

Schwarz-Schilling, Cara et al.

Research Report

Doppelausbau von Glasfasernetzen: Ökonomische Analyse und rechtliche Einordnung. Studie für das Bundesministerium für Digitales und Verkehr

WIK-Consult Bericht

Provided in Cooperation with:

WIK Wissenschaftliches Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste GmbH, Bad Honnef

Suggested Citation: Schwarz-Schilling, Cara et al. (2023) : Doppelausbau von Glasfasernetzen: Ökonomische Analyse und rechtliche Einordnung. Studie für das Bundesministerium für Digitales und Verkehr, WIK-Consult Bericht, WIK-Consult GmbH, Bad Honnef

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/279767>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

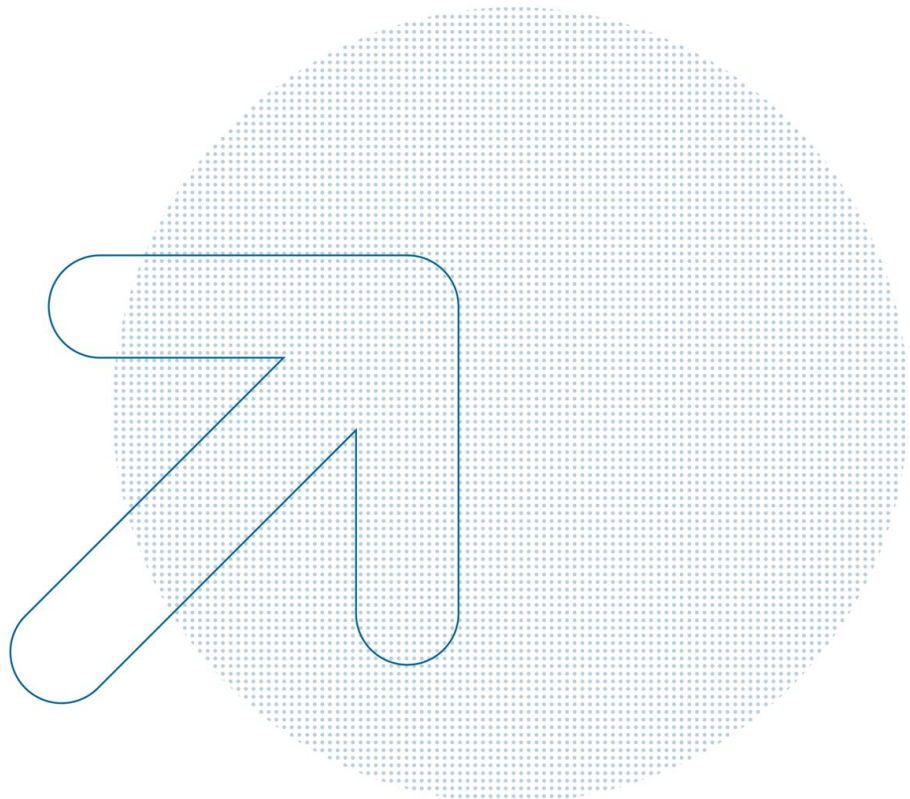
Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.



Doppelausbau von Glasfasernetzen – Ökonomische Analyse und rechtliche Einordnung

Autoren WIK-Consult:

Dr. Cara Schwarz-Schilling

Dr. Bernd Sörries

Dr. Thomas Plückebaum

Dajan Baischew

Martin Ockenfels

Konrad Zoz

Autor IRNIK:

Andreas Neumann

Impressum

WIK-Consult GmbH
Rhöndorfer Str. 68
53604 Bad Honnef
Deutschland
Tel.: +49 2224 9225-0
Fax: +49 2224 9225-63
E-Mail: info@wik-consult.com
www.wik-consult.com

Vertretungs- undzeichnungsberechtigte Personen

Geschäftsführerin	Dr. Cara Schwarz-Schilling
Direktor Abteilungsleiter Smart Cities/Smart Regions	Alex Kalevi Dieke
Direktor Abteilungsleiter Netze und Kosten	Dr. Thomas Plückebaum
Direktor Abteilungsleiter Regulierung und Wettbewerb	Dr. Bernd Sörries
Leiter der Verwaltung	Karl-Hubert Strüver
Vorsitzender des Aufsichtsrates	Dr. Thomas Solbach
Handelsregister	Amtsgericht Siegburg, HRB 7043
Steuer-Nr.	222/5751/0926
Umsatzsteueridentifikations-Nr.	DE 329 763 261

Stand: Juli 2023

Inhaltsverzeichnis

Abbildungsverzeichnis	III
Tabellenverzeichnis	IV
1 Einleitung	1
2 Ökonomische Analyse von Fällen des Doppelausbaus von Glasfaserinfrastrukturen	3
2.1 Ziele der Gigabitstrategie	3
2.2 Wirtschaftliche Tragfähigkeit des Infrastrukturwettbewerbs	4
2.2.1 Ausgangslage	4
2.2.2 Die Rolle des Infrastrukturwettbewerbs	6
2.2.3 Bestimmungsfaktoren für die Tragfähigkeit von Infrastrukturwettbewerb	9
2.2.4 Modelle zur Beschreibung der Kosten des Netzausbaus	11
2.2.5 PA-Modell	19
2.2.6 Aussagen der Modelle	23
2.3 Kategorisierung von Überbaufällen	24
2.3.1 Empirische Grundlage	25
2.3.2 Überbaudefinition	26
2.3.3 Falldefinitionen	27
2.3.4 Darstellung der übermittelten Überbaufälle nach den Falldefinitionen	29
2.3.5 Übermittelte Überbaufälle im Kontext der Modelle	31
2.4 Fazit der ökonomischen Analyse der Modelle und Fallverläufe	36
2.4.1 Überbau in Regionen, in denen mehrere Netze tragfähig sind	36
2.4.2 Überbau in Regionen, in denen ein Netz tragfähig ist	37
2.4.3 Überbau in Regionen, in denen kein Netz über das gesamte Gebiet tragfähig ist	38
2.5 Weiterführende Überlegungen	41
3 Rechtliche Einordnung	44
3.1 Verbotene Überbaustrategien	45
3.1.1 Wettbewerbsrechtliches Missbrauchsverbot (Art. 102 UAbs. 1 AEUV, § 19 Abs. 1 GWB, § 50 Abs. 1 S. 1 TKG)	45
3.1.2 UWG	93
3.1.3 Bewertung	98
3.2 Regulierungszielwidrige Überbauaktivität	101

3.2.1 Bedeutung der Regulierungsziele für unternehmerisches Verhalten	102
3.2.2 Kursorische Betrachtung der Auswirkungen von Überbau auf die Regulierungsziele	102
3.2.3 Denkbare Handlungsansätze	105
3.2.4 Bewertung	108
4 Regulatorische Handlungsoptionen	111
4.1.1 Handlungsoption 1: Marktregulierung	112
4.1.2 Handlungsoption 2: Wegerechte	114
4.1.3 Handlungsoption 3: Monitoring der Überbauaktivität	124
4.1.4 Exkurs: beihilferechtliches Förderregime	132
4.1.5 Bewertung	133
Annex	136
A. Moderates und konservatives Szenario beim NGA-Modell	136
B. Infrastrukturwettbewerb und Überbau im europäischen Ausland	139
Überbau in Frankreich	141
Überbau in UK	143

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 2-1:	Kosten je Kunde und Monat – kritischer Marktanteil als Grenze zur Profitabilität, Beispielgebiete	15
Abbildung 2-2:	Optimistische Szenario: Adressierbarer Markt 90 %, Kostensenkung beim Hauptkabelsegment 30 %, beim Verzweigersegment 30 %	18
Abbildung 2-3:	PA-Modell, Anzahl Infrastrukturen abgeleitet aus den Berechnungen bezogen auf Verwaltungsgemeinschaften	23
Abbildung 2-4:	Fallverlauf 1: Ankündigungsphase des „ersten“ Unternehmens	28
Abbildung 2-5:	Fallverlauf 2: Bau-/Betriebsphase	28
Abbildung 2-6:	Flussdiagramm – Einordnung der übermittelten Fälle	31
Abbildung 2-7:	Anzahl der Haushalte und Unternehmen in den betroffenen Gemeinden im Kontext des NGA-Modells (optimistische Variante)	33
Abbildung 2-8:	Anzahl der Haushalte und Unternehmen in den betroffenen Gemeinden und Anzahl der aus der Potenzialanalyse abgeleiteten Anzahl tragfähiger Infrastrukturen	34
Abbildung A-1:	Moderates Szenario: Adressierbarer Markt 90 %, Kostensenkung bei Hauptkabelsegment 30 %, beim Verzweigersegment 0 %	137
Abbildung A-2:	Konservatives Szenario: Adressierbarer Markt 70 %, Kostensenkung bei Hauptkabelsegment 0 %, beim Verzweigersegment 0 %	138
Abbildung B-1:	FTTH-Abdeckung in UK, Frankreich und Deutschland	140

Tabellenverzeichnis

Tabelle 2-1:	Fallkonstellationen	36
Tabelle B-1:	Anzahl Netzbetreiber am PM differenziert nach den unterschiedlichen Besiedlungsdichten	142

1 Einleitung

Mit dem sich dynamisch entwickelnden Glasfaserausbau in Deutschland häufen sich Berichte von Netzbetreibern, Verbänden und Gebietskörperschaften über parallele Glasfaserausbauten, die gemeinhin von Marktbeteiligten als Überbau bezeichnet werden.¹

WIK-Consult wurde durch das Bundesministerium für Digitales und Verkehr (BMDV) mit einer ökonomischen und rechtlichen Analyse der „Überbauproblematik“ beauftragt.

Grundlage der nachfolgenden ökonomischen und rechtlichen Analyse ist eine empirische Erhebung von Überbaufällen, die eine Momentaufnahme darstellt. Diese Momentaufnahme dient vornehmlich dazu, die beobachteten Fälle anhand ihrer jeweiligen ökonomischen Auswirkungen zu definieren und nachfolgend zu gruppieren. Ziel ist es, die Überbaufälle, die aus einer ökonomischen Sicht problematisch erscheinen, einer vertieften rechtlichen Prüfung zuzuführen.

Marktteilnehmer bewerten die ökonomischen Auswirkungen der öffentlich diskutierten Fälle des Überbaus sehr unterschiedlich. Einerseits wird auf den vom Gesetzgeber gewünschten Infrastruktur- und Innovationswettbewerb verwiesen. Andererseits wird argumentiert, dass Überbau zu einer Verdrängung von Marktteilnehmern führe, wenn der Überbau in Kommunen stattfindet, in denen aus betriebswirtschaftlicher Sicht nur eine Netzinfrastruktur (langfristig) tragfähig sei.

Um die im Markt geäußerten Bewertungen einer ökonomisch-rechtlichen Beurteilung zuzuführen, wird deshalb zunächst die Tragfähigkeit des Infrastrukturwettbewerbs vor dem Hintergrund heterogener Ausbaubedingungen beim Glasfaserausbau analysiert. Damit soll geprüft werden, welchen Auswirkungen auf den eigenwirtschaftlichen Ausbau, den Förderbedarf und die Geschäftspläne der ausbauenden Unternehmen plausibel erscheinen. Die diesbezüglichen Fragestellungen sollen deshalb in den Kontext von Modellen des Glasfaserausbaus gesetzt werden. Diese Modelle geben für Deutschland eine Indikation über Ausbaurkosten, Nachfrage und adressierbare Märkte.

Die Modelle dienen des Weiteren dazu, eine Fragestellung zu beantworten, die im bisherigen Diskurs weniger thematisiert wird: Welche Konsequenzen können sich aus dem Überbau für die öffentliche Förderung von FTTB/H-Anschlüssen ergeben. Könnten Fälle des Überbaus das Fördervolumen erhöhen? Damit wird im Rahmen des Gutachtens geprüft, ob die unterschiedlichen Fälle des Überbaus die Reichweite des eigenwirtschaftlichen Ausbaus beeinflussen.

¹ Vgl. dazu die Begriffsdefinition von Überbau in § 3 Nr. 66 TKG.

Das Gutachten gliedert sich wie folgt:

Zunächst wird das aktuelle Ausbaugeschehen kurz dargestellt und sodann die Rolle des Infrastrukturwettbewerbs im Vergleich zu anderen Wettbewerbsformen wie dem Dienstewettbewerb charakterisiert. Nachfolgend werden die Modelle erläutert, die dazu beitragen, eine Einschätzung über die Tragfähigkeit des Infrastrukturwettbewerbs in Deutschland zu gewinnen und Ableitungen hinsichtlich der Clusterung von Überbaufällen zulasen.

Sodann werden anhand der an das WIK übermittelten Fälle des Überbaus (Doppelausbau) typische Fallverläufe identifiziert. Danach werden die Fälle in den Rahmen der Modelle eingeordnet und daraus abstrakte Kategorien (Clusterung) abgeleitet. Die Fälle selbst dienen dabei lediglich der Identifizierung von typischen Fallverläufen sowie einer abstrakten ökonomischen Bewertung und werden dabei nicht im Einzelnen beleuchtet. Dieses Vorgehen erlaubt die Fragen zu adressieren, wo Infrastrukturwettbewerb den Ausbau beschleunigt, wo er als Treiber der Migration auf Glasfasernetze und wohlfahrtsfördernder Schritt in Richtung selbsttragenden Wettbewerb zu sehen ist und ob und unter welchen Voraussetzungen ein Überbau möglicherweise als Missbrauch einer marktherrschenden Stellung im Sinne des Wettbewerbsrechts anzusehen sein könnte (vgl. 3.1), wo er möglicherweise mit den Regulierungszielen nicht vereinbar ist (3.2), den Zielen der Gigabitstrategie des Bundes zuwiderläuft oder die Reichweite des eigenwirtschaftlichen Ausbau reduziert, wodurch ggf. die für eine flächendeckende Versorgung mit Gigabitanschlüssen notwendige öffentliche Förderung ausgeweitet werden müsste.

Aufbauend darauf werden Handlungsoptionen dargestellt. Die rechtliche Einordnung sowie die Darstellung der regulatorischen Handlungsoptionen wurde federführend durch die IRNIK GbR als Unterauftragnehmerin betreut.

2 Ökonomische Analyse von Fällen des Doppelausbaus von Glasfaserinfrastrukturen

2.1 Ziele der Gigabitstrategie

Die Bundesregierung hat mit ihrer Gigabitstrategie das Ziel eines flächendeckenden Glasfaserausbaus bis 2030 festgelegt. Über den Markt soll die überwiegende Anzahl von FTTB/H-Anschlüssen realisiert werden. Wo eine eigenwirtschaftliche Erschließung durch den Markt nicht tragfähig ist, soll der Ausbau durch staatliche Förderung unterstützt werden. Das Beihilfenrecht verlangt dabei eine Minimierung des Einsatzes staatlicher Fördermittel.²

Aus regulatorischer Sicht soll der Ausbau der Netzinfrastrukturen mit einer Sicherstellung des chancengleichen Wettbewerbs einschließlich eines effizienten infrastrukturbasierten Wettbewerbs einhergehen. Der europäische Rechts- und Regulierungsrahmen für die elektronische Kommunikation (Europäischer Kodex für die elektronische Kommunikation, EKEK) hat zum Ziel, sowohl effiziente Investitionen als auch den Wettbewerb gemeinsam zu fördern, um das Wirtschaftswachstum zu steigern, mehr Innovation zu erreichen und für die Verbraucher mehr Wahlmöglichkeiten zu gewährleisten. Dementsprechend gehört gem. Art. 3 Abs. 2 lit. b EKEK und § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG die Förderung des Wettbewerbs bei der Bereitstellung elektronischer Kommunikationsdienste und -netze und zugehöriger Einrichtungen — einschließlich eines effizienten infrastrukturbasierten Wettbewerbs — zum Zielkatalog des Rechtsrahmens.

Vor diesem Hintergrund bekräftigt die Gigabitstrategie der Bundesregierung³ den Infrastrukturwettbewerb als das grundlegende Prinzip beim Ausbau digitaler Infrastrukturen. Sie betont jedoch auch, dass möglichst kooperative Ausbauprozesse zum Tragen kommen und tiefbauintensive Glasfaserinfrastrukturen nicht dupliziert, sondern mitgenutzt werden sollten.

Mit der deutlich steigenden Investitionstätigkeit auf den Glasfasermärkten war und ist in einem fortgeschrittenen Stadium des Ausbauwettbewerbs mit einer Zunahme des parallelen Netzausbaus bzw. Ankündigungen des parallelen Netzausbaus zu rechnen. Dem entsprechend häufen sich seit geraumer Zeit im Markt die Berichte über Fälle des angekündigten oder faktischen Überbaus von Glasfaseranschlüssen. Zu dieser Thematik

² Vgl. Randziffer 115 ff. Europäische Kommission (2023/C 36/01 vom 31.1.2023, Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Förderung von Breitbandnetzen, Randziffer 115ff., verfügbar unter: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023XC0131\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023XC0131(01)) zuletzt abgerufen am 27.09.2023.

³ Vgl. Die Bundesregierung (2022): Gigabitstrategie der Bundesregierung, S. 32, verfügbar unter: https://bmdv.bund.de/SharedDocs/DE/Anlage/K/gigabitstrategie.pdf?__blob=publicationFile, zuletzt abgerufen am 27.09.2023.

findet derzeit eine unter den Marktteilnehmern äußerst kontrovers geführte Diskussion statt. Folgende Maßnahmen wurden ergriffen:

- Der bereits mit einem Workshop am 22. Mai 2023 eingeleitete Stakeholder-Dialog, auf dem erste Ergebnisse der Analyse präsentiert wurden, und die hier vorgelegte Studie dienen einer ersten Bestandsaufnahme.
- Seit Anfang Juli haben die Bundesnetzagentur (BNetzA) und das Bundesministerium für Digitales und Verkehr (BMDV) eine Monitoringstelle zur Erfassung von doppelten Glasfaserausbauvorhaben eingerichtet. Mit der Monitoringstelle sollen Daten dazu erhoben werden, inwieweit im derzeit stattfindenden Ausbauwettbewerb Praktiken zur Anwendung kommen, die möglicherweise wettbewerbswidrig sind, weil sie darauf abzielen, Konkurrenten abzuschrecken und so Investitionen in den Glasfaserausbau beeinträchtigen können.
- Gleichzeitig soll eine beim Gigabitbüro des Bundes angesiedelte Clearingstelle, für die Ausschöpfung des eigenwirtschaftlichen Ausbaupotenzials im Einzelfall sorgen und dabei die Potenzialanalyse des BMDV heranziehen.

Bei Bedarf will die Bundesregierung gemeinsam mit den Wettbewerbsbehörden Ansätze finden – einschließlich regulatorischer Maßnahmen, um ggf. wettbewerbswidrige Formen des Überbaus einzudämmen.

2.2 Wirtschaftliche Tragfähigkeit des Infrastrukturwettbewerbs

2.2.1 Ausgangslage

In der ersten Phase der Liberalisierung entstand Wettbewerb überwiegend durch die Gewährung von reguliertem Zugang zum Netz des ehemaligen staatlichen Monopolnetzes aus Kupferdoppeladern. Die Diskussion um das Verhältnis von Infrastrukturwettbewerb zwischen verschiedenen Infrastrukturen und durch Zugang zur Infrastruktur ermöglichten Dienstewettbewerb auf einer Infrastruktur wird bereits seit Beginn der Liberalisierung geführt.⁴ Das regulierte Angebot der entbündelten Kupfer-Doppelader bis zu den 8.000 Hauptverteilern hat das Erschließen der Hauptverteiler durch alternative Netzbetreiber befördert. Mit dem Aufkommen der VDSL-Technik wurde das Konzept auf das Erschließen von über 300.000 Kabelverzweigern (KVz) ausgedehnt. Die Weiterentwicklung zum VDSL-Vectoring mit der technischen Notwendigkeit, die Anzahl der Netzbetreiber am

⁴ Vgl. etwa Nett, L., K.-H. Neumann & I. Vogelsang (2004): Geschäftsmodelle und konsistente Entgeltregulierung, Studie für die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, Bad Honnef, S. 1, verfügbar unter: https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Marktregulierung/Massstaebe_Methoden/Konsistenzgebot/StudieWikConsultId880pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=1, zuletzt abgerufen am 27.09.2023.

KVz zu beschränken, hat dazu geführt, dass im Regulierungsrahmen ein Wettbewerb um den Markt abgebildet wurde.

So konnten weitgehend amortisierte dienstespezifisch errichtete Netze wie das Telefonnetz oder das Fernseekabelnetz dienstübergreifend schrittweise auch für den Internetzugang aufgerüstet und verwendet werden konnten. Hier hatte der Wettbewerb zwischen der Kupfer- und der Kabelinfrastruktur zunächst den vergleichsweise günstigen Ausbau bestehender Infrastrukturen auf höhere Geschwindigkeiten beflügelt, jedoch den FTTH-Ausbau nicht beschleunigt.⁵

Der Ausbau auf FTTH-Netze erfordert in Deutschland wegen der im Verzweigersegment kaum vorhandenen Leerrohre in größerem Ausmaß teure Tiefbaumaßnahmen als in anderen Mitgliedstaaten der EU.⁶

Im Zeitverlauf haben einige Wettbewerber, in Deutschland vornehmlich aus dem Umfeld der Stadtwerke, zunehmend in eigene regional begrenzte Netzinfrastrukturen bis zu den Gebäuden investiert und sind insoweit weniger auf Vorleistungen des marktbeherrschenden Unternehmens angewiesen. Angesichts der langfristig erwarteten Nachfrage, die nicht mit VDSL-Vectoring-Anschlüssen gedeckt werden kann, findet darüber hinaus ein Marktzutritt von Investor-finanzierten Netzbetreibern statt, die den Ausbau von neuen Glasfasernetzen (FTTB/H) vorantreiben. Dieser Ausbau startete in Deutschland nicht in Ballungsräumen, sondern eher in suburbanen und ländlichen Gebieten ohne Anbindung an ein DOCSIS-ertüchtigtes Kabelnetz und/oder Versorgung mit Vectoring. Dort war die bestehende Versorgung mit Breitbandanschlüssen schlechter. Da durch den Ausbau eine signifikante Verbesserung des Angebots zu erwarten war, konnte mit zufriedenstellenden Take-up-Raten gerechnet werden. Die Aussicht als erster Netzbetreiber ein Gebiet mit Glasfaseranschlüssen zu erschließen, hat zu einer Erhöhung des Ausbautempos beigetragen.

⁵ Vgl. Stronzik, M. und Zuloaga, G. (2020): Empirische Untersuchung der FTTB/H-Ausbauaktivität im europäischen Vergleich, WIK Diskussionsbeitrag Nr. 465, Bad Honnef, Dezember 2020, verfügbar unter: https://www.wik.org/fileadmin/user_upload/Unternehmen/Veroeffentlichungen/Diskussion/2022/WIK_Diskussionsbeitrag_Nr_465.pdf, zuletzt abgerufen am 27.09.2023. Der Vergleich der FTTB/H-Ausbauaktivität zwischen den betrachteten europäischen Ländern zeigt, dass sich die FTTC (VDSL) -Versorgung signifikant negativ auf die FTTB/H-Investitionen auswirkt. D. h., Länder mit einer hohen FTTC-Abdeckung haben über den Betrachtungszeitraum der Studie 2011 bis 2017 gemittelt relativ weniger in FTTB/H investiert als Länder mit einer geringen FTTC-Abdeckung (S.27).

⁶ Vgl. etwa Annex zu Frankreich und UK.

Die Marktsituation zeichnet sich mittlerweile dadurch aus, dass nunmehr alle Netzbetreiber einschließlich der TDG einen Ausbau von Gigabitinfrastrukturen anstreben und vorantreiben.⁷

Der Investitionswettbewerb im Sinne eines Windhundrennens *um* regionale Ausbauggebiete hat das Tempo des eigenwirtschaftlichen Ausbaus gerade in den letzten Jahren beschleunigt.

Paralleler Ausbau zumindest in Ballungsräumen war dabei mittelfristig zu erwarten. In einem fortgeschrittenen Stadium des Ausbauwettbewerbs ist aber nicht nur dort mit der Überlappung von Ausbauggebieten zu rechnen, zumal die Planungs- und Budgetprozesse bei den ausbauenden Unternehmen zeitlich deutlich den Maßnahmen vor Ort (Vorvermarktung, Ankündigung) vorausgehen. Damit stehen die ausbauenden Unternehmen vor einer Reihe von Herausforderungen (u.a. unterschiedliche Marktanteile, Take-up-Raten, etc.).

2.2.2 Die Rolle des Infrastrukturwettbewerbs

Infrastrukturwettbewerb bzw. der Wettbewerb um die Erschließung einer Kommune wird als wesentlicher Treiber des Glasfaserausbaus angesehen.⁸ Die Bedrohung durch Marktzutritt führt dazu, dass das erstausbauende Unternehmen einen Anreiz hat, ein Gebiet schnell zu erschließen und eine möglichst hohe Marktdurchdringung zu erreichen, damit der Marktzutritt für ein weiteres Unternehmen weniger attraktiv ist.

Netzbetreiber haben bei ihrer Ausbauplanung nicht unbedingt die volkswirtschaftliche Perspektive der Minimierung von Fördermitteln oder des kostenminimalen flächendeckenden Ausbaus zum Ziel, sondern die aus ihrer betriebswirtschaftlichen Unternehmensperspektive optimale Arrondierung ihres Ausbaugebiets, der Verbesserung des Angebots für Bestandskunden sowie ggf. strategische Ziele der Positionierung gegenüber Wettbewerbern. Durch den Aufbau eigener Netzinfrastrukturen entstehen voneinander

⁷ Während im Jahr 2017 der Marktanteil der FTTB/H-Anschlüsse der TDG noch bei ca. 28 Prozent lag, konnte die Telekom bis zum Ende des Betrachtungszeitraumes im Jahr 2022 (Q3) ihre Marktanteile kontinuierlich steigern und auf ca. 40 Prozent Marktanteil ausbauen (VATM / Dialog Consult (2022): 24. TK-Marktanalyse Deutschland 2022, S.15, verfügbar unter: https://www.vatm.de/wp-content/uploads/2022/10/TK-Marktstudie-2022_DC-VATM_261022.pdf, zuletzt abgerufen am 27.09.2023.

⁸ Vgl. etwa Monopolkommission 2021, Nr 12sg_telekommunikation_volltext, Randziffer Nr. 79, 81, verweist auf WIK-Consult, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unterversorgter Gebiete, (2017), Neumann, K.-H. (2011): Architekturen und Wettbewerbsmodelle bei Glasfasernetzen, Ergebnisse einer Studie für Vodafone, Präsentation im NGA-Forum, verfügbar unter: https://www.bundesnetzagentur.de/Shared-Docs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Breitband/NGA_NGN/NGA-Forum/sitzungen/12teSitzung/NGAForum20110504_NeumannGlasfaserarchitekturen.pdf?_blob=publicationFile&v=2, zuletzt abgerufen am 27.09.2023; Hoernig et al (2010), Architectures and competitive models in fibre networks, Study for Vodafone, Bad Honnef, verfügbar unter: https://www.wik-consult.de/uploads/media/Vodafone_Report_Final_WIKConsult_2011-01-10.pdf, zuletzt abgerufen am 27.09.2023.

unabhängige Wettbewerber.⁹ Die Wettbewerber mit parallelen Netzinfrastrukturen haben damit die strukturellen Möglichkeiten, aber auch den Druck, innovativ zu sein. Der Anreiz, sich durch innovative Produkte, Dienstleistungen in höherer Qualität und den Einsatz besserer Technologie von weiteren Wettbewerbern mit eigener Netzinfrastruktur zu differenzieren, ist hoch, weil Marktaustrittsbarrieren aufgrund irreversibler Investitionen bestehen. Letztere entstehen, weil Netzstrukturen zwar langlebig sind, aber durch irreversible Einmalkosten (sunk costs) entstehen. Eine eigene Infrastruktur ermöglicht es den einzelnen Wettbewerbern, verschiedenste Parameter selbst zu steuern und erhöht die Diversifizierung der Angebote am Markt.¹⁰ Diese Aspekte werden mit den dynamischen Aspekten des Wettbewerbsprozesses verbunden. Dadurch entstehen für die Nachfrager echte Alternativen, die – soweit die betriebswirtschaftlichen Voraussetzungen für mehrere Netzinfrastrukturen bestehen – einen sich selbst tragenden Wettbewerb ermöglichen.¹¹

Dort, wo Infrastrukturwettbewerb zu langfristig stabilem Wettbewerb führt, entsteht ein geringerer Regulierungsaufwand bzw. -kosten.¹²

Netzindustrien sind jedoch durch erhebliche Größen- und Verbundvorteile gekennzeichnet, die eine solche Marktstruktur mit parallelen Infrastrukturen nicht durchgängig erwarten lassen. In manchen Gebieten sind die Ausbaukosten pro Anschluss so hoch, dass nur ein Netzbetreiber dort flächendeckend profitabel ausbauen kann. Der Infrastrukturwettbewerb hat somit ökonomische Grenzen.

Dort wo der Infrastrukturwettbewerb nicht tragfähig ist, können die dynamischen Aspekte des Wettbewerb wie Qualitäts- und Technologiewettbewerb ggf. durch Kooperation und Ko-Investment oder durch geeignete passive Zugangskonzepte wie den Zugang zu einer entbündelten Glasfaseranschlussleitung zur Infrastruktur weitestgehend erhalten bleiben, da so einen Qualitäts- und Technologiewettbewerb über Produktdifferenzierung ermöglicht wird. Dienstewettbewerb nutzt vornehmlich Vorleistungsprodukte wie Layer 2

⁹ Vgl. Nett, L., K.-H. Neumann & I. Vogelsang (2004), Geschäftsmodelle und konsistente Entgeltregulierung, Studie für die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, Bad Honnef, 02. April 2004, verfügbar unter:

https://gigabitgrundbuch.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Marktregulierung/Massstaebemethoden/Konsistenzgebot/StudieWikConsultId880pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=1, zuletzt abgerufen am 27.09.2023.

¹⁰ Vgl. Bundeskartellamt (2010): Hinweise zur wettbewerbsrechtlichen Bewertung von Kooperationen beim Glasfaserausbau in Deutschland, 19. Januar 2010, Bundeskartellamt: Bonn.

¹¹ Vgl. Vogelsang, I. (2007): Infrastrukturwettbewerb und Netzneutralität, in: A. Picot und A. Freyberg (Hrsg.), Infrastruktur und Services – Das Ende einer Verbindung? Die Zukunft der Telekommunikation, Springer: Berlin, Heidelberg, New York, S. 219-233.

¹² Vgl. hier: Die Vorteile des Infrastrukturwettbewerbs gegenüber dem Dienstewettbewerb sind in einer Tabelle in Nett, L., K.-H. Neumann & I. Vogelsang (2004), Geschäftsmodelle und konsistente Entgeltregulierung, Studie für die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, Bad Honnef, 02. April 2004, verfügbar unter:

https://gigabitgrundbuch.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Marktregulierung/Massstaebemethoden/Konsistenzgebot/StudieWikConsultId880pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=1, abgerufen am 27.09.2023, S. 124 aufgelistet.

Bitstrom und Layer 3 Bitstrom, bei denen der Vorleistungsnachfrager auf der aktiven Technik des Vorleistungsanbieters aufsetzt und die Preissetzung die Struktur der Endkundenpreise abbildet. Dabei ist eine Produktdifferenzierung nur sehr eingeschränkt möglich.

Diese Erkenntnis, wonach der Infrastrukturwettbewerb seine (räumlichen) Grenzen hat, findet sich auch im EKEK. Im Rahmen der Anwendung des EKEK sollen die nationalen Regulierungsbehörden gem. Art. 3 Abs. 2 lit. b EKEK die Förderung eines *effizienten* Infrastrukturwettbewerbs als Ziel verfolgen, bei dem gem. Erwägungsgrund 27 des EKEK Investoren auf der Grundlage angemessener Erwartungen im Hinblick auf die Entwicklung der Marktanteile mit einer angemessenen Rendite rechnen können.¹³

Da nicht überall mit einer eigenwirtschaftlich errichteten Glasfaserinfrastruktur gerechnet werden kann, wird der Ausbau von Glasfasernetzen im Rahmen des europäischen Beihilferechts staatlich gefördert.¹⁴

Eine Rolle in der Diskussion um den Infrastrukturwettbewerbs spielt der Begriff des ‚Natürlichen Monopols‘. Ein ‚Natürliches Monopol‘ liegt vor, wenn ein Unternehmen ein Glasfasernetz zu geringeren Kosten bereitstellen kann als mehrere Unternehmen. Dies ist technisch gesprochen der Fall, wenn die Kostenfunktion im relevanten Bereich der Nachfrage die Eigenschaft der Subadditivität aufweist – aufgrund hoher Fixkosten und daher besonders ausgeprägter Skalenerträge und Verbundvorteile.¹⁵ In einer realen Welt unvollkommener Information ohne allwissenden Planer muss zwischen den (dynamischen) Vorteilen von Wettbewerb als Entdeckungsverfahren auf der einen Seite und den (statischen) Effizienzeinbußen durch das Vorhandensein mehrerer Unternehmen auf der anderen Seite abgewogen werden. Vermutlich gilt die Eigenschaft der Subadditivität in vielen Marktkonstellationen, insbesondere auch für einige enge Oligopole.¹⁶ Solange Investoren auf der Grundlage angemessener Erwartungen im Hinblick auf die Entwicklung der Marktanteile mit einer angemessenen Rendite auch in dieser Konstellation rechnen können, wird Marktzutritt erfolgen und ist auch wünschenswert. So ist gerade der zu fördernde „effiziente Infrastrukturwettbewerb“ in Erwägungsgrund 27 EKEK charakterisiert und in diesem Sinn verwenden wir den Begriff des wirtschaftlich tragfähigen Infrastrukturwettbewerbs. Infrastrukturwettbewerb ist volkswirtschaftlich jedenfalls sinnvoll, wo

¹³ Vgl. Erwägungsgrund 27 des EKEK: „Der Wettbewerb kann am besten durch ein wirtschaftlich effizientes Maß an Investitionen in neue und bestehende Infrastrukturen gefördert werden, die durch eine Regulierung ergänzt werden, sofern dies zur Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs bei den Endnutzerdiensten erforderlich ist. Ein effizientes Maß an infrastrukturbasierendem Wettbewerb ist das Ausmaß des Infrastrukturausbaus, bei dem Investoren auf der Grundlage angemessener Erwartungen im Hinblick auf die Entwicklung der Marktanteile mit einer angemessenen Rendite rechnen können.“

¹⁴ Vgl. Europäische Kommission (2013): Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau (2013/C 25/01).

¹⁵ Vgl. Hal R. Varian: Intermediate Microeconomics. 7. Auflage (International Student Edition), New York 2006, ISBN 0-393-92702-4, S. 435 f. Geprägt wurde der Begriff von Baumol et al (1982): Contestable Markets and the Theory of Industry Structure, Journal of Political Economy, Vol. 91, No. 6, S. 1055-1066.

¹⁶ Vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/Nat%C3%BCrliches_Monopol, Abschnitt wirtschaftstheoretische Fundierung, zuletzt abgerufen am 27.09.2023.

mehr als ein Netz wirtschaftlich tragfähig ist, denn er erlaubt auch die dynamischen Aspekte des Wettbewerbs. Daher fokussieren wir in unserer Studie auf die Tragfähigkeit des Infrastrukturwettbewerbs und nicht auf die Frage, ob ein natürliches Monopol vorliegt.

2.2.3 Bestimmungsfaktoren für die Tragfähigkeit von Infrastrukturwettbewerb

In manchen Gebieten funktioniert tragfähiger Infrastrukturwettbewerb, aber nicht überall. Wo mehr als ein Netz tragfähig ist, hängt vom Zusammenspiel mehrerer Faktoren¹⁷ ab:

1. Ausbaurkosten,
2. Nachfrage und ARPU,
3. adressierbarem Markt.

2.2.3.1 Ausbaurkosten

Für die pro Anschluss einzusetzenden Kapitalkosten sind mehrere Faktoren ausschlaggebend:

- Diese hängen maßgeblich von der **Besiedlungsdichte und -struktur** ab.
- Weiterhin spielt die **Bodenbeschaffenheit** (Oberfläche und Untergrund) eine wichtige Rolle.
- Die Nutzung **vorhandener Infrastrukturen (Leerrohre, Masten, Mehrfasersysteme)** kann zur Kostensenkung beitragen. In Deutschland wurden – anders als in Frankreich, Spanien, Portugal und UK – Kupferkabel nur in einer Größenordnung von etwa 10 Prozent in Leerrohren verlegt.¹⁸ Für den erst mit der letzten Regulierungsverfügung angeordneten Zugang zu den Leerrohren des marktbeherrschenden Unternehmens liegt noch kein Standardangebot vor und regulierte Entgelte wurden noch nicht festgelegt. Zugang konnte daher bislang nur fallweise ggf. über ein Streitbeilegungsverfahren nach dem TKG erwirkt werden. Darüber hinaus ist die oberirdische Verlegung im größeren Umfang im Vergleich zu

¹⁷ Auf diese Faktoren stellt auch die Monopolkommission (2021) in Randziffer 81 ab, unter Verweis auf Wernick et al (2017): Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unterversorgter Gebiete, Studie der WIK-Consult im Auftrag des DIHK, S. 8, Bad Honnef, August 2017, verfügbar unter: https://www.wik.org/fileadmin/files/_migrated/news_files/2017_DIHK_Studie.pdf, zuletzt abgerufen am 27.09.2023.

¹⁸ Schätzung des WIK in Jay, S.; Neumann, K-H.; Plückebaum, T (2011): Implikationen eines flächendeckenden Glasfaserausbaus und sein Subventionsbedarf, WIK Diskussionsbeitrag Nr. 359, Bad Honnef, Oktober 2011, verfügbar unter: https://www.wik.org/fileadmin/files/_migrated/news_files/WIK_Diskussionsbeitrag_Nr_359.pdf.

anderen europäischen Ländern (z.B. Frankreich oder UK¹⁹) unüblich, die ebenfalls zu einer deutlichen Kostensenkung beitragen könnte, weil Tiefbauarbeiten vermieden werden. Allerdings sind die Betriebs- und Wartungskosten i.d.R. höher. Mehrfasersysteme sind nach dem Materialkonzept des Bundes im geförderten Bereich vorgeschrieben – allerdings nur bis zum Verteilpunkt, was ihre Nutzbarkeit reduziert.²⁰

- Bauen mehrere Netzbetreiber gemeinsam in einem Ko-Investment aus, kann dies zu einer Senkung der Kosten beitragen. Es wird davon ausgegangen, dass 80 Prozent der Kosten im Tiefbau liegen.²¹
- Aus diesem Grund hoffte man durch **Koordination von Bauarbeiten** etc. die Tiefbaukosten wesentlich senken zu können.
- Ggf. lassen sich durch alternative Verlegeverfahren weitere Kosten sparen.

Die Senkung der Ausbaukosten ist der wesentliche Treiber der Kostensenkungsrichtlinie (2014/61/EU) bzw. des TKG. Derzeit wird mit dem Entwurf des Gigabit Infrastructure Acts eine Überarbeitung der Richtlinie diskutiert.

2.2.3.2 Nachfrage und ARPU

Den durchschnittlichen Kosten steht ein durchschnittlicher Erlös pro Anschluss pro Zeiteinheit gegenüber (average revenue per user oder ARPU). Die Erlöse pro Anschluss steigen dann, wenn die Zahlungsbereitschaft des Anschlussnutzers für hochbitratige Anschlüsse steigt. Hier ist anzumerken, dass in Deutschland die Aufschläge für hohe

¹⁹ Vgl. Godlovitch, I.; Plückebaum, T.; Held, C.; Kiesewetter, W.; Sabeva, D.; Strube Martins, S. (2017): Best practice for passive infrastructure access, Bad Honnef, 19. April 2017, verfügbar unter: <https://www.wik.org/fileadmin/Studien/2017/best-practice-passive-infrastructure-access.pdf>, zuletzt abgerufen am 27.09.2023.

²⁰ Vgl. Einheitliches Materialkonzept und Vorgaben für die Dimensionierung passiver Infrastruktur im Rahmen des geförderten Breitbandausbaus (Version 5.0.1) vom 24.02.2022, verfügbar unter: https://atenekom.eu/wp-content/uploads/2022/03/220224_Materialkonzept_5.0.1.pdf, zuletzt abgerufen am 27.09.2023.

²¹ Vgl. Wernick, C. et al. (2018): Tiefbaukapazitäten als Engpass für den FTTB/H-Ausbau? Studie für den BREKO e. V., Bad Honnef, November 2018, verfügbar unter: <https://www.wik.org/fileadmin/Studien/2018/WIK-Tiefbaustudie.pdf>, zuletzt abgerufen am 27.09.2023.

Bandbreiten im europäischen Vergleich besonders hoch sind²² und das Interesse an Gigabitanschlüssen dämpfen. Darüber hinaus hängen die Erlöse von der Take-up-Rate ab.²³

2.2.3.3 Adressierbarer Markt

Ob ein Marktzutritt rentabel ist, hängt auch davon ab, welche Wettbewerbssituation in der betreffenden Region bzw. Kommune vorherrscht. Der adressierbare Markt wird durch die Anzahl der Wettbewerber in einem Markt bestimmt. Wer in einer Region bereits über Bestandskunden verfügt, kann ggf. hoffen, dass diese auf sein ausgebautes Netz migrieren. Gerade für ausbauende Netzbetreiber, die noch nicht über Bestandskunden verfügen, hängt der für sie erreichbare Marktanteil maßgeblich davon ab, ob in der betreffenden Region bzw. der einzelnen Kommune bereits andere Netzbetreiber einschließlich der HFC-Anbieter Gigabitinfrastrukturen ausbauen wollen, die ggf. bereits über Bestandskunden verfügen.

Der im Rahmen dieser Studie betrachtete Doppelausbau von Glasfaserinfrastrukturen hat also besonders in dieser Konstellation Auswirkungen auf die Geschäftspläne der ausbauenden Unternehmen, wenn durch doppelte Netzinfrastrukturen und die damit verbundene Verringerung des adressierbaren Marktes für ein einzelnes Unternehmen aus ihrer Sicht keine angemessene Rendite mehr möglich ist. Darüber hinaus gibt es überall einen bestimmten Anteil an Verbrauchern, die ohne einen Festnetzanschluss („mobile-only“) oder ganz ohne Anschluss auskommen.

2.2.4 Modelle zur Beschreibung der Kosten des Netzausbaus

Nachfolgend werden modellbasierte Erkenntnisse herangezogen, um eine Indikation über die Tragfähigkeit des Infrastrukturwettbewerbs zu erhalten und diese Erkenntnisse nachfolgend bei der Clusterung von Ausbaufällen einzusetzen.

²² Vgl. Knips, J., Wernick, C. und Tenbrock, S. (2022): Analyse von Angeboten auf gigabitfähigen Infrastrukturen in Europa, WIK Diskussionsbeitrag Nr. 485, Bad Honnef, Dezember 2022, S.16, verfügbar unter:

https://www.wik.org/fileadmin/user_upload/Unternehmen/Veroeffentlichungen/Diskussion/2022/WIK_Diskussionsbeitrag_Nr_485.pdf, zuletzt abgerufen am 27.09.2023.

²³ Insgesamt ist eine positive Nachfrageentwicklung aktiver FTTH/H-Endkundenanschlüsse (Steigerung der absoluten Anzahl Homes Activated von ca. 2,6 Mio. im Jahr 2021 auf 3,4 Mio. im Jahr 2022) zu verzeichnen. Vor dem Hintergrund des hohen Ausbautempos sank jedoch die Take-up-Rate in diesem Zeitraum von 29 Prozent in 2021 auf 26 Prozent in 2022. Vgl. Bundesnetzagentur (2023): Jahresbericht Telekommunikation 2022, S. 16f, verfügbar unter: https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Mediathek/Berichte/2023/JB_TK_2022.pdf?__blob=publicationFile&v=4, zuletzt abgerufen am 27.09.2023. Im Bericht wird argumentiert, dass die geringe Take-up-Rate dem hohen Versorgungsgrad anderer leistungsfähiger Infrastrukturen wie VDSL-Vectring und HFC-Netzen geschuldet ist, jedoch davon ausgegangen, dass sich der FTTH/B-Anteil in den nächsten Jahren deutlich erhöhen wird (S. 17).

Das WIK modelliert in unterschiedlichen Ansätzen die Kosten des Netzausbaus – mit dem NGA-Modell seit vielen Jahren. Im Kontext des NGA-Forums hat das WIK im Jahr 2011 eine Studie vorgelegt, mit der erstmals die Kosten eines flächendeckenden Glasfaserausbaus für Deutschland modelliert wurden.²⁴ Die Zielsetzung war die Bestimmung der nötigen Investitionen, Penetrationsraten, Endnutzerpreise und Subventionen zur Ermittlung profitabler Netzabdeckung und von Flächendeckung mit NGA bei unterschiedlichen FTTB/H-Architekturen. Das NGA-Forum kam damals zu der Bewertung, dass die Anstrengungen aller Netzbetreiber erforderlich seien, um die notwendigen Investitionen zu realisieren und den Endkunden attraktive Dienstleistungen anzubieten. Ein Nebeneinander von mehreren Glasfaseranschlussnetzen sei wirtschaftlich keine sinnvolle Alternative. Der Aufbau von Glasfasernetzen erfordere selbst dort, wo dies grundsätzlich profitabel sei, eine sehr hohe Penetrationsrate. Dies unterstreiche die Notwendigkeit, unmittelbar mit dem Aufbau der neuen Netze angemessene Zugangsprodukte zu entwickeln und bereit zu stellen, die das wettbewerbliche Engagement aller Marktpartner zur notwendigen Auslastung von Glasfasernetzen ermöglichen.²⁵ Seitdem wurde das Modell in zahlreichen Forschungsprojekten und Studien verwendet und ausdifferenziert.²⁶

Mit der bundesweiten Potenzialanalyse, die das WIK im Auftrag des BMDV erstellt hat,²⁷ wurde das (maximale) Potenzial des eigenwirtschaftlichen Ausbaus (adressierbarer Markt) in Rahmen der vordefinierten Ausbaugebiete auf Ebene der Verwaltungsgemeinschaften und Gemeinden abgeleitet. Die Potenzialanalyse dient als Indikator für die geographische Reichweite des eigenwirtschaftlichen FTTB/H-Ausbau und im Umkehrschluss indiziert die Analyse einen etwaigen Bedarf an öffentlicher Förderung.

Ökonomische Modelle, die den Glasfaserausbau analytisch erfassen, können dazu dienen, Wirkungszusammenhänge aufzuzeigen. Sie liefern beispielsweise Erkenntnisse darüber, wie sich unterschiedliche Parametersetzungen von Kosten- und Nachfrage auf die Wirtschaftlichkeit von Glasfaseranschlüssen auswirken können.

²⁴ Vgl. Implikationen eines flächendeckenden Glasfaserausbau und sein Subventionsbedarf, verfügbar unter: https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Breitband/NGA_NGN/NGA-Forum/sitzungen/15teSitzung/NGAForum201109_WIKStudieFolien.pdf?__blob=publicationFile&v=2, zuletzt abgerufen am 27.09.2023.

²⁵ Vgl. Studie des WIK zum Thema „Implikationen eines flächendeckenden Glasfaserausbau und sein Subventionsbedarf“ – Einordnung durch das NGA-Forum, verfügbar unter: https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Breitband/NGA_NGN/NGA-Forum/sitzungen/15teSitzung/NGAForum_20110510_WIKStudieGlasfaserausbau.pdf?__blob=publicationFile&v=2, zuletzt abgerufen am 27.09.2023.

²⁶ Vgl. z. B. WIK Diskussionsbeiträge Nr. 423, 456, 460, 473, verfügbar unter: <https://www.wik.org/veroeffentlichungen/diskussionsbeitraege>.

²⁷ Vgl. Baischew, D., Sörries, B. und Zoz, K. (2023): Konzeption und Durchführung der Potenzialanalyse des eigenwirtschaftlichen FTTB/H-Ausbau in Deutschland, verfügbar unter: https://bmdv.bund.de/DE/Themen/Digitales/Breitbandausbau/Potenzialanalyse/bericht-zur-potentialanalyse.pdf?__blob=publicationFile, zuletzt abgerufen am 27.09.2023.

Diese Modelle können eine Indikation geben,

- wo Infrastrukturwettbewerb profitabel möglich ist,
- wo aus einer langfristigen Betrachtung nur *ein* Netzbetreiber eigenwirtschaftlich ausbauen und profitabel des Netz betreiben kann und
- wo voraussichtlich ein FTTH-Netz *nicht* profitabel ausgebaut werden kann (Fördergebiet).

Es wäre zu erwarten, dass diese Überlegungen zur Tragfähigkeit des Infrastrukturwettbewerbs sich auch in den Geschäftsplänen von ausbauenden Unternehmen wiederfinden.

Des Weiteren soll mit den Modellen der Frage nachgegangen werden, ob und welche volkswirtschaftlichen Effekte sich im Hinblick auf die Reichweite des eigenwirtschaftlichen Ausbaus ergeben.

Da es sich um statische Modelle handelt, können sie die Dynamik eines Investitionswettbewerbs mit sequentielltem Marktzutritt oder Ankündigungsszenarien nicht abbilden. Die Modellergebnisse lassen sich somit auch nicht dahingehend interpretieren, dass der „first mover“ auch der effizienteste Netzbetreiber sein wird, so dass er sich im Infrastrukturwettbewerb, soweit dieser durch eine nachträgliche doppelte Infrastruktur entsteht, in jedem Fall durchsetzt. Insbesondere sind die Modelle auch nicht geeignet, Gebiete für ein etwaiges „Überbauverbot“ zu identifizieren.

Des Weiteren ist zu beachten, dass in bundesweiten Modellen nicht sämtliche Kosten- und Nachfrageparameter abgebildet werden können, die ein auf ein konkretes Ausbaugbiet zugeschnittener betreiberspezifischer Geschäftsplan beinhaltet.²⁸ Die Modelle können keine projektspezifische Ausbauplanung ersetzen.

2.2.4.1 NGA-Modell

2.2.4.2 Überblick über das Modell

Mit dem NGA Modell bestimmt das WIK seit 2008 über verschiedene Modellgenerationen die Investitionen der verschiedenen NGA Architekturen (FTTC, FTTB, FTTH und TV-Kabel) mit unterschiedlichen Technologien (z. B.: VDSL, G.Fast; GPON, Ethernet Punkt-zu-Punkt, DOCSIS 3.0 – 4.0) je Anschluss. Die Berechnung erfolgt je vorgegebenem Gebiet Bottom-up von jeder zu versorgenden Adresse. Die Granularität (Größe) der Gebiete kann eingestellt werden. In vielen Fällen und so auch hier gehen wir von den Daten der ca. 8.000 Anschlussbereiche in Deutschland aus, für die beim WIK zuverlässige und

²⁸ Solche Parameter sind Betreiber-spezifisch und beruhen auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen.

sehr genaue Daten über die Trassenlängen, Gebäude, Haushalte und Gewerbekunden und die durchschnittlichen Ausbaukosten je Trassenmeter vorliegen. Die Ergebnisse können dann über die einzelnen Gebiete nach vorgegebenen Kriterien²⁹ zu Clustern aggregiert werden.

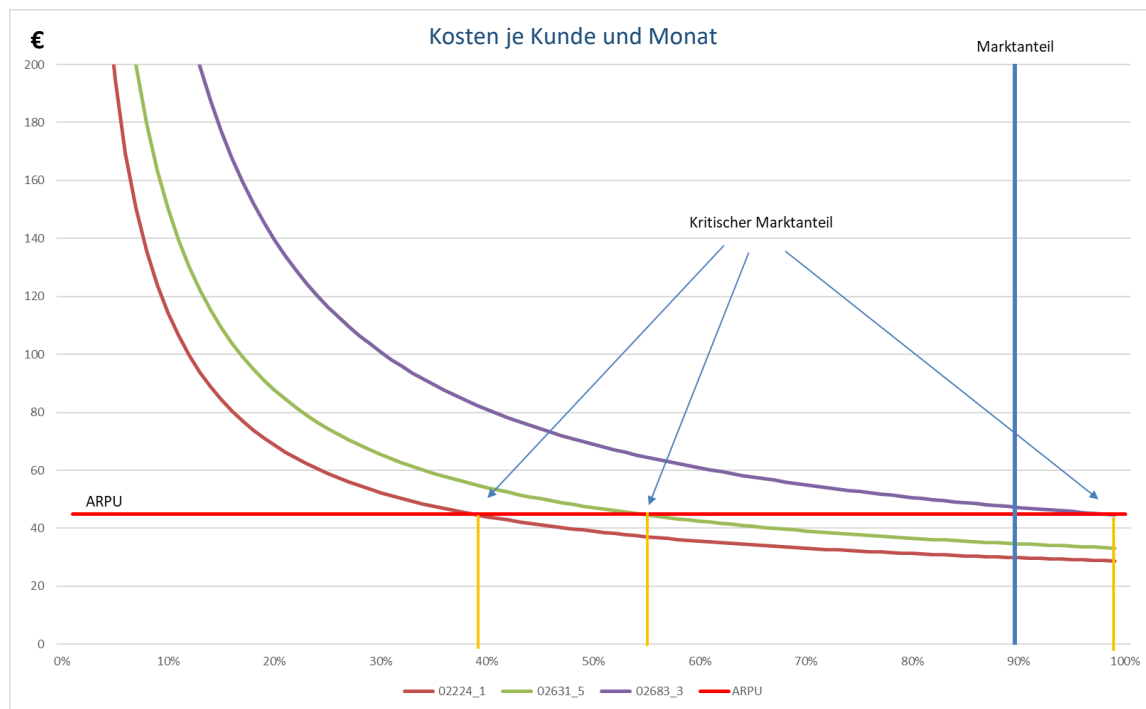
Das NGA Modell bestimmt die Kosten des flächendeckenden NGA-Gesamtausbaus des betrachteten Gebietes (Anschlussbereiches) als 100 Prozent Homes Passed und teilt diese auf die zum Betrachtungspunkt kontrahierten und angeschlossenen Kunden (Homes Connected) auf. Die Kosten des Hausstiches, der hausinternen Verkabelung und der CPE können parametergesteuert einbezogen werden. Mit Ausnahme der CPE wurden sie im Zusammenhang mit den in dieser Studie durchgeführten Rechnungen mit einbezogen.³⁰ Berechnet werden zunächst die Investitionen des Ausbaus. Diese werden über Abschreibungen, Zins-, Wartungs- und Betriebskosten sowie Kosten für Vertrieb und die Gemeinkosten auf die monatlichen Kosten je angeschlossenem Haushalt umgerechnet. D. h. in wiederholten Rechenläufen werden je Prozent Marktpenetration die Kosten pro Anschluss (in 1-Prozent-Schritten) bestimmt. Als typische Ergebnisse ergeben sich stark degressive Kostenkurven, in denen die Fix-Kosten des Ausbaus für 100 Prozent Homes Passed auf eine steigende Zahl kontrahierter Kunden verteilt werden. Die Kosten unterscheiden sich typischerweise je Gebiet, abhängig von der Besiedlungsdichte, genauer: abhängig von den Trassenkosten je Haushalt, die sich in den urbanen und ruralen Gebieten deutlich voneinander unterscheiden.³¹ Bei urbanen Gebieten liegen die Kostenkurven niedrig, bei dünn besiedelten Gebieten höher. Diese Zusammenhänge sind in Abbildung 2-1 dargestellt.

29 Z.B.: Nach Besiedlungsdichte, nach statistischen Kriterien (NUTS-Ebenen), nach Verwaltungsgebieten. Die Grenzen der Anschlussbereiche decken sich nicht zwangsläufig genau mit den Grenzen anderer Sortierkriterien. In diesen Fällen nähern wir die Gebiete dadurch an, dass ein Anschlussbereich dem Gebiet zugeordnet wird, in dem der größere Teil seiner Fläche liegt.

30 Die hausinterne Verkabelung (inhouse cabling) wurde im NGA-Modell mit Werten zwischen 15,78€ und 849,32€ (Mittelwert: 86,02€) pro Anschluss (nicht pro Gebäude) berücksichtigt. Dazu kommt der Hausanschluss (house connection) mit Werten zwischen 40,99€ und 318,63€ (Mittelwert: 189,26€) pro Anschluss (nicht pro Gebäude). Die Werte entsprechen durchschnittlichen Erfahrungswerten des WIK aus verschiedenen Modellierungsvorhaben in den unterschiedlichen Besiedlungsdichten Deutschlands. Nicht berücksichtigt wurden die Kosten der CPE, da die Kosten dafür in der Regel vom Endkunden zu tragen sind.

31 Die Clusterbildung erfolgt daher häufig nach derartigen Kriterien.

Abbildung 2-1: Kosten je Kunde und Monat – kritischer Marktanteil als Grenze zur Profitabilität, Beispielgebiete



Quelle: WIK.

Dort, wo die horizontale Gerade des durchschnittlichen Umsatzes der Kunden³² die durchschnittlichen Kosten des Anschlusses schneidet, ergibt sich der Punkt des kritischen Marktanteils, der benötigt wird, um in einem Ausbauggebiet eigenwirtschaftlich (profitabel inkl. eines angemessenen Zinses) arbeiten zu können. Wird dieser Punkt nicht erreicht, arbeitet der Netzbetreiber defizitär, wird er überschritten, arbeitet er profitabel.

In der Regel ist nicht der Gesamtmarkt adressierbar, sondern es fallen beispielsweise Kunden heraus, die nur über Mobilfunk kommunizieren oder keine Telekommunikation wollen und deshalb keinen Anschluss benötigen. Wir gehen im betrachteten Szenario von einem adressierbaren Markt von 90 Prozent aus.³³ Wenn der kritische Marktanteil hinter der Grenze des adressierbaren Marktes liegt oder gar jenseits von 100 Prozent Marktanteil, dann ist das vollständige Gebiet nicht profitabel ausbaubar, sondern nur Teile davon. Ist der kritische Marktanteil in einem Gebiet kleiner als der adressierbare Markt, aber größer als die Hälfte des adressierbaren Marktes, dann kann dieses Gebiet nur von einem Betreiber profitabel ausgebaut und langfristig versorgt werden. Liegt der

³² Average Revenue per User (ARPU) ist ein gewichtetes Mittel aller Kunden, sowohl der Privatkunden als Single – Triple Play als auch der Geschäftskunden.

³³ Neben dem in diesem Kapitel abgebildeten Szenario wurden noch zwei weitere Szenarien berechnet, welche im Annex abgebildet werden. Dabei wurde ein moderateres und ein konservatives Szenario berechnet. Die Szenarien unterscheiden sich zum einem beim adressierbaren Markt, zum anderen unterscheiden sie sich bei den Kosten von Einsparungen durch Mitverlegung und Mitnutzung.

kritische Marktanteil unterhalb der Hälfte des adressierbaren Marktes, aber oberhalb seines Drittels, können im Prinzip zwei Betreiber in dem Markt eigenwirtschaftlich profitabel ausbauen und aktiv sein.

Das profitable Agieren eines Betreibers setzt immer voraus, dass er zumindest den kritischen Marktanteil erreicht. Entsprechendes gilt auch für die anderen Betreiber in demselben Gebiet. Bei starken Asymmetrien in den Marktanteilen in einem Gebiet (z.B. bedingt durch die Bestandskunden eines der Betreiber) kann es vorkommen, dass, obwohl es ökonomischen Raum für zwei oder mehr Betreiber gibt, nur ein Betreiber profitabel arbeitet und die übrigen ihren kritischen Marktanteil aufgrund der Marktanteilsverteilung nicht erreichen können.

Wenn der kritische Marktanteil oberhalb des adressierbaren Marktes liegt, können nur Zuschüsse von außen, beispielsweise in Form von Subventionen oder als Erschließungskostenbeiträge die relevanten Kosten und damit den kritischen Marktanteil senken. Im Förderkontext muss der Infrastrukturausbau Reserven für die entbündelte Nutzung passiver Anschlussinfrastrukturen vorsehen, um ein Mindestniveau effizienten Wettbewerbs sicherzustellen – als Ausgleich zum staatlichen Eingriff in den Markt.

Wir haben die Rechnungen im NGA-Modell für alle etwa 8.000 Anschlussbereiche Deutschlands durchgeführt und die Ergebnisse entsprechend der Zahl der parallel möglichen eigenwirtschaftlich profitabel ausbauenden Betreiber mit eigener Infrastruktur farblich gekennzeichnet. Jedes Polygon kennzeichnet die Fläche des zugehörigen Anschlussbereiches.

2.2.4.3 Einordnung der Annahmen

Grundsätzlich beschreibt die für den Workshop verwendete Modellparametrierung mit einem adressierbaren Marktanteil über alle Anschlussbereiche von 90 Prozent und der Nutzung von Mitverlegung oder existierender Infrastruktur mit einer Ersparnis von 30 Prozent auf den gesamten Trassenbau (im Hauptkabel- und Verzweigersegment) eine optimistische Situation, in der es keinen marktanteilsgefestigten Kabel-TV (oder anderen) Anbieter gibt und nur mobile-only Nutzer und TK-Verweigerer nicht adressierbar sind und in der ein hohes Maß von Infrastruktursynergien (Mitverlegung, Sharing) erreicht werden kann (Abbildung 2-2). Dies führt zu niedrigen Baukosten und einem hohen Kostenteiler. Der kritische Marktanteil kann bei 90 Prozent liegen, um einen Ausbau noch profitabel werden zu lassen. Neben dem optimistischen Szenario wurden ergänzend ein moderates und ein konservatives Szenario mit höheren Ausbaukosten berechnet, die im Annex A dargestellt sind.

Der hier vorgenommenen FTTH-Modellansatz gehen von einer Einfaser Punkt-zu-Punkt Topologie aus. Die Kosten des Hausstichs und der hausinternen Verkabelung werden berücksichtigt, die etwaiger CPE nicht.

Als ARPU wurde 45,- €/Monat angenommen, gemittelt aus den verschiedenen Kundengruppen einschließlich Geschäftskunden.

Was spricht dafür, dass für die Ausbaukosten in der Realität günstigere Bedingungen vorherrschen als im Modell angenommen:

- Punkt-zu-Multipunkt (mit GPON) anstatt Punkt-zu-Punkt ist zumindest kurzfristig etwas kostengünstiger.
- Die Modellbetrachtung bezieht sich ausschließlich auf die jeweilige Analyseeinheit (Anschlussbereich bzw. Verbandsgemeinde) und berücksichtigt keine kostensenkenden Effekte, wenn benachbarte Anschlussbereiche gemeinsam ausgebaut werden.
- Lokal können günstigere Bedingungen hinsichtlich Kosten und Nachfrage als angenommen gelten, z.B. durch das Vorhandensein mitnutzbarer Luftverkabelung oder durch die Existenz von geeigneten Kabelführungssystemen in (neuen) Gebäuden.

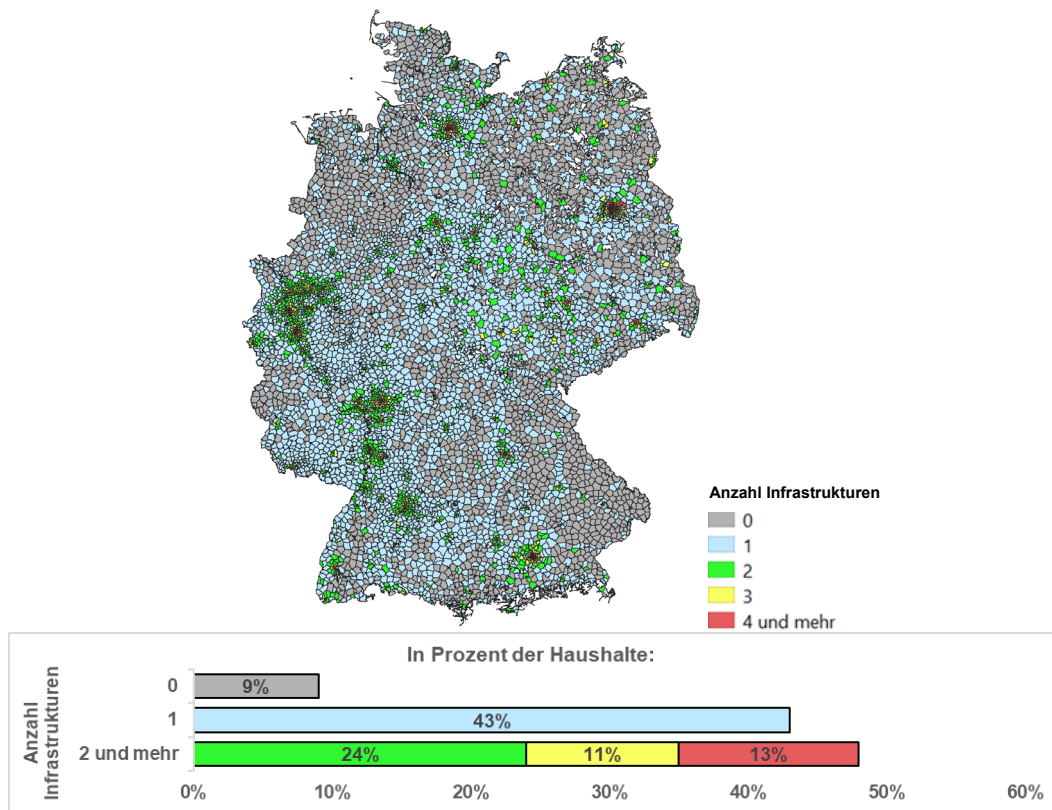
Was spricht in der Realität für ungünstigere Bedingungen als im Modell angenommen:

- Transaktionskosten, die beispielsweise mit dem Einholen der Eigentümerzustimmung für den hausinternen Ausbau verbunden sind, werden im Modell vernachlässigt bzw. sind in den Kosten des Hausstiches ggf. unzureichend berücksichtigt.
- Hausinterne Verkabelungen können im Durchschnitt höher ausfallen als angenommen (z.B. in denkmalgeschützten Siedlungen).
- Wenn eine Vorvermarktung stattfindet, ist zumindest bis zu der für den Ausbau gesetzten Schwelle von Anfang an Nachfrage auf dem Netz. Es ist zu berücksichtigen, dass weitere Marktanteilsgewinne, die die Auslastung und damit die Durchschnittskosten des Netzbetriebs pro Anschluss senken, erst mit der Zeit zu gewinnen sind und nicht von Anfang an unterstellt werden können. Dieser ‚Ramp-up‘ ist in dem Steady State Ansatzes des NGA-Modells nicht abgebildet.

2.2.4.4 Darstellung der Modellergebnisse in kartographischer Form

Im Folgenden wird das Ergebnis unter den dargestellten Annahmen kartographisch dargestellt. In den grauen Gebieten ist es unter den getroffenen Annahmen nicht möglich, 100 Prozent der Anschlüsse eigenwirtschaftlich auszubauen. In den hellblauen Gebieten ist der vollständige Ausbau durch ein Unternehmen tragfähig, während in den grün, gelben und roten Gebieten zwei, drei, bzw. vier und mehr Netzbetreiber tragfähig Netze betreiben können.

