (514) Unter Berücksichtigung der Verpflichtungszusagen führt das Vorhaben zu keiner erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs in Form unilateraler Effekte auf dem Vorleistungsmarkt für den zentral bereitgestellten Zugang zu Breitbandanschlüssen an festen Standorten im Kooperationsgebiet.<sup>403</sup>
- (515) Die gleichen Gründe, die gegen eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs bei Layer 2-BSA sprechen, sind nach Ansicht der Beteiligten auch für den Layer 3-BSA relevant. Überdies werde dieses Produkt für das Gemeinschaftsunternehmen nur eine untergeordnete Rolle spielen.<sup>404</sup>

---

<sup>403</sup> Es kann offen bleiben, ob ohne die Verpflichtungszusagen die Voraussetzungen des Regelbeispiels (Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung) vorliegen würden.

<sup>404</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 134 ff.

- (516) Das Gemeinschaftsunternehmen wird ein dem Markt für den zentral bereitgestellten Zugang zuzurechnendes Layer 3-BSA-Produkt anbieten. Für dieses Produkt soll wie beim Layer 2-BSA-Produkt ein Einzelabnahme- und ein Commitment-Modell entwickelt werden. Die genauen Preise haben die Beteiligten noch nicht festgelegt, sie sollen sich aber an den Preisen für Layer 2-BSA orientieren. Die Beteiligten selbst werden das Layer 3-BSA-Produkt voraussichtlich nicht nutzen. Sie gehen davon aus, dass auch Dritte vorzugsweise das Layer 2-BSA-Produkt beziehen werden.<sup>405</sup>

**a) Marktverhältnisse**

**aa) Marktstruktur**

- (517) Der Markt für den zentral bereitgestellten Zugang im Kooperationsgebiet ist hoch konzentriert. Insbesondere die TDG kommt derzeit auf einen Marktanteil von [70-80]% (Absatz) bzw. [80-90]% (Umsatz). EWE vertreibt ebenfalls ein Layer 3-BSA-Produkt. Gemeinsam kommen die Beteiligten auf einen Marktanteil von [70-80]% (Absatz) bzw. [80-90]% (Umsatz). Die Marktanteile der Beteiligten und ihrer Wettbewerber ergeben sich aus nachfolgender Tabelle 4:

*Tabelle 4: Zentral bereitgestellte Vorleistungen im Kooperationsgebiet in 2018<sup>406</sup>*

<b>Anbieter</b>	<b>Absatz<sup>407</sup></b>	<b>Umsatz<sup>408</sup></b>
TDG	[70-80]%	[80-90]%
EWE	[0-5]%	[0-5]%
Vodafone	[10-20]%	[10-20]%
Sonstige	[0-5]%	[0-5]%

- (518) Die bedeutende Stellung der TDG auf dem Markt für den zentral bereitgestellten Zugang beruht ebenso wie ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für den lokal bereitgestellten Zugang auf ihrer flächendeckenden Infrastruktur im Kooperationsgebiet. Soweit andere Anbieter wie Vodafone Layer 3-BSA-Produkte anbieten, müssen sie weitgehend auf

---

<sup>405</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 32.

<sup>406</sup> Berechnet aus Antworten zu Frage B.6 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019, Angaben der Beteiligten in Tabellen 09 bis 12 der Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 110 f.

<sup>407</sup> Bestand zum 31.12.2018: [0,3-0,4] Mio. Stück.

<sup>408</sup> Umsatzerlöse in 2018: € [70-80] Mio.

Vorleistungen der TDG zurückgreifen, soweit sie keine eigene Infrastruktur besitzen, die ihnen ein entsprechendes Angebot unabhängig von der TDG-Infrastruktur ermöglicht.

### **bb) Marktentwicklung**

- (519) Layer 3-basierte Produkte sind derzeit nach der TAL das bedeutendste Vorleistungsprodukt. TDG erzielte in 2018 im Kooperationsgebiet etwa dreimal so hohe Umsatzerlöse mit Layer 3-BSA wie mit Layer 2-BSA.<sup>409</sup> Es ist aber zu erwarten, dass die Bedeutung des Layer 3-BSA-Produktes längerfristig abnimmt, soweit Vorleistungsnachfrager an Stelle eines solchen Produktes ein Layer 2-BSA-Produkt abnehmen, weil es ihnen eine wesentlich größere Produktgestaltung ermöglicht. TDG, die derzeit in einem bestimmten Umfang lediglich Layer 3-BSA von EWE bezieht, dürfte nach Einschätzung der Beschlussabteilung – jedenfalls sobald sie dazu auch in der Lage sein sollte – künftig zu einem Layer 2-BSA-Produkt der EWE wechseln wollen. Auch andere größere Vorleistungsnachfrager wie 1&1 werden voraussichtlich künftig verstärkt Layer 2-BSA-Produkte an Stelle eines Layer 3-BSA-Produkt beziehen. Andere Vorleistungsnachfrager, die nicht in den weiteren Ausbau ihrer Infrastruktur zur Erschließung des lokalen Zugangs investieren, bleiben hingegen weiterhin auf ein Layer 3-BSA-Produkt angewiesen.<sup>410</sup> Derzeit vertreiben Kabelnetzbetreiber noch keine entsprechenden Vorleistungen, haben dies aber teilweise vor.<sup>411</sup> FTTB/H-basierte Layer 3-BSA-Produkte werden aktuell nur in geringem Umfang angeboten, ihre Bedeutung im Verhältnis zu kupferbasierten Produkten wird künftig aber zunehmen.

### **cc) Marktzutrittsschranken**

- (520) Die Marktzutrittsschranken sind zwar deutlich niedriger als bezüglich des Marktes für den lokal bereit gestellten Zugang, aber dennoch relativ hoch. Dies gilt insbesondere, soweit

---

<sup>409</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 116, 135. Für Layer 3-BSA liegt die Angabe für 2017 und das 1. Halbjahr 2018 vor.

<sup>410</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 113, 135.

<sup>411</sup> Zum beabsichtigten Layer 3-BSA-Angebot im Rahmen einer Zusage im Fusionskontrollverfahren Vodafone / Liberty und jüngst auch Tele Columbus vgl. für Vodafone Europäische Kommission, Entscheidung vom 18.07.2019, M. 8864 – *Vodafone / Certain Liberty Global Assets* sowie für Tele Columbus, Pressemitteilung: Telefónica Deutschland und Tele Columbus kooperieren bei Kabel- und Glasfaser-Anschlüssen, <https://www.telefonica.de/news-telefonica-deutschland/startseite/news/8800/bis-zu-1-gbits-superschnelles-internet-von-o2-fuer-noch-mehr-haus-halte-telefonica-deutschland-und-tele-columbus-kooperieren-bei-kabel-und-glasfaser-anschlussen.html>.

ein Teilnehmernetzbetreiber ein höherwertiges Produkt auf Basis eigener Infrastruktur anbietet, um den steigenden Bandbreitenbedarf zu decken. Hierfür ist die Erschließung des HVt bzw. KVz mit Glasfaser und aktiver Technik erforderlich.<sup>412</sup>

- (521) Demgegenüber können über FTTN-basierte Layer 3-BSA-Produkte, bei denen der Erschließungsaufwand für den Vorleistungsanbieter geringer ist, unter Verwendung der ADSL-Technik grundsätzlich nur deutlich geringere Bandbreiten angeboten werden.<sup>413</sup>
- (522) Denkbar ist auch der Bezug eines Layer 2-BSA-Produktes, um auf dessen Basis ein Layer 3-BSA-Produkt anzubieten. Auch in diesem Fall ist aber die Erschließung der lokalen Bitstromüberübergabepunkte erforderlich, die jedenfalls kurzfristig nicht möglich ist und von der BNetzA als wesentliche Marktzutrittsschranke gewertet wird.<sup>414</sup> Hinzu kommen die Aufwendungen für Vertrieb und Technik für die Übergabe an den Vorleistungsnachfrager. Darüber hinaus kann in diesen Konstellationen nur eine geringe Wertschöpfungstiefe erreicht werden, was den Margenspielraum gerade im Vergleich zu den Wettbewerbern mit eigener Infrastruktur stark verringert, so dass ein Zutritt in diesen Markt vergleichsweise unattraktiv ist.

#### **dd) Aktueller und potentieller Wettbewerb**

- (523) Die Marktanteile der Wettbewerber, insbesondere von Vodafone, bleiben weit hinter dem Marktanteil der TDG zurück. Sie sind strukturell gegenüber der TDG im Nachteil, soweit sie aufgrund der fehlenden Flächendeckung ihres eigenen Netzes die TAL als Vorleistung beziehen müssen, um entsprechende Leistungen anbieten zu können. Wegen der mit der Errichtung eines eigenen Teilnehmeranschlussnetzes verbundenen hohen Kosten ist auch ein kurzfristiger Markteintritt weiterer Marktteilnehmer nicht zu erwarten.
- (524) Auch das künftige Layer 3-Bistromangebot von Vodafone auf Basis des bestehenden Kabelnetzes ist vom Umfang her zu gering, um signifikanten Druck auf den Verhaltensspiel-

---

<sup>412</sup> Vgl. Rn.(129).

<sup>413</sup> Vgl. Rn (128).

<sup>414</sup> Vgl. BNetzA, Marktdefinition und Marktanalyse des Marktes Nr. 3b der Märkteempfehlung der EU-Kommission vom 09.12.2014, Stand 09.07.2015 (öffentliche Fassung), S. 141. Darüber hinaus entstehen dem Vorleistungsnachfrager weiter Kosten durch den Vertrieb und die Technik für die Übergabe an die Abnehmer.

raum insbesondere der TDG ausüben zu können. Die im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens Vodafone / Unitymedia abgegebene Zusage von Vodafone, ein Layer 3-BSA-Produkt auch auf Basis ihres eigenen Kabelnetzes anzubieten, ändert die Marktverhältnisse nicht in hinreichendem Maße.<sup>415</sup> Das Angebot wird sowohl exklusiv auf Telefónica als auch hinsichtlich der Qualität (zunächst max. 300 Mbit) beschränkt sein. Darüber hinaus ist die Vertriebskraft von Telefónica auf dem Endkundemarkt bislang nicht sehr stark. Das betroffene Volumen ist zu klein, um die Marktstellung der TDG wesentlich beeinflussen können. Insgesamt entfällt zwar etwa ein Drittel des Absatzes von Layer 3-BSA der TDG auf Telefónica.<sup>416</sup> Angesichts der begrenzten Abdeckung des Kabelnetzes mit [50-60]% im Kooperationsgebiet wird Telefónica aber weiterhin einen wesentlichen Anteil ihres Bedarfs über das Netz der TDG abdecken müssen. Die Marktanteile der TDG werden daher sowohl im Hinblick auf die Stückzahl als auch bezüglich des Umsatzes überragend und weit über der Marktbeherrschungsvermutung bleiben. Der Abstand zu dem nächstfolgenden Wettbewerber, Vodafone, wird nach wie vor hoch sein. Insgesamt ist daher nicht davon auszugehen ist, dass diese Erweiterung des Angebots der Vodafone die Verhaltensspielräume insbesondere der TDG hinreichend zu kontrollieren vermag.

#### **ee) Indirekter Wettbewerbsdruck durch Kabelnetzbetreiber**

- (525) Der indirekte Wettbewerbsdruck durch die Kabelnetzbetreiber begrenzt die Verhaltensspielräume der TDG bzw. der Beteiligten bei einer Kooperation auf dem Markt für den zentralen Zugang ebenfalls nicht wirksam. Insoweit kann auf die wettbewerbliche Würdigung des Marktes für den lokalen Zugang verwiesen werden. Weder die Gesamtentwicklung des Endkundenmarktes noch die Betrachtung des Absatzes von Anschlüssen mit höheren Bandbreiten bzw. der jeweilige Erfolg bei der Gewinnung von Neukunden lassen den Schluss auf einen den Verhaltensspielraum hinreichend begrenzenden Wettbewerbsdruck zu.<sup>417</sup>

---

<sup>415</sup> Vgl. Fn. 411.

<sup>416</sup> Vgl. Anlage 10 der Anmeldung (Bl 2380 d. A.).

<sup>417</sup> Vgl. Rn. (525) ff.



#### ff) Bedeutung der Regulierung

- (526) Die der TDG im Rahmen der Regulierung gegenwärtig für kupferbasierte Vorleistungsprodukte auferlegten Pflichten vermögen den Verhaltensspielraum der TDG bzw. der Beteiligten bei einer Kooperation im Hinblick auf den Glasfaserausbau nicht hinreichend kontrollieren. Abgesehen davon, dass die Pflichten gegenwärtig keine glasfaserbasierten Vorleistungsprodukte umfassen, betreffen sie nicht den Netzausbau.
- (527) Auch soweit die BNetzA in ihrer Marktanalyse zum Markt 3b vom 09.07.2015 20 Städte, darunter auch die im Kooperationsgebiet liegenden Städte Bremerhaven und Osnabrück, als nicht mehr regulierungsbedürftig ansieht, steht dies der Annahme der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs durch das Vorhaben im Kooperationsgebiet nicht entgegen. Die BNetzA hat in ihrer Marktanalyse ausgehend von der vergleichsweise schwächeren Stellung der TDG auf dem *Endkundenmarkt* für diese Städte im Vergleich zu anderen Gebieten eine längerfristige Tendenz zu wirksamem Wettbewerb bejaht und dementsprechend die Regulierungsbedürftigkeit des Layer 3-Vorleistungsmarktes verneint, sofern ein Layer 2-Vorleistungsprodukt verfügbar ist. Die räumlich differenzierte Betrachtung ist im Hinblick auf die Prüfung, ob und inwieweit eine Regulierung zum Ausgleich eines generellen Marktversagens notwendig ist, geboten.
- (528) Demgegenüber ist für die fusionskontrollrechtliche Prüfung zunächst die Marktstellung auf dem jeweils betroffenen Markt wesentlich, worauf auch im Rahmen der Erteilung des erforderlichen Einvernehmens durch das BKartA gegenüber der BNetzA zur Marktdefinition und -analyse hingewiesen wurde. Nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen wird der jeweils in Bezug auf eine Fusion relevante Markt geprüft, nicht aber zunächst der nachgelagerte Endkundenmarkt. Auch wird bei Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt kein direkter Rückschluss auf die Notwendigkeit behördlicher Eingriffe auf dem vorgelagerten Markt gezogen. Insofern bildet im Kartellrecht nicht ein nachgelagerter Markt den Ausgangspunkt für die Festlegung vorgelagerter Märkte, sondern prioritärer Bezugspunkt ist der sachlich und geografisch relevante Markt selbst.<sup>418</sup>

---

<sup>418</sup> Vgl. BNetzA, Marktdefinition und Marktanalyse des Marktes Nr. 3b der Märkteempfehlung der EU-Kommission vom 09.12.2014, Stand 09.07.2015 (öffentliche Fassung), S. 30 und die dort wiedergegebene Stellungnahme des Bundeskartellamtes.

- (529) Hinzu kommt, dass im vorliegenden Fall das zu würdigende Zusammenschlussvorhaben das Kooperationsgebiet insgesamt betrifft, innerhalb dessen vorab in einem nicht vollumfänglich bestimmbar Maß ein gemeinsamer Infrastrukturausbau erfolgen soll. Hierbei sind die konkreten räumlichen Ausbauziele der Parteien derzeit nicht mit Sicherheit zu benennen, da sie sich im Laufe der Zeit unter anderem durch Veränderung der Nachfrage, der Tiefbaukosten und der lokalen Wettbewerbssituation verändern können. Der Infrastrukturausbau ist unmittelbare Voraussetzung für die Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse auf den verschiedenen sachlichen Märkten, zu dem auch der hier vorliegende Markt gehört. Es folgt, dass die potenziellen, in der Zukunft liegenden Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf einzelne räumliche Teilgebiete des Kooperationsgebietes nicht durch eine kleinteiligere Prüfung räumlicher Teilmärkte erfasst werden können.

#### **b) Unilaterale Effekte**

- (530) Der Zusammenschluss ließe ohne die Verpflichtungszusagen unilaterale Effekte auf dem Markt für den zentral bereitgestellten Zugang im Kooperationsgebiet erwarten.
- (531) Der Zusammenschluss würde auch auf dem Markt für den zentral bereit gestellten Zugang im Kooperationsgebiet zu einer signifikanten Verschlechterung der Marktstruktur führen, weil er die Zahl der infrastrukturbasierten Anbieter im Hinblick auf das zukünftige Angebot von hochbitratigen Layer 3- BSA-Produkten von drei auf zwei reduziert. Durch den Zusammenschluss würde wesentlicher Wettbewerb durch EWE als Anbieterin von FTTB/H-basierten Produkten für den zentral bereitgestellten Zugang wegfallen. Schließlich wäre ohne die Verpflichtungszusagen auch zu erwarten, dass der Wettbewerbsdruck durch Dritte im Kooperationsgebiet weiter abnimmt, soweit sie das Vorhaben von einem FTTB/H-Ausbau im Kooperationsgebiet abschreckt.<sup>419</sup>
- (532) Durch den Zusammenschluss fällt EWE als wesentlicher Wettbewerber beim FTTB/H-Ausbau weg. Es ist, wie bereits in der wettbewerblichen Würdigung der Auswirkungen des Vorhabens auf dem Markt für den lokal bereitgestellten Zugang festgestellt wurde, davon auszugehen, dass EWE ohne das Gemeinschaftsunternehmen erhebliche Anreize für einen Eigenausbau hätte. Bestätigt wird diese Prognose durch das bisherige Verhalten der EWE, die mit ihrem Investitionsprogramm „Lichtwelle“ einen offensiven Ausbau angekündigt hat.

