

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,  
Telekommunikation, Post und Eisenbahnen  
Frau Judith Schölzel  
Tulpenfeld 4  
53113 Bonn

Köln, 28.01.2025

Sehr geehrte Frau Schölzel,

wir, die Verbände BREKO und VATM, sind der Überzeugung, dass es keinen weiteren Aufschub für die Lösung des Problems des strategischen Überbaus der Wettbewerber durch die Deutsche Telekom geben darf. Die Behörde verfügt über die Mittel und die Kompetenz, um dem wettbewerbsschädlichen Gebaren des marktbeherrschenden Unternehmens Einhalt zu bieten und muss ihre Mittel zum Schutze des Marktes nutzen. Nachfolgend haben wir die Erwägungen dargelegt, warum ein Einschreiten mit den Möglichkeiten des TKG jetzt geboten ist.

## **1. Einleitung**

Die Deutsche Telekom AG (im Folgenden „Telekom“) und das mit ihr verbundene Joint-Venture-Unternehmen GlasfaserPlus verfügen über eine marktbeherrschende Stellung auf den Märkten für den breitbandbasierten Internetzugang und dem Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau.

Diese marktbeherrschende Stellung missbraucht die Telekom, in dem sie ihre Wettbewerber durch sog. „strategischen Überbau“ beim Ausbau ihrer Glasfasernetze massiv behindert. Durch strategische Maßnahmen wie den Teilausbau nur lukrativer Kerngebiete (Rosinenpicken), kurzfristige Reaktionen auf den Ausbau von Wettbewerbern und leere Ankündigungen beeinträchtigt und verhindert die Telekom Ausbauvorhaben von Wettbewerbern, schreckt Wettbewerber vom Netzausbau ab und verunsichert Investoren.

Die von der Telekom beim strategischen Überbau eingesetzten Mittel stehen außerhalb des Rahmens des Leistungswettbewerbs, bewirken eine erheblichen Einschränkung des Wettbewerbs und haben das Potential, ebenso leistungsfähige Wettbewerber von betroffenen Märkten zu verdrängen, zu Lasten der Verbraucherinnen und Verbraucher. Das Verhalten der Telekom verstößt gegen § 19 GWB (Verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen) und Art. 102 AEUV (Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung).

Da die Telekom auf dem Vorleistungsmarkt für den lokalen Netzzugang über beträchtliche Marktmacht verfügt, verletzt sie außerdem § 50 Abs. 1 TKG (Missbräuchliches Verhalten eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht). Liegt ein Anfangsverdacht für einen Verstoß gegen § 50 Abs. 1 TKG vor, ist die Bundesnetzagentur verpflichtet, unverzüglich ein Verfahren zur Überprüfung einzuleiten (§ 50 Abs. 3 TKG).

Die Bundesnetzagentur hat am 11. April 2024 einen Zwischenbericht zu den Ermittlungen der von ihr gemeinsam mit dem Bundesministerium für Digitales und Verkehr (BMDV) eingerichteten Monitoringstelle zur Erfassung von doppelten Glasfaserausbauvorhaben veröffentlicht. Bis zum 1. März 2024 wurden der Bundesnetzagentur 427 Fälle von Doppelausbau, also Ausbau durch mehrere Unternehmen in einem Gebiet gemeldet. Im Zwischenbericht werden diese Fälle analysiert und dabei insbesondere festgestellt, dass in den Fällen, in denen die Telekom als späteres Unternehmen hinzukommt (d.h. sie in einem Gebiet Ausbaumaßnahmen tätigt, in dem bereits ein Wettbewerbsunternehmen ausbaut, sog. "Telekom-Fälle"), (i) sie sich in 53 % der Fälle auf den Ausbau lukrativer Kerngebiete beschränkt und (ii) es sich in 51 % der Fälle um eine kurzfristige Reaktion der Telekom auf Ausbauvorhaben Dritter handelt.<sup>1</sup> Diese beiden Phänomene traten dabei regelmäßig in Kombination auf: In fast der Hälfte der eingeordneten Fälle, in denen die Telekom kurzfristig auf den Ausbau eines Wettbewerbers reagierte, baute sie nur lukrative Kerngebiete aus.

Das Verhalten ist asymmetrisch: In der umgekehrten Situation, nämlich in den Fällen, in denen die Telekom in einem Gebiet bereits ausbaut und ein Wettbewerber später hinzukommt und beginnt, ebenfalls auszubauen, lag nur in 6 % der eingeordneten Fälle eine Indikation für den Ausbau lukrativer Kerngebiete und in nur 12 % der eingeordneten Fälle eine Indikation für eine kurzfristige Reaktion vor. Bereits diese Asymmetrie zu den Telekom-Fällen zeigt, dass die Verhaltensweisen der Telekom kein normales Wettbewerbsverhalten darstellen.