Abbildung 2-2: Optimistische Szenario: Adressierbarer Markt 90 %, Kostensenkung beim Hauptkabelsegment 30 %, beim Verzweigersegment 30 %



Quelle: WIK, BMDV Workshop vom 22. Mai 2023.

Zwar erlauben nur wenige Gebiete, zwei (grün), drei (gelb) oder mehr (rot) Betreibern, eigenwirtschaftlich parallele Infrastrukturen auszubauen. Allerdings sind dies Gebiete mit hoher Bevölkerungsdichte, so dass diese einen erheblichen Teil der Haushalte umfassen (vgl. Abschnitt 1.1.3). Das Balkendiagramm in Abbildung 2-2 zeigt, dass sich fast die Hälfte der Haushalte (48 Prozent) in Gebieten befinden, in denen gemäß dem Modell mehrere Infrastrukturen tragfähig sind. Weitere 43 Prozent der Haushalte leben in Gebieten, die flächendeckend mit einem Glasfasernetz erschlossen werden können und nur 9 Prozent der Bevölkerung leben in Gebieten, in denen ein flächendeckendes Netz nicht tragfähig ist, also nicht eigenwirtschaftlich aufgebaut werden kann. Auch in diesen Gebieten können jedoch ggf. Teile der Gebiete eigenwirtschaftlich ausgebaut werden.³⁴

³⁴ Die Reichweite des eigenwirtschaftlichen Ausbaus wird explizit in der Potenzialanalyse untersucht, vgl. Baischew, D.; Sörries, B.; Zoz, K. (2022): Konzeption und Durchführung der Potenzialanalyse des eigenwirtschaftlichen FTTB/H-Ausbaus in Deutschland, verfügbar unter: https://bmdv.bund.de/DE/Themen/Digitales/Breitbandausbau/Potenzialanalyse/bericht-zur-potenzialanalyse.pdf?__blob=publicationFile, zuletzt abgerufen am 27.09.2023. Eine grafische Darstellung der Gebiete ist verfügbar unter: https://bmdv.bund.de/DE/Themen/Digitales/Breitbandausbau/Potenzialanalyse/potenzialanalyse.html#map_deutschland, abgerufen am 27.09.2023.

Dabei ist zu beachten, dass im Modell die Nachfrager zu gleichen Anteilen auf die ausbauenden Unternehmen verteilt werden. Zwei Netzbetreiber können also nur profitabel ausbauen, wenn sich die Marktanteile hinreichend gleichmäßig aufteilen, so dass jeder Netzbetreiber seinen kritischen Marktanteil erreicht. Bei einer stark asymmetrischen Verteilung ist das zweite Netz ggf. nicht profitabel.

Eine asymmetrische Verteilung der Marktanteile ist wahrscheinlicher, wenn einer der ausbauenden Netzbetreiber bereits über eine Kundenbasis auf dem Kupfernetz verfügt, die auf die neue Infrastruktur transferiert werden kann. In diesem Zusammenhang spielen auch bestehende Vorleistungsverträge des marktbeherrschenden Netzbetreibers eine Rolle, die einen Anreiz für große alternative Diensteanbieter setzen, das Netz des Marktbeherrschers zu nutzen. Die Monopolkommission hat in ihrem 2021er Sektorgutachten³⁵ hervorgehoben, dass die "Commitment"-Verträge den glasfaserausbauenden Wettbewerbern dauerhaft (große) Vorleistungsnachfrager entziehen.

Für die Verteilung der Marktanteile ist weiterhin von wesentlicher Bedeutung, dass der ausbauende Netzbetreiber Vorleistungsverträge mit anderen Diensteanbietern abschließt, um zusätzliche Nachfrage auf sein Netz zu bringen („Open Access“).

2.2.5 PA-Modell

Mit dem PA-Modell wird ermittelt, welche Adressen von Privathaushalten, Gewerbestandorten und öffentliche Einrichtungen in Deutschland grundsätzlich eigenwirtschaftlich mit Glasfaseranschlüssen (FTTB/H) durch Netzbetreiber erschlossen werden können. Während im NGA-Modell die Anschlusskosten sowie die laufenden Kosten des gesamten adressierbaren Markts eines Gebietes berechnet werden, berechnet das PA-Modell die Veränderung der Anschlusskosten eines Gebietes bei sukzessiver Herausnahme der jeweils teuersten Anschlüsse.

Im PA-Modell werden für jeden Anschluss innerhalb der Verwaltungsgemeinschaft bzw. Gemeinde die durchschnittlichen Investitionskosten pro Anschluss eines Glasfaseranschlussnetzes berechnet. Um die Höhe der Investitionskosten zu bestimmen, werden je nach geografischer Lage unterschiedliche Tiefbaukosten pro Meter angenommen. Diese Investitionskosten werden mit einer am Markt abgefragten Investitionsobergrenze verglichen, zu der Telekommunikationsunternehmen Gebäude bzw. Haushalte und Gewerbestandorte theoretisch an ein Glasfasernetz anschließen würden.

Die Investitionsobergrenze ist somit der Schwellenwert für die durchschnittlichen Investitionskosten pro Anschluss, zu dem der eigenwirtschaftliche Ausbau vorgenommen wird. Damit wird die Einnahmeseite des Unternehmens implizit berücksichtigt. Eine zusätzliche

³⁵ Vgl. Monopolkommission (2021): Telekommunikation 2021: Wettbewerb im Umbruch – 12. Sektorgutachten, verfügbar unter: https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/12sg_telekommunikation_volltext.pdf, zuletzt abgerufen am 11.07.2023, Randziffer 43.

Modellierung der Nachfrage (z. B. Modellierung von erwarteten Take-up-Raten oder des durchschnittlichen Erlöses pro Kunde) ist mit diesem Ansatz nicht notwendig, da dieses Kalkül in der Investitionsobergrenze steckt.

Es wird davon ausgegangen, dass die Investitionsobergrenze für jede Verwaltungsgemeinschaft bzw. Gemeinde gleich hoch ist, unabhängig von bestehendem Ausbau oder der Nachfrage. Diese Annahme ist darin begründet, dass langfristig der Bedarf an gigabitfähigen Anschlüssen und somit auch die Take-up-Raten steigen werden. Konkrete Ausbaupläne von Unternehmen können daher anders ausfallen. Die Investitionsobergrenze beschreibt somit die maximalen Durchschnittskosten pro Anschluss in einem Ausbaubereich, zu denen ein eigenwirtschaftlicher Ausbau noch stattfinden kann. Liegen die Durchschnittskosten über dieser Grenze, werden das eigenwirtschaftliche Ausbaubereich und die darin liegenden Haushalte und Gewerbestandorte so weit reduziert, bis die Investitionsobergrenze eingehalten wird. Dabei wird sukzessive der jeweils teuerste Anschluss von Netz entfernt. Das heißt, es wird für jede der circa 22,1 Millionen Adressen (Standorte eines Privathaushaltes oder Gewerbes) eine individuelle Grobnetzplanung durchgeführt und für jede der 22,1 Millionen Grobnetzplanungen die Netzausbaukosten mit der Anzahl der darin angeschlossenen Haushalte und Gewerbestandorte sowie der Investitionsobergrenze verglichen. Der Anteil an Haushalten und Gewerbestandorten, der preislich unterhalb der Investitionsobergrenze bleibt, wird als eigenwirtschaftliches Ausbaupotenzial dargestellt.

Die Grobnetzplanung berücksichtigt Investitionen beim Tiefbau sowie in aktive und passive Technik. Dabei werden Investitionen im Verzweigersegment bis zum Endkunden, im marktüblichen Mischungsverhältnis³⁶ von „Homes Passed“ und „Homes Connected“, im Hauptkabelsegment (Infrastruktur zwischen Ortszentrale (PoP) und Faserverzweiger (FVz)) und in der Backbone-Infrastruktur modelliert. Investitionen für den Hausstich wurden also berücksichtigt, nicht jedoch für die hausinterne Verkabelungen.

Um praxisnahe Daten zu Tiefbaukosten zu erhalten, wurde auf die Ergebnisse einer für die Erstellung der Potenzialanalyse³⁷ durchgeführten Umfrage zurückgegriffen. Dabei wurden nationale und regionale Netzbetreiber sowie Ausbau- und Planungsunternehmen zu den Kosten für Tiefbauarbeiten und den maximalen Investitionsobergrenzen befragt.

³⁶ Das hier angenommene Mischungsverhältnis entspricht 50 Prozent Homes Connected und 50 Prozent Homes Passed. Bei den 50 Prozent Homes Passed wurde zusätzlich differenziert. Dieses Verhältnis entspricht auch der aktuellen FTTB/H-Versorgung gemäß dem Jahresbericht 2022 der Bundesnetzagentur, obgleich sich die Terminologie leicht abweicht. Vgl. Baischew, D., Sörries, B., Zoz, K. (2022): Konzeption und Durchführung der Potentialanalyse des eigenwirtschaftlichen FTTB/H-Ausbaus in Deutschland, S. 9f, verfügbar unter: https://bmdv.bund.de/DE/Themen/Digitales/Breitbandausbau/Potenzialanalyse/bericht-zur-potentialanalyse.pdf?__blob=publicationFile, zuletzt abgerufen am 27.09.2023; sowie Jahresbericht Telekommunikation 2022, Bundesnetzagentur, S. 16, verfügbar unter: https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Mediathek/Berichte/2023/JB_TK_2022.pdf?__blob=publicationFile&v=4, zuletzt abgerufen am 27.09.2023.

³⁷ Vgl. https://bmdv.bund.de/DE/Themen/Digitales/Breitbandausbau/Potenzialanalyse/potenzialanalyse.html#map_deutschland, zuletzt abgerufen am 27.09.2023.

Die Umfrage umfasste sowohl bundesweit als auch regional tätige Unternehmen, um eine breite Datengrundlage für die Analyse zu gewährleisten. Basierend auf den Umfrageergebnissen wurden Durchschnittswerte für verschiedene Gebietskategorien ermittelt. Dabei wurden eher konservative Werte verwendet, was höhere Tiefbaukosten und niedrigere Investitionsobergrenzen bedeutet.

Neben der Grobnetzplanung sind auch Daten zum tatsächlichen Ausbau in die Analyse eingeflossen. Zum einen wurden Ausbaudaten von Netzbetreibern zur Validierung des Modells herangezogen, zum anderen wurden Daten zum bereits erfolgten Ausbau zur Anpassung verschiedener Kostenparameter des Netzausbaus verwendet, um diese an das tatsächliche Ausbauverhalten anzunähern. Somit werden bereits getätigte Investitionen in Glasfaserinfrastrukturen im Hauptkabelsegment sowie bei der Backbone-Infrastruktur berücksichtigt.

Eine ausführlichere Dokumentation der dem PA-Modell zugrundeliegenden Grobnetzplanung, der Kostenparameter, der Investitionsobergrenze, des Umfangs sowie der Methodik sind öffentlich zugänglich.³⁸

Mit Hilfe dieses Modells kann nicht nur der Anteil der eigenwirtschaftlich erschließbaren Adressen abgeschätzt werden, sondern auch die Kosten pro Anschluss. Die Reichweite des eigenwirtschaftlichen Ausbaus wurde hier im Modell auf die lukrativsten 98 Prozent der Haushalte begrenzt. Hinweise auf die Anzahl von Infrastrukturen bzw. Wettbewerber je Ausbaugbiet lassen sich ableiten, wenn die Investitionsobergrenze, d. h. die maximalen Durchschnittskosten je Anschluss innerhalb eines Ausbaugbietes, halbiert, gedrittelt oder geviertelt wird. Sofern bei einer Halbierung (Drittteilung) der durchschnittlichen Investitionen, die sich daraus ergebende Investitionssumme noch unter den durchschnittlichen Kosten für die betrachteten Anschlüsse liegt, spricht einiges dafür, dass in einer solchen Verwaltungsgemeinschaft bzw. Gemeinde zwei (drei) Netze von den Netzbetreiber als wirtschaftlich tragfähig eingestuft werden.³⁹

Kann ein Gebiet nach Teilung der maximalen Durchschnittskosten je Anschluss immer noch eigenwirtschaftlich ausgebaut werden, so ist dies ein Indikator dafür, dass Infrastrukturen mehrerer Wettbewerber tragfähig und damit potenziell erwartet werden können, selbst wenn sich die Netzinfrastrukturen vollständig überlappen. Sofern jedoch die Durchschnittsinvestitionen oberhalb der Investitionsgrenze des ausbauenden Netzbetreibers liegen, ist zu erwarten, dass im Falle des angekündigten oder tatsächlichen Überbaus die Anzahl der eigenwirtschaftlich ausbaubaren Adressen reduziert wird.

³⁸ Vgl. Baischew, D., Sörries, B., Zoz, K. (2022): Konzeption und Durchführung der Potentialanalyse des eigenwirtschaftlichen FTTB/H-Ausbaus in Deutschland, verfügbar unter: https://bmdv.bund.de/DE/Themen/Digitales/Breitbandausbau/Potenzialanalyse/bericht-zur-potentialanalyse.pdf?__blob=publicationFile, zuletzt abgerufen am 27.09.2023.

³⁹ Auch hier wurde im Modell eine gleiche Verteilung der Nachfrager auf die Wettbewerber angenommen.

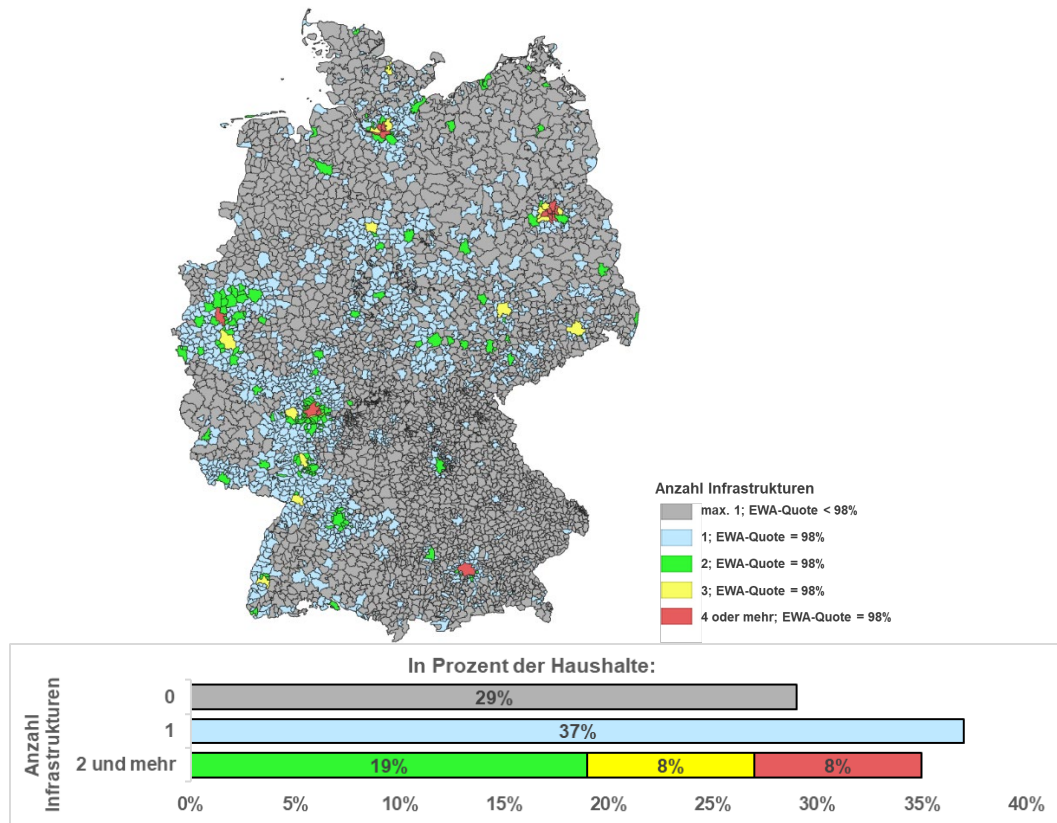
Das Ergebnis dieser Betrachtung ist in Abbildung 2-3 kartografisch dargestellt. Alle grau eingefärbten Polygone sind Gebiete mit einer eigenwirtschaftlichen Ausbauquote (EWA-Quote) unter 98 Prozent⁴⁰. In diesen Gebieten ist ein eigenwirtschaftlicher Vollausbau der gesamten Verwaltungsgemeinschaft bzw. Gemeinde nicht zu erwarten. Es wird dort vielmehr davon auszugehen sein, dass sich der eigenwirtschaftliche Ausbau vor allem auf Kerngebiete innerhalb der Verwaltungsgemeinschaft bzw. Gemeinde beschränkt, und der Anschluss von Außenhöfen oder weiter vom Kern gelegene kleinere Ortschaften nicht mehr profitabel für das Unternehmen ist, selbst nicht in Mischkalkulation mit den lukrativen Ortsteilen. Damit ist auch eine vollständige Verdoppelung eines Netzes, welches das gesamte Gebiet umfasst, also auch unrentable Außenhöfe und Ortschaften, unwirtschaftlich. Innerhalb dieser Ausbaugebiete wäre es jedoch ggf. möglich, dass in einzelnen (Orts-)Teilen mehrere Infrastrukturen wirtschaftlich betrieben werden können. Sollte dies jedoch der Fall sein, würde sich das Quersubventionierungspotenzial der profitableren Kerngebiete für die weniger profitablen Randgebiete verringern, weil nicht mehr sämtliche lukrativen Anschlüsse von einem Netzbetreiber betrieben werden.

Im PA-Modell werden durchschnittliche Ausbaukosten pro Haushalt berechnet. Liegen die durchschnittlichen Ausbaukosten pro Haushalt oberhalb der Investitionsgrenze, dann ist ein vollständiger Ausbau unwahrscheinlich. Durch die Betrachtung der durchschnittlichen Anschlusskosten finanzieren günstigere Anschlüsse (Anschlüsse unterhalb des Durchschnitts) teurere Anschlüsse (Anschlüsse oberhalb des Durchschnitts), in dem sie die Durchschnittskosten pro Anschluss des Ausbaugebietes drücken (Quersubventionierung). Werden Anschlüsse, welche unterhalb des Durchschnittes liegen, überbaut, können diese nicht mehr (vollständig) zu Senkung des Durchschnittes beitragen, denn in diesen Gebieten können wegen des Überbaus weniger Kunden gewonnen werden. Somit steigen die Durchschnittskosten pro Adresse in diesem Gebiet. Steigen diese Durchschnittskosten über die Investitionsobergrenze, kann nicht mehr von einer vollständigen Erschließung des Ausbaugebietes ausgegangen werden. Dies gilt bereits, wenn das Gebiet eine EWA-Quote unterhalb von 98 Prozent aufweist.

In der Folge verringert sich der Anteil der eigenwirtschaftlich erschließbaren Anschlüsse (EWA-Quote) in diesem Gebiet. Der Infrastrukturwettbewerb kann unter diesen Rahmenbedingungen somit den zur Sicherstellung einer Vollversorgung mit FTTB/H-Anschlüssen ggf. erforderlichen Förderbedarf erhöhen.

⁴⁰ Bei der konkreten Darstellung des eigenwirtschaftlichen Ausbaupotenzials wird eine Obergrenze von 98 Prozent festgelegt. Die Obergrenze spiegelt das Marktverhalten dahingehend wider, dass Netzbetreiber in der Regel nicht alle Anschlüsse in einer Gemeinde oder Verwaltungsgemeinschaft mit Glasfaser versorgen.

Abbildung 2-3: PA-Modell, Anzahl Infrastrukturen abgeleitet aus den Berechnungen bezogen auf Verwaltungsgemeinschaften



Quelle: WIK, BMDV Workshop vom 22. Mai 2023; Kartenmaterial © GeoBasis-DE / BKG (2020)
Lizenz: dl-de/by-2-0.

Im PA-Modell zeigt sich, dass ein Anteil von 35 Prozent der Haushalte und Unternehmen in Gebieten angesiedelt sind, in denen mehrere Netze profitabel über die gesamte Verwaltungsgemeinschaft hinweg betrieben werden können – mithin ein Wert von etwa einem Drittel der Haushalte und Unternehmen.

2.2.6 Aussagen der Modelle

Das NGA-Modell und das PA-Modell kommen zum Einsatz, um die Annahmen von Marktteilnehmern hinsichtlich der Tragfähigkeit mehrerer Netzinfrastrukturen zu prüfen. Damit gewinnen wir auch Erkenntnisse für die Gruppierung von Überbaufällen:

- Es gibt einerseits Ballungsräume, in denen Infrastrukturwettbewerb und damit mehrere Infrastrukturen tragfähig sind, soweit sich Marktanteile hinreichend symmetrisch auf alle Netzbetreiber verteilen, so dass jeder seinen kritischen Marktanteil erreichen kann. Fallen Überbaufälle in diese Gebiete, sind sie aus ökonomischer Sicht nicht problematisch, sondern als effizienter Infrastrukturwettbewerb anzusehen.

- Andererseits ist in vielen Verwaltungsgemeinschaften bzw. Gemeinden höchstens ein Netz langfristig ökonomisch tragfähig. Dies gilt auch bei Annahmen, die den Ausbau und somit den Infrastrukturwettbewerb tendenziell begünstigen. Fallen Überbaufälle in diese Gebiete, so können aus ökonomischer Sicht Probleme dahingehend entstehen, dass der Infrastrukturwettbewerb zu einer geringeren Reichweite des eigenwirtschaftlichen Ausbaus führt.
- Für die ökonomische Bewertung ist es relevant, ob die ausbauenden Unternehmen ihre kritischen Marktanteile im jeweiligen Gebiet erzielen können. Insofern sollte die nachfolgende Prüfung auch darauf abstellen, ob es Randbedingungen gibt, die die Verteilung von Marktanteilen beeinflussen.
- Wenn es zu doppeltem Ausbau in einem Gebiet gekommen ist, in dem langfristig nur ein Netz ökonomisch tragfähig ist, kann es zu Verdrängungseffekten und einer Konsolidierung der Eigentümerstruktur der Netze kommen.
- Wenn es zu doppeltem Ausbau in einem Gebiet kommt, in dem langfristig kein flächendeckendes Netz zu erwarten ist, wird doppelter Ausbau, den ggf. teilweise möglichen eigenwirtschaftlichen Ausbau reduzieren und somit die Notwendigkeit der Förderung erhöhen.

Das NGA-Modell und auch das PA-Modell zeigen unter den jeweiligen Annahmen auf und geben somit eine Indikation, wo langfristig ein Infrastrukturwettbewerb erwartet werden kann und wo die Grenzen eines effizienten Infrastrukturwettbewerbs liegen: Je höher die durchschnittliche Kosten pro Anschluss sind, desto weniger sind parallele Netze ökonomisch tragfähig. Dies gilt vor allem für Gemeinden in suburbanen und ländlichen Regionen Deutschlands. Insbesondere in urbanen Gebieten kann langfristig mit tragfähigem Infrastrukturwettbewerb gerechnet werden kann.

Im Umkehrschluss erlauben die Modelle jedoch keine Aussage, ob und in welchen Gebieten Überbau kategorisch untersagt werden sollte. Dies ergibt sich bereits aus der Sensitivität der Modellergebnisse in Abhängigkeit von der Parametrisierung. Darüber hinaus können weitere in den Modellen unberücksichtigte Faktoren wichtig sein.

2.3 Kategorisierung von Überbaufällen

Neben der grundsätzlichen Betrachtung der Tragfähigkeit eines effizienten Infrastrukturwettbewerbs im vorangegangenen Kapitel werden in diesem Kapitel konkrete Überbaufälle ausgewertet. Dabei wird eine Systematik entwickelt, die unterschiedliche Fallverläufe von Überbau darstellt. Zusätzlich werden die konkreten Überbaufälle in den Kontext des NGA-Modells und des PA-Modells gesetzt um ableiten zu können, welche konkreten volks- und betriebswirtschaftlichen Auswirkungen zu erwarten sind.

2.3.1 Empirische Grundlage

Empirische Grundlage für den Workshop am 22.05.2023 als auch für diesen Bericht sind Überbaufälle, die Telekommunikationsunternehmen und -verbände bis zum 16.05.2023 an die WIK-Consult übermittelt haben. Es wurden nur diejenigen Fälle einbezogen, bei denen die von uns erhobenen Falldefinitionen vollständig nachgezeichnet werden konnten. Die Anzahl der Fälle bezieht sich dabei zumeist auf Gemeinden und in wenigen Fällen auf Verwaltungsgemeinschaften.

Insgesamt liegen 93 Fälle von 14 unterschiedliche Unternehmen vor. Dabei sind neun Flächenländer sowie ein Stadtstaat vertreten. In der weit überwiegenden Zahl der Fälle war die Telekom Deutschland oder die Glasfaser Plus beteiligt. Die Analyse der unterschiedlichen Fälle dient dabei nur der Identifizierung von typischen Fallverläufen. Die einzelnen Fälle selbst werden im Rahmen dieser Studie nicht im konkreten beleuchtet, sondern nur in aggregiert Form abstrakt bewertet.

Bei den ausgewerteten Fällen handelt es sich weder um eine vollständige Auflistung aller bekannten Fälle noch um eine repräsentative Stichprobe von Glasfaserinfrastrukturprojekten.

Größenordnungen von betriebs- oder volkswirtschaftlichen Auswirkungen lassen sich somit nicht abschätzen. Auch können keine Rückschlüsse gezogen werden, ob bestimmte Unternehmen oder Unternehmensformen besonders oft oder besonders selten in Überbau involviert sind. Ein Grund, warum die Telekom Deutschland und Glasfaser Plus besonders oft in dieser Stichprobe vorkommen, könnte außerdem dem Fakt geschuldet sein, dass diese Unternehmen besonders viele Ausbauprojekte über ganz Deutschland haben.

Es ist auch hervorzuheben, dass sich die Differenzierung der Fälle, z. B. ob sich ein Unternehmen aus einem Glasfaserinfrastrukturprojekt zurückgezogen hat, auf den Stand Mitte Mai 2023 bezieht. Damit handelt es sich bei den Verteilung der übermittelten Fälle in diesem Bericht um eine „Momentaufnahme“. Die Fälle wurden auch nicht im Zeitverlauf untersucht. Besonders die Reaktionen des „ersten“ Unternehmens auf die Überbau(-ankündigung) kann sich über die Zeit hinweg verändern.

Aus der Stichprobe können jedoch abstrakte Falltypen abgeleitet werden um eine Systematik zur Definition unterschiedlicher Fallverläufe zu entwickeln. Das Verbinden der unterschiedlichen Fallverläufe mit den in Kapitel 2.2 vorgestellten Modellen zur Abschätzung der Tragfähigkeit von Infrastrukturwettbewerb ermöglicht eine Bewertung von Fallverläufen in Kombination mit der lokal vorliegenden Tragfähigkeit paralleler Glasfaserinfrastrukturen. Somit können Abschätzungen der Auswirkungen von Überbau auf den eigenwirtschaftlichen Ausbau und möglicher Gigabitförderung vorgenommen werden. Auf diese kann die nachfolgende rechtliche Beurteilung abgestellt werden.

2.3.2 Überbaudefinition

Überbau im Sinne dieses Gutachtens liegt vor, wenn ein Unternehmen zusätzlich zu einer bestehenden Glasfaserinfrastruktur bis zum Endkunden eines anderen Unternehmens eine weitere Glasfaserinfrastruktur bis zum Endkunden errichtet. In diesem Fall sprechen wir von tatsächlichem Überbau. Damit lehnen wir uns an die Definition des TKG gem. § 3 Nr. 66 an, beziehen sie aber ausschließlich auf Glasfaserinfrastrukturen.⁴¹

Es werden also nur Glasfaserprojekte betrachtet, die bis zum Endkunden reichen (Fiber-to-the-Building (FTTB) oder Fiber-to-the-Home (FTTH)). Somit liegt kein Überbau vor, wenn eine Glasfaserinfrastruktur zum Endkunden zusätzlich zu einem bestehenden Hybrid-Fiber-Coax (HFC)-Netz oder Fiber-to-the-Curb (FTTC)-Netz geplant, gebaut oder in Betrieb ist.

Als geplanter Überbau bzw. Überbauankündigung werden Szenarien bezeichnet, in denen ein Unternehmen zusätzlich zu einem geplanten Glasfaserinfrastrukturprojekt bis zum Endkunden eines anderen Unternehmens oder zusätzlich zu einer bestehenden Glasfaserinfrastruktur bis zum Endkunden eines anderen Unternehmens eine weitere Glasfaserinfrastruktur bis zum Endkunden ankündigt.

⁴¹ Vgl. TKG §3 Begriffsbestimmungen, Nr. 66: „Überbau“ die nachträgliche Dopplung von Telekommunikationsinfrastrukturen durch parallele Errichtung, soweit damit dasselbe Versorgungsgebiet erschlossen werden soll.

Überbau liegt auch dann vor, wenn sich geplante oder ausgebaute Adressen beider Glasfaserinfrastrukturprojekte überschneiden. Somit können die Glasfaserinfrastrukturprojekte bis zum Endkunden unterschiedliche Adressen umfassen, solange es eine Mehrfachabdeckung gewisser Adressen gibt.

Es liegt hingegen kein Überbau vor, wenn zwei Unternehmen in unterschiedlichen, benachbarten Ausbaubereichen Glasfaserinfrastruktur bis zum Endkunden planen, bauen oder betreiben und sich diese Gebiete in keiner Adresse schneiden.

Bei dem Ausbauvorhaben des „zweiten“ Unternehmens handelt es sich immer um ein eigenwirtschaftliches Vorhaben, bei dem keine Fördergelder zur Unterstützung des Gigabitausbaus des Bundes verwendet werden, da die Förderung des Bundes zur Unterstützung des Gigabitausbaus Überbau von bereits bestehen Glasfaserinfrastrukturen zum Endkunden ausschließt.⁴²

2.3.3 Falldefinitionen

Aus der Auswertung der übermittelten Fälle wurde eine Systematik zur Definition von unterschiedlichen Typen von Überbaufallverläufen entwickelt. Diese Fallunterscheidungen ermöglichen eine gewisse qualitative Abschätzung der volks- und betriebswirtschaftlichen Auswirkungen von Überbau.

Überbau kann in den unterschiedlichsten Konstellationen vorkommen. Um die daraus resultierende Komplexität eindämmen zu können, wird vereinfachend angenommen, dass ein „erstes“ Unternehmen von einem „zweiten“ Unternehmen überbaut wird. Die Definition der Fälle erfolgt aus der Perspektive des „ersten“ Unternehmens, welches von einem „zweiten“ Unternehmen überbaut wird, bzw. Überbau angekündigt wurde.

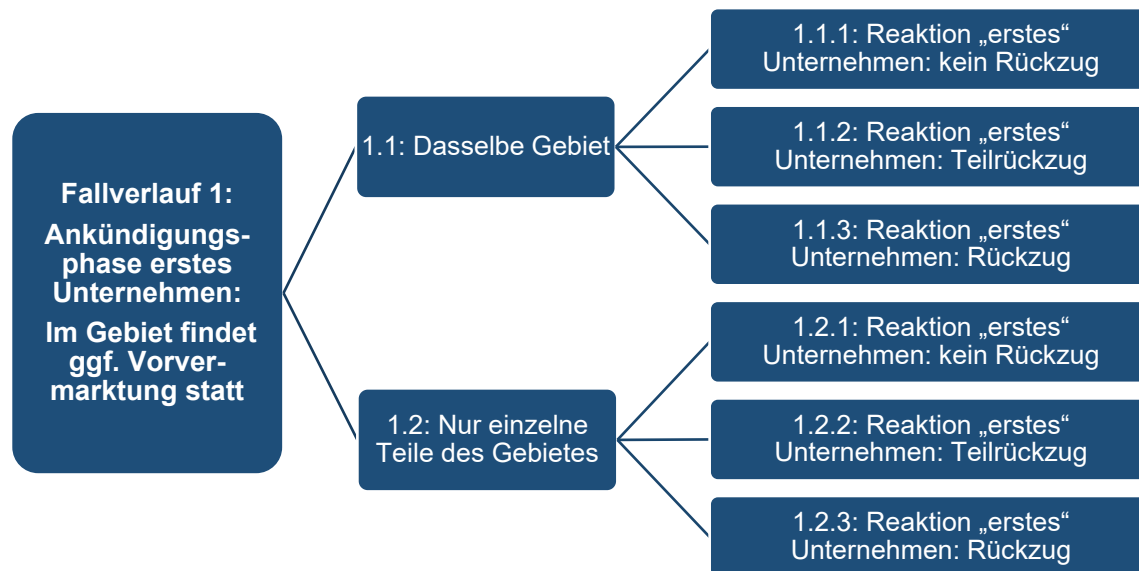
Grundsätzlich wird unterschieden, ob sich das Gebiet in der Ausbauplanung des „ersten“ Unternehmens befindet (Fallverlauf 1: Ankündigungsphase) oder ob bereits mindestens eine Glasfaserinfrastruktur bis zum Endkunden vorhanden ist (Fallverlauf 2: Bau-/Betriebsphase).

Im „Fallverlauf 1: Ankündigungsphase“ liegt eine Ausbauankündigung des „ersten“ Unternehmens für das Gebiet vor. In diesen Fällen führt dort typischerweise das „erste“ Unternehmen eine Vorvermarktung durch. Ein „zweites“ Unternehmen kündigt dann entweder den Überbau des gesamten Gebietes (Fallverlauf 1.1) oder den Überbau nur einzelner Teile des Gebietes (Fallverlauf 1.2) an. Da sich das „erste“ Unternehmen noch in der Ankündigungsphase befindet, kann es auf die Überbau(-ankündigung) des „zweiten“ Unternehmens reagieren. Die Reaktion des „ersten“ Unternehmens kann darin bestehen,

⁴² Vgl. Bundesministeriums für Digitales und Verkehr, Richtlinie „Förderung zur Unterstützung des Gigabitausbaus der Telekommunikationsnetze in der Bundesrepublik Deutschland“ vom 31.03.2023 (Gigabit-Richtlinie 2.0).

die bisherige Ausbauankündigung aufrechtzuerhalten, die Anzahl der geplanten Adressen und Teile in dem Gebiet zu reduzieren, oder sich ganz aus dem geplanten Ausbaubereich zurückzuziehen.

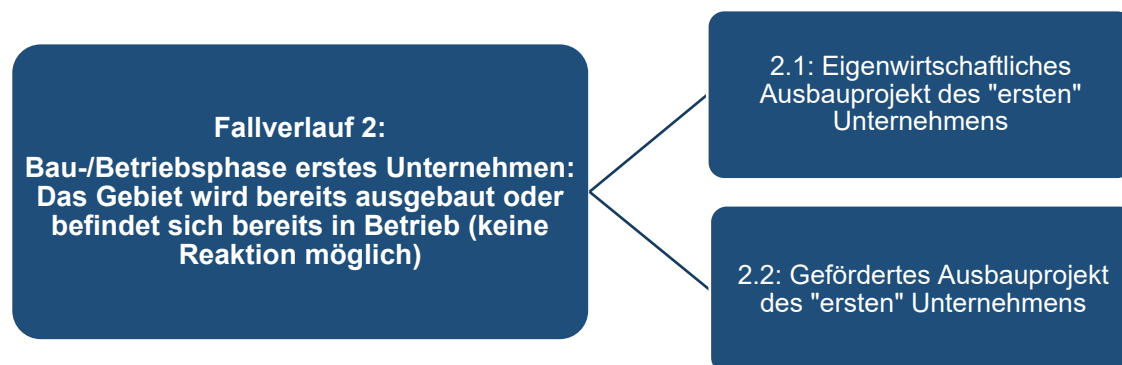
Abbildung 2-4: Fallverlauf 1: Ankündigungsphase des „ersten“ Unternehmens



Quelle: WIK-Consult.

Im „Fallverlauf 2: Bau-/Betriebsphase“ wird das Gebiet bereits von einem „ersten“ Unternehmen ausgebaut beziehungsweise betrieben. Im Vergleich zu den Fällen in „Fallverlauf 1“ kann hier das „erste“ Unternehmen nicht auf die Überbau(-ankündigung) eines „zweiten“ Unternehmens reagieren. Daher wird in diesem Fallverlauf lediglich weiter unterschieden, ob es sich bei dem im Bau bzw. im Betrieb befindlichen Glasfaserinfrastrukturprojekt des „ersten“ Unternehmens um ein eigenwirtschaftliches Projekt handelt oder ob es sich um ein gefördertes Projekt handelt, das überbaut wird.

Abbildung 2-5: Fallverlauf 2: Bau-/Betriebsphase



Quelle: WIK-Consult.

2.3.4 Darstellung der übermittelten Überbaufälle nach den Falldefinitionen

Für den Endbericht wurden die Überbaufälle einer erneuten Prüfung unterzogen, so dass die Anzahl der Fälle und deren Fallunterscheidung von den im Workshop vom 22.05.2023 vorgestellten Fallverläufen abweichen kann. Neue Fälle wurden nicht berücksichtigt und eine Aktualisierung bezüglich des Projektstandes vorhandene Fälle wurde nicht durchgeführt.

In allen Fällen wurde überprüft, ob „Überbau“ vorliegt (gemäß der Definition in Kapitel 2.3). Bei Fällen des „Fallverlaufes 1: Ankündigungsphase“ wurde überprüft, ob das „zweite“ Unternehmen dasselbe Gebiet oder nur Teile davon anschließt. Dabei wurde auf öffentliche Ausbauankündigungen zurück gegriffen. Ob es sich beim „Überbau“ nur einzelner Gebiete tatsächlich um besonders lukrative, d. h. dicht besiedelte Kernbereiche einer Gemeinde handelt („Cherry-Picking“), wurde auf Basis des Modells der Potenzialanalyse untersucht.⁴³

Für die Fallunterscheidung bei der Reaktion des „ersten“ Unternehmens, also ob es an der Planung festhält, nur Teile ausbaut oder sich komplett zurückzieht, wurden ebenso öffentliche Quellen herangezogen (Projektstatus auf der Webseite der Unternehmen, Pressemitteilungen, Zeitungsberichte etc.).

Bei der Fallunterscheidung der übermittelten Fälle handelt es sich in diesem Bericht um eine „Momentaufnahme“, d. h. die Fälle werden nicht im Zeitverlauf untersucht. Besonders die Reaktionen des „ersten“ Unternehmens auf die Überbau(-ankündigung) kann sich im über die Zeit hinweg verändern.

Zur Veranschaulichung: Im „Fallverlauf 1: Ausbauankündigung“ führt das „erste“ Unternehmen zum Beispiel eine Vorvermarktung durch. Wenn die Überbau(-ankündigung) eines Wettbewerbers während dieses Zeitraumes geschieht, kann es sein, dass das „erste“ Unternehmen an der Vorvermarktung festhält und weiterhin die Endkunden sammelt. Eine Reaktion, ob sich das „erste“ Unternehmen aus dem Gebiet zurückzieht, erfolgt dann nicht sofort nach der Überbau(-ankündigung) des zweiten Unternehmens, sondern könnte vom Erreichen der notwendigen Vorvermarktungsquote abhängig gemacht werden.

Die Fallunterscheidung in „Fallverlauf 1.2 „Überbau(-ankündigung) nur einzelner Teile des Gebietes“ vom „zweiten“ Unternehmen“, kann sich über die Zeit hinweg ebenso verändern, in dem das „zweite“ Unternehmen über die Ankündigung hinaus, z.B. zu einem

⁴³ Konkret wurde für jeden innerörtlichen Bereich, basierend auf Polygonen für bebaute Gebiete aus dem Kartenprodukt WIGeoStreet von WIGeoGIS (Stand Juli 2021), geprüft ob es sich aufgrund der Siedungsstruktur (Trassenlänge je Haushalt und Unternehmensstandort basierend auf der für die Potenzialanalyse durchgeführten Grobnetzplanung) um ein besonders lukratives Gebiet handelt.

späteren Zeitpunkt, mehr Adressen anschließt als ursprünglich angekündigt. Der zeitliche Aspekt kann daher beim so genannten „Cherry-Picking“ nicht beachtet werden.

Das Flussdiagramm in Abbildung 2-6 zeigt die Zuordnung der 93 Fälle. In der uns vorliegenden Stichprobe befinden sich ca. 70 Prozent der Gemeinden in der Ankündigungsphase. Das bedeutet, dass in diesen Gemeinden noch kein faktischer Überbau stattgefunden hat, sondern lediglich der Überbau im Raum steht. Bei knapp 30 Prozent dieser Gemeinden handelt es sich um Fälle, in denen das Ausbauvorhaben des „ersten“ Unternehmens mehr Anschlüsse vorsieht als das Vorhaben des „zweiten“ Unternehmens. Der aktuelle Stand des Vorhabens des „zweiten“ Unternehmens fokussiert sich dabei nur auf besonders lukrative Kernteile, während das „erste“ Unternehmen plant, die gesamte Gemeinde, oder zumindest weitere Gebiete mitanzuschließen.⁴⁴

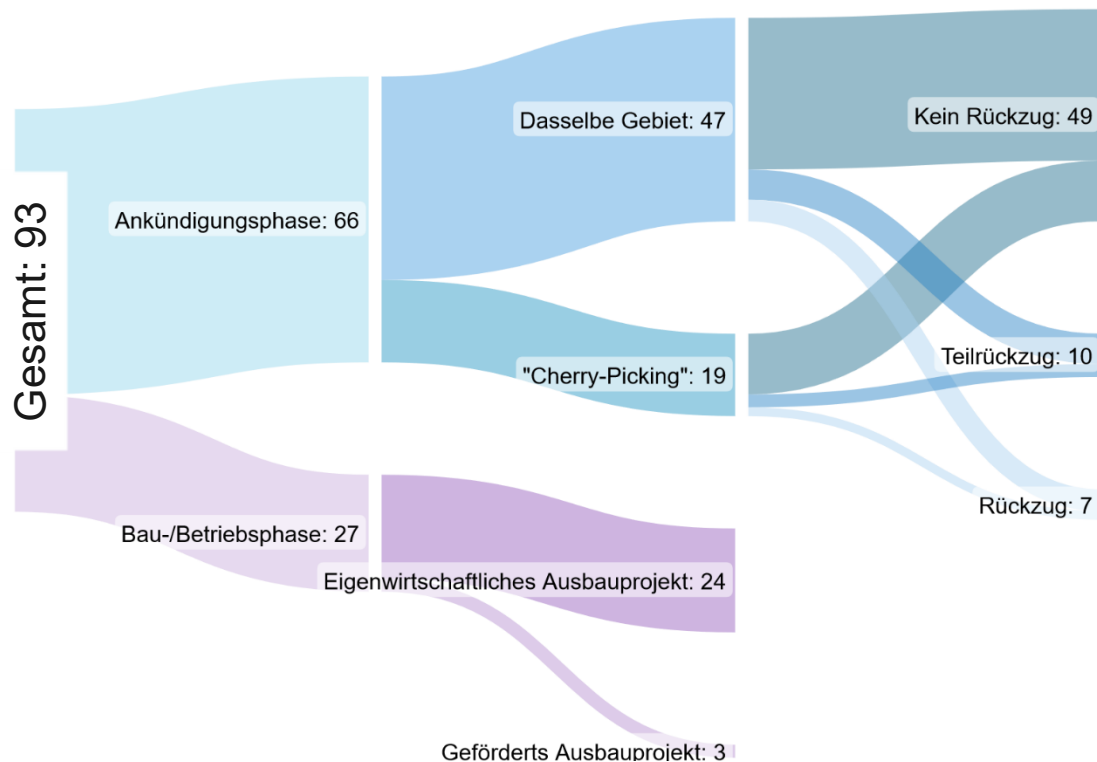
In rund drei Vierteln der Fälle hält das „erste“ Unternehmen trotz der (angekündigten) Überbauung durch das „zweite“ Unternehmen an seiner ursprünglichen Ausbauplanung fest, wobei hier eine endgültige Entscheidung aufgrund der laufenden Vorvermarktung in vielen Fällen noch ausstehen kann. In knapp einem Viertel der Fälle hat das „erste“ Unternehmen das Ausbauvorhaben bereits teilweise oder vollständig aufgegeben.

Tatsächlicher Überbau, liegt in ca. 30 Prozent der übermittelten und ausgewerteten Fälle vor. Dabei handelt es sich zum größten Teil um eigenwirtschaftliche Ausbauprojekte des „ersten“ Unternehmens, wobei auch drei Fälle übermittelt wurden, in denen ein gefördertes Gebiet vom „zweiten“ Unternehmen überbaut wird.

Der Fakt, dass sich ca. 70 Prozent der übermittelten Fälle auf die bloße Ankündigung des Überbaus beziehen, lässt darauf schließen, dass vor allem die Ankündigung des Überbaus von den Marktteilnehmern als problematisch angesehen wird.

⁴⁴ Hier der erneute Hinweis, dass das „zweite“ Unternehmen auch zu einem späteren Zeitpunkt noch weitere Gebäude, auch in weniger lukrativen Gebieten, eigenwirtschaftlich anschließen könnte, dies aber in der hier vorgenommenen „Momentaufnahme“ nicht ersichtlich ist. Ebenso kann die Ausbauankündigung des „ersten“ Unternehmens nur als Ankündigung gewertet werden. Ob das „erste“ Unternehmen dann tatsächlich das angekündigte Gebiet komplett ausbaut, lässt sich in der „Momentaufnahme“ nicht abschließend beurteilen.

Abbildung 2-6: Flussdiagramm – Einordnung der übermittelten Fälle



Quelle: Übermittelte Fälle zu Überbau.

2.3.5 Übermittelte Überbaufälle im Kontext der Modelle

In diesem Kapitel soll untersucht werden, inwiefern Infrastrukturwettbewerb in den übermittelten Überbaufällen tragfähig ist. Da die Fallgrundlage Gemeinden bzw. Verwaltungsgemeinschaften sind, können die Fälle mit den in Kapitel 2.2 vorgestellten Modellen näherungsweise analysiert werden.

Nach den in Kapitel 2.2.4 und 2.2.5 dargestellten Modellen kommt Überbau in allen unterschiedlichen Gebieten vor, d. h. auch in Gebieten, in denen es unter den getroffenen Annahmen nicht möglich ist, alle Anschlüsse eigenwirtschaftlich auszubauen, in Gebieten, in denen der vollständige Ausbau durch nur ein Unternehmen tragfähig ist sowie in Gebieten, in denen mehrere Netzbetreiber tragfähig Netze parallel ausbauen und betreiben können.

2.3.5.1 Überbau im Kontext des NGA-Modells

Abbildung 2-7 zeigt die Verknüpfung der Überbaufälle mit dem NGA-Modell. Auf der rechten y-Achse ist der kritische Marktanteil dargestellt, der benötigt wird, um das vollständig ausgebaute Gebiet profitabel zu betreiben. Je geringer der kritische Marktanteil ist, desto eher können mehrere Infrastrukturen in den jeweiligen Gemeinden tragfähig betrieben

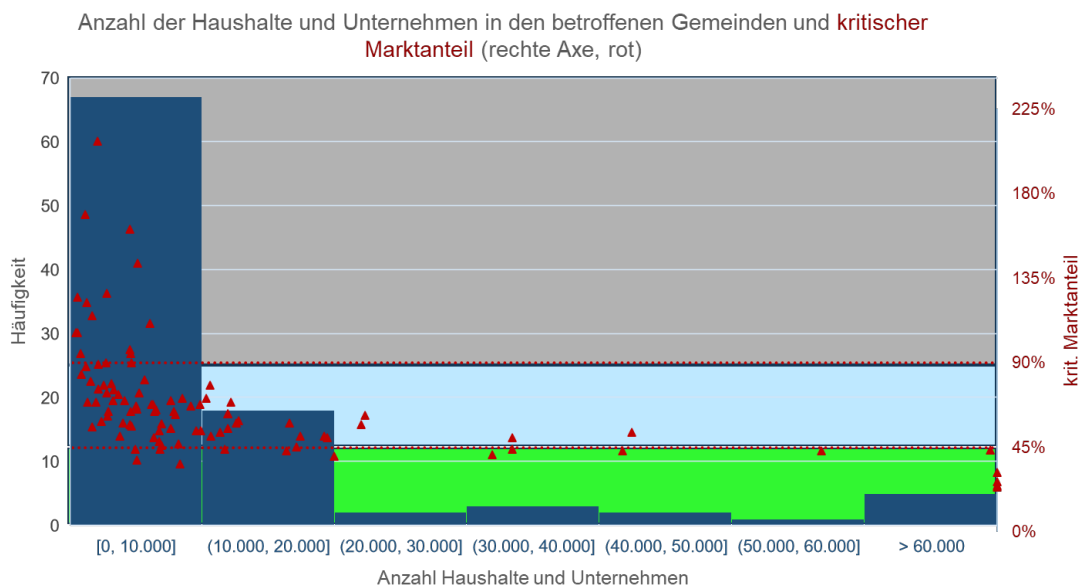
werden. In der Abbildung sind die 45 und 90 Prozent Grenzen jeweils als horizontale, gepunktete Linie eingezeichnet. Die farbliche Hinterlegung des Bereiches 0 bis 45 Prozent kritischer Marktanteil, 45 bis 90 Prozent sowie größer 90 Prozent sind in Anlehnung an Abbildung 2-2 gewählt.

Dort wo ein kritischer Marktanteil von mehr als 90 Prozent ist (d. h. in dieser Variante des NGA-Modells oberhalb des adressierbaren Marktes) erforderlich, kann kein Unternehmen die Gemeinde flächendeckend profitabel ausbauen (graue Färbung in Abbildung 2-7). Daher ist zu erwarten, dass ein „erstes“ Unternehmen ankündigt, in diesem Gebiet nur einen Teil der Anschlüsse mit Glasfaser auszubauen. Dieser Teil könnten einige Anschlüsse in lukrativen Ortskernen umfassen und weitere Anschlüsse in weniger lukrativen Randlagen, die jedoch durch Quersubventionierung trotzdem angeschlossen werden können. Wenn ein „zweites“ Unternehmen jetzt ankündigt, nur die Anschlüsse in den lukrativen Ortskernen anzuschließen, dann könnte das „erste“ Unternehmen gezwungen sein, sich zurück zu ziehen oder nur ein Teil der ursprünglich geplanten Anschlüsse auszubauen. Denn das „erste“ Unternehmen kann die weniger lukrativen Anschlüsse nur dann ausbauen, wenn ihm der Ausbau der lukrativen Anschlüsse ihre Quersubventionierung erlaubt. Muss sich das „erste“ Unternehmen jedoch die lukrativen Anschlüsse mit einem „zweiten“ Unternehmen teilen, dann sind aus diesen Anschlüssen weniger Einnahmen zu erwarten, sodass nur noch ein geringerer Anteil der weniger lukrativen Anschlüsse in der Mischkalkulation mit angeschlossen werden können. Im Extremfall kann daher ein vollständiger Rückzug des ersten Unternehmens erfolgen.

Bei einem kritischen Marktanteil zwischen 45 Prozent und 90 Prozent kann *ein* Unternehmen das gesamte Gebiet profitabel ausbauen (hellblaue Färbung in Abbildung 2-7). Von einem „zweiten“ Unternehmen kann dieses Gebiet jedoch nicht komplett ausgebaut und profitabel betrieben werden. Je nach der Höhe des erforderlichen kritischen Marktanteils könnte es jedoch auch in dieser Konstellation noch möglich sein, dass alle Anschlüsse des Ausbaugebietes von einem Unternehmen durch Quersubventionierung profitabel betrieben werden können, nämlich wenn sich der Teilausbau auf einen hinreichend kleinen Teil beschränkt und der kritische Marktanteil nahe genug an 45 Prozent liegt.

In Gebieten, wo der kritische Marktanteil unter 45 Prozent liegt, könnte der Ausbau und Betrieb paralleler Glasfaserinfrastruktur für zwei oder mehr Unternehmen profitabel sein. Dies gilt jedoch nur unter der Annahme, dass beide Unternehmen jeweils so viele Kunden in diesem Gebiet für sich gewinnen können, dass sie zumindest ihren kritischen Marktanteil erreichen.

Abbildung 2-7: Anzahl der Haushalte und Unternehmen in den betroffenen Gemeinden im Kontext des NGA-Modells (optimistische Variante)



Quelle: WIK-Consult.

2.3.5.2 Überbau im Kontext des PA-Modells

Analog zur vorherigen Abbildung zeigt Abbildung 2-8 die Verknüpfung der Überbaufälle mit dem PA-Modell. Hier wird auf der rechten y-Achse die Anzahl der tragfähigen Infrastrukturen gemäß des Modells der Potenzialanalyse abgebildet. Die Schwellenwerte von einer und zwei Infrastrukturen sind hier analog zur Abbildung der Fälle im Kontext mit dem NGA-Modell in der vorherigen Abbildung ebenfalls als gepunktete Linie eingezeichnet. Die rechte y-Achse ist im Vergleich hier gespiegelt: Je höher die Anzahl der Infrastrukturen, umso höher die Wahrscheinlichkeit, dass in diesen Gemeinden ein vollständiger Ausbau des gesamten Gebietes mit mehreren parallelen Infrastrukturen tragfähig möglich ist.

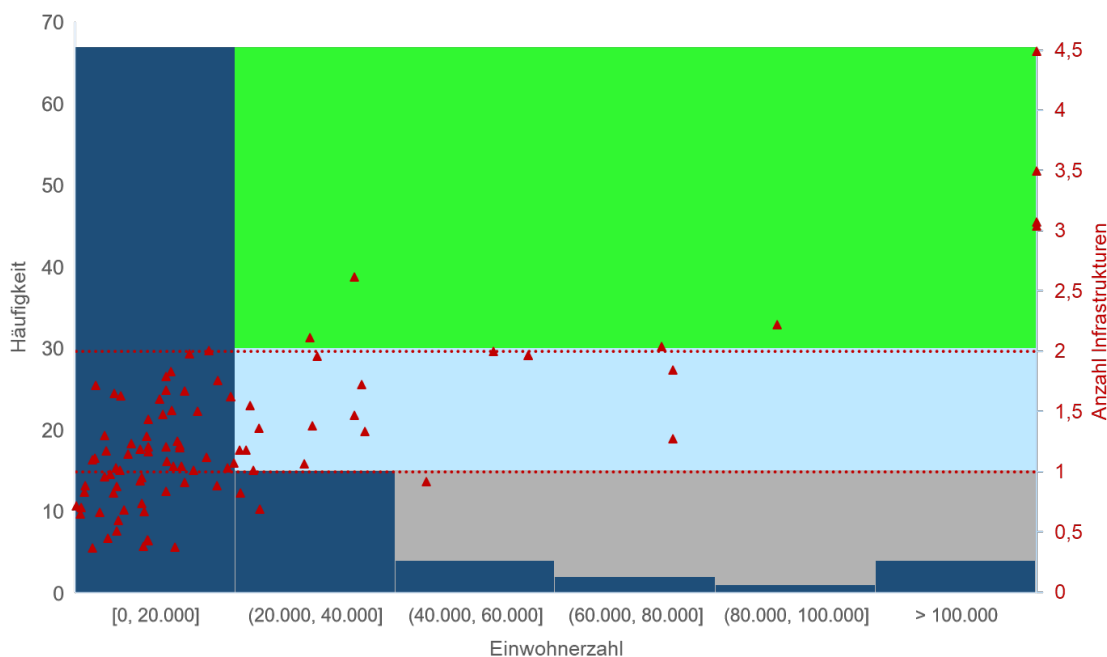
In den grau markierten Gebieten ist ein vollständiger Ausbau laut dem PA-Modell nicht möglich (Analog zum NGA-Modell oberhalb des kritischen Marktanteils). Ein langfristiger Betrieb selbst einer einzigen Infrastruktur ist dort nach dem Modell unprofitabel. Diese Gebiete können also nur mit zusätzlichen staatlichen Subventionen *vollständig* angeschlossen werden. Daher kann hier jeglicher Überbau von lukrativen Anschlüssen zur Reduktion der erwarteten Einnahmen des „ersten“ Unternehmens führen, sodass Anschlüsse in Randlagen, welche nur durch Quersubventionierung angeschlossen werden können, dann nicht mehr ausgebaut werden können. Zwar können auch hier ggf. Teilgebiete, z.B. lukrative Kernbereiche einer Gemeinde, von mehr als einem Betreiber wirtschaftlich erschlossen werden. Allerdings dürfte dies dazu führen, dass sich die Reichweite des eigenwirtschaftlichen Ausbaus verringert. Denn die Mischkalkulation über vom

Ausbaubereich abgedeckten Anschlüsse verändert sich, so dass weniger Anschlüsse in Gebieten mit doppelter Netzinfrastruktur Anschlüsse in den Außenbereichen quersubventionieren können. Der Umfang der Reduktion hängt von der Anzahl überbauter Anschlüsse und vom spezifischen Geschäftsplan des Netzbetreibers aus.

In den hellblau gefärbten Gebieten (Abbildung 2-8, Anzahl der Infrastrukturen zwischen 1 und 2), könnte je nach Konstellation (Höhe des kritischen Marktanteils, Größe des Gebiets mit Doppelausbau) ein teilweiser Überbau die Tragfähigkeit mehrerer Infrastrukturen ungefährdet lassen. Ein vollständiger Überbau würde hingegen wieder zur Reduzierung der eigenwirtschaftlichen anschließbaren Anschlüsse führen, da das Quersubventionierungspotenzial in diesen Gebieten keine zwei vollständigen parallelen Glasfaserinfrastrukturen unterstützt.

In den grün gefärbten Gebieten (Abbildung 2-8, Anzahl der Infrastrukturen 2 und mehr) ist der Ausbau und Betrieb zweier oder mehr Netze über das gesamte Ausbaubereich möglich, sofern auch hier die Verteilung der Nachfrager auf die Wettbewerber den Ausbau beider Netze unterstützt.

Abbildung 2-8: Anzahl der Haushalte und Unternehmen in den betroffenen Gemeinden und Anzahl der aus der Potenzialanalyse abgeleiteten Anzahl tragfähiger Infrastrukturen



Quelle: WIK-Consult.

2.3.5.3 Einordnung der Fälle nach Gemeindegröße

Neben der Betrachtung der Überbaufälle im Kontext der Modelle erweitern die Abbildung 2-7 und Abbildung 2-8 diese Betrachtung noch um die Einteilung der Gemeinden nach ihrer Größe. Auf der x-Achse beider Abbildungen ist die Gesamtzahl der Einwohner, die sich innerhalb der betroffenen Gemeinden befinden, dargestellt. Die Häufigkeit der Überbaufälle (bezogen auf unsere Stichprobe) ist nach Gemeindegröße als Balken auf der linken y-Achse dargestellt. Die Höhe der Balken gibt demnach die Anzahl der Fälle wieder und soll vor allem das Lesen der Grafik erleichtern. Die Fälle selbst sind einzeln in beiden Grafiken als rote Markierungen dargestellt.

Auffallend ist, dass sich in unserer Stichprobe die Anzahl der übermittelten und ausgewerteten Überbaufälle in besonders kleinen Gemeinden (Gemeinden mit bis zu 20.000 Einwohnern) häufen. Dies kann daran liegen, dass Fälle in größeren Gemeinden seltener vorkommen oder nicht als problematisch angesehen werden. Mit einer repräsentativen Stichprobe könnte darüber hinaus noch die statistische Signifikanz dieser Häufung untersucht werden, um ausschließen zu können, dass die Häufung nicht allein darin begründet ist, dass es mehr „kleine“ als „große“ Gemeinden in Deutschland gibt.

2.4 Fazit der ökonomischen Analyse der Modelle und Fallverläufe

Auf Basis der Modellergebnisse und der entwickelten Systematik der typischen Fallverläufe lassen sich die Auswirkungen des Doppelausbaus qualitativ abschätzen. Die Ergebnisse der Analyse werden in folgender Tabelle zusammengefasst und im Verlauf des Abschnitts erläutert:

Tabelle 2-1: Fallkonstellationen

Anzahl tragfähiger Netze	Auswirkung des Doppelausbaus	Bestimmungsfaktoren
2 und mehr Netze tragfähig	Effizienter Infrastrukturwettbewerb bei hinreichender Symmetrie der Marktanteile	Wenn Marktanteile zu asymmetrisch verteilt sind, sind weniger Netze tragfähig. Dafür relevant: Bestandskunden, Open Access
1 bis <2 Netze tragfähig	Flächendeckender Überbau nicht tragfähig Teilüberbau kann Reichweite des eigenwirtschaftlichen Ausbaus reduzieren und Förderbedarf erhöhen. Dies muss aber nicht in jedem Fall zutreffen.	Wenn Marktanteile zu asymmetrisch verteilt sind und/oder wenn der Umfang des Überbaus zu groß ist, dann könnte selbst ein Netz nicht flächendeckend tragfähig sein, der eigenwirtschaftliche Ausbau sinken und der Förderbedarf steigen.
Flächendeckender Ausbau nicht tragfähig	Die Reichweite des eigenwirtschaftlichen Ausbaus sinkt und Förderbedarf steigt.	Je asymmetrischer die Marktanteile im überbauten Teilgebiet verteilt sind und je größer der Umfang des Überbaus ist desto stärker sinkt der eigenwirtschaftliche Ausbau und desto stärker steigt der Förderbedarf.

Quelle: WIK-Consult.

2.4.1 Überbau in Regionen, in denen mehrere Netze tragfähig sind

Wenn ein Doppelausbau, in einer Region stattfindet, in der zwei und mehr Netze tragfähig betrieben werden können, ist dieser langfristig zu erwarten gewesen und sollte daher in den Geschäftsplänen der ausbauenden Unternehmen hinterlegt gewesen sein. Darüber hinaus ist er wünschenswert, um die mit Infrastrukturwettbewerb verbundenen dynamischen Wettbewerbsvorteile zu realisieren. Solche Fälle mögen beispielsweise u.a. Gewerbegebiete in großen Städten betreffen. Daher gibt es in diesen Fällen zunächst einmal wenig Indikation, dass von einem Doppelausbau oder einer Ankündigung desselben eine schädliche Wirkung ausgeht, sondern es ist eher davon auszugehen, dass sich hier gerade effizienter Infrastrukturwettbewerb manifestiert. Zwar waren in unserer Stichprobe nur wenige Fälle aus dieser Kategorie enthalten, jedoch ist dort langfristig der höchste Anteil an Mehrfachausbau zu erwarten.

Jedoch ist in diesen Fällen die Verteilung der Marktanteile in den Blick zu nehmen. Sind sie hinreichend asymmetrisch verteilt, kann auch in einer solchen Konstellation nur ein Unternehmen flächendeckend profitabel ausbauen. Dafür dürfte eine Rolle spielen, ob

eines der ausbauenden Unternehmen über Bestandskunden verfügt und ob die ausbauenden Unternehmen erfolgreich Vorleistungen anbieten, um die Auslastung ihrer Netze zu erhöhen.

Im Hinblick auf die Auswirkungen von Doppelausbau gilt es vor allem dort näher zu untersuchen, wo nur eine oder keine Glasfaserinfrastruktur flächendeckend eigenwirtschaftlich ausgebaut werden kann.

2.4.2 Überbau in Regionen, in denen ein Netz tragfähig ist

In Gebieten, in denen nur eine Glasfaserinfrastruktur flächendeckend eigenwirtschaftlich ausgebaut werden kann, ist eine fallspezifische Betrachtung der betriebs- und volkswirtschaftlichen Auswirkungen notwendig. Die wesentlichen Parameter sind hier die Größe und Charakteristik des überbauten Teilgebiets sowie der im Kontext des NGA-Modells betrachtete kritische Marktanteil, den ein Unternehmen mindestens erreichen muss, um ein Gebiet flächendeckend profitabel ausbauen zu können. Dessen Spanne liegt für Regionen, in denen ein Netz tragfähig ist, zwischen 45 Prozent und 90 Prozent⁴⁵.

Wenn es in einem Gebiet, in dem nur ein Netz tragfähig ist, zu einem vollständigen Überbau kommt, kann es langfristig zu Verdrängungseffekten und einer Konsolidierung der Eigentümerstruktur kommen.

Wenn sich der Doppelausbau auf einen hinreichend kleinen Teil des Ausbaugebiets beschränkt und der kritische Marktanteil nahe genug an 45 Prozent liegt, könnte das Quersubventionierungspotential noch ausreichen, um auch etwaige Randlagen noch anschließen und betreiben zu können. Werden beispielsweise nur wenige kleine Ortsteile innerhalb einer Gemeinde überbaut, die im Zuge des Ausbaues der Nachbargemeinde mit angeschlossen werden, könnte der flächendeckende Ausbau des „ersten“ Unternehmens also unter Umständen immer noch tragfähig sein.

Die Wahrscheinlichkeit, dass Überbau in diesen Regionen den flächendeckenden Ausbau des „ersten“ Unternehmens gefährdet, steigt, je größer die Teilgebiete des zweiten, überbauenden Unternehmens sind und je höher der kritische Marktanteil liegt, den der Netzbetreiber für den tragfähigen Ausbau erreichen muss.

Bezieht sich der Teilausbau des „zweiten“ Unternehmen aber auf größere Teile der Gemeinde, z.B. auf die größten (und damit lukrativsten) Ortschaften der Gemeinde, und umfasst einen großen Anteil der Gesamtanzahl aller Anschlüsse in der Gemeinde, dann ist es umso wahrscheinlicher, dass der flächendeckende Ausbau des ersten Unternehmens nicht mehr tragfähig ist, da das Quersubventionierungspotenzial soweit durch die Reduktion der erwarteten Einnahmen der überbauten Anschlüsse sinkt, dass Randlagen, die ursprünglich noch mit ausgebaut werden konnten, dann nicht mehr tragfähig sind. In

⁴⁵ Die gleiche Logik wird im PA-Modell verfolgt. Dort umfasst diese Spanne 1 bis unter 2 Netzbetreiber.

diesem Fall reduziert sich also durch den Überbau der eigenwirtschaftliche Ausbau und der Beihilfebedarf steigt.

Zusammenfassend kann Überbau von Teilgebieten die Reichweite des eigenwirtschaftlichen Ausbaus reduzieren und Förderbedarf erhöhen, muss es aber nicht.

Wenn dies der Fall ist gelten auch die im nächsten Abschnitt beschriebenen Auswirkungen für die Fallverläufe Ankündigung und Überbau.

2.4.3 Überbau in Regionen, in denen kein Netz über das gesamte Gebiet tragfähig ist

Überbau hat immer dann betriebswirtschaftliche und oder volkswirtschaftliche Auswirkungen, wenn dieser in Gebieten stattfindet, in denen kein Netz über das gesamte Gebiet tragfähig ist, d. h. in Gebieten, in denen sich der eigenwirtschaftliche Ausbau eines Netzes schon als schwierig erweist. Daher wird innerhalb dieser Kategorie die Bewertung anhand der Fallverläufe vorgenommen.