---

<sup>419</sup> Vgl. Rn. (448) ff.

- (533) Auch die TDG würde ohne das Gemeinschaftsunternehmen in den Glasfaserausbau im Kooperationsgebiet investieren. Sie hat ebenfalls Anreize, durch den Aufbau einer FTTB/H-Infrastruktur langfristig wettbewerbsfähig zu bleiben. Insgesamt sind ihre Ausbauanreize aber, solange ihr Bestandsnetz noch wettbewerbsfähig ist, zunächst grundsätzlich eher gering, weil sie durch die Verlagerung ihrer Kunden auf ein neu errichtetes FTTB/H-Netz keine Vorleistungsentgelte einsparen kann und es für sie vorteilhafter ist, den Bedarf ihrer Abnehmer so lange wie möglich mit ihrem bestehenden Kupfernetz zu befriedigen. Nur bei einem entsprechenden Wettbewerbsdruck dürften sich ihre Anreize insoweit ändern.<sup>420</sup>
- (534) Bei einem unabhängigen FTTB/H-Ausbau ist zu erwarten, dass die Beteiligten in ihren Ausbauentscheidungen aufeinander reagieren. Beide würden anstreben, dem jeweils anderen beim Ausbau zuvorzukommen bzw. dessen FTTC-Infrastruktur zu überbauen. Infolgedessen würde sich die Qualität der Netze, die die Grundlage für ein Vorleistungsangebot bilden könnten, deutlich verbessern. Sofern jedoch EWE infolge der Kooperation mit der TDG als selbständige Wettbewerbskraft wegfällt, würde sich der Netzausbau im Kooperationsgebiet (ohne die Verpflichtungszusagen) insgesamt gesehen verlangsamen und verringern. Ohne die Verpflichtungszusagen würde dieser negative Effekt durch die Verbesserung der Möglichkeiten der TDG, gemeinsam mit der EWE vorstoßenden Wettbewerb von Dritten abzuwehren, verstärkt.
- (535) Es wäre ohne Verpflichtungszusagen auch zu erwarten, dass die Zugangsbedingungen für die neu errichtete Infrastruktur für Dritte deutlich schlechter wären als bei einem alleinigen Ausbau durch die Beteiligten. Insbesondere EWE hat ohne eine Kooperation einen hohen Anreiz, die neu errichtete Infrastruktur auszulasten, und zwar auch durch Bereitstellung eines Layer 3-Bitstromproduktes. Es ist daher zu erwarten, dass bei einem alleinigen Ausbau EWE Vorleistungsnachfragern, die einen zentral bereit gestellten Zugang benötigen, ein entsprechendes Produkt anbieten wird. Sie könnte damit die Auslastung weiter verbessern. Dies entspricht im Übrigen auch ihrem Verhalten bei dem von ihr ausgebauten FTTC-Netz, bei dem sie ein entsprechendes Layer 3-BSA-Produkt anbietet.<sup>421</sup>
- (536) Beide Beteiligte wären ohne die Kooperation insgesamt gesehen in weit höherem Maße als im Gemeinschaftsunternehmen darauf angewiesen, zur Sicherstellung der notwendigen

---

<sup>420</sup> Vgl. Rn. (381).

<sup>421</sup> Antwort von EWE auf Frage VI.15 des Auskunftsverlangens vom 08.06.2018 (BI 0622 f. d. A.).

Auslastung ihrer Netze attraktive Vorleistungen anzubieten, und zwar auch gegenüber Nachfragern, die auf ein Layer 3-Bitstromprodukt angewiesen sind. Bei der Festlegung der Zugangskonditionen für dieses Produkt müssten sie auch die Konditionen für ein kupferbasiertes vergleichbares Produkt berücksichtigen, insbesondere in dem Fall des Überbaus der FTTC-Infrastruktur des jeweils anderen.<sup>422</sup> Dies dürfte sich positiv auf die Zugangsbedingungen und -preise auswirken.

- (537) Ohne die Verpflichtungszusagen würde eine Kooperation hingegen wesentlich unattraktivere Vorleistungskonditionen und -preise zur Folge haben, da die Beteiligten zusammen bereits einen Großteil der Endkundennachfrage abdecken. Bei attraktiven Vorleistungspreisen müssten sie mit einer Kannibalisierung ihrer Kundenbasis durch die Vorleistungsnachfrager, die mit ihnen auf dem Endkundenmarkt im Wettbewerb stehen, rechnen.<sup>423</sup>

#### **c) Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen nicht nachgewiesen**

- (538) Verbesserungen des Ergebnisses auf dem Markt für den zentralen Zugang im Kooperationsgebiet aufgrund von fusionsbedingten Effizienzen haben die Beteiligten nicht nachgewiesen. Im Übrigen ergeben sich hier dieselben Bewertungen wie bezüglich des Vorleistungsmarkts für den an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang.

#### **d) Auswirkungen auf das Marktergebnis und die Wettbewerbsbedingungen unter Berücksichtigung der Verpflichtungszusagen**

- (539) Die nach § 32 b-Entscheidung für verbindlich erklärten Zusagen gleichen diese Wirkungen hingegen aus und führen dazu, dass das Segment der glasfaserbasierten Anschlüsse den Abnehmern dauerhaft zur Verfügung steht. 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 somit im Prognosezeitraum auf dem Vorleistungsmarkt zu einem größeren Angebot zu attraktiven Preisen und Konditionen kommen. Das potentiell zur Verfügung stehende Produktangebot wird durch das aufgrund der Zusa-

---

<sup>422</sup> Vgl. Rn. (425).

<sup>423</sup> Vgl. auch Rn. (400) f.

gen in einem bestimmten Mindestumfang zu bauende Glasfasernetz vergrößert und qualitativ verbessert. Es ist mit hinreichender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass das Produktangebot über die zugesagte Menge durch weiteren Ausbau weiter steigen wird. Das zugesagte Vermarktungsziel gewährleistet, dass die Glasfaserprodukte tatsächlich auf den Vorleistungsmärkten zu attraktiven Bedingungen angeboten werden. Indem das Marktvolumen vergrößert und das Produktangebot verbessert wird, werden auf dem Vorleistungsmarkt die Marktbedingungen verändert, da die Vorleistungsnachfrager dadurch eine größere Auswahlmöglichkeit zu attraktiven Preisen und Bedingungen haben und insbesondere im hochqualitativen Bereich auf dem Endkundenmarkt wettbewerbsfähiger werden.

#### **5. Keine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs auf dem Massenmarkt für den festnetzbasieren Internetzugang**

- (540) Unter Berücksichtigung der Verpflichtungszusagen lässt die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens gemäß § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB auf dem relevanten Massenmarkt für den festnetzbasieren Internetzugang keine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs in Form unilateraler und koordinierter Effekte erwarten.

##### **a) Marktverhältnisse**

- (541) Der Massenmarkt für den festnetzbasieren Internetzugang ist im Kooperationsgebiet auf der Anbieterseite hoch konzentriert.

##### **aa) Markt- und Wertschöpfungsanteile**

- (542) Nach Ermittlungen der Beschlussabteilung und im Übrigen auch nach den sich damit im Ergebnis weitgehend deckenden Schätzungen der Beteiligten ist die Telekom sowohl nach Absatz als auch nach Umsatz der mit Abstand größte Anbieter festnetzbasierter Internetzugänge im Kooperationsgebiet. Zweitgrößter Anbieter war bis zur Übernahme von Unitymedia durch Vodafone EWE. Durch die Übernahme ist Vodafone mit EWE in etwa gleich gezogen. Schon Telekom und EWE erreichen im Kooperationsgebiet auf dem relevanten Massenmarkt für den festnetzbasieren Internetzugang gemeinsam einen oberhalb der Oligopolvermutung des § 18 Abs. 5 Nr. 1 GWB liegenden Marktanteil von rund [50-60] % (Absatz) bzw. [60-70] % (Umsatz). Auch Vodafone hat wie EWE im Vergleich zu allen nachfolgenden Wettbewerbern erhebliche Marktanteile in Höhe von etwa [20-30] % (Absatz) bzw.

[20-30] % (Umsatz). Den übrigen Anteil des Marktes teilen sich insbesondere 1&1, Telefónica und die Deutsche Glasfaser. Keines dieser übrigen Unternehmen erreicht einen Marktanteil von deutlich mehr als 10%.

Tabelle 5: Massenmarkt für den festnetzbasieren Internetzugang<sup>424</sup>

Anbieter	Absatz <sup>425</sup>	Umsatz <sup>426</sup>
TDG	[30-40]%	[30-40]%
EWE	[20-30]%	[20-30]%
Vodafone <sup>427</sup>	[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 %

### (1) Marktentwicklung

- (543) Das Marktvolumen im Kooperationsgebiet stieg innerhalb der letzten fünf Jahre (bis Ende 2018) um etwa 15%. Dabei konnten die Kabelnetzbetreiber ihren Marktanteil vergrößern. Der gemeinsame Marktanteil von Vodafone und Unitymedia mit ihren kabelbasierten Produkten liegt inzwischen über 20%. Der Marktanteilszuwachs der Kabelnetzbetreiber entspricht dem bundesweiten Trend, der allerdings im Kooperationsgebiet weniger ausgeprägt ist, weil hier die Kabelnetzanbieter schwächer vertreten sind. Der Marktanteil, den Vodafone mit kabelbasierten Breitbandprodukten für Endkunden erreicht, ist nach Schätzungen der Beteiligten<sup>428</sup> im Kooperationsgebiet zwischen 2014 und 2018 moderat gestiegen und liegt bei [10-20]%. Der Anteil des DSL-Geschäfts von Vodafone auf dem Massenmarkt liegt im Kooperationsgebiet bei [5-10]%. Unitymedia hatte einen nahezu konstanten Marktanteil im einstelligen Bereich. Der Marktanteil der TDG nimmt in diesem Zeitraum leicht ab und liegt

---

<sup>424</sup> Berechnet aus Antworten zu Frage E.1 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019, Angaben der Beteiligten in Anlage 12 zur Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.)

<sup>425</sup> Bestand zum 31.12.2018: [2,0-3,0] Mio. Stück.

<sup>426</sup> Umsatzerlöse in 2018: € [800-900] Mio.

<sup>427</sup> Mit Unitymedia.

<sup>428</sup> Marktanteile berechnet nach Absatz und Umsatz, vgl. Anlage 12 zur Anmeldung (Bl. 2385 ff. d. A.).

bei [30-40]%. Infolge der Übernahme von Unitymedia stieg Vodafones Marktanteil auf dem Endkundenmarkt auf [20-30]%.<sup>429</sup>

## **(2) Regionale Besonderheiten im Kooperationsgebiet**

- (544) Der Marktanteil der TDG im Kooperationsgebiet ist niedriger als ihr Anteil an den bundesweit abgesetzten Internetzugängen. Bundesweit kommt die TDG bei den abgesetzten Internetzugängen nach Zahlen des VATM auf einen Anteil von knapp 40 % (Absatz).<sup>430</sup> Der Grund für diese regionalen Unterschiede liegt vor allem in der relativen Stärke der ausschließlich im Kooperationsgebiet tätigen EWE, deren Marktanteil nach den Zahlen des VATM bei einer bundesweiten Betrachtung nur bei etwa knapp 2 % (Absatz) läge.<sup>431</sup>
- (545) Auch der Anteil der Kabelnetzbetreiber an den bundesweit abgesetzten Internetzugängen liegt höher als im Kooperationsgebiet. Der Grund hierfür dürfte insbesondere die im Kooperationsgebiet deutlich niedrigere Abdeckung der Kabelnetze sein. Während Kabelnetze bundesweit rund etwa zwei Drittel aller Haushalte und Unternehmensstandorte erreichen können<sup>432</sup>, sind dies im Kooperationsgebiet nur [50-60]% der Haushalte und Unternehmensstandorte. Hierzu ist zu beachten, dass sich die Kabelgebiete in der Tendenz auf die stärker besiedelten Gebiete verteilen, vgl. Abbildung 5. Dies hat zur Folge, dass im Kooperationsgebiet insbesondere in schwächer besiedelten ländlichen und halbstädtischen Gebieten die Kabelnetzbetreiber niedrigere Endkunden-Marktanteile aufweisen. Tabelle 3 stellt die durchschnittlichen Marktanteile der TDG, EWE, der zusammengefassten Kabelnetzbetreiber (KNB) und der sonstigen TK-Anbieter in Abhängigkeit von der HHUStO-Dichte im Kooperationsgebiet dar.<sup>433</sup> Hierzu wird das Kooperationsgebiet in Abhängigkeit von der Breitbandanschluss-Dichte in vier gleich große Gruppen, d.h. Quantile, auf Basis der Ortsnetzebene unterteilt. Hier handelt es sich beim 1. Quantil um die 25 % der Ortsnetze mit der niedrigsten Breitbandanschluss-Dichte im Kooperationsgebiet, und beim 4. Quantil

---

<sup>429</sup> Vgl. Tabelle 5.

<sup>430</sup> Vgl. auch VATM, 20. TK-Marktanalyse Deutschland 2018, [https://www.vatm.de/wp-content/uploads/2018/12/VATM\\_TK-Marktstudie-2018\\_091018\\_f.pdf](https://www.vatm.de/wp-content/uploads/2018/12/VATM_TK-Marktstudie-2018_091018_f.pdf), S. 19.

<sup>431</sup> Vgl. auch VATM, 20. TK-Marktanalyse Deutschland 2018, [https://www.vatm.de/wp-content/uploads/2018/12/VATM\\_TK-Marktstudie-2018\\_091018\\_f.pdf](https://www.vatm.de/wp-content/uploads/2018/12/VATM_TK-Marktstudie-2018_091018_f.pdf), S. 19.

<sup>432</sup> Vgl. BNetzA, Festlegung Markt 3a vom 11.10.2019 (öffentliche Fassung), S. 237 [233] f.

<sup>433</sup> Vgl. Vermerk „Auswertung räumlicher Daten zur Präsenz von Infrastrukturen und zur Verteilung von Marktanteilen auf dem Breitband-Endkundenmarkt“, Bl. 9451 d. A.

um jene 25 % der Ortsnetze mit der höchsten Anschlussdichte. Es zeigt sich zudem, dass die TDG auch in dichter besiedelten Gebieten eine vergleichsweise starke Marktstellung einnimmt, die EWE jedoch mit zunehmender Siedlungsdichte im Durchschnitt niedrigere Marktanteile aufweist.

*Tabelle 6: Durchschnittliche Endkunden-Marktanteile der Wettbewerber im Verhältnis zur Breitbandanschluss-Dichte*

<b>Breitbandanschlussdichte</b>	<b>TDG</b>	<b>EWE</b>	<b>KNB</b>	<b>Sonstige</b>
1. Quantil	[30%-40]%	[40%-50]%	[0%-10]%	[10%-20]%
2. Quantil	[30%-40]%	[30%-40]%	[10%-20]%	[10%-20]%
3. Quantil	[30%-40]%	[20%-30]%	[20%-30]%	[10%-20]%
4. Quantil	[30%-40]%	[10%-20]%	[20%-30]%	[20%-30]%

- (546) Der bundesweite Anteil der Telekom war in den letzten Jahren – so wie auch im Kooperationsgebiet – leicht rückläufig. Demgegenüber hat sich – auch insoweit ähnlich wie im Kooperationsgebiet – der Anteil der kabelbasierten Internetzugänge an den bundesweit insgesamt abgesetzten Internetzugängen erhöht. Das nach ihrem Marktzutritt zunächst sehr starke Wachstum der Kabelnetzbetreiber hat sich in den letzten Jahren jedoch wieder etwas abgeschwächt.<sup>434</sup>

### **(3) Abhängigkeit von Vorleistungen/Wertschöpfungstiefe**

- (547) Mit einem Anteil von durchschnittlich [30-40] % (Absatz) bzw. [30-40] % (Umsatz) an den unmittelbaren Endkundenbeziehungen ist die Telekom der mit Abstand führende Anbieter von Internetzugängen im Kooperationsgebiet. Darüber hinaus ist die Marktposition der Telekom tatsächlich als wesentlich stärker zu bewerten, als es diese 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 Kooperationsgebiet – kann die Telekom

---

<sup>434</sup> Vgl. bspw. VATM, 20. TK-Marktanalyse Deutschland 2018, [https://www.vatm.de/wp-content/uploads/2018/12/VATM\\_TK-Marktstudie-2018\\_091018\\_f.pdf](https://www.vatm.de/wp-content/uploads/2018/12/VATM_TK-Marktstudie-2018_091018_f.pdf), S. 14.



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. Wenn sie in diesen Gebieten ihren Endkunden höherwertige VDSL-Breitbandanschlüsse anbieten möchte, müsste die Telekom insoweit auf Vorleistungen der EWE zurückgreifen und tut dies auf Grundlage eines Layer 3-Bitstromzugangs in jüngerer Vergangenheit auch in einem aktuell allerdings noch sehr geringfügigen Umfang.

- (548) Für etwa [70-90]% der Internetzugänge im Kooperationsgebiet 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 TAL der Telekom.
- (549) 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.
- (550) Etwa [20-30]% der Internetzugänge im Kooperationsgebiet beruhen 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.
- (551) 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.