---

<sup>1</sup> Zu den der Monitoringstelle gemeldeten leeren Ankündigungen, also Ausbauankündigungen der Telekom ohne faktische Ausbaubauabsicht, konnte der Zwischenbericht keine belastbare Aussage treffen, da es aufgrund der zeitlichen Perspektive noch nicht möglich war, Schlüsse im Hinblick auf nicht eingehaltene Ankündigungen zu ziehen, vgl. Zwischenbericht der BNetzA v. 11. April 2024, Rn. 83.

Der Zwischenbericht hält weiter fest, dass die Verhaltensweise der Telekom dazu eingesetzt werden könnte, *"durch strategisches Verhalten beim Netzausbau Konkurrenten abzuschrecken, Investoren zu verunsichern und letztlich womöglich leistungsfähige Unternehmen aus dem Markt zu drängen"*<sup>2</sup> und damit potentielle Verdrängungswirkung zu entfalten – wie der Zwischenbericht ebenfalls feststellt, hat das Verhalten der Telekom in vielen Fällen tatsächlich schon zum Rückzug von Wettbewerbern geführt.

Trotz dieser klaren Sachlage hat die Bundesnetzagentur im Zwischenbericht angekündigt, zunächst weitere Informationen einzuholen und analysieren zu wollen. Nachdem die Befragung der betroffenen Unternehmen im Mai erfolgt ist, ist davon auszugehen, dass der Bundesnetzagentur nun alle zu diesem Zeitpunkt von ihr als notwendig erachteten Informationen vorliegen. § 50 TKG verpflichtet die Bundesnetzagentur zur Einleitung eines Verfahrens bei einem Anfangsverdacht für einen Missbrauch, also beim Vorliegen von tatsächlichen Anhaltspunkten, die die Annahme eines Missbrauchs rechtfertigen. Diese Anhaltspunkte liegen mit der festgestellten Abweichung der Ausbaupraktiken vom normalen Wettbewerbsverhalten und dem festgestellten Verdrängungspotential ohne weiteres vor. Motive und Strategien, also subjektive Behinderungsabsichten, sind nach der Rechtsprechung für einen Missbrauch nicht festzustellen, die Einstufung eines Verhaltens als missbräuchlich hängt von der objektiven Verdrängungswirkungen ab, die die Praxis haben kann.

Weitere möglicherweise erforderliche Informationen zur Überprüfung der Annahme eines Missbrauchs sind im Verfahren zu erheben.

§ 50 Abs. 3 S. 1 TKG verpflichtet die Bundesnetzagentur zur *unverzöglichen* Verfahrenseinleitung, wenn ein Missbrauchsverdacht vorliegt; die Bundesnetzagentur darf daher nicht erst abwarten, wie sich ein Sachverhalt entwickelt. Dies trägt den erheblichen Schäden Rechnung, die Verdrängungspraktiken von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf den von ihnen beherrschten Märkten, auf denen der Wettbewerb nur eingeschränkt funktioniert, anrichten können. Im vorliegenden Fall kommt der Bundesnetzagentur eine zusätzliche besondere Verantwortung als sachnächster nationaler Behörde zu, deren Überwachungstätigkeit zugleich dem Schutzzweck von § 19 GWB und Art. 102 AEUV dient.

Der strategische Überbau der Telekom hat dramatische Auswirkungen auf die Glasfaserinvestitionen in Deutschland. Eine umgehende förmliche Untersuchung der Sachverhalte in einem Verfahren nach § 50 Abs. 3 TKG und eine Adressierung des Missbrauchs durch geeignete Abhilfemaßnahmen sind dringend geboten.

---

<sup>2</sup> Zwischenbericht der BNetzA v. 11. April 2024, Rn. 124.

Sollte die Bundesnetzagentur weiterhin entgegen § 50 Abs. 3 TKG von der Einleitung eines förmlichen Ermittlungsverfahrens absehen und untätig bleiben, sehen sich die von den missbräuchlichen Maßnahmen betroffenen Unternehmen gezwungen, gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen und/oder ein Beschwerdeverfahren bei der Europäischen Kommission einzuleiten.

## **2. Missbrauchsbeschwerde**

### **a. Marktbeherrschende Stellung der Telekom**

Die Telekom verfügt über eine marktbeherrschende Stellung (§ 18 GWB, Art. 102 AEUV) auf den Märkten für den breitbandbasierten Internetzugang und dem Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau.<sup>3</sup>

Bereits die hohen Marktanteile der Telekom auf Vorleistungs- und Endkundenmarktebene begründen eine widerlegliche Vermutung für die Annahme beträchtlicher Marktmacht; hinzu kommen weitere Faktoren wie Marktzutrittsschranken, den (fehlenden) potentiellen Wettbewerb, die vertikale Integration, die Finanzkraft der Telekom, die fehlende ausgleichende Nachfragemacht, die ausgeprägte Produktdifferenzierung der Telekom im Geschäftskundenbereich sowie ihre Größen- und Verbundvorteile.<sup>4</sup>

Dies führt zu einer *"der Beherrschung gleichkommende[n] Stellung ...[der Telekom], das heißt eine wirtschaftlich starke Stellung, die es ihr gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern und Endnutzern zu verhalten."*<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Bundeskartellamt, Beschluss v. 4.12.2019, B 7 – 21/8 – *Telekom/EWE*, Rn. 48, 69, 70, 74, 75, 85, 87, 89.