Ökonomische Bewertung „Fallverlauf 1: Ankündigungsphase“ – Kein Rückzug

- Erfolgt kein Rückzug des „ersten“ Unternehmens als Reaktion auf den (angekündigten) Überbau, d. h. das „erste“ Unternehmen hält an seiner ursprünglichen Ausbauphase fest, entsteht kein zusätzlicher Förderbedarf durch den (angekündigten) Überbau (*ceteris paribus*).
- Der Geschäftsplan des „ersten“ Unternehmens könnte sich jedoch negativ verändern, insbesondere wenn der Überbau des zweiten Unternehmens realisiert wird, und sich das „erste“ Unternehmen die Kunden mit dem „zweiten“ Unternehmen in einer Art und Weise teilen müsste, die im Geschäftsplan nicht antizipiert wurde. Ebenso könnte sich der Überbau des „zweiten“ Unternehmens negativ auf die Vorleistungsnachfrage der Infrastruktur des „ersten“ Unternehmens auswirken, was den Geschäftsplan zusätzlich negativ beeinflussen könnte.
- Aus Sicht der Endkunden kann Doppelausbau die Auswahl an Produkten und Dienstleistungen steigern, solange er zu einem konkurrierenden Angebot beider Netzbetreiber führt. Dies kann für die Kunden relevant sein, die bisher aufgrund des Angebots des ersten Unternehmens sich nicht für einen Glasfaseranschluss entscheiden konnten. Dabei könnten Kooperationen der ausbauenden Unternehmen für beide Anbieter die Wirtschaftlichkeit des Ausbaus sicherstellen. Ohne Kooperationen ist jedoch langfristig mit einer Konsolidierung bei den Netzinfrastrukturen zu rechnen.

Ökonomische Bewertung „Fallverlauf 1: Ankündigungsphase“ – (Teil-)Rückzug

- Kommt es zu einem teilweisen oder vollständigen Rückzug des „ersten“ Unternehmens, so ist für die Abschätzung des zusätzlichen Förderbedarfs entscheidend, ob und in welchem Umfang das „zweite“ Unternehmen ausbaut. Reduziert sich durch den (Teil-)Rückzug die Gesamtzahl der Anschlüsse, kann dies den Fördermittelbedarf erhöhen, wenn die bereits geplanten Anschlüsse nicht zu einem späteren Zeitpunkt von einem der beiden Unternehmen eigenwirtschaftlich erschlossen werden.

Unabhängig von der Reaktion auf den Überbau gilt für den „Fallverlauf 1: Ankündigungsphase“:

- In jedem der Fälle kann es allein durch die Ankündigung des Überbaus zu einer zeitlichen Verzögerung kommen.
- Unter der Annahme, dass die Tiefbaukapazitäten statisch (kurzfristig) knapp sind und es mehr Projekte als Tiefbaukapazitäten gibt, so dass die Tiefbaukapazitäten voll ausgelastet sind, würde eine Verzögerung in einer Gemeinde lediglich bedeuten, dass diese Gemeinde zu einem späteren Zeitpunkt ausgebaut wird. Der deutschlandweite Ausbau würde sich dadurch nicht verzögern. Sind die Tiefbaukapazitäten nicht voll ausgelastet, kann sich der deutschlandweite Ausbau auch im statischen Kontext verzögern.
- In einem dynamischen Kontext (langfristig) könnte hingegen davon ausgegangen werden, dass die Knappheit der Tiefbaukapazitäten für den Ausbau nicht bindend ist, d. h. keinen limitierenden Faktor darstellt, da bei steigender Nachfrage mehr Kapazität geschaffen werden könnte.⁴⁶ Eine Verzögerung der Ausbauplanung einzelner Gemeinden würde dann tatsächlich eine Verzögerung des Ausbaus in ganz Deutschland bedeuten. Gleichwohl ist die Annahme, die Knappheit der Tiefbaukapazitäten als nicht-bindend anzusehen, strittig, da der deutschlandweite Glasfaserausbau irgendwann abgeschlossen sein wird und daher davon auszugehen ist, dass die Kapazitätsspitze vorher erreicht sein wird. Denn, aufgrund des absehbaren Nachfragerückgangs in der Zukunft sollten die Tiefbaukapazitäten bereits vor Abschluss des Ausbaus in Antizipation dessen reduziert werden.

Bei „Fallverlauf 2: Bau-/Betriebsphase“ ist es für die ökonomische Bewertung maßgeblich, ob es sich bei dem in Bau oder Betrieb befindlichen Netz um ein eigenwirtschaftliches oder um ein gefördertes Netz handelt.

⁴⁶ Über den Zeitraum von 2009 bis 2022 haben die Tiefbaukapazitäten, gemessen an der Anzahl der Beschäftigten in diesen Segment, um durchschnittlich 9 Prozent pro Jahr zugenommen. Vgl. DESTATIS Genesis-online (2023): 44231-0001: Betriebe, Tätige Personen, Geleistete Arbeitsstunden, Entgelte, Baugewerblicher Umsatz: Deutschland, Stichmonat, Wirtschaftszweige, Zeitraum 06/2009-06/2022. Betrachtet wurde der Wirtschaftszweig WZ08-4222 Kabelnetzleitungstiefbau.

Ökonomische Bewertung „Fallverlauf 2: Bau-/Betriebsphase“ – eigenwirtschaftliches Netz

- Handelt es sich um ein eigenwirtschaftlich errichtetes Netz und ist die Gemeinde bereits vollständig erschlossen, so entsteht für diese Gemeinde kein zusätzlicher Förderbedarf durch den Überbau.
- Wie bei „Fallverlauf 1“ könnte sich hier jedoch der Geschäftsplan des „ersten“ Unternehmens negativ verändern, insbesondere wenn der Überbau des zweiten Unternehmens realisiert wird und sich die Kunden nach ihren Präferenzen so auf das „erste“ Unternehmen und das „zweite“ Unternehmen aufteilen, dass der im Geschäftsplan unterstellte Marktanteil dauerhaft nicht erreicht wird bzw. keine ausreichende Rendite erwirtschaftet werden kann. Hier wird es eine Rolle spielen, welchen zeitlichen Vorsprung das erste Unternehmen hatte und ob das zweite Unternehmen über Bestandskunden verfügt, die es auf das neue Netz migrieren kann. Welcher Anbieter sich dann mittel- bis langfristig durchsetzt, hängt dann maßgeblich vom Verhalten der Nachfrage und den Angeboten des ersten Unternehmens ab, d. h. welcher Netzbetreiber den kritischen Marktanteil erreichen kann, der ihm ermöglicht nachhaltig eine Rendite zu erwirtschaften.
- Aus Sicht der Endkunden besteht eine Auswahl an FTTB/H-Anschlüssen, wobei nur der Anschluss des Netzbetreibers tatsächlich realisiert wird, bei dem der Endkunde einen Vertrag unterzeichnet. Hierbei ist zu beachten, dass ein Wechsel zwischen den beiden Infrastrukturanbietern nur dann möglich ist, wenn beide Glasfasernetze die Liegenschaft des Endkunden anschließen. Daraus resultiert eine zeitliche Sequenz in der Nutzung. Die Praxis ist heute, dass meist nur die Kunden angeschlossen werden, die einen Vorvertrag abschließen. Das zweite Unternehmen würde dann die Liegenschaft erst dann anschließen, wenn der Vertrag mit dem ersten Anbieter nicht mehr besteht. Die Auswahl auf Seiten der Nachfrage fördert sodann die Anreize, möglichst attraktive, innovative Produkte anzubieten oder die Vertriebs- und Vermarktungsaktivitäten zu optimieren.

Ökonomische Bewertung „Fallverlauf 2: Bau-/Betriebsphase“ – gefördertes Netz

- Handelt es sich hingegen bei der Infrastruktur des „ersten“ Unternehmens um ein gefördertes Netz, kann ein zusätzlicher Fördermittelbedarf durch Neuberechnung im Wirtschaftslücken-Modell⁴⁷ für diese Gemeinde entstehen. Ebenso verliert die mit öffentlichen Mitteln finanzierte Infrastruktur durch den Überbau an Wert.

⁴⁷ Vgl. Bundesministeriums für Digitales und Verkehr, Richtlinie „Förderung zur Unterstützung des Gigabitausbaus der Telekommunikationsnetze in der Bundesrepublik Deutschland“ vom 31.03.2023 (Gigabit-Richtlinie 2.0), verfügbar unter: <https://bmdv.bund.de/SharedDocs/DE/Anlage/DG/gigabit-richtlinie-2-0.html> zuletzt abgerufen am 27.09.2023.

Abschließend ist zu erwähnen, dass hier aufgrund der „Momentaufnahme“ Überbau nie mit einem kontrafaktischen Zustand verglichen wird. Ob eine Gemeinde durch den (angekündigten) Überbau nicht (vollständig) erschlossen wird, z.B. weil die Vorvermarktungsquote des ersten Unternehmens durch die Ankündigung eines zweiten Unternehmens nicht erreicht wird, oder andere Gründe dafür vorliegen, kann im Rahmen dieses Berichtes nicht mit Sicherheit festgestellt werden und wirkt sich somit einschränkend auf die Reichweite der ökonomischen Bewertung aus.

2.5 Weiterführende Überlegungen

Die vorangegangene Analyse hat gezeigt, dass Doppelausbau in Regionen, in denen flächendeckender Ausbau nicht tragfähig ist, zu weniger eigenwirtschaftlichem Ausbau und einem höheren Förderbedarf führen kann. In Regionen, in denen nur ein Netz flächendeckend tragfähig ist, kann der Teilausbau den gleichen Effekt haben, dies muss aber nicht der Fall sein. Eine wesentliche Rolle dafür spielt der Umfang des Überbaus und die Verteilung der Marktanteile. In diese Kategorie fällt die Mehrzahl der uns übermittelten Überbaufälle. Wo mehr als 2 Netze tragfähig sind, ist bei hinreichender Symmetrie der Marktanteile von effizientem Infrastrukturwettbewerb auszugehen. Dabei haben wir uns in unserer Analyse jeweils auf das einzelne Ausbaugbiet bezogen.

Darüber hinaus sind aus unserer Sicht folgende Auswirkungen für den Glasfaserausbau von Bedeutung:

- Sofern die Ankündigung des Überbaus vom Unternehmen ausgeht, das bereits Bestandskunden und -infrastruktur hat, wird die Möglichkeit, im Wettbewerb mit diesem Unternehmen zu bestehen und damit die im Geschäftsplan hinterlegten Ziele zu erreichen, offensichtlich kritisch eingeschätzt.
- Es spricht viel dafür, dass Unternehmen, die in einem Ausbaugbiet über einen hohen Anteil an Bestandskunden verfügen, in einem frei ausgestalteten Infrastrukturwettbewerb gegenüber Unternehmen ohne Bestandskunden höhere Marktanteile erreichen können. Durch ihre Bestandskunden und das Interesse, diese Kunden auch künftig mit eigener Netzinfrastruktur zu versorgen, machen sie eine Ausbauplanung, die zu einem Überbau führen kann. Unternehmen mit Bestandskunden wären ggf. in der Lage, neue Netzbetreiber, die erst noch Kunden gewinnen müssen, im Wettbewerb zu verdrängen. In diesem Zusammenhang spielen auch bestehende Vorleistungsverträge des marktbeherrschenden Netzbetreibers eine Rolle, die einen Anreiz für große alternative Diensteanbieter setzen, das Netz des Marktbeherrschers zu nutzen. Die Monopolkommission hat in

ihrem 2021er Sektorgutachten⁴⁸ hervorgehoben, dass die "Commitment"-Verträge den glasfaserausbauenden Wettbewerbern dauerhaft (große) Vorleistungsnachfrager entziehen.

- Im Fall von faktischem Überbau steigen die betriebswirtschaftlichen Risiken, dass es zu „stranded investments“ kommt, sofern Vorleistungs- und Endkunden die Netzinfrastruktur des Bestandsnetzbetreibers wählen.
- Sofern ausbauende Unternehmen, die nicht über Bestandskunden verfügen, davon ausgehen, dass es auch in anderen Regionen zu Überbau durch Unternehmen mit Bestandsinfrastruktur kommt, werden sie voraussichtlich ihre Geschäftspläne und damit ihre Investitionen für weitere Ausbauprojekte reduzieren.
- Sofern die Ausbauplanungen reduziert werden, steigt voraussichtlich der Bedarf an Förderung, sofern andere Unternehmen nicht ihrerseits die Lücke an Investitionen ausfüllen.
- Ein Anreiz zum Überbau kann zudem auch entstehen, wenn keine geeigneten Vorleistungsprodukte für die Nutzung einer bereits vorhandenen FTTB/H-Infrastruktur zu "angemessenen" Preisen zur Verfügung stehen. So können ausbauende Unternehmen zu dem Ergebnis kommen, dass aus mittel- bis langfristiger Perspektive die eigene Netzinfrastruktur ökonomisch vorteilhafter ist als dauerhaft Vorleistungen einzukaufen. Umgekehrt könnte das Risiko, überbaut zu werden, Anreize schaffen, einen funktionsfähigen Vorleistungsmarkt zu etablieren.
- Überbau kann allerdings allein schon dadurch entstehen, dass langfristige Planung vor Ankündigung eines Ausbaubereiches, nicht verworfen werden, nur weil ein anderes Unternehmen schneller in seiner Ankündigung war.
- Das Entstehen von regionalen oder lokale Monopole kann zu negativen Auswirkungen auf Endkundenpreise, Auswahl und Innovationen führen. Dort kann Wettbewerb und Auswahl für Endkunden durch funktionierende Zugangskonzepte gesichert werden. Auch Wholesale-only-Netze, in denen die passive Infrastruktur vom aktiven Netzbetrieb und Dienstangebot getrennt erbracht wird, könnten den Wettbewerb ggf. absichern, denn zumindest besteht grundsätzlich kein Anreiz, zwischen verschiedenen Nachfragern der Netznutzung zu diskriminieren. Sie sind allerdings in Deutschland weniger verbreitet, insbesondere da Stadtwerke, im Gegensatz zu kommunalen Netzen in anderen Mitgliedsstaaten der EU, überwiegend auf ein vertikal integriertes Angebot setzen.

⁴⁸ Vgl. Monopolkommission (2021): Telekommunikation 2021: Wettbewerb im Umbruch – 12. Sektorgutachten, verfügbar unter: https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/12sg_telekommunikation_volltext.pdf, zuletzt abgerufen am 27.09.2023, Randziffer 43.

Für die Bewertung von Überbaufällen ist die Verteilung der Marktanteile wesentlich. Diese ist wiederum auch abhängig von der Bestandsinfrastruktur und der Anzahl der Bestandskunden. Somit werden im Weiteren besonders die Fälle von der Telekom Deutschland als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu untersuchen und folgende Fragen in Kapitel 3 der Studie aufgegriffen:

- Ist von marktbeherrschenden Unternehmen ausgehende Überbauaktivität anders zu bewerten als solche von Unternehmen ohne marktbeherrschende Stellung?
- Nach welchen abstrakten Maßstäben richtet es sich, ob eine Überbauaktivität als Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht eingestuft werden kann?
- Wie verhält sich der Überbau zu den Zielen im TKG?
- Welche regulatorischen oder sonstigen Ansätze sind denkbar, um mögliche negative Auswirkungen von Überbauaktivität auf den Ausbau von Gigabitinfrastrukturen einzudämmen?

3 Rechtliche Einordnung

Die ökonomische Analyse der im Markt zu beobachtenden Überbauaktivität ist nur der erste Schritt bei einer umfassenderen Bewertung des tatsächlichen Verhaltens der Unternehmen, die bestehende Glasfasernetze überbauen oder bereits in der Vorvermarktungsphase einen Überbau bzw. Parallelausbau ankündigen. Von maßgeblicher Bedeutung für die Beantwortung der Frage, ob und welcher Handlungsbedarf hier besteht, ist auch die rechtliche Einordnung dieses Verhaltens. Hierzu sollen die Ausführungen in diesem Untersuchungsabschnitt beitragen. Es geht also darum, die rechtlichen Rahmenbedingungen zu analysieren, an denen sich das tatsächliche Überbaugeschehen messen lassen muss. Dabei sollen die rechtlich maßgeblichen Aspekte herausgearbeitet werden, wohingegen eine – gar abschließende – rechtliche Bewertung nicht Ziel der nachfolgenden Ausführungen ist. Sie sollen vielmehr Hilfestellung bei der Beurteilung konkreter Fälle leisten, ohne dieser vorweggreifen zu wollen, und insgesamt zur Versachlichung der Diskussion beitragen. Insbesondere ist auch keine abschließende Klärung aller insgesamt durch die hiesige Problematik aufgeworfenen Rechtsfragen oder gar eine konkrete Subsumtion unter die einschlägigen Vorschriften beabsichtigt. Diesbezügliche Einschätzungen würden in Ermangelung einer (höchst-)richterlichen Klärung ohnehin nur ein subjektives Meinungsbild von beschränktem Entscheidungswert widerspiegeln. Auch insoweit geht es also in erster Linie darum, die relevanten rechtlichen Voraussetzungen aufzuzeigen und in einem ersten Zugriff hierfür potentiell relevante Aspekte herauszuarbeiten.

Wie die ökonomische Analyse gezeigt hat, lassen sich die im Markt zu beobachtenden Verhaltensweisen im Bereich des Überbaus grob in zwei Gruppen unterteilen:⁴⁹ Zum einen gibt es Fälle, in denen ein solcher Überbau (oder Parallelausbau) angekündigt wird, nachdem zuvor ein anderes Unternehmen öffentlich bekanntgemacht hat, ein bestimmtes räumliches Gebiet mit einem Glasfasernetz ausbauen zu wollen (Fallverlauf 1). Eine solche Überbauankündigung kann während oder nach der Vorvermarktungsphase dieses anderen Unternehmens erfolgen, sofern eine solche erfolgt (was in der Praxis regelmäßig der Fall ist). Zum anderen gibt es im Zeitverlauf weiter fortgeschrittene Konstellationen, in denen das erstausbauende Unternehmen sein Glasfasernetz bereits (jedenfalls z. T.) errichtet hat, dann aber von einem anderen Unternehmen nachträglich überbaut wird (Fallverlauf 2). Zwar sind auch verschiedene Zwischen- und Mischformen denkbar, etwa wenn während der Vorvermarktungsphase des ersten ausbauwilligen Unternehmens ein anderes Unternehmen bereits mit der Errichtung seines Netzes beginnt. Aus Vereinfachungsgründen wird sich die nachfolgende Darstellung aber auf diese beiden Fälle konzentrieren, die sich an den jeweiligen Enden der zeitlichen Skala zwischen Ankündigung und Errichtung der Glasfasernetze befinden.

⁴⁹ Ausführlich oben, unter Kapitel 2.3.3.

3.1 Verbotene Überbaustrategien

Eine äußere Grenze für das unternehmerische Verhalten in Bezug auf den Überbau von Glasfasernetzen wird durch strikte Verbotsnormen gezogen. Diskutiert werden hier vor allem Verstöße gegen das allgemeine und sektorspezifische Verbot des Missbrauchs einer marktmächtigen Stellung und gegen das Verbot unlauterer Geschäftspraktiken.⁵⁰

3.1.1 Wettbewerbsrechtliches Missbrauchsverbot (Art. 102 UAbs. 1 AEUV, § 19 Abs. 1 GWB, § 50 Abs. 1 S. 1 TKG)

Nach Art. 102 UAbs. 1 AEUV ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein (oder mehrere) Unternehmen verboten. Im gleichen Sinne erklärt § 19 Abs. 1 GWB den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch ein (oder mehrere) Unternehmen für verboten. Spezifisch für den Bereich sektorspezifisch regulierter Märkte sieht auch § 50 Abs. 1 S. 1 TKG vor, dass ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht diese Stellung nicht missbrauchen darf. Im Kern handelt es sich damit um vergleichbare Verbotstatbestände, die sich jedoch in ihrer konkreten Anwendungspraxis und instrumentalen Umhebung in einzelnen Details unterscheiden.

Alle drei Missbrauchsverbote gelten allerdings grundsätzlich nur für solche Unternehmen, die eine wirtschaftlich besonders starke Stellung einnehmen.⁵¹ Diese muss es ihnen gestatten, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und Endnutzern zu verhalten. Im allgemeinen Wettbewerbsrecht wird diese Position als marktbeherrschende Stellung bezeichnet, während man im sektorspezifischen Wettbewerbsrecht des TKG von beträchtlicher Marktmacht spricht.

Mit Blick auf die hier in Rede stehenden Überbaufälle verfügt jedenfalls die TDG nach Einschätzung der zuständigen Behörden zumindest im Vorleistungsbereich über eine solche starke wirtschaftliche Stellung: Das BKartA hat bezogen auf ein konkretes Versorgungsgebiet im Nordwesten Deutschlands eine marktbeherrschende Stellung der TDG auf dem Markt für den lokal bereitgestellten Zugang festgestellt.⁵² Und die Bundesnetzagentur hat die TDG auf dem bundesweiten Markt für den an festen Standorten lokal

⁵⁰ Siehe Heyers, LRZ 2023, Rn. 393 ff.

⁵¹ Vgl. auch Herbers/Baubkus-Gérard, Kartellrechtliche Missbräuchlichkeit des strategischen Überbaus, Gutachten v. 20.7.2023, S. 8.

⁵² BKartA, Beschl. v. 30.12.2019 – Az. B7-21/18, Rn. 293 ff. – *Freigabe Glasfaser Nordwest*. Ob damit auch die für die Anwendung von Art. 102 AEUV erforderliche marktbeherrschende Stellung zumindest auf einem wesentlichen Teil des Binnenmarkts gegeben wäre, soll im vorliegenden Rahmen nicht weiter vertieft werden.

bereitgestellten Zugang als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft.⁵³ Ob diese Feststellung auch bei einem anderen, auf die jeweiligen Ausbaugebiete beschränkten örtlichen Zuschnitt des betrachteten Marktes⁵⁴ und/oder auf einer anderen Marktebene, insbesondere dem nachgelagerten Endkundenmarkt, gilt, kann und soll an dieser Stelle nicht vertieft werden. Zu berücksichtigen ist insoweit jedoch, dass die Bundesnetzagentur jedenfalls auf Grundlage eines „Greenfield“- und eines modifizierten „Greenfield“-Ansatzes auch auf Endnutzerebene (unter Ausblendung der Vorleistungsregulierung) zu dem Ergebnis beträchtlicher Marktmacht der TDG gekommen ist.⁵⁵ Für die Zwecke der vorliegenden Darstellung der rechtlichen Rahmenbedingungen soll es vereinfachungshalber mit der Annahme sein Bewenden haben, dass die TDG eine marktbeherrschende/-mächtige Stellung im Vorleistungsbereich innehat.⁵⁶ Damit käme sie grundsätzlich als Adressatin der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsverbote in Frage.

3.1.1.1 EU-Wettbewerbsrecht (Art. 102 UAbs. 1 AEUV)

Das EU-Wettbewerbsrecht ist dabei nur anwendbar, wenn ein Marktmachtmissbrauch den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen kann (Art. 102 UAbs. 1 AEUV). Diese „Zwischenstaatlichkeitsklausel“ wird in der Rechtsprechung des EuGH weit ausgelegt:⁵⁷

Zum einen erfasst der Begriff des Handels nicht nur den Warenverkehr, sondern auch den Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten.⁵⁸ Es reicht also aus, dass der (potentielle) Marktmachtmissbrauch etwa den Kapitalverkehr beeinträchtigen könnte. Dieser umfasst u. a. Direktinvestitionen in Form der Beteiligung an einem Unternehmen durch den Erwerb von Aktien,⁵⁹ wie sich auch aus Art. 64 Abs. 1 S. 1 AEUV ergibt.

⁵³ Bundesnetzagentur, Festlegung v. 11.10.2019 – Az. BK 1-19/001, S. 296 – *Marktdefinition/-analyse Markt Nr. 3a (2014)*. Da die nationalen Märkte der großen und mittleren Mitgliedstaaten schon für sich gesehen grundsätzlich einen wesentlichen Teil des Unionsmarkts darstellen, siehe *Bunte/Stancke*, Kartellrecht, 4. A., 2022, § 5 Rn. 47 (S. 211) m. w. N., dürfte damit jedenfalls grundsätzlich auch die für die Anwendung von Art. 102 AEUV erforderliche marktbeherrschende Stellung zumindest auf einem wesentlichen Teil des Binnenmarkts gegeben sein.

⁵⁴ Siehe hierzu unter dem Aspekt der Zusammenschlusskontrolle BKartA, Beschl. v. 30.12.2019 – Az. B7-21/18, Rn. 151 ff. – *Freigabe Glasfaser Nordwest*.

⁵⁵ Bundesnetzagentur, Festlegung v. 11.10.2019 – Az. BK 1-19/001, S. 229 ff., 262 – *Marktdefinition/-analyse Markt Nr. 3a (2014)*.

⁵⁶ Die Frage völlig offenlassend *Körber*, NZKart 2023, 335, 336. Eine marktbeherrschende Stellung (wohl jeweils bei bundesweiter Marktabgrenzung) auch auf dem Endkundenmarkt und dem Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau bejahend *Herbers/Baubkus-Gérard* (Fn. 51), S. 9 ff.

⁵⁷ *Bunte/Stancke* (Fn. 53), § 2 Rn. 17 (S. 61).

⁵⁸ *Bunte/Stancke* (Fn. 53), § 2 Rn. 17 (S. 61); zum Dienstleistungsverkehr EuGH, ECLI:EU:C:1979:245, Rn. 11 (Urt. v. 25.10.1979 – Rs. 22/79) – *Greenwich Film/SACEM*; zum Kapitalverkehr EuGH, ECLI:EU:C:1981:178, Rn. 18 (Urt. v. 14.7.1981 – Rs. 172/80) – *Züchner/Bayerische Vereinsbank*.

⁵⁹ EuGH, ECLI:EU:C:2003:272, Rn. 53 (Urt. v. 13.5.2003 – Rs. C-463/00) – *Kommission/Spanien*; ECLI:EU:C:2002:328, Rn. 38 (Urt. v. 4.6.2002 – Rs. C-503/99) – *Kommission/Belgien*.

Und zum anderen wird die erforderliche Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels bereits dann angenommen, wenn sich mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass die missbräuchliche Verhaltensweise unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell den Wirtschaftsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten beeinflusst, so dass die Erreichung der Vertragsziele erschwert wird.⁶⁰ Dies ist durch eine Wahrscheinlichkeitsprognose auf Grundlage eines Vergleichs der grenzüberschreitenden Handelsströme mit und ohne die fragliche Verhaltensweise zu bewerten.⁶¹ Die (potentielle) Beeinträchtigung muss sich jedoch als spürbar erweisen,⁶² so dass Bagatellfälle nicht erfasst sind.⁶³

Bei der vorgefundenen Überbauaktivität geht es vordergründig um die Errichtung lokaler Glasfasernetze. Hierauf wirkenden Verhaltensweisen wird man daher an sich wohl keine zwischenstaatliche Bedeutung beimessen können.⁶⁴ Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die in diesem Bereich tätigen Wettbewerbsunternehmen oftmals über Anteilseigner bzw. Investoren aus anderen EU-Mitgliedstaaten verfügen. Sollte, wie von Seiten der betreffenden Unternehmen vorgebracht, die Überbauaktivität der TDG dazu führen, dass diese Anteilseigner bzw. Investoren von weiteren Investitionen in das deutsche Glasfasergeschäft abgehalten werden, spricht viel für die Annahme, dass damit der grenzüberschreitende Kapitalverkehr behindert und die unionsrechtlich gewünschte gegenseitige wirtschaftliche Durchdringung⁶⁵ erschwert wird. Angesichts der dabei in Rede stehenden Investitionssummen spricht viel dafür, dass auch die erforderliche Spürbarkeit gegeben sein dürfte.

Im Folgenden soll daher gerade auch für die Zwecke einer möglichst umfassenden Darstellung unterstellt werden, dass der für Art. 102 AEUV erforderliche zwischenstaatliche Bezug vorliegt.⁶⁶

⁶⁰ *Bunte/Stancke* (Fn. 53), § 2 Rn. 17 (S. 61); vgl. EuGH, Slg. 1966, 322, 389 = ECLI:EU:C:1966:41 (Urt. v. 13.7.1966 – verb. Rs. 56/64 und 58/64) – *Grundig und Consten*; Slg. 1966, 282, 303 = ECLI:EU:C:1966:38 (Urt. v. 30.6.1966 – Rs. 56/65) – *Maschinenbau Ulm*.

⁶¹ *Bunte/Stancke* (Fn. 53), § 2 Rn. 17 (S. 61).

⁶² EuGH, ECLI:EU:C:1981:178, Rn. 19 (Urt. v. 14.7.1981 – Rs. 172/80) – *Züchner/Bayerische Vereinsbank*.

⁶³ *Bunte/Stancke* (Fn. 53), § 2 Rn. 17 (S. 61).

⁶⁴ So auch *Körber*, NZKart 2023, 335, 336.

⁶⁵ Siehe EuGH, Slg. 1966, 282, 303 = ECLI:EU:C:1966:38 (Urt. v. 30.6.1966 – Rs. 56/65) – *Maschinenbau Ulm*.

⁶⁶ Den Zwischenstaatsbezug wegen der Abschreckung potentieller Wettbewerber aus anderen Mitgliedstaaten bejahend *Herbers/Baubkus-Gérard* (Fn. 51), S. 7 f.

3.1.1.1.1 Verbotenes Verhalten

Bei dem Begriff der missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung in Art. 102 AEUV handelt es sich um einen objektiven Begriff.⁶⁷ Er stellt auf die Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung ab, die auf einem Markt, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, die Aufrechterhaltung des noch bestehenden Wettbewerbs oder die Entwicklung des Wettbewerbs durch den Einsatz von anderen Mitteln behindern als denjenigen eines normalen Wettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Wirtschaftsteilnehmer.⁶⁸

Das Vorliegen einer beherrschenden Stellung verstößt als solches aber nicht gegen das EU-Wettbewerbsrecht.⁶⁹ Ein marktbeherrschendes Unternehmen bleibt daher auch berechtigt, seine eigenen geschäftlichen Interessen zu wahren, wenn diese angegriffen werden, und, in vernünftigen Maße, so vorzugehen, wie es dies zum Schutz dieser Interessen für richtig hält.⁷⁰ Ein Unternehmen, das eine beherrschende Stellung innehat,⁷¹ trägt jedoch eine besondere Verantwortung dafür, dass es durch sein Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb nicht beeinträchtigt.⁷²

⁶⁷ EuGH, N&R 2022, 151, 153 = ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 60 (Urt. v. 12.5.2022 – Rs. C-377/20) – *Servizio Elettrico Nazionale u. a.*; ECLI:EU:C:2021:238, Rn. 41 (Urt. v. 25.3.2021 – Rs. C-152/19 P) – *Deutsche Telekom AG/Kommission*; ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 148 (Urt. v. 30.1.2020 – Rs. C-307/18) – *Generics (UK) u. a.*; ECLI:EU:C:2012:221, Rn. 17 (Urt. v. 19.4.2012 – Rs. C-549/10 P) – *Tomra u. a./Kommission*; ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 27 (Urt. v. 17.2.2011 – Rs. C-52/09) – *TeliaSonera Sverige*; ECLI:EU:C:1979:36, Rn. 91 (Urt. v. 13.2.1979 – Rs. 85/76) – *Hoffmann-La Roche/Kommission*.

⁶⁸ EuGH, N&R 2022, 151, 152, 154 = ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 44, 68 (Urt. v. 12.5.2022 – Rs. C-377/20) – *Servizio Elettrico Nazionale u. a.*; ECLI:EU:C:2021:238, Rn. 41 (Urt. v. 25.3.2021 – Rs. C-152/19 P) – *Deutsche Telekom AG/Kommission*; ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 148 (Urt. v. 30.1.2020 – Rs. C-307/18) – *Generics (UK) u. a.*; ECLI:EU:C:2012:221, Rn. 17 (Urt. v. 19.4.2012 – Rs. C-549/10 P) – *Tomra u. a./Kommission*; N&R 2012, 185, 186 = ECLI:EU:C:2012:172, Rn. 24 (Urt. v. 27.3.2012 – Rs. C-209/10) – *Post Danmark*; ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 27 (Urt. v. 17.2.2011 – Rs. C-52/09) – *TeliaSonera Sverige*; ECLI:EU:C:1979:36, Rn. 91 (Urt. v. 13.2.1979 – Rs. 85/76) – *Hoffmann-La Roche/Kommission*.

⁶⁹ EuGH, N&R 2012, 185, 186 = ECLI:EU:C:2012:172, Rn. 21 (Urt. v. 27.3.2012 – Rs. C-209/10) – *Post Danmark*; ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 24 (Urt. v. 17.2.2011 – Rs. C-52/09) – *TeliaSonera Sverige*; ECLI:EU:C:1983:313, Rn. 57 (Urt. v. 9.11.1983 – Rs. 322/81) – *Michelin/Kommission*; Kommission, Mitteilung „Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen“, ABl. EU 2009 C 45, 7, 7 Tz. 1; *Körber*, NZKart 2023, 335, 336.

⁷⁰ EuGH, ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 149 (Urt. v. 30.1.2020 – Rs. C-307/18) – *Generics (UK) u. a.*; ECLI:EU:C:1978:22, Rn. 184/194 (Urt. v. 14.2.1978 – Rs. 27/76) – *United Brands/Kommission*.

⁷¹ Dabei kommt es nicht darauf an, auf welche Weise das Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung erlangt hat, siehe EuGH, WRP 2023, 304, 307 = ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 38 (Urt. v. 19.1.2023 – Rs. C-680/20) – *Unilever Italia Mkt. Operations/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato u. a.*; N&R 2022, 151, 154 = ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 74 (Urt. v. 12.5.2022 – Rs. C-377/20) – *Servizio Elettrico Nazionale u. a.*; ECLI:EU:C:1983:313, Rn. 57 (Urt. v. 9.11.1983 – Rs. 322/81) – *Michelin/Kommission*.

⁷² EuGH, WRP 2023, 304, 306, 307 = ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 28, 38 (Urt. v. 19.1.2023 – Rs. C-680/20) – *Unilever Italia Mkt. Operations/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato u. a.*; N&R 2022, 151, 154 = ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 74 (Urt. v. 12.5.2022 – Rs. C-377/20) – *Servizio Elettrico*

Daher kann sich ein Verhalten als nicht zulässig erweisen, wenn es gerade auf eine Verstärkung der beherrschenden Stellung und deren Missbrauch abzielt.⁷³ Auf die Frage, wie das Verhalten in anderen Rechtsgebieten eingestuft wird, kommt es für die hierfür erforderliche objektive Beurteilung nicht an.⁷⁴ Damit dürfte die Bewertung nach dem EU-Wettbewerbsrecht nicht bereits im Sinne eines nicht missbräuchlichen Verhaltens vorgeprägt sein, wenn eine bestimmte Überbauaktivität an sich mit den Vorgaben des sektorspezifischen Telekommunikationsrechts übereinstimmt, etwa weil sie in Ausübung diesbezüglicher Wegrechte erfolgt oder zum Infrastrukturwettbewerb beiträgt. Aufgrund der besonderen Verantwortung für die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs auf dem beherrschten Markt kann marktbeherrschenden Unternehmen vielmehr u. U. auch ein Verhalten untersagt sein, das unter Wettbewerbsbedingungen bzw. bei einem nicht marktbeherrschenden Unternehmen nicht zu beanstanden wäre.⁷⁵

Von einem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung kann beispielsweise bei Maßnahmen auszugehen sein, die sich gegen die auf dem Markt verbliebenen oder potentiellen Wettbewerber richten und den Restwettbewerb beeinträchtigen (Behinderungsmissbrauch).⁷⁶ Das kann insbesondere ein Verhalten umfassen, das dazu dient, vorhandene Wettbewerber vom Markt zu verdrängen oder nachweislichen potentiellen Wettbewerbern den tatsächlichen Zugang zu einem Markt zu verwehren (Verdrängungsmissbrauch).⁷⁷

Ob ein Verhalten als Verdrängungsmissbrauch in diesem Sinne eingestuft werden kann, hängt dabei nach der Rechtsprechung des EuGH von zwei Voraussetzungen ab: der Verdrängungseignung des Verhaltens und dem Einsatz leistungswettbewerbsfremder Mittel.⁷⁸ Demgegenüber ist für die Annahme eines Verdrängungsmissbrauchs eine entsprechende wettbewerbswidrige Absicht des marktbeherrschenden Unternehmens nicht

Nazionale u. a.; ECLI:EU:C:2021:238, Rn. 40 (Urt. v. 25.3.2021 – Rs. C-152/19 P) – *Deutsche Telekom AG/Kommission*; ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 153 (Urt. v. 30.1.2020 – Rs. C-307/18) – *Generics (UK) u. a.*; ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 135 (Urt. v. 6.9.2017 – Rs. C-413/14 P) – *Intel/Kommission*; N&R 2012, 185, 186 = ECLI:EU:C:2012:172, Rn. 23 (Urt. v. 27.3.2012 – Rs. C-209/10) – *Post Danmark*; ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 24 (Urt. v. 17.2.2011 – Rs. C-52/09) – *TeliaSonera Sverige*; ECLI:EU:C:1983:313, Rn. 57 (Urt. v. 9.11.1983 – Rs. 322/81) – *Michelin/Kommission*; Kommission, Prioritätenmitteilung (Fn. 69), ABl. EU 2009 C 45, 7, 7 Tz. 1.

⁷³ EuGH, ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 151 (Urt. v. 30.1.2020 – Rs. C-307/18) – *Generics (UK) u. a.*; ECLI:EU:C:1978:22, Rn. 184/194 (Urt. v. 14.2.1978 – Rs. 27/76) – *United Brands/Kommission*.

⁷⁴ EuGH, N&R 2022, 151, 154 = ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 67 (Urt. v. 12.5.2022 – Rs. C-377/20) – *Servizio Elettrico Nazionale u. a.*

⁷⁵ EuG, ECLI:EU:T:1998:183, Rn. 139 (Urt. v. 17.7.1998 – Rs. T-111/96) – *ITT Promedia/Kommission*.

⁷⁶ *Bunte/Stancke* (Fn. 53), § 5 Rn. 49 (S. 213).

⁷⁷ EuGH, ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 151 (Urt. v. 30.1.2020 – Rs. C-307/18) – *Generics (UK) u. a.*; Kommission, Prioritätenmitteilung (Fn. 69), ABl. EU 2009 C 45, 7, 9 Tz. 19; siehe auch EuGH, WRP 2023, 304, 307 = ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 39 (Urt. v. 19.1.2023 – Rs. C-680/20) – *Unilever Italia Mkt. Operations/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato u. a.*; ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 136 (Urt. v. 6.9.2017 – Rs. C-413/14 P) – *Intel/Kommission*.

⁷⁸ EuGH, N&R 2022, 151, 153 und 157 = ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 61 und 103 (Urt. v. 12.5.2022 – Rs. C-377/20) – *Servizio Elettrico Nazionale u. a.*; N&R 2012, 185, 186 = ECLI:EU:C:2012:172, Rn. 25 (Urt. v. 27.3.2012 – Rs. C-209/10) – *Post Danmark*; siehe auch EuGH, ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 136 (Urt. v. 6.9.2017 – Rs. C-413/14 P) – *Intel/Kommission*; ECLI:EU:C:1991:286, Rn. 70 (Urt. v. 3.7.1991 – Rs. C-62/86) – *AKZO/Kommission*.

erforderlich.⁷⁹ Eine solche Absicht stellt jedoch einen tatsächlichen Umstand dar, der bei der Feststellung des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung berücksichtigt werden kann.⁸⁰

3.1.1.1.1 Verdrängungseignung des Verhaltens

Ein Verhalten kann nur dann als Verdrängungsmisbrauch eingestuft werden, wenn es geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken und insbesondere die beanstandeten Verdrängungswirkungen zu erzeugen.⁸¹ Von einer Verdrängungswirkung ist auszugehen, wenn es für Wettbewerber schwieriger wird, in den relevanten Markt einzutreten oder dort zu verbleiben, und es hierdurch zu Auswirkungen auf die Marktstruktur kommt.⁸² Abzustellen ist insoweit grundsätzlich auf Wettbewerber, die zumindest ebenso effizient sind wie das marktbeherrschende Unternehmen.⁸³

Nicht erforderlich für die Einstufung als missbräuchliche Verdrängungspraxis ist dabei allerdings auf der einen Seite, dass die Wettbewerber tatsächlich verdrängt wurden und es folglich auf dem Markt zu einer konkreten Verdrängungswirkung gekommen ist.⁸⁴ Deshalb kann aus dem Fehlen wettbewerbswidriger Auswirkungen *alleine* nicht auf die fehlende Verdrängungseignung des Verhaltens geschlossen werden.⁸⁵ Auf der anderen Seite dürfen die Verdrängungswirkungen auch nicht rein hypothetischer Natur sein.⁸⁶

⁷⁹ EuGH, WRP 2023, 304, 308 = ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 45 (Urt. v. 19.1.2023 – Rs. C-680/20) – *Unilever Italia Mkt. Operations/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato u. a.*; N&R 2022, 151, 153 = ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 61 f. (Urt. v. 12.5.2022 – Rs. C-377/20) – *Servizio Elettrico Nazionale u. a.*; ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 162 (Urt. v. 30.1.2020 – Rs. C-307/18) – *Generics (UK) u. a.*; ECLI:EU:C:2012:221, Rn. 21 (Urt. v. 19.4.2012 – Rs. C-549/10 P) – *Tomra u. a./Kommission*.

⁸⁰ EuGH, WRP 2023, 304, 308 = ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 45 (Urt. v. 19.1.2023 – Rs. C-680/20) – *Unilever Italia Mkt. Operations/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato u. a.*; N&R 2022, 151, 153 f. = ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 63 f. (Urt. v. 12.5.2022 – Rs. C-377/20) – *Servizio Elettrico Nazionale u. a.*; ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 162 (Urt. v. 30.1.2020 – Rs. C-307/18) – *Generics (UK) u. a.*; ECLI:EU:C:2012:221, Rn. 20 (Urt. v. 19.4.2012 – Rs. C-549/10 P) – *Tomra u. a./Kommission*.

⁸¹ EuGH, N&R 2022, 151, 152 und 154 = ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 50 und 69 (Urt. v. 12.5.2022 – Rs. C-377/20) – *Servizio Elettrico Nazionale u. a.*; ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 154 (Urt. v. 30.1.2020 – Rs. C-307/18) – *Generics (UK) u. a.*; ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 138 (Urt. v. 6.9.2017 – Rs. C-413/14 P) – *Intel/Kommission*.

⁸² EuGH, N&R 2022, 151, 153 = ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 61 (Urt. v. 12.5.2022 – Rs. C-377/20) – *Servizio Elettrico Nazionale u. a.*

⁸³ EuGH, N&R 2022, 151, 154 = ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 71 (Urt. v. 12.5.2022 – Rs. C-377/20) – *Servizio Elettrico Nazionale u. a.*; ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 136 (Urt. v. 6.9.2017 – Rs. C-413/14 P) – *Intel/Kommission*; N&R 2012, 185, 186 = ECLI:EU:C:2012:172, Rn. 25 (Urt. v. 27.3.2012 – Rs. C-209/10) – *Post Danmark*. Einschränkung allerdings für den Fall, dass die Struktur des Marktes den Eintritt eines ebenso leistungsfähigen Wettbewerbers praktisch unmöglich macht, EuGH, ECLI:EU:C:2015:651, Rn. 59 (Urt. v. 6.10.2015 – Rs. C-23/14) – *Post Danmark*. Generell kritisch zu dieser grundsätzlichen Beschränkung des Wettbewerbsschutzes auf ebenso effiziente Wettbewerber Kerber, Wirtschaftsdienst 96 (2016) (4), 287, 290 und 292.

⁸⁴ EuGH, WRP 2023, 304, 307 = ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 41 (Urt. v. 19.1.2023 – Rs. C-680/20) – *Unilever Italia Mkt. Operations/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato u. a.*; N&R 2022, 151, 153 = ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 53 (Urt. v. 12.5.2022 – Rs. C-377/20) – *Servizio Elettrico Nazionale u. a.*

⁸⁵ EuGH, N&R 2022, 151, 153 = ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 54 ff. (Urt. v. 12.5.2022 – Rs. C-377/20) – *Servizio Elettrico Nazionale u. a.*

⁸⁶ EuGH, N&R 2022, 151, 154 = ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 70 (Urt. v. 12.5.2022 – Rs. C-377/20) – *Servizio Elettrico Nazionale u. a.*; ECLI:EU:C:2015:651, Rn. 65 (Urt. v. 6.10.2015 – Rs. C-23/14) – *Post Danmark*.

Aus solchen Wirkungen, die ein Verhalten nur wegen des (ggf. auch nur möglichen) Eintritts besondere Umstände hatte, die bei seiner Vornahme unwahrscheinlich waren, kann daher nicht auf die Verdrängungseignung des Verhaltens geschlossen werden.⁸⁷

Ob das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens die notwendige Verdrängungseignung aufwies, ist vielmehr unter Berücksichtigung sämtlicher relevanter Umstände dieses Verhaltens zu beurteilen.⁸⁸ Auf die Form des Verhaltens kommt es hierbei nicht an.⁸⁹ Hier kann dann auch das Fehlen wettbewerbswidriger Auswirkungen (indiziell) berücksichtigt werden und insoweit gegen die Eignung zur Entfaltung von Verdrängungswirkungen sprechen.⁹⁰ Umgekehrt kann bei länger anhaltendem Verhalten die Marktleistung des marktbeherrschenden Unternehmens und seiner Wettbewerber Aufschluss über eine etwaige marktverschließende Wirkung der fraglichen Praxis geben.⁹¹

Ausreichend ist überdies, dass das Verhalten Teil einer Gesamtstrategie des marktbeherrschenden Unternehmens ist,⁹² auch wenn eine solche im konkreten Fall u. U. praktisch schwer nachzuweisen sein dürfte. Sollte eine solche Strategie aber festgestellt werden können, kann für einen Missbrauch sprechen, dass die wettbewerbswidrigen Auswirkungen einer solchen Gesamtstrategie über die der einzelnen Handlungen hinausgehen, die das marktbeherrschende Unternehmen im Rahmen der Strategie vornimmt.⁹³

Blickt man auf die hier in Rede stehende Überbauaktivität, liegt eine Verdrängungseignung insbesondere in solchen Gebieten nahe, in denen nur ein einziges Glasfasernetz ökonomisch tragfähig ist (siehe dazu aus ökonomischer Sicht bereits oben, unter Kapitel 1.1).⁹⁴ Das schließt auch solche Gebiete ein, in denen nur eine Querfinanzierung mit sehr kostengünstigen Anschlüssen den eigenwirtschaftlichen Ausbau rentabel macht. Sind mehrere Netze ökonomisch tragfähig, wird ein ausbauendes Unternehmen nämlich jedenfalls grundsätzlich nicht am Netzausbau gehindert, wenn ein anderes Unternehmen dieses Netz überbaut oder einen entsprechenden Überbau ankündigt.

⁸⁷ EuGH, WRP 2023, 304, 307 = ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 43 (Urt. v. 19.1.2023 – Rs. C-680/20) – *Unilever Italia Mkt. Operations/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato u. a.*; N&R 2022, 151, 154 = ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 70 (Urt. v. 12.5.2022 – Rs. C-377/20) – *Servizio Elettrico Nazionale u. a.*

⁸⁸ EuGH, N&R 2022, 151, 154 = ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 72 (Urt. v. 12.5.2022 – Rs. C-377/20) – *Servizio Elettrico Nazionale u. a.*; ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 154 (Urt. v. 30.1.2020 – Rs. C-307/18) – *Generics (UK) u. a.*

⁸⁹ EuGH, N&R 2022, 151, 154 = ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 72 (Urt. v. 12.5.2022 – Rs. C-377/20) – *Servizio Elettrico Nazionale u. a.*

⁹⁰ EuGH, N&R 2022, 151, 153 = ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 56 und 58 (Urt. v. 12.5.2022 – Rs. C-377/20) – *Servizio Elettrico Nazionale u. a.*

⁹¹ EuGH, N&R 2022, 151, 153 = ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 54 (Urt. v. 12.5.2022 – Rs. C-377/20) – *Servizio Elettrico Nazionale u. a.*

⁹² Siehe EuGH, ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 155 (Urt. v. 30.1.2020 – Rs. C-307/18) – *Generics (UK) u. a.*

⁹³ Siehe EuGH, ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 157 und 172 (Urt. v. 30.1.2020 – Rs. C-307/18) – *Generics (UK) u. a.*; ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 139 (Urt. v. 6.9.2017 – Rs. C-413/14 P) – *Intel/Kommission.*

⁹⁴ *Körper*, NZKart 2023, 335, 341, weist zu Recht darauf hin, dass diese Einstufung einer fundierten ökonomischen Analyse bedarf.

Diese Sichtweise ist freilich in zweierlei Hinsicht vereinfachend:

- Auch wenn in einem Gebiet grundsätzlich zwei Netze ökonomisch tragfähig wären, müssen beide Netze dennoch den hierfür jeweils erforderlichen Kundenbestand aufbauen. Gerade bei einer sehr asymmetrischen Ausgangslage ist es durchaus möglich, dass es einem ausbauwilligen oder ausbauenden Unternehmen durch die Ankündigung oder Durchführung eines Überbaus erschwert oder sogar unmöglich gemacht wird, diesen Kundenbestand aufzubauen, selbst wenn er schon bei deutlich weniger als 40 Prozent der Haushalte in dem betreffenden Gebiet liegen sollte.⁹⁵ Mit anderen Worten: Eine Verdrängungseignung (und damit auch ein darauf aufbauender Verdrängungsmissbrauch) liegt zwar besonders nahe, wenn in einem Gebiet nur ein einziges Glasfasernetz ökonomisch tragfähig ist. Das ist jedoch keine zwingende Voraussetzung für die Annahme einer Verdrängungseignung (und eines Verdrängungsmissbrauchs). Die nachstehende Darstellung konzentriert sich daher einzig aus Gründen der Komplexitätsreduktion auf die Konstellationen, in denen eine Verdrängungseignung aufgrund der ökonomischen Rahmenbedingungen besonders nahe liegt.
- Auch in den damit angesprochenen Gebieten bzw. Gemeinden, in denen grundsätzlich nur ein einziges Glasfasernetz ökonomisch tragfähig ist, kann durchaus in gewissem Umfang ein Doppelausbau in Betracht kommen, ohne dass dadurch die wirtschaftliche Tragfähigkeit des überbauten Netzes zwingend entfallen muss. Ob und in welchem Umfang ein solcher Überbau möglich ist, hängt maßgeblich davon ab, wie hoch der kritische Marktanteil ist, den ein Unternehmen mindestens erreichen muss, um das betreffende Gebiet flächendeckend profitabel ausbauen zu können. Für die Zwecke der nachfolgenden Betrachtung wird nur eine solche Überbauaktivität betrachtet, die insoweit die wirtschaftliche Tragfähigkeit des überbauten Netzes entfallen lässt.

In einer solchen Konstellation kann durch die Ankündigung eines marktbeherrschenden Unternehmens, in einem bestimmten Gebiet (der Gemeinde) ein Glasfasernetz ausbauen zu wollen, die zuvor öffentlich gemachte Ausbauplanung eines anderen Unternehmens beeinträchtigt werden, indem diesem Unternehmen der bis zur nachfolgenden Ankündigung erwartete „First-Mover“-Vorteil genommen wird.⁹⁶ Das Unternehmen muss nunmehr damit rechnen, dass es sich die erreichbaren Kunden mit dem marktbeherrschenden Unternehmen teilen muss⁹⁷ und sich deshalb ein etwaiger Netzausbau wirtschaftlich nicht mehr tragen wird, sollte das marktbeherrschende Unternehmen seine Ankündigung in die Tat umsetzen. Es wird deshalb ggf. von dem geplanten Ausbau absehen. Das gilt nicht nur mit Blick auf etwaige Auswirkungen auf eine laufende

⁹⁵ Siehe auch *Herbers/Baubkus-Gérard* (Fn. 51), S. 17 f.

⁹⁶ BkArtA, Beschl. v. 30.12.2019 – Az. B7-21/18, Rn. 504 – *Freigabe Glasfaser Nordwest*; Beschl. v. 4.12.2019 – Az. B7-21/18, Rn. 128 – *Verpflichtungszusagen Glasfaser Nordwest*. Zur großen Bedeutung des „First Mover“-Vorteils für den Glasfaserausbau auch *Heyers*, LRZ 2023, Rn. 388.

⁹⁷ Siehe oben, unter Kapitel 1.2.5.

Vorvermarktung, sondern auch in Bezug auf eine nunmehr ggf. zu erwartende Beeinträchtigung einer späteren Nachverdichtung und der Gewinnung von Vorleistungskunden. Einem solchen Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens wohnt somit die Gefahr der Verdrängung von Wettbewerbern aus dem Markt inne.⁹⁸

Aber auch der tatsächliche Überbau eines bereits verlegten Glasfasernetzes kann jedenfalls in den hier in Rede stehenden Gebieten eine Verdrängungswirkung entfalten. Da dort nur ein einziges Glasfasernetz ökonomisch tragfähig ist, liegt es zumindest nahe, dass bei einem Ausbau von zwei Glasfasernetzen beide langfristig nur defizitär betrieben werden können. Es besteht daher zumindest die Möglichkeit, dass der erstausbauende Wettbewerber durch den Überbau in seinen wettbewerbslichen Möglichkeiten beschränkt wird und es damit für ihn schwieriger wird, auf dem relevanten Markt zu verbleiben.⁹⁹ Dabei ist zwar eine Einstellung des Netzbetriebs selbst jedenfalls kurz- und mittelfristig nicht zwingend zu erwarten. Denn mit den Verlegearbeiten sind wesentliche Kostenbestandteile bereits angefallen, so dass der Betreiber eher ein starkes Interesse daran haben dürfte, so lange wie möglich Einnahmen aus dem Netzbetrieb zu generieren. Der zusätzliche Wettbewerb im Glasfaserbereich wird aber den ursprünglichen Geschäftsplan beeinträchtigen, und zwar gerade auch soweit dieser auf realistischen Annahmen beruht, die sich aus dem Umstand ableiten, dass in dem betreffenden Gebiet nur ein einziges Glasfasernetz ökonomisch tragfähig ist. Insbesondere wird der erstausbauende Wettbewerber durch den Überbau nur noch einen Teil der an entsprechenden Anschlussprodukten interessierten Kunden gewinnen können,¹⁰⁰ so dass seine Profitabilität sinkt, was zugleich eine Expansion in andere Anschlussnetzgebiete erschweren könnte. Damit könnte auch das Geschäftsmodell insgesamt in Frage gestellt werden und zumindest langfristig ein vollständiger Marktaustritt drohen. Damit kann auch der tatsächliche Überbau eines bereits verlegten Glasfasernetzes u. U. die erforderliche Verdrängungseignung aufweisen.

3.1.1.1.2 Einsatz leistungswettbewerbsfremder Mittel

Selbst wenn sich das betreffende Verhalten als verdrängungsg geeignet erweist, liegt damit noch nicht zwingend ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung i. S. v. Art. 102 AEUV vor. Denn die Vorschrift soll nicht verhindern, dass ein Unternehmen auf einem Markt aus eigener Kraft, insbesondere aufgrund seiner Fachkenntnisse und Fähigkeiten, eine beherrschende Stellung einnimmt, oder gewährleisten, dass sich Wettbewerber, die weniger effizient als das Unternehmen in beherrschender Stellung sind,

⁹⁸ Vgl. OLG Düsseldorf, N&R 2022, 45, 58 = Rn. 155 (NRWE) (Beschl. v. 22.9.2021 – Az. VI-Kart 5/20 [V]) – *Glasfaser Nordwest*; BKartA, Beschl. v. 30.12.2019 – Az. B7-21/18, Rn. 504 – *Freigabe Glasfaser Nordwest*; Beschl. v. 4.12.2019 – Az. B7-21/18, Rn. 128 – *Verpflichtungszusagen Glasfaser Nordwest*. Siehe auch OLG Celle, Urt. v. 1.12.2022 – Az. 13 U 49/22 (Kart), Rn. 17 (juris).

⁹⁹ Das gilt für einen räumlich auf das betroffene Gebiet beschränkten Markt, aber auch generell für den sachlich relevanten Markt insgesamt, sofern die Anzahl solcher Fälle entsprechend hoch ist.

¹⁰⁰ Es geht also eher um Gewinneinbußen als um die Erhöhung der Kosten, auf die sich die von *Körber*, NZKart 2023, 335, 338 f., referenzierten Vorwürfe beziehen.

weiterhin auf dem Markt halten.¹⁰¹ Da Leistungswettbewerb definitionsgemäß dazu führen kann, dass Wettbewerber, die weniger effizient und daher für die Verbraucher im Hinblick insbesondere auf Preise, Auswahl, Qualität oder Innovation weniger interessant sind, vom Markt verschwinden oder bedeutungslos werden, wird der Wettbewerb nämlich nicht unbedingt durch jede Verdrängungswirkung verzerrt.¹⁰²

Dementsprechend können sich Unternehmen in beherrschender Stellung gegen ihre Wettbewerber verteidigen. Sie können sich hierbei aber wegen eben dieser Position nicht beliebiger Mittel bedienen. Vielmehr müssen etwaige Gegenmaßnahmen unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Macht der beteiligten Unternehmen in einem angemessenen Verhältnis zu der Bedrohung stehen.¹⁰³ Insbesondere rechtfertigt der bloße Wunsch eines marktbeherrschenden Unternehmens, seine eigenen geschäftlichen Interessen zu wahren und sich vor Wettbewerb zu schützen, nicht den Rückgriff auf Praktiken, die mit Leistungswettbewerb nichts zu tun haben.¹⁰⁴ Vielmehr müssen sich gerade marktbeherrschende Unternehmen wegen ihrer Verantwortung für den bestehenden Restwettbewerb gegen ihre Wettbewerber mit Mitteln wehren, die auf einem „normalen“, d. h. leistungs-basierten, Wettbewerb beruhen.¹⁰⁵ Dagegen dürfen es diese Unternehmen jedenfalls¹⁰⁶ ebenso effizienten Wettbewerbern¹⁰⁷ nicht mit Mitteln erschweren, in den relevanten

¹⁰¹ EuGH, WRP 2023, 304, 307 = ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 37 (Urt. v. 19.1.2023 – Rs. C-680/20) – *Unilever Italia Mkt. Operations/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato u. a.*; N&R 2022, 151, 154 = ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 73 (Urt. v. 12.5.2022 – Rs. C-377/20) – *Servizio Elettrico Nazionale u. a.*; ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 133 (Urt. v. 6.9.2017 – Rs. C-413/14 P) – *Intel/Kommission*; N&R 2012, 185, 186 = ECLI:EU:C:2012:172, Rn. 21 (Urt. v. 27.3.2012 – Rs. C-209/10) – *Post Danmark*.

¹⁰² EuGH, WRP 2023, 304, 307 = ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 37 (Urt. v. 19.1.2023 – Rs. C-680/20) – *Unilever Italia Mkt. Operations/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato u. a.*; N&R 2022, 151, 152 und 154 = ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 45 und 73 (Urt. v. 12.5.2022 – Rs. C-377/20) – *Servizio Elettrico Nazionale u. a.*; ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 134 (Urt. v. 6.9.2017 – Rs. C-413/14 P) – *Intel/Kommission*; N&R 2012, 185, 186 = ECLI:EU:C:2012:172, Rn. 22 (Urt. v. 27.3.2012 – Rs. C-209/10) – *Post Danmark*; Kommission, Prioritätenmitteilung (Fn. 69), ABI. EU 2009 C 45, 7, 7 Tz. 6.

¹⁰³ EuGH, ECLI:EU:C:1978:22, Rn. 184/194 (Urt. v. 14.2.1978 – Rs. 27/76) – *United Brands/Kommission*.

¹⁰⁴ EuGH, ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 152 (Urt. v. 30.1.2020 – Rs. C-307/18) – *Generics (UK) u. a.*

¹⁰⁵ EuGH, N&R 2022, 151, 154 = ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 75 (Urt. v. 12.5.2022 – Rs. C-377/20) – *Servizio Elettrico Nazionale u. a.*

¹⁰⁶ An der Effizienzanforderung ist nach der Rechtsprechung des EuGH nicht zwingend festzuhalten, wenn die Struktur des Marktes den Eintritt eines ebenso leistungsfähigen Wettbewerbers praktisch unmöglich macht, siehe bereits den entsprechenden Nachweis in Fn. 83. Gerade auf einem Markt, der durch hohe Zugangsschranken geschützt ist, kann auch ein weniger leistungsfähiger Wettbewerber zur Erhöhung des Wettbewerbsdrucks beitragen und damit Druck auf das Verhalten des Unternehmens in beherrschender Stellung ausüben, siehe EuGH, ECLI:EU:C:2015:651, Rn. 60 (Urt. v. 6.10.2015 – Rs. C-23/14) – *Post Danmark*.

¹⁰⁷ Ob und welche konkreten Wettbewerbsunternehmen in diesem Sinne genauso effizient sind wie die TDG, kann und soll an dieser Stelle genauso wenig bewertet werden wie die Frage, ob in der vorliegenden Konstellation geringere Effizienzanforderungen anzulegen sind, etwa weil die Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens durch die besonderen – auch historischen – Wettbewerbsbedingungen des Marktes nicht mit den Kosten von Wettbewerbern vergleichbar sind, siehe zu letztgenanntem Aspekt etwa EuGH, ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 45 (Urt. v. 17.2.2011 – Rs. C-52/09) – *TeliaSonera Sverige*.

Markt einzutreten oder dort zu verbleiben, die nicht auf einem leistungsorientierten Wettbewerb beruhen.¹⁰⁸

Der Begriff des Leistungswettbewerbs bezieht sich grundsätzlich auf eine Wettbewerbssituation, die den Verbrauchern durch niedrigere Preise, eine bessere Qualität und eine breitere Auswahl neuer oder leistungsfähigerer Waren und Dienstleistungen zugutekommt.¹⁰⁹ Zum Leistungswettbewerb gehören u. a. Verhaltensweisen, die dazu führen, dass die Verbraucher eine größere Auswahl haben, indem neue Produkte auf den Markt gebracht werden oder die Menge oder die Qualität der bereits angebotenen Waren erhöht wird.¹¹⁰

Als Mittel, das nicht auf einem leistungsorientierten Wettbewerb beruht, ist vor diesem Hintergrund insbesondere jede Praxis anzusehen, an deren Anwendung ein beherrschendes Unternehmen kein anderes wirtschaftliches Interesse hat, als seine Wettbewerber auszuschalten, etwa um danach unter Ausnutzung seiner Monopolstellung seine Preise wieder anzuheben.¹¹¹ Bei der hier betrachteten Problematik dürfte dieser Aspekt jedenfalls nicht ohne weiteres zum Tragen kommen. Vielmehr wird die TDG zumindest auch ein wirtschaftliches Interesse an einem Ausbau einer eigenen Glasfaserinfrastruktur haben, mit der sie jedenfalls langfristig ihre Marktposition vor Ort festigen und ggf. auch eine höhere Wertschöpfung erzielen kann als bei einem bloßen Weiterbetrieb ihres Kupferkabelnetzes.

Nicht auf einem Leistungswettbewerb beruht aber auch eine Praxis, die von einem grundsätzlich ebenso effizienten, aber nicht marktbeherrschenden Wettbewerber nicht verfolgt werden kann, da sie auf der Nutzung von Ressourcen oder Mitteln beruht, die einer marktbeherrschenden Stellung eigen sind.¹¹² Dabei muss u. a. berücksichtigt werden, wenn eine beherrschende Stellung aus einem ehemaligen gesetzlichen Monopol entstanden ist.¹¹³ Insbesondere muss ein Unternehmen, das ein gesetzliches Monopol verliert, das es zuvor auf einem Markt innehatte, während der gesamten Phase der Liberalisierung dieses Marktes davon Abstand nehmen, auf Mittel zurückzugreifen, über die es aufgrund seines früheren Monopols verfügte und die daher seinen Wettbewerbern nicht zur Verfügung stehen, um auf dem frisch liberalisierten relevanten Markt anders als

¹⁰⁸ EuGH, N&R 2022, 151, 154 = ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 76 (Urt. v. 12.5.2022 – Rs. C-377/20) – *Servizio Elettrico Nazionale u. a.*

¹⁰⁹ EuGH, N&R 2022, 151, 155 = ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 85 (Urt. v. 12.5.2022 – Rs. C-377/20) – *Servizio Elettrico Nazionale u. a.*

¹¹⁰ EuGH, N&R 2022, 151, 155 = ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 85 (Urt. v. 12.5.2022 – Rs. C-377/20) – *Servizio Elettrico Nazionale u. a.*

¹¹¹ EuGH, N&R 2022, 151, 154 = ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 77 (Urt. v. 12.5.2022 – Rs. C-377/20) – *Servizio Elettrico Nazionale u. a.*; in diesem Sinne auch EuGH, ECLI:EU:C:1991:286, Rn. 71 (Urt. v. 3.7.1991 – Rs. C-62/86) – *AKZO/Kommission*.

¹¹² EuGH, N&R 2022, 151, 154 f. = ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 78 (Urt. v. 12.5.2022 – Rs. C-377/20) – *Servizio Elettrico Nazionale u. a.*

¹¹³ EuGH, N&R 2012, 185, 186 = ECLI:EU:C:2012:172, Rn. 23 (Urt. v. 27.3.2012 – Rs. C-209/10) – *Post Danmark*.

durch seine eigene Leistung eine beherrschende Stellung beizubehalten.¹¹⁴ Diese Aspekte könnten – jedenfalls im Ansatz – auch in Bezug auf die Überbauaktivität der TDG relevant werden, deren marktbeherrschende Stellung aus dem früheren Fernmeldemonopol entstanden ist und die sich für den Überbau von Glasfasernetzen ihrer Wettbewerber ggf. auch auf Mittel stützen kann, die noch aus dieser Zeit resultieren.

Auch kann ein leistungswettbewerbsfremder Rückgriff auf die besonderen Möglichkeiten, die mit einer marktbeherrschenden Stellung einhergehen, darin liegen, dass räumlich beschränkte Maßnahmen zur Verteidigung dieser Marktposition nur durch die Stabilität dieser Position (und die hierüber erwirtschafteten Erlöse) in den anderen Gebieten des beherrschten Marktes ermöglicht werden.¹¹⁵ Insoweit könnte die Überbauaktivität der TDG evtl. als räumlich – auf potentielle Ausbaugebiete ihrer Wettbewerber – beschränkte Maßnahme erscheinen, deren besondere wirtschaftliche Risiken die TDG nur deshalb auf sich nehmen kann, weil sie im Rest des bundesweiten (Vorleistungs-)Markts weiterhin über eine stabile marktbeherrschende Stellung verfügt.

Darüber hinaus wird in der Rechtsprechung des EuGH bisweilen *neben* dem Rückgriff auf leistungswettbewerbsfremde Mittel die Möglichkeit genannt, ein Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens als Verdrängungsmissbrauch einzustufen, das für ebenso leistungsfähige Wettbewerber in Bezug auf die Kostenstruktur, die Innovationsfähigkeit oder die Qualität Verdrängungswirkung entfaltet.¹¹⁶ Das kann insbesondere auch den Umstand umfassen, dass ebenso leistungsfähige Wettbewerber dem auf sie ausgeübten Konkurrenzdruck u. U. wegen ihrer geringeren Finanzkraft nicht standhalten können.¹¹⁷ Hierauf könnte es hindeuten, wenn ausbaubereite Wettbewerbsunternehmen wegen der Überbauaktivität der TDG ihre Ausbauplanungen reduzieren oder sogar völlig aufgeben sollten, vorausgesetzt diese Planungen beruhen nicht auf unrealistischen Gewinnerwartungen.¹¹⁸ Damit können zum Schutz der wirtschaftlichen Interessen des marktbeherrschenden Unternehmens ergriffene Gegenmaßnahmen das Maß dessen übersteigen, was hierfür ggf. billigerweise in Betracht gezogen werden kann, wenn von ihnen wegen der marktbeherrschenden Stellung eine abschreckende Wirkung auf

¹¹⁴ EuGH, N&R 2022, 151, 156 = ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 92 (Urt. v. 12.5.2022 – Rs. C-377/20) – *Servizio Elettrico Nazionale u. a.*

¹¹⁵ So für die räumlich beschränkte Einräumung von Rabatten in wettbewerbsintensiveren Regionen EuG, ECLI:EU:T:1999:246, Rn. 188 (Urt. v. 7.10.1999 – Rs. T-228/97) – *Irish Sugar*.