## **bb) Marktzutrittshürden**

- (552) Der Bereich der leitungsgebundenen Telekommunikation ist von hohen Marktzutrittshürden gekennzeichnet.
- (553) Auf den Marktstufen, die dem lokalen Zugang zur Teilnehmerleitung nachgelagert sind, hat die Zugangs- und Entgeltregulierung den Wettbewerbern der Telekom einen Marktzutritt auf dem Endkundenmarkt ermöglicht. Allerdings ist fraglich, inwieweit bei der Bewertung der Marktzutrittsschranken die Tatsache der bestehenden Regulierung berücksichtigt werden kann, da diese gerade wegen der erheblichen Marktzutrittsschranken erforderlich geworden ist. Die Vorleistungsregulierung, die den Marktzutritt derzeit in erster Linie ermöglicht, kann nach gegenwärtigen Marktverhältnissen auch nicht wegfallen, ohne dass dies eine starke Remonopolisierungstendenz auf den Endkundenmärkten zur Folge hätte.<sup>435</sup>
- (554) Jedenfalls aber hängen die Zutrittshürden für die Wettbewerber der Telekom auch bei Berücksichtigung des regulierungsbedingten Zugangs davon ab, ob und in welchem Umfang sie auf Vorleistungen insbesondere der Telekom oder auf eigene Wertschöpfung zurückgreifen wollen. Je nachdem benötigen sie entweder gar keine eigene Infrastruktur (wie bei einem reinen Resale-Produkt), ein eigenes Kernnetz mit einer glasfaserbasierten Anbindung der entsprechenden lokalen Übergabepunkte oder aber einen vollständigen FTTB/H-Ausbau bis zum Endkunden. Schon für die lokale Anbindung eines Hauptverteilers oder eines lokalen Übergabepunktes für einen Layer 2-Bitstrom und erst recht für den vollständigen Glasfaserausbau entstehen allerdings erhebliche bis sehr hohe Ausbaurkosten, bei denen es sich in der Regel um versunkene Kosten handelt, so dass damit ein erhebliches wirtschaftliches Risiko verbunden ist. Bei einem Markteintritt auf der Basis eines reinen Resale-Produktes entstehen zwar keine bzw. nur geringe Kosten für die Errichtung eigener Infrastruktur. Allerdings sind in jedem Fall signifikante Vertriebskosten zu tragen.
- (555) Zu berücksichtigen sind weiterhin in jedem Fall die geringen Erfolgchancen eines Marktzutrittes. Newcomer müssen sich gegen die Telekom mit einer über Jahrzehnte etablierten und bundesweit bekannten Marke durchsetzen. Insbesondere die Telekom, flächenmäßig im begrenzten Maße auch Vodafone, haben darüber hinaus signifikante Vertriebsvorteile durch die Möglichkeit, Produktbündel mittels eigener Infrastruktur in (Festnetz, Mobilfunk

---

<sup>435</sup> BKartA, B7-200/07 – KDG / Orion, Rn. 219 ff.

und TV) anzubieten. Schließlich sind die Endkunden auch nur begrenzt wechselbereit bzw. teilweise durch mehrjährige Verträge gebunden, weshalb ein etablierter Kundenstamm einen großen Wettbewerbsvorteil darstellt. Für einen Markterfolg müssen sich Newcomer daher in irgendeiner Form von den etablierten Anbietern abheben können. Dies ist bei reinen Resellern kaum möglich, wie auch an der Marktposition von Telefónica zu erkennen ist, die trotz bundesweiten Auftritts und der Bekanntheit ihrer Marke durch ihre Tätigkeit auf dem benachbarten Mobilfunkmarkt auf dem Festnetzmarkt relativ schwach ist.

- (556) Lediglich Unternehmen mit einem gewissen Grad an eigener Infrastruktur – wie EWE – sind insoweit relativ erfolgreich. Je höher der Grad der eigenen Infrastruktur ist, desto größer ist dabei auch der wettbewerbliche Spielraum des betreffenden Anbieters, den er bei der Vermarktung von Endkundenprodukten gegenüber der Telekom als der maßgeblichen Vorleistungsanbieterin genießt. Ein besonders hohes Differenzierungspotential insbesondere gegenüber den teilweise noch kupferbasierten Breitbandanschlüssen bietet dabei eine vollständig eigene, rein glasfaserbasierte Infrastruktur.

#### **b) Nicht koordinierte und koordinierte Effekte**

- (557) Die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens würde ohne die Verpflichtungszusagen in Form sowohl unilateraler als auch koordinierter Effekte eine erhebliche Behinderung des Wettbewerbs auf dem relevanten Massenmarkt für den festnetzbasieren Internetzugang erwarten lassen. Die im Rahmen der § 32 b-Entscheidung für verbindlich erklärten Zusagen gleichen diese Effekte jedoch aus.
- (558) Die Kooperation im Gemeinschaftsunternehmen verringert den Ausbauwettbewerb im Hinblick auf die Infrastruktur, die dem Angebot auf dem relevanten Massenmarkt für den festnetzbasieren Internetzugang zu Grunde liegt. Ohne die Verpflichtungszusagen hätte dies negative Auswirkungen auf das Volumen und die Geschwindigkeit der Investitionen in den FTTB/H-Ausbau und damit auf die Verfügbarkeit und die Qualität der künftig auf dem Massenmarkt angebotenen Internetzugänge zur Folge (hierzu unter aa)).
- (559) Darüber hinaus behindert es direkten infrastrukturbasieren Wettbewerb zwischen bestehenden kupferbasierten und künftigen glasfaserbasierten Internetzugängen. Ohne die Verpflichtungszusagen wären insoweit höhere Preise sowohl für kupferbasierte Internetzugänge als auch insbesondere für glasfaserbasierte Internetzugänge zu erwarten (hierzu unter bb)).

- (560) Die negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb werden nicht durch mögliche fusionsspezifische Effizienzgewinne ausgeglichen (hierzu unter cc)).
- (561) Allerdings führen die im Rahmen der § 32 b-Entscheidung für verbindlich erklärten Zusagen zu einer Belebung des Wettbewerbs auf dem Endkundenmarkt, die die genannten negativen Effekte ausgleicht (hierzu unter dd)).

**aa) Verringerung des Ausbauwettbewerbs**

- (562) Wie oben ausführlich beschrieben<sup>436</sup> würde die Zusammenarbeit der Mutterunternehmen im Gemeinschaftsunternehmen ohne die Verpflichtungszusagen den zwischen Telekom und EWE im Kooperationsgebiet bestehenden Ausbauwettbewerb beseitigen, der die Qualität der Endkundenprodukte deutlich erhöhen würde. Gleichzeitig würde das Vorhaben eine Verringerung des von dritten Anbietern wie der Deutsche Glasfaser ausgehenden Ausbauwettbewerbs erwarten lassen.<sup>437</sup>
- (563) Die Beseitigung des zwischen Telekom und EWE bestehenden und die Verringerung des von alternativen Netzbetreibern ausgehenden Ausbauwettbewerbs würde im Kooperationsgebiet ohne Verpflichtungszusagen negative Auswirkungen auf das Volumen und die Geschwindigkeit der Investitionen in den FTTB/H-Ausbau und damit auf die Verfügbarkeit und Qualität der künftig auf dem Massenmarkt angebotenen Internetzugänge erwarten lassen.
- (564) Das Volumen und die Geschwindigkeit der Investitionen in den FTTB/H-Ausbau würden insbesondere außerhalb der Kabelgebiete zurückgehen, da Telekom und EWE dort im Gemeinschaftsunternehmen keinem wirksamen Ausbauwettbewerb mehr ausgesetzt wären. Die beschriebene Verschlechterung der Marktstruktur würde somit ohne Verpflichtungszusagen insgesamt gesehen eine Verringerung von Volumen und Geschwindigkeit des Glasfaserausbaus im Kooperationsgebiet und somit eine Verschlechterung der dem Endkundenangebot zugrunde liegenden Netzqualität im Vergleich zu einem Szenario ohne Vorhaben erwarten lassen.

---

<sup>436</sup> Vgl. hierzu unter (444) ff.

<sup>437</sup> Hierzu bereits ausführlich (448).

**bb) Behinderung direkten infrastrukturbasierten Wettbewerbs**

- (565) Neben der Verringerung des Ausbauwettbewerbs würde durch die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens auch der potentielle, d.h. künftig zu erwartende direkte Wettbewerb basierend auf parallelen Infrastrukturen behindert.

**(1) Wettbewerbssituation bei einem Ausbau ohne das Vorhaben**

- (566) Ohne die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens würde es auf dem Endkundenmarkt (und den Vorleistungsmärkten) zu einem perspektivisch zunehmenden direkten infrastrukturbasierten Wettbewerb zwischen unabhängigen Anbietern kommen:

- zum einen zwischen dem Endkundenangebot, das auf den FTTC-Anschlussnetzen der Telekom beruht, und dem Endkundenangebot, das auf den dort von EWE oder einem Dritten wie insbesondere der Deutsche Glasfaser errichteten FTTB/H-Anschlussnetz basiert
- und zum anderen zwischen dem Endkundenangebot, das auf den FTTC-Anschlussnetzen der EWE beruht, und dem Endkundenangebot, das auf den dort von Telekom oder einem Dritten wie insbesondere der Deutsche Glasfaser errichteten FTTB/H-Anschlussnetz basiert.

- (567) Nach Einschätzung der Beschlussabteilung würden voraussichtlich vor allem die EWE, aber in der Folge auch die TDG unilateral ihre FTTC-Gebiete im Kooperationsgebiet vorrangig wechselseitig mit FTTB/H überbauen und dadurch parallele Infrastrukturen schaffen, auf denen sie völlig unabhängig voneinander mit ihrem darauf basierenden Vorleistungs- und Endkundenangebot in dem betreffenden Gebiet in einen direkten, infrastrukturbasierten Wettbewerb um die Vorleistungs- und Endkunden des jeweils anderen eintreten. Dies entspricht im Ausgangspunkt ihrer unterschiedlichen Anreizstruktur.<sup>438</sup>

- (568) Die Beteiligten argumentieren, der Wettbewerb zwischen Endkundenangeboten, die auf parallelen Infrastrukturen beruhen, sei praktisch nicht relevant, da es sich bei dem auf

---

<sup>438</sup> Vgl. Rn. (361) ff.

FTTC-Anschlussnetzen beruhenden Angebot perspektivisch um ein „Auslaufmodell“ handeln, dessen Wettbewerbsfähigkeit immer weiter abnehme.<sup>439</sup> Die Beteiligten argumentieren insoweit, die FTTC-Infrastruktur sei nur noch für absehbare Zeit geeignet, die Datenübertragungsraten abzubilden, die die wesentliche Nachfrage der Endkunden abdecken. Sie sei daher nur noch für einen Zeitraum von maximal [5-20] Jahren wettbewerbsfähig. Unabhängig von dem in der Fusionskontrolle zu Grunde zu legenden Prognosezeitraum sei zu berücksichtigen, dass die Marktteilnehmer bei ihrer Entscheidung, in langfristige Infrastrukturprojekte wie dem FTTB/H-Ausbau zu investieren, solche langfristigen Entwicklungen berücksichtigen müssten.<sup>440</sup>

- (569) Die Beschlussabteilung schließt sich der Argumentation der Beteiligten insoweit an, dass die kupferbasierte FTTC-Infrastruktur im Vergleich zur FTTB/H-Infrastruktur perspektivisch an Wettbewerbsfähigkeit einbüßen wird. Nach Einschätzung der Beschlussabteilung wird sie jedoch noch über einen durchaus relevanten Zeitraum in der Lage sein, erheblichen Wettbewerbsdruck auf glasfaserbasierte Infrastruktur auszuüben, und zwar ganz besonders dann, wenn die Leitungen parallel liegen. Die auf der FTTC-Infrastruktur beruhenden Endkundenangebote werden somit innerhalb des Prognosezeitraums ein maßgeblicher wettbewerblicher Faktor bleiben. Sie werden kurz- bis mittelfristig wettbewerbsfähig bleiben und erst langfristig an Wettbewerbsfähigkeit verlieren.
- (570) Eine andere Beurteilung wäre nur dann möglich, wenn bereits jetzt absehbar wäre, dass die FTTC-Infrastruktur am Ende ihres Lebenszyklus angekommen wäre bzw. dass die auf ihr basierenden Endkundenprodukte bereits in Kürze nicht mehr (in relevantem Umfang) nachgefragt würden. Dagegen spricht bereits, dass vor allem die Telekom noch bis in das nächste Jahr FTTC ausbauen und ihre bereits bestehende Infrastruktur weiter ertüchtigen wird. Auch EWE verfügt noch über Möglichkeiten, ihre bereits bestehenden FTTC-Infrastrukturen durch den Einsatz insbesondere von Supervectoring noch einmal weiter zu ertüchtigen. Aktuell richtet sich nur ein Bruchteil der Endkundennachfrage auf Anschlüsse über 100 MBit/s. Zu berücksichtigen ist insoweit auch, dass ein sehr erheblicher, wenn auch stark rückläufiger Teil der Endkunden aktuell noch herkömmliche ADSL-Internetzugänge nachfragt und damit noch nicht auf eine FTTC-Infrastruktur und die nur darüber möglichen

---

<sup>439</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 131 f.

<sup>440</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), aaO.

Internetzugänge mit mehr als 16 MBit/s Bandbreite migriert sind. Damit ist erst in den kommenden Jahren zu rechnen.

- (571) Auch die Beschlussabteilung geht wie die Beteiligten<sup>441</sup> davon aus, dass Unternehmen bei ihrer Entscheidung, ob sie in langfristige Infrastrukturprojekte wie dem FTTB/H-Ausbau investieren, langfristige Entwicklungen wie die nachlassende Bedeutung der FTTC-Infrastruktur berücksichtigen. Die dafür ursächliche steigende Endkundennachfrage nach höheren Bandbreiten ist sogar ein ganz wesentlicher Treiber für einen FTTB/H-Ausbau. Dies widerspricht jedoch keineswegs der Einschätzung der Beschlussabteilung, dass Unternehmen eine mindestens kurz- bis mittelfristig bestehende Wettbewerbssituation zwischen einer parallelen FTTC- und einer FTTB/H-Infrastruktur nicht außer Acht lassen können, wenn sie sich einmal für einen entsprechenden Ausbau entschieden haben bzw. wenn ein anderes Unternehmen die FTTC-Infrastruktur der Beteiligten mit FTTH/B überbaut hat.
- (572) Soweit EWE im Wettbewerb zu einer FTTC-Infrastruktur der Telekom FTTB/H ausbaut, hat EWE wie oben beschrieben<sup>442</sup> einen starken Anreiz, zur Deckung ihrer Investitions- und Fixkosten wegen der direkten Wettbewerbssituation über attraktive Vorleistungs- und Endkundenangebote möglichst viele Kunden für ihr FTTB/H-Netz zu gewinnen. Soweit EWE parallel zur Infrastruktur der Telekom ausbaut, fallen für EWE bei Nutzung ihrer eigenen Infrastruktur darüber hinaus Vorleistungsentgelte weg, die sie an die Telekom leisten muss, wenn sie in diesen Gebieten Endkunden auf der Basis der kupferbasierten Infrastruktur der Telekom bedient. Im Übrigen muss das Unternehmen bei seiner Kundengewinnungsstrategie keine Rücksicht auf die Auslastung eigener FTTC-Infrastruktur nehmen, da eine solche in diesen Gebieten ja nur von der Telekom parallel vorliegt.
- (573) Die Auslastung ihrer neuen glasfaserbasierten Infrastruktur wird EWE vorrangig durch die Gewinnung eigener Endkunden zu erzielen suchen. Darüber hinaus wird sie wie oben erwähnt auch attraktive Vorleistungen anbieten, da sie andernfalls voraussichtlich nicht allein in der Lage sein wird, ihre Infrastruktur im Wettbewerb zur Telekom-Infrastruktur auszulasten. Die Vorleistungsnachfrager werden aufgrund der zu erwartenden attraktiven Vorleistungspreise wiederum in die Lage versetzt, den Endkunden attraktive Angebote zu machen.

---

<sup>441</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), aaO.

<sup>442</sup> Siehe hierzu Rn. (423) ff.

(574) Gleichzeitig wird die Telekom einen starken Anreiz haben, dieselben Kunden, die durch ihre parallel liegende FTTC-Infrastruktur erreicht werden können, zu halten, um die mit der Nutzung der FTTC-Infrastruktur einhergehenden erheblichen Gewinne möglichst langfristig abschöpfen zu können. Zwar ist die Telekom dabei in ihren Preissetzungsspielräumen im Hinblick auf Vorleistungsprodukte durch die Regulierung teilweise limitiert, bis zur Grenze einer Preis/Kosten-Schere jedoch nicht im Hinblick auf ihr Angebot auf Endkundenebene. Es ist daher zu erwarten, dass sie auf den hinzu kommenden Wettbewerbsdruck durch die neue, glasfaserbasierte Infrastruktur mit wettbewerblichen Maßnahmen reagiert. Hierzu zählen etwa:

- Gezielte Ansprache ihrer Bestandskunden und Angebot von regionalen Sonderangeboten oder preisgünstigen „Upgrades“ in Verbindung mit vorzeitigen Vertragsverlängerungen. Dies würde zu einer Senkung der Preise im Verhältnis zur angebotenen Qualität führen.
- Überbau mit einem zweiten FTTH/B-Netz im betroffenen Gebiet, was zu einer Verbesserung der verfügbaren Produktqualität und zu noch stärkerem Preiswettbewerb zwischen den infrastrukturbasierten Anbietern führt.
- (Beschleunigter) Eigenausbau eines FTTB/H-Netzes in Gebieten, in denen die Telekom EWE mit einem Ausbau zuvorkommen kann, was zu einer Verbesserung der dort verfügbaren Produktqualität führt.