¹¹⁶ EuGH, WRP 2023, 304, 307 = ECLI:EU:C:2023:33, Rn. 39 (Urt. v. 19.1.2023 – Rs. C-680/20) – *Unilever Italia Mkt. Operations/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato u. a.*

¹¹⁷ EuGH, ECLI:EU:C:1991:286, Rn. 72 (Urt. v. 3.7.1991 – Rs. C-62/86) – *AKZO/Kommission*.

¹¹⁸ Diese Voraussetzung wird in der Praxis sicher nicht trivial festzustellen sein. In der Sache dürfte es darum gehen, ob ein Überbau durch die TDG wegen der ökonomischen Charakteristika des betroffenen Gebiets dazu führen wird, dass die Gewinnmargen für beide Unternehmen unter das für Investitionen im Telekommunikationssektor übliche bzw. benötigte Niveau absinken. In einer solchen Konstellation kommt es dann entscheidend darauf an, welches Unternehmen aufgrund seiner Finanzkraft den „längeren Atem“ hat.

wettbewerbliche Vorstöße anderer Marktteilnehmer ausgeht, die diese marktbeherrschende Stellung noch wesentlich verstärkt.¹¹⁹

Zusammenfassend betrachtet kann für die wettbewerbsrechtliche Bewertung der hier betrachteten Verhaltensweisen damit insbesondere auch eine Rolle spielen, inwieweit sie jeweils auf der Nutzung von Ressourcen oder Mitteln beruhen, die einer marktbeherrschenden Stellung eigen sind.

Für die Ankündigung eines Parallelausbaus als Reaktion auf das Ausbauvorhaben eines Wettbewerbers kommt es dabei auf den ersten Blick nicht darauf an, ob das den Parallelausbau ankündigende Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Allerdings wirkt nicht jede Ankündigung eines Überbaus als solche abschreckend für das erstankündigende Unternehmen. Diese Wirkung kommt ihr vielmehr nur zu, wenn sie zum einen überregional reproduzierbar und zum anderen glaubhaft ist:

Bei einem Unternehmen, das nur in einzelnen Gebieten glaubhaft einen Überbau ankündigen kann, müssen die von solchen Ankündigungen betroffenen Unternehmen jedenfalls in aller Regel keine weitflächige Beeinträchtigung ihres Geschäftsmodells fürchten.¹²⁰ Nur wenn das ausbauwillige Unternehmen damit rechnen muss, dass bei weiteren Ausbauvorhaben vergleichbare Überbauankündigungen erfolgen, wird es über den konkreten Einzelfall hinaus abgeschreckt. Nur dann wird es also entweder seine Ausbauplanungen reduzieren oder jedenfalls das Risiko einer entsprechenden Ankündigung (mit den sich daraus ergebenden nachteiligen Folgen für den eigenen Vorvermarktungserfolg und Geschäftsplan) in seine Wirtschaftlichkeitsberechnungen einstellen. Eine solche überregional reproduzierbare Überbauankündigung ist aber nur glaubhaft, wenn sich ein Überbau in hierfür an sich nicht geeigneten Gebieten für das den Überbau ankündigende Unternehmen als betriebswirtschaftlich vernünftig darstellt und das Unternehmen auch über die tatsächlichen Möglichkeiten verfügt, um einen solchen Überbau durchzuführen.

Insoweit kommt verschiedenen Umständen Bedeutung zu, die mit der marktbeherrschenden Stellung der TDG jedenfalls eng verbunden sind. Das ist offensichtlich, soweit es darum geht, dass die Überbauankündigung überregional reproduzierbar ist. Denn das folgt gerade aus der flächendeckend verfügbaren Netzinfrastruktur der TDG, die ihrer marktbeherrschenden Stellung eigen ist. Weil die TDG bundesweit tätig ist und bereits über flächendeckende Netzinfrastruktur verfügt, die als Ausgangsbasis für einen weiteren Glasfaserausbau dienen kann,¹²¹ ist es ihr grundsätzlich möglich, jederzeit in jedem beliebigen Gebiet innerhalb der Bundesrepublik Deutschland einen entsprechenden

¹¹⁹ Siehe EuGH, ECLI:EU:C:1978:22, Rn. 184/194 (Urt. v. 14.2.1978 – Rs. 27/76) – *United Brands/Kommission*.

¹²⁰ Für nur in einzelnen Regionen tätige Unternehmen wie Stadtwerke mag insoweit anderes gelten.

¹²¹ Die TDG selbst versteht ihren Glasfaserausbau insoweit als ein „Netzupgrade“, siehe *Körper*, NZKart 2023, 335, 336.

Ausbau anzukündigen.¹²² Aber auch die Umstände, die eine solche Überbauankündigung glaubhaft machen, so dass ein erstausbauwilliges Wettbewerbsunternehmen davon ausgehen muss, dass die TDG eine solche Ankündigung auch umsetzen wird,¹²³ stehen zumindest in sehr engem Zusammenhang mit der marktbeherrschenden Stellung der TDG:¹²⁴

- Das Unternehmen verfügt jedenfalls im Vorleistungsbereich über eine marktbeherrschende Stellung, aus der sich auch eine starke Position auf den nachgelagerten Endkundenmärkten ergibt. Der Überbau eines (angekündigten) Glasfasernetzes dient der Verteidigung dieser Stellung, da ansonsten ein Verlust der Vorleistungsnachfrager sowie der unmittelbaren (und der über die Vorleistungsfrager mittelbar verbundenen) Endkunden droht. Die TDG hat also ein betriebswirtschaftlich nachvollziehbares Motiv für eine Überbauankündigung.¹²⁵
- Es spricht jedenfalls prima facie einiges dafür, dass die TDG im Wettbewerb mit dem (potentiell) überbauten Glasfasernetz über gewisse Startvorteile verfügt, durch die es aus ihrer Sicht jedenfalls vertretbar erscheinen dürfte, gerade auch in solchen Gegenden ein anderes Glasfasernetz zu überbauen, in denen ökonomisch nur ein solches Netz tragfähig ist. Denn aufgrund dieser Startvorteile ist für die TDG die Erwartung plausibel, aus diesem Wettbewerb als Gewinnerin hervorzugehen und damit aufgrund der ökonomischen Charakteristika des betreffenden Gebiets das andere Netz auf mittlere oder lange Sicht zu verdrängen. Das gilt jedenfalls in einer frühen Phase des Netzausbaus in dem betreffenden Gebiet, in welcher der Betreiber dieses Netz noch keinen signifikanten Teil der Vorleistungs- und Endkunden gewinnen konnte:
 - So erscheint es zumindest denkbar, dass durch bestehende Vorleistungsverträge, insbesondere die sog. „Commitment“-Vereinbarungen, die TDG im Wettbewerb um Vorleistungsnachfrager gegenüber dem überbauten Glasfasernetz einen gewissen Startvorteil hat.¹²⁶ Dieser würde auf der Attraktivität ihres bundesweit flächendeckenden Anschlussnetzes für die Vorleistungsnachfrager und damit wiederum gerade auf ihrer

¹²² Damit ist natürlich nicht gemeint, dass es der TDG möglich wäre, *gleichzeitig* in *allen Gebieten* der Bundesrepublik Deutschland einen Glasfaserausbau vorzunehmen. Erforderlich, aber auch ausreichend ist es, dass sie auf entsprechende Ausbauankündigungen von Wettbewerbsunternehmen unabhängig von dem betreffenden Gebiet reagieren kann.

¹²³ Sollte in der Praxis die TDG nach solchen Ankündigungen von einem Ausbau absehen, könnte dies allerdings die Glaubhaftigkeit entsprechender Ankündigungen generell in Zweifel ziehen, jedenfalls sofern die TDG auf einen Überbau verzichtet, wenn sich das erstausbauwillige Wettbewerbsunternehmen nicht zurückzieht. Dann käme jedenfalls ab einer gewissen Häufung solcher Fälle einer Ausbauankündigung u. U. keine abschreckende Wirkung mehr zu.

¹²⁴ Siehe hierzu auch *Herbers/Baubkus-Gérard* (Fn. 51), S. 18 ff.

¹²⁵ Ebenso *Herbers/Baubkus-Gérard* (Fn. 51), S. 20.

¹²⁶ Siehe Monopolkommission, 12. Sektorgutachten Telekommunikation, BT-Drs. 20/1620, 331, 362 Tz. 43, 366 Tz. 53, wonach das „Commitment“-Modell den „glasfaserausbauenden Wettbewerbern dauerhaft (potenzielle) Vorleistungsnachfrage“ entziehe.

marktbeherrschenden Stellung im Vorleistungsbereich beruhen. Der durch die bestehenden Vorleistungsvereinbarungen vermittelte Wettbewerbsvorteil wäre damit als solches nicht wettbewerbswidrig, würde aber der TDG wegen ihrer Marktmacht bei ihrem weiteren Marktverhalten – etwa im Bereich des Überbaus – eine gewisse Zurückhaltung abverlangen.¹²⁷ Hierin würde sich die in der Rechtsprechung anerkannte besondere Verantwortung des marktbeherrschenden Unternehmens dafür manifestieren, durch sein Verhalten den durch seine Anwesenheit ohnehin bereits geschwächten Wettbewerb nicht zu beeinträchtigen.¹²⁸ Daraus könnte u. U. die Verpflichtung folgen, wettbewerbliche Vorstöße der durch marktmachtbedingte Vorteile ohnehin benachteiligten Wettbewerber zunächst in gewissem Maße hinzunehmen, bevor das marktbeherrschende Unternehmen gerade auch diese Vorteile im Rahmen von Gegenmaßnahmen nutzt.

- Ein Startvorteil dürfte sich auch aus der flächendeckend vorhandenen Netzinfrasturktur ergeben, insbesondere der glasfaserbasierten Anbindung des Kabelverzweigers (KVz)/Multifunktionsgehäuses (MFG) und der Kabelkanal-/Leerrohrinfrastruktur zwischen KVz/MFG und den einzelnen Haushalten. Auch wenn für eine Glasfaseranbindung bis zu den Haushalten weitere kostenintensive Verlegearbeiten erforderlich sind, kann die TDG doch zumindest in gewissem Umfang hier vorhandene eigene Infrastruktur mitnutzen, was anderen ausbauwilligen Unternehmen nicht im selben Maße möglich ist. Diese flächendeckende Infrastrukturverfügbarkeit beruht auf der marktbeherrschenden Stellung der TDG.
- Schlussendlich dürfte die TDG durch ihren sehr großen Teilnehmerbestand auch über Startvorteile im Wettbewerb um die Endkunden verfügen. Es spricht – erneut: jedenfalls bei erster Tendenzbetrachtung – einiges dafür, dass bereits bestehende Kundenverbindungen einen Wechsel auf die neue Glasfaserinfrastruktur erleichtern, etwa weil es direkte Ansprachemöglichkeiten (z. B. im Rahmen der monatlichen Rechnungsübersendung) gibt und Kunden ihrem bisherigen Betreiber einen Vertrauensvorsprung gegenüber Wettbewerbern einräumen, mit denen sie bislang ggf. noch keine eigenen Erfahrungen gemacht haben.¹²⁹ Auch dieser Endkundenbestand hat seinen Ursprung letzten Endes in der flächendeckend verfügbaren Netzinfrasturktur der TDG und steht damit zumindest

¹²⁷ Ähnlich (Berücksichtigung bei der wettbewerblichen Prüfung der Überbauaktivität) *Herbers/Baubkusch-Gérard* (Fn. 51), S. 22.

¹²⁸ Siehe dazu die Nachweise in Fn. 72.

¹²⁹ Zu solchen psychologischen Wechselkosten etwa aufgrund eines Status quo bias siehe z. B. *Paha*, NZKart 2023, 467, 469 m. w. N.

in engem Zusammenhang mit ihrer marktbeherrschenden Stellung auf Vorleistungsebene.¹³⁰

- Die bundesweite marktbeherrschende Stellung im Vorleistungsbereich (und die daraus abgeleitete starke Position im Endkundenbereich) sichert der TDG trotz regulatorischer Einhegung gerade auch wegen der (aus sachlich gerechtfertigten Gründen) z. T. auf Wiederbeschaffungswerten basierenden Entgelte für den Zugang zu den kupferbasierten Teilnehmeranschlüssen zuverlässige Einnahmen aus dem Netzbetrieb. Hierdurch wird es der TDG möglich, einzelne Ausbauvorhaben auch dann umzusetzen, wenn sie sich kurz- und mittelfristig als defizitär erweisen oder zumindest nicht die sonst üblichen Renditeerwartungen erfüllen sollten. Ohne die marktbeherrschende Stellung wäre ihr eine solche Hinnahme räumlich begrenzter Verluste jedenfalls allein mit Blick auf die Erträge aus dem operativen Geschäft nicht möglich. Auch vor diesem Hintergrund erscheinen entsprechende Ausbauankündigungen glaubhaft.

Ob und in welchem Umfang die einzelnen Aspekte zum Tragen kommen und daher für einen Verdrängungsmissbrauch sprechen könnten, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.¹³¹ So kann auch der erstausbauwillige Wettbewerber beispielsweise über vor Ort verfügbare und nutzbare Bestandsinfrastruktur, eine starke Kundenbasis und/oder Zugangsvereinbarungen mit einem relevanten Teil der Vorleistungsnachfrager verfügen, womit diesbezügliche Startvorteile der TDG jedenfalls teilweise kompensiert würden. Diese sinken überdies in dem Umfang, in dem es dem erstausbauwilligen Unternehmen vor einer entsprechenden Ankündigung bereits gelingt, Endkunden zum Abschluss verbindlicher Vorvermarktungsvereinbarungen zu gewinnen. Das BKartA hat hier in seiner „Glasfaser Nordwest“-Entscheidung eine Stillhaltefrist des überbauwilligen Unternehmens von neun Monaten zugrunde gelegt, deren Einhaltung angemessen sei, um Abschreckungsmaßnahmen wirksam zu verhindern.¹³² Unabhängig von der hier nicht zu entscheidenden Frage, ob die dortigen zusammenschlusskontrollrechtlichen Erwägungen unbesehen auf die Prüfung eines Marktmachtmissbrauchs übertragbar sind, spricht diese Einschätzung jedenfalls für die Annahme, dass ein gewisser zeitlicher Vorsprung ausreichen kann, um etwaige Startvorteile hinreichend zu kompensieren. Damit würde es in einer solchen Konstellation an einer spezifischen marktmachtbedingten Drohkulisse fehlen und sich die – mit entsprechendem zeitlichem Versatz erfolgende –

¹³⁰ Vgl. in Bezug auf den damaligen Teilnehmeranschlussmarkt (auf Endkundenebene) VG Köln, CR 2006, 184 186 = Rn. 50 (NRWE) (Urt. v. 26.10.2005 – Az. 21 K 4418/05).

¹³¹ *Herbers/Baubkus-Gérard* (Fn. 51), S. 23; *Paha*, NZKart 2023, 467, 472. Im konkreten Fall eine pauschale Einstufung der „Vernichtung“ des „First-Mover“-Vorteils als unbillige Behinderung verneinend OLG Celle, Urt. v. 1.12.2022 – Az. 13 U 49/22 (Kart), Rn. 19 (juris).

¹³² BKartA, Beschl. v. 4.12.2019 – Az. B7-21/18, Rn. 129 – *Verpflichtungszusagen Glasfaser Nordwest*.

Überbauankündigung als leistungswettbewerbskonform darstellen.¹³³ Zugleich würde so sichergestellt, dass das erstausbauwillige Unternehmen unter einem relevanten Handlungsdruck bleibt.¹³⁴ Hierdurch würde sich zwar nichts an dem Umstand ändern, dass in dem betreffenden Gebiet nur ein Glasfasernetz ökonomisch tragfähig ist und sich dort jedenfalls auf lange Sicht nur ein Betreiber behaupten dürfte. Es würde jedoch nunmehr ein chancengleicher Leistungswettbewerb darum ermöglicht, welcher Betreiber in dem betreffenden Gebiet die meisten (Vorleistungs- und End-)Kunden gewinnen und sich damit auf lange Sicht gegenüber dem anderen Betreiber durchsetzen kann.

Entsprechende Überlegungen dürften gelten, wenn nicht lediglich eine Ausbauankündigung während der Vorvermarktungsphase eines ausbauwilligen Wettbewerbers im Raum steht, sondern die TDG ein bereits (neu) errichtetes Glasfasernetz eines solchen Wettbewerbers tatsächlich überbaut. Hier werden die Startvorteile der TDG im Wettbewerb, die für die Annahme eines leistungswettbewerbsfremden Mittels sprechen können, in aller Regel bereits erheblich reduziert sein, jedenfalls wenn man eine erfolgreiche Vorvermarktung des erstausbauenden Wettbewerbers als Voraussetzung für dessen Netzausbau unterstellt. Insoweit kann also gerade nicht ohne weiteres von der Wettbewerbskonformität des tatsächlichen Überbaus auf die Wettbewerbskonformität einer Überbauankündigung geschlossen werden.¹³⁵

Weitere Anhaltspunkte für die Beurteilung, ob die eingesetzten Mittel leistungswettbewerbsfremd sind, lassen sich der von der Kommission bereits 2009 vorgelegten Prioritätenmitteilung zu wettbewerbsrechtlichen Maßnahmen gegen Behinderungsmissbräuche entnehmen. Danach sind bei der Prüfung, ob es zu einer wettbewerbswidrigen Marktverschließung kommt, im Allgemeinen folgende Umstände zu berücksichtigen,¹³⁶ bei denen sich allerdings z. T. Aspekte der Verdrängungseignung mit ihrer Bewertung als missbräuchlich vermischen:

- **Stellung des marktbeherrschenden Unternehmens:** Die Wahrscheinlichkeit, dass die Mittel, die ein marktbeherrschendes Unternehmen einsetzt, um seine Stellung zu

¹³³ Genau gegenteilig die Erwägung von *Herbers/Baubkus-Gérard* (Fn. 51), S. 27 f., wonach eine Überbauankündigung umso eher gegen die Leistungswettbewerbskonformität spreche, je später im Verlauf der Ausbauvorbereitungen sie erfolge. Das beruht auf einer sehr stark auf die subjektiven Motive und das Ausmaß der Behinderung fokussierten Bewertung. Richtet die Bewertung sich demgegenüber danach aus, ob die betreffenden Verhaltensweisen außerhalb des Rahmens des normalen Leistungswettbewerbs liegen – so im Ausgangspunkt auch *Herbers/Baubkus-Gérard* (Fn. 51), S. 24 f. –, dann verringern sich die leistungswettbewerbsfremden Vorteile der TDG, wie dargestellt, umso mehr, je länger der erstausbauwillige Wettbewerber Gelegenheit hatte, seinen eigenen Ausbau etwa durch Kundenakquise vorzubereiten und voranzutreiben.

¹³⁴ Vgl. zu diesem Aspekt *Heyers*, LRZ 2023, Rn. 400.

¹³⁵ Ähnlich auch *Herbers/Baubkus-Gérard* (Fn. 51), S. 30; anders aber *Körber*, NZKart 2023, 335, 339 („Die Ankündigung eines kartellrechtlich erlaubten Verhaltens kann nach den Grundsätzen der Logik nicht missbräuchlich sein.“).

¹³⁶ Hierzu und zum Folgenden: Kommission, Prioritätenmitteilung (Fn. 69), ABl. EU 2009 C 45, 7, 10 Tz. 20.

schützen, zu einer wettbewerbswidrigen Marktverschließung führen, steigt mit dem Ausmaß der marktbeherrschenden Stellung.

- **Bedingungen auf dem relevanten Markt:** Hierzu zählen die Bedingungen für Markteintritt und Expansion (z. B. Größen- und/oder Verbundvorteile). Sollten zudem auf den vor- und/oder nachgelagerten Märkten erhebliche Markteintrittshindernisse bestehen, kann es für die Wettbewerber sehr teuer werden, einer möglichen Marktverschließung durch vertikale Integration zu begegnen.
- **Stellung der Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens:** Es kommt auf die Bedeutung der durch ein Verhalten des Marktbeherrschers beeinträchtigten Wettbewerber für die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs an. Insbesondere können auch kleinere Wettbewerber z. B. wegen besonderer Innovationskraft oder ihres Preissetzungsverhaltens eine wichtige Rolle im Wettbewerbsprozess spielen.
- **Stellung der Abnehmer und Anbieter von Vorleistungen („Inputs“):** Zu berücksichtigen ist, ob sich das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens nur an bestimmte Abnehmer oder Anbieter von Vorleistungen richtet, die für den Markteintritt oder eine Expansion von Wettbewerbern besonders wichtig sind, so dass die Wahrscheinlichkeit einer wettbewerbswidrigen Marktverschließung steigt. Dies können im Fall von Abnehmern zum Beispiel diejenigen Abnehmer sein, die am ehesten auf Angebote anderer Lieferanten eingehen würden, die evtl. eine für einen neuen Marktteilnehmer besonders geeignete Form des Vertriebs für das betreffende Produkt bieten oder die möglicherweise in einem für einen neuen Marktteilnehmer geographisch günstigen Gebiet angesiedelt sind.
- **Ausmaß des mutmaßlichen missbräuchlichen Verhaltens:** Die Wahrscheinlichkeit einer Marktverschließung steigt mit dem Anteil der vom fraglichen Verhalten betroffenen Gesamtverkäufe auf dem relevanten Markt, der Dauer des Verhaltens und der Regelmäßigkeit, mit der es zum Einsatz kommt.
- **Mögliche Beweise für eine tatsächliche Marktverschließung:** Bei einem länger anhaltenden Verhalten können, wie bereits oben¹³⁷ gezeigt, die Marktleistung des marktbeherrschenden Unternehmens und seiner Wettbewerber Aufschluss darüber geben, ob es tatsächlich zu einer Marktverschließung gekommen ist.
- **Unmittelbare Beweise für eine Behinderungsstrategie:** Zur Bewertung des Verhaltens eines marktbeherrschenden Unternehmens können u. a. interne Unterlagen zählen, die direkte Hinweise auf eine Strategie zur Ausschließung von Wettbewerbern enthalten (z. B. genaue Pläne für bestimmte Vorgehensweisen, um Konkurrenten auszuschließen, den Markteintritt eines Wettbewerbers zu verhindern oder das

¹³⁷ Siehe in und bei Fn. 91.

Entstehen eines Marktes zu verhindern), oder auch Beweise für die konkrete Androhung behindernder Maßnahmen.

Sowohl die starke Stellung der TDG auf dem Vorleistungsmarkt als auch die Bedingungen auf diesem Markt, der von erheblichen Markteintrittshindernissen geprägt ist, könnten also tendenziell dafür sprechen, ein als solches im konkreten Fall evtl. nicht völlig eindeutiges Verhalten als potentiell leistungswettbewerbswidrig einzustufen. Hierauf könnte es auch hindeuten, wenn sich die betreffende Überbauaktivität (etwa in Form von Ankündigungen während der Vorvermarktungsphase eines Wettbewerbers) gerade gegen solche ausbauwilligen Unternehmen richten sollte, deren (potentielles) Tätigkeitsgebiet sich nicht nur auf sehr wenige Gebiete beschränkt. Denn auf diese Weise könnte eine Behinderung des ausbauwilligen Wettbewerbers die Position der TDG *unmittelbar* („auf einen Schlag“) in einer Vielzahl von Gebieten stärken. Es könnte daher ein Indiz für eine entsprechende Marktverschließungsstrategie sein, wenn sich die potentiell problematische Überbauaktivität der TDG ganz oder fast ausschließlich gegen solche Anbieter richtet. Allerdings kann sich eine Abschreckung auch gegen ausbauwillige Unternehmen mit nur räumlich stark beschränktem Tätigkeitsgebiet richten, die dann – wenngleich nur mittelbar und damit wohl weniger effektiv – auf das Ausbauverhalten anderer Unternehmen ausstrahlen würde. Die Häufigkeit potentiell problematischen Überbauverhaltens und die tatsächlich zu beobachtende Marktleistung (etwa in Form von deutlich zurückgehender Ausbaudynamik) könnten ggf. Hinweise darauf geben, dass dieses Verhalten leistungswettbewerbsfremd ist. Entsprechendes gilt, wenn es Beweise für eine konkrete Androhung behindernder Maßnahmen zur Ausschließung von Wettbewerbern geben sollte.

3.1.1.1.3 Möglichkeit der Rechtfertigung

Auch falls im Ergebnis davon auszugehen wäre, dass eine bestimmte Überbauaktivität unter bestimmten Voraussetzungen verdrängungsg geeignet ist und unter Einsatz leistungswettbewerbsfremder Mittel erfolgt, liegt damit allerdings noch nicht zwingend ein verbotener Marktmachtmissbrauch vor. Denn angesichts des Umstands, dass das Missbrauchsverbot letzten Endes darauf zielt, das Wohl der Verbraucher zu wahren, fallen Handlungen nach der Rechtsprechung des EuGH insbesondere nicht unter das Verbot nach Art. 102 AEUV, wenn die durch dieses Verhalten möglicherweise hervorgerufenen Verdrängungswirkungen durch Effizienzvorteile¹³⁸ ausgeglichen oder sogar übertroffen werden, die im Hinblick insbesondere auf Preise, Auswahl, Qualität oder Innovation auch dem Verbraucher zugutekommen.¹³⁹ Diesen Nachweis muss allerdings das

¹³⁸ Es kommt dabei nicht darauf an, ob diese Effizienzgewinne bewusst erzielt wurden oder ob sie sich vielmehr rein zufällig ergaben oder nicht beabsichtigt waren, EuGH, ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 168 (Urt. v. 30.1.2020 – Rs. C-307/18) – *Generics (UK)* u. a.

¹³⁹ EuGH, N&R 2022, 151, 152 und 155 = ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 46 und 86 (Urt. v. 12.5.2022 – Rs. C-377/20) – *Servizio Elettrico Nazionale* u. a.; ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 165 (Urt. v. 30.1.2020 – Rs. C-307/18) – *Generics (UK)* u. a.; ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 140 (Urt. v. 6.9.2017 – Rs. C-413/14 P) – *Intel/Kommission*; N&R 2012, 185, 187 = ECLI:EU:C:2012:172, Rn. 41 (Urt. v. 27.3.2012 – Rs. C-209/10) – *Post Danmark*.

marktbeherrschende Unternehmen erbringen.¹⁴⁰ Die Beurteilung einer solchen Rechtfertigung setzt insbesondere eine Abwägung der für den Wettbewerb vorteilhaften und nachteiligen Auswirkungen der beanstandeten Praxis voraus.¹⁴¹ Diese Abwägung wiederum erfordert eine objektive Analyse der Auswirkungen des Verhaltens auf den Markt.¹⁴²

In diesem Zusammenhang kann ggf. auch auf die Vorgehensweise der Kommission zurückgegriffen werden. Diese hält es bei der Prüfung eines potentiellen Verdrängungsmissbrauchs für zielführend, die tatsächliche bzw. voraussichtliche künftige Situation auf dem relevanten Markt (mit dem fraglichen Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens) unter Berücksichtigung einschlägiger Geschäftspraktiken mit einer geeigneten kontrafaktischen Fallkonstellation, in der das marktbeherrschende Unternehmen nicht auf die fragliche Verhaltensweise zurückgreift, oder mit einem anderen realistischen Szenario zu vergleichen.¹⁴³

Mit Blick auf die hier in Rede stehenden Überbauszenarien ist jedenfalls zu berücksichtigen, wie sich die Wettbewerbsbedingungen ohne das möglicherweise missbräuchliche Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens entwickeln würden. Würde der Marktbeherrscher von einem Überbau absehen, könnte der ausbauwillige Wettbewerber sein Glasfasernetz ausbauen und müsste jedenfalls in aller Regel keinen Parallelausbau durch einen weiteren Wettbewerber fürchten (auch wenn ein solcher im Einzelfall auch nicht völlig ausgeschlossen ist¹⁴⁴). Denn in den hier relevanten Gebieten ist ja gerade nur ein einziges Glasfasernetz ökonomisch tragfähig. Damit würde der ausbauende Wettbewerber in diesem Gebiet grundsätzlich über ein dauerhaftes Netzmonopol verfügen.

Solange noch eine Substitutionskette zu den kupferbasierten Anschlussprodukten besteht, wäre der ausbauende Wettbewerber als Betreiber dieses Netzes zwar noch einer wettbewerblichen Kontrolle durch die Anbieter dieser Produkte auf der Altinfrastruktur (insbesondere) der TDG unterworfen. Wenn diese Kette mit zunehmenden Geschwindigkeits- und Qualitätsanforderungen der Endkunden jedoch irgendwann reißen sollte, würde dieser Betreiber aber über wettbewerblich nur noch unzureichend kontrollierte Verhaltensspielräume verfügen. Und auch schon vorher wäre der Teil der Endkunden, der bereits jetzt hochwertige Anschlussprodukte nachfragt, auf die Nutzung dieses Glasfasernetzes verwiesen.

¹⁴⁰ EuGH, N&R 2022, 151, 152 = ECLI:EU:C:2022:379, Rn. 46 ff. (Urt. v. 12.5.2022 – Rs. C-377/20) – *Servizio Elettrico Nazionale u. a.*; ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 165 f. (Urt. v. 30.1.2020 – Rs. C-307/18) – *Generics (UK) u. a.*; N&R 2012, 185, 187 = ECLI:EU:C:2012:172, Rn. 42 (Urt. v. 27.3.2012 – Rs. C-209/10) – *Post Danmark*.

¹⁴¹ EuGH, ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 167 (Urt. v. 30.1.2020 – Rs. C-307/18) – *Generics (UK) u. a.*; ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 140 (Urt. v. 6.9.2017 – Rs. C-413/14 P) – *Intel/Kommission*.

¹⁴² EuGH, ECLI:EU:C:2020:52, Rn. 167 (Urt. v. 30.1.2020 – Rs. C-307/18) – *Generics (UK) u. a.*

¹⁴³ Kommission, Prioritätenmitteilung (Fn. 69), ABl. EU 2009 C 45, 7, 11 Tz. 21.

¹⁴⁴ Zu denken ist evtl. an Fälle, in denen der überbauende Wettbewerber bereits Nachbargemeinden oder andere Ortsteile erschlossen hat, so dass mit der dann flächendeckend(er)en Präsenz auch Vermarktungs- und Prestigevorteile verbunden sind.

Der Glasfaserausbau durch einen Wettbewerber ist für die Verbraucher daher zwar insoweit vorteilhafter als ein entsprechender Ausbau durch die TDG, als nun eine zweite Anschlussinfrastruktur besteht, die neben das Kupferkabelnetz der TDG tritt und damit die Auswahlmöglichkeiten der Verbraucher erhöht. Er kann jedoch auch mit wettbewerblichen Risiken verbunden sein, wenn der Zugang zum Netz des Wettbewerbers nicht zumindest ähnlich abgesichert ist, wie es (bislang) der Zugang zum Glasfasernetz der TDG ist.¹⁴⁵ Dort wird durch marktrelevante Vorleistungsvereinbarungen und das Sicherheitsnetz der Zugangsregulierung sichergestellt, dass auch andere Anbieter zu wettbewerbskonformen Konditionen Endkundenangebote bereitstellen können. Fehlt es an vergleichbaren Sicherungen in Bezug auf das auszubauende Glasfasernetz des Wettbewerbers, könnte der Verzicht auf einen Überbau durch die TDG zu einer für den Verbraucher nachteilige(re)n Situation führen, als sie bei einem Überbau oder einem alleinigen Ausbau durch die TDG zu erwarten wäre.¹⁴⁶ Das spricht dafür, dass der Überbau in einer solchen Konstellation objektiv gerechtfertigt sein kann. Damit dürfte eine Einstufung einer Überbauaktivität der TDG als Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung jedenfalls grundsätzlich davon abhängen, ob ein wettbewerbskonformer Zugang anderer Anbieter zu dem potentiell überbauten Netz langfristig sichergestellt ist.

Sollten freiwillige „Open Access“-Zugangsmöglichkeiten zu regionalen Glasfaseranschlussnetzen in der Praxis nicht oder nur zurückhaltend in Anspruch genommen werden, könnte das dafür sprechen, dass die Zugangsbedingungen – und damit insbesondere die Zugangsentgelte – nicht wettbewerbskonform sind. Damit könnte der Überbau eines solchen Netzes zum einen betriebswirtschaftlich rational und zum anderen aus der Perspektive des Missbrauchsverbots objektiv gerechtfertigt sein.

Diese Einschätzung könnte sich wiederum ändern, wenn – etwa bei einer künftigen Anpassung des Regulierungsrahmens – auch zum Glasfasernetz der TDG kein wettbewerbskonformer Zugang mehr sichergestellt sein sollte. Denn dann wäre die Existenz eines regionalen Wettbewerbermonopols auch aus Verbrauchersicht nicht per se negativer zu beurteilen als die Existenz eines Monopols der TDG. Ob bei einer solchen hypothetischen Entwicklung die Möglichkeit, einen wettbewerbskonformen Zugang zu dem Glasfasernetz der TDG auf Grundlage der Ex-post-Missbrauchsaufsicht durchzusetzen, ausreichend wäre, um einen im Einzelfall wettbewerbsverdrängenden Überbau durch das marktbeherrschende Unternehmen aus wettbewerbsrechtlicher Sicht hinzunehmen, erscheint nicht per se ausgeschlossen, wäre angesichts der Unumkehrbarkeit der von ihm ausgehenden Verdrängungswirkung aber jedenfalls noch diskussionsbedürftig.

Sollte demgegenüber umgekehrt künftig durch regulatorische Maßnahmen – etwa durch regional differenzierte Maßnahmen der marktmachtabhängigen (SMP-) Regulierung oder symmetrische Zugangsverpflichtungen – ein wettbewerbskonformer Zugang zu den Wettbewerbernetzen sichergestellt werden, dürften damit auch beim Fehlen freiwilliger

¹⁴⁵ Auf diese Risiken weist Heyers, LRZ 2023, Rn. 410 f., völlig zu Recht hin.

¹⁴⁶ Siehe dazu bereits oben, unter Kapitel 1.1 .

„Open Access“-Zugangsangebote die entsprechenden Wettbewerbsgefahren eingeeht sein. Für die aktuelle Situation und die Frage, wie die gegenwärtige Überbauaktivität der TDG wettbewerbsrechtlich zu bewerten ist, spielt aber auch eine solche hypothetische Fortentwicklung des Regulierungsrahmens zunächst keine Rolle.

3.1.1.1.1.4 Zusammenhang zwischen der Marktbeherrschung und dem missbräuchlichen Verhalten bzw. den Auswirkungen des Missbrauchs

Zu guter Letzt stellt sich die Frage, ob ein bestimmter Zusammenhang zwischen der marktbeherrschenden Stellung auf der einen Seite und dem missbräuchlichen Verhalten oder zumindest seinen Auswirkungen auf der anderen Seite bestehen muss.¹⁴⁷

Nach der Rechtsprechung des EuGH bedarf es insoweit jedenfalls keines kausalen Zusammenhangs zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem missbräuchlichen Verhalten.¹⁴⁸ Dahinter steht die Erwägung, dass bei marktbeherrschenden Unternehmen auch ein Marktverhalten, das unter Wettbewerbsbedingungen nicht zu beanstanden wäre, in den Dienst der Marktbeherrschung gestellt werden kann.¹⁴⁹

Gefordert wird daher lediglich ein normativer Zusammenhang zwischen der marktbeherrschenden Stellung und den Auswirkungen des missbräuchlichen Verhaltens.¹⁵⁰ So müsse bei Behinderungspraktiken, die auch im Fokus der hiesigen Betrachtung stehen, die Marktbeherrschung wesentliche Bedingung oder Grund für Existenz und Ausmaß der wettbewerbsschädigenden Wirkung sein.¹⁵¹ In den hier relevanten Überbaukonstellationen ergibt sich die wettbewerbsschädigende Wirkung aus der Abschreckungswirkung, die gerade von den besonderen wettbewerblichen Möglichkeiten des Marktbeherrschers getragen wird, bzw. aus der ungleichen Ausgangssituation im Wettbewerb „um das Netz“, die sich aus der marktbeherrschenden Stellung ergibt. Damit wird man den erforderlichen (normativen) Zusammenhang zwischen der marktbeherrschenden Stellung und den wettbewerbsschädigenden Auswirkungen des missbräuchlichen Verhaltens bejahen können.

3.1.1.1.2 Durchsetzungsoptionen

Neben der Frage, in welchen Fällen das EU-Wettbewerbsrecht überhaupt Handlungsmöglichkeiten eröffnet, ist weiter zu klären, wie diese Möglichkeiten ausgestaltet sind. Von diesen hängt entscheidend ab, wie wirksam das EU-Wettbewerbsrecht bei der

¹⁴⁷ Die darüber hinaus ebenfalls denkbare Frage nach dem Marktbezug soll vorliegend nicht vertieft werden. Denn durch eine etwaige Verdrängung von ausbauwilligen Wettbewerbern ist jedenfalls auch das Leistungsangebot auf dem hier beherrschten Markt für den lokalen Zugang zur Teilnehmeranschlusssleitung betroffen.

¹⁴⁸ EuGH, ECLI:EU:C:1973:22, Rn. 27 (Urt. v. 21.2.1973 – Rs. 6/72) – *Europemballage Corporation und Continental Can Company/Kommission*; siehe auch EuGH, ECLI:EU:C:1979:36, Rn. 91 (Urt. v. 13.2.1979 – Rs. 85/76) – *Hoffmann-La Roche/Kommission*.

¹⁴⁹ Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 6. A., 2019, Art. 102 AEUV Rn. 136.

¹⁵⁰ Fuchs (Fn. 149), Art. 102 AEUV Rn. 136.

¹⁵¹ Fuchs (Fn. 149), Art. 102 AEUV Rn. 136 m. w. N.

Unterbindung verbotener Überbaupraktiken in der Praxis überhaupt sein kann. Dabei kann zwischen der behördlichen und privaten Rechtsdurchsetzung unterschieden werden.

3.1.1.1.2.1 Behördliche Durchsetzungsoptionen

Nach Art. 5 S. 1 der Wettbewerbsverordnung (EU) Nr. 1/2003 sind die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten für die Anwendung (auch) von Art. 102 AEUV in Einzelfällen zuständig. Diese Zuständigkeit endet nach Art. 11 Abs. 6 S. 1 der Verordnung, wenn die Kommission ihrerseits ein Aufsichtsverfahren auf Grundlage des primärrechtlichen Missbrauchsverbots einleitet, das sich auf dieselben mutmaßlichen Zuwiderhandlungen bezieht.¹⁵² Die hiesige Darstellung konzentriert sich auch aus Gründen der Übersichtlichkeit auf den (Regel-)Fall der Zuständigkeit der nationalen Wettbewerbsbehörde, in Deutschland also des BKartA.

3.1.1.1.2.1.1 Abstellungsverfügung (§ 32 Abs. 1, 2 und 2a GWB)

Wichtigstes Durchsetzungsinstrument im Falle einer Zuwiderhandlung gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften (auch des AEUV) ist die Abstellungsverfügung nach § 32 GWB. Mit ihr kann das marktbeherrschende Unternehmen verpflichtet werden, einen solchen Verstoß „abzustellen“ (§ 32 Abs. 1 GWB). Eine Abstellungsverfügung nach § 32 Abs. 1 GWB setzt damit eine Zuwiderhandlung gegen eine wettbewerbsrechtliche Vorschrift voraus, vorliegend also gegen das Missbrauchsverbot aus Art. 102 AEUV. Diese Zuwiderhandlung muss zumindest der Sache nach durch die Verfügung festgestellt werden.¹⁵³ Da die Abstellungsverfügung auf die Beendigung der Zuwiderhandlung gerichtet ist („eine Zuwiderhandlung ... abzustellen“), setzt ihr Erlass voraus, dass die Zuwiderhandlung noch begangen wird.¹⁵⁴ Hierfür reicht der Rechtsprechung zufolge allerdings aus, dass der Verstoß unmittelbar bevorsteht, wenn also eine konkrete Erstbegehungs- oder Wiederholungsgefahr besteht.¹⁵⁵ Ist der Verstoß hingegen beendet und besteht auch keine konkrete Wiederholungsgefahr, kommt der Erlass einer Abstellungsverfügung nicht mehr in Betracht.¹⁵⁶

Sollte der Marktmachtmissbrauch darin liegen, dass während der Vorvermarktungsphase eines Wettbewerbers ein eigener (Parallel-)Ausbau angekündigt wird, dürfte jedenfalls in aller Regel dieser konkrete Verstoß bereits beendet sein, bevor die Wettbewerbsbehörde

¹⁵² EuGH, ECLI:EU:C:2021:139, Rn. 30 (Urt. v. 25.2.2021 – Rs. C-857/19) – *Slovak Telekom; Bunte/Stancke* (Fn. 53), § 2 Rn. 34 (S. 67).

¹⁵³ *Bechtold/Bosch*, GWB, 10. A., 2021, § 32 Rn. 9; *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 6. A., 2020, § 32 GWB Rn. 28.

¹⁵⁴ *Bechtold/Bosch* (Fn. 153), § 32 Rn. 10.

¹⁵⁵ BGH, WRP 2018, 342, 345 Rn. 38 (Beschl. v. 14.11.2017 – Az. KVR 57/16) – *EDEKA/Kaiser's Tengelmann I*; *Bechtold/Bosch* (Fn. 153), § 32 Rn. 10; *Emmerich* (Fn. 153), § 32 GWB Rn. 9.

¹⁵⁶ *Bechtold/Bosch* (Fn. 153), § 32 Rn. 10; *Emmerich* (Fn. 153), § 32 GWB Rn. 52; siehe auch BGH, WRP 2008, 1456, 1462 Rn. 53 (Beschl. v. 14.8.2008 – Az. KVR 54/07) – *Lottoblock*.

tätig werden kann.¹⁵⁷ Denn bereits durch die erstmalige Ankündigung wird eine Abschreckungswirkung erzielt, die dazu führen kann, dass die Ausbauplanung des erstausbauwilligen Unternehmens nicht mehr umgesetzt werden kann. Allerdings dürfte in einem solchen Fall zumindest oftmals die konkrete Gefahr der Wiederholung drohen.¹⁵⁸ Man könnte hier also eigentlich einen unmittelbar bevorstehenden Verstoß annehmen, was zum Erlass einer Abstellungsverfügung ausreichen würde. In der Praxis dürfte der Abschluss eines wettbewerbsbehördlichen Missbrauchsverfahrens aber einige Zeit in Anspruch nehmen. Die Ausbauankündigung wird daher voraussichtlich mehrfach wiederholt und evtl. bereits mit dem Netzausbau (durch eines der beiden Unternehmen oder sogar durch beide Unternehmen) begonnen worden sein, bevor der Erlass einer Abstellungsverfügung überhaupt in Betracht kommt. Hier könnte dann vielleicht noch erwogen werden, ob auch in einem Netzausbau ein Marktmachtmissbrauch zu sehen sein kann, wenn er auf eine missbräuchliche Ausbauankündigung hin erfolgt ist. Dieser Netzausbau könnte dann wiederum zum Gegenstand einer Abstellungsverfügung gemacht werden. Entsprechendes gilt, wenn es im konkreten Fall überhaupt keine Ausbauankündigung gegeben hat und der Marktmachtmissbrauch im konkreten Fall allein im Überbau liegen sollte (was, wie gezeigt, wohl nur unter engeren Voraussetzungen in Betracht kommen dürfte).

Der Regelungsgehalt einer Abstellungsverfügung ist auf die Abstellung der Zuwiderhandlung gerichtet. Dem marktbeherrschenden Unternehmen wird also verboten, die festgestellte Zuwiderhandlung fortzuführen. Künftige Zuwiderhandlungen gleicher Art werden von diesem Verbot nicht umfasst.¹⁵⁹ Es würde sich somit in den hier betrachteten Konstellationen jedenfalls grundsätzlich nicht auf eine künftige Überbauaktivität in anderen Gebieten beziehen können.

Um die Zuwiderhandlung wirksam abzustellen, kann das BKartA über die bloße (negative) Untersagung des verbotenen Verhaltens hinaus dem marktbeherrschenden Unternehmen „alle erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art vorschreiben, die gegenüber der festgestellten Zuwiderhandlung verhältnismäßig und für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich sind“ (§ 32 Abs. 2 S. 1 GWB). Strukturelle Maßnahmen kommen dabei jedoch nur unter qualifizierten Voraussetzungen¹⁶⁰ in Betracht (§ 32 Abs. 2 S. 2 GWB).

Soweit der Marktmachtmissbrauch in einer unmittelbar bevorstehenden neuerlichen Ausbauankündigung liegt, wäre diese somit zu untersagen. Dies könnte auch die Ankündigung umsetzende Maßnahmen etwa im Bereich der Kundenakquise und der Netzausbauvorbereitung umfassen, um den Marktmachtmissbrauch wirksam abzustellen,

¹⁵⁷ Denkbar, aber nicht unproblematisch wäre es, aus dem Fortbestand der Beeinträchtigung auf die Fortdauer des Verstoßes zu schließen, siehe hierzu *Emmerich* (Fn. 153), § 32 GWB Rn. 39.

¹⁵⁸ Zu dieser Frage allgemein auch *Emmerich* (Fn. 153), § 32 GWB Rn. 25.

¹⁵⁹ *Bechtold/Bosch* (Fn. 153), § 32 Rn. 12.

¹⁶⁰ Verhaltensorientierte Abhilfemaßnahmen dürfen nicht gleich wirksam sein oder müssten bei gleicher Wirksamkeit mit einer größeren Eingriffsintensität verbunden sein.

jedenfalls soweit diese Maßnahmen von Dritten als Festhalten an der Ausbauankündigung verstanden werden können.

Fraglich ist jedoch, welche Abhilfemaßnahmen ergriffen werden könnten, wenn bereits mit dem tatsächlichen Netzüberbau begonnen wurde und sich gerade (auch) dieser als (ggf. die Ausbauankündigung fortsetzender und vertiefender) Marktmachtmissbrauch darstellen sollte. Grundsätzlich wäre hier nicht nur der weitere Netzausbau zu untersagen. Vielmehr könnte auch zu erwägen sein, das überbauende Unternehmen zur Beseitigung des bereits erfolgten Überbaus zu verpflichten (oder als weniger eingriffsintensives Minus von einem Weiterbetrieb des Netzes abzusehen). Hiermit sind allerdings potentiell schwerwiegende Folgen verbunden, so dass bei der Ausübung des diesbezüglichen Entschließungs- und Auswahlermessens¹⁶¹ die Verhältnismäßigkeit eines solchen Verbots im Blick behalten werden muss. Dabei mögen die diesbezüglichen Grenzen in Bezug auf das überbauende Unternehmen selbst u. U. noch vergleichsweise weit gezogen sein, da es hier ja um die Folgen eines objektiven Marktmachtmissbrauchs gerade durch dieses Unternehmen ginge.¹⁶² Von einem Rückbau bzw. einer Außerbetriebnahme des Glasfasernetzes können jedoch auch Endkunden betroffen sein, die bereits auf diese Infrastruktur gewechselt sind. Hier könnte das Verbraucherinteresse im Einzelfall gegen einen Rückbau bzw. eine Außerbetriebnahme des Netzes sprechen, zumindest soweit es um Anschlüsse geht, für die (noch) kein Anschluss an das Netz des erstausbauenden Unternehmens verfügbar ist.

Verpflichtungen zur Beseitigung schon eingetretener Schäden können lediglich unter den Voraussetzungen des § 32 Abs. 2a GWB auferlegt werden.¹⁶³ Dieser Vorschrift zufolge kann in der Abstellungsverfügung – unter Schätzung etwaiger Zinsvorteile (§ 32 Abs. 2a S. 2 GWB) – eine Rückerstattung der aus dem wettbewerbswidrigen Verhalten erwirtschafteten Vorteile angeordnet werden. Das setzt voraus, dass durch den Wettbewerbsrechtsverstoß – namentlich in Form eines Ausbeutungsmissbrauchs oder der Ausplünderung der Kunden durch ein Kartell¹⁶⁴ – überhaupt geldwerte Vorteile erlangt wurden,¹⁶⁵ die in bezifferbarer Weise an bestimmbare Personen rückerstattet werden können.¹⁶⁶ Jedenfalls Letzteres dürfte in den hier in Rede stehenden

¹⁶¹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.1.2019 – Az. VI-Kart 7/16 (V), Rn. 101 (NRWE); zum Entschließungsermessen auch *Emmerich* (Fn. 153), § 32 GWB Rn. 14; zum Auswahlermessen *Emmerich* (Fn. 153), § 32 GWB Rn. 36.

¹⁶² Zur Entwertung von Investitionen als Folge eines (privatrechtlichen) Unterlassungsanspruchs *Franck*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 153), § 33 GWB Rn. 17. Dass Abhilfemaßnahmen im Einzelfall sehr eingriffsintensiv sein können, zeigt sich auch daran, dass sie unter bestimmten Voraussetzungen sogar die Veräußerung von Geschäftsbereichen umfassen können, siehe dazu *Emmerich* (Fn. 153), § 32 GWB Rn. 31.

¹⁶³ *Bechtold/Bosch* (Fn. 153), § 32 Rn. 14.

¹⁶⁴ *Emmerich* (Fn. 153), § 32 GWB Rn. 42.

¹⁶⁵ *Bechtold/Bosch* (Fn. 153), § 32 Rn. 20; etwas einschränkend („in erster Linie“) *Emmerich* (Fn. 153), § 32 GWB Rn. 41.

¹⁶⁶ *Bechtold/Bosch* (Fn. 153), § 32 Rn. 22; siehe auch *Emmerich* (Fn. 153), § 32 GWB Rn. 41.

Überbaukonstellationen, die sich im Einzelfall als Verdrängungsmissbrauch darstellen können, zumindest nicht ohne weiteres der Fall sein.

3.1.1.1.2.1.2 Feststellungsverfügung (§ 32 Abs. 3 GWB)

Ist eine Zuwiderhandlung beendet (und fehlt es auch an der konkreten Gefahr einer Wiederholung), kommt, wie dargestellt, der Erlass einer Abstellungsverfügung nicht in Betracht. Gemäß § 32 Abs. 3 GWB kann das BKartA in einem solchen Fall aber dennoch eine Entscheidung erlassen, mit der die (beendete) Zuwiderhandlung festgestellt wird. Voraussetzung hierfür ist nicht nur, dass die Zuwiderhandlung tatsächlich beendet ist (und auch keine unmittelbare Wiederholungsgefahr gegeben ist).¹⁶⁷ Darüber hinaus muss an dem Erlass einer solchen Feststellungsverfügung auch ein berechtigtes Interesse bestehen. Ein solches Feststellungsinteresse liegt insbesondere vor, wenn die Gefahr besteht, dass das marktbeherrschende Unternehmen die beanstandete Praxis wieder aufnimmt,¹⁶⁸ ohne dass eine solche Wiederholung schon unmittelbar droht. Die Feststellungsverfügung kann insoweit auch der Klarstellung der Rechtslage dienen.¹⁶⁹ Ob sich ein Feststellungsinteresse überdies daraus ergeben kann, dass die Feststellungsverfügung als Grundlage für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch betroffene Dritte dienen könnte, ist umstritten.¹⁷⁰

3.1.1.1.2.1.3 Einstweilige Maßnahmen (§ 32a GWB)

Gerade mit Blick auf die in Überbaukonstellationen besonders problematischen Ankündigungsfälle kann der wettbewerbliche Schaden bereits eingetreten sein, bevor das wettbewerbsbehördliche Missbrauchsverfahren abgeschlossen ist. Insoweit kommt der Möglichkeit erhebliche praktische Bedeutung zu, während eines laufenden Missbrauchs(hauptsache)verfahrens¹⁷¹ eine einstweilige Maßnahme zu erlassen. Über die Anordnung, ein bestimmtes Verhalten (vorläufig) zu unterlassen, hinaus können auch (weitere) vorläufige und sichernde Maßnahmen ergehen, die sich allerdings im Rahmen dessen bewegen müssen, was auch im Hauptsacheverfahren in Betracht käme.¹⁷² Einstweilige Maßnahmen sind zu befristen und sollen auch nach einer möglichen Verlängerung nicht länger als ein Jahr gelten (§ 32a Abs. 2 GWB).¹⁷³ Insoweit besteht zwar ein Restermessen, das es erlaubt, in atypischen Fällen einstweilige Maßnahmen auch über

¹⁶⁷ *Bechtold/Bosch* (Fn. 153), § 32 Rn. 23.

¹⁶⁸ *Bechtold/Bosch* (Fn. 153), § 32 Rn. 24.

¹⁶⁹ *Bechtold/Bosch* (Fn. 153), § 32 Rn. 24.

¹⁷⁰ Bejahend *Bechtold/Bosch* (Fn. 153), § 32 Rn. 24; *Emmerich* (Fn. 153), § 32 GWB Rn. 54; jeweils m. w. N. auch zur Gegenansicht.

¹⁷¹ *Bach*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Fn. 153), § 32a GWB Rn. 4.

¹⁷² *Bechtold/Bosch* (Fn. 153), § 32a Rn. 9.

¹⁷³ Dahinter steht allerdings nicht der Gedanke, dass das marktbeherrschende Unternehmen nach Ablauf dieser Frist das potentiell missbräuchliche Verhalten bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens wieder aufnehmen darf. Vielmehr soll mit dieser Fristvorgabe die Notwendigkeit zum Ausdruck gebracht werden, jenes Hauptsacheverfahren schnellstmöglich zum Abschluss zu bringen, wenn schon der Erlass einer einstweiligen Maßnahme erforderlich war, siehe *Bach* (Fn. 171), § 32a GWB Rn. 23.

den Zeitraum eines Jahres hinaus beizubehalten.¹⁷⁴ Geht man jedoch davon aus, dass es gerade in den besonders problematischen Ankündigungsfällen ausreichen könnte, dem erstausbauwilligen Unternehmen einen gewissen Zeitraum für eine von Überbauankündigungen ungestörte Vorvermarktung einzuräumen,¹⁷⁵ dann mag diese Höchstfrist u. U. sogar ausreichend bemessen sein.¹⁷⁶

Voraussetzung für den Erlass solcher einstweiligen Maßnahmen ist, erstens, dass eine Zuwiderhandlung (u. a.) gegen Art. 102 AEUV überwiegend wahrscheinlich erscheint (§ 32a Abs. 1 S. 1 GWB) (Anordnungsanspruch). Es ist also ausreichend, dass die Feststellung eines Verstoßes im Hauptsacheverfahren nach vorläufiger Prüfung wahrscheinlicher ist als das Gegenteil¹⁷⁷ bzw. dass auf Grundlage einer summarischen Prüfung gute Gründe für das Vorliegen einer Zuwiderhandlung sprechen.¹⁷⁸ Hier könnten Erfahrungen aus vorherigen Verfahren dabei helfen, die Prognose zusätzlich abzustützen.

Der Erlass einer einstweiligen Maßnahme setzt aber vor allem, zweitens, voraus, dass die Maßnahme zum Schutz des Wettbewerbs oder aufgrund einer unmittelbar drohenden, schwerwiegenden Beeinträchtigung eines anderen Unternehmens geboten ist (Anordnungsgrund). Der Schutz des Wettbewerbs als eine der beiden Alternativen setzt voraus, dass durch die Zuwiderhandlung (gegen das Missbrauchsverbot) die Marktstruktur negativ verändert oder auf andere Weise stark in den Wettbewerb eingegriffen wird.¹⁷⁹ Die andere – wettbewerberbezogene – Alternative stellt noch weitergehende Anforderungen.¹⁸⁰ Unmittelbar droht die Beeinträchtigung eines anderen Unternehmens, wenn sie bereits andauert oder in nächster Zukunft zu erwarten ist.¹⁸¹ Hinreichend schwerwiegend ist sie, wenn die Wettbewerbsposition des beeinträchtigten Unternehmens nachhaltig beschädigt werden kann oder sogar ein Marktaustritt zu befürchten ist.¹⁸² Gibt das marktbeherrschende Unternehmen eine Zusage ab, das Verhalten abzustellen, ist u. U. der Erlass einer einstweiligen Maßnahme zum Schutz von Wettbewerb und/oder Wettbewerbern nicht mehr geboten.¹⁸³

Auch wenn diese beiden Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Maßnahme vorliegen, scheidet er aber aus, wenn das marktbeherrschende Unternehmen Tatsachen

¹⁷⁴ *Bach* (Fn. 171), § 32a GWB Rn. 24.

¹⁷⁵ Siehe oben, unter 3.1.1.1.1.2 (S. 60).

¹⁷⁶ Zu berücksichtigen ist allerdings, dass es in der Praxis durchaus bereits zu einer Überbauankündigung gekommen sein dürfte, bevor ein wettbewerbsbehördliches (Eil-)Verfahren eingeleitet werden kann. Dann ist es evtl. bereits zur Verunsicherung bei potentiellen Kunden gekommen, so dass es hier u. U. einer längeren „Stillhaltefrist“ bedürfte als in den Fällen, in denen schon keine Überbauankündigung erfolgt ist.

¹⁷⁷ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/23492, 55, 86 (zu Art. 1 Nr. 6); *Bechtold/Bosch* (Fn. 153), § 32a Rn. 4.

¹⁷⁸ *Bach* (Fn. 171), § 32a GWB Rn. 5.

¹⁷⁹ *Bechtold/Bosch* (Fn. 153), § 32a Rn. 5.

¹⁸⁰ *Bechtold/Bosch* (Fn. 153), § 32a Rn. 6.

¹⁸¹ *Bechtold/Bosch* (Fn. 153), § 32a Rn. 6.

¹⁸² *Bechtold/Bosch* (Fn. 153), § 32a Rn. 6.

¹⁸³ Siehe im Einzelnen *Bechtold/Bosch* (Fn. 153), § 32a Rn. 9.

glaubhaft macht, auf deren Grundlage die Anordnung eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte (§ 32a Abs. 1 S. 2 GWB).

Bezogen auf die hier in Rede stehenden Konstellationen dürfte eine Schwierigkeit in dem punktuellen Charakter der jeweiligen Überbauaktivität liegen. Nimmt man nur das konkret betroffene Ausbaug Gebiet in den Blick, wird es zumindest einigen argumentativen Aufwands bedürfen, um gerade die dort drohende Verdrängung eines ausbauwilligen Wettbewerbers als *starken* Eingriff in den Wettbewerb oder als *nachhaltige* Beeinträchtigung seiner Wettbewerbsposition zu qualifizieren. Eher wird sich ein Anordnungsgrund ergeben können, wenn man den Blick auf die Abschreckungswirkung richtet, die sie über das konkrete Ausbaug Gebiet hinaus ergibt, wenn also ausbauwillige Wettbewerber ähnliche Maßnahmen des überbauenden Marktbeherrschers in anderen Ausbaug Gebieten fürchten müssen. Ob eine solche Perspektivenweiterung noch vom Schutzzweck des § 32a GWB gedeckt wäre, ist aber nicht völlig eindeutig zu beantworten.

3.1.1.1.2.1.4 Sektoruntersuchung (§ 32e GWB)

Über den konkreten Einzelfall hinaus weist schließlich das in § 32e GWB geregelte Instrument der Sektoruntersuchung. Die Untersuchung muss dem Ziel dienen, die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften durchzusetzen.¹⁸⁴ Die Erlangung einer verbesserten Branchenkenntnis oder die Abklärung eines möglichen Bedarfs an gesetzgeberischen Maßnahmen sind keine zulässigen Untersuchungszwecke.¹⁸⁵

Im Rahmen einer Sektoruntersuchung stehen dem BKartA weitreichende Ermittlungsbefugnisse zu (§ 32e Abs. 2 und 4 GWB). Die Ergebnisse der Untersuchung können – müssen aber nicht¹⁸⁶ – in einem Bericht veröffentlicht werden (§ 32e Abs. 3 GWB). Darüber hinaus kann das BKartA die Ergebnisse der Untersuchung auch zur Grundlage von Verfahren gegen einzelne Unternehmen machen.¹⁸⁷

Voraussetzung für die Durchführung einer Sektoruntersuchung ist die durch konkrete Umstände¹⁸⁸ getragene Vermutung, „dass der Wettbewerb im Inland möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist“ (§ 32e Abs. 1 GWB). In der Behördenpraxis wurden als entsprechende Umstände eine hochkonzentrierte oder zunehmend konzentrierte Marktstruktur, lange Vertragslaufzeiten, Exklusiv- oder Kopplungsverträge, Alleinbelieferungsverpflichtungen, eine hohe Markttransparenz und gesellschaftsrechtliche Verflechtungen unter Wettbewerbern herangezogen.¹⁸⁹ Ihnen ist gemein, dass sie sich einerseits

¹⁸⁴ Bach (Fn. 171), § 32e GWB Rn. 13.

¹⁸⁵ Bach (Fn. 171), § 32e GWB Rn. 13.

¹⁸⁶ Bechtold/Bosch (Fn. 153), § 32e Rn. 9.

¹⁸⁷ Bach (Fn. 171), § 32e GWB Rn. 44; Bechtold/Bosch (Fn. 153), § 32e Rn. 9.

¹⁸⁸ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 8.5.2007 – Az. VI-Kart 5/07 (V), Rn. 20 (NRWE); Bach (Fn. 171), § 32e GWB Rn. 10; Bechtold/Bosch (Fn. 153), § 32e Rn. 7.

¹⁸⁹ Bach (Fn. 171), § 32e GWB Rn. 10 m. w. N.

naheliegenderweise gerade auch durch Wettbewerbsbeschränkungen erklären lassen, andererseits aber noch keinen Verdacht gegen ein bestimmtes Unternehmen begründen.¹⁹⁰

Mit Blick auf die hiesige Überbauproblematik könnten z. B. eine zunehmende Marktkonzentration im Bereich glasfaserbasierter Anschlüsse oder vertragliche Bindungen eines relevanten Teils der Vorleistungsnachfrager an die TDG auf entsprechende Wettbewerbsbeschränkungen hinweisen, ohne schon den Verdacht eines Marktmachtmissbrauchs zu begründen. Es ist allerdings nicht zu verkennen, dass diese Wettbewerbsbeschränkungen, sollten sie sich nach genauerer Untersuchung als gegeben erweisen, wohl auf Verhaltensweisen des marktbeherrschenden Unternehmens zurückzuführen wären. Das lässt die Sinnhaftigkeit einer Sektoruntersuchung eher zweifelhaft erscheinen.

3.1.1.1.2.2 Private Durchsetzungsoptionen

Die private Durchsetzung von Art. 102 AEUV erfolgt ebenfalls grundsätzlich auf mitgliedstaatlicher Ebene, da nach Art. 6 der Wettbewerbsverordnung (EU) Nr. 1/2003 die einzelstaatlichen Gerichte für die Anwendung (auch) des primärrechtlichen Missbrauchsverbots zuständig sind. Diese Zuständigkeit endet im Übrigen auch nicht, wenn die Kommission ein entsprechendes Aufsichtsverfahren einleitet,¹⁹¹ da es sich bei den Gerichten nicht um Behörden i. S. v. Art. 11 Abs. 6 der Verordnung handelt.¹⁹² Gemäß Art. 16 Abs. 1 S. 1 f. der Wettbewerbsverordnung (EU) Nr. 1/2003 dürfen die mitgliedstaatlichen Gerichte allerdings keine Entscheidung treffen, die einer bereits erfolgten oder auch erst beabsichtigten Entscheidung der Kommission zuwiderlaufen würde. Laufende Gerichtsverfahren müssen daher ggf. bis zu einer Entscheidung der Kommission in einem laufenden Verfahren ausgesetzt werden.¹⁹³

3.1.1.1.2.2.1 Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch (§ 33 Abs. 1 GWB)

Nach § 33 Abs. 1 Var. 1 GWB ist (u. a.) derjenige, der gegen das Missbrauchsverbot aus Art. 102 AEUV verstößt, gegenüber dem Betroffenen zur Beseitigung der Beeinträchtigung verpflichtet. Droht eine Zuwiderhandlung erst oder besteht nach erfolgter Zuwiderhandlung Wiederholungsgefahr, ist der Rechtsverletzer überdies zur Unterlassung verpflichtet (§ 33 Abs. 2, Abs. 1 Var. 2 GWB).¹⁹⁴ Anspruchsberechtigt als Betroffener ist, wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktteilnehmer durch den Verstoß beeinträchtigt ist (§ 33 Abs. 3 GWB). Eine Beeinträchtigung wird dabei für jeden angenommen, für den vorstellbar ist, dass er einen auf den Wettbewerbsrechtsverstoß zurückzuführenden

¹⁹⁰ Bach (Fn. 171), § 32e GWB Rn. 10.

¹⁹¹ Bunte/Stanke (Fn. 53), § 2 Rn. 37 (S. 67).

¹⁹² Bunte/Stanke (Fn. 53), § 2 Rn. 37 (S. 67 f.); vgl. bereits EuGH, ECLI:EU:C:1980:190, Rn. 16 (Urt. v. 10.7.1980 – Rs. 37/79) – Marty/Lauder.

¹⁹³ Bunte/Stanke (Fn. 53), § 2 Rn. 37 (S. 68).

¹⁹⁴ Zum Konkurrenzverhältnis beider Ansprüche Franck (Fn. 162), § 33 GWB Rn. 28.

Schaden erleiden könnte.¹⁹⁵ Das ist bei einem etwaigen Verdrängungs- oder Behinderungsmissbrauch jedenfalls der verdrängte bzw. behinderte Wettbewerber.

Der Beseitigungsanspruch ist darauf gerichtet, bereits eingetretene Beeinträchtigungen zu beseitigen.¹⁹⁶ Er besteht daher nur, wenn die Beeinträchtigung noch andauert.¹⁹⁷ Auf ein Verschulden des Rechtsverletzers kommt es für den Beseitigungsanspruch nicht an.¹⁹⁸ Unter sehr engen Voraussetzungen, nämlich bei bestehender oder zumindest drohender Notlage auf Seiten des beeinträchtigten Wettbewerbers,¹⁹⁹ kann der Beseitigungsanspruch auch per einstweiliger Verfügung durchgesetzt werden.²⁰⁰

Anders als eine behördliche Abstellungsverfügung, die auf eine Beendigung des wettbewerbsrechtswidrigen *Verhaltens* zielt, ist der Beseitigungsanspruch darauf gerichtet, die nachteiligen *Folgen* dieses Verhaltens (weitestmöglich) ungeschehen zu machen. Hier könnte der beeinträchtigte Wettbewerber nach einer missbräuchlichen Ausbauankündigung also u. U. verlangen, dass sich das marktbeherrschende Unternehmen von der ursprünglichen Ausbauankündigung ausdrücklich distanziert, um die negativen Auswirkungen dieser Ankündigung auf eine ggf. laufende Vorvermarktung zu beseitigen. Dem reinen Gesetzeswortlaut zufolge unterliegt der Beseitigungsanspruch keinen materiellen Beschränkungen. Dennoch wird angenommen, dass dem Verletzer die begehrte Folgenbeseitigung nicht nur möglich, sondern auch zumutbar sein muss.²⁰¹ Damit stellt sich bei einem (ggf. in der Folge einer entsprechenden Ausbauankündigung) erfolgten Überbau auch hier die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen die Beseitigung des vom Marktbeherrscher errichteten Glasfasernetzes verlangt werden kann. Jedenfalls darf aber nur die am wenigsten einschneidende Maßnahme verlangt werden und der Verletzer unter mehreren wirksamen Beseitigungsoptionen frei wählen, für welche Vorgehensweise er sich entscheidet.²⁰²

Der Unterlassungsanspruch gibt dem beeinträchtigten Unternehmen die Möglichkeit, eine Beeinträchtigung schon vorbeugend abzuwehren.²⁰³ Erforderlich ist dafür die ernsthafte Besorgnis eines zukünftigen Verstoßes durch den (potentiellen) Rechtsverletzer.²⁰⁴ Diese Begehungsfahr kann sich aus Umständen wie Ankündigungen des

195 OLG Frankfurt a. M., ZNER 2010, 72, 73 = Rn. 23 (juris) (Urt. v. 26.1.2010 – Az. 11 U 12/07 [Kart]); Baumgart, in: Säcker/Körber, TKG – TTDSG, 4. A., 2023, § 69 TKG Rn. 12; Franck (Fn. 162), § 33 GWB Rn. 15; siehe auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.2.2014 – Az. VI-U (Kart) 7/12, Rn. 26 (NRWE).

196 Bechtold/Bosch (Fn. 153), § 33 Rn. 15.

197 Bechtold/Bosch (Fn. 153), § 33 Rn. 15.

198 Bechtold/Bosch (Fn. 153), § 33 Rn. 14.

199 OLG Düsseldorf, Urt. v. 11.10.2017 – Az. VI-U (Kart) 9/17, Rn. 69 (NRWE).

200 Franck (Fn. 162), § 33 GWB Rn. 30.

201 Franck (Fn. 162), § 33 GWB Rn. 29.

202 Franck (Fn. 162), § 33 GWB Rn. 29; zur Auswahlmöglichkeit des Verletzers siehe BGH, Urt. v. 16.12.1965 – Az. KZR 1/65, Rn. 29 (juris) – *Arzneispezialitäten*; LG Köln, Urt. v. 7.5.2013 – Az. 88 O (Kart) 81/11, Rn. 274 (NRWE).

203 Bechtold/Bosch (Fn. 153), § 33 Rn. 16.

204 BGH, Urt. v. 25.2.1992 – Az. X ZR 41/90, Rn. 36 (juris) – *Nicola*; Franck (Fn. 162), § 33 GWB Rn. 11.

(potentiellen) Rechtsverletzers oder entsprechenden Vorbereitungshandlungen ergeben.²⁰⁵ Neben solchen Umständen wird bei bereits erfolgter Zuwiderhandlung von einer tatsächlichen Vermutung für weitere Wettbewerbsrechtsverstöße ausgegangen, auf die sich dann die Annahme einer Wiederholungsgefahr stützen kann.²⁰⁶ Diese Vermutung kann jedoch aus der Natur des Wettbewerbsrechtsverstosses heraus oder aufgrund weiterer Umstände wie etwa einer strafbewehrten Unterlassungserklärung widerlegt sein.²⁰⁷ Auch der Unterlassungsanspruch ist verschuldensunabhängig.²⁰⁸ Er kann wie der Beseitigungsanspruch im Falle besonderer Eilbedürftigkeit im Wege einstweiligen Rechtsschutzes durchgesetzt werden, wobei umstritten ist, ob bei bloßer Sicherung des Unterlassungsanspruchs die gegenüber einer Leistungsverfügung geringeren Voraussetzungen einer Sicherungsverfügung genügen.²⁰⁹

3.1.1.1.2.2 Schadensersatzanspruch (§ 33a Abs. 1 GWB)

Ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV kann nicht nur einen Beseitigungsanspruch nach § 33 Abs. 1 GWB zur Folge haben, sondern auch einen Schadensersatzanspruch nach § 33a Abs. 1 GWB.²¹⁰ Hat das BKartA einen solchen Verstoß bestandskräftig festgestellt, entfaltet diese Feststellung nach § 33b S. 1 GWB Bindungswirkung auch für einen etwaigen Schadensersatzprozess.²¹¹ Ein Schadensersatzanspruch setzt allerdings zusätzlich ein Verschulden des Rechtsverletzers voraus, also Vorsatz oder Fahrlässigkeit.²¹² Anspruchsberechtigt ist jeder, der einen Schaden erlitten hat, der dem Wettbewerbsrechtsverstoß zuzurechnen ist.²¹³

Für die Berechnung des Schadensersatzes ist ein Vergleich zwischen der Entwicklung aufgrund des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung und der hypothetischen Entwicklung ohne diesen Missbrauch erforderlich.²¹⁴ Das umfasst nicht nur Einbußen an bestehendem Vermögen, sondern insbesondere auch entgangenen Gewinn.²¹⁵

Eine exakte Berechnung der wirtschaftlichen Nachteile, die einem Wettbewerber durch einen Verdrängungsmisbrauch entstanden sind, wird in der Praxis oftmals und zumindest in den hier in Rede stehenden Überbaukonstellationen wohl bestenfalls in seltenen Ausnahmefällen möglich sein. § 33a Abs. 3 S. 1 GWB erlaubt daher, für die Bemessung

²⁰⁵ *Bechtold/Bosch* (Fn. 153), § 33 Rn. 16; *Franck* (Fn. 162), § 33 GWB Rn. 13.

²⁰⁶ *Bechtold/Bosch* (Fn. 153), § 33 Rn. 16; *Franck* (Fn. 162), § 33 GWB Rn. 12.

²⁰⁷ *Bechtold/Bosch* (Fn. 153), § 33 Rn. 16; vgl. auch *Franck* (Fn. 162), § 33 GWB Rn. 12.

²⁰⁸ *Bechtold/Bosch* (Fn. 153), § 33 Rn. 16.

²⁰⁹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 22.6.2010 – Az. VI-U (Kart) 9/10, Rn. 49 (NRWE).

²¹⁰ *Franck* (Fn. 162), § 33a GWB Rn. 12.

²¹¹ Es ist umstritten, ob die Vorschrift analog auch auf Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche nach § 33 GWB anwendbar ist, siehe (verneinend) *Franck* (Fn. 162), § 33b GWB Rn. 25 m. w. N. Zum eigenständigen Beweiswert von wettbewerbsbehördlichen Feststellungen und Einlassungen des Betroffenen vor der Wettbewerbsbehörde siehe *Franck* (Fn. 162), § 33a GWB Rn. 14, § 33b GWB Rn. 25.

²¹² *Franck* (Fn. 162), § 33a GWB Rn. 44.

²¹³ *Franck* (Fn. 162), § 33a GWB Rn. 18.

²¹⁴ *Bechtold/Bosch* (Fn. 153), § 33a Rn. 10 i. V. m. § 33 Rn. 36; *Franck* (Fn. 162), § 33a GWB Rn. 57.

²¹⁵ *Franck* (Fn. 162), § 33a GWB Rn. 57 f.

des Schadens auf das herabgesetzte Beweismaß des § 287 ZPO zurückzugreifen. Maßgeblich ist dann also die unter Würdigung aller Umstände gebildete freie Überzeugung des Gerichts.

3.1.1.2 Allgemeines Wettbewerbsrecht (§ 19 GWB)

Ähnlich wie Art. 102 AEUV verbietet auch § 19 Abs. 1 GWB den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.

3.1.1.2.1 Verbotenes Verhalten

Im Ausgangspunkt steht es dabei angesichts der grundrechtlich geschützten unternehmerischen Handlungsfreiheit grundsätzlich auch marktbeherrschenden Unternehmen frei, ihre geschäftliche Tätigkeit nach eigenem Ermessen so zu gestalten, wie sie dies für wirtschaftlich sinnvoll und richtig erachten.²¹⁶ Weder die marktbeherrschende Stellung noch ihre Verstärkung sind als solche wettbewerbsrechtlich verboten.²¹⁷ Wie für Art. 102 AEUV gilt aber auch für das Missbrauchsverbot des deutschen Wettbewerbsrechts, dass ein Unternehmen in beherrschender Stellung eine besondere Verantwortung dafür trägt, durch sein Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb nicht zu beeinträchtigen.²¹⁸ Deshalb zieht das Missbrauchsverbot der Entscheidungsfreiheit marktbeherrschender Unternehmen gesetzliche Grenzen.²¹⁹ Nach der Rechtsprechung des BGH liegt es damit im Wesen der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsaufsicht, dass dem marktbeherrschenden Unternehmen ein Verhalten untersagt wird, das anderen Unternehmen erlaubt wäre.²²⁰ Insbesondere können deshalb auch Verhaltensweisen verboten sein, die betriebswirtschaftlich und kaufmännisch rational sind, da sich für ein marktbeherrschendes Unternehmen der Gebrauch seiner Machtposition in aller Regel als betriebswirtschaftlich sinnvoll erweist.²²¹

§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB legt insoweit explizit fest, dass von einem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung u. a. auszugehen ist, wenn das marktbeherrschende Unternehmen Wettbewerber in unbilliger Weise behindert. Eine besondere Form eines solchen Behinderungsmissbrauchs stellt dabei auch hier der sog. Verdrängungsmissbrauch

216 BGH, WRP 2016, 1267, 1270 Rn. 31 (Urt. v. 26.1.2016 – Az. KZR 41/14) – *Jaguar-Vertragswerkstatt; Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 153), § 19 GWB Rn. 118; *Körber*, NZKart 2023, 335, 337; in Bezug auf das relative Behinderungsmissbrauchsverbot nach § 20 GWB auch BGH, NJW 2012, 773, 776 Rn. 38 (Urt. v. 24.10.2011 – Az. KZR 7/10) – *Grossistenkündigung*.

217 *Körber*, NZKart 2023, 335, 336.

218 BGH, WRP 2020, 1316, 1325 Rn. 83 (Beschl. v. 23.6.2020 – Az. KVR 69/19) – *Facebook; Bunte/Stancke* (Fn. 53), § 9 Rn. 74 (S. 364); *Körber*, NZKart 2023, 335, 337.

219 BGH, WRP 2016, 1267, 1270 Rn. 32 (Urt. v. 26.1.2016 – Az. KZR 41/14) – *Jaguar-Vertragswerkstatt; Fuchs* (Fn. 216), § 19 GWB Rn. 118.

220 BGH, WRP 2008, 823, 829 Rn. 42 (Beschl. v. 4.3.2008 – Az. KVR 21/07) – *Soda-Club II*.

221 OLG Stuttgart, Urt. v. 16.6.2003 – Az. 2 U 144/02, Rn. 158 (juris); *Fuchs* (Fn. 216), § 19 GWB Rn. 118.

dar,²²² auf den sich die obigen Ausführungen zum EU-Wettbewerbsrecht fokussieren. Wie bei der Feststellung eines Verdrängungsmissbrauchs i. S. v. Art. 102 AEUV kommt es auch für die Annahme eines Behinderungsmissbrauchs nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB nicht auf eine entsprechende Absicht des marktbeherrschenden Unternehmens an.²²³ Erforderlich ist vielmehr ausweislich des Gesetzeswortlauts, erstens, eine Behinderung von Wettbewerbern, die, zweitens, als unbillig zu qualifizieren sein muss.

3.1.1.2.1.1 Behinderung von Wettbewerbern

Eine Behinderung i. S. v. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB liegt bei jeder Beeinträchtigung der wettbewerblichen Betätigungsmöglichkeiten eines anderen Unternehmens vor.²²⁴ Erfasst ist also jedes Marktverhalten, das objektiv nachteilige Auswirkungen für den Betroffenen hat.²²⁵ Der Wortlaut der Vorschrift legt die Annahme nahe, dass es tatsächlich zu einer solchen Beeinträchtigung gekommen sein muss.²²⁶ In der neueren Rechtsprechung des BGH finden sich jedoch Aussagen, die zumindest eine gewisse Angleichung an die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 102 AEUV nahelegen, wenn die bloße objektive Eignung zur spürbaren Beeinträchtigung der Marktverhältnisse für ausreichend erachtet und tatsächliche Auswirkungen des Verhaltens nicht für zwingend erforderlich gehalten werden.²²⁷

Selbst wenn man es jedoch mit dem herkömmlichen Verständnis für erforderlich achten wollte, dass es tatsächlich zu einer Beeinträchtigung gekommen sein muss, wird diese Voraussetzung in den hier betrachteten Überbaukonstellationen in aller Regel erfüllt sein. Denn wenn das marktbeherrschende Unternehmen in einer Region, in der nur ein einziges Glasfasernetz ökonomisch tragfähig ist oder erst eine Mischkalkulation²²⁸ den eigenwirtschaftlichen Ausbau ermöglicht, einen eigenen Netzausbau ankündigt oder sogar durchführt, wird hierdurch der Geschäftsplan eines Wettbewerbers, der hier zuerst einen geplanten Netzausbau angekündigt oder sogar begonnen hat, objektiv nachteilig betroffen. Denn er muss sich dann die potentielle Kundenbasis mit einem anderen Unternehmen teilen, obwohl es für einen tragfähigen Betrieb des Netzes objektiv erforderlich wäre, sie weitestmöglich allein zu erschließen. Damit ist aber ausdrücklich gerade *nicht* gesagt,

²²² Vgl. BGH, WRP 2008, 823, 828 Rn. 36 (Beschl. v. 4.3.2008 – Az. KVR 21/07) – *Soda-Club II*.

²²³ *Fuchs* (Fn. 216), § 19 GWB Rn. 87.

²²⁴ BGH, ZNER 2013, 260, 263 Rn. 38 (Beschl. v. 6.11.2012 – Az. KVR 54/11) – *Gasversorgung Ahrensburg*; WRP 2007, 660, 661 Rn. 13 (Urt. v. 7.11.2006 – Az. KZR 2/06) – *Bevorzugung einer Behinderterwerkstatt*; *Bunte/Stancke* (Fn. 53), § 9 Rn. 73 (S. 364); *Fuchs* (Fn. 216), § 19 GWB Rn. 84; *Körber*, NZKart 2023, 335, 337.

²²⁵ BGH, NJW 1998, 3778, 3779 = Rn. 22 (juris) (Urt. v. 14.7.1998 – Az. KZR 1/97) – *Schilderpräger im Landratsamt*; *Heyers*, LRZ 2023, Rn. 394.

²²⁶ So etwa *Fuchs* (Fn. 216), § 19 GWB Rn. 86.

²²⁷ BGH, WRP 2020, 1316, 1325 Rn. 83 (Beschl. v. 23.6.2020 – Az. KVR 69/19) – *Facebook*; *Bunte/Stancke* (Fn. 53), § 9 Rn. 74 (S. 364). Zu § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB a. F. auch BGH, ZNER 2013, 260, 263 Rn. 41 (Beschl. v. 6.11.2012 – Az. KVR 54/11) – *Gasversorgung Ahrensburg*.

²²⁸ Damit sind die Fälle gemeint, in denen etwa in Außenbezirken einer Gemeinde ein eigenwirtschaftlicher Ausbau isoliert betrachtet eigentlich überhaupt nicht möglich wäre und erst die Synergieeffekte mit dem (auch isoliert betrachtet tragfähigen) Ausbau etwa des Ortskerns den Ausbau auch insoweit über die Schwelle der ökonomischen Tragfähigkeit heben.

dass schon eine solche Behinderung des erstausbauwilligen Unternehmens als solche missbräuchlich und damit wettbewerbsrechtlich verboten wäre.

3.1.1.2.1.2 Unbilligkeit

Entsprechend dem unionsrechtlichen Missbrauchsverbot nach Art. 102 AEUV liegt auch ein Missbrauch i. S. v. § 19 GWB nämlich nicht schon dann vor, wenn durch das Verhalten des Marktbeherrschers Wettbewerbsunternehmen behindert werden. Vielmehr geht auch das deutsche Wettbewerbsrecht davon aus, dass eine solche Behinderung von Wettbewerbern als solche zunächst einmal wettbewerbskonform und wertungsneutral ist.²²⁹ § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB zieht für den Behinderungsmissbrauch die Grenze zum verbotenen Missbrauch danach, ob sich das Verhalten als „unbillig“ darstellt. Diese normative Bewertung²³⁰ wiederum bestimmt sich anhand einer Abwägung der Interessen der betroffenen Unternehmen²³¹ mit denen des marktbeherrschenden Unternehmens unter Berücksichtigung der auf Wettbewerbsfreiheit gerichteten Zielsetzung des GWB.²³² Anders als bei Art. 102 AEUV wird hier also nicht maßgeblich darauf abgestellt, ob die eingesetzten Mittel denen eines Leistungswettbewerbs entsprechen. Es gibt allerdings Anhaltspunkte in der Rechtsprechung des BGH, dass diesem Umstand auch für die Beurteilung der (Un-)Billigkeit besonderes Gewicht zukommt.²³³

Wegen der Ausrichtung an den betroffenen Individualinteressen kommt es schließlich nicht auf eine gesamtwirtschaftliche Betrachtungsweise an.²³⁴ Jenseits des Allgemeininteresses an einem möglichst beeinträchtigungsfreien Wettbewerb können im Rahmen der Interessenabwägung daher grundsätzlich keine sonstigen wirtschaftspolitischen Ziele berücksichtigt werden.²³⁵ Etwas anderes gilt jedoch wiederum für hinreichend

²²⁹ Siehe *Fuchs* (Fn. 216), § 19 GWB Rn. 105; *Heyers*, LRZ 2023, Rn. 395; *Körber*, NZKart 2023, 335, 336 f.

²³⁰ *Fuchs* (Fn. 216), § 19 GWB Rn. 105.

²³¹ Zur genaueren Bestimmung des Kreises der betroffenen Unternehmen siehe *Fuchs* (Fn. 216), § 19 GWB Rn. 107 m. w. N.

²³² BGH, RAW 2018, 170, 173 Rn. 34 (Urt. v. 23.1.2018 – Az. KZR 48/15) – *Vertragswerkstatt*; WRP 2016, 1267, 1270 Rn. 31 (Urt. v. 26.1.2016 – Az. KZR 41/14) – *Jaguar-Vertragswerkstatt*; WRP 2016, 1014, 1019 Rn. 47 (Urt. v. 7.6.2016 – Az. KZR 6/15) – *Pechstein/International Skating Union*; NJW 1998, 3778, 3779 = Rn. 23 (juris) (Urt. v. 14.7.1998 – Az. KZR 1/97) – *Schilderpräger im Landratsamt*; NJW 1991, 2963, 2966 = Rn. 46 (juris) (Urt. v. 12.3.1991 – Az. KZR 26/89) – *Krankentransportunternehmen II*; *Bunte/Stancke* (Fn. 53), § 9 Rn. 78 (S. 365); *Fuchs* (Fn. 216), § 19 GWB Rn. 106; *Körber*, NZKart 2023, 335, 337 f.

²³³ BGH, WRP 2008, 823, 828 f. Rn. 46 i. V. m. Rn. 37 (Beschl. v. 4.3.2008 – Az. KVR 21/07) – *Soda-Club II*; *Bunte/Stancke* (Fn. 53), § 9 Rn. 78 (S. 365); *Herbers/Baubkus-Gérard* (Fn. 51), S. 14; *Körber*, NZKart 2023, 335, 338; kritisch zum Kriterium leistungswettbewerblicher Mittel *Fuchs* (Fn. 216), § 19 GWB Rn. 115 ff., der davon ausgeht, dass die Bewertung als leistungswettbewerblicher Mittel fremd insoweit gerade erst das Ergebnis der Interessenabwägung ist (a. a. O., § 19 GWB Rn. 167).

²³⁴ BGH, NJW 1991, 2963, 2966 = Rn. 45 (juris) (Urt. v. 12.3.1991 – Az. KZR 26/89) – *Krankentransportunternehmen II*; *Körber*, NZKart 2023, 335, 338; für die Missbrauchsalternative der ungerechtfertigten Ungleichbehandlung auch BGH, Urt. v. 24.9.1979 – Az. KZR 20/78, Rn. 27 (juris) – *Modellbauartikel II*.

²³⁵ *Fuchs* (Fn. 216), § 19 GWB Rn. 121; für die Missbrauchsalternative der ungerechtfertigten Ungleichbehandlung auch BGH, NJW-RR 2002, 763, 765 = Rn. 21 (juris) (Urt. v. 11.12.2001 – Az. KZR 5/00) – *Privater Pflegedienst*.

konkretisierte gesetzliche Zielvorgaben.²³⁶ Es spricht einiges dafür, dass hierüber auch die Regulierungsziele des § 2 TKG in die Interessenabwägung einbezogen werden können (und ggf. auch müssen).²³⁷ Darüber hinaus können auch Belange des Gemeinwohls und Interessen Dritter im Rahmen der Interessenabwägung berücksichtigt werden, wenn sie sich auf die Gewichtung und Bewertung der relevanten Individualinteressen und/oder das Allgemeininteresse an der Wettbewerbsfreiheit auswirken.²³⁸

Die Interessenabwägung erweist sich damit als im hohen Maße einzelfallabhängig.²³⁹ Das schließt zwar die Bildung generalisierender Beurteilungsmaßstäbe nicht aus. Hierfür bedürfte es aber einer umfassenden Fallpraxis und selbst auf einer solchen Grundlage müsste jedenfalls grundsätzlich eine abweichende Einzelfallbeurteilung vorbehalten bleiben.²⁴⁰ Da es für die hier in Rede stehende Überbauproblematik an einer – gar umfassenden – Fallpraxis fehlt, können und sollen im Folgenden nur grobe Leitplanken und Argumentationsansätze diskutiert werden.

3.1.1.2.1.2.1 Interessen des marktbeherrschenden Unternehmens

Im Rahmen der Interessenabwägung ist zugunsten des marktbeherrschenden Unternehmens zu berücksichtigen, dass das wettbewerbsrechtliche Missbrauchsverbot nicht die Funktion eines einseitigen Sozialschutzes zugunsten seiner Nachfrager oder Wettbewerber hat.²⁴¹ Daher können auf Seiten des Marktbeherrschers grundsätzlich alle Interessen berücksichtigt werden, soweit sie nicht auf einen gesetzwidrigen Zweck gerichtet sind oder gegen rechtliche Wertungen verstoßen.²⁴² Insbesondere ist es auch marktbeherrschenden Unternehmen nicht verwehrt, auf vorstoßenden Wettbewerb anderer Unternehmen angemessen zu reagieren.²⁴³ Ob sich das betreffende Verhalten bei objektiver

²³⁶ Fuchs (Fn. 216), § 19 GWB Rn. 121 Fn. 367; siehe für den Vorrang von Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien nach dem EEG etwa BGH, N&R 2009, 196, 197 Rn. 19 (Urt. v. 11.11.2008 – Az. KZR 43/07) – *Neue Trift*; zur Gewährleistung der Pressefreiheit in Bezug auf das relative Behinderungsmissbrauchsverbot nach § 20 GWB auch BGH, NJW 2012, 773, 776 Rn. 44 (Urt. v. 24.10.2011 – Az. KZR 7/10) – *Grossistenkündigung*.

²³⁷ In diese Richtung jedenfalls im Ergebnis wohl OLG Düsseldorf, Urt. v. 9.5.2018 – Az. VI-U (Kart) 1/18, Rn. 51 (NRWE); OLG Frankfurt a. M., N&R 2018, 218, 220 = Rn. 40 (juris) (Urt. v. 1.4.2008 – Az. 11 U 14/07 [Kart]); ähnlich *Herbers/Baubkus-Gérard* (Fn. 51), S. 26; offenlassend BGH, WRP 2020, 198, 201 Rn. 38 (Urt. v. 29.10.2019 – Az. KZR 60/18) – *Berufungszuständigkeit II*.

²³⁸ Fuchs (Fn. 216), § 19 GWB Rn. 107 und 121; *Körber*, NZKart 2023, 335, 338.

²³⁹ BGH, WRP 2020, 1316, 1326 Rn. 98 (Beschl. v. 23.6.2020 – Az. KVR 69/19) – *Facebook*; N&R 2017, 184, 185 Rn. 30 (Urt. v. 24.1.2017 – Az. KZR 2/15) – *Kabelkanalanlagen*; Fuchs (Fn. 216), § 19 GWB Rn. 125; *Körber*, NZKart 2023, 335, 337.

²⁴⁰ Fuchs (Fn. 216), § 19 GWB Rn. 125.

²⁴¹ BGH, WRP 2016, 1267, 1270 Rn. 31 (Urt. v. 26.1.2016 – Az. KZR 41/14) – *Jaguar-Vertragswerkstatt*; NJW-RR 1988, 1502, 1503 = Rn. 32 (juris) (Urt. v. 23.2.1988 – Az. KZR 20/86) – *Opel-Blitz*.

²⁴² Fuchs (Fn. 216), § 19 GWB Rn. 108; siehe auch BGH, NJW 1991, 2963, 2967 = Rn. 46 (juris) (Urt. v. 12.3.1991 – Az. KZR 26/89) – *Krankentransportunternehmen II*. Zur fehlenden Schutzwürdigkeit bei einem Verstoß gegen Wertentscheidungen des Gesetzgebers siehe BGH, Urt. v. 7.10.1980 – Az. KZR 8/80, Rn. 15 (juris) – *Neue Osnabrücker Zeitung*.

²⁴³ Fuchs (Fn. 216), § 19 GWB Rn. 124.

Betrachtung als kaufmännisch vernünftig oder betriebswirtschaftlich sinnvoll darstellt, ist demgegenüber unerheblich.²⁴⁴

Das Interesse, die eigene Marktposition dadurch zu verteidigen, dass auf den Vorstoß eines Wettbewerbers, in einer bestimmten Region ein für die Endkunden langfristig attraktives Glasfasernetz zu errichten, mit der Ankündigung oder dem Beginn eines eigenen Netzausbaus begonnen wird, stellt sich vor diesem Hintergrund ohne weiteres als berücksichtigungsfähiges Interesse eines marktbeherrschenden Unternehmens dar. Das gilt – da es auf die betriebswirtschaftliche Sinnhaftigkeit nicht ankommt – auch in den hier relevanten Gebieten, in denen nur ein einziges Glasfasernetz ökonomisch tragfähig ist. Ob das Verhalten darauf ausgerichtet ist oder am Ende sogar dazu führt, dass sich gerade das Glasfasernetz des marktbeherrschenden Unternehmens unter vollständiger Verdrängung des Wettbewerbersnetzes durchsetzt, spielt daher insoweit noch nicht einmal eine Rolle.

3.1.1.2.1.2.2 Interessen der betroffenen Unternehmen

Dem somit grundsätzlich weit gezogenen Kreis der Interessen des marktbeherrschenden Unternehmens sind nur enger umrissene Interessen der von seinem Verhalten betroffenen Unternehmen gegenüberzustellen. Denn das Verbot des Behinderungsmissbrauchs soll andere Unternehmen allein davor schützen, durch marktmachtbedingtes Verhalten des Marktbeherrschers in ihren wettbewerblichen Betätigungsmöglichkeiten beeinträchtigt zu werden.²⁴⁵ Berücksichtigungsfähig sind somit insbesondere das Interesse an einem ungehinderten Marktzugang und an einem chancengleichen Wettbewerb.²⁴⁶ Auch grundsätzlich berücksichtigungsfähige Interessen betroffener Unternehmen sind schließlich nicht schutzwürdig, wenn sie gegen gesetzliche Vorschriften oder rechtliche Wertungen²⁴⁷ verstoßen.²⁴⁸

Wie die Ausführungen zur Leistungswettbewerbskonformität im Rahmen der Feststellung eines Missbrauchs nach Art. 102 AEUV gezeigt haben,²⁴⁹ geht es auf Seiten der (potentiell) betroffenen Wettbewerber in den hier relevanten Konstellationen aber gerade um einen chancengleichen Wettbewerb bzw. um einen von entsprechenden Wettbewerbsverzerrungen unbeeinträchtigten Marktzugang. Nachträgliche Überbauankündigungen oder Netzausbauarbeiten des marktbeherrschenden Unternehmens erweisen sich gerade deshalb als potentiell problematisch, weil hier unter verschiedenen Aspekten (Kundenstamm, vorhandene Infrastruktur, Vorleistungsnachfrage usw.) ein spürbares

²⁴⁴ Fuchs (Fn. 216), § 19 GWB Rn. 108.

²⁴⁵ Fuchs (Fn. 216), § 19 GWB Rn. 109.

²⁴⁶ Fuchs (Fn. 216), § 19 GWB Rn. 109 m. w. N.

²⁴⁷ Diese sind auch hier von wirtschaftspolitischen Erwägungen im Rahmen einer gesamtwirtschaftlichen Betrachtungsweise abzugrenzen, siehe für die Missbrauchsalternative der ungerechtfertigten Ungleichbehandlung BGH, Urt. v. 24.9.1979 – Az. KZR 20/78, Rn. 27 (juris) – *Modellbauartikel II*.

²⁴⁸ Fuchs (Fn. 216), § 19 GWB Rn. 110.

²⁴⁹ Siehe oben, unter 3.1.1.1.1.2.

Chancenungleichgewicht zulasten des erstausbauwilligen bzw. erstausbauenden Wettbewerbers möglich erscheint.

3.1.1.2.1.2.3 Interessenabwägung

Die so ermittelten Individualinteressen sind dann im Rahmen einer umfassenden Gesamtbetrachtung zu gewichten und gegenseitig abzuwägen.²⁵⁰

Normativ angeleitet wird diese Abwägung durch die Rückanbindung an die auf Wettbewerbsfreiheit gerichtete Zielsetzung des GWB. Sie hat zur Folge, dass die maßgebliche Rechtsanwendungsmaxime im Rahmen der Interessenabwägung darin besteht, wettbewerbliche Betätigungsmöglichkeiten möglichst umfangreich zu schützen und auf diese Weise einen möglichst unbeschränkten Wettbewerb zu ermöglichen.²⁵¹ Im Rahmen der Abwägung besteht daher auch eine Wechselbeziehung zwischen dem Gewicht des jeweiligen Interesses: Je stärker die Behinderung in die wettbewerblichen Möglichkeiten des behinderten Unternehmens eingreift, desto geringer sind die Interessen des behindernden Unternehmens zu gewichten.²⁵² Mit Blick auf den wettbewerbssichernden Zweck des GWB ist insbesondere eine Interessenverfolgung nicht mehr als schutzwürdig anzuerkennen, die darauf zielt, den Leistungswettbewerb außer Kraft zu setzen, indem die Handlungsfreiheit der beeinträchtigten Unternehmen unangemessen eingeschränkt wird.²⁵³ Hiervon ist insbesondere auszugehen, wenn ein Unternehmen vom Markt verdrängt werden soll, ohne dass sich dies als Folge des wirtschaftlichen Wettbewerbs mit dem ihm immanenten Ausleseprozess anhand eines Leistungsvergleichs (insbesondere nach Güte und Preiswürdigkeit) darstellt.²⁵⁴

Allerdings geht die Verhaltensbegrenzung, die sich aus dem Verbot des Behinderungsmissbrauchs ergibt, grundsätzlich auch nicht so weit, dass das marktbeherrschende Unternehmen nur deshalb davon absehen müsste, seine Leistung auf dem Markt anzubieten, weil sich hieraus zwangsläufig auf andere Weise nicht vermeidbare Wettbewerbsnachteile für andere Anbieter ergäben.²⁵⁵ Denn das Missbrauchsverbot soll die markt-machtbedingten Spielräume einengen, das marktbeherrschende Unternehmen aber gerade nicht vollständig vom Wettbewerb ausschließen.²⁵⁶ Die normative Ausrichtung der Interessenabwägung an der Wettbewerbsfreiheit steht daher einem Abwägungsergebnis entgegen, bei dem der beabsichtigte Wettbewerbsschutz in sein Gegenteil verkehrt und

²⁵⁰ Fuchs (Fn. 216), § 19 GWB Rn. 111 f.

²⁵¹ Fuchs (Fn. 216), § 19 GWB Rn. 113.

²⁵² BGH, Urt. v. 7.10.1980 – Az. KZR 8/80, Rn. 12 (juris) – *Neue Osnabrücker Zeitung*.

²⁵³ BGH, NJW 1991, 2963, 2967 = Rn. 46 (juris) (Urt. v. 12.3.1991 – Az. KZR 26/89) – *Krankentransportunternehmen II*.

²⁵⁴ BGH, NJW 1991, 2963, 2967 = Rn. 46 (juris) (Urt. v. 12.3.1991 – Az. KZR 26/89) – *Krankentransportunternehmen II*.

²⁵⁵ BGH, NJW 1998, 3778, 3779 = Rn. 24 (juris) (Urt. v. 14.7.1998 – Az. KZR 1/97) – *Schilderpräger im Landratsamt*; Fuchs (Fn. 216), § 19 GWB Rn. 118a und 166.

²⁵⁶ BGH, NJW 1998, 3778, 3779 = Rn. 24 (juris) (Urt. v. 14.7.1998 – Az. KZR 1/97) – *Schilderpräger im Landratsamt*.

die erwünschte Dynamik des Wettbewerbsgeschehens beeinträchtigt würde.²⁵⁷ Insbesondere kann auch einem marktbeherrschenden Unternehmen nicht verwehrt werden, dem Wesen eines funktionierenden Wettbewerbs entsprechend durch neue Produkte und diesbezügliche Werbemaßnahmen Endkunden für das eigene Produktangebot zu gewinnen bzw. ihre mögliche Abwanderung zu einem Wettbewerber zu vermeiden.²⁵⁸

Das gilt auch, wenn das marktbeherrschende Unternehmen über – ggf. sogar erhebliche – Wettbewerbsvorteile verfügt, die nicht auf seine eigene Leistung zurückzuführen sind.²⁵⁹ Eine Grenze besteht insoweit jedoch jedenfalls dort, wo diese Wettbewerbsvorteile im Leistungswettbewerb nicht ausgeglichen werden können bzw. durch die Teilnahme des marktbeherrschenden Unternehmens dieser Wettbewerb vollständig ausgeschaltet würde.²⁶⁰ Im Kern geht es somit um die Sicherstellung wettbewerbskonformen Verhaltens.²⁶¹ Damit dürfte sich die Interessenabwägung nach deutschem Wettbewerbsrecht auch wieder mit der Betonung des leistungswettbewerbskonformen Verhaltens im EU-Wettbewerbsrecht treffen.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass wegen der besonderen Verpflichtung des marktbeherrschenden Unternehmens zur Rücksichtnahme auf die wettbewerbliche Betätigungsfreiheit Dritter und die Freiheit des Wettbewerbs die Schutzwürdigkeit seiner Interessen nicht alle Formen der zu seinem Schutz erfolgenden Behinderung rechtfertigt.²⁶² Vielmehr darf der Marktbeherrscher sich nicht solcher Mittel bedienen, die der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB widersprechen,²⁶³ sondern muss auf ein objektiv sachgemäßes und angemessenes Mittel der Interessenwahrung zurückgreifen.²⁶⁴ Erforderlich ist daher die Verhältnismäßigkeit in dem Sinne, dass das marktbeherrschende Unternehmen das die wettbewerbslichen Betätigungsmöglichkeiten Dritter am wenigsten beeinträchtigende Mittel wählt, das geeignet ist, das von ihm angestrebte Ziel in gleicher Weise und ohne besondere Nachteile für den Marktbeherrscher zu erreichen.²⁶⁵ Bei der Beurteilung der Angemessenheit sind darüber hinaus aber auch der

²⁵⁷ Fuchs (Fn. 216), § 19 GWB Rn. 165.

²⁵⁸ VG Köln, Urt. v. 23.5.2012 – Az. 21 K 6642/10, Rn. 69 (NRWE).

²⁵⁹ BGH, NJW 1998, 3778, 3780 = Rn. 26 f. (juris) (Urt. v. 14.7.1998 – Az. KZR 1/97) – *Schilderpräger im Landratsamt*.

²⁶⁰ Siehe BGH, NJW 1998, 3778, 3780 = Rn. 26 ff. (juris) (Urt. v. 14.7.1998 – Az. KZR 1/97) – *Schilderpräger im Landratsamt*; siehe auch *Körper*, NZKart 2023, 335, 338.

²⁶¹ Fuchs (Fn. 216), § 19 GWB Rn. 124 und 165; vgl. auch BGH, NJW 1991, 2963, 2967 = Rn. 47 (juris) (Urt. v. 12.3.1991 – Az. KZR 26/89) – *Krankentransportunternehmen II*; und für die Interessenabwägung bei der sachlichen Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung BGH, WuW 2016, 427, 430 Rn. 48 (Urt. v. 12.4.2016 – Az. KZR 30/14) – *NetCologne*; NJW-RR 2005, 269, 273 = Rn. 50 (juris) (Urt. v. 13.7.2004 – Az. KZR 40/02) – *Standard-Spundfaß*; NJW 1996, 2656, 2658 = Rn. 31, 39 (juris) (Urt. v. 19.3.1996 – Az. KZR 1/95) – *Pay-TV-Durchleitung*.

²⁶² BGH, Urt. v. 7.10.1980 – Az. KZR 8/80, Rn. 12 (juris) – *Neue Osnabrücker Zeitung*.

²⁶³ BGH, K&R 2004, 346, 348 = Rn. 29 (juris) (Urt. v. 4.11.2003 – Az. KZR 38/02) – *Strom und Telefon II*.

²⁶⁴ BGH, Urt. v. 7.10.1980 – Az. KZR 8/80, Rn. 12 (juris) – *Neue Osnabrücker Zeitung*; Fuchs (Fn. 216), § 19 GWB Rn. 119.

²⁶⁵ BGH, Beschl. v. 22.9.1981 – Az. KVR 8/80, Rn. 48 (juris) – *Original-VW-Ersatzteile II*; OLG Naumburg, Beschl. v. 9.7.1999 – Az. 10 WKart 1/98, Rn. 36 (juris); Fuchs (Fn. 216), § 19 GWB Rn. 119.

Umfang der Marktmacht und das damit verbundene Ausmaß der Wettbewerbsbeeinträchtigung von wesentlicher Bedeutung.²⁶⁶

Wendet man diese Grundsätze auf die hier diskutierten Überbaukonstellationen an, kommt den Aspekten entscheidende Bedeutung zu, die bereits im Zusammenhang mit Art. 102 AEUV diskutiert wurden.²⁶⁷ Noch deutlicher als dort kommt es für die Beurteilung nach deutschem Wettbewerbsrecht dabei darauf an, ob die insoweit möglicherweise gegebenen Wettbewerbsvorteile des marktbeherrschenden Unternehmens (Kundenstamm, vorhandene Infrastruktur, Vorleistungsnachfrage usw.) jenseits der bloßen Kostendegression aufgrund der größeren Marktanteile²⁶⁸ so groß sind, dass sie im Leistungswettbewerb realistischerweise nicht ausgeglichen werden können. Zugleich lässt sich die Einhaltung einer zeitlichen Stillhaltefrist bei der Ankündigung eines Überbaus nach Veröffentlichung diesbezüglicher Planungen eines Wettbewerbers (wie auch die konkrete Bemessung dieser Frist) so dogmatisch noch überzeugender als Verhältnismäßigkeitsgrenze für das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens fassen.

Die Interessenabwägung wird demgegenüber nicht entscheidend dadurch beeinflusst, dass es auch einem marktbeherrschenden Unternehmen freisteht, knappe Mittel zunächst auf den Ausbau solcher Gebiete zu konzentrieren, die aus Kostensicht besonders lukrativ oder attraktiv sind.²⁶⁹ Denn die hier in Rede stehenden Gebiete bzw. Gemeinden sind dadurch gekennzeichnet, dass die Kosten pro Anschluss im Vergleich zu anderen Gemeinden in dichter besiedelten Gebieten deutlich höher sind. Sie sind also gerade nicht besonders lukrativ oder attraktiv. Vielmehr ist hier lediglich ein einziges Glasfasernetz ökonomisch tragfähig, so dass aus betriebswirtschaftlicher Sicht sogar ein besonderes Investitionsrisiko bestehen wird. Damit im Einklang steht die Nachrückerliste für die sog. „Shortlist“, die in den Verpflichtungszusagen vorgesehen ist,²⁷⁰ die von der TDG und der EWE AG im Zusammenhang mit der fusionskontrollrechtlichen Freigabe ihres Gemeinschaftsunternehmens Glasfaser NordWest abgegeben wurden. Diese Nachrückerliste enthält alternative Ausbauggebiete gerade für den Fall, „dass Ausbauggebiete auf der Shortlist für den Ausbau nicht mehr in Betracht kommen, weil dritte Telekommunikationsunternehmen das Ausbauggebiet ganz oder teilweise bereits mit FTTB/H-Netzen erschließen oder erschlossen haben“. Ein solcher „Wettbewerberausbau“ liegt dabei schon dann vor, wenn „öffentlichkeitswirksame Maßnahmen begonnen“ wurden. Auch dieser Regelung liegt somit die Erwartung zugrunde, dass jedenfalls in bestimmten Gebieten²⁷¹ ein Überbau nicht mehr hinreichend lukrativ ist, sofern und sobald auch ein anderes

266 BGH, NJW 1987, 3197, 3198 = Rn. 43 (juris) (Urt. v. 10.2.1987 – Az. KZR 6/86) – *Freundschaftswerbung*; Fuchs (Fn. 216), § 19 GWB Rn. 120.

267 Siehe oben, unter 3.1.1.1.2.

268 Siehe dazu BGH, NJW 1986, 1877, 1879 = Rn. 26 (juris) (Urt. v. 10.12.1985 – Az. KZR 22/85) – *Abwehrblatt II*.

269 Zu diesem Gedanken Körber, NZKart 2023, 335, 340.

270 Ziff. A. 4.1.4 des Angebots von Verpflichtungszusagen gemäß § 32b GWB der TDG und der EWE AG.

271 Die Regelung sieht nur die Möglichkeit eines Nachrückens anderer Ausbauggebiete vor, beinhaltet aber keinen diesbezüglichen Mechanismus, siehe OLG Celle, Urt. v. 1.12.2022 – Az. 13 U 49/22 (Kart), Rn. 16 (juris).

Unternehmen dort (zuerst) einen Ausbau ankündigt oder durchführt. Entscheidend ist also die Frage, ob der damit initiierte Ausbauwettbewerb aufgrund der Leistungen der beiden Unternehmen entschieden wird oder ob das marktbeherrschende Unternehmen über uneinholbare Startvorteile verfügt.

Allerdings sind auch die Überlegungen, die für das EU-Wettbewerbsrecht in Bezug auf eine etwaige Rechtfertigung des potentiell missbräuchlichen Verhaltens diskutiert wurden,²⁷² in die für § 19 GWB maßgebliche Interessenabwägung einzustellen. Insbesondere wird das Gewicht, das den Interessen des erstausbauwilligen Wettbewerbers zukommt, gerade mit Blick auf die wettbewerbsfördernde Zielsetzung des GWB grundsätzlich erheblich reduziert sein, wenn sich bei Annahme eines wettbewerbsrechtlich fundierten Überbauverbots das Glasfasernetz des Wettbewerbers voraussichtlich zu einer abgeschotteten Monopolinfrastruktur entwickeln wird. Hier wird es also ganz erheblich darauf ankommen, ob (sowie wann und wie) wettbewerbskonforme Zugangsmöglichkeiten zu dem Wettbewerbernetz hinreichend sichergestellt sind.²⁷³

Zu guter Letzt könnten bei der Interessenabwägung auch die sektorspezifischen Regulierungsziele des § 2 TKG zu berücksichtigen sein. Das setzt voraus, was im vorliegenden Rahmen nicht abschließend geklärt werden kann, dass es sich bei diesen Regulierungszielen um hinreichend konkretisierte gesetzliche Zielvorgaben handelt und diese als solche auch im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Interessenabwägung Berücksichtigung finden können (und ggf. müssen).²⁷⁴

In diesem Fall könnte sich die Frage stellen, ob die (zumindest angekündigte) Errichtung eines zweiten Glasfasernetzes zur Förderung eines effizienten Infrastrukturwettbewerbs i. S. v. § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG beiträgt, was dann evtl. auch für ihre wettbewerbsrechtliche Unbedenklichkeit spräche. Allerdings basiert effizienter Infrastrukturwettbewerb im Sinne der mit § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG umgesetzten Regelung in Art. 3 Abs. 2 lit. b EKEK²⁷⁵ nach Erwägungsgrund 27 S. 2 EKEK (wie schon für den früheren Rechtsrahmen in Erwägungsgrund 54 S. 2 der Änderungsrichtlinie 2009/140/EG vorgesehen) auf einem „Ausmaß des Infrastrukturausbaus, bei dem Investoren auf der Grundlage angemessener Erwartungen im Hinblick auf die Entwicklung der Marktanteile mit einer angemessenen Rendite rechnen können“. (Erwägungsgrund 27 S. 2 EKEK). Diese Definition findet sich zwar lediglich in den Begründungserwägungen des EU-Rechtsrahmens, die für sich

²⁷² Siehe oben, unter 3.1.1.1.1.3.

²⁷³ Ob solche wettbewerbskonformen Zugangsmöglichkeiten dann von anderen Telekommunikationsunternehmen tatsächlich genutzt werden oder – etwa aufgrund einer sehr geringen Größe des hierüber adressierbaren Kundenpotentials – nicht, dürfte demgegenüber für die Interessenabwägung wohl nicht ausschlaggebend sein. Zum einen dürfte von der Möglichkeit eines jederzeitigen Marktzutritts bereits eine relevante Begrenzung der Handlungsspielräume des Netzbetreibers ausgehen. Und zum anderen bezieht sich die Interessenabwägung auf den Zeitpunkt der zu beurteilenden Verhaltensweise, zu dem aber noch nicht absehbar ist, ob die potentiellen Zugangsnachfrager von wettbewerbskonformen Zugangsmöglichkeiten Gebrauch machen werden.

²⁷⁴ Siehe dazu bereits oben, eingangs unter 3.1.1.2.1.2.

²⁷⁵ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26108, 200, 227 (zu § 2 Abs. 2 Nr. 2).

genommen nicht verbindlich sind.²⁷⁶ Die Erwägungsgründe sind aber Bestandteil des Rechtsakts und geben in geraffter Form Aufschluss über die Zielorientierung und die Hintergründe des Rechtssetzungsvorhabens, weshalb sie bei der Ermittlung von Sinn und Zweck einer Vorschrift des Sekundärrechts besondere Beachtung verdienen.²⁷⁷ Aus rechtsmethodischer Sicht nehmen Erwägungsgründe somit im Rahmen der Auslegung eine herausragende Stellung ein und bieten gewichtige subjektiv-teleologische Argumentquellen.²⁷⁸ Dementsprechend greift der EuGH in ständiger Rechtsprechung ohne weiteres auf Aussagen in Erwägungsgründen zurück, um den Sinngehalt von Formulierungen im operativen Richtlinienenteil zu erhellen.²⁷⁹ Vorliegend sprechen zwei Gründe dafür, in noch gesteigertem Maße für die Auslegung des Begriffs infrastrukturbasierten Wettbewerbs auf die diesbezüglichen Aussagen in dem Richtlinienerwägungsgrund zurückzugreifen: Zum einen wurde die Formulierung bei der Reform des EU-Rechtsrahmens im Jahr 2018 ausdrücklich übernommen, was darauf hindeutet, dass der Richtlinien gesetzgeber ihr (fortdauernde) inhaltliche Bedeutung beimisst. Und zum anderen ist der im operativen Richtlinienenteil (sowie im deutschen Umsetzungsrecht) verwendete Begriff des „effizienten“ Infrastrukturwettbewerbs in hohem Maße konkretisierungsbedürftig, was zur Vermeidung mehr oder weniger willkürlicher Zuschreibungen einen Rückgriff auf entsprechende Definitionshinweise des Richtlinien gesetzgebers besonders sinnvoll erscheinen lässt.

Da die vorliegend relevante Überbauaktivität gerade solche Gebiete betrifft, in denen ökonomisch nur ein einziges Glasfasernetz tragfähig ist, kann – dieses (allerdings höchst-richterlich noch nicht bestätigte) Begriffsverständnis zugrunde gelegt – ein Überbau hier niemals zu einem effizienten Infrastrukturwettbewerb beitragen.²⁸⁰ Entweder werden zwei Glasfasernetze koexistieren, die beide nicht ökonomisch tragfähig sind und daher keine angemessene Rendite erwarten lassen. Es handelt sich dabei dann zwar um einen Infrastrukturwettbewerb. Die Telekommunikationsregulierung zielt aber gerade nicht auf einen wie auch immer gearteten Wettbewerb im Bereich der Infrastruktur. Vielmehr möchte sie ausweislich von § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG eben nur einen *effizienten* Infrastrukturwettbewerb befördern, wohl durchaus auch mit Blick auf die volkswirtschaftliche Optimierung des Einsatzes knapper Ressourcen und zur Förderung dauerhaft verfügbarer²⁸¹ Infrastrukturen. Die Errichtung von Netzinfrastrukturen, die auf Dauer nur defizitär

²⁷⁶ EuGH, ECLI:EU:C:2018:707, Rn. 33 (Urt. v. 13.9.2018 – Rs. C-287/17) – *Česká pojišťovna*; ECLI:EU:C:2014:2013, Rn. 31 (Urt. v. 19.6.2014 – Rs. C-345/13) – *Karen Millen Fashions*.

²⁷⁷ BVerwG, Buchholz 442.066 § 47 TKG Nr. 3, Rn. 38 (Urt. v. 25.7.2012 – Az. 6 C 14.11); siehe auch EuGH, ECLI:EU:C:2010:592, Rn. 50 (Urt. v. 7.10.2010 – Rs. C-162/09) – *Lassal*; ECLI:EU:C:2004:240, Rn. 97 (Urt. v. 29.4.2004 – Rs. C-298/00 P) – *Italien/Kommission*.

²⁷⁸ Ausführlich Gump, ZfPW 2022, 446 (Zitat auf S. 473).

²⁷⁹ Vgl. etwa EuGH, ECLI:EU:C:2020:791, Rn. 205 (Urt. v. 6.10.2020 – verb. Rs. C-511/18, C-512/18 und C-520/18) – *La Quadrature du Net u.a.*; ECLI:EU:C:2010:620, Rn. 39 (Urt. v. 21.10.2010 – Rs. C-467/08) – *Padawan*.

²⁸⁰ Ebenso Holznagel, Telekommunikationsrechtliche Möglichkeiten für eine Begrenzung strategischer Überbauaktivitäten, Gutachten v. 9.8.2023, S. 14. Das kommt zu kurz, wenn auch in diesem Zusammenhang von einem „Überbau im Infrastrukturwettbewerb“ gesprochen wird.

²⁸¹ Siehe auch § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG, wenn der effiziente infrastrukturbasierte Wettbewerb dort ausdrücklich in den Kontext der Förderung *nachhaltig* wettbewerbsorientierter Märkte gestellt wird.

betrieben werden können, dürfte vor diesem Hintergrund nicht als effizient einzustufen sein. Oder eines der beiden Netze wird eine so starke Stellung erlangen, dass es sich ökonomisch trägt und auch eine angemessene Rendite ermöglicht. Das andere Netz wird dann jedoch denotwendigerweise (wenn die ökonomischen Grundannahmen für das betreffende Gebiet zutreffen) ökonomisch nicht tragfähig sein und keine angemessene Rendite ermöglichen. Der Infrastrukturwettbewerb würde damit auch in diesem Fall nicht auf einem entsprechend renditetauglichen Infrastrukturausbau beruhen und wäre deshalb ebenfalls nicht als *effizienter* Infrastrukturwettbewerb einzustufen. Im Extremfall der Verdrängung (oder der zur Marktabstottung führenden Abschreckung) des einen der beiden Netzbetreiber hätte der Überbau sogar zur Folge, dass in dem betreffenden Gebiet überhaupt kein Infrastrukturwettbewerb stattfindet, also noch nicht einmal ein nicht effizienter.

Ohne den Überbau würde es demgegenüber in den betreffenden Gebieten zu einem zusätzlichen Infrastrukturwettbewerb kommen, nämlich zwischen dem neu errichteten Glasfasernetz und dem kupferbasierten Netz der TDG, das für preissensitive Kunden weiterhin jedenfalls kurz- und mittelfristig attraktiv bliebe.²⁸² Allerdings wäre der von § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG ebenfalls erfasste chancengleiche Wettbewerb insoweit betroffen, als es der TDG unmöglich gemacht würde, selbst eigene Angebote auf Grundlage einer eigenen Glasfaserinfrastruktur zu entwickeln. Hier wäre also zwischen den wettbewerblichen Vor- und Nachteilen eines Überbaus abzuwägen. In diesem Rahmen wäre jedoch zulasten des Überbaus zu berücksichtigen, dass die negativen Auswirkungen auf die wettbewerblichen Möglichkeiten der TDG durch die Sicherstellung eines Netzzugangs auch der TDG zu dem neu errichteten Netz zu wettbewerbskonformen Bedingungen wegen der geringeren Wertschöpfungs- und Differenzierungsmöglichkeit zwar nicht vollständig beseitigt, aber zumindest partiell reduziert werden können. Ein solcher Zugang wäre überdies erforderlich, um die chancengleichen Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Diensteanbieter und das Nutzerinteresse an einer möglichst breiten Auswahl an Angeboten (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG)²⁸³ zu wahren.

Zulasten eines Überbaus wäre es überdies zu werten, wenn die Überbauaktivität der TDG dazu führen sollte, dass der erstausbauende bzw. -willige Wettbewerber von dem eigentlich geplanten Ausbau (auch) in solchen Gebieten absieht, die von der TDG nicht überbaut werden.²⁸⁴ Das droht insbesondere dann, wenn der betreffende Wettbewerber hier von Synergieeffekten mit dem lukrativeren Ausbau in den dichter besiedelten Teilen eines Gebietes profitieren wollte, in denen dann die TDG aber einen parallelen Netzausbau ankündigt oder sogar durchführt.²⁸⁵ Entfallen die ursprünglich erwarteten

²⁸² Vgl. unter dem Aspekt der Wahlmöglichkeiten auch *Paha*, NZKart 2023, 467, 471.

²⁸³ Diesem entspricht daher jedenfalls kurzfristig ein Überbau, der zumindest in dem betroffenen Gebiet die Auswahlmöglichkeiten der Endnutzer erhöht, siehe *Paha*, NZKart 2023, 467, 470.

²⁸⁴ Dieser Aspekt kommt bei *Paha*, NZKart 2023, 467, 472, zu kurz.

²⁸⁵ Diese Synergieeffekte werden übersehen, wenn nur zwischen rentablen und unrentablen Gebieten unterschieden wird, siehe etwa *Heyers*, LRZ 2023, Rn. 412. Betrachtet man nur einzelne Anschlüsse, wäre letztlich vermutlich jeder Glasfaseranschluss „unrentabel“.

Einnahmen aus dem Ausbau in diesen Bereichen, kann sich gerade auch der Ausbau in den nicht unmittelbar vom Überbau betroffenen Bereichen u. U. nicht mehr rentieren. Dann wird dieses Unternehmen diese Teile nicht oder jedenfalls erst zu einem späteren Zeitpunkt eigenwirtschaftlich ausbauen. Das hätte entsprechende Nachteile für das Konnektivitätsziel (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG), den Infrastrukturwettbewerb (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG) und die damit korrespondierenden Nutzerinteressen (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG) in den betreffenden Bereichen zur Folge. Entsprechendes gilt bei einer bundesweiten Betrachtung, wenn grundsätzlich ausbaubereite Wettbewerbsunternehmen im Lichte der Überbauaktivität der TDG ihre Ausbauplanungen reduzieren oder ganz einstellen sollten. Diese dynamische Komponente der Überbauaktivität wird bei einer rein statischen Betrachtung übersehen, die allein auf den Zuwachs an Infrastrukturwettbewerb blickt, der (wenn überhaupt) durch die Errichtung einer zweiten Glasfaserinfrastruktur in dem konkret betroffenen Gebiet erreicht werden könnte.

3.1.1.2.1.3 Zusammenhang zwischen der Marktbeherrschung und dem missbräuchlichen Verhalten bzw. den Auswirkungen des Missbrauchs

Auch für das deutsche Wettbewerbsrecht stellt sich schließlich die Frage, in welchem Verhältnis die Marktbeherrschung und das missbräuchliche Verhalten bzw. die Auswirkungen des Missbrauchs stehen müssen. Der BGH hat dazu entschieden, dass jedenfalls für den Behinderungsmissbrauch ein Kausalzusammenhang zwischen der Marktbeherrschung und dem missbilligten Verhalten oder seiner wettbewerbsbeeinträchtigenden Wirkung erforderlich, aber auch ausreichend ist.²⁸⁶ Hiermit ist ähnlich wie im Anwendungsbereich von Art. 102 AEUV eine „normative Kausalität“ gemeint, die bereits gegeben ist, wenn die marktbeherrschende Stellung für die wettbewerbsschädlichen Folgen ursächlich ist, die sich aus dem Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens ergeben.²⁸⁷ Insbesondere ist es damit auch unerheblich, ob die Behinderung auf demselben oder einem anderen als dem sachlichen Markt eintritt, auf dem der Missbrauch erfolgt.²⁸⁸

Damit kann auf die diesbezüglichen Ausführungen zu dem normativen Zusammenhang verwiesen werden, der nach EU-Wettbewerbsrecht erforderlich ist: Die wettbewerbsschädlichen Folgen der hier in Rede stehenden Überbauaktivität ergeben sich aus der Abschreckungswirkung einer Überbauankündigung, die gerade von den besonderen wettbewerblichen Möglichkeiten des Marktbeherrschers getragen wird, bzw. aus der ungleichen Ausgangssituation im Wettbewerb „um das Netz“, die sich ebenfalls aus der marktbeherrschenden Stellung ergibt.²⁸⁹

²⁸⁶ BGH, K&R 2004, 346, 346 f. = Rn. 22 (juris) (Urt. v. 4.11.2003 – Az. KZR 38/02) – *Strom und Telefon II*; K&R 2004, 342, 343 = Rn. 21 (juris) (Urt. v. 4.11.2003 – Az. KZR 16/02) – *Strom und Telefon I*.

²⁸⁷ *Fuchs* (Fn. 216), § 19 GWB Rn. 72.

²⁸⁸ BGH, ZNER 2013, 260, 263 Rn. 38 (Beschl. v. 6.11.2012 – Az. KVR 54/11) – *Gasversorgung Ahrensburg*.

²⁸⁹ Siehe im Einzelnen bereits oben, unter 3.1.1.1.4.

3.1.1.2.2 Durchsetzungsoptionen

In Bezug auf die Möglichkeiten, das Missbrauchsverbot aus § 19 GWB durchzusetzen, kann vollumfänglich auf die diesbezüglichen Ausführungen zu Art. 102 AEUV verwiesen werden.²⁹⁰ Denn die dort relevanten Vorschriften des GWB gelten nicht nur bei Verstößen gegen das unionsrechtliche Missbrauchsverbot, sondern (erst recht) bei Verstößen gegen das Missbrauchsverbot des deutschen Wettbewerbsrechts nach § 19 GWB.

3.1.1.3 Sektorspezifisches Missbrauchsverbot nach § 50 TKG

Flankiert werden die Missbrauchsverbote des allgemeinen Wettbewerbsrechts aus Art. 102 AEUV und § 19 GWB durch ein sektorspezifisches Missbrauchsverbot in § 50 TKG.²⁹¹ Die Vorschrift ist jedenfalls grundsätzlich²⁹² nur anwendbar gegenüber Unternehmen, die als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf einem regulierungsbedürftigen Markt eingestuft wurden.²⁹³ Eine solche Einstufung liegt, wie gezeigt, für die TDG vor.²⁹⁴

3.1.1.3.1 Verbotenes Verhalten

Nach § 50 Abs. 1 S. 1 TKG darf „[e]in Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht ... diese Stellung ... gegenüber anderen Unternehmen nicht missbrauchen“. Nach § 50 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG liegt ein Missbrauch „insbesondere vor, wenn das Unternehmen ... andere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert“. Das sektorspezifische Verbot des Behinderungsmissbrauchs ist somit (beinahe²⁹⁵) wortgleich wie das Verbot des Behinderungsmissbrauchs nach allgemeinem Wettbewerbsrecht formuliert. Das steht im Einklang mit der gesetzgeberischen Intention einer „Anlehnung an § 19 GWB“ und gerade in Bezug auf den Behinderungsmissbrauch nach § 50 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG einer „Herstellung von Konsistenz mit § 19 GWB“. ²⁹⁶ Damit wird schon das mit der Vorgängerregelung in § 42 TKG verfolgte Ziel, eine Generalklausel „ähnlich § 19 Abs. 1

²⁹⁰ Siehe oben, unter 3.1.1.1.2.

²⁹¹ Zum Verhältnis von § 19 GWB und § 50 TKG siehe etwa *Holznagel* (Fn. 280), S. 7 f.

²⁹² Vgl. BVerwG, N&R 2007, 169, 171 Rn. 17 (Urt. v. 18.4.2007 – Az. 6 C 21.06): „regelmäßig“; ebenso BVerwG, Buchholz 442.066 § 42 TKG Nr. 2 Rn. 9 (Urt. v. 19.9.2007 – Az. 6 C 34.06).

²⁹³ BVerwG, Beschl. v. 31.1.2020 – Az. 6 B 35.19, Rn. 6; Buchholz 442.066 § 42 TKG Nr. 2 Rn. 9 (Urt. v. 19.9.2007 – Az. 6 C 34.06); VG Köln, N&R 2006, 77 = Rn. 24 (NRWE) (Urt. v. 21.12.2005 – Az. 21 K 1200/05); *Holznagel* (Fn. 280), S. 9. Vgl. auch die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 15/2316, 55, 71 (zu § 40). Trotz entsprechender Bedenken aus unionsrechtlichen Gründen ebenso *Schütz*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 5. A., 2023, § 50 Rn. 28.

²⁹⁴ Siehe oben, in und bei Fn. 53.

²⁹⁵ Während § 50 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG auf die Behinderung anderer Unternehmen (im Plural) abstellt, nimmt § 19 Abs. 2 S. 1 GWB Bezug auf die Behinderung eines anderen Unternehmens (im Singular).

²⁹⁶ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26108, 200, 283 (zu § 50 Abs. 1).

GWB“ zu schaffen,²⁹⁷ noch deutlicher als bisher betont.²⁹⁸ Die Rechtsprechung hat demzufolge schon für die Auslegung von § 42 TKG 2004 auch wiederholt auf die Rechtsprechung und Literatur zu § 19 GWB zurückgegriffen.²⁹⁹

Damit entscheidet sich auch die Frage, ob ein bestimmtes Verhalten dem Verbot des Behinderungsmissbrauchs unterfällt, grundsätzlich entsprechend den für § 19 GWB anerkannten Parametern. Insbesondere bedarf es zur Feststellung der Unbilligkeit einer umfassenden Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der gesetzlichen Zielsetzung.³⁰⁰ Letztere ist allerdings im Gegensatz zu § 19 GWB nicht allein auf die Wettbewerbsfreiheit gerichtet. Vielmehr wird sie durch die Regulierungsziele des § 2 TKG bestimmt, die somit bei der Interessenabwägung unmittelbar zu berücksichtigen sind.³⁰¹ Ob sich daraus relevante Unterschiede ergeben, ist jedoch offen. Denn es spricht, wie gezeigt, einiges dafür, dass diese Regulierungsziele als gesetzlich konkretisierte Zielvorgaben auch bei einer Interessenabwägung nach allgemeinem Wettbewerbsrecht zu berücksichtigen sind.³⁰² Jedenfalls kann für die Konsequenzen, die sich aus der Berücksichtigung der Regulierungsziele ergeben würden, auf die in diesem Zusammenhang erfolgten Ausführungen verwiesen werden.³⁰³

Entsprechendes gilt für die Frage, ob und ggf. welcher Zusammenhang zwischen der beträchtlichen Marktmacht und dem missbräuchlichen Verhalten oder seinen Auswirkungen bestehen muss. Denn das BVerwG hat sich insoweit der Rechtsprechung des BGH zum allgemeinen Wettbewerbsrecht angeschlossen. Danach ist auch für § 50 TKG ein Kausalzusammenhang zwischen der Marktbeherrschung und dem missbilligten Verhalten bzw. seiner wettbewerbsbeeinträchtigenden Wirkung erforderlich und ausreichend.³⁰⁴ Verhaltensweisen, die nur zu solchen Beeinträchtigungen des Wettbewerbs führen, die auch unabhängig von der marktbeherrschenden Stellung des regulierten Unternehmens eintreten würden, werden deshalb auch von § 50 TKG nicht erfasst.³⁰⁵ Es dürfte deshalb in Bezug auf das sektorspezifische Missbrauchsverbot auf dieselben

²⁹⁷ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 15/2316, 55, 71 (zu § 40).

²⁹⁸ Siehe BVerwG, N&R 2007, 169, 171 Rn. 19 (Urt. v. 18.4.2007 – Az. 6 C 21.06), wonach die besondere Missbrauchsaufsicht den allgemeinen Vorschriften der §§ 19, 20 GWB „angepasst“ wurde.

²⁹⁹ Siehe etwa BVerwG, Beschl. v. 31.1.2020 – Az. 6 B 35.19, Rn. 16; VG Köln, Urt. v. 23.5.2012 – Az. 21 K 6642/10, Rn. 60 (NRWE); Urt. v. 17.5.2006 – Az. 21 K 7045/05, Rn. 49 f. (NRWE); CR 2006, 184, 185 = Rn. 38, 43 f. (NRWE) (Urt. v. 26.10.2005 – Az. 21 K 4418/05).

³⁰⁰ VG Köln, Urt. v. 23.5.2012 – Az. 21 K 6642/10, Rn. 77 (NRWE); Urt. v. 17.5.2006 – Az. 21 K 7045/05, Rn. 54 (NRWE); CR 2006, 184, 185, 186 = Rn. 43, 53 (NRWE) (Urt. v. 26.10.2005 – Az. 21 K 4418/05); *Schütz* (Fn. 293), § 50 Rn. 43. So entsprechend für die Frage der sachlichen Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung BVerwG, N&R 2008, 137, 138 f. Rn. 31 (Urt. v. 18.12.2007 – Az. 6 C 47.06).

³⁰¹ VG Köln, Urt. v. 23.5.2012 – Az. 21 K 6642/10, Rn. 77 (NRWE); Urt. v. 17.5.2006 – Az. 21 K 7045/05, Rn. 54 (NRWE); CR 2006, 184, 185, 186 = Rn. 43, 53 (NRWE) (Urt. v. 26.10.2005 – Az. 21 K 4418/05). Vgl. auch BVerwG, N&R 2008, 137, 139 Rn. 31 (Urt. v. 18.12.2007 – Az. 6 C 47.06); *Holzner* (Fn. 280), S. 17. Demgegenüber auch hier die wettbewerbsbezogenen Regulierungsziele priorisierend *Schütz* (Fn. 293), § 50 Rn. 43 ff.

³⁰² Siehe oben, eingangs unter 3.1.1.2.1.2.