(575) Im Prinzip die gleichen Effekte sind in dem Fall zu erwarten, dass ein dritter Infrastrukturwettbewerber wie die Deutsche Glasfaser die FTTC-Infrastruktur der Telekom mit FTTB/H-überbaut. Dies gilt im Grundsatz schließlich auch in dem umgekehrten Fall, dass die Telekom oder ein Dritter eine FTTC-Infrastruktur der EWE überbaut. Im letzteren Fall kommt als weitere wettbewerbliche Reaktionsmöglichkeit von EWE noch die weitere Ertüchtigung des eigenen Kupfernetzes hinzu, die ebenfalls zu einer Erhöhung der verfügbaren Produktqualität und zu einer Intensivierung des Preiswettbewerbs zwischen den infrastrukturbasierten Anbietern führen würde.

## **(2) Wettbewerb schon im Vorfeld eines möglichen FTTB/H-Ausbaus ohne das Vorhaben**

(576) Bereits die perspektivische Möglichkeit eines FTTB/H-Ausbaus durch einen Infrastrukturwettbewerber übt einen wettbewerblichen Druck auf das Endkundenangebot aus, das auf den FTTC-Anschlussnetzen von Telekom und EWE beruht. Dieser wettbewerbliche Druck



wird umso größer, je konkreter der FTTB/H-Ausbau durch einen Infrastrukturwettbewerber droht. Telekom und EWE müssen im Fall eines Überbaus mit einem prinzipiell leistungsfähigeren FTTB/H-Netz bereits kurzfristig damit rechnen, einen erheblichen Teil ihrer Marktstellung einzubüßen und langfristig gar nicht mehr wettbewerbsfähig zu sein. Vor diesem Hintergrund haben Telekom und EWE erhebliche Anreize, bereits im Vorfeld eines möglichen FTTB/H-Ausbaus wettbewerbliche Maßnahmen zu ergreifen, um die eigene Marktstellung abzusichern und einen FTTB/H-Ausbau nach Möglichkeit unwirtschaftlich zu machen. Hierzu zählen die oben bereits beschriebenen Maßnahmen, die teilweise zu einer erheblichen positiven Wirkung auf das Wettbewerbsergebnis führen.

### **(3) Veränderung durch das Gemeinschaftsunternehmen**

- (577) Die Beschlussabteilung geht davon aus, dass der potentielle direkte infrastrukturbasierte Wettbewerb zwischen den Beteiligten infolge der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens im Ergebnis 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 um die Endkunden eintreten würden, wie dies bei einem unilateralen Ausbau der Fall wäre.
- (578) Grund hierfür ist zunächst, dass beide Mütter jeweils anteilig an den über das Gemeinschaftsunternehmen zu erzielenden Gewinnen (anteilig) partizipieren. Sie werden bei ihrer jeweiligen Strategie zur Maximierung ihrer Gesamtrendite 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.
- (579) Zwar hat diejenige Mutter, die nicht überbaut wurde, einen Anreiz, möglichst viele eigene Endkunden zu gewinnen, weil sie dann über die gesamte Wertschöpfungskette entsprechende Margen erzielen kann. Dennoch wird sie in einen weniger intensiven Preiswettbewerb um diejenigen Endkunden treten, die von der anderen Mutter auf der Basis der Infrastruktur des Gemeinschaftsunternehmens realisiert werden, als wenn die andere Mutter diese Kunden über eine vollkommen eigene Infrastruktur bedient. Denn sie partizipiert insoweit (anteilig) über die Vorleistungsentgelte an dem Geschäftserfolg des anderen Mutterunternehmens.

- (580) Dasjenige Mutterunternehmen, dessen FTTC-Infrastruktur überbaut wurde, wird zwar berücksichtigen, dass es in einem größeren Maße von den Renditen profitiert, die es über seine vollständig eigene Infrastruktur erzielt. Dennoch wird auch dieses Unternehmen nicht im selben Maße in einen Preiswettbewerb um diejenigen Endkunden treten, die von dem anderen Mutterunternehmen auf der Basis der Infrastruktur des Gemeinschaftsunternehmens bedient werden, wie wenn beide Mutterunternehmen auf völlig unabhängigen Infrastrukturen in einen Wettbewerb treten würden. Denn auch dieses Mutterunternehmen profitiert mittelbar über das Gemeinschaftsunternehmen von den Vorleistungsentgelten, die das andere Mutterunternehmen für die Bedienung seiner Endkunden an das Gemeinschaftsunternehmen entrichten muss.
- (581) Von einem konzerninternen, renditemindernden Preiswettbewerb zwischen Endkundenangeboten, die eine Mutter über ihre eigene FTTC-Infrastruktur realisiert, und solchen, die sie über die Infrastruktur des Gemeinschaftsunternehmens bedient, ist ohnehin nicht auszugehen. Insgesamt gesehen dürften die wettbewerblichen Maßnahmen der beiden Mütter zur Erhaltung der eigenen Endkunden schon aus diesem Grunde gedämpfter ausfallen als bei einem unilateralen Ausbau.
- (582) Abgesehen davon wird das Gemeinschaftsunternehmen 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.
- (583) Dementsprechend ist im Binnenverhältnis von Telekom und EWE 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. Diesem Grundverständnis entspricht auch, dass die Beteiligten unter Berücksichtigung ihrer jeweiligen Migrationsanreize jeweils ihre Bestandskunden auf das gemeinsame Netz migrieren und dabei offensichtlich auch ihre jeweilige bisherige Markstellung respektieren wollen.

- (584) Ein strategisch motivierter FTTB/H-Überbau der Infrastruktur der einen Mutter durch die andere, die letztlich zu einer Erhöhung der verfügbaren Qualität der Endkundenprodukte und möglicherweise auch zu einem gewissen Preiskampf in dem betreffenden Gebiet führen würde, wird in jedem Fall aufgrund des vereinbarten Wettbewerbsverbotes der Mutterunternehmen im Hinblick auf den FTTB/H-Ausbau vollständig wegfallen.
- (585) Da in Folge der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens ohne Verpflichtungszusagen weiterhin damit zu rechnen wäre, dass auch dritte Infrastrukturwettbewerber weniger FTTB/H ausbauen werden, verringerte sich künftig auch der insoweit potentiell von den Vorleistungs- und Endkundenangeboten dieser Dritten ausgehende direkte Infrastrukturwettbewerb.
- (586) Unklar ist derzeit noch, ob und vor allem wie stark das Vorleistungsangebot des Gemeinschaftsunternehmens reguliert werden wird. Die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens lässt ohne Regulierung (und ohne Verpflichtungszusagen) allerdings erwarten, dass TDG und EWE das glasfaserbasierte Vorleistungsangebot des Gemeinschaftsunternehmens Dritten zu ungünstigeren Bedingungen zur Verfügung stellen würden, als dies bei einem Einzelausbau der Fall wäre.<sup>443</sup>
- (587) 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. TDG und EWE beziehen die Vorleistungen des Gemeinschaftsunternehmens prinzipiell zu denselben Entgelten wie Wettbewerber. Allerdings fließen die Vorleistungsentgelte wieder an sie zurück. Durch das Gemeinschaftsunternehmen haben sie Anreiz, den gegenseitigen Wettbewerbsdruck, den die neu zu errichtenden FTTB/H-Netze auf die vorhandenen FTTC-Netze der Mütter haben, zu antizipieren, und unter gegenseitiger Rücksichtnahme mit Ergebnis der weitgehenden Ausschaltung des Binnenwettbewerbers die Vorleistungsentgelte aufeinander abzustimmen („internalisieren“) und in der Folge zu erhöhen.

---

<sup>443</sup> Vgl. oben ausführlich unter Rn. (452) ff.

- (588) Hierdurch ergibt sich für die Beteiligten der Anreiz, im Vergleich zu einer wettbewerblichen Festsetzung überhöhte Vorleistungsentgelte zu verlangen, und anschließend mit sehr niedrigen Preisaufrschlägen und niedrigen Margen im Endkundengeschäft aufzutreten. Insoweit TDG und EWE mit Vorleistungsnehmern auf dem Massenmarkt in Wettbewerb treten, haben sie daher ceteris paribus den Anreiz, zur Erhöhung ihrer Gewinne die Rendite aus dem FTTB/H-Netz soweit wie möglich auf dem Vorleistungsmarkt zu erwirtschaften. Als Folge ergäben sich im Endkundenmarkt durch die hohen Vorleistungspreise des Gemeinschaftsunternehmens höhere Endkunden-Preise, da von dieser Marktebene keine substantiellen Wettbewerbsimpulse ausgehen können.
- (589) Auf dem Endkundenmarkt würde ihnen daher ohne Verpflichtungszusagen vor diesem Hintergrund beim Angebot von glasfaserbasierten Endkundenangeboten durch dritte Vorleistungsnachfrager zunächst kein erheblicher Wettbewerb gemacht werden können. Anbieter, die keine eigene Infrastruktur haben, könnten somit nur auf der Basis der regulierten kupferbasierten Zugangsprodukte der Telekom in einen Wettbewerb mit den Mutterunternehmen treten. Auf dem Massenmarkt für den festnetzbasieren Internetzugang stehen glasfaserbasierte Internetzugänge qualitativ an der Spitze der Substitutionskette. Im Hinblick auf ihre Bandbreiten im Up- und Download sowie ihre Zuverlässigkeit werden diese Anschlüsse zumindest kurz- bis mittelfristig qualitativ selbst über kabelbasierten Internetzugängen stehen. Insoweit wird der Wettbewerbsdruck durch die kupferbasierten Angebote begrenzt sein.
- (590) Soweit das Gemeinschaftsunternehmen in Kabelgebieten ausbaut, werden die Endkundenprodukte der Mutterunternehmen allerdings Wettbewerbsdruck durch die kabelbasierten Internetzugangsprökte ausgesetzt sein. Auch diese werden zwar qualitativ nicht ganz an die glasfaserbasierten Endkundenprodukte heranreichen. Jedoch kommen sie den glasfaserbasierten Produkten in der Substitutionskette qualitativ sehr nahe und sind überwiegend preislich attraktiv.
- (591) Insgesamt gesehen wäre dennoch ohne Verpflichtungszusagen davon auszugehen, dass der Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt durch den eingeschränkten Binnenwettbewerb zwischen den Mutterunternehmen, durch die Verringerung des Wettbewerbsdrucks durch Anbieter, die auf Vorleistungen angewiesen sind, und schließlich durch den zu erwartenden Nachlass des Wettbewerbs durch dritte Infrastrukturwettbewerber gedämpft sein würde. Die Verringerung des infrastrukturbasierten Wettbewerbs durch das Vorhaben ließe daher

nachteilige negative Auswirkungen auf die Qualität und die Preise der ohne das Vorhaben auf dem Endkundenmarkt angebotenen Internetzugangsprodukte erwarten.

**cc) Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen nicht nachgewiesen**

- (592) Verbesserungen des Marktergebnisses auf dem Endkundenmarkt im Kooperationsgebiet, haben die Beteiligten nicht nachgewiesen. Im Übrigen ergeben sich dieselben Bewertungen, die bezüglich des Marktes für den lokal bereitgestellten Zugang zu Vorleistungen ausgeführt wurden.

**dd) Auswirkungen der Verpflichtungszusagen auf das Marktergebnis und die Wettbewerbsbedingungen unter Berücksichtigung der Verpflichtungszusagen**

- (593) Die im Rahmen der § 32 b-Entscheidung für verbindlich erklärten Zusagen lassen 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.
- (594) Da sich die potentiell für eine Vermarktung von Glasfaseranschlüssen zur Verfügung stehende Anzahl an Haushalten und Unternehmen durch die Ausbauszusagen 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 kommen. Dies gilt unabhängig davon, ob und in welchem Umfang das geplante Gemeinschaftsunternehmen der Regulierung unterliegen wird. Im Ergebnis wird auf dem Endkundenmarkt durch die Ausbauszusagen 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 Behinderung des Wettbewerbs wird hierdurch in einer die Verbraucher angemessen beteiligenden Form wieder ausgeglichen.

- (595) Im Ergebnis wird auf dem Endkundenmarkt durch die Ausbauszusagen 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 Behinderung des Wettbewerbs wird hierdurch in einer die Verbraucher angemessen beteiligenden Form wieder ausgeglichen.

## **6. Keine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs auf dem Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau**

- (596) Die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens lässt im Kooperationsgebiet keine Behinderung wirksamen Wettbewerbs i.S.v. § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB auf dem Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau erwarten.

### **a) Marktverhältnisse auf dem Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau**

#### **aa) Besonderheiten des Marktes**

- (597) Für die Beurteilung der Marktverhältnisse ist im vorliegenden Fall von Bedeutung, dass die Fördermittel (bzw. beim Betreibermodell die Verpachtung des passiven Netzes) über Ausschreibungen vergeben werden. Anders als bei „normalen“ Angebotsmärkten, bei denen sich bereits aus den Marktanteilen belastbare Aussagen über die Marktstruktur und die Marktmacht der einzelnen Anbieter ableiten lassen, sind Marktanteile auf Bietermärkten

nicht ohne weiteres ähnlich aussagekräftig.<sup>444</sup> Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die einzelnen Ausschreibungen im Verhältnis zum Gesamtumsatz einzelner Anbieter bedeutsam sind und keine Pfadabhängigkeit bzw. kein Lock-in der Ausschreiber besteht, d.h. die Chancen eine Auktion zu gewinnen unabhängig davon sind, ob eine vorangegangene Auktion gewonnen wurde. Bei Ausschreibungsmärkten wird daher regelmäßig untersucht, inwieweit interessierte Unternehmen in der Lage sind, auf Ausschreibungen erfolgsversprechende Angebote abzugeben. Wettbewerbslich relevant ist etwa auch die Höhe der Marktzutrittschürden, die Anzahl der (potentiellen) Bieter und wie nahe sich die Bieter wettbewerbslich sind. Hieraus lassen sich Aussagen über das zukünftige Wettbewerbspotenzial der einzelnen Unternehmen sowie über eine durch einen Zusammenschluss diesbezüglich bewirkte Veränderung ableiten und die Auswirkungen auf die künftige Wettbewerbsintensität analysieren.

- (598) Im vorliegenden Fall ist eine klassische Berechnung von Marktanteilen auch deshalb schwierig bzw. eher nicht für die Zwecke der Fusionskontrollprüfung geeignet, weil auf den Ausschreibungsmärkten keine Umsätze im klassischen Sinne erzielt werden. Im Wirtschaftlichkeitslückenmodell, welches im Kooperationsgebiet bei den meisten Ausschreibungen zur Anwendung kommt, werden als Gegenleistung für die Verpflichtung zum Ausbau von verschiedenen öffentlichen Stellen Fördermittel gezahlt, deren Höhe sich nach den jeweiligen Wirtschaftlichkeitslücken bemisst. Es wird ein geförderter Betrag an den Telekommunikationsanbieter entrichtet, der diesem den Fehlbetrag ersetzt, der sich nach Berechnung der Investitionskosten und erwarteten Erträge aus Endkundenbeziehungen für den Anbieter ergibt (Wirtschaftlichkeitslücke).<sup>445</sup> Der Gewinner der Ausschreibung wird (u.a.) danach bestimmt, wer bei seinem Angebot die kleinste Wirtschaftlichkeitslücke ausweist. Im Falle des selteneren Betreibermodells bietet das TK-Unternehmen eine Pachthöhe für den Betrieb des durch die Kommune erstellten Breitbandnetzes an, welches diese dem TK-Unternehmen im Gegenzug für den Betrieb zur Verfügung stellt.
- (599) Zwar sind das Wirtschaftlichkeitslückenmodell und das Betreibermodell demselben Markt zuzurechnen. Die Gegenleistungen, die die TK-Unternehmen für den Glasfaserausbau im Wirtschaftlichkeitslückenmodell (Fördermittel) bzw. für den Pachtzins und den Netzbetrieb

---

<sup>444</sup> Becker/Knebel/Christiansen, Münchener Kommentar, Band 2, 2. Aufl., § 36 GWB, Rn. 137.

<sup>445</sup> Der Förderbetrag wird in der Regel zu mindestens 10 % von der Kommune gezahlt, die restliche Fördersumme stammt aus Landes- oder Bundes- oder europäischen Fördermitteln.

im Betreibermodell (Überlassung des Netzes) erhalten, lassen sich jedoch mangels Vergleichbarkeit nur schwer so zusammenfassen, dass eine aussagekräftige Darstellung und ein Vergleich der Marktmacht der Unternehmen im Kooperationsgebiet anhand von Marktanteilen möglich ist.