³⁰³ Siehe oben, unter 3.1.1.2.1.2.3.

³⁰⁴ BVerwG, Beschl. v. 31.1.2020 – Az. 6 B 35.19, Rn. 16; siehe auch VG Köln, Urt. v. 23.5.2012 – Az. 21 K 6642/10, Rn. 60 (NRWE); *Schütz* (Fn. 293), § 50 Rn. 33.

³⁰⁵ BVerwG, Beschl. v. 31.1.2020 – Az. 6 B 35.19, Rn. 16.

Aspekte ankommen wie bei der Beurteilung nach § 19 GWB: Die wettbewerbsschädlichen Folgen der relevanten Überbauaktivität ergeben sich aus der Abschreckungswirkung einer Überbauankündigung, die wiederum gerade von den besonderen wettbewerblichen Möglichkeiten des Marktbeherrschers getragen wird, bzw. aus der ungleichen Ausgangssituation im Wettbewerb „um das Netz“, die ebenfalls Folge der marktbeherrschenden Stellung ist.³⁰⁶

3.1.1.3.2 Durchsetzungsoptionen

Hinsichtlich der Möglichkeiten, das sektorspezifische Missbrauchsverbot durchzusetzen, kann erneut zwischen den behördlichen Befugnissen und den Handlungsoptionen unterschieden werden, die Wettbewerbern des marktmächtigen Unternehmens zur Verfügung stehen.

3.1.1.3.2.1 Behördliche Durchsetzungsoptionen

§ 50 Abs. 3 S. 2 TKG sieht vor, dass die Bundesnetzagentur eine ausdrückliche Entscheidung darüber trifft, ob ein Missbrauch „einer marktbeherrschenden Stellung“³⁰⁷ vorliegt. Im Falle eines solchen Missbrauchs „ergreift“ die Bundesnetzagentur nach § 50 Abs. 4 S. 1 TKG „Maßnahmen, um den Missbrauch zu beenden“. Voraussetzung ist also wie im allgemeinen Wettbewerbsrecht auch hier, dass es bereits zum Missbrauch der Marktmachtstellung gekommen ist. Dieser muss grundsätzlich noch andauern.³⁰⁸ Ebenfalls wie im Anwendungsbereich von § 32 Abs. 1 GWB wird es aber auch für § 50 TKG für ausreichend erachtet, dass (erst) eine unmittelbare Begehungsgefahr besteht.³⁰⁹ Umstritten ist, ob der Bundesnetzagentur ein Entschließungsermessen zusteht oder – wie der Wortlaut („ergreift“) nahelegt – nicht.³¹⁰

Auf Rechtsfolgende kann die Bundesnetzagentur zur Beendigung des Missbrauchs dem Unternehmen ein Verhalten auferlegen oder untersagen (§ 50 Abs. 4 S. 2 TKG) und außerdem Verträge ganz oder teilweise für unwirksam erklären (§ 50 Abs. 4 S. 3 TKG). Gerade die erstgenannte Befugnis ist weit gefasst³¹¹ und dürfte der Bundesnetzagentur damit einen ähnlichen Handlungsspielraum eröffnen wie § 32 Abs. 1 und 2 GWB der

306 Siehe im Einzelnen bereits oben, unter 3.1.1.1.1.2. Im Ergebnis ebenfalls die notwendige Kausalität bejahend *Holznagel* (Fn. 280), S. 11.

307 Hierbei dürfte es sich um ein Redaktionsversehen handeln und ein Missbrauch beträchtlicher Marktmacht gemeint sein.

308 VG Köln, Urt. v. 23.5.2012 – Az. 21 K 6642/10, Rn. 85 (NRWE).

309 *Gersdorf*, in: Säger/Körber (Fn. 195), § 50 TKG Rn. 55; zur Wiederholungsgefahr VG Köln, Urt. v. 23.5.2012 – Az. 21 K 6642/10, Rn. 85 (NRWE).

310 Gegen ein Entschließungsermessen *Gersdorf* (Fn. 309), § 50 TKG Rn. 58; *Schütz* (Fn. 293), § 50 Rn. 144; wohl auch *Holznagel* (Fn. 280), S. 18.

311 Entsprechend auch *Holznagel* (Fn. 280), S. 17.

Wettbewerbsbehörde mit der Abstellungsverfügung. Auf die diesbezüglichen Ausführungen kann daher hier verwiesen werden.³¹²

Eine ausdrückliche Ermächtigung zur Feststellung eines beendeten Missbrauchs entsprechend § 32 Abs. 3 GWB enthält § 50 TKG demgegenüber nicht. Da § 50 TKG auf Rechtsfolgenseite durchgängig vorsieht, dass ein Missbrauch „vorliegt“, dürfte gerade einiges gegen die Annahme einer impliziten Befugnis der Bundesnetzagentur sprechen, bereits beendete Missbräuche festzustellen. Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund der diesbezüglichen Abweichung von dem ansonsten relevanten Regelungsvorbild des allgemeinen Wettbewerbsrechts, das eine solche Befugnis eben explizit vorsieht.

Auch eine ausdrückliche Ermächtigung zum Erlass von einstweiligen Maßnahmen, die sich ausdrücklich auf das sektorspezifische Missbrauchsverbot aus § 50 TKG bezieht, enthält das TKG nicht. Nach § 207 TKG kann die Bundesnetzagentur allerdings generell bis zu einer endgültigen Entscheidung vorläufige Anordnungen treffen. Mangels weitergehender Eingrenzungen sind solche Anordnungen damit im gesamten sachlichen Anwendungsbereich des TKG möglich.³¹³ Sie kommen folglich auch in Bezug auf ein Missbrauchsverfahren nach § 50 TKG in Betracht.³¹⁴ Der Erlass einer vorläufigen Anordnung setzt die hinreichende Wahrscheinlichkeit voraus, dass eine entsprechende Hauptsacheentscheidung ergehen wird (Anordnungsanspruch), sowie einen Anordnungsgrund, der darin liegt, dass der Erlass der vorläufigen Regelung im besonderen öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse Privater zur Abwendung schwerer Nachteile geboten sein muss.³¹⁵ Da für den Anordnungsanspruch eine hinreichende Wahrscheinlichkeit des Ergehens einer Hauptsacheentscheidung ausreicht, kann eine summarische Prüfung des Sachverhalts ausreichen, deren Tiefe der zur Verfügung stehenden Zeit entspricht.³¹⁶ Insoweit kann im Wesentlichen auf die Ausführungen zu Grund und Anspruch einer Anordnung nach § 32a GWB verwiesen werden.³¹⁷ Sollten die Voraussetzungen für den Erlass einer Anordnung nach § 207 TKG vorliegen, steht der Bundesnetzagentur auf Rechtsfolgenseite ein breites Auswahlermessen zu.³¹⁸ Ob die Bundesnetzagentur bei der Ausgestaltung der vorläufigen Anordnung durch ihre Entscheidungsmöglichkeiten im Hauptsacheverfahren beschränkt wird, ist umstritten.³¹⁹ Anders als § 32a GWB (jedoch wie § 60 GWB) sieht § 207 TKG aber jedenfalls keine Befristung und Sollhöchstdauer einer vorläufigen Anordnung vor. Die Rechts-, Regelungs- und Bindungswirkung

³¹² Siehe oben, unter 3.1.1.1.2.1.1.

³¹³ Vgl. *Ruffert/Schmidt*, in: *Säcker/Körber* (Fn. 195), § 207 TKG Rn. 5.

³¹⁴ *Schütz* (Fn. 293), § 50 Rn. 154.

³¹⁵ BVerwG, N&R 2014, 305, 306 Rn. 24 (Beschl. v. 25.6.2014 – Az. 6 C 10.13); N&R 2009, 205, 208 Rn. 24 (Urt. v. 25.3.2009 – Az. 6 C 3.08).

³¹⁶ *Ruffert/Schmidt* (Fn. 313), § 207 TKG Rn. 3.

³¹⁷ Siehe oben, unter 3.1.1.1.2.1.3.

³¹⁸ *Ruffert/Schmidt* (Fn. 313), § 207 TKG Rn. 6.

³¹⁹ Gegen eine solche Beschränkung *Ruffert/Schmidt* (Fn. 313), § 207 TKG Rn. 6.

der Anordnung endet allerdings mit dem Erlass der endgültigen Entscheidung (hier: nach § 50 Abs. 3, 4 TKG).³²⁰

3.1.1.3.2.2 Private Durchsetzungsoptionen

Telekommunikationsrechtsspezifische Ansprüche von Wettbewerbsunternehmen wegen eines Missbrauchs der beträchtlichen Marktmacht im Zusammenhang mit dem Überbau eines (zumindest geplanten) Glasfasernetzes können sich insbesondere aus § 69 TKG ergeben. Diese Vorschrift sieht diverse Abwehr- und Schadensersatzansprüche derjenigen vor, die von einem Verstoß gegen telekommunikationsrechtliche Vorgaben durch einen „Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten“ betroffen sind. Anders als noch die Vorgängervorschrift in § 44 TKG 2004 bezieht sich die Regelung somit allerdings nicht mehr pauschal auf Telekommunikationsrechtsverstöße von „Unternehmen“, was für ihren weiten Anwendungsbereich sprach.³²¹ Zwar handelt es sich bei der TDG auch um einen „Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten“, so dass diese Engerführung zunächst ohne Relevanz zu sein scheint. Indem die Vorschrift nun aber gerade das Angebot öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste betont, könnte die Regelung auf damit im Zusammenhang stehende Rechtsverstöße zu beschränken sein.³²² Das entspräche nunmehr auch ihrer systematischen Einfügung in den Kundenschutzteil des TKG, der im Wesentlichen das Verhältnis zwischen Anbietern von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten und ihren Kunden betrifft.³²³ Diesbezügliche Kritik³²⁴ wäre bei einem solchen Verständnis hinfällig, die Vorschrift dann aber eben auch nicht mehr ohne weiteres auf Verstöße gegen § 50 TKG anwendbar. Sollte man dieser Einschätzung folgen, könnten Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche bei einem Behinderungsmissbrauch nur auf die Vorschriften des allgemeinen Zivilrechts gestützt werden, insbesondere auf § 823 Abs. 2 BGB.

Unterstellt man demgegenüber die Anwendbarkeit von § 69 TKG auch auf Verstöße gegen § 50 TKG,³²⁵ ist der Rechtsverletzer nach § 69 Abs. 1 S. 1 TKG dem Betroffenen „zur Unterlassung“ verpflichtet. Anders als § 44 Abs. 1 S. 1 TKG 2004 enthält die Vorschrift also keinen expliziten Beseitigungsanspruch. Es spricht allerdings viel dafür, dass das Gesetz hier einen Unterlassungsbegriff im weiteren Sinne verwendet, der neben dem Unterlassen im engeren Sinne (einer noch nicht eingetretenen Beeinträchtigung) auch

³²⁰ Ruffert/Schmidt (Fn. 313), § 207 TKG Rn. 2.

³²¹ Nach ganz h. M. war § 44 TKG 2004 daher u. a. auch auf Verstöße gegen das sektorspezifische Missbrauchsverbot nach § 42 TKG 2004 anwendbar, siehe etwa BGH, WRP 2007, 192, 195 Rn. 27 (Urt. v. 10.10.2006 – Az. KZR 26/05) – *Preselection*; OLG Frankfurt a. M., N&R 2018, 218, 219 = Rn. 33 (juris) (Urt. v. 1.4.2008 – Az. 11 U 14/07 [Kart]).

³²² Im Sinne eines umfassenden Anwendungsbereichs demgegenüber wohl weiterhin *Ditscheid/Rudloff*, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 293), § 69 Rn. 10,

³²³ Aus der Einbeziehung von Wettbewerbern in den Schutzbereich von § 69 TKG folgt – entgegen *Baumgart* (Fn. 195), § 69 TKG Rn. 1 – nichts anderes, da gerade auch Wettbewerber durch einen Verstoß gegen kundenschutzrechtliche Vorschriften und die daraus folgenden Vorteile für das rechtswidrig handelnde Unternehmen negativ betroffen sein können.

³²⁴ *Baumgart* (Fn. 195), § 69 TKG Rn. 1; *Ditscheid/Rudloff* (Fn. 322), § 69 Rn. 16.

³²⁵ Die Anwendbarkeit ausdrücklich bejahend *Schütz* (Fn. 293), § 50 Rn. 161.

die Beseitigung (einer bereits eingetretenen Beeinträchtigung) meint.³²⁶ Wollte man das anders sehen, käme eine Beseitigung aber zumindest im Wege des Schadensersatzes (unter den dann verschärften Voraussetzungen) in Betracht.³²⁷

Begünstigter des – wie auch immer inhaltlich zu fassenden – Unterlassungsanspruchs sind die vom Telekommunikationsrechtsverstoß Betroffenen (§ 69 Abs. 1 S. 1 TKG). Betroffen wiederum ist nach § 69 Abs. 1 S. 3 TKG, wer (u. a.) als Wettbewerber durch den Verstoß beeinträchtigt ist. Hier wird man auf das wettbewerbsrechtliche Regelungsvorbild in § 33 GWB zurückgreifen können.³²⁸ Ein Wettbewerber, der Ziel eines Behinderungsmissbrauchs ist, wird in aller Regel in diesem Sinne als Betroffener zu sehen sein. Auf ein Verschulden des Rechtsverletzers kommt es für den Unterlassungsanspruch schlussendlich nicht an.³²⁹

Einen sektorspezifischen Schadensersatzanspruch normiert § 69 Abs. 1 S. 4 TKG. Schadensersatzberechtigt ist danach u. a. ein Wettbewerber, der – wie die systematische Einbettung in § 69 Abs. 1 TKG zeigt – von dem Telekommunikationsrechtsverstoß des Anbieters (von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten) betroffen sein muss. Hier gelten somit die Ausführungen zum Unterlassungsanspruch entsprechend. Anders als der Unterlassungsanspruch besteht der Schadensersatzanspruch nur bei einem Verschulden des Rechtsverletzers, also bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit.

3.1.2 UWG

Eine weitere Verbotsgrenze könnte sich auch aus dem Lauterkeitsrecht ergeben.

3.1.2.1 Verbotenes Verhalten

Gemäß § 3 Abs. 1 UWG sind „[u]nlautere geschäftliche Handlungen ... unzulässig“. Eine gesetzliche Konkretisierung der Unlauterkeit im vorliegend relevanten Bereich des Mitbewerberschutzes erfolgt in § 4 UWG. Danach handelt u. a. unlauter, wer „Mitbewerber gezielt behindert“.

3.1.2.1.1 Vorliegen einer geschäftlichen Handlung

Die hier diskutierte Überbauaktivität müsste also zunächst eine geschäftliche Handlung sein. Hierbei handelt es sich gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG, soweit vorliegend relevant, um jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen Unternehmens vor, bei oder

³²⁶ Ausführlich und überzeugend *Baumgart* (Fn. 195), § 69 TKG Rn. 20; a. A. *Ditscheid/Rudloff* (Fn. 322), § 69 Rn. 39.

³²⁷ *Baumgart* (Fn. 195), § 69 TKG Rn. 20; unter Hinweis auf § 823 BGB *Ditscheid/Rudloff* (Fn. 322), § 69 Rn. 39.

³²⁸ *Baumgart* (Fn. 195), § 69 TKG Rn. 12.

³²⁹ *Baumgart* (Fn. 195), § 69 TKG Rn. 18.

nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes von Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Dienstleistungen unmittelbar und objektiv zusammenhängt.

Die Ankündigung, ein geplantes Glasfasernetz zu überbauen, ist ein Verhalten im Vorfeld eines Geschäftsabschlusses mit den künftigen Teilnehmern dieses Netzes (sowie etwaigen Vorleistungskunden). Es hängt auch mit dem Absatz der über dieses Glasfasernetz bereitgestellten Dienstleistungen bzw. mit dem Abschluss entsprechender Verträge zusammen. Fraglich könnte lediglich sein, ob es sich auch um einen unmittelbaren und objektiven Zusammenhang handelt. Hierzu muss das Verhalten bei objektiver Betrachtung vorrangig auf die Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidungen der Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer gerichtet sein,³³⁰ ohne dass es auf eine zeitliche Nähe hierzu ankäme.³³¹ Das ist bei Ausbauankündigungen, die gerade das Ziel verfolgen, das Interesse der Endkunden an einem Anschluss an das ausgebaute Netz zu wecken, der Fall. Bei ihnen handelt es sich um geschäftliche Handlungen.³³²

Weniger eindeutig könnte demgegenüber sein, ob auch der tatsächliche Ausbau des Glasfasernetzes vorrangig darauf gerichtet ist, geschäftliche Entscheidungen anderer Marktteilnehmer zu beeinflussen. Hier kann jedoch die von § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG ebenfalls erfasste Konstellation eines objektiven und unmittelbaren Zusammenhangs mit der Durchführung eines Vertrags vorliegen. Zur Durchführung eines Vertrags dienen nämlich insbesondere auch Maßnahmen in Erfüllung der sich aus dem Vertrag ergebenden Pflichten.³³³ Hat das überbauende Unternehmen vor Beginn seiner Netzausbautätigkeit Vorverträge mit anschlussbereiten Kunden abgeschlossen, dürfte die tatsächliche Vornahme des Netzausbaus mit der Durchführung des Vertrags zusammenhängen. Wurden keine diesbezüglichen Vorverträge abgeschlossen, dürfte der Netzausbau wieder selbst vorrangig dazu dienen, potentielle Interessenten zum Vertragsabschluss zu bewegen. Er stünde damit in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Absatzförderung. Im Ergebnis dürften vor diesem Hintergrund die besseren Gründe dafür sprechen, auch den tatsächlichen Netzausbau als eine geschäftliche Handlung im lauterkeitsrechtlichen Sinne einzustufen.

330 BGH, K&R 2021, 797, 798 Rn. 30 f. (Urt. v. 9.9.2021 – Az. I ZR 90/20) – *Influencer I*; WRP 2016, 843, 845 Rn. 12 (Urt. v. 31.3.2016 – Az. I ZR 160/14) – *Im Immobiliensumpf*; WRP 2013, 1183, 1185 Rn. 17 f. (Urt. v. 10.1.2013 – Az. I ZR 190/11) – *Standardisierte Mandatsbearbeitung*; Alexander, in: Fritzsche/Münker/Stollwerck, UWG, 2022, § 2 Rn. 125, 128; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 41. A., 2023, § 2 Rn. 2.51.

331 Siehe dazu Alexander (Fn. 330), § 2 Rn. 108.

332 OLG Celle, Urt. v. 1.12.2022 – Az. 13 U 49/22 (Kart), Rn. 25 (juris).

333 Alexander (Fn. 330), § 2 Rn. 115.

3.1.2.1.2 Gezielte Behinderung von Wettbewerbern

Darüber hinaus müsste es sich bei der hier diskutierten Überbauaktivität aber auch um eine gezielte Behinderung von Wettbewerbern handeln.

Unter einer Behinderung ist dabei jede Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten eines Mitbewerbers³³⁴ zu verstehen.³³⁵ Dabei genügt die Eignung zur Behinderung, muss es also nicht tatsächlich zu einer Behinderung von Wettbewerbern gekommen sein.³³⁶ Insoweit kann unter Bezugnahme auf die Ausführungen zum Wettbewerbsrecht davon ausgegangen werden, dass die in Rede stehende Überbauaktivität jedenfalls geeignet ist, erstausbauwillige bzw. erstausbauende Wettbewerber zu behindern.

Wie im Wettbewerbsrecht gilt aber auch im Lauterkeitsrecht, dass weitere Umstände hinzutreten müssen, damit von einer gezielten Behinderung gesprochen werden kann, da grundsätzlich jeder Wettbewerb die Mitbewerber zu beeinträchtigen vermag.³³⁷ Solche Umstände liegen im Allgemeinen vor, wenn gezielt der Zweck verfolgt wird, Mitbewerber an ihrer Entfaltung zu hindern und sie dadurch zu verdrängen, oder wenn die Behinderung dazu führt, dass die beeinträchtigten Mitbewerber ihre Leistung am Markt durch eigene Anstrengung nicht mehr in angemessener Weise zur Geltung bringen können.³³⁸ Dabei kommt es für die Frage, welcher Zweck gezielt verfolgt wird, nicht auf eine subjektive Behinderungsabsicht an.³³⁹ Vielmehr muss die Maßnahme bei objektiver Würdigung in erster Linie nicht auf die Förderung der eigenen wirtschaftlichen Entfaltung, sondern auf die Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltung des Mitbewerbers gerichtet sein.³⁴⁰ Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist aufgrund einer Gesamtwürdigung der relevanten Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Interessen der Mitbewerber, Verbraucher oder sonstiger Marktteilnehmer sowie der Allgemeinheit (an einem

³³⁴ Um solche geht es hier, siehe auch *Heyers*, LRZ 2023, Rn. 403.

³³⁵ BGH, NJW 2004, 3032, 3034 = Rn. 24 (juris) (Urt. v. 24.6.2004 – Az. I ZR 26/02) – *Werbeblocker I*; *Heyers*, LRZ 2023, Rn. 404; *Köhler* (Fn. 330), § 4 Rn. 4.6; *Menebröcker/Blank/Smielick*, in: *Fritzsche/Münker/Stollwerck* (Fn. 330), § 4 Rn. 433.

³³⁶ BGH, WRP 2018, 324, 327 = Rn. 34 (Urt. v. 11.10.2017 – Az. I ZR 210/16) – *Portierungsauftrag*; *Köhler* (Fn. 330), § 4 Rn. 4.6; *Menebröcker/Blank/Smielick* (Fn. 335), § 4 Rn. 433.

³³⁷ BGH, WRP 2014, 424, 426 Rn. 28 (Urt. v. 22.1.2014 – Az. I ZR 164/12) – *wetteronline.de*; *Köhler* (Fn. 330), § 4 Rn. 4.7; zur früheren Rechtslage auch BGH, NJW 2004, 3032, 3034 = Rn. 24 (juris) (Urt. v. 24.6.2004 – Az. I ZR 26/02) – *Werbeblocker I*.

³³⁸ BGH, WRP 2021, 184, 190 Rn. 51 (Urt. v. 5.11.2020 – Az. I ZR 234/19) – *Zweitmarkt für Lebensversicherungen*; WRP 2018, 324, 325 = Rn. 12 (Urt. v. 11.10.2017 – Az. I ZR 210/16) – *Portierungsauftrag*; WRP 2017, 434, 438 Rn. 49 (Urt. v. 12.1.2017 – Az. I ZR 253/14) – *World of Warcraft II*; 2007, 951, 954 f. Rn. 23 (Urt. v. 11.1.2007 – Az. I ZR 96/04) – *Außendienstmitarbeiter*; *Menebröcker/Blank/Smielick* (Fn. 335), § 4 Rn. 414 und 434.

³³⁹ BGH, WRP 2014, 424, 428 Rn. 42 (Urt. v. 22.1.2014 – Az. I ZR 164/12) – *wetteronline.de*; WRP 2007, 951, 954 Rn. 22 (Urt. v. 11.1.2007 – Az. I ZR 96/04) – *Außendienstmitarbeiter*.

³⁴⁰ OLG München, WRP 2020, 366, 368 Rn. 20 (Urt. v. 5.12.2019 – Az. 29 U 3149/18); *Köhler* (Fn. 330), § 4 Rn. 4.8.

unverfälschten Wettbewerb³⁴¹) zu beurteilen.³⁴² Die Grenze zur Unlauterkeit wird dabei in der Regel überschritten, wenn das Eigeninteresse des Handelnden unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Wettbewerbsfreiheit weniger schutzwürdig ist als die Interessen der übrigen Beteiligten (insbesondere der Mitbewerber) und der Allgemeinheit.³⁴³

Dieser Wertungsmaßstab ist weitgehend identisch mit dem Wertungsmaßstab einer unbilligen Behinderung i. S. v. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB.³⁴⁴ Insoweit wird daher davon ausgegangen, dass bei der lauterkeits- und wettbewerbsrechtlichen Beurteilung grundsätzlich parallele Wertungen geboten sind.³⁴⁵ Da vorliegend keine besonderen Umstände erkennbar sind, die eine abweichende Bewertung erfordern oder auch nur rechtfertigen könnten, kann somit auf die wettbewerbsrechtliche Würdigung verwiesen werden.³⁴⁶ Wie in Bezug auf § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB hängt es somit auch unter Anlegung von § 4 Nr. 4 UWG von den Umständen des Einzelfalls ab, ob die relevante Überbauaktivität (als gezielte Behinderung von Mitbewerbern) verboten ist. Das gilt jedenfalls, soweit es – wie hier – um das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens geht, da insoweit nicht die Gefahr droht, den auf solche Unternehmen beschränkten Adressatenkreis des wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsverbots zu unterlaufen.³⁴⁷

3.1.2.2 Durchsetzungsoptionen

Die Vorgaben des UWG können allein auf privatrechtlichem Weg durchgesetzt werden. Behördliche Eingriffsbefugnisse bestehen hier grundsätzlich nicht.

3.1.2.2.1 Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch (§ 8 UWG)

Wer (u. a.) eine nach § 3 UWG unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt, kann nach § 8 Abs. 1 S. 1 Var. 1 UWG auf Beseitigung in Anspruch genommen werden. Besteht die Gefahr einer (erstmaligen oder wiederholten) Zuwiderhandlung gegen das Verbot

³⁴¹ Köhler (Fn. 330), § 4 Rn. 4.8b, 4.11.

³⁴² BGH, WRP 2021, 184, 190 Rn. 51 (Urt. v. 5.11.2020 – Az. I ZR 234/19) – *Zweitmarkt für Lebensversicherungen*; WRP 2018, 324, 325 = Rn. 12 (Urt. v. 11.10.2017 – Az. I ZR 210/16) – *Portierungsauftrag*; WRP 2017, 434, 438 Rn. 49 (Urt. v. 12.1.2017 – Az. I ZR 253/14) – *World of Warcraft II*; Köhler (Fn. 330), § 4 Rn. 4.8b; *Menebröcker/Blank/Smielick* (Fn. 335), § 4 Rn. 414 und 434.

³⁴³ *Menebröcker/Blank/Smielick* (Fn. 335), § 4 Rn. 415 und 436.1; siehe auch BGH, 2007, 951, 954 Rn. 21 (Urt. v. 11.1.2007 – Az. I ZR 96/04) – *Außendienstmitarbeiter*.

³⁴⁴ LG Berlin, CR 2018, 543, 545 = Rn. 47 (juris) (Urt. v. 4.5.2018 – Az. 92 O 2/17 Kart); *Heyers*, LRZ 2023, Rn. 405 (etwas vorsichtiger evtl. a. a. O., Rn. 403); siehe schon zur früheren Rechtslage BGH, NJW 1998, 3778, 3780 = Rn. 32 (juris) (Urt. v. 14.7.1998 – Az. KZR 1/97) – *Schilderpräger im Landratsamt*; NJW 1989, 2325 = Rn. 8 (juris) (Urt. v. 21.2.1989 – Az. KZR 7/88) – *Krankentransportbestellung* („die gleichen Beurteilungskriterien maßgebend“); NJW 1986, 1877, 1879 = Rn. 26 (juris) (Urt. v. 10.12.1985 – Az. KZR 22/85) – *Abwehrblatt II*.

³⁴⁵ OLG Jena, Urt. v. 30.9.2009 – Az. 2 U 188/09, Rn. 26 (juris) („wertungsmäßiger Gleichklang ... bei der Beurteilung der Unbilligkeit“); OLG München, WuW 2017, 402, 406 = Rn. 91 (juris) (Urt. v. 23.3.2017 – Az. U 3702/16 Kart); LG Berlin, CR 2018, 543, 545 = Rn. 47 (juris) (Urt. v. 4.5.2018 – Az. 92 O 2/17 Kart); Köhler (Fn. 330), § 4 Rn. 4.18.

³⁴⁶ Siehe dazu oben, unter 3.1.1.2.1.2.

³⁴⁷ Siehe zu diesem Aspekt *Menebröcker/Blank/Smielick* (Fn. 335), § 4 Rn. 424.

unlauterer geschäftlicher Handlungen, besteht ein Anspruch auf Unterlassung (§ 8 Abs. 1 S. 1 Var. 2, S. 2 UWG). Beide Ansprüche sind verschuldensunabhängig.³⁴⁸ Anspruchsberechtigt ist nach h. M. grundsätzlich nur der von der Behinderung betroffene Mitbewerber, da es ihm überlassen bleiben soll, ob er die Behinderung hinnimmt.³⁴⁹

Ein Beseitigungsanspruch setzt einen bereits bestehenden und fortdauernden Zustand rechtswidriger Störung voraus.³⁵⁰ Er hat inhaltlich grundsätzlich alle geeigneten Maßnahmen zum Gegenstand, die erforderlich sind, um die fortwirkende Störung zu beseitigen.³⁵¹ Dabei steht er allerdings unter einem Verhältnismäßigkeitsvorbehalt, umfasst also nur solche Störungsbeseitigungsmaßnahmen, die angemessen und dem Störer zumutbar sind.³⁵² Der Beseitigungsanspruch kann grundsätzlich in eilbedürftigen Fällen auch mittels einstweiliger Verfügung durchgesetzt werden, die allerdings grundsätzlich auf eine nur vorläufige Störungsbeseitigung gerichtet sein muss.³⁵³

Für den auf Nichtvornahme einer bestimmten (unlauteren) Verhaltensweise gerichteten Unterlassungsanspruch kommt es demgegenüber nicht darauf an, ob eine Störung bereits eingetreten ist, sondern wird lediglich eine Begehungsgefahr vorausgesetzt.³⁵⁴ Sie liegt vor, wenn entweder die Gefahr eines erstmaligen Wettbewerbsverstosses ernstlich drohend unmittelbar bevorsteht³⁵⁵ oder der Anspruchsgegner sich bereits unlauter verhalten hat und die Wiederholung eines Verstoßes ernsthaft und greifbar zu besorgen ist.³⁵⁶ Für letztgenannte Wiederholungsgefahr streitet eine Vermutung,³⁵⁷ die aber – etwa durch eine strafbewehrte Unterlassungserklärung – widerlegt werden kann.³⁵⁸ Das nimmt die Regelung in § 13 Abs. 1 UWG auf. Dieser zufolge soll derjenige, der einen Anspruch auf Unterlassung hat, den Schuldner vor der Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens abmahnen und ihm Gelegenheit geben, den Streit durch Abgabe einer mit einer

³⁴⁸ Haertel, in: Fritzsche/Münker/Stollwerck (Fn. 330), § 8 Rn. 3.

³⁴⁹ BGH, WRP 2011, 749, 750 Rn. 8 (Urt. v. 28.10.2010 – Az. I ZR 174/08) – *Änderung der Voreinstellung III*; WRP 2009, 432, 434 Rn. 22 (Urt. v. 2.10.2008 – Az. I ZR 48/06) – *Küchentieftpreis-Garantie*; Köhler (Fn. 330), § 4 Rn. 4.219. Damit sind insbesondere qualifizierte Wirtschaftsverbände und Einrichtungen sowie die Kammern und anderen Institutionen i. S. v. § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 UWG grundsätzlich nur dann anspruchsberechtigt, wenn die Maßnahme weitere Verbotstatbestände erfüllt und zusätzlich Interessen anderer Branchenangehöriger oder der Verbraucher beeinträchtigt, BGH, WRP 2011, 749, 750 Rn. 8 (Urt. v. 28.10.2010 – Az. I ZR 174/08) – *Änderung der Voreinstellung III*; Köhler (Fn. 330), § 4 Rn. 4.219. Das drängt sich vorliegend jedoch nicht auf.

³⁵⁰ Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 330), § 8 Rn. 1.109; Haertel (Fn. 348), § 8 Rn. 16.

³⁵¹ BGH, WRP 2015, 714, 717, Rn. 35 (Urt. v. 12.3.2015 – Az. I ZR 188/13) – *Uhrenankauf im Internet*; Bornkamm (Fn. 350), § 8 Rn. 1.113; Haertel (Fn. 348), § 8 Rn. 23.

³⁵² BGH, Urt. v. 26.11.1997 – Az. I ZR 109/95, Rn. 30 (juris) – *Wirtschaftsregister*; Urt. v. 23.2.1995 – Az. I ZR 15/93, Rn. 42 (juris) – *Abnehmervernachlässigung*; Bornkamm (Fn. 350), § 8 Rn. 1.122; Haertel (Fn. 348), § 8 Rn. 24 und 26; für einen Auskunftsanspruch BGH, NJW 1994, 1958 = Rn. 29 (juris) (Urt. v. 24.3.1994 – Az. I ZR 42/93) – *Cartier-Armreif*.

³⁵³ Haertel (Fn. 348), § 8 Rn. 47.

³⁵⁴ Bornkamm (Fn. 350), § 8 Rn. 1.11; Haertel (Fn. 348), § 8 Rn. 50.

³⁵⁵ Bornkamm (Fn. 350), § 8 Rn. 1.18; siehe auch Haertel (Fn. 348), § 8 Rn. 67: „ernsthafte und greifbare tatsächliche Anhaltspunkte dafür ..., dass der Anspruchsgegner sich in naher Zukunft rechtswidrig verhalten wird“.

³⁵⁶ Bornkamm (Fn. 350), § 8 Rn. 1.42; Haertel (Fn. 348), § 8 Rn. 51.

³⁵⁷ Bornkamm (Fn. 350), § 8 Rn. 1.43; Haertel (Fn. 348), § 8 Rn. 52.

³⁵⁸ Bornkamm (Fn. 350), § 8 Rn. 1.44; Haertel (Fn. 348), § 8 Rn. 54.

angemessenen Vertragsstrafe bewehrten Unterlassungsverpflichtung beizulegen.³⁵⁹ Auch der Unterlassungsanspruch kann im Wege eines einstweiligen Verfügungsverfahrens durchgesetzt werden, wobei nach § 12 Abs. 1 UWG eine tatsächliche Vermutung der Dringlichkeit besteht, die aber insbesondere durch zu langes Zuwarten widerlegt werden kann.³⁶⁰

Bezogen auf die hier relevante Überbauaktivität unterscheiden sich die privatrechtlichen Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche somit nur in Einzelheiten (wie der ausdrücklichen Sollvorgabe in § 13 Abs. 1 UWG) von den wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen auf Beseitigung und Unterlassung. Auf die diesbezüglichen Ausführungen kann daher verwiesen werden.³⁶¹

3.1.2.2.2 Schadensersatzanspruch (§ 9 UWG)

Nach § 9 Abs. 1 UWG ist derjenige, der vorsätzlich oder fahrlässig (u. a.) eine nach § 3 UWG unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt, zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Anspruchsberechtigt sind Mitbewerber, was in den hier relevanten Überbaufällen insbesondere solche Wettbewerber umfassen würde, die gezielt behindert wurden.³⁶² Zu ersetzen ist der dem Mitbewerber entstandene Schaden einschließlich eines entgangenen Gewinns.³⁶³ Dieser wiederum wird sich in aller Regel nur sehr schwer beziffern lassen, so dass auf das herabgesetzte Beweismaß des § 287 ZPO zurückzugreifen ist.³⁶⁴ Insgesamt entspricht die Situation damit derjenigen beim wettbewerbsrechtlichen Schadensersatzanspruch.³⁶⁵

3.1.3 Bewertung

Bestimmte Verhaltensweisen im Zusammenhang mit dem Überbau des Glasfasernetzes eines Wettbewerbers können rechtlich verboten sein. Hier unterliegt insbesondere die TDG als das im Vorleistungsbereich marktbeherrschende bzw. marktmächtige Unternehmen besonderen Rücksichtnahmepflichten, die für andere Unternehmen nicht gelten. Auch der TDG ist es allerdings nicht von vornherein untersagt, auf Ausbauankündigungen eines Wettbewerbers zu reagieren und einen eigenen Ausbau im selben Gebiet anzukündigen oder auch auf einen bereits erfolgenden Ausbau eines Wettbewerbers hin dessen Glasfasernetz mit einem eigenen Netz zu überbauen. Ein solches Verhalten wird

³⁵⁹ Damit wird auch das Risiko eines sofortigen Anerkenntnisses beseitigt, siehe *Haertel* (Fn. 348), § 8 Rn. 72.

³⁶⁰ *Tavanti/Scholz*, in: *Fritzsche/Münker/Stollwerck* (Fn. 330), § 12 Rn. 16.

³⁶¹ Siehe oben, unter 3.1.1.1.2.2.1.

³⁶² Vgl. *Eichelberger*, in: *Fritzsche/Münker/Stollwerck* (Fn. 330), § 9 Rn. 46.

³⁶³ *Köhler* (Fn. 330), § 9 Rn. 1.35; siehe auch *Eichelberger* (Fn. 362), § 9 Rn. 79.

³⁶⁴ *Eichelberger* (Fn. 362), § 9 Rn. 80; *Köhler* (Fn. 330), § 9 Rn. 1.35.

³⁶⁵ Siehe dazu oben, unter 3.1.1.1.2.2.2.

tendenziell unproblematisch sein, wenn in dem betreffenden Gebiet mehr als ein Glasfasernetz ökonomisch tragfähig ist, wie z. B. im dicht besiedelten urbanen Bereich.

Besondere rechtliche Aufmerksamkeit ist jedoch vor allem den Fällen zu widmen, in denen es um den Überbau in einem Gebiet geht, in dem auch langfristig nur ein einziges Glasfasernetz ökonomisch tragfähig ist: Hier kann – abhängig vom Umfang des in Rede stehenden Überbaus und der Höhe des Marktanteils, der für einen wirtschaftlich tragfähigen Netzausbau erforderlich ist – bereits die Ankündigung eines Überbaus durch die TDG abschreckende Wirkung auf den ausbauwilligen Wettbewerber haben. Perspektivisch könnte sogar die Besorgnis, dass auf die Verlautbarung eigener Ausbauplanungen entsprechende Überbauankündigungen durch die TDG erfolgen, die wettbewerbliche Betätigungsfreiheit ausbauwilliger Wettbewerbsunternehmen beeinträchtigen. Die bloße Beeinträchtigung von Wettbewerbern ist aber selbst marktbeherrschenden bzw. marktmächtigen Unternehmen wie der TDG nicht verboten. Sie entspricht vielmehr zunächst einem normalen Wettbewerbsgeschehen, das gerade darauf zielt, den eigenen Erfolg auch dadurch zu fördern, dass man sich gegen Wettbewerber durchsetzt.

Hinzu kommen müssen daher besondere Umstände. Hierbei stellt das EU-Wettbewerbsrecht für die Feststellung eines nach Art. 102 AEUV verbotenen Verdrängungsmissbrauchs die Frage in den Mittelpunkt der Betrachtung, ob die Beeinträchtigung der Wettbewerber durch Mittel erfolgt, die einem normalen Leistungswettbewerb entsprechen. Nach deutschem Wettbewerbsrecht sowohl auf der allgemeinen Grundlage von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB als auch in der sektorspezifischen Ausprägung des § 50 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG kommt es für die Einstufung als Behinderungsmissbrauch demgegenüber darauf an, ob sich die Beeinträchtigung als unbillig erweist. Das richtet sich wiederum nach einer umfassenden Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der jeweiligen gesetzlichen Zielsetzungen. Aus der Perspektive des Lauterkeitsrechts ist schließlich entscheidend, ob es sich um eine gezielte Behinderung von Wettbewerbern handelt (§ 4 Nr. 4 UWG). Das wird jedoch ebenfalls auf Grundlage einer Interessenabwägung entschieden, wobei die anzulegenden Wertungsmaßstäbe der Rechtsprechung zufolge denen entsprechen, die auch der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchskontrolle zugrunde zu legen sind.

Legt man diese Maßstäbe zugrunde, rückt die Überbauaktivität der TDG in Gebieten, in denen nur ein einziges Glasfasernetz ökonomisch tragfähig ist, umso näher an oder evtl. sogar in den Bereich der verbotenen Behinderung des erstausbauwilligen Wettbewerbers, je stärker die Chancen in dem dann folgenden Ausbauwettbewerb durch die marktbeherrschende bzw. marktmächtige Stellung zugunsten der TDG vorgeprägt sind. Hierfür können insbesondere marktmachtbegründete Startvorteile in Bezug auf vorhandene Infrastruktur sowie bei etwaigen Vorleistungs- und Endkunden sprechen. Ob diese Startvorteile es dem erstausbauwilligen Wettbewerber faktisch unmöglich machen, sich im Ausbauwettbewerb durchzusetzen, hängt dann aber wiederum von den weiteren Umständen des Einzelfalls ab. Hier können in dem betreffenden Gebiet bereits vorhandene Infrastruktur des Wettbewerbers und eine eigene Kundenbasis zu berücksichtigen sein,

etwa wenn es um den Glasfasernetzausbau durch ein lokal etabliertes Unternehmen geht. Aber auch zeitliche Aspekte können eine Rolle spielen: Je mehr Zeit der erstausbauwillige Wettbewerber hatte, um eigene Vorleistungs- und Endkunden zu gewinnen (etwa durch den Abschluss verbindlicher Vorvermarktungsverträge), bevor die TDG ihre eigenen Ausbauabsichten öffentlich bekanntmacht oder gar selbst mit dem Überbau beginnt, desto weniger kommen ihre theoretisch vorhandenen marktmachtbedingten Startvorteile zur Geltung.

Doch selbst wenn im konkreten Fall diese Startvorteile ein solches Gewicht haben sollten, dass es erwägenswert wäre, die Überbauaktivität der TDG als leistungswettbewerbsfremd bzw. unbillig oder unlauter einzustufen, können gegenläufige Aspekte dazu führen, dass die Ankündigung oder Durchführung eines Überbaus weder wettbewerbs- noch lauterkeitsrechtlich zu beanstanden wäre. Das betrifft insbesondere die Frage, unter welchen Bedingungen dritte Telekommunikationsdiensteanbieter voraussichtlich Zugang zu dem Glasfasernetz des Wettbewerbers haben werden. Wenn hier kein offener Netzzugang zu wettbewerbskonformen Bedingungen hinreichend sichergestellt ist, hätte ein wettbewerbs- oder lauterkeitsrechtlich begründetes Überbauverbot jedenfalls für glasfaserbasierte Angebote ein Monopol des erstausbauwilligen Wettbewerbers zur Folge. Das liefe der wettbewerbsfördernden Zielsetzung des Wettbewerbs- und Lauterkeitsrechts zuwider und spräche daher in diesen Fällen gegen die Annahme eines Marktmachtmissbrauchs.

Im Ergebnis ist es somit zwar durchaus möglich, dass bestimmte Verhaltensweisen der TDG im Zusammenhang mit dem Überbau des Glasfasernetzes eines Wettbewerbers als wettbewerbs- und lauterkeitsrechtlich verboten einzustufen sind. Das kann jedoch nur unter durchaus anspruchsvollen Voraussetzungen und auf Grundlage einer Einzelfallbetrachtung erfolgen.

Sollte im Einzelfall tatsächlich ein wettbewerbs- und lauterkeitsrechtlich verbotenes Verhalten vorliegen, stellt sich die weitere Frage nach den dann bestehenden Durchsetzungsoptionen. Hier besteht die Besonderheit, dass gerade bereits von der ersten Ankündigung eines Überbaus eine besonders intensive abschreckende Wirkung ausgeht. Die wettbewerbs- und lauterkeitsrechtlichen Durchsetzungsoptionen setzen zwar nicht durchweg nur ex post an, sondern erlauben auch Maßnahmen zur Vermeidung eines Rechtsverstoßes. Hierfür muss jedoch ernsthaft zu befürchten sein, dass ein Rechtsverstoß konkret bevorsteht. Da nicht bekannt ist, ob und wo die TDG einen Überbau ankündigen wird, dürfte es in der Praxis nicht ohne weiteres möglich sein, solche Maßnahmen durchzusetzen. Hinzu kommt, dass entsprechende wettbewerbsbehördliche oder gerichtliche Verfahren eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen, innerhalb derer die Überbauankündigung erfolgen könnte. Zwar ist es möglich, in besonders eilbedürftigen Fällen Unterlassungspflichten auch im Wege einstweiliger Maßnahmen vorläufig durchzusetzen. Damit einher gehen jedoch noch weiter gestiegene rechtliche Anforderungen. Auch auf instrumentaler Ebene gewährt das Wettbewerbs- und Lauterkeitsrecht somit nur einen eher wenig effizienten Schutz gegen stark einzelfallabhängige und örtlich eng

beschränkte Rechtsverstöße im Zusammenhang mit dem Überbau von Glasfasernetzen. Das mag sich ändern, wenn sich hier eine gewisse Entscheidungspraxis herausbildet und so das Verhalten des marktbeherrschenden und marktmächtigen Unternehmens stärker ex ante beeinflusst wird. Angesichts der materiellen Komplexität der rechtlichen Bewertung ist aber zumindest offen, ob es sich hierbei um ein realistisches Szenario handelt.

3.2 Regulierungszielwidrige Überbauaktivität

Während die wettbewerbs- und lauterkeitsrechtliche Betrachtung darum kreist, ob eine Überbauaktivität als unbillige oder gezielte Behinderung gesetzlich verboten ist, stellt sich aus der Perspektive des sektorspezifischen Regulierungsrechts der Telekommunikation die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen solche Verhaltensweisen den in § 2 TKG vorgegebenen Regulierungszielen zuwiderlaufen.

Zwar bestehen hier gewisse Querverbindungen: So lassen sich etwa die sektorspezifischen Missbrauchsverbote in §§ 37, 50 TKG dahingehend deuten, dass ein Missbrauch beträchtlicher Marktmacht jedenfalls in solchen Märkten, die durch anhaltende und beträchtliche Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sind, zugleich den Regulierungszielen zuwiderläuft. Umgekehrt ist es zumindest nicht ausgeschlossen, dass die Auswirkungen eines Verhaltens auf die Regulierungsziele seine Einstufung als unbillig bzw. unlauter beeinflussen können.³⁶⁶ Dennoch sind die Wertungsmaßstäbe nicht deckungsgleich. Vielmehr gibt § 2 TKG einen Katalog ausdifferenzierter Regulierungsziele vor, die im Wege praktischer Konkordanz zur bestmöglichen Geltung gebracht werden müssen, ohne dass dabei dem Wettbewerbsziel (als sektorspezifischer Ausprägung des auf Wettbewerbsfreiheit gerichteten Zwecks von GWB und UWG) ein normativer Vorrang zukäme.³⁶⁷ Dementsprechend hat etwa das BVerwG ausdrücklich entschieden, dass einem der marktmachtabhängigen (SMP-)Marktregulierung unterliegenden Telekommunikationsunternehmen auch dann Verpflichtungen auferlegt werden können, wenn das nach den wettbewerbsrechtlichen Maßstäben des Missbrauchsverbots nicht möglich wäre.³⁶⁸ Darüber hinaus hängen die Auswirkungen eines unternehmerischen Verhaltens auf die Regulierungsziele nicht zwingend davon ab, ob das betreffende Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung oder beträchtliche Marktmacht verfügt. Die Regulierungsziele können somit nicht nur eine Steuerungswirkung entfalten, die (sachlich) weiter reicht als zumindest die Steuerungswirkung der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsverbote. Die aus ihnen abzuleitenden Maßgaben können sich auch (persönlich) auf einen größeren Adressatenkreis beziehen als das wettbewerbsrechtliche

³⁶⁶ Siehe dazu oben, unter 3.1.1.2.1.2.3.

³⁶⁷ *Holznagel*, N&R 2018, 257.

³⁶⁸ BVerwG, Buchholz 442.066 § 21 TKG Nr. 1 Rn. 19 (Urt. v. 27.1.2010 – Az. 6 C 22.08).

Missbrauchsverbot.³⁶⁹ Insbesondere können sie sich auch gegen nicht marktmächtige Unternehmen richten.

3.2.1 Bedeutung der Regulierungsziele für unternehmerisches Verhalten

Das lenkt den Blick jedoch auf die Bedeutung der Regulierungsziele für das Verhalten von Telekommunikationsunternehmen. Die Regulierungsziele sind nämlich in erster Linie als teleologische Steuerungsvorgaben ermessens- und auslegungsleitende Entscheidungsparameter bei der Rechtsanwendung. Sie entfalten damit unmittelbare Rechtswirkung vor allem für die Bundesnetzagentur und die Gerichte. Für das Verhalten privater Rechtssubjekte wie Telekommunikationsunternehmen sind die Regulierungsziele selbst demgegenüber zunächst ohne Bedeutung.

Diese erlangen sie erst über den Transmissionsriemen einer gesetzlichen Regelung oder einer behördlichen Entscheidung, in deren Rahmen die Regulierungsziele ihre Steuerungswirkung entfalten. Ein unternehmerisches Verhalten ist daher nicht schon deshalb rechtswidrig, verboten und/oder mit einem sonstigen rechtlichen Makel behaftet, weil es gegen die Regulierungsziele verstößt. Die Unternehmen sind insoweit nicht die Sachwalter der in den Regulierungszielen vertypen Allgemeininteressen. Nur wenn die Regulierungsziele für die Auslegung einer bestimmten gesetzlichen Vorschrift relevant werden oder eine Behörde – wie insbesondere die Bundesnetzagentur – Verpflichtungen gerade auch auf die Sicherstellung der Regulierungsziele stützt, erlangen diese Ziele (mittelbare) Bedeutung für das unternehmerische Verhalten.

Bezogen auf die hiesige Überbauproblematik folgt daraus, dass eine Überbauaktivität nicht schon dann rechtswidrig ist, wenn sie gegen die Regulierungsziele aus § 2 TKG verstößt. Sollte sich allerdings erweisen, dass in bestimmten Situationen eine Überbauaktivität den Regulierungszielen zuwiderläuft, so könnte dies Anlass für eine regulatorische Reaktion sein (Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1, Abs. 2 EKEK). Mit anderen Worten: Sollte es Überbauaktivität geben, die den Regulierungszielen zuwiderläuft, ist sie zwar nicht verboten, würde aber die Frage aufwerfen, ob und wie ihr die Bundesnetzagentur auf Grundlage des geltenden TKG begegnen könnte. Damit ist ein hoheitlicher Handlungsspielraum unterhalb der Ebene des gesetzlichen Verbots missbräuchlicher bzw. unlauterer Überbauaktivität eröffnet.

3.2.2 Kursorische Betrachtung der Auswirkungen von Überbau auf die Regulierungsziele

Es stellt sich daher die regulierungsökonomische Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen Überbauaktivität überhaupt die Regulierungsziele nach § 2 TKG

³⁶⁹ Das Lauterkeitsrecht ist demgegenüber auch unabhängig vom Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung anwendbar.

gefährden kann. Denn grundsätzlich führt die Doppelung von Telekommunikationsinfrastrukturen ja zu mehr Infrastrukturwettbewerb und damit zu einer besseren Auswahl für die Nutzer sowie u. U. auch verbesserter Konnektivität. Überbau trägt damit im Prinzip zur Erreichung der Regulierungsziele bei. Das gilt aber eben nicht uneingeschränkt. Wie bereits im Zusammenhang mit dem Missbrauchsverbot des allgemeinen Wettbewerbsrechts im Einzelnen dargelegt wurde, kann Überbauaktivität unter bestimmten Voraussetzungen nachteilige Auswirkungen auf die Regulierungsziele haben.³⁷⁰

Das gilt insbesondere in solchen Gebieten, in denen nur ein einziges Glasfasernetz ökonomisch tragfähig ist. Hier kann unter bestimmten Umständen bereits von der Ankündigung, aber auch von der späteren Durchführung eines Überbaus eine den Netzausbau beeinträchtigende Wirkung ausgehen. Denn durch den (ggf. erst angekündigten) Überbau kann aufgrund der fehlenden ökonomischen Tragfähigkeit mehrerer Glasfasernetze – abhängig vom Umfang des in Rede stehenden Überbaus und der Höhe des Marktanteils, der für einen wirtschaftlich tragfähigen Netzausbau erforderlich ist – die Investitionsentscheidung des erstausbauwilligen bzw. erstausbauenden Unternehmens nachträglich entwertet werden. Diese beruhte nämlich auf der jedem rationalen unternehmerischen Verhalten immanenten Erwartung, das ausgebaute Netz profitabel betreiben zu können. Dies wiederum setzt in den hier angesprochenen Gebieten aber gerade voraus, dass kein zweites Glasfasernetz errichtet wird. Wird diese Erwartung enttäuscht, hätte das (völlig unabhängig von einer etwaigen Schutzwürdigkeit dieser Erwartung) auf die Regulierungsziele potentiell nachteilige Auswirkungen:

- Da Infrastrukturwettbewerb im telekommunikationsrechtlichen Sinne auf einem Ausmaß des Infrastrukturausbaus beruht, bei dem Investoren vernünftigerweise mit einer angemessenen Rendite rechnen können, trägt Überbau insoweit jedenfalls nicht zur Förderung eines effizienten infrastrukturbasierten Wettbewerbs i. S. v. § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG bei.
- Der Überbau würde jedoch den chancengleichen Wettbewerb i. S. v. § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG fördern, da er es dem überbauenden Unternehmen ermöglichen würde, selbst eigene Angebote auf Grundlage einer eigenen Glasfaserinfrastruktur zu entwickeln.
- Inwieweit der Überbau die wettbewerblichen Chancen von Zugangsnachfragern (und damit den chancengleichen Wettbewerb auf Diensteebene) fördert, hängt davon ab, ob und zu welchen Bedingungen ein Zugang zum überbauten und zum überbauenden Glasfasernetz besteht.
- Führt die Überbauaktivität dazu, dass das erstausbauende bzw. -willige Unternehmen von dem eigentlich geplanten Ausbau (auch) in solchen Gebieten absieht, die von dem überbauenden Unternehmen nicht versorgt werden sollen, hätte dies Nachteile für das Konnektivitätsziel (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG), den Infrastrukturwettbewerb (§ 2

370 Siehe ausführlicher oben, unter 3.1.1.2.1.2.3.

Abs. 2 Nr. 2 TKG) und die damit korrespondierenden Nutzerinteressen (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG) in den betreffenden Bereichen zur Folge.³⁷¹

- Entsprechendes gilt bei einer bundesweiten Betrachtung, wenn grundsätzlich ausbaubereite Unternehmen im Lichte der Überbauaktivität ihre Ausbauplanungen reduzieren oder ganz einstellen sollten. Dann hätte diese Überbauaktivität bei statischer Betrachtung zwar evtl. eine größere Infrastrukturauswahl im betreffenden Ausbauggebiet zur Folge. Bei dynamischer Betrachtung würde sie aber den Glasfaserausbau im Bundesgebiet dämpfen, mit den damit verbundenen Nachteilen für den Infrastrukturwettbewerb (zwischen Glasfaser- und Kupferkabelnetz), die Verbraucherinteressen und das Konnektivitätsziel. Das kann insbesondere der Fall sein, wenn von der Überbauaktivität eine entsprechende Abschreckungswirkung ausgeht, was vor allem auf ein entsprechendes Verhalten der TDG zutreffen könnte. Sie hat mit der Verteidigung ihrer starken Position auf den Vorleistungs- und Endkundenmärkten eine starke Motivation, um auf den Glasfaserausbau durch ein Wettbewerbsunternehmen zu reagieren. Wegen ihrer bestehenden Vorleistungs- und Endkundenverträge sowie der flächendeckend vorhandenen Infrastruktur dürfte sie überdies auch einen gewissen Startvorteil im Wettbewerb um das betreffende Ausbauggebiet haben, der erst mit zunehmendem zeitlichem Abstand an Gewicht verliert.

Ob und unter welchen Voraussetzungen Überbauaktivität den Regulierungszielen zuwiderläuft, lässt sich daher nur auf Grundlage einer regulierungsökonomischen Analyse und unter Abwägung tendenziell gegenläufiger Auswirkungen beurteilen. Im Rahmen einer solchen Abwägung sind die Regulierungsziele im Ausgangspunkt von gleichem Gewicht, kommt also keinem Regulierungsziel von vornherein ein größeres Gewicht zu als den anderen Zielen.³⁷² Berücksichtigt werden könnte bei der Abwägung auch der schon wettbewerbsrechtlich als relevant erkannte Punkt, unter welchen Voraussetzungen sich eine Überbauaktivität als chancengleicher Wettbewerb um das betreffende Netzgebiet darstellt, so dass die Erwartung eines profitablen Netzbetriebs nicht mehr ohne weiteres regulatorisch schutzwürdig wäre, und wann hier aufgrund einer asymmetrischen Ausgangslage keine Chancengleichheit mehr bestünde. Die Abwägung selbst ist jedenfalls Aufgabe der konkret zur Entscheidung berufenen staatlichen Instanz, also in erster Linie der Bundesnetzagentur und der Gerichte, die dabei jeweils nach Maßgabe der gesetzlichen Kompetenzabgrenzungen ggf. über Einschätzungsprärogativen verfügen. Die dabei erfolgende Prüfung und Abwägung der Regulierungsziele wird dann naturgemäß deutlich umfassender und vertiefter ausfallen, als die bloß kursorische Betrachtung, die im hiesigen Rahmen nur möglich ist.

³⁷¹ Ebenso *Holznagel* (Fn. 280), S. 5.

³⁷² Die Regulierungsziele in § 2 Abs. 2 TKG sind gleichrangig, siehe die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26108, 200, 226 (zu § 2 Abs. 2 Nr. 1); siehe auch Art. 3 Abs. 2 EKEK, wonach die Auflistung der Regulierungsziele „keiner Rangfolge der Prioritäten entspricht“.

Da es vorliegend um die Auslotung bestehender Handlungsoptionen geht, steht naturgemäß die Bundesnetzagentur als Regulierungsbehörde im Fokus, die anders als die Gerichte unter bestimmten Voraussetzungen proaktiv tätig werden kann und nicht auf die Anrufung durch Rechtsschutzsuchende angewiesen ist. Gelangt sie bei der Abwägung zu dem (gerichtlich in der Regel nur eingeschränkt überprüfbaren) Ergebnis, dass in bestimmten Konstellationen die negativen Auswirkungen einer Überbauaktivität – etwa der Ankündigung eines Überbaus in zeitlicher Nähe zur erstmaligen Bekanntmachung entsprechender Planungen eines Wettbewerbsunternehmens – ihre positiven Auswirkungen überwiegen, ist die betreffende Überbauaktivität regulierungszielwidrig.

3.2.3 Denkbare Handlungsansätze

Sollte die Bundesnetzagentur eine bestimmte Überbauaktivität als regulierungszielwidrig identifizieren, würde sich in einem weiteren Schritt die Frage nach den dann bestehenden Handlungsoptionen stellen. Dieser wird im nächsten Abschnitt (unter 2) im Einzelnen nachgegangen. Allgemein bedeutsam sind insoweit jedoch zwei Aspekte:

Zum einen wären regulatorische Maßnahmen zur Eindämmung regulierungszielwidriger Überbauaktivität potentiell weniger einzelfallabhängig als die Anwendung der gesetzlichen Verbotsnormen des Wettbewerbs- und Lauterkeitsrechts. Da sie auf einer Prognose der zu erwartenden Entwicklungen beruhen, dürfte hier vielmehr eine stärker pauschalisierende Betrachtungsweise hinnehmbar oder sogar geboten sein. Auf eine solche ist in der regulatorischen Praxis schon des Öfteren zurückgegriffen worden, um zu praktisch handhabbaren Kriterien zu gelangen, etwa bei der Bestimmung der Nahbereichsgrenze für das „Vectoring“-Regime ohne Betrachtung der konkreten technischen Parameter jedes einzelnen Haupt- und Verzweigerkabels,³⁷³ bei der Festlegung der Ausbauschwellenwerte, bei deren Erreichen Wettbewerber der TDG eine Zugangsverweigerung zur Einführung von „Vectoring“ abwenden können,³⁷⁴ und bei der Bestimmung der Kriterien für eine Abgrenzung subnationaler wettbewerblicher „Layer 3“-Bitstrom-Märkte.³⁷⁵ Die Rechtsprechung hat solche pauschalisierenden Ansätze jedenfalls bislang gebilligt.³⁷⁶ Bezogen auf den hier gegebenen Fall erscheint es denkbar, entsprechend der

373 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 1.9.2016 – Az. BK 3g-15/004, S. 212 f. – *Regulierungsverfügung Vectoring II*.

374 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 1.9.2016 – Az. BK 3g-15/004, S. 246 ff. – *Regulierungsverfügung Vectoring II*.

375 Bundesnetzagentur, Festlegung v. 9.7.2015 – Az. BK1-14-001, S. 74 ff. – *Festlegung Markt Nr. 3b (2014)*.

376 Zur Bestimmung der „Vectoring“-Nahbereichsgrenze siehe VG Köln, Urt. v. 17.3.2017 – Az. 9 K 8589/16, Rn. 169 (NRWE); zur Festlegung der für das Bestehen von „Vectoring“-Abwehrrechten maßgeblichen Ausbauschwellenwerte siehe BVerwG, N&R 2019, 113, 122 f. Rn. 102 und 106 (Urt. v. 21.9.2018 – Az. 6 C 8.17); zu den Kriterien für die Bestimmung wettbewerblicher subnationaler „Layer 3“-Märkte siehe VG Köln, N&R 2021, 44, 49 f. (Urt. v. 12.8.2020 – Az. 21 K 6862/15), dort exemplarisch etwa auf S. 49: „Dass im Einzelfall auch kleinere [Hauptverteiler] eine effiziente Nutzung ermöglichen, steht dem nicht entgegen, denn die Beklagte war nicht gehalten, jeden einzelnen [Hauptverteiler] gesondert zu betrachten sondern durfte sich – schon angesichts der Größe des zu bewertenden Marktes – auf Durchschnittswerte beschränken.“

Vorgehensweise von Ofcom anhand bestimmter pauschalisierender Kriterien zwischen diversen Gebieten („Area 1, 2, 3“) zu differenzieren (siehe unten, im Anhang B im Kapitel „Überbau in UK“) und Maßnahmen zur Eindämmung einer regulierungszielwidrigen Überbauaktivität nur in Bezug auf bestimmte Gebietskategorien zu treffen. Jedenfalls ist der Gewinn an Rechtssicherheit, der mit einer stärkeren Pauschalisierung einhergeht, von einem spezifischen Eigenwert für die Abwägungsentscheidung. Denn die damit einhergehende Stärkung der unternehmerischen Planungs- und Investitionssicherheit wirkt sich zugleich positiv auf die Regulierungsziele insbesondere der Förderung von Wettbewerb und Konnektivität (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 und 1 TKG) aus.

Ihre Prognoseabhängigkeit führt überdies unmittelbar zu einem zweiten Vorteil einer regulatorischen Eingrenzung regulierungszielwidriger Überbauaktivität. Sie entfaltet nämlich eine deutlich stärkere Ex-ante-Wirkung als die Anwendung der wettbewerbs- und lauterkeitsrechtlichen Verbotsnormen. Jenen kommt zwar schon durch ihre bloße Existenz auch eine gewisse Ex-ante-Wirkung zu, indem sie die Normadressaten zur Einhaltung der Verbote anhalten. Diese Verbotsnormen sind jedoch, wie gezeigt, inhaltlich sehr unbestimmt und erst auf eine Konkretisierung in der Rechtsanwendung angewiesen, die in aller Regel erst nachträglich durch die Wettbewerbsbehörden und/oder die Gerichte erfolgt. Es besteht daher sowohl das tatsächliche Risiko einer nicht beabsichtigten Verwirklichung der Verbotstatbestände als auch ein gewisser Anreiz, deren Grenzen auszu-testen. Dieser Anreiz wird noch dadurch verstärkt, dass namentlich eine Überbauankündigung ihre Wirkungen zu einem relevanten Teil unmittelbar entfaltet und durch eine nachträgliche Durchsetzung der Verbotsnorm, die schon aus faktischen Gründen eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt, der eingetretene Schaden für die Regulierungsziele nicht mehr vollständig beseitigt werden kann. Durch regulatorische Vorgaben kann also selbst bei missbräuchlichem oder unlauterem Verhalten der Eintritt nachteiliger Auswirkungen auf die Regulierungsziele wirksamer ex ante verhindert werden als bei einer bloßen Durchsetzung der wettbewerbs- und/oder lauterkeitsrechtlichen Verbotsnormen.

Sind damit die Voraussetzungen und Vorteile regulatorischer Maßnahmen zur Vermeidung regulierungszielwidriger Überbauaktivität umschrieben, können abschließend vier mögliche Handlungsansätze skizziert werden. Dabei geht es an dieser Stelle weder darum, konkrete Vorschläge zur Implementierung der jeweiligen Ansätze zu formulieren, noch deren rechtliche Umsetzbarkeit zu analysieren oder die mit ihnen verbundenen Vor- und Nachteile abzuwägen. Stattdessen soll hier nur auf einer sehr abstrakten Ebene untersucht werden, wie regulatorisch auf regulierungszielwidrige Überbauaktivität reagiert werden könnte, um den mit ihr einhergehenden Nachteilen für die Regulierungsziele entgegenzuwirken. Dabei werden sich insbesondere vier verschiedene Handlungsansätze unterscheiden lassen können, wobei die Grenzen zwischen den einzelnen Ansätzen in der praktischen Umsetzung fließend sein können und auch verschiedene Mischformen und Kombinationen denkbar sind:

1. **Verbot:** Die regulierungszielwidrige Überbauaktivität könnte schlichtweg verboten werden. Das ist das wirksamste Mittel, um die erwarteten nachteiligen Konsequenzen

für die Regulierungsziele zu vermeiden. Eine solche Vorgehensweise hat überdies den Vorteil einer grundsätzlich relativ einfachen Umsetzung, die schlichtweg im Verbot der betreffenden Überbauaktivität bestünde. (Die hierbei vorausgesetzte Bestimmung, unter welchen Voraussetzungen Überbauaktivität regulierungszielwidrig ist, bliebe demgegenüber natürlich potentiell komplexer, wäre aber keine Besonderheit dieses Handlungsansatzes. Vielmehr handelt es sich um eine Aufgabe, die grundsätzlich bei jeder regulatorischen Reaktion auf eine regulierungszielwidrige Überbauaktivität zu meistern ist.) Tendenziell problematisch dürfte jedoch die hohe Eingriffintensität eines Verbots sein. Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass ein solches Verbot auf einer prognostischen Bewertung der Überbauaktivität beruhen würde, es im Einzelfall also evtl. auch Fälle erfassen kann, in denen es tatsächlich durch die dann verbotene Überbauaktivität überhaupt nicht zu einem (überwiegenden) Schaden für die Regulierungsziele gekommen wäre.