- (600) Darüber hinaus beschreibt die Höhe der Wirtschaftlichkeitslücke bzw. das dafür gewährte Fördervolumen an sich nicht, wie viel Umsatz ein TK-Unternehmen mit seinen Produkten/Dienstleistungen erzielen kann und wie stark es also auf einem Markt ist, sondern im Wesentlichen wie groß im Einzelfall der Förderbedarf für den Ausbau eines bestimmten Gebietes ist. Besonders ländliche Gebiete dürften bei gleicher Anzahl betroffener Haushalte etwa eine höhere Förderung erhalten, als dichter besiedelte. Sowohl die erhaltenen Förderbeträge als auch die Wirtschaftlichkeitslücken spiegeln daher nur sehr eingeschränkt die Marktmacht eines Unternehmens wieder, welches eine Ausschreibung gewonnen hat.
- (601) Deshalb verwendet die Beschlussabteilung als eine erste Approximation der Marktmacht der TK-Unternehmen auf den Ausschreibungsmärkten den jeweiligen Anteil an gewonnenen Losen im Kooperationsgebiet. Hieraus lässt sich ableiten, wie oft es einem Unternehmen gelungen ist, bei seinem Angebot eine kleinere Wirtschaftlichkeitslücke oder qualitative Merkmale, welche es positiv von anderen Anbietern abhoben, auszuweisen als seine Konkurrenten. Die Anzahl der gewonnen Lose spiegelt somit in der Regel Wettbewerbsvorteile wieder, die ein Unternehmen im Vergleich zu seinen Konkurrenten hat.
- (602) Der Beschlussabteilung liegen für das Kooperationsgebiet Informationen zu insgesamt 187 Losen bzw. Gesamtvergaben aus dem Ausschreibungszeitraum 2015 bis 2018 vor. Da grundsätzlich jedes Los als eine eigene Ausschreibung gesehen werden kann und innerhalb einer Ausschreibung regelmäßig auch einzelne Lose von verschiedenen Unternehmen gewonnen werden, wurden soweit möglich der Analyse Daten zu einzelnen Losen zugrunde gelegt. Informationen zu einzelnen Losen liegen für alle Ausschreibungen aus Landesfördermitteln vor. Bei Daten zur Bundesförderung lagen nicht in allen Fällen Informationen zur Anzahl der Lose je Ausschreibung vor, sofern es sich um Gesamtvergaben handelte und somit ein Unternehmen alle Lose gewann. In diesen Fällen musste die Gesamtvergabe als ein Los gewertet werden. Dies dürfte den Zusammenschlussbeteiligten allerdings bei der Auswertung zugutekommen, da sie auch einen wesentlichen Anteil an den Bundesförderungen gewinnen konnten und ihre gewonnenen Verfahren so einzeln und nicht je gewonnenem Los gewertet wurden. Darüber hinaus wurden der Beschlussabteilung für den betrachteten Zeitraum nur 32 Ausschreibungen aus Bundesfördermitteln gemeldet, so dass



diese ohnehin nur einen geringeren Anteil der gesamten Ausschreibungen ausmachen. Wenn im Folgenden der Einfachheit halber von „Ausschreibungen“ gesprochen wird, sind entsprechend stets die Ausschreibungen zu den einzelnen Losen bzw. Gesamtvergaben gemeint.

- (603) Da sich im vorliegenden Fall die ausgeschriebenen Gebiete und Losgrößen teilweise stark voneinander unterscheiden, wurden zudem weitergehende Betrachtungen angestellt, um etwaige Unterschiede zwischen den Bietern aufzuklären. Für eine näherungsweise Differenzierung im Hinblick auf die Größe der Lose wurde die Wirtschaftlichkeitslücke herangezogen.<sup>446</sup> Auch wenn die Beschlussabteilung den Anteil an gewonnenen Losen für die beste Möglichkeit hält, Wettbewerbsstärke abzubilden, verwendet sie die Wirtschaftlichkeitslücken der Gewinner als ergänzende Variable, da die Fähigkeit, große Ausschreibungen für sich zu entscheiden, auch als ein Qualitätsmerkmal des Wettbewerbers interpretiert werden kann und die Wirtschaftlichkeitslücke zumindest ein gewisses Indiz für die Größe einer Ausschreibung darstellt. Allerdings ist hierbei zu berücksichtigen, dass Unternehmen, die wenige mit sehr hoher Wirtschaftlichkeitslücke verbundene und damit typischerweise flächenmäßig sehr große Ausschreibungen gewonnen haben (vgl. Rn. (610) ff.), gleichauf mit solchen Unternehmen liegen könnten, die viele Ausschreibungen mit geringer Wirtschaftlichkeitslücke gewonnen haben. Die tatsächliche Wettbewerbsfähigkeit dürfte sich allerdings unterscheiden. Bei der Betrachtung der Wirtschaftlichkeitslücken ist auch zu beachten, dass dabei Betreibermodelle keine Berücksichtigung finden können.
- (604) Schließlich wurde auch die jeweilige bereits vorhandene Infrastruktur der Unternehmen, die diese bei ihren Geboten für einen Glasfaserausbau verwenden können, sowie ihr Bieterverhalten und die dafür maßgeblichen Gründe analysiert.
- (605) Eine weitere Besonderheit des Ausschreibungsmarktes für den Ausbau von Breitbandinfrastruktur in Fördergebieten liegt darin, dass die Ausschreibungen in der Regel mehrstufig

---

<sup>446</sup> Die Fördervolumina wurden nicht betrachtet, weil sich eine belastbare Aussage über gewonnene Fördervolumina anhand der vorliegenden Daten nicht treffen lässt. Eine vollständige Ermittlung dieser Daten, die eine belastbare Aussage ermöglichen würde, ist nicht erforderlich, weil die bewilligten Fördervolumina grundsätzlich den Wirtschaftlichkeitslücken entsprechen, die hier ausgewertet wurden. Eine Differenz zwischen Wirtschaftlichkeitslücke und Fördervolumina kann sich nur ergeben, wenn sich bei einem Projekt nach einigen Jahren herausstellt, dass die erwartete Wirtschaftlichkeitslücke kleiner bzw. größer ist als bei der Ausschreibung erwartet. Diese Information hat jedoch für die wettbewerbliche Analyse des vorliegenden Falles keinen Mehrwert und ihre Ermittlung ist somit nicht erforderlich.

verlaufen. Somit gibt es zuerst einen „Teilnahmewettbewerb“, bei denen Unternehmen grundsätzlich ihr Interesse an einem Verfahren bekunden<sup>447</sup> und letztlich einen „Angebotswettbewerb“, unter denjenigen Unternehmen, die ein verbindliches Angebot abgeben. Die Beschlussabteilung hat sowohl die Daten zu allen Teilnehmern als auch abgegebenen Angeboten analysiert. Sie geht zugunsten der Beteiligten aber stärker auf den Teilnahmewettbewerb ein, der noch alle Unternehmen umfasst, die ein grundsätzliches Interesse an der jeweiligen Ausschreibung angemeldet haben.

### **bb) Marktstruktur**

- (606) EWE ist im Kooperationsgebiet eindeutig der stärkste Wettbewerber auf dem Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau, TDG der Zweitstärkste. Alle anderen Wettbewerber folgen mit einigem Abstand und sind zudem überwiegend in ihrem Tätigkeitsgebiet räumlich begrenzt.

#### **(1) Anteil an gewonnenen Losen**

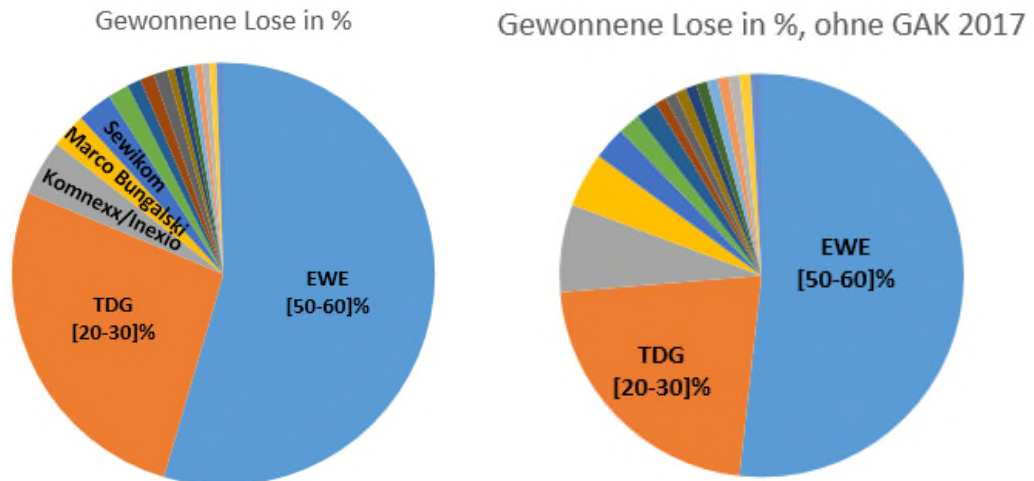
EWE gewann im Beobachtungszeitraum mit Abstand den größten Anteil der ausgeschriebenen Lose im Kooperationsgebiet ([50-60]%, gefolgt von TDG, welche [20-30]% der gewonnenen Lose auf sich vereinte; vgl. Abbildung 6). Dies deckt sich mit der Einschätzung der Zusammenschlussbeteiligten, die EWE habe bezogen auf die Zahl der ausschreibenden Gemeinden bzw. Landkreise etwas mehr als die Hälfte der Ausschreibungen gewonnen. Schließt man die Beobachtungen zu GAK-Verfahren aus dem Jahr 2017 aus, da es sich hierbei noch nicht um endgültige Zuschläge, sondern lediglich um die aus Sicht der

---

<sup>447</sup> Diese vorgelagerte Stufe kann je nach Förderverfahren unterschiedlich ablaufen, weshalb hier nicht näher darauf eingegangen wird.

Kommune wirtschaftlichsten Angebote<sup>448</sup> handelt, so reduziert sich der Anteil der gewonnenen Lose der beiden Beteiligten geringfügig.<sup>449</sup>

Abbildung 6: Gewonnene Lose und Anteil an Gesamtförderhöhe (in %)



- (607) Die TDG schneidet im Kooperationsgebiet hinsichtlich der Förderverfahren deutlich schlechter ab als im Bundesvergleich, wo sie – zumindest bei den Förderverfahren des Bundes – durchschnittlich [50-60]% der Lose gewinnt. Die EWE als regionaler Anbieter kann im bundesweiten Vergleich lediglich [0-5]% der Lose für sich entscheiden, da sie nur in ihrem Wirkungsgebiet an Verfahren teilnimmt.<sup>450</sup>
- (608) Mehrere weitere Marktteilnehmer konnten ebenfalls Verfahren für sich entscheiden, darunter insbesondere die KOMNEXX/Inexio, die Marco Bungalski GmbH, Sewikom und Innogy,

---

<sup>448</sup> In GAK-Verfahren werden im Vorfeld Interessenbekundungsverfahren durchgeführt, bei denen Wettbewerber schon relativ detaillierte Angaben zu erwarteten Kosten, Erträgen, Umsetzung des Netzes etc. angeben müssen. Das aus Sicht der Kommune wirtschaftlichste Angebot wird als Grundlage für den Förderantrag genommen, wobei Wirtschaftlichkeit bereits auch die Attraktivität der angebotenen Technologie mit einbezieht (bspw. kann hier FTTB/H als wirtschaftlicher angesehen werden als FTTC). Auf die darauf folgende Ausschreibung können sich weiterhin alle Unternehmen bewerben, ebenso kann sich das Unternehmen mit dem ursprünglich wirtschaftlichsten Angebot noch aus dem Verfahren zurückziehen. Es besteht laut den befragten Landkreisen allerdings eine hohe Korrelation zwischen dem wirtschaftlichsten Angebot des Interessenbekundungsverfahrens und dem letztlich Gewinner der Ausschreibung.

<sup>449</sup> Vgl. Auswertungsvermerk zu Ausschreibungen (Bl. 5859 ff. d. A.).

<sup>450</sup> Vgl. Datenanalyse des Projektträgers ateneKOM, Tabellenblatt „Lose je Anbieter Diagramm“. Hierbei handelt es sich ausschließlich um Verfahren, bei denen ein Bundesförderantrag gestellt wurde.

allerdings lagen deren Anteile an gewonnenen Losen deutlich hinter denen der Zusammenschlussbeteiligten und jeweils unter 5 %. Da diese Unternehmen oftmals auch nur in bestimmten Regionen des Kooperationsgebietes agieren, geht von ihnen zudem nur in bestimmten Gebieten Wettbewerbsdruck aus.

- (609) Die hohen Gewinnquoten der EWE und mit einigem Abstand der TDG sind unter anderem darin begründet, dass die Unternehmen im Gegensatz zu der Mehrzahl der Wettbewerber bereits über eine flächendeckende Glasfaserinfrastruktur im Kooperationsgebiet verfügen und jeweils auch einen wesentlichen Anteil der KVz mit FTTC erschlossen haben. Die Nähe und der Ausbaustand des eigenen Bestandsnetzes ist ein wesentlicher Faktor bei der Berechnung der Wirtschaftlichkeitslücke (im Wirtschaftlichkeitslückenmodell), die aufgrund geringerer Kosten für die Anbindung an das eigene Netz entsprechend kleiner ausfällt, wenn ein Unternehmen bereits an das Fördergebiet angrenzende Infrastruktur besitzt. Darüber hinaus vereinen die Unternehmen einen hohen Anteil der Endkunden auf sich, welche bei der Berechnung der Wirtschaftlichkeitslücke als erwartete Einnahmequelle ebenfalls positiv einfließen und die geschätzte Wirtschaftlichkeitslücke verringern können.<sup>451</sup>

## **(2) Bewertung der gewonnenen Ausschreibungen nach Wirtschaftlichkeitslücken**

- (610) Betrachtet man ergänzend die Verteilung der Summe aller von den jeweiligen Siegern angebotenen Wirtschaftlichkeitslücken, so stellt sich ein etwas differenzierteres Bild dar.<sup>452</sup> Die EWE vereint in diesem Fall [20-30]% der Gesamthöhe der Wirtschaftlichkeitslücken auf sich, die von TDG in ihren gewonnenen Verfahren angebotenen Wirtschaftlichkeitslücken summieren sich auf [20-30]% der Gesamtsumme über alle Verfahren.
- (611) In Bezug auf die Gesamthöhe der Wirtschaftlichkeitslücken konnten die teutel GmbH [10-20]%, Innogy [10-20]%, Internexio [5-10]% und Sewikom [5-10%] die nächstgrößten Anteile erreichen. Ihre Anteile resultieren aus wenigen Verfahren mit großen Wirtschaftlichkeitslücken, die sie jeweils als Anbieter gewonnen haben. Im Falle der teutel GmbH und der Innogy fließen beispielsweise lediglich je zwei gewonnene Verfahren in diese Datenbetrachtung ein, deren angebotene Wirtschaftlichkeitslücken allerdings jeweils deutlich über dem

---

<sup>451</sup> Vgl. auch Deutsche Glasfaser, Vermerk über das Gespräch am 24.05.2019 (Bl. 4256 ff. d. A.; korrigiert und bereinigt Bl. 4929 ff. d. A.).

<sup>452</sup> Ergebnisse aus Ausschreibungen mit Betreibermodellen konnten hier entsprechend nicht betrachtet werden.

durchschnittlichen Wert der betrachteten Verfahren lagen. Somit überlagern wenige volumenstarke Ausschreibungen die Mehrzahl der gesamten Beobachtungen.

*Tabelle 7: Anteile der Unternehmen an der gesamten Wirtschaftlichkeitslücke*

<b>Unternehmen</b>	<b>Anteil an Wirtschaftlichkeitslücke</b>
EWE	[20-30]%
TDG	[20-30]%
teutel	[10-20]%
innogy TelNet	[10-20]%
Internexio	[5-10]%
Sewikom	[5-10]%
Stadtwerke Bielefeld	[5-10]%
KOMNEXX	[5-10]%
Stadtwerke Schneverdingen-Neuenkirchen	[5-10]%
Stadtwerke Emsdetten	[5-10]%
Marco Bungalski	[5-10]%
Breitband Innovationen Nord	[5-10]%
Net Services	[5-10]%

- (612) Aufgrund des überproportionalen Einflusses von Verfahren mit großen Wirtschaftlichkeitslücken, wurden in einem weiteren Analyseschritt als Robustheitstest die zehn hinsichtlich der Wirtschaftlichkeitslücke größten Verfahren ausgeschlossen. Diese machten bereits [60-70]% der Gesamtsumme der gebotenen Wirtschaftlichkeitslücken aus, was den Einfluss solcher Verfahren bei der Darstellung der Marktstruktur verdeutlicht.
- (613) Nach Ausschluss der zehn Ausschreibungen mit den größten Wirtschaftlichkeitslücken ergibt sich ein ähnliches Bild, wie es sich bei der Darstellung nach gewonnenen Losen beobachten lässt: Auf EWE entfällt mehr als die Hälfte und auf die TDG [30-40] % des Gesamtvolumens hinsichtlich der Wirtschaftlichkeitslücken.

*Tabelle 8: Anteil an Summe der von Siegern gebotenen Wirtschaftlichkeitslücken ohne die zehn größten Ausschreibungen*

<b>Unternehmen</b>	<b>Anteil an Wirtschaftlichkeitslücke (ohne die 10 größten Ausschreibungen)</b>
EWE	[50-60]%
TDG	[30-40]%
Stadtwerke Schneverdingen-Neuenkirchen	[0-5]%
Sewikom	[0-5]%
Stadtwerke Emsdetten	[0-5]%
Marco Bungalski	[0-5]%
Breitband Innovationen Nord	[0-5]%

### **(3) Fazit**

- (614) Zusammenfassend lässt sich somit feststellen, dass die EWE die Mehrheit der Ausschreibungen für sich entscheidet, gefolgt von der TDG. Ihr Markterfolg beruht vor allem auf ihrer weitgehend flächendeckenden Infrastruktur und ihrer großen Kundenbasis im Kooperationsgebiet. Es gelingt allerdings auch weiteren Unternehmen, Ausschreibungen mit großen Wirtschaftlichkeitslücken für sich zu entscheiden. Diese Unternehmen sind jedoch überwiegend allenfalls in Teilen des Kooperationsgebietes tätig, weshalb nur in wenigen Landkreisen ein Wettbewerbsdruck von ihnen ausgeht.

### **cc) Marktentwicklung**

- (615) Der Markt ist durch eine steigende Nachfrage nach gigabitfähigen Breitbandnetzen gekennzeichnet. Dies ergibt sich insbesondere daraus, dass im Rahmen der Bundesförderung seit 2018 gigabitfähige Netze als Ausbauziel vorgegeben werden.
- (616) Nach den derzeitigen Überlegungen sollen zukünftig auch „graue Flecken“ (Gebiete mit Anschlüssen über 30 Mbit/s aber nicht gigabitfähig) förderfähig werden und mit gigabitfähigen Netzen erschlossen werden, was auf ein zukünftig insgesamt höheres Fördervolumen schließen lässt. Das steigende Fördervolumen könnte einerseits die Anreize zur Teilnahme an solchen Ausschreibungen für weitere Unternehmen erhöhen und somit zu mehr Wettbewerb führen. Andererseits dürften die Erfolgchancen der Beteiligten in solchen Gebieten wesentlich größer sein als die von Anbietern, die hier noch nicht tätig sind, da ihre Wirtschaftlichkeitslücke in solchen Gebieten aufgrund ihrer starken Stellung auf dem zum großen Teil bereits erschlossenen Endkundenmarkt im Vergleich zu anderen Wettbewerbern deutlich geringer sein dürfte. Darüber hinaus verfügen die Beteiligten in den „grauen Flecken“ in der Regel bereits über weitergehende Glasfaserinfrastruktur bis zum KVz und können somit von geringeren Kosten des Ausbaus ausgehen.

### **dd) Tatsächliches Wettbewerbsgeschehen – Nähe der Wettbewerbsbeziehungen**

- (617) Die Prognose der weiteren Entwicklung des Wettbewerbs im Ausschreibungsmarkt für Breitbandausbau in Fördergebieten ist abhängig von der Beurteilung des derzeitigen Wettbewerbsgeschehens und der Rolle der Zusammenschlussbeteiligten über eine Betrachtung ihres Anteils an gewonnenen Losen und Fördervolumina hinaus. Die Analyse des tatsächlichen Wettbewerbsgeschehens zeigt, dass sich mit EWE und TDG die engsten und stärksten

ten Wettbewerber auf dem Markt zusammenschließen würden. Ein hinreichender Wettbewerbsdruck durch weitere Telekommunikations- und Infrastrukturunternehmen existiert im relevanten Ausschreibungsmarkt nicht, wie insbesondere die Bieteranalyse zeigt. Dies ist auch insofern kritisch zu sehen, als dass ohnehin nicht zahlreiche Anbieter je Ausschreibung Angebote abgeben.

### **(1) Teilnahme- und Angebotswettbewerb<sup>453</sup>**

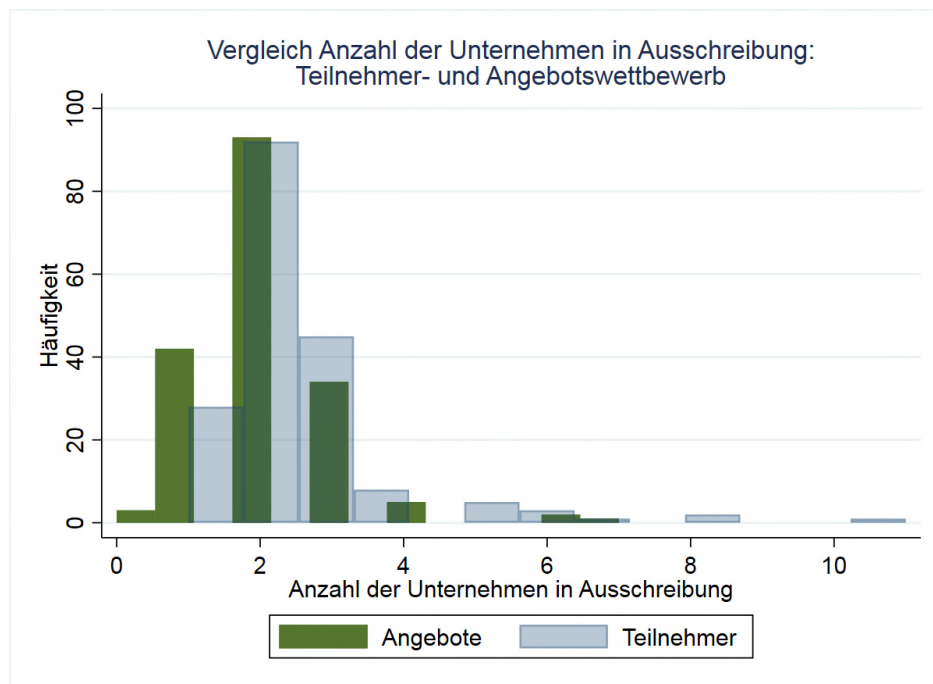
- (618) Die folgende Analyse der Angebotsstruktur gibt Aufschluss darüber, dass bei einer Mehrzahl der Ausschreibungsverfahren zwischen einem und drei Unternehmen verbindliche Angebote abgeben und somit tatsächlich im Wettbewerb stehen. Dabei besteht kein klarer Zusammenhang zwischen der Anzahl der Angebote und der Größe des Ausschreibungsgebietes.
- (619) Anhand der folgenden Abbildung ist erkennbar, dass an den meisten Ausschreibungen zwei oder drei Unternehmen ein grundsätzliches Interesse bekunden. In wenigen Fällen nehmen deutlich mehr – in den der Beschlussabteilung vorliegenden Ausschreibungsverfahren bis zu elf – Unternehmen an Ausschreibungsverfahren teil. Die Teilnahme an einer Ausschreibung bedeutet jedoch nicht zwangsläufig, dass letztlich auch verbindliche Angebote abgegeben werden. In der Regel laufen die Ausschreibungsverfahren mehrstufig ab, so dass Unternehmen, die beispielsweise formelle Voraussetzungen nicht erfüllen, bereits vorab ausgeschlossen werden oder Unternehmen aus diversen Gründen letztlich keine verbindlichen Angebote abgeben. Bei der Mehrzahl der Ausschreibungsverfahren geben zwischen einem und drei Unternehmen verbindliche Angebote ab.<sup>454</sup>

---

<sup>453</sup> Siehe Auswertungsvermerk zu Ausschreibungsverfahren (Bl. 5859).

<sup>454</sup> Bei GAK-Verfahren wurde zudem bisher grundsätzlich ein Interessenbekundungsverfahren vorgeschaltet, in dem indikative Angebote abgegeben werden. Auf Basis des aus Sicht der Kommune wirtschaftlichsten Angebotes, wobei auch Faktoren wie die Technologie berücksichtigt werden, wird der Förderantrag gestellt. Die Ausschreibung erfolgt erst danach. Bei Bundesförderverfahren ist in der Regel kein Interessenbekundungsverfahren vorgegeben, allerdings wird auch hier das Verfahren in mehreren Stufen durchgeführt, in denen Angebote noch angepasst werden können.

Abbildung 7: Teilnehmer- und Angebotswettbewerb



- (620) Die Beschlussabteilung hat die vorliegenden Ausschreibungsdaten auch dahingehend geprüft, ob das Angebotsverhalten mit der Förderhöhe oder der Anzahl der anzuschließenden Haushalte korreliert ist. Schließlich wäre es denkbar, dass sich weniger Unternehmen bspw. aus Kapazitätsgründen an großen Förderverfahren beteiligen oder im Gegenteil große Fördergebiete für mehr Unternehmen attraktiv erscheinen.
- (621) Da keine aussagekräftigen Daten zu der Gesamtförderhöhe je Verfahren vorliegen, wird in der folgenden Grafik der Zusammenhang zwischen der Anzahl der Teilnehmer an den jeweiligen Ausschreibungen und der Anzahl der zu erschließenden Haushalte dargestellt. Letztere stellen zumindest eine Approximation der Größe des Fördervorhabens dar, wobei einschränkend gesagt werden muss, dass die Anzahl der Haushalte nicht zwingend mit der Gebietsgröße, sondern eher mit der Besiedlungsdichte korrelieren könnte. Da es für die Anzahl der Angebote eine sehr unterschiedliche Anzahl von Beobachtungen gibt – beispielsweise wurden deutlich häufiger zwei Angebote abgegeben, während nur selten vier Angebote abgegeben wurden – wurde ein Streudiagramm mit lokalen Glättungslinien verwendet.<sup>455</sup> Dies hat den Vorteil, dass starke Ausreißer in den Daten sowie unterschiedliche

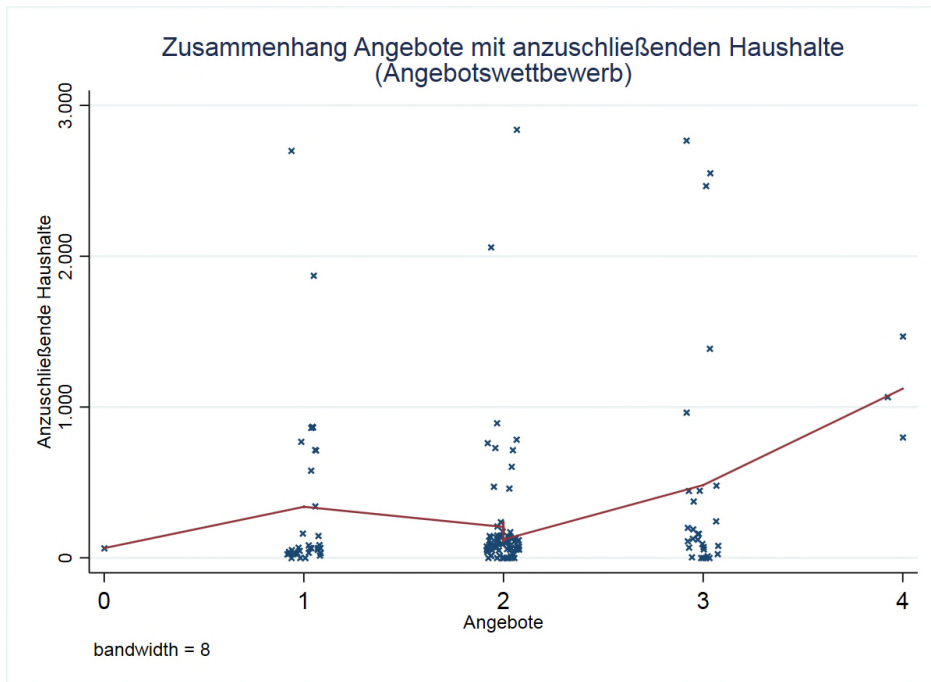
---

<sup>455</sup> Konkret wurde hier ein sogenannter "LOWESS smoother" verwendet.



Beobachtungszahlen je Ausprägung der x-Achse nicht zu einer Verzerrung der Regressionsgeraden führen.

Abbildung 8: Zusammenhang zwischen Anzahl der Angebote und der Anzahl der anzuschließenden Haushalte



- (622) Wie Abbildung 8 zeigt, ergibt sich kein klarer Zusammenhang zwischen der Anzahl der Angebote und der Anzahl der anzuschließenden Haushalte. Der leichte Anstieg der Glättungslinie zwischen einer Angebotsanzahl von drei und vier ist auf die wenigen Beobachtungen für Fälle mit vier Angeboten zurückzuführen und ist somit schlecht interpretierbar.
- (623) Auch für die Zusammenschlussbeteiligten selbst konnte für vergangene Ausschreibungen nicht pauschal festgestellt werden, dass sie sich ausschließlich für Gebiete mit einer Mindestgröße oder einem Mindestfördervolumen interessieren.

## (2) Bieteranalyse

- (624) TDG und EWE stellen gegenseitig die engsten Wettbewerber auf dem Ausschreibungsmarkt für geförderten Breitbandausbau dar.
- (625) Mit einer Bieteranalyse lassen sich insbesondere Aussagen darüber treffen, welche Telekommunikationsanbieter typischerweise an den Ausschreibungen teilnehmen, d.h. welche

Wettbewerber in den Ausschreibungen miteinander konkurrieren und wie häufig die Zusammenschlussbeteiligten in den Ausschreibungen als Wettbewerber aufeinandertreffen bzw. wie häufig sie auf andere Wettbewerber treffen.

- (626) Die Zusammenschlussbeteiligten weisen in der Anmeldung auf den aus ihrer Sicht lebhaften Wettbewerb in der Region hin, der nach ihren Informationen zumindest 22 Unternehmen beim Teilnahmewettbewerb umfasse, wovon mindestens elf Unternehmen den Zuschlag auf Fördervorhaben erhalten hätten.<sup>456</sup> Die Beschlussabteilung hat auf Basis der ihr vorliegenden Ausschreibungsdaten die Teilnehmer an Fördervorhaben identifiziert und ihr Wettbewerbsverhalten analysiert.
- (627) Hinsichtlich der Häufigkeit der Teilnahme einzelner Unternehmen an Ausschreibungen zeigt sich folgendes Bild: Die höchste Teilnahmequote weist EWE mit [80-90]%, gefolgt von TDG mit [70-90]% aller Ausschreibungen auf. Die KOMNEXX GmbH, die seit Ende 2016 Teil der Inexio Gruppe ist, sowie Inexio selbst bekundeten ihr Interesse an [20-30]% der ausgeschriebenen Lose bzw. Ausschreibungen. Weitere Unternehmen weisen eine Teilnahmequote von unter 10 % auf. Insbesondere ist auch hervorzuheben, dass es zwar eine Vielzahl von Unternehmen gibt, die ihr Interesse an bisherigen Ausschreibungen bekundeten, häufig handelt es sich hierbei aber um Anbieter mit einem kleinen regionalen Wirkungsgebiet. Von diesen Anbietern geht somit nur punktuell, und kein flächendeckender Wettbewerbsdruck im gesamten Kooperationsgebiet aus.

*Tabelle 9: Unternehmen im Teilnahmewettbewerb*

<b>Unternehmen</b>	<b>Anteil Teilnahme an ges. Ausschreibungen<sup>457</sup></b>
EWE TEL GmbH	[80-90]%
Telekom Deutschland GmbH	[70-80]%
KOMNEXX/Inexio	[20-30]%
Innogy TelNet GmbH	[5-10]%
Marco Bungalski GmbH	[5-10]%
Pepcom GmbH	[5-10]%
alle anderen	jeweils [0-5]%

---

<sup>456</sup> Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 161 f.

<sup>457</sup> Die Rundungen wurden auf Basis der „Guidance on the preparation of public versions of Commission Decisions adopted under Merger Regulation“ der Europäischen Kommission zum Umgang mit Geschäftsgeheimnissen vorgenommen.

- (628) Die Anzahl der im Wettbewerb stehenden Unternehmen verringert sich entsprechend, wenn man nur diejenigen Unternehmen betrachtet, die auch ein verbindliches Angebot abgegeben haben. Im untersuchten Zeitraum waren dies zwar immerhin noch insgesamt 26 Unternehmen<sup>458</sup>, aber nur fünf Unternehmen boten auf mehr als 5 % aller ausgeschriebenen Lose bzw. Verfahren. Dies waren konkret die EWE [70-80]%, die TDG [60-70]%, die KOMNEXX/Inexio [30-40]%, die Marco Bungalski GmbH [5-10]% und die Innogy TelNet GmbH [5-10]%.

*Tabelle 10: Unternehmen im Angebotswettbewerb*

<b>Unternehmen</b>	<b>Anteil verbindl. Angebot an ges. Ausschreibungen<sup>459</sup></b>
EWE TEL GmbH	[70-80]%
Telekom Deutschland GmbH	[60-70]%
KOMNEXX/Inexio	[30-40]%
Marco Bungalski GmbH	[5-10]%
Innogy TelNet GmbH	[5-10]%
alle anderen	jeweils [0-5]%

- (629) In die folgende Begegnungsanalyse wurden die fünf engsten Wettbewerber auf dem Angebotsmarkt für geförderten Breitbandausbau im Kooperationsgebiet einbezogen. Die Begegnungsanalyse verdeutlicht die wettbewerbliche Nähe der Unternehmen zueinander, indem sie aufzeigt, wie oft sich die jeweiligen Unternehmen bei Ausschreibungen zu Förderverfahren im Kooperationsgebiet begegnen.
- (630) Die Begegnungsanalyse zeigt, dass die TDG an [70-80]% derjenigen Ausschreibungen teilnahm, an denen auch die EWE ihr Interesse bekundet hat und vice versa. An [30-40]% der Ausschreibungen mit Beteiligung der TDG nahm auch die KOMNEXX/Inexio teil, während die TDG in nur [5-10]% ihrer Ausschreibungen auf die Innogy traf.
- (631) An [20-30]% der Ausschreibungen, an denen EWE ihr Interesse bekundete, nahm auch die KOMNEXX/Inexio teil, auf die Marco Bungalski GmbH traf sie in [5-10]% aller Verfahren an denen sie teilnahm.