2. **Reduzierung der Anreize:** Regulierungszielwidrigem Überbau ließe sich auch dadurch entgegenwirken, dass die Anreize zu einem solchen Verhalten reduziert werden. Das könnte dadurch erfolgen, dass ein Unternehmen mit negativen regulatorischen Konsequenzen rechnen muss, wenn es einen als regulierungszielwidrig einzustufenden Überbau ankündigt oder sogar durchführt. Die regulierungszielwidrige Überbauaktivität würde daher für dieses Unternehmen mit regulatorisch induzierten Nachteilen einhergehen, so dass es – rationales Verhalten unterstellt – weniger geneigt wäre, sich entsprechend zu verhalten. In welcher Weise eine solche Anreizwirkung konkret erzeugt werden könnte, hinge entscheidend davon ab, über welches regulatorische Instrument – und wie – eine entsprechende Maßnahme implementiert würde. Zumindest prima facie denkbar wäre es z. B., dass das überbauende Unternehmen in dem betreffenden Gebiet Zugangsnachfragern zu für sich schlechteren Bedingungen Zugang zu eigenen Netzeinrichtungen (oder für die Mitnutzung von Bauarbeiten) gewähren müsste (etwa zu einem geringeren Entgelt). Das müsste auch nicht auf die parallel errichtete Netzinfrastruktur beschränkt sein, sondern könnte ggf. auch vorhandene Altinfrastruktur erfassen. Denkbar wären auch andere Nachteile wie z. B. die bevorzugte Heranziehung zur Schließung von Versorgungslücken in defizitären Lagen im Rahmen der Vorschriften zum Recht auf Versorgung mit Telekommunikationsdiensten oder der Verlust der Berechtigung zur Nutzung der öffentlichen Verkehrswege zum Betrieb einer ggf. vorhandenen Altinfrastruktur (Kupferkabelnetz) in dem betreffenden Ausbaugebiet (nach einer bestimmten Migrationsfrist).
3. **Kompensation der negativen Auswirkungen:** Das Verbot regulierungszielwidriger Überbauaktivität und die Verringerung der Anreize für ein solches Verhalten setzen in erster Linie an den Handlungsmöglichkeiten und -anreizen des potentiell überbauenden Unternehmens an. Denkbar wäre aber auch, die regulierungszielwidrigen Folgen seines Verhaltens einzudämmen. Diese resultieren in erster Linie aus den nachteiligen Auswirkungen auf den Geschäftsplan des erstausbauwilligen bzw.

erstausbauenden Unternehmens. Zu überlegen wäre also, auf welche Weise sich diese nachteiligen Auswirkungen begrenzen ließen. Zu denken wäre hier also etwa an Maßnahmen, mit denen der sonst zu erwartenden Verschlechterung des Verhältnisses von Kosten und Gewinnen in dem von einem etwaigen Überbau betroffenen Gebiet entgegengewirkt werden könnte. Denkbar wäre z. B., in dem jeweiligen Ausbaugebiet einem erstausbauwilligen bzw. erstausbauenden Unternehmen Vorteile bei der Ausgestaltung von Infrastrukturmitnutzungsansprüchen einzuräumen, etwa bei der Bestimmung der Bedingungen für die Mitnutzung anderer öffentlicher Versorgungsnetze oder auch für den Zugang zu vorhandener Infrastruktur eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht.³⁷⁷

4. **Überwachung:** Zu guter Letzt könnte sich die regulatorische Reaktion auch auf eine engmaschigere Überwachung potentiell problematischer Überbauaktivität beschränken. So ließe sich durch entsprechende Aufsichtsmaßnahmen ggf. erkennen, ob insbesondere marktstarke Netzbetreiber, deren Überbauankündigungen eine abschreckende Wirkung entfalten können, dieses Mittel gezielt zur Behinderung von erstausbauwilligen Wettbewerbern nutzen, oder ob entsprechende Konflikte zufälliger Natur sind. Auf dieser Grundlage wären dann weitergehende Maßnahmen etwa im Rahmen der (sektorspezifischen) Missbrauchsaufsicht denkbar. Schon die bloße Durchführung einer entsprechenden Überwachung dürfte aber die Anreize zu einer gezielten Behinderung von erstausbauwilligen Wettbewerbern spürbar verringern.

Die vorstehend nur sehr grob skizzierten und stark abstrahierten Handlungsansätze weisen eine grundsätzlich abnehmende Eingriffsintensität auf, wobei das sehr eingriffsintensive Verbot regulierungszielwidrigen Überbaus das eine Ende der Skala und die bloße Überwachung der Überbauaktivität das andere Ende der Skala markiert. Dieser Zusammenhang ist freilich nur tendenzieller Art, da sich die konkrete Eingriffsintensität letzten Endes nur anhand der tatsächlichen Ausgestaltung einer regulatorischen Maßnahme bestimmen lässt. So könnte z. B. eine sehr weitflächig und engmaschig implementierte Überwachung der Überbauaktivität, die etwa alle Marktteilnehmer erfasst, als eingriffsintensiver einzustufen sein als eine Maßnahme, die zielgerichtet gewisse Nachteile eines regulierungszielwidrigen Überbaus kompensiert.

3.2.4 Bewertung

Die materiellen und instrumentalen Beschränkungen einer wettbewerbs- und lauterkeitsrechtlichen Reaktion auf Probleme im Bereich des Überbaus von Glasfasernetzen lenken den Blick auf die regulierungsrechtlichen Möglichkeiten. Im Gegensatz zu den unmittelbar geltenden Verboten missbräuchlichen und unlauteren Verhaltens bedürfen

³⁷⁷ Diskutabel erschiene auch, den Anspruch auf Koordinierung von Bauarbeiten in einem solchen Fall auf eigenwirtschaftlich finanzierte Bauarbeiten auszudehnen, womit ein zentraler Kostenbestandteil des Glasfaserausbaus gesenkt werden könnte. Eine solche Maßnahme bliebe jedoch mit Blick auf § 143 Abs. 3 TKG wohl dem Gesetzgeber vorbehalten.

Maßnahmen zum Schutz der Regulierungsziele vor insoweit schädlicher Überbauaktivität de lege lata einer spezifischen Auferlegung durch die Bundesnetzagentur.

Eine solche Vorabfestlegung von Verhaltensregeln würde nicht nur dazu führen, dass eine regulierungszielwidrige Überbauaktivität (zumindest weitestgehend) bereits von vornherein unterbunden werden könnte und nicht erst nachträglich abgestellt werden müsste. Sie ginge überdies mit dem Vorteil einher, dass die ansonsten im Einzelfall erforderliche Abwägung und Konkretisierung der rechtlichen Grenzen erlaubten Überbauverhaltens jedenfalls in gewissem Maße durch eine entsprechende Festlegung der Regulierungsbehörde erfolgen würde, mit entsprechenden Gewinnen an Rechts- und Planungssicherheit für die Marktteilnehmer.

Die Bundesnetzagentur könnte anknüpfend an ähnliche Vorgehensweisen in Bezug auf andere Aspekte, in denen eine umfassende Betrachtung regionaler Einzelfallkonstellationen bei der Ausgestaltung des regulatorischen Rahmens praktisch undurchführbar war, abstrakte Kriterien entwickeln, unter welchen Voraussetzungen eine Überbauaktivität ihrer Einschätzung nach grundsätzlich gegen die Regulierungsziele verstoßen würde. Aus regulierungsökonomischer Sicht dürfte hier insbesondere in solchen Gebieten eine entsprechende Annahme naheliegen, in denen nur ein Glasfasernetz ökonomisch tragfähig ist. Dabei wird diese Annahme als umso robuster gelten können, je höher der Marktanteil ist, der in dem betreffenden Gebiet für einen wirtschaftlich tragfähigen Netzausbau erforderlich ist, und je weitflächiger der in Rede stehende Überbau dort erfolgt (bzw. erfolgen wird). Zugleich dürfte viel dafür sprechen, dass einer zeitnahen Überbauankündigung gerade (und nur) durch die TDG ein besonderes Risikopotential für die Regulierungsziele innewohnt. Denn zum einen dürfte die TDG jedenfalls in weiten Teilen der Bundesrepublik Deutschland nach wie vor über asymmetrische Startvorteile für einen Wettbewerb um das lokale Glasfasernetz verfügen, die auch ein effizienter Wettbewerber nicht ausgleichen kann. Und zum anderen kommt gerade Überbauankündigungen der TDG aufgrund ihrer flächendeckenden Marktmachtposition eine besondere Abschreckungswirkung zu. Zu guter Letzt dürfte bei der Formulierung abstrakter Kriterien für die Bestimmung einer regulierungszielwidrigen Überbauaktivität auch der Frage erhebliches Gewicht zukommen, ob ein wettbewerbskonformer Zugang zu dem Glasfasernetz sichergestellt ist, das ggf. regulatorisch vor einem Überbau geschützt werden soll.

Auf Grundlage einer Definition abstrakter Kriterien für die Annahme regulierungszielwidriger Überbauaktivität könnten sich die regulatorischen Vorgaben dann explizit auf solche Gebiete beziehen und beschränken, in denen die Wettbewerbsverhältnisse diesen Kriterien entsprechen. Regelungsvorbild könnte insoweit die Praxis der britischen Regulierungsbehörde Ofcom sein, die das Staatsgebiet abhängig von dem jeweiligen ökonomischen Potential für einen (effizienten) Infrastrukturwettbewerb in drei verschiedene Gebietsklassen unterteilt hat. Eine solche Unterteilung erscheint auch mit Blick auf die Gefahr eines regulierungszielwidrigen Überbaus hin denkbar.

Die konkrete Ausgestaltung der regulatorischen Vorgaben für überbaukritische Gebiete obläge dann ebenfalls der Bundesnetzagentur. Bei abstrakter Betrachtung sind hier Maßnahmen aus einem Spektrum denkbar, das von einem Überbauverbot über Regelungen zur Reduzierung der Anreize für die regulierungszielwidrige Überbauaktivität oder zur Kompensation ihrer negativen Auswirkungen bis zu einer bloßen Überwachung entsprechender Tätigkeiten reicht.

4 Regulatorische Handlungsoptionen

Die rechtliche Einordnung der im Markt diskutierten Überbaukonstellationen hat gezeigt, dass es neben der äußeren Grenze verbotenen Verhaltens, die durch die Missbrauchstatbestände des Wettbewerbsrechts und das Lauterkeitsrecht gezogen wird, auch Spielraum für regulatorische Maßnahmen gibt. Dahinter steht die Erkenntnis, dass es Überbauaktivität geben kann, die unabhängig von der Frage, ob sie als missbräuchlich oder unlauter einzustufen ist, in einer abwägenden Gesamtbetrachtung den Regulierungszielen des § 2 TKG zuwiderläuft. Während sich die rechtliche Einordnung darauf beschränkte, potentielle Handlungsansätze für regulatorische Maßnahmen zu identifizieren, mit denen einer regulierungszielwidrigen Überbauaktivität entgegengewirkt werden könnte, sollen nun exemplarisch konkrete Handlungsoptionen betrachtet werden.

Dabei liegt der Schwerpunkt auf solchen Instrumenten, die zumindest im Ausgangspunkt Grundlage für jeden der vier identifizierten Handlungsansätze sein könnten. Mit anderen Worten: Es sollen vor allem diejenigen Regelungskomplexe näher betrachtet werden, über die gleichermaßen ein Verbot regulierungszielwidrigen Überbaus, die Reduzierung von Anreizen für einen solchen Überbau, die Kompensation seiner Folgen oder eine Überwachung der Überbauaktivität umgesetzt werden könnten. Das entspricht dem Grundsatz der hiesigen Untersuchung, die ökonomischen und rechtlichen Rahmenbedingungen zu analysieren, unter denen die tatsächlich erfolgende Überbauaktivität zu bewerten ist.

Neben solchen ausgestaltungsoffenen Regelungskomplexen können jedenfalls theoretisch auch weitere regulatorische Instrumente genutzt werden, um einen oder mehrere der dargestellten Handlungsansätze zu verfolgen. Als ein mögliches Beispiel wurde oben bereits die Möglichkeit genannt, regulierungszielwidrige Überbauaktivität bei der Inpflichtnahme für die Schließung von Versorgungslücken im Rahmen des Rechts auf Versorgung mit Telekommunikationsdiensten zu berücksichtigen. Die Analyse und Darstellung aller regulatorischer Maßnahmen, die für solche spezifischen Reaktionen auf regulierungszielwidrige Überbauaktivität in Frage kommen, liegt außerhalb des Gegenstands der hiesigen Untersuchung.

Auch die Formulierung und Untersuchung konkreter Handlungsvorschläge ist nicht Ziel der nachfolgenden Ausführungen. Es geht also nur darum, mögliche Rechtsgrundlagen für regulatorische Maßnahmen zur Eindämmung einer regulierungszielwidrigen Überbauaktivität zu identifizieren. Es sollen weder bestimmte Maßnahmen vorgeschlagen werden, noch soll deren konkrete Ausgestaltung vorgezeichnet werden. Entsprechende Überlegungen und Abwägungen blieben ggf. einer weitergehenden Diskussion vorbehalten und oblägen letzten Endes ohnehin der Bundesnetzagentur (oder ggf. weiterer zuständiger Stellen wie der zentralen Informationsstelle des Bundes). Soweit im Folgenden auf bestimmte Regelungen verwiesen wird, die Gegenstand einer regulatorischen

Maßnahme sein könnten, dienen diese ausschließlich zur näheren Illustration der bestehenden Möglichkeiten.

4.1.1 Handlungsoption 1: Marktregulierung

Ein erster Blick auf mögliche Handlungsoptionen zur Begrenzung regulierungszielwidriger Überbaustrategien gebührt dem Bereich der Marktregulierung. Hier kommen der Umstand, dass die TDG als potentielle Akteurin bei solchen Überbaustrategien marktmachtabhängigen Vorabverpflichtungen unterliegt, und sehr weitreichende Gestaltungsbefugnisse der Bundesnetzagentur im Rahmen ihres Regulierungsermessens zusammen.³⁷⁸ Das würde es insbesondere ermöglichen, durch eine spezifische Ausgestaltung der marktmachtabhängigen Vorabverpflichtungen, die der TDG auferlegt sind, die Anreize zu einem regulierungszielwidrigen Überbau zu reduzieren oder die negativen Auswirkungen eines solchen Überbaus zu kompensieren.³⁷⁹

So könnte – nur als plakatives Beispiel – daran gedacht werden, die Entgelte für den Zugang zum Glasfasernetz der TDG dort, wo es zu einer regulierungszielwidrigen Überbauaktivität durch die TDG kommt, nicht lediglich dem ansonsten vorgesehenen Nachbildbarkeitsansatz, sondern einer Genehmigungspflicht nach einem Effizienzmaßstab zu unterwerfen. Das dürfte die Anreize zu einem entsprechenden Verhalten reduzieren.³⁸⁰

Ein solches Vorgehen würde jedenfalls z. T. wohl regional differenzierte Vorabverpflichtungen notwendig machen, um die Ausgestaltung des Zugangsregimes in solchen Gebieten anzupassen, in denen es zu einer regulierungszielwidrigen Überbauaktivität kommen kann. Wie die Ausgestaltung des „Vectoring“-Regimes mit spezifischen Vorgaben auf Ebene einzelner Kabelverzweigerbereiche zeigt, ist eine solche Differenzierung nicht nur rechtlich möglich, sondern wurde bereits regulierungspraktisch umgesetzt und höchstrichterlich bestätigt.³⁸¹

³⁷⁸ *Holzner* (Fn. 280), S. 6, erwägt die Auferlegung einer nicht im regulatorischen Werkzeugkasten enthaltenen Ausnahmeverpflichtung i. S. v. Art. 68 EKEK, was freilich auch eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage im nationalen Recht voraussetzen würde.

³⁷⁹ Angesichts der Möglichkeit einer solchen regulatorischen Reaktion dürfte eine Verpflichtung der TDG zur vertikalen Desintegration nach § 31 TKG von vornherein als unverhältnismäßig ausscheiden, so dass an dieser Stelle auch nicht weiter vertieft werden soll, ob sie überhaupt ein wirksames Mittel zur Reduzierung etwaiger Anreize für eine regulierungszielwidrige Überbauaktivität wäre.

³⁸⁰ Sollte sich die TDG hiervon nicht von einem regulierungszielwidrigen Überbau abhalten lassen, könnte eine solche Regelung allerdings dem erstausbauenden Wettbewerber die Vorleistungsnachfrage noch stärker als ohnehin schon entziehen, da sie vermutlich attraktivere Zugangsbedingungen zum Glasfasernetz der TDG zur Folge hätte. Die diesbezüglichen Vor- und Nachteile müssten entsprechend abgewogen werden. Dafür ist hier nicht der Ort. Es handelt sich, wie erwähnt, nur um ein plakatives Beispiel für eine mögliche Regelung zur Eindämmung von regulierungszielwidrigem Überbau.

³⁸¹ BVerwG, N&R 2019, 97 (Urt. v. 21.8.2018 – Az. 6 C 50.16) (zu Bundesnetzagentur, Beschl. v. 29.8.2013 – Az. BK3d-12/131 – *Regulierungsverfügung Vectoring I*); N&R 2019, 113 (Urt. v. 21.8.2018 – Az. 6 C 8.17) (zu Bundesnetzagentur, Beschl. v. 1.9.2016 – Az. BK 3g-15/004 – *Regulierungsverfügung Vectoring II*).

Die Schaffung spezifischer – ggf. regional differenzierter – Vorgaben zur Vermeidung regulierungszielwidrigen Überbaus träfe allerdings auf den erst im Sommer 2022 neu gestalteten Regulierungsrahmen für den an festen Standorten lokal bereitgestellten Vorleistungszugang.³⁸² Das schließt ein Vorgehen im Bereich der Marktregulierung zwar rechtlich nicht aus. Denn die Bundesnetzagentur ist befugt, Regulierungsverfügungen grundsätzlich jederzeit unabhängig von der Durchführung des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens zu überprüfen.³⁸³

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass sich die laufende Regulierungsperiode noch in einem sehr frühen Stadium befindet, in dem einige der regulatorischen Vorabverpflichtungen ihre praktische Bedeutung noch nicht einmal entfaltet haben.³⁸⁴ Zugleich besteht ein sehr hohes Interesse an Rechts- und Planungssicherheit gerade in diesem besonders wichtigen Marktsegment (vgl. auch § 2 Abs. 3 Nr. 1 TKG). Dieses Interesse hat die Bundesnetzagentur nach ständiger Rechtsprechung des BVerwG bei der Ausübung ihres Regulierungsermessens zugunsten sowohl des regulierten Unternehmens als auch der Zugangsnachfrager zu berücksichtigen.³⁸⁵ Das spricht tendenziell dagegen, schon vergleichsweise kurz nach Erlass der Regulierungsverfügung für den an festen Standorten lokal bereitgestellten Vorleistungszugang wieder in das bereits sehr komplexe und in seiner Angemessenheit fein austarierte Regulierungsgefüge einzugreifen, das mit dieser Regulierungsverfügung etabliert wurde. Das gilt in besonderem Maße, wenn einer etwaigen Anpassung der Regulierungsverfügung aufgrund des Zeitablaufs seit Durchführung der letzten Marktdefinition und -analyse³⁸⁶ auch noch ein Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren vorgeschaltet werden müsste, um den seither erfolgten Entwicklungen gerade im Bereich des Glasfaserausbaus umfassend Rechnung zu tragen (§ 15 Abs. 1 S. 1 TKG).³⁸⁷

Im Ergebnis stünde mit der Marktregulierung somit zwar ein Mittel zur Verfügung, das grundsätzlich geeignet sein könnte, um regulierungszielwidrigem Überbau entgegenzuwirken. Sein Einsatz wäre jedoch mit potentiell hohen Regulierungskosten verbunden.

³⁸² Vgl. hierzu Bundesnetzagentur, Beschl. v. 21.7.2022 – Az. BK3i-19/020 – *Regulierungsverfügung Markt Nr. 3a (2014)*. Zur Genehmigung der Entgelte für den Zugang zur kupferbasierten Teilnehmeranschlussleitung bis zum Jahr 2032 siehe Bundesnetzagentur, Beschl. v. 28.6.2022 – Az. BK3c-22/002.

³⁸³ BVerwG, N&R 2019, 97, 99 f. Rn. 20 ff. (Urt. v. 21.9.2018 – Az. 6 C 50.16); hieran hat sich auch durch das TKG 2021 und insbesondere durch § 15 Abs. 2 TKG nichts geändert, siehe *Gurlit*, in: *Säcker/Körber* (Fn. 195), § 13 TKG Rn. 8.

³⁸⁴ So gelten insbesondere die Verpflichtungen in Bezug auf den Zugang zu Kabelkanalanlagen sowie Masten und Trägersystemen oberirdischer Linien zum Zweck des Aufbaus und Betriebs von Netzen mit sehr hoher Kapazität an festen Standorten erst ab dem 1. Januar 2024, siehe Bundesnetzagentur, Beschl. v. 21.7.2022 – Az. BK3i-19/020 – *Regulierungsverfügung Markt Nr. 3a (2014)*, Ziff. 1.1. Abs. 2 des Tenors.

³⁸⁵ BVerwG, N&R 2019, 97, 102 Rn. 47 (Urt. v. 21.8.2018 – Az. 6 C 50.16); N&R 2019, 113, 116 Rn. 49 (Urt. v. 21.8.2018 – Az. 6 C 8.17).

³⁸⁶ Während die Regulierungsverfügung am 21.7.2022 erlassen wurde, war das Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren bereits am 11.10.2019 abgeschlossen worden.

³⁸⁷ In diese Richtung wohl *Holzner* (Fn. 280), S. 5. Mitte 2022 erachtete die Bundesnetzagentur eine solche Überprüfung allerdings noch nicht für geboten, siehe Bundesnetzagentur, Beschl. v. 21.7.2022 – Az. BK3i-19/020, S. 97 – *Regulierungsverfügung Markt Nr. 3a (2014)*,

Es spricht einiges dafür, diese Nachteile nur in Kauf zu nehmen, wenn die weitere ökonomische Analyse ergeben sollte, dass von bestimmten Verhaltensweisen im Bereich des Überbaus ernste und vor allem dringliche Gefahren für die Regulierungsziele ausgehen, denen nicht auf andere Weise in ausreichendem Umfang begegnet werden kann. Jedenfalls bei der turnusmäßigen Überprüfung und Weiterentwicklung des aktuellen Regulierungsrahmens könnten die weitreichenden Handlungsmöglichkeiten, die der Bundesnetzagentur im Bereich der Marktregulierung zur Verfügung stehen, aber genutzt werden, um das Problem einer regulierungszielwidrigen Überbauaktivität zu adressieren, sollte ein solches in der Praxis bestehen und ihm zu diesem Zeitpunkt auch (noch) tatsächliche Bedeutung zukommen.

4.1.2 Handlungsoption 2: Wegerechte

Eine andere, im Zusammenhang mit der Überbauproblematik (bei geförderten Netzen) bereits diskutierte Handlungsoption³⁸⁸ könnte im Bereich der Wegerechte liegen. Hier bestehen grundsätzlich drei Stellhebel, die jedoch nur z. T. einer genaueren Betrachtung wert erscheinen:

- **Übertragung der Nutzungsberechtigung:** Gemäß § 125 Abs. 3 S. 1 TKG überträgt die Bundesnetzagentur die unentgeltliche Nutzungsberechtigung für öffentliche Verkehrswege (§ 125 Abs. 1 TKG), wenn der Antragsteller nachweislich fachkundig, zuverlässig und leistungsfähig ist, Telekommunikationslinien zu errichten, und die Nutzungsberechtigung mit den Regulierungszielen nach § 2 TKG vereinbar ist. Sollte diese Nutzungsberechtigung für eine regulierungszielwidrige Überbauaktivität genutzt werden, könnte letztgenannte Voraussetzung Spielraum für steuernde Vorgaben eröffnen.
- **Zustimmung des Trägers der Wegebauast:** Nach § 127 Abs. 1 TKG ist für die Verlegung oder Änderung von Telekommunikationslinien die Zustimmung des Trägers der Wegebauast erforderlich. Hier besteht zwar keine strikte Verpflichtung zur Erteilung der Zustimmung,³⁸⁹ wie die ausdrücklich vorgesehenen Abwägungserfordernisse bei der Verlegung oberirdischer Leitungen nach § 127 Abs. 6 TKG zeigen.³⁹⁰ Jenseits dieser für die Überbaukonstellationen in aller Regel nicht einschlägigen Regelung verdichtet sich ein etwaiger Entscheidungsspielraum bei Vorliegen der in § 127 TKG im Weiteren vorgegebenen Voraussetzungen aber zu einem

³⁸⁸ Vgl. die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 19/26964, 1, 19 (Nr. 35 [zu Art. 1 (§ 126 Absatz 3a – neu – TKG)]), sowie dagegen die Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26964, 41, 54 (zu Nr. 35 [zu Art. 1 (§ 126 Absatz 3a – neu – TKG)]).

³⁸⁹ OVG Münster, Urt. v. 12.9.2013 – Az. 20 A 380/12, Rn. 32 (NRWE); *Embacher/Lange*, in: Säcker/Körber (Fn. 195), § 127 TKG Rn. 7; *Reichert*, in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. A., 2018, § 68 Rn. 32a.

³⁹⁰ OVG Münster, Urt. v. 12.9.2013 – Az. 20 A 380/12, Rn. 35 (NRWE); *Embacher/Lange* (Fn. 389), § 127 TKG Rn. 45.

Zustimmungsanspruch des ausbauwilligen Telekommunikationsunternehmens.³⁹¹ Die Zustimmung dürfte daher nicht einfach deshalb verweigert werden, weil es durch die anstehende Verlegung oder Änderung von Telekommunikationslinien zu einem regulierungszielwidrigen Überbau käme. Davon abgesehen kann die Zustimmung jedoch gemäß § 36 Abs. 1 Alt. 1 VwVfG³⁹² i. V. m. § 127 Abs. 8 S. 1 Hs. 1 TKG mit Nebenbestimmungen versehen werden. Insoweit erschiene es zunächst denkbar, über eine solche Nebenbestimmung etwa in Form einer Auflage Vorgaben zur Vermeidung einer regulierungszielwidrigen Überbauaktivität zu machen. Gemäß § 127 Abs. 8 S. 1 Hs. 2 TKG dürfen die Nebenbestimmungen aber nur die Art und Weise der Errichtung der Telekommunikationslinie sowie die dabei zu beachtenden Regeln der Technik, die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs, die im Bereich des jeweiligen Wegebausträgers übliche Dokumentation der Lage der Telekommunikationslinie nach geographischen Koordinaten und die Verkehrssicherungspflichten regeln. Anderen Zwecken als diesen straßennutzungsbezogenen Belangen des Straßen- und Städtebaus³⁹³ dürfen auf § 127 Abs. 8 TKG gestützte Nebenbestimmungen zu Zustimmungsbescheiden nicht dienen.³⁹⁴ Die Sicherstellung der Regulierungsziele nach § 2 TKG gehört nicht zu den davon erfassten Handlungsfeldern der Wegebausträger. Da sie auch nicht zu den Tatbestandsvoraussetzungen der Zustimmungsentscheidung selbst zählt, könnte eine darauf gerichtete Nebenbestimmung von vornherein auch nicht auf § 36 Abs. 1 Alt. 2 VwVfG³⁹⁵ gestützt werden. Damit scheiden Nebenbestimmungen zur Zustimmung des Wegebausträgers als Handlungsoption für die Eindämmung regulierungszielwidrigen Überbaus aus, unabhängig von der Frage, ob solche Maßnahmen auf der dezentralen Ebene der Zustimmung überhaupt regulierungspraktisch sinnvoll und verfassungskompetenzrechtlich zulässig verortet wären.³⁹⁶

- **Mitnutzungsanordnung:** Die Bundesnetzagentur ist nach § 128 Abs. 4 TKG ermächtigt, einen Betreiber von der Ausübung der Nutzungsberechtigung für die Verlegung weiterer Telekommunikationslinien abzuhalten und ihn auf die Mitnutzung vorhandener Einrichtungen eines anderen Betreibers zu verweisen. Auch das scheint

³⁹¹ Vgl. BVerwG, Urt. v. 1.7.1999 – Az. 4 A 27.98, Rn. 13 (juris); OVG Münster, Urt. v. 12.9.2013 – Az. 20 A 380/12, Rn. 33 (NRWE); *Embacher/Lange* (Fn. 389), § 127 TKG Rn. 7; *Reichert* (Fn. 389), § 68 Rn. 32a; *P. Schütz*, in: Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 3. A., 2020, § 68 Rn. 27; *Schütz* (Fn. 293), § 127 Rn. 36.

³⁹² Da es sich um Entscheidungen der zumeist kommunalen Wegebausträger handelt, wird in aller Regel des Verwaltungsverfahrensgesetz des jeweiligen Landes einschlägig sein, siehe etwa OVG Münster, N&R 2023, 168, 169 = Rn. 120 (NRWE) (Urt. v. 11.5.2023 – Az. 20 A 3586/20). Das VwVfG des Bundes wird daher hier und bei den folgenden Ausführungen zu § 127 TKG nur exemplarisch zitiert.

³⁹³ *Bosch/von Lucius*, Mögliche Bundesratsinitiative zum Thema Überbau, Memo v. 1.6.2023, S. 5.

³⁹⁴ *Bosch/von Lucius* (Fn. 393), S. 13; *Embacher/Lange* (Fn. 389), § 127 TKG Rn. 55; *P. Schütz* (Fn. 391), § 68 Rn. 41; *Stelkens*, TKG-Wegerecht – §§ 68-77 TKG, 2010, § 68 Rn. 259; siehe auch OVG Münster, N&R 2023, 168, 169 f. = Rn. 122 (NRWE) (Urt. v. 11.5.2023 – Az. 20 A 3586/20).

³⁹⁵ Zur Möglichkeit der Heranziehung von § 36 Abs. 1 Alt. 2 VwVfG neben § 127 Abs. 8 TKG (i. V. m. § 36 Abs. 1 Alt. 1 VwVfG) siehe etwa OVG Münster, N&R 2023, 168, 170 = Rn. 128 f. (NRWE) (Urt. v. 11.5.2023 – Az. 20 A 3586/20); *Stelkens* (Fn. 394), § 68 Rn. 254.

³⁹⁶ Verneinend *Bosch/von Lucius* (Fn. 393), S. 13 ff.

prima facie zunächst ein denkbarer Ansatzpunkt zu sein, um eine regulierungszielwidrige Überbauaktivität zu verhindern. Allerdings kommen solche Mitnutzungsanordnungen nur in Betracht, wenn durch die Verlegung weiterer Telekommunikationslinien Belange des Umweltschutzes, der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit oder der Städteplanung und Raumordnung beeinträchtigt würden. Z. T. wird zwar vertreten, dass der Begriff der öffentlichen Sicherheit im gefahrenabwehrrechtlichen Sinne zu verstehen sei und damit die Unversehrtheit der gesamten objektiven Rechtsordnung umfasse.³⁹⁷ Dann könnte auch eine drohende Verletzung der Regulierungsziele aus § 2 TKG zum Belang der öffentlichen Sicherheit werden. Das dürfte aber schon regelungssystematisch kaum mit der weiteren Aufzählung vergleichsweise begrenzter Schutzgüter vereinbar sein. Im Ergebnis dürfte daher ein engeres, im Wesentlichen auf den Schutz vor Gewaltanwendung gegen Leben, Leib und Eigentum beschränktes Verständnis angezeigt sein.³⁹⁸ Damit dürfte eine drohende Verletzung der Regulierungsziele keine Frage der öffentlichen Sicherheit im wege- und netzausbaurechtlichen Sinne sein. Aufgrund der insoweit beschränkten Eingriffsziele steht daher auch eine Mitnutzungsanordnung nach § 128 Abs. 4 TKG nicht als Handlungsoption für die Eindämmung regulierungszielwidriger Überbauaktivität zur Verfügung.

Bereits nach einer ersten oberflächlichen Analyse erweisen sich daher zwei von drei denkbaren Stellhebeln als ungeeignet, um eine regulierungszielwidrige Überbauaktivität einzudämmen. Es stellt sich deshalb mit Blick auf das wegerechtliche Instrumentarium jedenfalls de lege lata nur noch die Frage, ob bereits auf der grundlegenden Ebene der Übertragung der Nutzungsberechtigung ein diesbezügliches Steuerungspotential besteht.

Diese Nutzungsberechtigung ist Voraussetzung, um Verkehrswege für öffentlichen Zwecken dienende Telekommunikationslinien nutzen zu dürfen. Das schließt eine Verlegung von Glasfaserkabeln im Rahmen eines regulierungszielwidrigen Überbaus ein. Regulatorisches Steuerungspotential bestünde hier nur, wenn die Übertragung der Nutzungsberechtigung davon abhängig gemacht werden könnte, ob diese mit den Regulierungszielen vereinbar ist. Das wäre zum einen Voraussetzung für eine Verweigerung oder den nachträglichen Entzug der Nutzungsberechtigung im Falle einer regulierungszielwidrigen Überbauaktivität (Handlungsansatz 1). Es wäre zum anderen aber auch Voraussetzung dafür, die Übertragung ggf. mit Nebenbestimmungen zu verknüpfen, über die dann die Anreize für eine regulierungszielwidrige Überbauaktivität reduziert oder ihren Folgen kompensiert werden könnten (Handlungsansätze 2 und 3) bzw. auf deren Grundlage die Überbauaktivität überwacht werden könnte (Handlungsansatz 4). Denn da § 125 Abs. 2 und 3 TKG selbst die Beifügung von Nebenbestimmungen nicht zulässt (§ 36 Abs. 1 Alt. 1 VwVfG), bestünde eine entsprechende Befugnis nur, wenn die Nebenbestimmung

³⁹⁷ *Embacher/Lange* (Fn. 389), § 126 TKG Rn. 3, § 128 Rn. 23; *P. Schütz* (Fn. 391), § 68 Rn. 22.

³⁹⁸ *Leitzke*, in: *Säcker/Körber* (Fn. 195), § 79 TKG Rn. 24; *Scherer/Butler*, in: *Fetzer/Scherer/Graulich* (Fn. 391), § 77a Rn. 43.

sicherstellen soll, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Übertragungsakts sichergestellt werden (§ 36 Abs. 1 Alt. 2 VwVfG).³⁹⁹ Mit anderen Worten: Auch insoweit müsste die Vereinbarkeit mit den Regulierungszielen nach § 2 TKG also tatbestandliche Voraussetzung für eine Übertragung der Nutzungsberechtigung sein.

Das wirft bei näherer Betrachtung eine Vielzahl komplizierter, ungeklärter und in weiten Teilen auch sehr umstrittener Rechtsfragen auf.

4.1.2.1.1 Vereinbarkeit mit den Regulierungszielen nach § 2 TKG als eigenständige Anspruchsvoraussetzung?

Voraussetzung für den nach § 125 Abs. 2 und 3 TKG an sich bestehenden Anspruch auf Übertragung der (dem Bund durch § 125 Abs. 1 S. 1 TKG eingeräumten) Nutzungsberechtigung⁴⁰⁰ ist nach § 125 Abs. 3 S. 1 TKG zwar u. a., dass „die Nutzungsberechtigung mit den Regulierungszielen nach § 2 vereinbar ist“. Fraglich ist allerdings bereits, ob es sich bei der Vereinbarkeit der Nutzungsberechtigung mit den Regulierungszielen nach § 2 TKG um eine eigenständige Voraussetzung des Anspruchs auf Übertragung der Nutzungsberechtigung handelt. Die ganz h. M. im Schrifttum verneint das.⁴⁰¹

- **Gesetzesmaterialien:** Sie beruft sich zunächst auf die Begründung zum TKG 2004, der zufolge der „Hinweis auf die Vereinbarkeit der Nutzungsberechtigung mit den Regulierungszielen nur noch einmal zur Klarstellung der anzulegenden Prüfkriterien gedacht“ sei.⁴⁰² Hieraus folgt nach Einschätzung der h. M., dass die subjektiven Anforderungen des § 125 Abs. 3 TKG an den Antragsteller im Sinne der Regulierungsziele des § 2 TKG auszulegen seien.⁴⁰³ Dieser Auffassung ließe sich u. U. entgegenhalten, dass sich die damit unterstellte Verbindung zu den subjektiven Anspruchsvoraussetzungen der Zuverlässigkeit, Leistungsfähigkeit und Fachkunde gerade nicht aus den Gesetzesmaterialien ergibt. Überdies ist auch nicht klar, inwieweit die Regulierungsziele nach § 2 TKG auf die Überprüfung dieser subjektiven Voraussetzungen einwirken sollen.⁴⁰⁴ Insoweit könnte es vielmehr zweifelhaft sein, ob der insoweit klare Gesetzeswortlaut, der die Vereinbarkeit mit den Regulierungszielen als eigenständige Anspruchsvoraussetzung nennt, die Auslegungszweifel erweckt, die

³⁹⁹ P. Schütz (Fn. 391), § 69 Rn. 8; Stelkens (Fn. 313), § 69 Rn. 41.

⁴⁰⁰ Burgi, in: Hoeren, Handbuch Wegerechte und Telekommunikation, 2007, Teil 4.1 Rn. 83 (S. 176); Embacher/Lange (Fn. 389), § 125 TKG Rn. 44 und 52; Heun, in: Heun, Handbuch Telekommunikationsrecht, 2. A., 2007, Teil F Rn. 51 (S. 425); Manssen, in: Manssen, Telekommunikations- und Multimediarecht, Loseblattsammlung, Stand: 18. Ergänzungslieferung (1/2007), § 69 TKG Rn. 5; Stelkens (Fn. 394), § 69 Rn. 41.

⁴⁰¹ Embacher/Lange (Fn. 389), § 125 TKG Rn. 61; Reichert (Fn. 389), § 69 Rn. 7; Stelkens (Fn. 394), § 69 Rn. 40; tendenziell wohl auch Burgi (Fn. 400), Teil 4.1 Rn. 85 (S. 177); Heun (Fn. 400), Teil F Rn. 51 (S. 425); Schütz (Fn. 293), § 125 Rn. 51.

⁴⁰² Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 15/2316, 55, 84 (zu § 67).

⁴⁰³ Embacher/Lange (Fn. 389), § 125 TKG Rn. 61; Stelkens (Fn. 394), § 69 Rn. 40. In diese Richtung wohl auch Bosch/von Lucius (Fn. 393), S. 12.

⁴⁰⁴ Ähnlich Manssen (Fn. 400), § 69 TKG Rn. 18; vgl. aber auch Embacher/Lange (Fn. 389), § 125 TKG Rn. 61.

überhaupt erst interpretatorischen Raum für die Berücksichtigung von Hinweisen in den Gesetzesmaterialien eröffnen^{405, 406}

- **Konkretisierungsgrad:** Des Weiteren verweist die h. M. im Schrifttum darauf, dass die Regulierungsziele zu allgemein und unklar beschrieben seien, um im Einzelfall ohne weitere inhaltliche Konkretisierung eine Versagungsentscheidung zu rechtfertigen.⁴⁰⁷ Damit verstoße es gegen die Anforderungen der Wesentlichkeitsrechtsprechung des BVerfG, die Übertragung der Nutzungsberechtigung wegen einer Unvereinbarkeit mit den Regulierungszielen zu versagen.⁴⁰⁸ Dagegen ließe sich ggf. anführen, dass die Bewertung eines bestimmten Verhaltens anhand der Regulierungsziele nach § 2 TKG an vielen Stellen des TKG Voraussetzung für grundrechtsrelevante Entscheidungen der Bundesnetzagentur ist,⁴⁰⁹ ohne dass dies dort – soweit ersichtlich – zu vergleichbaren Bedenken geführt hätte.⁴¹⁰
- **Verfassungsrechtliche Vorgaben für den Telekommunikationssektor:** Verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine Prüfung der Regulierungsziele als Übertragungsvoraussetzung für die wegerechtliche Nutzungsberechtigung werden jedoch auch mit Blick auf die Gefahr geltend gemacht, dass auf diese Weise Infrastrukturmonopole geschaffen und aufrechterhalten werden könnten.⁴¹¹ Fraglich ist allerdings, inwieweit dieses Argument trägt, wenn gerade nur ein solcher Infrastrukturausbau verhindert wird, der mit den Regulierungszielen des § 2 TKG nicht vereinbar ist.⁴¹²
- **Behinderungsverbot aus Art. 12 Abs. 1 EKEK:** Aus einer unionsrechtlichen Perspektive heraus wird die Auffassung vertreten, dass die Verweigerung einer wegerechtlichen Nutzungserlaubnis im Ergebnis zu einer unzulässigen Einschränkung der in Art. 12 Abs. 1 EKEK verankerten Freiheit zur Bereitstellung elektronischer

⁴⁰⁵ BVerfGE 59, 128, 153 (Beschl. v. 16.12.1981 – Az. 1 BvR 898/79 u. a.); allgemein auch BVerfGE 10, 234, 244 (Beschl. v. 15.12.1959 – Az. 1 BvL 10/55); 1, 299, 312 (Urt. v. 21.5.1952 – Az. 2 BvH 2/52); siehe auch BVerwG, Urt. v. 25.1.2017 – Az. 9 C 30.15, Rn. 14.

⁴⁰⁶ So auch *P. Schütz* (Fn. 391), § 69 Rn. 15; ähnlich *Manssen* (Fn. 400), § 69 TKG Rn. 16: „Das Gesetz ist so formuliert, dass die Vereinbarkeit mit den Regulierungszielen ... eine Voraussetzung für die Erteilung des Verwaltungsakts ist.“

⁴⁰⁷ *Embacher/Lange* (Fn. 389), § 125 TKG Rn. 61; *Reichert* (Fn. 389), § 69 Rn. 7; siehe auch *Stelkens* (Fn. 394), § 69 Rn. 40; etwas vorsichtiger *Burgi* (Fn. 400), Teil 4.1 Rn. 85 (S. 177); *Schütz* (Fn. 293), § 125 Rn. 51.

⁴⁰⁸ *Embacher/Lange* (Fn. 389), § 125 TKG Rn. 61.

⁴⁰⁹ Vgl. etwa § 35 Abs. 1 S. 2, § 38 Abs. 3 S. 2, § 39 Abs. 2 S. 1, § 49 Abs. 1, § 92 Abs. 5, § 100 Abs. 2 S. 1 TKG.

⁴¹⁰ Vgl. etwa zu § 91 Abs. 5 S. 2 TKG: BVerwG, Buchholz 442.066 § 55 TKG Nr. 13 Rn. 28, 33 f. (Urt. v. 24.6.2020 – Az. 6 C 3.19).

⁴¹¹ *Fetzer*, Europa- und verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Überbauverbots für Glasfasernetze?, Gutachten v. 27.3.2023, S. 12. Siehe auch die Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26964, 41, 54 (zu Nr. 35 [zu Art. 1 (§ 126 Absatz 3a – neu – TKG)]).

⁴¹² Das unterscheidet die hier diskutierte Fragestellung von der hypothetischen Diskussion um ein allgemeines Überbauverbot, das in überschießender Weise auch regulierungszielkonformen Infrastrukturwettbewerb verhindern würde, siehe hierzu *Bosch/von Lucius* (Fn. 393), S. 11; *Fetzer* (Fn. 411), S. 15.

Kommunikationsnetze führen würde.⁴¹³ Eine Verweigerung der Nutzungsberechtigung als Voraussetzung für die Bereitstellung eines elektronischen Kommunikationsnetzes sei nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 EKEK nur aus den in Art. 52 Abs. 1 AEUV genannten Gründen – der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit – möglich, die im Falle eines Überbaus nicht vorlägen.⁴¹⁴ Ob diese Auffassung zutrifft, hängt letzten Endes davon ab, ob das unionsrechtliche Behinderungsverbot über die bloße Abwehr staatlicher Behinderungen hinaus auch einen Teilhabegehalt umfasst, der zur Gewährung des Zugriffs auf solchen Ressourcen verpflichtet, die für den Aufbau eines bestimmten Kommunikationsnetzes benötigt werden (Wegerechte als „rechtliches Vorprodukt“ für den Betrieb eines Kommunikationsnetzes⁴¹⁵).

- **Numerus clausus der Bedingungen für Allgemeingenehmigungen nach Art. 13 Abs. 1 EKEK:** Weiter wird gegen die Möglichkeit einer Versagung von Wegerechten aus regulatorischen Gründen vorgebracht, dass die Allgemeingenehmigung für die Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze damit entgegen Art. 13 Abs. 1 EKEK an Bedingungen geknüpft werde, die nicht in Anhang I des Kodex genannt werden.⁴¹⁶ Auch hier stellt sich im Kern die bereits in Bezug auf das Behinderungsverbot aus Art. 12 Abs. 1 EKEK skizzierte Frage, ob die rechtliche Erlaubnis, elektronische Kommunikationsnetze bereitzustellen (Art. 2 Nr. 22 EKEK), dadurch eingeschränkt wird, dass dem betreffenden Unternehmen der Zugriff auf zusätzliche Rechtspositionen, die es rein tatsächlich für den Ausbau von elektronischen Kommunikationsnetzen benötigt, nur unter bestimmten Bedingungen gewährt wird.
- **Vorgaben für das Verfahren zur Erteilung von Wegerechten (Art. 43 Abs. 1 S. 1 lit. a EKEK):** Darüber hinaus wird die Gefahr gesehen, dass durch wegerechtliche Prüfungen zur Vermeidung eines regulierungszielwidrigen Überbaus die Rechte für die Installation von Einrichtungen auf fremdem Grundbesitz entgegen Art. 43 Abs. 1 S. 1 lit. a EKEK nicht mehr auf Grundlage einfacher und effizienter Verfahren erteilt werden.⁴¹⁷ Hiergegen ließe sich u. U. einwenden, dass diese Vorgabe zwar komplizierten Vergabeverfahren zur exklusiven Zuweisung von Wegerechten entgegenstehen dürfte,⁴¹⁸ die Prüfung einer Vereinbarkeit mit den Regulierungszielen des § 2 TKG aber nicht ohne weiteres zur Errichtung eines komplexen Vergabeverfahrens

⁴¹³ Bosch/von Lucius (Fn. 393), S. 8; Fetzer (Fn. 411), S. 8.

⁴¹⁴ Bosch/von Lucius (Fn. 393), S. 8; Fetzer (Fn. 411), S. 7.

⁴¹⁵ Heun (Fn. 400), Teil F Rn. 2 (S. 406). Siehe Manssen (Fn. 400), § 69 TKG Rn. 5, dem zufolge die Übertragung des Nutzungsrechts „zu einer Erweiterung des grundrechtlichen Freiheits- und wirtschaftlichen Betätigungsraums der Antragsteller führt“ und „ihnen zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit etwas gegeben [wird], was ihnen nicht aufgrund einer abstrakten grundrechtlichen Schutzbereichsfassung ohnehin zustehen würde“.

⁴¹⁶ Bosch/von Lucius (Fn. 393), S. 8; Fetzer (Fn. 411), S. 8; Kühling/Toros, in: Kühling/Toros/Wiegand/Kaack/Enaux, Rechtsgutachten über rechtliche Herausforderungen bei der Schaffung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen v. 25.7.2019, S. 106, 112.

⁴¹⁷ Vgl. Bosch/von Lucius (Fn. 393), S. 8; Fetzer (Fn. 411), S. 8.

⁴¹⁸ So Kühling/Toros (Fn. 416), S. 113.

führen würde.⁴¹⁹ Vielmehr würde mir ihr nur der von Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 EKEK vorgegebenen Ausrichtung auch der wegerechtlichen Entscheidungen an den Regulierungszielen entsprochen.

- **Vorgaben für die Anordnung einer Infrastrukturmitnutzung nach Art. 44 EKEK:** Zu guter Letzt werden unionsrechtliche Bedenken gegen die Versagung wegerechtlicher Nutzungserlaubnisse auch aus dem abschließenden (und nicht die Regulierungszielkompatibilität umfassenden) Katalog⁴²⁰ der Gründe abgeleitet, aus denen die zuständige Behörde eine Mitnutzung installierter Netzbestandteile und Einrichtungen nach Art. 44 Abs. 1 UAbs. 1 EKEK vorschreiben kann.⁴²¹ Hiergegen ließe sich ggf. anführen, dass Art. 44 EKEK einen über die Verweigerung von Wegerechten hinausgehenden Regelungsgehalt hat, mit dem der Inhaber einer bereits genutzten wegerechtlichen Nutzungserlaubnis zur Gewährung der Mitnutzung verpflichtet wird. Die in Art. 44 Abs. 1 UAbs. 1 EKEK genannte Gründen könnten daher auch schlichtweg dieser zusätzlichen (in der Regel fremdnützigen) Belastung eines anderen Netzbetreibers geschuldet sein. Dann ließen sich aus ihrer abschließenden Aufzählung keine Schlüsse auf den Kreis derjenigen Aspekte ableiten, die auf der vorgelagerten Ebene der Erteilung einer wegerechtlichen Nutzungserlaubnis von Bedeutung sein können.

4.1.2.1.2 Möglichkeit der nachträglichen Entziehung bzw. Beschränkung der Nutzungsberechtigung?

Selbst wenn es – was hier offen bleibt – grundsätzlich möglich sein sollte, die Übertragung der wegerechtlichen Nutzungsberechtigung zu verweigern (Handlungsansatz 1) oder mit Nebenbestimmungen zu versehen (Handlungsansätze 2 bis 4), soweit die wegerechtliche Nutzungserlaubnis eine regulierungszielwidrige Überbauaktivität zur Folge hätte, würde sich überdies die Frage ihrer rechtspraktischen Umsetzung stellen. In der Regel würde eine solche Aktivität nämlich von einem Unternehmen ausgehen, dem eine wegerechtliche Nutzungsberechtigung ohne diesbezügliche Beschränkungen bereits eingeräumt wurde. Die Verweigerung ihrer Übertragung und die Beifügung von Nebenbestimmungen zum Schutz der Regulierungsziele des § 2 TKG bei Übertragung der Nutzungsberechtigung scheiden damit aus. Stattdessen müsste die Nutzungsberechtigung

⁴¹⁹ Nicht recht verständlich daher auch *Fetzer* (Fn. 411), S. 8 f., der meint, die relativ einfach zu klärende Bedingung, dass in dem betreffenden Gebiet noch keine andere Glasfaserinfrastruktur verlegt bzw. die Erschließung mit einer solchen Infrastruktur (noch nicht) angekündigt worden sein darf, führe zu einer „überkomplexen“ Vergabe von Wegerechten. Wie *Fetzer* auch *Bosch/von Lucius* (Fn. 393), S. 8.

⁴²⁰ Der abschließende Charakter ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 44 Abs. 1 UAbs. 1 EKEK sowie aus Art. 44 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1 EKEK, wonach eine entsprechende Anordnung „nur die Bereiche erfassen [darf], in denen die gemeinsame Nutzung zur Erreichung der Ziele nach Unterabsatz 1 für notwendig erachtet wird“.

⁴²¹ In diese Richtung wohl (zur Vorgängerfassung in Art. 12 Abs. 2 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG) *Stelkens* (Fn. 394), Europarechtliche Grundlagen Rn. 42. Auf diese Regelung hinweisend etwa die Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26964, 41, 54 (zu Nr. 35 [zu Art. 1 (§ 126 Absatz 3a – neu – TKG)]).

dann teilweise wieder entzogen oder nachträglich mit entsprechenden Nebenbestimmungen versehen werden.

Da spezialgesetzliche Regelungen fehlen, richtet sich die (teilweise) Aufhebung der Übertragungsentscheidung nach §§ 48, 49 VwVfG.⁴²² Die nachträgliche Beifügung von Nebenbestimmungen, die – wie hier – zum Nachteil des Betroffenen durch die Verwaltung erfolgt, setzt eine zusätzliche Ermächtigungsgrundlage voraus, die mangels fachgesetzlicher Bestimmung vorliegend ebenfalls nur aus §§ 48, 49 VwVfG (verstanden als Teilaufhebung des Verwaltungsakts) folgen kann, wenn sie sich nicht aus dem ursprünglichen Übertragungsakt selbst ergibt,⁴²³ wofür es hier keinen Anhaltspunkt gibt. Obwohl aus Verhältnismäßigkeitsgründen die Beifügung von Nebenbestimmungen regelmäßig dem vollständigen Entzug der Nutzungsberechtigung vorzuziehen sein wird,⁴²⁴ müssten also auch hierfür die Voraussetzungen für die Aufhebung ihrer Übertragung auf den Nutzungsberechtigten vorliegen. Damit werden ebenfalls nicht ganz triviale Rechtsfragen aufgeworfen. So ist schon nicht völlig eindeutig, ob die Regelungen über die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakts nach § 48 VwVfG oder die Bestimmungen über die Aufhebung eines rechtmäßigen Verwaltungsakts nach § 49 VwVfG einschlägig wären.

- **Verwaltungsakt mit oder ohne Dauerwirkung:** Da die Übertragung der Nutzungsberechtigung für die gesamte Dauer seiner Wirksamkeit das generelle Verbot der Nutzung öffentlicher Verkehrswege aufhebt,⁴²⁵ dürfte zunächst viel dafür sprechen, dass es sich um einen Dauerverwaltungsakt handelt, dessen Wirkung nicht zu einem bestimmten Zeitraum, sondern während eines bestimmten Zeitraums eintritt.⁴²⁶ Bei einer Fokussierung auf den Übertragungsakt als solchen erscheint aber auch eine andere Einstufung nicht von vornherein ausgeschlossen.
- **Zeitpunkt der Rechtswidrigkeit:** Unklar ist aber auch, wann von der Rechtswidrigkeit der Nutzungsberechtigung auszugehen ist. Sofern sie als Grundlage eines etwaigen regulierungszielwidrigen Überbaus dient, könnte sie – da inhaltlich unverändert – als bereits im Erteilungszeitpunkt rechtswidrig anzusehen sein. Die tatsächlichen Voraussetzungen, unter denen ein Überbau als regulierungszielwidrig zu qualifizieren sein könnte, haben sich allerdings erst mit der fortschreitenden Ausbaudynamik in den letzten Jahren entwickelt. Es könnte also einiges dafür sprechen, dass eine

⁴²² P. Schütz (Fn. 391), § 69 Rn. 9; a. A. Schütz (Fn. 293), § 125 Rn. 55, der für den Widerruf der Übertragung von einem Rückgriff auf § 202 TKG ausgeht, was angesichts der abweichenden Zielsetzung – Durchsetzung von Verpflichtungen einerseits, Aufhebung einer Berechtigung andererseits – nicht sonderlich zwingend erscheint.

⁴²³ Siehe hierzu Schröder, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht: VwVfG, Loseblattsammlung, Stand: 3. Ergänzungslieferung (8/2022), § 36 Rn. 96 ff.; Weiß, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 2. A., 2019, § 36 Rn. 92.

⁴²⁴ Vgl. Stelkens (Fn. 394), § 69 Rn. 39.

⁴²⁵ Embacher/Lange (Fn. 389), § 125 TKG Rn. 44.

⁴²⁶ Zu dieser Definition des Dauerverwaltungsakts: BVerwG, ZfWG 2012, 115, 117 Rn. 13 (Beschl. v. 5.1.2012 – Az. 8 B 62.11).

vorher erfolgte Übertragung der Nutzungsberechtigung ursprünglich rechtmäßig war. Sollte es sich bei ihr um einen Dauerverwaltungsakt handeln, wird (oder wurde) sie dann frühestens zu dem Zeitpunkt rechtswidrig, zu dem es mit fortschreitendem Glasfaserausbau tatsächlich zu einer regulierungszielwidrigen Überbauaktivität kommen kann (bzw. konnte).

- **Rechtsgrundlage für die Aufhebung von rechtswidrig gewordenen Dauerverwaltungsakten:** Geht man von einem rechtswidrig gewordenen Dauerverwaltungsakt aus, stellt sich die Frage, ob dieser nach § 48 VwVfG oder gemäß den engeren Vorgaben aus § 49 VwVfG aufzuheben ist.⁴²⁷ Das ist umstritten.⁴²⁸ Die wohl vorherrschende Auffassung in der Rechtsprechung geht davon aus, dass ein rechtswidrig gewordener Verwaltungsakt nach § 48 VwVfG zurückgenommen werden kann.⁴²⁹
- **Zeitliche Grenze der Aufhebbarkeit:** Unabhängig davon, ob sich die Aufhebung nach § 48 VwVfG oder nach § 49 VwVfG richtet, ist in jedem Fall die zeitliche Grenze aus § 48 Abs. 4 (ggf. i. V. m. § 49 Abs. 2 S. 2) VwVfG zu beachten. Danach kann ein Verwaltungsakt grundsätzlich nur innerhalb eines Jahres seit dem Zeitpunkt aufgehoben werden, zu dem die Behörde von Tatsachen Kenntnis erlangt, welche die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakts rechtfertigen. Hierbei handelt es sich um eine nicht verlängerbare Ausschlussfrist, deren Ablauf eine Rücknahme zwingend und dauerhaft ausschließt.⁴³⁰ Nach der Rechtsprechung des BVerwG⁴³¹ setzt die fristauslösende Kenntnis voraus, dass die Behörde die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts erkannt hat und ihr die für die Rücknahme außerdem erheblichen Tatsachen vollständig bekannt sind.⁴³² Hierzu zählen auch die für die Ausübung des Rücknahmeermessens wesentlichen Umstände.⁴³³ Die Frist beginnt demgemäß zu laufen, wenn die Behörde ohne weitere Sachaufklärung objektiv in der Lage ist, unter sachgerechter Ausübung ihres Ermessens über die Rücknahme des Verwaltungsakts zu entscheiden.⁴³⁴
- **Unionsrechtskonformität (Art. 19 EKEK):** Zu guter Letzt ist aber überdies noch ungeklärt, unter welchen Voraussetzungen wegerechtliche Nutzungsberechtigungen

⁴²⁷ Sollte es sich schon nicht um einen Dauerverwaltungsakt handeln, wären ohnehin die strengereren Aufhebungsvoraussetzungen nach § 49 VwVfG einschlägig.

⁴²⁸ Zum Streitstand etwa *Suerbaum*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Fn. 423), § 48 Rn. 48 ff. m. w. N.

⁴²⁹ BVerwG, Buchholz 442.066 § 37 TKG Nr. 4 Rn. 44 (Urt. v. 9.5.2012 – Az. 6 C 3.11); Buchholz 316 § 48 VwVfG Nr. 110 = Rn. 19 (juris) (Urt. v. 28.10.2004 – Az. 2 C 13.03); Buchholz 316 § 48 VwVfG Nr. 78 = Rn. 17 f. (juris) (Urt. v. 22.9.1993 – Az. 2 C 34.91); Buchholz 232 § 116 BBG Nr. 21 = Rn. 20 (juris) (Urt. v. 28.6.1982 – Az. 6 C 92.78).

⁴³⁰ *Suerbaum* (Fn. 428), § 48 Rn. 180.

⁴³¹ Zur Kritik an dieser Rechtsprechung etwa *Suerbaum* (Fn. 428), § 48 Rn. 190 ff. m. w. N.

⁴³² BVerwG, Buchholz 316 § 48 VwVfG Nr. 33 = Rn. 17 (juris) (Beschl. v. 19.12.1984 – Az. GrSen 1/84, GrSen 2/84).

⁴³³ BVerwG, Buchholz 316 § 48 VwVfG Nr. 33 = Rn. 19 (juris) (Beschl. v. 19.12.1984 – Az. GrSen 1/84, GrSen 2/84).

⁴³⁴ BVerwG, Buchholz 316 § 48 VwVfG Nr. 33 = Rn. 19 (juris) (Beschl. v. 19.12.1984 – Az. GrSen 1/84, GrSen 2/84).

unter dem reformierten EU-Rechtsrahmen überhaupt zurückgenommen (und damit ggf. auch eingeschränkt) werden können. Denn nach Art. 19 Abs. 1 EKEK dürfen die Mitgliedstaaten u. a. Rechte zur Installation von Einrichtungen grundsätzlich „nicht vor Ablauf des Zeitraums, für den sie gewährt wurden, einschränken oder entziehen“. ⁴³⁵ Nimmt man den Wortlaut von Art. 19 Abs. 1 EKEK ernst, wären damit nachträgliche Einschränkungen erteilter Installationsrechte vor Ablauf des Zeitraums, für den sie gewährt wurden, ausnahmslos ausgeschlossen. Gerade auch die nach § 125 Abs. 3 S. 2 TKG für die gesamte Dauer der öffentlichen Tätigkeit übertragene Nutzungsberechtigung könnte daher u. U. auch nicht aufgehoben werden, um die Regulierungsziele sicherzustellen. Einem solchen Verständnis ließen sich zwar historisch-genetische und teleologische Erwägungen entgegenhalten: So fehlt es an Hinweisen darauf, dass der Richtliniengesetzgeber eine so radikale Abkehr von der bisherigen Rechtslage beabsichtigt hatte, der zufolge eine vorzeitige Einschränkung oder Aufhebung von Rechten zur Installation von Einrichtungen ohne weiteres „in begründeten Fällen“ (und damit beispielsweise auch nach §§ 48, 49 VwVfG ⁴³⁶) möglich war (Art. 14 Abs. 2 der Genehmigungsrichtlinie 2002/20/EG). Und es ist auch kein vernünftiger Sachgrund dafür erkennbar, warum es nicht mehr möglich sein sollte, die betreffenden Rechtspositionen auch dann zu entziehen, wenn sonst erhebliche Nachteile für die Regulierungsziele drohen, etwa weil sich die betreffenden Rechteinhaber als nicht mehr leistungsfähig erwiesen haben. Die Rechtslage ist insoweit aber, soweit ersichtlich, noch völlig ungeklärt.

4.1.2.1.3 Zwischenergebnis

Betrachtet man nur den Wortlaut von § 125 Abs. 3 S. 1 TKG, erscheint die Übertragung der wegerechtlichen Nutzungsberechtigung als potentiell geeigneter Steuerungshebel, um einer regulierungszielwidrigen Überbauaktivität entgegenzuwirken. Bei näherer Betrachtung stellen sich hier jedoch zahlreiche komplizierte Rechtsfragen. Zwar hat die Bundesnetzagentur schon sehr früh in ihrer Anwendungspraxis anklingen lassen, dass die Einräumung der wegerechtlichen Nutzungsberechtigung gerade von deren Vereinbarkeit mit den Regulierungszielen abhängig gemacht werden kann. ⁴³⁷ Und das BVerwG hat die Vereinbarkeit mit den Regulierungszielen als „sachbezogene Erteilungsvoraussetzung“ bezeichnet, ⁴³⁸ sie also ausdrücklich als eigenständige Anspruchsvoraussetzung von den subjektiven Übertragungsvoraussetzungen abgegrenzt. Diese Einstufung erfolgte jedoch nur in nicht entscheidungstragender Weise und ohne nähere Begründung oder auch nur Auseinandersetzung mit den zahlreichen Einwänden, die insbesondere

435 Der im Wortlaut weiter enthaltene Vorbehalt in Bezug auf die in Art. 19 Abs. 2 EKEK geregelten Fälle betrifft jedenfalls im unmittelbaren Zugriff nur Frequenznutzungsrechte, die zur wirksamen und effizienten Frequenznutzung oder zur Umsetzung einer technischen Umsetzungsmaßnahmen eingeschränkt oder entzogen werden dürfen.

436 *Stelkens* (Fn. 394), Europarechtliche Grundlagen Rn. 118.

437 Bundesnetzagentur, Mitteilung Nr. 237/2004, ABl. BNetzA 2004, 785, 787.

438 BVerwG, N&R 2015, 247, 249 Rn. 18 (Urt. v. 29.4.2015 – Az. 6 C 39.13).

aus unionsrechtlicher Perspektive gegen eine solche Einschränkung der Wegerechtsübertragung vorgebracht werden.

Aber selbst, wenn es tatsächlich möglich sein sollte, die Übertragung der wegerechtlichen Nutzungsberechtigung von der Einhaltung der Regulierungsziele abhängig zu machen, würden sich weitere Rechtsfragen stellen, die z. T. als noch nicht einmal ansatzweise geklärt gelten dürfen. Insbesondere die Reichweite des mit der Reform 2018 jedenfalls dem Wortlaut nach erheblich ausgeweiteten Einschränkungverbots aus Art. 19 Abs. 1 EKEK bedürfte ggf. letztlich einer verbindlichen Klärung durch den EuGH.

Die Nutzung wegerechtlicher Steuerungshebel zur Eindämmung einer regulierungszielwidrigen Doppelausbauaktivität im Glasfaserbereich könnte sich damit zwar im Ergebnis u. U. durchaus als rechtlich möglich erweisen. Sie hätte jedoch beim gegenwärtigen Stand der juristischen Fachdiskussion erhebliche Unwägbarkeiten zur Folge. Gerade mit Blick auf die für Investitionsentscheidungen zentrale Rechts- und Planungssicherheit erweist sie sich daher als deutlich nachteilbehafteter Ansatz.

4.1.3 Handlungsoption 3: Monitoring der Überbauaktivität

Während im Rahmen der Marktregulierung und der wegerechtlichen Befugnisse grundsätzlich (in gewissen Grenzen) alle vier in Betracht kommenden Handlungsansätze (Überbauverbot, Reduzierung der Anreize, Kompensation der negativen Folgen, Überwachung) implementiert werden können, beschränkt sich die Betrachtung im Folgenden auf den vierten Handlungsansatz. Es geht also um mögliche regulatorische Handlungsoptionen, die spezifisch auf eine Überwachung der Überbauaktivität zielen. Diese Überwachung kann dann zum einen Anlass für weitergehende regulatorische Maßnahmen sein, etwa wenn sich aus der Überwachung Anhaltspunkte für ein missbräuchliches Verhalten oder für eine über den Einzelfall hinausgehende Gefährdung der Regulierungsziele ergeben sollten. Hierdurch kann die Überwachung der Überbauaktivität zum anderen aber auch selbst bereits eine (gewisse) disziplinierende Wirkung entfalten, wenn solchen Folgen missbräuchlichen oder auch nur regulierungszielwidrigen Handelns antizipiert werden.

4.1.3.1 Vorausschau über den künftigen Festnetzausbau (§ 81 Abs. 4 TKG)

§ 81 TKG hält ein Instrument bereit, das gerade dazu dient, Informationen über den künftigen Netzausbau zu erhalten. Erfasst werden Ausbauvorhaben mit einem zeitlichen Vorlauf von zwölf Monaten (§ 81 Abs. 1 S. 2 TKG). Von Gesetzes wegen vorgesehen ist eine entsprechende Ausbauvorausschau zwar nur für den Mobilfunkbereich. § 81 Abs. 4 TKG erlaubt die Ausdehnung dieses Instruments aber auch auf sonstige öffentliche

Telekommunikationsnetze und damit insbesondere auf den Festnetzausbau.⁴³⁹ Auf Grundlage der so erhobenen Informationen ließe sich erkennen, ob und in welchem Umfang Überbauankündigungen, mit denen auf entsprechende Ausbauvorhaben von Wettbewerbern reagiert wird, im Einklang mit den Ausbauplanungen des betreffenden Unternehmens stehen. Sollte ein Unternehmen mit entsprechenden Überbauankündigungen regelmäßig bzw. in bestimmten Konstellationen kurzfristig von seinen eigentlichen Ausbauplanungen abweichen, könnte das ein Indiz für eine gezielte Behinderung von erstausbaubereiten Wettbewerbern sein. Das gilt insbesondere in Bezug auf solche Gebiete, in denen ein Infrastrukturwettbewerb ökonomisch nicht tragfähig ist.

4.1.3.1.1 Überwachung der Überbauaktivität als relevanter Bedarf für eine Vorausschau über den künftigen Festnetzausbau?