---

<sup>458</sup> Siehe Auswertungsvermerk zu Ausschreibungsdaten (Bl. 5859 ff. d. A.).

<sup>459</sup> Die GAK-Verfahren aus dem Jahr 2017 wurden entsprechend nicht berücksichtigt, da es sich hier noch nicht um verbindliche Angebote handelte.

- (632) Aufgrund der geringen Anzahl an Ausschreibungsteilnahmen der KOMNEXX/Inexio, Marco Bungalski GmbH und Innogy wurden die Begegnungsquoten dieser Unternehmen untereinander nicht weiter analysiert.

*Tabelle 11: Paarweise Begegnungsquoten der Unternehmen hinsichtlich ihrer Teilnahme an Ausschreibungen<sup>460</sup>*

		...dann auch Teilnahme von...				
		EWE TEL	TDG	KOMNEXX/ Inexio	Marco Bungalski	Innogy
Wenn Teilnahme von...	EWE TEL	-	[70-80]%( ***)	[20-30]%( ***)	[5-10]%( **)	[0-5]%( *)
	TDG	[70-80]%( ***)	-	[30-40]%( ***)	[0-5]%( *)	[5-10]%( **)
	KOMNEXX/ Inexio	[60-70]%( ***)	[90-100]%( ***)			
	Marco Bungalski	[80-90]%( **)	[10-20]%( *)			
	Innogy	[50-60]%( *)	[90-100]%( **)			

*Anmerkung: Die in Klammern angegebenen Werte geben die Anzahl an Ausschreibungen an, in denen sich die beiden Unternehmen jeweils begegnet sind. Hierbei steht \* für 1 bis 5 Beobachtungen, \*\* für 6 bis 10 Beobachtungen, und \*\*\* für mehr als 10 Beobachtungen.*

- (633) Die Ergebnisse der Beteiligungsanalyse zeigen somit, dass aus Sicht der EWE und TDG das jeweils andere Unternehmen den engsten Wettbewerber auf dem Ausschreibungsmarkt für den Breitbandausbau in geförderten Gebieten darstellt. KOMNEXX/Inexio ist sowohl für die TDG als auch für die EWE der nächstengste Wettbewerber, während die Marco Bungalski GmbH sowie Innogy nicht als enge Wettbewerber betrachtet werden können.

<sup>460</sup> Die Begegnungsanalyse wurde auf Basis der Daten zur Teilnahme und nicht auf Basis der Daten zu tatsächlich abgegebenen Angebote durchgeführt. Begründet ist dies darin, dass oft es mehrere Angebotsstufen gibt und nicht sichergestellt werden kann, dass jede meldende Stelle stets dieselbe Angebotsstufe (beispielsweise stets die letzte Angebotsrunde oder stets die Abgabe eines indikativen Angebots in der ersten Angebotsrunde) gemeldet hat. Die angegebenen Teilnehmer zu Beginn des Verfahrens stellen somit eine einheitlichere Analysegrundlage dar. Diese Methode ist zudem zugunsten der Zusammenschlussbeteiligten gewählt worden, da sich beim Teilnahmewettbewerb in der Regel noch mehr Unternehmen beteiligen als bei der endgültigen Angebotsabgabe.

- (634) Diese Einschätzung wird bestätigt, wenn man die Begegnungsanalyse mit der Anzahl tatsächlich abgegebener Gebote anstelle der Teilnahme an Ausschreibungen durchführt.<sup>461</sup>
- (635) Nach Ansicht der Beschlussabteilung zeigt die Bieteranalyse, dass der Wettbewerb auf dem Angebotsmarkt für den Breitbandausbau in Fördergebieten hauptsächlich zwischen den Zusammenschlussbeteiligten und im geringeren Maße der KOMNEXX/Inexio stattfindet. Weitere Unternehmen nehmen zwar regelmäßig an denselben Ausschreibungen teil, können aber nur in wenigen Fällen als Gewinner aus der Ausschreibung hervorgehen.

#### **ee) Vorhandene Netzinfrastruktur**

- (636) EWE und TDG sind auch im Hinblick auf ihre vorhandene flächendeckende Infrastruktur, an die das zu erstellende Netz angeschlossen werden kann, engste Wettbewerber im Kooperationsgebiet. Dadurch verfügen sie bereits jetzt über komparative Vorteile hinsichtlich der Berechnung der Wirtschaftlichkeitslücke und somit hinsichtlich ihrer Erfolgchancen bei einer Teilnahme an Ausschreibungen.
- (637) Die Mehrzahl der befragten Unternehmen, die sich selbst bereits an Förderverfahren beteiligten, gab an, dass ein wesentlicher Faktor für die erfolgreiche Teilnahme an Förderverfahren eine an das Ausschreibungsgebiet angrenzende Bestandsinfrastruktur sei, da eine bestehende Anbindungsmöglichkeit zur Kostenreduktion beim Ausbau der geförderten Infrastruktur führe.<sup>462</sup> Es wurde in diesem Zusammenhang von mehreren befragten Unternehmen ausgeführt, dass insbesondere EWE und TDG über eine entsprechende Bestandsinfrastruktur verfügten und somit bereits zum heutigen Zeitpunkt komparative Kostenvorteile gegenüber anderen Wettbewerbern hätten.
- (638) Darüber hinaus erläuterten einige der befragten Unternehmen, dass diese komparativen Kostenvorteile sich noch vergrößern dürften, sofern zukünftig auch graue Flecken förderfähig würden.<sup>463</sup> Dies sei darin begründet, dass in diesen Gebieten einige Unternehmen andere Zugangsvoraussetzungen für die Zuführungsinfrastruktur hätten, beispielsweise da sie

---

<sup>461</sup> Siehe Auswertungsvermerk zu Ausschreibungsverfahren (Bl. 5859 d. A.).

<sup>462</sup> Vgl. Antworten u.a. der Versatel, Deutsche Glasfaser, Inexio, Marco Bungalski und Net Services auf Fragen im Abschnitt D des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019..

<sup>463</sup> Vgl. u.a. Antworten der Deutsche Glasfaser und Marco Bungalski GmbH auf Frage D.3 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019.

bereits Leerrohre oder Glasfaser bis zu den KVz im Fördergebiet ausgebaut hätten, während in weißen Flecken in der Regel weniger Bestandsinfrastruktur vorhanden sei.

#### **ff) Regionale Präsenz**

- (639) Die Marktbefragung ergab außerdem, dass die regionale Präsenz eines Unternehmens und entsprechende Kenntnisse der regionalen Situation als nicht zu vernachlässigende Assets zu betrachten sind. Hierbei wurde insbesondere die EWE als Unternehmen mit starker regionaler Präsenz und politischer Verankerung sowie großem Know-How im Bereich des Glasfaserausbaus genannt.<sup>464</sup>

#### **gg) Finanzkraft**

- (640) Die Finanzkraft eines Unternehmens ist ein wesentlicher Faktor, der von der ausschreibenden Stelle im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens geprüft wird. Finanzkräftigere Unternehmen haben insbesondere bei größeren Verfahren somit einen erheblichen Vorteil gegenüber kleineren Unternehmen mit geringeren finanziellen Mitteln.
- (641) Telekom hat aufgrund seiner Finanzkraft im Wettbewerb um Förderverfahren einen wesentlichen Vorteil gegenüber der Mehrzahl der anderen teilnehmenden Unternehmen mit geringerer Finanzkraft. EWE dürfte zumindest für ein regionales Unternehmen noch über eine hohe Finanzkraft verfügen und sich hierdurch von weiteren regionalen Wettbewerbern abheben.
- (642) Im Vergleich zu ihren Wettbewerbern hat die TDG einen besseren Zugang zu den Kapitalmärkten und verfügt über größere finanzielle Ressourcen.<sup>465</sup> TDG ist sowohl bezogen auf den Umsatz in Deutschland als auch bezogen auf den weltweiten Umsatz ihrer Muttergesellschaft DTAG eines der umsatzstärksten Unternehmen bzw. gehört einer der umsatzstärksten Unternehmensgruppen an. Die TDG erwirtschaftete im Jahr 2018 in Deutschland einen Umsatz von über € 21 Mrd. und wird nur von der Innogy SE übertroffen. Der regionale

---

<sup>464</sup> Vgl. Antwort der Deutsche Glasfaser auf Fragen D.5, G.1 und G.2 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019; Antwort der 1&1 auf Frage D.8 des Auskunftsbeschlusses vom 27.03.2019.

<sup>465</sup> Vgl. Deutsche Telekom, Das Geschäftsjahr 2018, S. 179, [https://bericht.telekom.com/geschaeftsbericht-2018/servicesseiten/downloads/files/entire\\_dttag\\_gb18.pdf?pk\\_campaign=lp\\_pdf](https://bericht.telekom.com/geschaeftsbericht-2018/servicesseiten/downloads/files/entire_dttag_gb18.pdf?pk_campaign=lp_pdf) (zuletzt abgerufen am 28.11.2019).

Anbieter EWE erwirtschaftete im Jahr 2018 einen Umsatz von € 5,7 Mrd., während KOMNEXX/Inexio und Marco Bungalski sowie weitere regional tätige Anbieter über deutlich geringere Finanzmittel als die Zusammenschlussbeteiligten verfügen.

#### **hh) Potenzieller Wettbewerb und Marktzutrittsschranken**

- (643) Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass weitere Markteintritte in einem solchen Umfang erfolgen werden, dass hiervon eine marktmachtbegrenzende Wirkung ausgehen könnte.
- (644) Die Zusammenschlussbeteiligten argumentieren, dass im Rahmen des vermehrten geförderten Ausbaus von Breitbandnetzen auf Glasfaserbasis auch mehr Unternehmen an Ausschreibungen teilnehmen.<sup>466</sup> Darüber hinaus seien Telekommunikationsunternehmen, die in zum Kooperationsgebiet benachbarten Landkreisen Ausschreibungen gewonnen haben, als potentielle Wettbewerber anzusehen und somit in der Lage, Wettbewerbsdruck im Kooperationsgebiet auszuüben.<sup>467</sup>
- (645) Die Beschlussabteilung hält den Eintritt von weiteren Wettbewerbern in den Ausschreibungsmarkt für den Breitbandausbau in Fördergebieten zwar für möglich. Schließlich hat die Analyse der Ausschreibungsdaten gezeigt, dass in den letzten Jahren mehr verschiedene Unternehmen Ausschreibungen für sich entscheiden konnten. Allerdings bedingt ein wettbewerbsfähiges Angebot im Rahmen von Förderverfahren, dass ein anschlussfähiges Netz in der Nähe des Fördergebietes vorhanden ist und eine ausreichende Anzahl an Kunden gewonnen werden kann, um durch Umsätze die Wirtschaftlichkeitslücke möglichst klein bzw. Pachtentgelte möglichst hoch anbieten zu können. Darüber hinaus werden wie bereits erläutert weitere Kriterien wie die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmens mit in die Bewertung des Angebotes einbezogen. Schließlich sind effektive Planungs- und Vertriebsprozesse sowie Erfahrung mit dem Bau und Betrieb von reiner Glasfaserinfrastruktur von Vorteil. Markteintritte sind somit selbst bei einer Verschlechterung des Angebotes durch die Marktführer nicht ohne weiteres möglich oder lassen zumindest keine erhebliche Änderung hinsichtlich der Gewinnchancen erwarten. Dementsprechend konnten auch die neu in

---

<sup>466</sup> Vgl. Beteiligte, Vermerk über das Gespräch am 10.05.2019 (Bl. 4278 d. A.; korrigiert und bereinigt Bl. 4686 d. A.).

<sup>467</sup> Vgl. Anmeldung (Bl. 1945 ff. d. A.), S. 162 f.

den Markt eingetretenen Unternehmen in den letzten Jahren keine größeren Anteile an den im Kooperationsgebiet gewonnenen Losen erzielen und die Marktstellung der Beteiligten damit wesentlich angreifen.

### **b) Wettbewerbliche Situation nach Zusammenschluss**

- (646) Ohne die Zusagen wäre davon auszugehen, dass durch die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde. Die gemeinsamen Marktanteile der Parteien und deren enges Wettbewerbsverhältnis, die komparativen Kostenvorteile aufgrund des flächendeckend aufgebauten Netzes und die Tatsache, dass ohne die Zusagen durch das Vorhaben ein enger Wettbewerber wegfiel, ließen unilaterale Effekte in einem erheblichen Ausmaß erwarten. Die Zusage, dass sich die Mütter weiter unabhängig voneinander an Ausschreibungen beteiligen werden, beseitigt hingegen diese Effekte.

#### **aa) Unilaterale Effekte des Vorhabens ohne die Zusagen**

##### **(1) Marktstruktur**

- (647) Bei einem Rückzug der Mutterunternehmen aus den Ausschreibungsmärkten und einer Konzentration der entsprechenden Tätigkeit im Gemeinschaftsunternehmen würden mehr als drei Viertel der gewonnenen Lose auf ein einziges Unternehmen entfallen. Der Verhaltensspielraum des Gemeinschaftsunternehmens wäre in diesem Fall nicht ausreichend begrenzt.
- (648) In diesem Fall würde das Gemeinschaftsunternehmen mehr als 80 % aller gewonnenen Lose auf sich vereinen. Mit KOMNEXX/Inexio gäbe es zwar noch einen weiteren Marktteilnehmer, der an [20-30]% aller Ausschreibungen teilnimmt, jedoch in der Vergangenheit nur [0-5] % aller gewonnenen Lose und [0-5]% des Gesamtfördervolumens für sich entscheiden konnte. Alle weiteren Teilnehmer nehmen an weniger als 10 % der Ausschreibungen teil und liegen hinsichtlich ihrer Gewinnquoten ebenfalls – teilweise deutlich – unter 5 %.

*Tabelle 12: Anteil der gewonnenen Lose*

<b>Unternehmen</b>	<b>Anteil der gewonnenen Lose</b>
GU	[80-90]%
KOMNEXX/Inexio	[0-5]%
Marco Bungalski GmbH	[0-5]%
Sewikom	[0-5]%
Summe aller anderen Unternehmen	[5-10]%



**(2) Wegfall des engsten Wettbewerbers und Marktposition der sonstigen Wettbewerber**

- (649) Mit der alleinigen Teilnahme des Gemeinschaftsunternehmens an den Förderverfahren würden die einzigen Anbieter im Markt, die über eine weitreichend ausgebaute Infrastruktur mit Glasfaser bis zum KVz oder HVt im Kooperationsgebiet verfügen, gemeinsam agieren.
- (650) Die Beschlussabteilung teilt nicht die Ansicht der Beteiligten, es gäbe aufgrund der Überprüfung der tatsächlichen Kosten und Einnahmen keinen Preiswettbewerb auf dem Fördermarkt, so dass es letztlich auf dem Markt ohnehin keine Verhaltensspielräume gebe, die durch das Vorhaben begrenzt werden könnten.
- (651) Tatsächlich kann die Höhe der Kosten des Bieters durch ein externes Gutachten überprüft werden (§ 5 Abs. 7 NGA-Rahmenregelung). Auch bezüglich der erwarteten Gewinne aus der Vermarktung der zu errichtenden Breitbandanschlüsse gibt es durch § 9 NGA-Rahmenregelung einen Überprüfungsmechanismus, der nach sieben Jahren feststellen soll, ob die Rendite über das erwartete Niveau hinaus gestiegen ist. In diesem Fall fordert die Bewilligungsbehörde die gewährte Beihilfe anteilig zurück.
- (652) Es sind jedoch sowohl bei der Berechnung der Kosten (bspw. durch die Ausweisung von Overhead-Kosten, betriebsinterne Leistungen, Berücksichtigung von Margen) und der Erträge erhebliche Spielräume vorhanden, zumal letztere 30 % oberhalb der geschätzten Einnahmen liegen dürfen.<sup>468</sup> Darüber hinaus können Anbieter sich bei ähnlichen Kosten über weitere qualitative Parameter differenzieren. Diese dürften aber bei einer weit größeren Wirtschaftlichkeitslücke ebenfalls keinen Wettbewerbsdruck mehr erzeugen können.
- (653) Bei der Einbeziehung von „grauen Flecken“ in Förderverfahren würden sich diese Effekte ohne die Zusagen noch verstärken, da die Zusammenschlussbeteiligten dort mit höherer Wahrscheinlichkeit innerhalb des Kooperationsgebiets Zuführungsinfrastruktur haben, während innerhalb von „weißen Flecken“ nutzbare Infrastruktur in der Regel nur bis zu den Hauptverteilern und nicht – wie in grauen Gebieten – deutlich weitergehend auch bis zu den Kabelverzweigern vorhanden ist.

---

<sup>468</sup> Vgl. u.a. Internexio, Vermerk über das Gespräch am 05.07.2019 (Bl. 5661 d. A.).

### **(3) Keine negativen Auswirkungen auf den Bieterwettbewerb**

- (654) Darüber hinaus ist ohne Zusagen damit zu rechnen, dass dritte Bieter durch das Gemeinschaftsunternehmen entmutigt und von einer Teilnahme an künftigen Ausschreibungen im Kooperationsgebiet abgeschreckt werden. Die Teilnahme an einer Ausschreibung ist in jedem Fall mit einem hohen Aufwand und im Fall kleiner Bieter, die nicht mit einer hohen Erfolgsquote rechnen können, auch mit einem hohen Risiko verbunden. Dieser Aufwand und das damit einhergehende Risiko rechnen sich nur, wenn man für sich am Ende auch eine hinreichend konkrete Erfolgsaussicht sieht. Soweit Bieter ohne die Zusagen davon ausgehen mussten, dass das Gemeinschaftsunternehmen mehr als acht von zehn Ausschreibungen<sup>469</sup> im Kooperationsgebiet gewinnen wird, hätten sie künftig abwägen müssen, ob sie sich überhaupt beteiligen.
- (655) Die Kommunen können im Ausschreibungsverfahren lediglich auf diejenigen Unternehmen zurückgreifen, welche ihr Interesse an dem jeweiligen Fördergebiet bekundet haben. In rund [30-40]% der der Beschlussabteilung vorliegenden Verfahren haben sich nur die Zusammenschlussbeteiligten auf das Fördergebiet beworben. Diese Zahl hätte künftig wachsen können, wenn Bieter durch das Gemeinschaftsunternehmen entmutigt worden wären. In diesen Fällen hätte somit die Kommune keinerlei Ausweichmöglichkeit gehabt. Bei der Mehrzahl der Ausschreibungen beschränkt sich die Teilnehmerzahl bislang auf zwei bis drei Unternehmen.
- (656) Lediglich im Süden des Kooperationsgebietes – außerhalb des Kerngebietes von EWE – scheinen sich mehr Anbieter zu beteiligen, da dort regional tätige Unternehmen wie Sewikom, Innogy und teutel über eigene Infrastruktur verfügen und entsprechend an Förderverfahren teilnehmen können. Die Analyse der Marktstruktur zeigt, dass diese Unternehmen in der Vergangenheit auch Zuschläge für große Fördergebiete erhalten haben und somit aus Sicht der Kommunen als relevante Alternativen zu den Zusammenschlussbeteiligten gesehen werden.
- (657) Aufgrund der im übrigen Kooperationsgebiet aber ohnehin geringen Anzahl von abgegebenen Angeboten je Verfahren und den deutlichen Kostenvorteilen, die das Gemeinschafts-

---

<sup>469</sup> Siehe vorherige Grafik: in acht von zehn Ausschreibungen gewinnt einer der Beteiligten.

unternehmen gegenüber den Wettbewerbern gehabt hätte, hätten sich für die nachfragenden Kommunen ohne die Zusagen voraussichtlich noch weniger Ausweichalternativen ergeben, so dass sie oftmals gezwungen gewesen wären, dem Angebot des Gemeinschaftsunternehmens den Zuschlag zu geben. Bei einem Bieterwettbewerb zwischen EWE und TDG ist hingegen zu erwarten, dass die Nachfrager in den verschiedenen Verhandlungsrunden zumindest noch einen gewissen Einfluss auf qualitative Parameter nehmen können.

- (658) Nicht zu vernachlässigen wäre zudem gewesen, dass das Gemeinschaftsunternehmen von der Kapitalstärke der TDG, der regionalen und politischen Verankerung der EWE im Kooperationsgebiet sowie dem Know-How beider Unternehmen hinsichtlich des Ausbaus von Breitbandinfrastrukturen profitiert hätte. Da die nachfragenden Kommunen entsprechende Faktoren in der Regel ebenfalls bei der Vergabe von Fördermitteln in ihre Entscheidung einbeziehen, hätte sich das Gemeinschaftsunternehmen noch weiter von seinen weiteren Wettbewerbern abgehoben, als es den Müttern bei individuellen Angeboten möglich ist.

#### **bb) Verhinderung dieser Effekte durch die Zusagen**

- (659) Die im Rahmen der § 32 b-Entscheidung für verbindlich erklärten Zusagen im Zusammenhang mit der Teilnahme an Förderverfahren verhindern diese nachteilige Veränderung der Marktstruktur, indem sie vorgibt, dass sich die Beteiligten nicht mehr – wie ursprünglich vereinbart – gemeinsam, sondern weiterhin unabhängig voneinander an Förderverfahren beteiligen werden. Somit wird sich die Marktstruktur im Vergleich zur Situation ohne das Vorhaben nicht verändern.
- (660) Darüber hinaus stellen die Zusagen sicher, dass bezüglich der Teilnahme an Ausschreibungen zwischen den Müttern auch keine relevanten Informationen ausgetauscht werden. Damit schließt die Regelung eine explizite Koordinierung der Aktivitäten der Beteiligten auf dem Fördermarkt weitgehend aus.
- (661) Entgegen der Bewertung von Teilnehmern des Markttests geht die Beschlussabteilung nicht davon aus, dass die möglich bleibende 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.

- (662) Die Förderzusage hat auch im Sinne von § 40 Abs. 3 GWB strukturelle Wirkungen. Über die reinen Verhaltenszusagen hinaus werden die Beteiligten die Beteiligung an Förderverfahren vom Geschäftszweck des Gemeinschaftsunternehmens ausnehmen. Danach ist es dem Gemeinschaftsunternehmen schon gesellschaftsrechtlich verwehrt, sich an Förderverfahren zu beteiligen. Die Verpflichtungen sehen eine entsprechende Änderung der ihrer Zusammenarbeit zu Grunde liegenden Vereinbarung vor.

## **E. Gebühren**

(663) [...]

(664) [...]

(665) [...]

(666) [...]

(667) [...]

(668) [...]

(669) [...]

(670) [...]

(671) [...]

## **F. Vollzugsanzeige**

(672) Vorsorglich wird darauf hingewiesen, dass die Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens die Pflicht nach § 39 Abs. 6 GWB unberührt lässt, den Vollzug des Zusammenschlusses unverzüglich anzuzeigen.

## **G. 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 des Beschlusses 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.

Dr. Krauß

Dr. Mehler

Hoeltzenbein

<b>A. Zusammenfassung</b>	<b>4</b>
<b>B. Sachverhalt</b>	<b>12</b>
I.    Beteiligte Unternehmen	12
1.    TDG	12
2.    EWE	14
II.   Das Vorhaben	15
1.    Organisationsform und Entscheidungsprozesse	16
2.    Geschäftsgegenstand und Durchführung	17
3.    Ausbauziele und Gebietsauswahl	19
4.    Netzausbau und -betrieb	21
5.    Wholesale-Angebot	22
6.    Wettbewerbsverbot	24
7.    Laufzeit und Kündigung	25
III.  Verfahrensgang	26
<b>C. Formelle Untersagungs Voraussetzungen</b>	<b>29</b>
1.    Zusammenschlusstatbestand	30
2.    Überschreiten der Umsatzschwellen	30
3.    Keine vorrangige Zuständigkeit der Europäischen Kommission	30
<b>D. Materielle Untersagungs Voraussetzungen</b>	<b>32</b>
I.    Marktabgrenzung	33
1.    Anbieter und Nachfrager von Dienstleistungen für breitbandiges Internet insbesondere im Kooperationsgebiet	34
2.    Massenmarkt für den festnetzbasieren Internetzugang	36
a)    Sachliche Marktabgrenzung	36
aa)  Vorbringen der Beteiligten	36

bb)	Bisherige Entscheidungspraxis	36
(1)	Bundeskartellamt	36
(2)	Europäische Kommission	36
(3)	Bundesnetzagentur	37
cc)	Beurteilung durch die Beschlussabteilung	38
(1)	Abgrenzung zum Markt für Breitbandanschlüsse für Dienste höherer Qualität	39
(2)	Keine Unterscheidung zwischen Angeboten für Privatkunden und Angeboten für Geschäftskunden mit privatkundenähnlichen Anforderungen	40
(a)	Keine Unterscheidung nach Anschlusstechnologien	41
(aa)	Kupferbasierte Breitbandanschlüsse	41
(bb)	Kabelbasierte Breitbandanschlüsse	42
(cc)	Glasfaserbasierte Breitbandanschlüsse	43
(dd)	Funktionelle Austauschbarkeit aus Sicht der Nachfrager	44
(b)	Keine Unterscheidung nach Datenübertragungsraten	47
(c)	Keine Abgrenzung separater Märkte für Produktbündel	49
b)	Räumliche Marktabgrenzung	50
aa)	Vorbringen der Beteiligten	50
bb)	Bisherige Entscheidungspraxis	50
(1)	Bundeskartellamt	50
(2)	Europäische Kommission	50
(3)	Bundesnetzagentur	51
(4)	Beurteilung durch die Beschlussabteilung	52
(a)	Maßgebliche Auswirkungen im gemeinsamen Tätigkeitsgebiet der Beteiligten	53
(b)	Homogenität der maßgeblichen Wettbewerbsbedingungen im Kooperationsgebiet und Unterschiede zu benachbarten Gebieten	55
3.	Vorleistungsmarkt für den lokal bereitgestellten Zugang	57
a)	Sachliche Marktabgrenzung	58
aa)	Vorbringen der Beteiligten	61
bb)	Bisherige Entscheidungspraxis	63
cc)	Beurteilung durch die Beschlussabteilung	64
(1)	Glasfaser- und kupferbasierter Layer 2-Bitstromzugang	65
(2)	Physischer Zugang zur kupferbasierten Teilnehmeranschlussleitung	67
(3)	Keine Einbeziehung der Kabelnetzbetreiber	70
b)	Räumliche Marktabgrenzung	70
aa)	Vorbringen der Beteiligten	70
bb)	Bisherige Entscheidungspraxis	71



cc)	Beurteilung durch die Beschlussabteilung	72
(1)	Maßgebliche Auswirkungen im sich überschneidenden Tätigkeitsgebiet der Beteiligten	73
(2)	Homogenität der maßgeblichen Wettbewerbsbedingungen im Kooperationsgebiet und Unterschiede zu benachbarten Gebieten	74
4.	Vorleistungsmarkt für den zentral bereitgestellten Zugang	75
5.	Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau	79
a)	Allgemeine Marktbedingungen	79
b)	Sachliche Marktabgrenzung	83
aa)	Keine Unterscheidung nach Art der Förderung	84
bb)	Keine Unterscheidung nach Fördermodell	86
c)	Räumliche Marktabgrenzung	86
II.	Wettbewerbliche Würdigung	89
1.	Keine Bagatellmärkte	89
2.	Materieller Beurteilungsrahmen	90
3.	Keine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs auf dem Vorleistungsmarkt für den lokal bereitgestellten Zugang zu Breitbandanschlüssen an festen Standorten	94
a)	Ansicht der Beteiligten	95
b)	Marktbeherrschende Stellung der TDG	98
aa)	Marktstruktur	98
bb)	Marktentwicklung	100
(1)	Steigende Nachfrage nach höheren Bandbreiten	100
(2)	Entwicklung der Marktanteile und des -volumens	101
(3)	Steigendes Angebot an höheren Bandbreiten	102
cc)	Marktzutrittschranken	105
dd)	Aktueller und potentieller Wettbewerb	107
(1)	Aktueller Wettbewerb	108
(2)	Potentieller Wettbewerb	110
ee)	Indirekter Wettbewerbsdruck durch vertikal integrierte Anbieter	112
ff)	Zugang zu Kapitalmärkten/Finanzielle Ressourcen	117
gg)	Bedeutung der Regulierung	118
c)	Unilaterale Effekte (Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der TDG)	121
aa)	Wegfall des vom FTTB/H-Ausbau durch EWE ausgehenden Wettbewerbsdrucks	124

(1)	Rahmenbedingungen des FTTB/H-Netzausbaus und Vorleistungsangebots	124
(a)	FTTB/H-Netzausbau	124
(b)	Angebot FTTB/H-basierter Vorleistungen	127
(2)	Zu erwartendes Ausbau- und Angebotsverhalten der TDG ohne Kooperation mit EWE	130
(a)	Ausbau des Glasfasernetzes durch TDG ohne Kooperation	130
(b)	Vorleistungsangebot der TDG ohne die Kooperation	135
(3)	Zu erwartendes Ausbau- und Angebotsverhalten der EWE ohne Kooperation mit der TDG	137
(a)	Ausbau des Glasfasernetzes durch EWE ohne Kooperation	137
(b)	Vorleistungsangebot der EWE ohne Kooperation	144
bb)	Erheblichkeit des von EWE ausgehenden Wettbewerbsdrucks	145
cc)	Zu erwartende wettbewerbliche Reaktionen der Beteiligten im Falle des unabhängigen FTTB/H-Ausbaus im Kooperationsgebiet	147
dd)	Verschlechterungen der Wettbewerbsbedingungen durch das GU	149
(1)	Wegfall des von EWE ausgehenden Wettbewerbsdrucks	149
(2)	Verschlechterung der Zugangsbedingungen für Dritte	152
d)	Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen ohne Verpflichtungszusagen nicht nachgewiesen	154
aa)	Effizienzgewinne	155
(1)	Kosteneinsparungen	155
(a)	Rückgriff auf bestehende Infrastruktur beider Mütter	155
(b)	Nutzung von Planungskapazitäten	158
(c)	Beschaffung von Baukapazitäten	159
(d)	Ausbaukommunikation	160
(e)	Betriebskosten	161
(2)	Risikoteilung	161
(3)	Risikominderung durch Aussicht auf verbesserte Auslastung	162
bb)	Vertragliche Regelungen kein Ausgleich	164
e)	Auswirkungen auf das Marktergebnis und die Wettbewerbsbedingungen unter Berücksichtigung der Verpflichtungszusagen	165
aa)	Mindestausbau	166
bb)	Verhinderung einer unangemessenen Blockade des Ausbaus durch Wettbewerber	168
cc)	Erschließung von Haushalten im ländlichen und dünnbesiedelten Raum	169
dd)	Diskriminierungsfreier und wettbewerbsfähiger Zugang	169
ee)	Anforderungen gemäß § 40 Abs. 3 GWB	171

4.	Keine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs auf dem Vorleistungsmarkt für den zentral bereitgestellten Zugang im Kooperationsgebiet	172
a)	Marktverhältnisse	173
aa)	Marktstruktur	173
bb)	Marktentwicklung	174
cc)	Marktzutrittsschranken	174
dd)	Aktueller und potentieller Wettbewerb	175
ee)	Indirekter Wettbewerbsdruck durch Kabelnetzbetreiber	176
ff)	Bedeutung der Regulierung	177
b)	Unilaterale Effekte	178
c)	Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen nicht nachgewiesen	180
d)	Auswirkungen auf das Marktergebnis und die Wettbewerbsbedingungen unter Berücksichtigung der Verpflichtungszusagen	180
5.	Keine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs auf dem Massenmarkt für den festnetzbasierten Internetzugang	181
a)	Marktverhältnisse	181
aa)	Markt- und Wertschöpfungsanteile	181
(1)	Marktentwicklung	182
(2)	Regionale Besonderheiten im Kooperationsgebiet	183
(3)	Abhängigkeit von Vorleistungen/Wertschöpfungstiefe	184
bb)	Marktzutrittschürden	186
b)	Nicht koordinierte und koordinierte Effekte	187
aa)	Verringerung des Ausbauwettbewerbs	188
bb)	Behinderung direkten infrastrukturasierten Wettbewerbs	189
(1)	Wettbewerbssituation bei einem Ausbau ohne das Vorhaben	189
(2)	Wettbewerb schon im Vorfeld eines möglichen FTTB/H-Ausbaus ohne das Vorhaben	192
(3)	Veränderung durch das Gemeinschaftsunternehmen	193
c)	Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen nicht nachgewiesen	197
d)	Auswirkungen der Verpflichtungszusagen auf das Marktergebnis und die Wettbewerbsbedingungen unter Berücksichtigung der Verpflichtungszusagen	197
6.	Keine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs auf dem Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau	198
a)	Marktverhältnisse auf dem Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau	198
aa)	Besonderheiten des Marktes	198
bb)	Marktstruktur	202

(1)	Anteil an gewonnenen Losen	202
(2)	Bewertung der gewonnenen Ausschreibungen nach Wirtschaftlichkeitslücken	204
(3)	Fazit	206
cc)	Marktentwicklung	206
dd)	Tatsächliches Wettbewerbsgeschehen – Nähe der Wettbewerbsbeziehungen	206
(1)	Teilnahme- und Angebotswettbewerb	207
(2)	Bieteranalyse	209
ee)	Vorhandene Netzinfrastruktur	213
ff)	Regionale Präsenz	214
gg)	Finanzkraft	214
hh)	Potenzieller Wettbewerb und Marktzutrittsschranken	215
b)	Wettbewerbliche Situation nach Zusammenschluss	216
aa)	Unilaterale Effekte des Vorhabens ohne die Zusagen	216
(1)	Marktstruktur	216
(2)	Wegfall des engsten Wettbewerbers und Marktposition der sonstigen Wettbewerber	217
(3)	Keine negativen Auswirkungen auf den Bieterwettbewerb	218
bb)	Verhinderung dieser Effekte durch die Zusagen	219
<b>E.</b>	<b>Gebühren</b>	<b>221</b>
<b>F.</b>	<b>Vollzugsanzeige</b>	<b>221</b>
<b>G.</b>	<b>Rechtsmittelbelehrung</b>	<b>222</b>