Die primäre Zielrichtung der Vorausschau zum Netzausbau liegt allerdings darin, die Transparenz darüber zu erhöhen, in welchen Gebieten in naher Zukunft damit zu rechnen sein wird, dass Versorgungslücken geschlossen oder ggf. noch bestehen bleiben werden.⁴⁴⁰ Damit soll die Entscheidungsgrundlage für behördliche Entscheidungen im Bereich von „Förderung, Planung, Ausbau“ verbessert werden.⁴⁴¹ Das Instrument der Netzausbauvorausschau ist vom deutschen Gesetzgeber also zumindest in erster Linie als Maßnahme zur Optimierung der staatlichen Förderung von Netzausbaumaßnahmen in solchen Gebieten, in denen ein eigenwirtschaftlicher Ausbau nicht zu erwarten ist, verstanden worden. Hieran hat sich auch im Rahmen der TKG-Novelle 2021 nichts geändert.⁴⁴² Für ein solches enges Verständnis spricht überdies, dass die Vorausschau in die zentrale Informationsstelle des Bundes integriert ist (§ 78 Abs. 1 Nr. 3 TKG). Die hierfür erhobenen und über das Datenportal bereitgestellten Informationen dienen aber in erster Linie dem Informationsbedürfnis Dritter – wie z. B. den Gebietskörperschaften (vgl. § 81 Abs. 6 S. 1 TKG) – und nicht der Bundesnetzagentur für die Erfüllung ihrer Aufgaben.

Dieser Zielrichtung einer informatorischen Unterstützung der staatlichen Netzausbauplanungen entspräche es jedenfalls nicht ohne weiteres, diese Informationen als Blaupause zur Identifikation regulatorischen Handlungsbedarfs zur Eindämmung einer bestimmten Überbauaktivität zu machen. Es erscheint daher schon sehr fraglich, ob sich aus einer

⁴³⁹ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26108, 200, 306 (zu § 80 Abs. 4); Roth, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 293), § 81 Rn. 9.

⁴⁴⁰ Hierzu und zum Folgenden Leitzke (Fn. 398), § 81 TKG Rn. 1. Siehe zur Vorgängervorschrift in § 77q TKG den Bericht des Ausschusses für Verkehr und digitale Infrastruktur, BT-Drs. 19/11180, 7, 13 (zu Art. 1 Nr. 6 [§ 77q]).

⁴⁴¹ Zu § 77q TKG siehe den Bericht des Ausschusses für Verkehr und digitale Infrastruktur, BT-Drs. 19/11180, 7, 13 (zu Art. 1 Nr. 6 [§ 77q]).

⁴⁴² Siehe etwa die Bezugnahme auf die Mobilfunkstrategie der Bundesregierung aus dem Jahr 2019 in der Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26108, 200, 305 (zu § 80 Abs. 1), in der es an der zitierten Stelle um „staatliche Ausbaumaßnahmen“ bzw. um die „Ausgestaltung der Förderung“ geht, vgl. Bundesregierung, Mobilfunkstrategie der Bundesregierung, 2019, S. 40. Siehe auch die unmittelbare Verknüpfung mit dem „Mobilfunkförderprogramm“ in der Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26108, 200, 305 (zu § 80 Abs. 1).

solchen Zwecksetzung der für die Ausdehnung auf den Festnetzbereich erforderliche Bedarf ergeben kann, der von der zentralen Informationsstelle des Bundes ausdrücklich festgestellt und begründet werden müsste (§ 81 Abs. 4 TKG).

Es gibt jedoch auch Anhaltspunkte für ein weites Verständnis des Vorausschaubedarfs, auf dessen Grundlage die Vorausschau zum Netzausbau auch originär regulatorischen Zwecken – jenseits staatlicher Förder-, Planungs- und Ausbaumaßnahmen – dienen kann. So enthält zunächst der Wortlaut von § 81 Abs. 1 und 4 TKG keinerlei Einschränkung in Bezug auf einen zulässigen Erhebungs- und Informationszweck. Vor allem aber könnte der unionsrechtliche Hintergrund dafür sprechen, dass sich der Anwendungsbe- reich der Vorausschau über den Netzausbau auch auf eine Unterstützung der Bundes- netzagentur bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben nach dem TKG erstrecken könnte. § 81 TKG hat seine unionsrechtlichen Wurzeln in Art. 22 EKEK.⁴⁴³ Nach Art. 22 Abs. 1 UAbs. 5 EKEK kann sich die nationale Regulierungsbehörde „in Bezug auf die Aufgaben, mit denen sie im Rahmen dieser Richtlinie konkret betraut wurde“, ausdrücklich „ganz oder teilweise auf die im Rahmen einer solchen Vorausschau erfassten Informationen ... stützen“. Das spricht dafür, dass das Instrument der Vorausschau – und die ihr vorgelagerte Informationserhebung – nicht auf einen Förderungszusammenhang beschränkt ist und damit gerade auch der Erfüllung originärer regulatorischer Aufgaben der Bundes- netzagentur dienen kann.

Letzten Endes ist die Frage daher als offen zu bezeichnen, bestehen aber durchaus re- levante Rechtsunsicherheiten, ob § 81 TKG als regulatorische Handlungsoption zur Ein- dämmung einer regulierungszielwidrigen Überbauaktivität in Betracht kommt.

4.1.3.1.2 Personale Reichweite der Vorausschau über den künftigen Festnetzausbau

Darüber hinaus würde sich die Vorausschau auf den Festnetzausbau als solchen bezie- hen. Das kommt ganz deutlich auch in den unionsrechtlichen Grundlagen zum Ausdruck. So heißt es in Art. 22 Abs. 1 UAbs. 4 S. 1 EKEK, dass die Vorausschau „Informationen über die Netzausbaupläne *aller* Unternehmen“ enthält.⁴⁴⁴ Die Erhebung würde also je- denfalls grundsätzlich bei allen Festnetzbetreibern erfolgen, obwohl in der Praxis eine regulierungszielwidrige oder gar missbräuchliche Überbauaktivität nur von bestimmten Netzbetreibern ausgehen dürfte. Nur bestimmte Unternehmen haben eine solche Markt- relevanz, dass ihrer Überbauaktivität Bedeutung für die Erreichung der Regulierungsziele zukommen kann. Das betrifft namentlich die Ankündigung eines eigenen Netzausbaus in Reaktion auf Ausbauvorhaben von Wettbewerbsunternehmen. Ein solches Verhalten dürfte nur dann eine regulierungszielwidrige Abschreckungswirkung entfalten, wenn es

⁴⁴³ Siehe die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26108, 200, 306 (zu § 80 Abs. 4 und 5), sowie zur Vorgängerregelung in § 77q TKG den Bericht des Ausschusses für Verkehr und digitale Infrastruktur, BT-Drs. 19/11180, 7, 13 (zu Art. 1 Nr. 6 [§ 77q]). Vgl. auch *Leitzke* (Fn. 398), § 81 TKG Rn. 2; *Roth* (Fn. 439), § 81 Rn. 7.

⁴⁴⁴ Hervorhebung hinzugefügt.

von der TDG oder mit ihr verbundener Unternehmen ausgeht. Und in Bezug auf eine ggf. missbräuchliche Überbauaktivität kommt es schon aus rechtlichen Gründen nur auf die Netzausbauplanungen solcher Unternehmen an, die über beträchtliche Marktmacht verfügen und damit Adressaten des Missbrauchsverbots aus § 50 TKG sind.

Die Durchführung einer Vorausschau über den künftigen Festnetzausbau zum Zweck der Überwachung der Überbauaktivität hätte damit umfangreiche Erhebungen auch bei solchen Netzbetreibern zur Folge, bei denen es einer solchen Überwachung absehbar nicht bedarf. Es erscheint daher (auch) unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten nicht unproblematisch, auf die Vorausschau über den künftigen Netzausbau im Festnetzbereich nach § 81 TKG als regulatorische Handlungsoption zur Eindämmung regulierungszielwidrigen Überbaus zurückzugreifen.

4.1.3.1.3 Durchführung der Erhebung

Sofern dennoch ein Rückgriff auf § 81 TKG in Betracht kommen sollte, würde sich die Frage stellen, auf welcher Ermächtigungsgrundlage die notwendigen Erhebungen bei den Netzbetreibern zu erfolgen hätten. Die spezifische Auskunftsbefugnis,⁴⁴⁵ die in § 77q Abs. 2 TKG a. F. noch vorgesehen war, ist in § 81 TKG nicht mehr enthalten. Stattdessen wurde eine vergleichbare Befugnisnorm nun in § 203 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 TKG integriert. Danach kann die zentrale Informationsstelle des Bundes von Eigentümern oder Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze oder Telekommunikationslinien verlangen, ihr diejenigen Informationen zur Verfügung zu stellen, die zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach § 78 Abs. 1 Nr. 3 i. V. m. § 81 TKG erforderlich sind. Die Erhebung für die Vorausschau über den künftigen Festnetzausbau würde also im Wege von Auskunftspflichten nach § 203 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 TKG erfolgen.⁴⁴⁶

4.1.3.2 Auskunftersuchen (§ 203 TKG)

Angesichts der aufgezeigten Unsicherheiten bei einem Rückgriff auf § 81 TKG lässt sich eine sinnvolle Überwachung der Überbauaktivität aber evtl. auch unter unmittelbarem Rückgriff auf die Befugnis zum Erlass von Auskunftersuchen in § 203 TKG implementieren.

⁴⁴⁵ Bericht des Ausschusses für Verkehr und digitale Infrastruktur, BT-Drs. 19/11180, 7, 13 (zu Art. 1 Nr. 6 [§ 77q]).

⁴⁴⁶ *Leitzke* (Fn. 398), § 81 TKG Rn. 6; *Roth* (Fn. 439), § 81 Rn. 13. Angesichts der Formulierung in § 81 Abs. 4 TKG, der zufolge sich der Bedarf gerade auch auf die Erhebung der Informationen beziehen muss, erscheint die Auffassung, dass im Falle einer Vorausschau für den Festnetzausbau nur auf die Informationen aus der Erhebung für den Mobilfunkausbau zurückgegriffen werden dürfe, so *Leitzke* (Fn. 398), § 81 TKG Rn. 14 (mit berechtigten Zweifeln an der praktischen Umsetzbarkeit eines solchen Normverständnisses), nicht überzeugend.

4.1.3.2.1 Sachlicher Anwendungsbereich der Auskunftsbefugnis (§ 203 Abs. 1 und 2 TKG)

Nach § 203 Abs. 1 S. 1 TKG kann die Bundesnetzagentur u. a. die Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze verpflichten, ihr diejenigen Informationen zur Verfügung zu stellen, die insbesondere auch für den Vollzug des TKG erforderlich sind. § 203 Abs. 1 S. 2 TKG führt dann einige Zwecke auf, die entsprechende Auskunftsverlangen der Bundesnetzagentur tragen können, insbesondere

- die systematische oder einzelfallbezogene Überprüfung der Verpflichtungen, die sich aus dem TKG oder aufgrund des TKG ergeben (§ 203 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG),
- die einzelfallbezogene Überprüfung von Verpflichtungen, wenn der Bundesnetzagentur eine Beschwerde vorliegt oder sie aus anderen Gründen eine Verletzung von Pflichten annimmt oder sie von sich aus Ermittlungen durchführt (§ 203 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG), und
- die Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren sowie die Regulierungsverfügung (§ 203 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 TKG).

Diese Aufzählung ist nicht abschließend („insbesondere“).⁴⁴⁷ Die Auskunftsbefugnis nach § 203 Abs. 1 TKG hat daher im Ansatz einen weit gezogenen sachlichen Anwendungsbereich.⁴⁴⁸ Dieser wird zunächst (nur) durch den Vollzug der Aufgaben und die Wahrnehmung der Befugnisse abgesteckt, die der Bundesnetzagentur durch das TKG übertragen sind.⁴⁴⁹

Sowohl § 203 Abs. 1 S. 1 TKG als auch die Aufzählung der konkretisierenden Beispiele in § 203 Abs. 1 S. 2 TKG enthalten zwar einen expliziten Erforderlichkeitsvorbehalt („die ... erforderlich sind“).⁴⁵⁰ Gerade auch unter Berücksichtigung der unionsrechtlichen Grundlagen in Art. 20 Abs. 1 UAbs. 1 und 2 EKEK⁴⁵¹ handelt es sich hierbei letzten Endes jedoch um eine bloße Rückanbindung an den ohnehin bei allen hoheitlichen Maßnahmen zu beachtenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.⁴⁵² Vielmehr wird durch diesen Maßstab klargestellt, dass an Auskunftsverlangen keine weitergehenden Anforderungen gestellt werden. Insbesondere ist es also nicht erforderlich, dass die Auskunft

⁴⁴⁷ Meyer-Sebastian, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 293), § 203 Rn. 26.

⁴⁴⁸ Ruffert/Schmidt (Fn. 313), § 203 TKG Rn. 3. Die Gesetzesmaterialien sprechen von einem „umfassende[n] Auskunftsrecht der Bundesnetzagentur“, siehe die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26108, 200, 377 (zu § 202 Abs. 1).

⁴⁴⁹ Siehe auch Ruffert/Schmidt (Fn. 313), § 203 TKG Rn. 3.

⁴⁵⁰ Siehe Ruffert/Schmidt (Fn. 313), § 203 TKG Rn. 12.

⁴⁵¹ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26108, 200, 377 (zu § 202 Abs. 1).

⁴⁵² Ebenso Bergmann, in: Scheurle/Mayen (Fn. 389), § 127 Rn. 12; Graulich, in: Fetzer/Scherer/Graulich (Fn. 391), § 127 Rn. 9. Im Ergebnis ähnlich Ruffert/Schmidt (Fn. 313), § 203 TKG Rn. 12, denen zufolge der Begriff „erforderlich“ als zur Zweckerreichung sachlich geeignet und verhältnismäßig zu verstehen ist, sowie Meyer-Sebastian (Fn. 447), § 203 Rn. 19, der darauf abstellt, ob die abgefragten Daten zur Aufgabenerfüllung beitragen können und die Auskunft für den Betroffenen keinen unverhältnismäßigen Aufwand bedeutet.

„zwingend geboten“ oder „unverzichtbar“ ist.⁴⁵³ Die Frage der Erforderlichkeit ist dabei auch allein aus einer Ex-ante-Perspektive zu beurteilen.⁴⁵⁴

Der die Verhältnismäßigkeitsprüfung steuernde Zweck eines Auskunftsverlangens ist der Gesetzesvollzug, der durch die spezifischen Auskunftszwecke in § 203 Abs. 1 S. 2 TKG beispielhaft, aber nicht abschließend konkretisiert wird. Die Auskunftsbefugnis ist dabei nicht auf einzelfallbezogene Überprüfungsmaßnahmen beschränkt. Ausweislich § 203 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG können Auskünfte vielmehr auch zur systematischen Überprüfung von telekommunikationsrechtlichen Verpflichtungen verlangt werden.⁴⁵⁵ Darin kommt der Umstand zum Ausdruck, dass sich gestaltende Regulierung von ordnungspolitisch begründeter Wettbewerbsaufsicht unterscheidet.⁴⁵⁶ Und § 203 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG spricht dafür, dass es selbst bei einzelfallbezogenen Überprüfungen wohl keines Anfangsverdachts für eine Verletzung solcher Verpflichtungen bedarf.⁴⁵⁷ Zumindest dürften jedoch keine hohen Anforderungen an einen entsprechenden Ermittlungsanlass bzw. Anfangsverdacht gestellt werden.⁴⁵⁸

Fraglich ist aber, ob sich weitere Eingrenzungen aus § 203 Abs. 2 TKG ergeben. Diese Vorschrift enthält u. a. eine eigenständige Befugnis, „Auskünfte über künftige Netz- und Dienstentwicklungen“ zu verlangen (§ 203 Abs. 2 S. 2 TKG), „wenn diese Entwicklungen sich auf Dienste auf Vorleistungsebene auswirken können, die die Unternehmen Wettbewerbern zugänglich machen“. Sollten unter „künftige Netzentwicklungen“ auch die Glasfaserausbauplanungen eines Netzbetreibers fallen, wäre es denkbar, dass sich aus dieser Regelung eine Sperrwirkung gegenüber § 203 Abs. 1 TKG ergeben könnte, die entsprechenden Auskunftersuchen entgegenstünde, sofern durch den Netzausbau keine Auswirkungen auf angebotene Vorleistungsprodukte zu erwarten wären. Eine entsprechende Formulierung findet sich in Art. 20 (Abs. 1 UAbs. 1 S. 2) EKEK als der unionsrechtlichen Grundlage der Auskunftsbefugnis nach § 203 Abs. 1 und 2 TKG. Wie sich aus dem zugehörigen Erwägungsgrund 58 EKEK ergibt, dürfte damit allerdings nur eine beispielhafte Klarstellung für einen als praktisch besonders bedeutsam erachteten Auskunftszweck bezweckt gewesen sein.⁴⁵⁹ Denn dem zweiten Satz dieses Erwägungsgrunds zufolge sollen auch solche Informationen Gegensatz von Auskunftersuchen sein

⁴⁵³ *Ruffert/Schmidt* (Fn. 313), § 203 TKG Rn. 12; zur Auskunftsbefugnis nach dem PBefG entsprechend OVG Münster, GewArch 1999, 113 = Rn. 7 (juris) (Beschl. v. 3.2.1998 – Az. 13 B 1488/97). Siehe aber auch Erwägungsgrund 59 S. 1 EKEK, wonach Berichts- und Informationspflichten der Netzbetreiber und Diensteanbieter „angemessen und objektiv gerechtfertigt sein und auf das absolut Notwendige beschränkt werden“ müssten.

⁴⁵⁴ *Graulich* (Fn. 452), § 127 Rn. 9; *Meyer-Sebastian* (Fn. 447), § 203 Rn. 19; zur Auskunftsbefugnis nach dem EnWG: BGH, WRP 2007, 1224, 1229 f. Rn. 42 (WRP) = Rn. 43 (Beschl. v. 19.6.2007 – Az. KVR 17/06).

⁴⁵⁵ Einschränkung insoweit allerdings *Bergmann* (Fn. 452), § 127 Rn. 25.

⁴⁵⁶ *Meyer-Sebastian* (Fn. 447), § 203 Rn. 21; *Ruffert/Schmidt* (Fn. 313), § 203 TKG Rn. 3.

⁴⁵⁷ *Meyer-Sebastian* (Fn. 447), § 203 Rn. 21; in diesem Sinne auch *Graulich* (Fn. 452), § 127 Rn. 13; a. A. *Bergmann* (Fn. 452), § 127 Rn. 9 f.; *Ruffert/Schmidt* (Fn. 313), § 203 TKG Rn. 14.

⁴⁵⁸ *Bergmann* (Fn. 452), § 127 Rn. 10; *Ruffert/Schmidt* (Fn. 313), § 203 TKG Rn. 14. Für § 72 TKG 1996 OVG Münster, NJW 1998, 3370, 3370 f. = Rn. 7 f. (juris) (Beschl. v. 2.4.1998 – Az. 13 B 213/98).

⁴⁵⁹ In diese Richtung auch *Ruffert/Schmidt* (Fn. 313), § 203 TKG Rn. 7.

können, die es der nationalen Regulierungsbehörde ermöglichen, Auswirkungen geplanter Erweiterungen oder Änderungen der Netztopologie „auf die Entwicklung des Wettbewerbs oder auf anderen Marktteilnehmern angebotene Großhandelsprodukte zu beurteilen“. Etwaige Auswirkungen auf angebotene Zugangsprodukte werden hier also nur als Alternative zu Auswirkungen auf die Entwicklung des Wettbewerbs genannt. Gerade um solche Auswirkungen auf den Wettbewerb geht es aber bei den hier im Fokus stehenden Auskunftersuchen zu den Netzausbauplanungen derjenigen Netzbetreiber, bei denen die Möglichkeit regulierungszielwidriger Überbauaktivität besteht. Damit ist jedenfalls bei unionsrechtskonformer Auslegung davon auszugehen, dass § 203 Abs. 2 S. 2 TKG zumindest gegenüber diesbezüglichen Auskunftersuchen keine Sperrwirkung entfaltet.

4.1.3.2.2 Überwachung der Überbauaktivität als Gegenstand von Auskunftersuchen

Vor diesem Hintergrund ist dann in einem weiteren Schritt zu klären, ob § 203 Abs. 1 TKG als Ermächtigungsgrundlage für eine Überwachung der Überbauaktivität herangezogen werden kann. Wie schon in Bezug auf die Vorausschau über den künftigen Festnetzausbau diskutiert, würde es dabei voraussichtlich in erster Linie darum gehen, das tatsächliche Überbauverhalten eines Unternehmens an seinen allgemeinen Ausbauplanungen zu messen: Wiederholte kurzfristige Abweichungen von den selbst formulierten Ausbauplanungen in Reaktion auf Ausbauvorhaben von anderen Netzbetreibern können ein Hinweis auf ein regulierungszielwidriges oder sogar missbräuchliches Verhalten sein. Ein solches Indiz könnte zusätzlich an Gewicht gewinnen – ohne dass dies für die Annahme eines regulierungszielwidrigen oder missbräuchlichen Verhaltens erforderlich wäre –, wenn derartige Überbauankündigungen nach einem Rückzug des erstausbauwilligen Unternehmens dann innerhalb eines bestimmten Zeitraums tatsächlich nicht umgesetzt werden.⁴⁶⁰

Um entsprechende Abweichungen von den Aufbauplanungen feststellen zu können, müssten die Unternehmen, von denen eine regulierungszielwidrige oder sogar missbräuchliche Überbauaktivität ausgehen könnte, und damit in der Praxis insbesondere die TDG, zum einen zur Auskunft über ihre kurz- und mittelfristige Ausbauplanung verpflichtet werden. Diese Informationsanforderung entspräche in etwa der „Shortlist“, die in dem Zusammenschlusskontrollverfahren in Sachen „Glasfaser Nordwest“ Gegenstand der dortigen Verpflichtungszusagen war. Erforderlich wäre zum anderen aber auch, dass die betreffenden Unternehmen die Bundesnetzagentur zeitnah über konkrete Ausbauankündigungen informieren. Aus Verhältnismäßigkeitsgründen könnte es sich dabei zwar anbieten, diese Anforderung auf solche Ankündigungen zu beschränken, die nicht im Einklang mit der Ausbauplanung stehen. Sie ginge als wichtiges Element der regulierungsbehördlichen Informationsgrundlage aber zugleich tendenziell über die Erkenntnisse

⁴⁶⁰ Siehe *Herbers/Baubkus-Gérard* (Fn. 51), S. 30. Zieht sich der erstausbauwillige Wettbewerber nicht zurück, könnte der wiederholte Verzicht auf einen Ausbau demgegenüber gerade in anderer Stoßrichtung die Abschreckungswirkung einer entsprechenden Ankündigung verringern, siehe bereits in Fn. 123.

hinaus, die im Rahmen der Erhebung für eine Vorausschau über den künftigen Festnetzausbau nach § 81 TKG gewonnen werden könnten. Auch das spricht neben den diesbezüglichen Rechtsunsicherheiten für einen unmittelbaren Rückgriff auf § 203 Abs. 1 TKG und gegen ein Vorgehen nach § 81 (Abs. 4) TKG.

Dabei kann die Bundesnetzagentur im Rahmen des Auskunftsverlangens die verpflichteten Unternehmen zu einer regelmäßigen Auskunft verpflichten und dabei Vorgaben auch hinsichtlich des Zeitpunkts der Erhebung und das Intervall festlegen, in dem bestimmte Daten zu erheben sind (§ 203 Abs. 6 S. 7 TKG).⁴⁶¹ Es bedürfte daher nicht ständig neuer Auskunftsverlangen, um eine kontinuierliche Überwachung der Überbauaktivität sicherzustellen.

Zu klären bleibt allerdings noch, ob Auskunftsverlangen, die auf die Bereitstellung der Informationen gerichtet sind, die erforderlich sind, um eine regulierungszielwidrige oder sogar missbräuchliche Überbauaktivität feststellen zu können, auch der Sache nach von § 203 Abs. 1 TKG gedeckt wären.⁴⁶²

Das ist im Ausgangspunkt unproblematisch, soweit es um die Überprüfung geht, ob ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gegen das Missbrauchsverbot aus § 50 TKG verstößt. Denn hierbei handelt es sich um eine Verpflichtung, die sich aus dem TKG ergibt. Und nach § 203 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG ist die Bundesnetzagentur, wie bereits dargelegt, ausdrücklich befugt, solche Auskünfte zu verlangen, die für die systematische Überprüfung der Verpflichtungen aus dem TKG erforderlich sind.

Damit würde aber nur ein Teil der Überbaufälle erfasst, bei denen es zu negativen Auswirkungen auf die Regulierungsziele kommt. Fraglich ist, ob § 203 Abs. 1 TKG auch zu Auskunftsverlangen in Bezug auf solche Informationen ermächtigt, die zur Feststellung eines „nur“ regulierungszielwidrigen, aber nicht (zwingend) missbräuchlichen Verhaltens erforderlich sind. Da sich aus den Regulierungszielen keine unmittelbaren Verpflichtungen der Unternehmen ergeben,⁴⁶³ dürften solche Informationen insbesondere nicht unter die Beispielstatbestände in § 203 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 2 TKG fallen. Diese beziehen sich nämlich gerade auf die Einhaltung von Verpflichtungen.⁴⁶⁴ Auch die anderen Beispielstatbestände erfassen keine Auskünfte, die sich auf die Feststellung eines regulierungszielwidrigen Verhaltens als solche beziehen.

⁴⁶¹ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26108, 200, 378 (zu § 202 Abs. 6).

⁴⁶² Wohl verneinend, aber ohne Begründung und möglicherweise unter impliziter Einbeziehung („selbstverständlich“) einer Regelung von Rechtsfolgen wie insbesondere einem temporären Verbot von Ausbauankündigungen bei Abweichungen von der Liste, *Holzner* (Fn. 280), S. 20. Die Auferlegung derartiger Verpflichtungen wäre in der Tat nicht von § 203 TKG gedeckt, wäre aber – auf anderer Rechtsgrundlage – gerade potentiell Ziel und mögliches Ergebnis der Erkenntnisse aus einer entsprechenden Auskunftsverpflichtung.

⁴⁶³ Siehe dazu oben, unter 3.2.1.

⁴⁶⁴ Vgl. auch *Ruffert/Schmidt* (Fn. 313), § 203 TKG Rn. 15 f. („Einhaltung der Verpflichtungen“).

Ein diesbezügliches Auskunftsverlangen kommt daher nur in Betracht, wenn es von der Generalklausel in § 203 Abs. 1 S. 1 TKG erfasst ist. Dann müsste es sich um Informationen handeln, die für den Vollzug des TKG erforderlich sind. Dass dies auch Informationen umfasst, auf deren Grundlage regulatorische Maßnahmen erst noch getroffen bzw. ausgestaltet werden, zeigt der Regelungsstatbestand in § 203 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 TKG. Dieser bezieht sich auf solche Auskünfte, die für die Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren sowie die Regulierungsverfügung erforderlich sind. Auch hierbei geht es im Kern darum, der Bundesnetzagentur die Informationsbasis zu verschaffen, auf deren Grundlage sie beurteilen kann, ob und welche Maßnahmen sie zur Sicherstellung der Regulierungsziele nach § 2 TKG ergreifen muss. Es spricht daher viel dafür, dass die Bundesnetzagentur auf Grundlage der Generalklausel in § 203 Abs. 1 S. 1 TKG Auskunft auch über solche Informationen verlangen kann, auf deren Grundlage ein regulatorischer Handlungsbedarf überhaupt erst erkennbar wird. Dabei gehört zum Vollzug des TKG jedenfalls bei unionsrechtskonformer Auslegung auch die Sicherstellung der Regulierungsziele, wie sich aus Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1, Abs. 2 EKEK ergibt. Damit dürfte davon auszugehen sein, dass die Bundesnetzagentur auf Grundlage von § 203 Abs. 1 S. 1 TKG Auskunft über die Informationen verlangen kann, die erforderlich sind, um eine regulierungszielwidrige Überbauaktivität auch unterhalb der Missbrauchsschwelle festzustellen, jedenfalls soweit sie mit den im TKG vorgesehenen Befugnissen eine solche regulierungszielwidrige Überbauaktivität dann auch eindämmen könnte. Letzteres ist, wie gezeigt, nach der hier vertretenen Auffassung der Fall, da ihr hierfür zum einen die Instrumente der Marktregulierung, zum anderen aber (evtl.) auch wegerechtliche Befugnisse zur Verfügung stehen dürften.

4.1.4 Exkurs: beihilferechtliches Förderregime

Nur kurz soll abschließend noch auf eine theoretisch denkbare Reaktionsmöglichkeit außerhalb des Bereichs der klassischen Regulierung eingegangen werden. Es könnte nämlich erwogen werden, auf eine (wie auch immer zu definierende) schädliche Überbauaktivität auch im Rahmen des beihilferechtlichen Förderregimes zu reagieren.

Dieses sieht allerdings bereits eine Regelung vor, mit der die negativen Auswirkungen eines Überbaus jedenfalls partiell kompensiert werden. Ziff. 6.14 der Gigabit-Richtlinie des Bundes 2.0 (Gigabit-RL 2.0)⁴⁶⁵ regelt nämlich den Fall, dass im Laufe eines Förderprojekts ein Unternehmen einen Ausbau anmeldet oder durchführt, der nicht im Markterkundungsverfahren gemeldet wurde, bei dem es also zu einem nicht erwarteten Überbau der geförderten Netzinfrastruktur kommt. Bei einem solchen Überbau kann die zuständige Bewilligungsbehörde auf Antrag die Förderung nachträglich bis zum Ausgleich der dadurch verminderten Einnahmen erhöhen (Ziff. 6.14 S. 1 Gigabit-RL 2.0). Durch eine

⁴⁶⁵ Bundesministerium für Digitales und Verkehr, Richtlinie „Förderung zur Unterstützung des Gigabitausbaus der Telekommunikationsnetze in der Bundesrepublik Deutschland“ – Gigabit-Richtlinie des Bundes 2.0 (Gigabit-RL 2.0) v. 31.3.2023, BAnz AT 17.05.2023 B6.

solche Erhöhung der Förderung werden die negativen Auswirkungen des Überbaus auf den Geschäftsplan des geförderten ausbauenden Unternehmens kompensiert (Handlungsansatz 3). Zugleich wird hierdurch eine etwaige Abschreckungswirkung und damit auch der Anreiz für eine in Behinderungsabsicht erfolgende Überbauaktivität reduziert (Handlungsansatz 2). Diese Regelung steht gegenwärtig noch unter bestimmten einschränkenden Voraussetzungen, insbesondere bestehen ein Ermessensspielraum der Bewilligungsbehörde („kann“) (Ziff. 6.14 S. 1 Gigabit-RL 2.0) und eine Bagatellgrenze i. H. v. *mindestens* 5 Prozent des Förderbetrags (Ziff. 6.14 S. 2 Gigabit-RL 2.0). Hier könnte theoretisch eine gewisse Nachschärfung erwogen werden, um den Schutz vor einer schädlichen Überbauaktivität noch weiter zu intensivieren.

Ein weiterer Ansatzpunkt zur Begrenzung schädlicher Überbauaktivität im Bereich des geförderten Netzausbaus könnte darin bestehen, Unternehmen, die ohne entsprechende Meldung im Markterkundungsverfahren eine geförderte Netzinfrastruktur nachträglich überbauen, unter bestimmten Voraussetzungen und/oder für einen bestimmten Zeitraum von künftigen Beihilfegewährungen auszuschließen. Das könnte u. U. durch eine entsprechende Ergänzung der Regelung über den Ausschluss bestimmter Betreiber von Begünstigungen in § 3 Abs. 3 der Gigabit-Rahmenregelung der Bundesrepublik Deutschland⁴⁶⁶ erreicht werden. Diese Regelung schließt bislang nur solche Betreiber von der Begünstigung aus, die einer Rückforderungsanordnung aufgrund eines früheren Beschlusses der Kommission über die Unzulässigkeit einer binnenmarktwidrigen Beihilfe nicht nachgekommen sind oder bei denen es sich um Unternehmen in Schwierigkeiten im Sinne der Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien⁴⁶⁷ handelt.

Diese Überlegungen sollen an dieser Stelle nur angerissen, aber nicht vertieft werden. Von den 96 Überbaufällen, die in Vorbereitung dieser Studie von Seiten der Telekommunikationsunternehmen gemeldet wurden und näher untersucht werden konnten, betrafen nämlich nur drei Fälle geförderte Anschlüsse.⁴⁶⁸ Ein vordringlicher Bedarf an einer spezifischen beihilferechtlichen Reaktion auf schädliche Überbauaktivität ist daher nicht erkennbar. Vielmehr dürfte es sinnvoller sein, wenn diese wenigen Fälle letzten Endes von einer etwaigen allgemeiner angelegten regulatorischen Reaktion auf einen regulierungszielwidrigen Überbau miterfasst werden.

4.1.5 Bewertung

Unabhängig davon, welchen Handlungsansatz (Verbot, Anreizreduzierung, Folgenkompensation, Überwachung) man verfolgen will, um eine regulierungszielwidrige

⁴⁶⁶ Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Rahmenregelung der Bundesrepublik Deutschland zur Unterstützung des flächendeckenden Aufbaus von Gigabitnetzen in „grauen Flecken“ v. 13.11.2020.

⁴⁶⁷ Kommission, Mitteilung „Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten“, ABl. EU 2014 C 249, 1.

⁴⁶⁸ Siehe oben, unter 2.3.4.

Überbauaktivität einzudämmen, stellt sich die Frage, auf welcher Rechtsgrundlage diesbezügliche Maßnahmen ergriffen werden könnten. Hier lassen sich im Wesentlichen drei mögliche Handlungsfelder identifizieren.

Im Bereich der **Marktregulierung** verfügt die Bundesnetzagentur mit dem Regulierungsermessen über sehr weitreichende Handlungsspielräume. Hier sind vielfältige Vorgaben denkbar, mit denen einer regulierungszielwidrigen Überbauaktivität entgegengewirkt werden könnte. Zu berücksichtigen ist dabei allerdings, dass der aktuelle Regulierungsrahmen für den lokal bereitgestellten Vorleistungszugang erst seit etwas über einem Jahr in Kraft ist. Nachträgliche Eingriffe in dieses bereits sehr komplexe und in seiner Angemessenheit fein austarierte Regulierungsgefüge dürften mit einem sehr hohen Interesse aller Marktbeteiligten an einer diesbezüglichen Rechts- und Planungssicherheit kollidieren. Marktregulatorische Maßnahmen dürften daher wohl eher nur als Reserveregulierung in Betracht zu ziehen sein. Diese kann insbesondere mittelfristig bei der turnusgemäßen Überprüfung und Weiterentwicklung des Regulierungsrahmens Bedeutung erlangen. Sollten sich die überbaubedingten Risiken für die Regulierungsziele bei weiterer Prüfung als zunehmend ernst und dringlich erweisen, wäre aber auch ein kurzfristiger Rückgriff auf Mittel der Marktregulierung rechtlich nicht per se ausgeschlossen.

Weitere Handlungsoptionen bestehen in Bezug auf die Vorschriften über **Wegerechte**. Das betrifft zwar nicht die einzelfallbezogenen Zustimmungsentscheidungen seitens der (in der Regel kommunalen) Wegebaulastträger. In deren Rahmen ist nach geltendem Recht schon von vornherein kein Raum für überbauspezifische Steuerungsvorgaben, die angesichts der Notwendigkeit einheitlicher Entscheidungsmaßstäbe dort letzten Endes auch funktional falsch verortet wären. Etwas anderes gilt jedoch für die vorgelagerte zentrale Ebene, auf der die Bundesnetzagentur den einzelnen Netzbetreibern die wegerechtliche Nutzungsberechtigung überträgt. Dieses Wegerecht könnte zur Eindämmung regulierungszielwidriger Überbauaktivität zumindest teilweise (räumlich oder sachlich beschränkt) widerrufen oder nachträglich mit Nebenbestimmungen wie beispielsweise anreizreduzierenden oder nachteilkompensierenden Auflagen versehen werden. Normativer Ansatzpunkt hierfür ist der Umstand, dass die Nutzungsberechtigung nur übertragen werden darf, wenn sie mit den Regulierungszielen nach § 2 TKG vereinbar ist (§ 125 Abs. 3 S. 1 TKG). Diese Voraussetzung ist bei regulierungszielwidriger Überbauaktivität nicht gegeben. Die Bundesnetzagentur wäre daher berechtigt und grundsätzlich auch verpflichtet, einer solchen Aktivität den hierfür benötigten Zugriff auf die öffentlichen Verkehrswege zu verweigern. Ein solches Vorgehen träfe allerdings auf zahlreiche einfachgesetzliche, verfassungs- und unionsrechtliche Bedenken, die im wissenschaftlichen Schrifttum zu verschiedenen Aspekten einer Verweigerung der wegerechtlichen Nutzungsberechtigung vorgebracht werden. Damit verblieben erhebliche rechtliche Risiken, so dass eine wegerechtliche Eindämmung regulierungszielwidriger Überbauaktivität im Widerspruch zu der für Investitionsentscheidungen entscheidenden Rechts- und Planungssicherheit stehen dürfte.

Als weniger konfliktträchtiger und schneller umsetzbar könnte es sich schließlich erweisen, auf die Gefahr einer regulierungszielwidrigen Überbauaktivität jedenfalls zunächst mit einem bloßen **Monitoring** zu reagieren. Hierdurch ließen sich zum einen empirische Anhaltspunkte dafür gewinnen, ob es zur Sicherstellung der Regulierungsziele weitergehender regulatorischer Maßnahmen bedarf. Und zum anderen könnte – rein faktisch – bereits die Etablierung einer systematischen Überwachung des überbaurelevanten Verhaltens dazu beitragen, dass die handelnden Unternehmen die Folgen ihrer Überbauaktivität auf die Regulierungsziele besser antizipieren, um entsprechende Reaktionen der Bundesnetzagentur zu vermeiden. Dabei dürfte der Rückgriff auf das gesetzlich optional vorgesehene Instrument einer Vorausschau über den künftigen Festnetzausbau (§ 81 Abs. 4 TKG) allerdings mit einigen rechtlichen Unsicherheiten verbunden sein und vor allem auch in personaler Hinsicht zu weit greifen. Vorzugswürdig erscheint es daher, die Überwachung der Überbauaktivität auf Grundlage allgemeiner Auskunftspflichten nach § 203 Abs. 1 TKG zu implementieren. Insoweit erscheint es denkbar, Unternehmen, von denen eine regulierungszielwidrige oder sogar missbräuchliche Überbauaktivität ausgehen könnte, zum einen zur regelmäßig zu aktualisierenden Auskunft über ihre kurz- und mittelfristige Ausbauplanung und zum anderen zur unverzüglichen Mitteilung über tatsächliche Abweichungen von dieser Planung und die hierfür maßgeblichen Gründe zu verpflichten. Auf dieser Grundlage würde es der Bundesnetzagentur ermöglicht, einen etwaigen Missbrauch beträchtlicher Marktmacht oder die Notwendigkeit weitergehender regulatorischer Maßnahmen (insbesondere auf dem Bereich der Marktregulierung oder evtl. auch der Wegerechte) festzustellen.

Annex

A. Moderates und konservatives Szenario beim NGA-Modell

Neben dem in Kapitel 1.1.3 dargestellten, optimistischen Ausbauszenario wurde zusätzlich ein moderateres und ein konservatives Szenario berechnet. Die Szenarien unterscheiden sich zum einem beim adressierbaren Markt, zum anderen unterscheiden sie sich bei den Kosten von Einsparungen durch Mitverlegung und Mitnutzung.

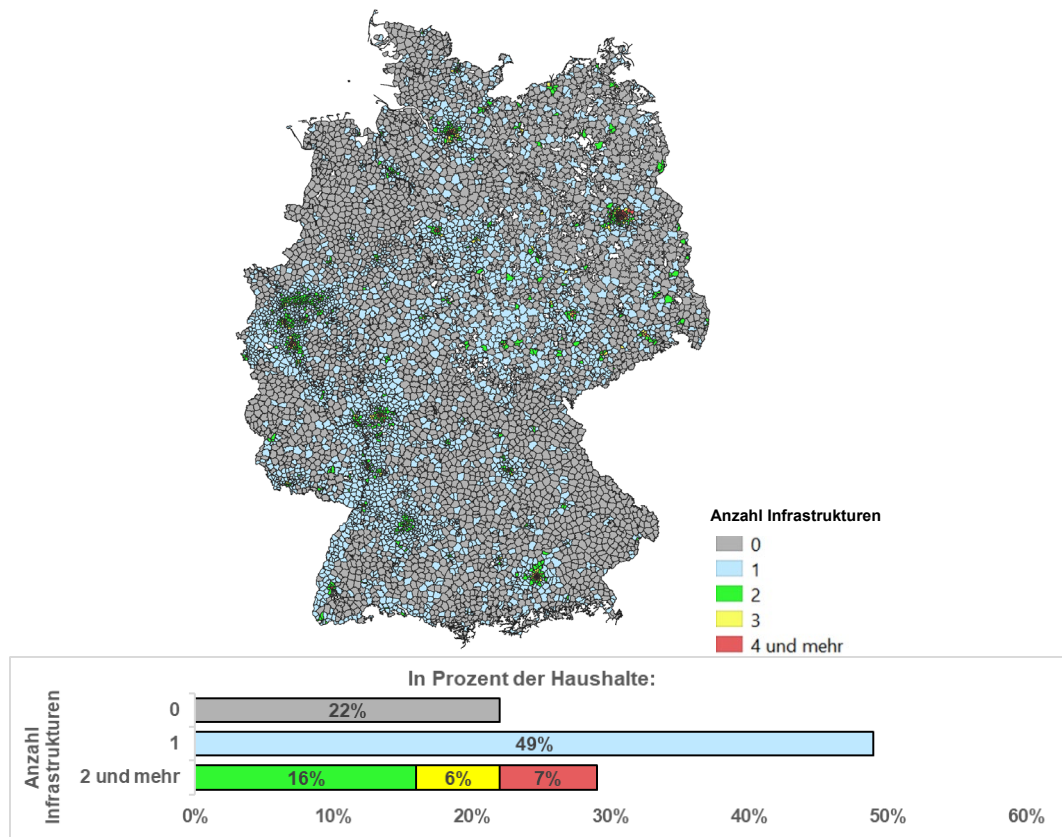
Zudem variieren wir in den zwei zusätzlich betrachteten Szenarien die Kosten von Einsparungen durch Mitverlegung und Mitnutzung in den beiden Anschlussnetzsegmenten des Haupt- und Verzweigerkabels.⁴⁶⁹

Das moderate Szenario bleibt wie das optimistische Szenario in Kapitel 1.1.3 bei einem adressierbaren Markt über alle Anschlussbereiche von 90 Prozent, beschränkt jedoch das Kosteneinsparungspotential von 30 Prozent auf das Hauptkabelsegment (vgl. Abbildung A-1). Dieses Szenario unterscheidet sich vom ersten also nur darin, dass eine Ersparnis durch Mitverlegung nur im Hauptkabelsegment vorkommt. Es gleicht daher in dieser Parametrierung dem der Potenzialanalyse, in der für dieses Netzsegment ebenfalls Einsparungen durch einen vorhergehenden FTTC-Ausbau angenommen werden.

Um das gesamte Spektrum der Modellierung aufzuzeigen, wird ergänzend auch ein konservatives Szenario dargestellt, in dem der adressierbare Markt über alle Anschlussbereiche nur bei 70 Prozent angenommen wird, da die restlichen Kunden durch andere Anbieter dauerhaft gebunden sind. Darüber hinaus wird davon ausgegangen, dass kein Einsparpotential durch Mitnutzung vorhanden ist (vgl. Abbildung A-2). Im Sinne von replizierbaren Netzen ist dies das schlechteste dargestellte Szenario. Es unterstellt eine Situation, wie sie in Bezug auf den adressierbaren Markt in dicht besiedelten Gebieten mit Kabelinfrastruktur zutreffend sein könnte (adressierbarer Markt sehr viel geringer für Glasfasernetze) und für die darüber hinaus keine Mitnutzung bestehender Infrastrukturen erfolgt, weil derartige Kooperationen in diesen Gebieten schnell komplex werden können.

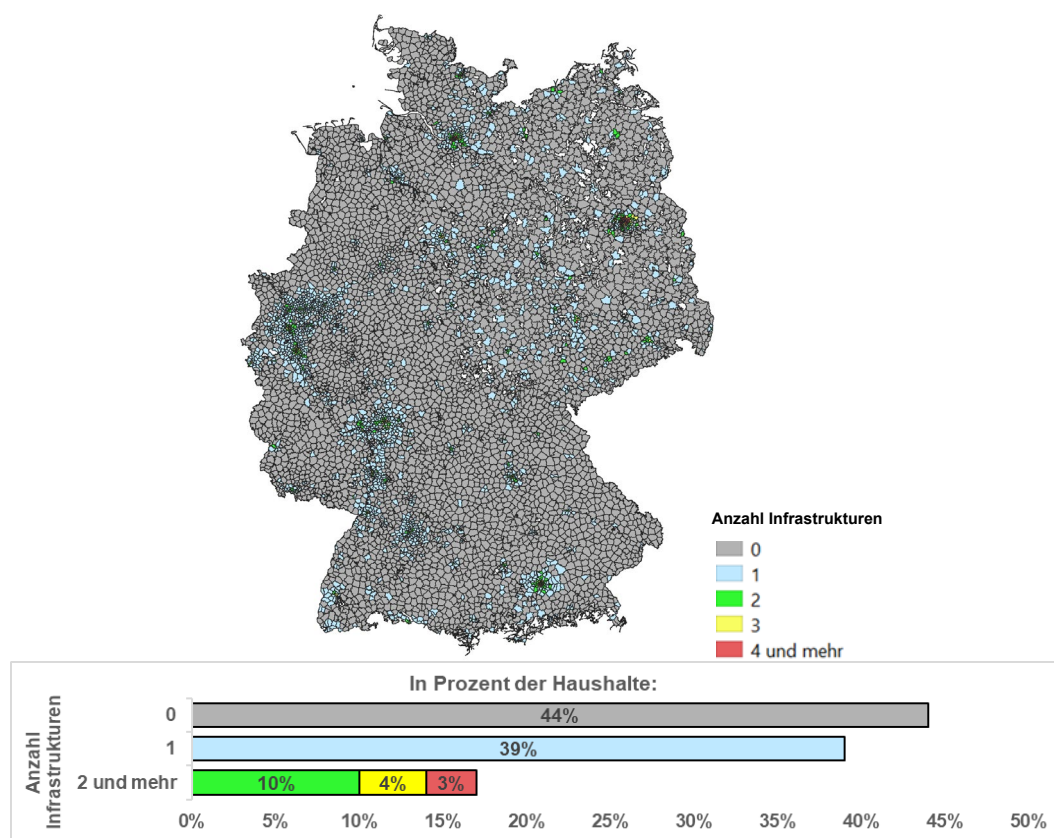
⁴⁶⁹ Das Hauptkabel ist der Teil zwischen Ortszentrale (PoP) und Faserverzweiger (FVz), das Verzweigerkabel das terminierende Segment vom FVz zum Endkunden. Die Einsparungen sind entweder mit 0 Prozent oder mit 30 Prozent angenommen. Die 30 Prozent beruhen auf Erfahrungswerten in der Modellierung und im Ausbau auf der Basis von Mitnutzung (vgl. Jay, S., Plückebaum, T.: Kostensenkungspotenziale für Glasfaseranschlussnetze durch Mitverlegung mit Stromnetzen, WIK Diskussionsbeitrag Nr. 390, Bad Honnef, September 2014, verfügbar unter: https://www.wik.org/uploads/media/WIK_Diskussionsbeitrag_Nr_390.pdf).

Abbildung A-1: Moderates Szenario: Adressierbarer Markt 90 %, Kostensenkung bei Hauptkabelsegment 30 %, beim Verzweigersegment 0 %



Quelle: WIK.

Abbildung A-2: Konservatives Szenario: Adressierbarer Markt 70 %, Kostensenkung bei Hauptkabelsegment 0 %, beim Verzweigersegment 0 %



Quelle: WIK.

B. Infrastrukturwettbewerb und Überbau im europäischen Ausland

Das Thema Infrastrukturwettbewerb und Überbau war und ist auch im Ausland ein Thema.

Infrastrukturwettbewerb ist besonders in den Ländern ausgeprägt, in denen das marktbeherrschende Unternehmen über ein ausgedehntes Leerrohrnetz bis zu den Häusern verfügt und zu diesen kostenorientiert Zugang gewähren muss. Dies ist beispielsweise in Portugal⁴⁷⁰, Spanien⁴⁷¹, Frankreich und dem UK der Fall.

Bevor sie ihre Regulierungsmaßnahmen festgelegt haben, haben viele Regulierungsbehörden sich einen Überblick über die Tragfähigkeit des Infrastrukturwettbewerbs verschafft, um sicherzustellen, dass ein wettbewerbliches Umfeld auch in den Regionen sichergestellt ist, in denen Infrastrukturwettbewerb nicht zu erwarten war.

Exemplarisch werden im folgenden Frankreich und UK betrachtet.

In beiden Ländern sind im Gegensatz zu Deutschland Leerrohre sehr weitgehend auch auf dem letzten Segment zwischen KVz und Endkunden vorhanden und es wurden in beiden Ländern ein getrennter Markt für den Zugang zu physischer Infrastruktur abgegrenzt, auf dem der Incumbent als SMP Unternehmen designiert wurde und kostenbasierten Zugang gewähren muss.

In beiden Ländern gab es vorab Überlegungen, wo wieviel Infrastrukturwettbewerb zu erwarten ist und das Land wurde diesbezüglich in unterschiedliche Territorien unterteilt, an denen das Regulierungsregime ausgerichtet wurde und die Maßnahmen differenziert wurden.

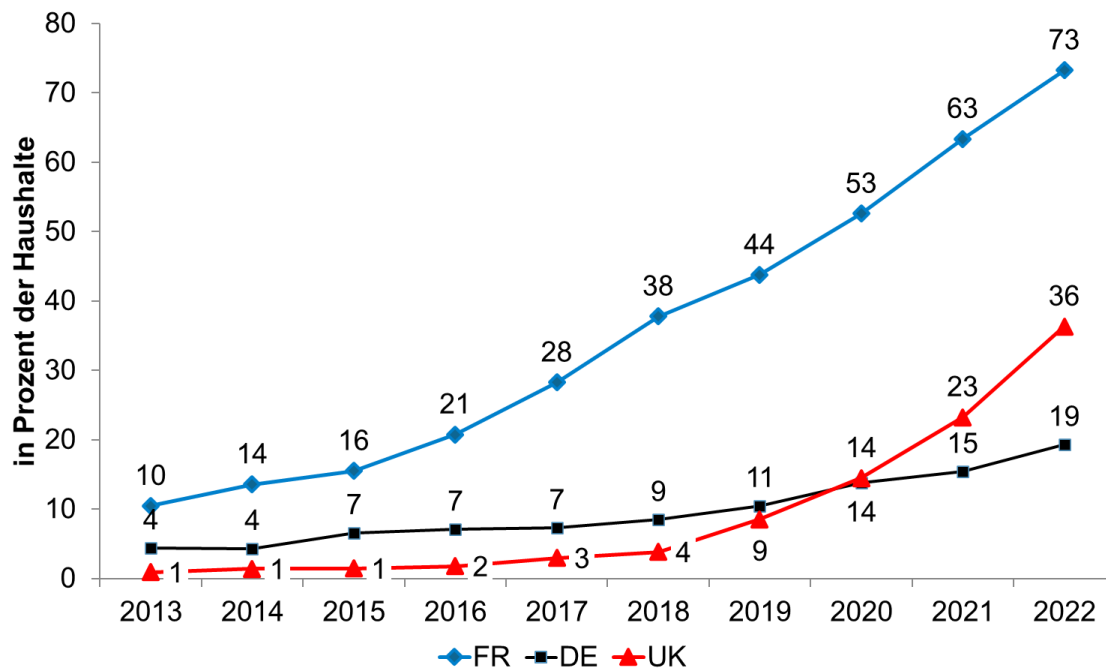
470 Zu weiteren Details siehe beispielsweise die Country Case studies des Draft BEREC Report on challenges NGA rollout (europa.eu) (BoR (16) 171): „The rapid deployment of FTTH by both the incumbent and alternative operator(s) can be explained by the low cost per house passed, mainly due to the possibility of (re)using the excellent duct and pole system, ensuring that few civil works are needed to deploy fibre. The incumbent estimates that less than 5 percent of its FTTH capex is on new civil infrastructure. Beyond access to ducts, the low cost of labour in Portugal is another important factor reducing fibre deployment costs and driving rapid rollout.

471 Zu weiteren Details siehe beispielsweise die Country Case studies des Draft BEREC Report on challenges NGA rollout (europa.eu) BoR (16) 171: „In the Spanish case various supply side factors exist that, if accompanied by the necessary operators investment, will foster the development and implementation of new generation networks. Firstly, there is an extensive duct network that is available in most Spanish municipalities, whose high capillarity enables reaching the vast majority of building units. Duct quality is high given their size, condition and capillarity, being the high availability of chambers (manholes, handholes) a very relevant aspect that permits operators to easily inspect ducts and install fibre cables through them (as opposed to other practices based on direct buried cable installation). This facility strongly supports not only the rapid fibre deployment of the owner of the civil infrastructure but also the alternative operators that are granted with access to it on a cost oriented prices thanks to the access regulation that CMT imposed in 2009. The presence of densely populated urban areas also favours of NGA rollout in Spain, where multi-dwelling deployment is a regular circumstance. Such structural factor benefits NGA deployment by significantly reducing deployment costs when compared to those that operators encounter when deploying their networks in less dense population areas.

Ein weiteres Merkmal ist in beiden Ländern eine Verzahnung der Regulierungsmaßnahmen mit den Fördermaßnahmen zum Glasfaserausbau.

Die Abdeckung mit Glasfaserinfrastrukturen in Frankreich, UK und Deutschland im Vergleich findet sich in Abbildung B-1.

Abbildung B-1: FTTH-Abdeckung in UK, Frankreich und Deutschland



Quellen: WIK basierend auf European Commission, Digital Scoreboard, https://digital-agenda-data.eu/datasets/digital_agenda_scoreboard_key_indicators/indicators (abgerufen 10. Juli 2023).

Frankreich hat bereits vor 10 Jahren ein mit dem Markt abgestimmtes „Marktdesign“ festgelegt, um den Glasfaserausbau anzugehen und ein wettbewerbles „Level Playing Field“ zu erreichen. UK galt bis vor kurzem zusammen mit Deutschland bezüglich des Glasfaserausbaus zu den Nachzüglern, hat jedoch in den letzten Jahren stark aufgeholt.

Infrastrukturwettbewerb wird in UK grundsätzlich sehr positiv gesehen, jedoch ist Ofcom auch um gleiche Wettbewerbsbedingungen bemüht. Gerade jüngst gab es auch dort öffentliche Diskussionen zum Thema Überbau.

Überbau in Frankreich

In Frankreich wurde bereits vor über 10 Jahren der Plan „le plan France Très Haut Débit“ verabschiedet. Die symmetrische Regulierung⁴⁷² des Glasfaserausbau baut auf einer Aufteilung des Landes in Ausbauggebiete auf, für die ein unterschiedlicher Grad an Infrastrukturwettbewerb erwartet wurde. Der Kofinanzierungsansatz für den Glasfaserausbau im Anschlussnetz, teilt Frankreich in Ausbauregionen auf, abhängig davon, ob ein eigenwirtschaftlicher Ausbau und ob eine Duplizierung der Netze erwartet wird und entsprechend wurden bestimmte Regionen als Fördergebiete ausgewiesen.

In dicht besiedelten Regionen (ca. 18 Prozent der Anschlüsse), in denen ein eigenwirtschaftlicher Ausbau paralleler Glasfasernetze im Anschlussnetz (aber ohne Duplizierung der vertikalen Inhouse Infrastruktur) zu erwarten ist, gelten Kofinanzierungsauflagen für die Inhouse Infrastruktur mit einem Zugangspunkt in oder am Gebäude. In weniger dicht besiedelten Regionen (ca. 82 Prozent der Anschlüsse) wurde ein Kofinanzierungsregime auferlegt, in dem alternativen Netzbetreiber Zugang zu Vorleistungen an einem Übergabepunkt gewährt wird, der mindestens 1.000 Anschlüsse umfasst.⁴⁷³

Die geographische Marktabgrenzung ist an die Differenzierung der Gebiete im Glasfaserausbau und angelehnt

- Très denses (Ballungsgebiete)
- AMII (französisch *Appel à Manifestation d'Intention d'Investissement*, d. h. Gebiete, in denen der Staat Unternehmen aufgefordert hat, Absichtserklärungen für Investitionen in Glasfasernetze zu veröffentlichen) – in der Regel weniger dicht besiedelt aber mit eigenwirtschaftlichem Ausbau)
- Initiative publique (inkl. AMEL (französisch *Appel à Manifestation d'Engagements Locaux*), d. h. eigenwirtschaftlicher Ausbau in Zonen, die als Initiative Publique ausgewiesen sind)

⁴⁷² Die gesetzliche Grundlage für die symmetrische Regulierung geht auf 2010/2011 zurück. Die Koordination von Investitionen und die Einteilung der Ausbauregionen geht auf den damals beobachteten eigenwirtschaftlichen Ausbau der Netzbetreiber zurück. Zudem wurden die Netzbetreiber im Rahmen des „Appel à manifestations d'intention d'investissements (AMII)“ dazu aufgerufen, ihre Ausbauabsichten zu bekunden.

⁴⁷³ Die weniger dicht besiedelten Gebiete umfassen Regionen, in denen eine Bereitschaft zum eigenwirtschaftlichen Ausbau bekundet wurde, aber in denen die Duplizierung der Inhouse Infrastruktur und (plus eines Teils) des Anschlussnetzes nicht zu erwarten ist (ca. 36 Prozent der Anschlüsse) oder in denen keine solche Bereitschaft gezeigt wurde und daher eine öffentliche Förderung des Glasfaserausbau stattfindet (Reseau d'initiative Publique) (ca. 46 Prozent der Anschlüsse).

In einem zweiten Schritt Bildung von Cluster in Abhängigkeit der Wettbewerbsverhältnisse

- Anteil der Gebiete (locaux), die durch mindestens 3 FTTH-Netzbetreiber versorgt werden (auf der Grundlage des Zugangs zum PM)
- Marktanteile (Privatkunden) auf der Grundlage von Infrastruktur von Orange (unabhängig von Technologie)
- Marktanteile (Geschäftskunden) auf der Grundlage von Infrastruktur von Orange.

Wegen der starken Abhängigkeit von Vorleistungen von Orange wurden keine regionalen Märkte abgegrenzt, sondern ein nationaler Wholesale Local Access Markt festgelegt.

Über 50 Prozent der Breitbandkunden hatten in Q3/2022 bereits einen FTTH-Anschluss und auch die Take-up-Rate lag über 50 Prozent.

Insgesamt hat das ‚market design‘ von Arcep mit dem symmetrischen Kofinanzierungsregime auch in solchen Regionen zur mehr als einem Anbieter geführt, in denen ein paralleler Netzausbau nicht erwartet werden konnte:

Tabelle B-1: Anzahl Netzbetreiber am PM differenziert nach den unterschiedlichen Besiedelungsdichten

	Anzahl Netzbetreiber am PM (Q4 2022)		
	2	3	4
	Durch Netzbetreiber erreichbare Anschlüsse in % der erschließbaren Anschlüsse		
Total	97 %	91 %	75 %
Ballungsgebiete	98 %	94 %	64 %
Weniger dicht besiedelte Gebiete mit eigenwirtschaftlichem Ausbau	100 %	98 %	89 %
Geförderter Ausbau	83 %	52 %	25 %

Quelle: WIK basierend auf Open Data – ARCEP, Observatoire des déploiements des réseaux et services fixes, <https://www.data.gouv.fr/fr/datasets/le-marche-du-haut-et-tres-haut-debit-fixe-deploiements/>.

Mit Blick auf den parallelen Ausbau von Netzen weist der Regulierer ARCEP⁴⁷⁴ bereits 2017 zum einen darauf hin, dass eine regionale Aufteilung von Ausbaugebieten zwischen den Netzbetreibern im Rahmen des Kofinanzierungsmodells dazu beitragen kann, dass der Glasfaserausbau beschleunigt wird. Zum anderen wurden 2018 Maßnahmen ergriffen, um eine aus Sicht des Regulierers ineffiziente Duplizierung der Netze zu vermeiden. ARCEP begrüßt zwar die Ausbauabsichten der Netzbetreiber, sieht aber bei einem parallelen Netzausbau auch die Gefahr, dass durch Cherry-Picking und/oder einem strategischen Ausbau, der andere vom Ausbau abschrecken soll, nicht genügend Ressourcen verbleiben, um eine vollständige Abdeckung sicherzustellen. Gefördert werden sollten rechtlich bindende Zusagen durch Netzbetreiber, Gebiete vollständig auszubauen. Die Wettbewerbsbehörde hat diese Gebietsaufteilungen mit Bedingungen versehen und akzeptiert. In diesem Sinne wurde im Rahmen des Kofinanzierungsregimes eine Koordination des FTTH-Ausbaus durch Kommunen angestoßen, um Versorgungslücken zu vermeiden.

Überbau in UK

In UK hat der britische Regulierer Ofcom in der Marktanalyse von 2021 im Rahmen der geographischen Marktanalyse einen Zugang zur physischen Infrastruktur (Masten und Leerrohre) auferlegt.⁴⁷⁵ In Breitbandvorleistungsmärkten wurde eine regionale Differenzierung der Regulierung verabschiedet. Ofcom differenziert zwischen Gebieten, in den differenzierte Remedies auferlegt wurden

- Area 1 Gebiete (bislang leere Menge), in denen Wettbewerb durch parallele Netze erwartet wird. Dort bleibt Openreach, die separierte Festnetzgesellschaft des Incumbent BT, unreguliert.
- Area 2 Gebiete (70 Prozent des UK), in denen Ofcom Potential für nachhaltigen Wettbewerb sieht. Dort muss Openreach Vorleistungszugang anbieten.

474 Vgl. zum Thema Koordination und Konsistenz des Glasfaserausbaus ARCEP (2017): Avis n° 2017-1293 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 23 octobre 2017 rendu à la demande du Sénat et portant sur la couverture numérique des territoires, verfügbar unter: https://www.arcep.fr/uploads/tx_gsavis/17-1293.pdf, zuletzt abgerufen am 27.09.2023, sowie ARCEP (2018): Recommendation Cohérence des déploiements des réseaux en fibre optique jusqu'à l'abonné 24 juillet 2018, verfügbar unter: https://en.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/recommandation-coherence-deploiements-ftth-juil2018.pdf und <https://en.arcep.fr/news/press-releases/view/n/arcep-adopts-a-recommendation-on-the-consistency-of-ftth-network-rollouts.html>, jeweils zuletzt abgerufen am 27.09.2023.

475 Vgl. Ofcom (2021): Promoting competition and investment in fibre networks: Wholesale Fixed Telecoms Market Review 2021-26 Volume 1: Overview, summary and structure sowie Volume 2: Market analysis, verfügbar unter: <https://www.ofcom.org.uk/consultations-and-statements/category-1/2021-26-wholesale-fixed-telecoms-market-review>, zuletzt abgerufen am 27.09.2023. In UK sind Gebäude zu einem sehr hohen Prozentsatz durch Leerrohre erschlossen.

- Area 3 Gebiete (30 Prozent des UK), in denen Ofcom erwartet, dass nur ein Netzbetreiber tragfähig ist und Openreach ausbauen wird. Dort unterliegt Openreach kostenorientierter Kontrolle.

Im Juli 2021 und im Dezember 2022 hat Openreach jeweils das Equinox 1 und 2 Angebot notifiziert. Das Equinox Angebot räumt Preisnachlässe für Vorleistungsnachfrager ein, die einen festgelegten Anteil an FTTP-Anschlüssen bei Neuaufträgen erreichen (in allen Gebieten, wo Openreach FTTP anbietet).⁴⁷⁶ In Zusammenhang mit dem Equinox Tarif kam die Diskussion auf, ob der Equinox-Tarif von Openreach Investitionsanreize der alternativen Netzbetreiber verringert, da ISPs dann weniger Anreiz haben Vorleistungen von alternativen Netzbetreibern zu kaufen. Ofcom weist im Statement zum Equinox 2 Tarif darauf hin, dass in möglichst großem Umfang Infrastrukturwettbewerb erreicht werden sollte, während es auch Gebiete gibt, in denen kein paralleler Netzausbau zu erwarten ist. Um die Anreize für den Einkauf von Vorleistungen bei alternativen Netzbetreibern nicht zu verringern, wurde ein „Failsafe Mechanismus“ vorgesehen, der Gebiete mit parallelen Netzinfrastrukturen durch Openreach und alternative Netzbetreiber von der Berechnung ausnimmt, wenn die Voraussetzungen für die Nutzung des Equinox-Tarifes erfüllt sind.

Auch in UK kam Ende 2022 eine öffentliche Diskussion des Themas Überbau auf. Ofcom hat im November 2022⁴⁷⁷ in einem offenen Brief klargestellt,

- dass netzbasierter Wettbewerb, einschließlich wettbewerblichen Überbaus in vielen Teilen des UK erklärtes Ziel von Ofcom sei.
- dass Ofcom das Risiko eines strategischen Ausbaus von Openreach in Regionen sieht, in denen konkurrierende Netzbetreiber ausgebaut haben oder planen, dies zu tun, um deren Ausbau in größeren Regionen zu behindern.
- dass Ofcom die Ausbaupläne von Openreach einem Monitoring unterzieht und daher in der Lage sei, kurzfristige Änderungen der Ausbaupläne zu identifizieren und eventuelle missbräuchliches Verhalten zu erkennen.

Anfang des Jahres hatte ein Interview des CEOs der BT Group Jansen, in dem dieser äußerte, *“Network expansion will ‘end in tears’ for some of its competitors”* für Unruhe gesorgt. Daraufhin fand ein Austausch von Briefen statt, in denen Ofcom seinen

⁴⁷⁶ Vgl. Ofcom (2021): Statement on Openreach Proposed FTTP Offer starting 1 October 2021, https://www.ofcom.org.uk/_data/assets/pdf_file/0021/226092/statement-openreach-proposed-ftp-offer.pdf sowie Ofcom (2023): Openreach proposed FTTP offer starting 1 April 2023 (Equinox 2), Statement: Publication date: 24 May 2023, verfügbar unter: https://www.ofcom.org.uk/_data/assets/pdf_file/0023/261932/statement-equinox-2-offer.pdf, jeweils zuletzt abgerufen am 27.09.2023.

⁴⁷⁷ Vgl. Ofcom (11/2022): Open letter to industry about concerns raised with Ofcom associated with Openreach’s fibre build, 29 November 2022 verfügbar unter: https://www.ofcom.org.uk/_data/assets/pdf_file/0022/248152/Open-letter-re-openreach-build.pdf, zuletzt abgerufen am 27.09.2023.

'*Concern*' über das Interview zum Ausdruck bringt, aber auch sein Commitment zur Strategie des Netzwettbewerbs einerseits und der Absicherung eines „Level Playing Fields“ für alle Investoren in Glasfasernetze andererseits bekräftigt.⁴⁷⁸

⁴⁷⁸ Vgl. Ofcom, Korrespondenz (2022/2023), verfügbar unter: https://www.ofcom.org.uk/data/assets/pdf_file/0027/255528/letter-philip-jansen-to-melanie-dawes-060223.pdf und https://www.ofcom.org.uk/data/assets/pdf_file/0026/255527/letter-melanie-dawes-to-philip-jansen-060223.pdf, jeweils zuletzt abgerufen am 27.09.2023.