<sup>4</sup> Festlegung der BNetzA zum Vorleistungsmarkt für dedizierte Kapazitäten v. 11.7.2024, [https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Beschlusskammern/1\\_GZ/BK1-GZ/2023/BK1-23-0002/BK1-23-0002\\_Festlegung\\_Download\\_BF.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=5](https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Beschlusskammern/1_GZ/BK1-GZ/2023/BK1-23-0002/BK1-23-0002_Festlegung_Download_BF.pdf?__blob=publicationFile&v=5) ., Rn. 617; Festlegung der BNetzA zum Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang v. 27.8.2015, [https://data.bundesnetzagentur.de/Bundesnetzagentur/DE/Beschlusskammern/1\\_GZ/BK3-GZ/2015/BK3-15-0004/Weitere%20Downloads/bk3150004\\_festlegungmarktnr3azuantrag\\_bf.pdf](https://data.bundesnetzagentur.de/Bundesnetzagentur/DE/Beschlusskammern/1_GZ/BK3-GZ/2015/BK3-15-0004/Weitere%20Downloads/bk3150004_festlegungmarktnr3azuantrag_bf.pdf), S. 156.

<sup>5</sup> Festlegung der BNetzA zum Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang v. 27.8.2015, [https://data.bundesnetzagentur.de/Bundesnetzagentur/DE/Beschlusskammern/1\\_GZ/BK3-GZ/2015/BK3-15-0004/Weitere%20Downloads/bk3150004\\_festlegungmarktnr3azuantrag\\_bf.pdf](https://data.bundesnetzagentur.de/Bundesnetzagentur/DE/Beschlusskammern/1_GZ/BK3-GZ/2015/BK3-15-0004/Weitere%20Downloads/bk3150004_festlegungmarktnr3azuantrag_bf.pdf), S. 156; Bundeskartellamt, Beschluss v. 4.12.2019, B 7 – 21/8 – *Telekom/EWE*, Rn. 74, 85, 89.

Nach den Feststellungen der Bundesnetzagentur verfügt die Telekom zudem auf dem (i) Vorleistungsmarkt für den an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang<sup>6</sup> sowie auf dem (ii) Vorleistungsmarkt für dezidierte Kapazitäten<sup>7</sup> auch über beträchtliche Marktmacht im Sinne des § 11 TKG.<sup>8</sup>

Die Telekom ist damit Adressatin der Missbrauchsverbote aus §§ 19, 20 GWB, Art. 102 AEUV und § 50 TKG.

### **b. Missbräuchliche Verhaltensweisen beim Glasfaserausbau**

Die Telekom missbraucht ihre marktbeherrschende Stellung / beträchtliche Marktmacht, indem sie ihre Wettbewerber durch sog. "strategischen Überbau" beim Ausbau ihrer Glasfasernetze massiv behindert.

Der Überbau – d. h. der Aufbau eines zweiten FTTH/B-Netzes neben, vor oder nach einem bereits errichteten oder geplanten anderen FTTH/B-Netz sowie Maßnahmen im Vorfeld oder im Zusammenhang mit dem eigentlichen Ausbau – durch ein marktbeherrschendes Unternehmen ist missbräuchlich, wenn er die Grenzen des Leistungswettbewerbs überschreitet, und Potential zur Verdrängung von Wettbewerbern hat. Dies ist bei den strategischen Überbaumaßnahmen der Telekom der Fall.

### **c. Im Zwischenbericht festgestellte Verhaltensweisen**

Die Bundesnetzagentur und das BMDV haben im Juli 2023 eine Monitoringstelle zur Erfassung von doppelten Glasfaserausbauvorhaben eingerichtet. Die Monitoringstelle soll insbesondere eine Datenbasis für die Beantwortung der Frage schaffen, *"inwieweit im derzeit stattfindenden Ausbauwettbewerb Praktiken zur Anwendung kommen, die möglicherweise wettbewerbswidrig sind, weil sie etwa darauf abzielen, Konkurrenten abzuschrecken und so Investitionen in den Glasfaserausbau beeinträchtigen könnten."*<sup>9</sup> Am 11. April 2024 hat die Bundesnetzagentur einen Zwischenbericht zu den Ermittlungen der Monitoringstelle veröffentlicht.

<sup>6</sup> Umfasst den Zugang zur Netzinfrastruktur auf Basis verschiedener Technologien inkl. Kuper und Glasfaser.

<sup>7</sup> Es handelt sich hierbei um Vorleistungsprodukte für hochqualitative Geschäftskundenprodukte. Die dezidierten Kapazitäten werden über die folgenden Technologien bereitgestellt: (i) SDH/Ethernet, (ii) natives Ethernet, (iii) OTN, (iv) unbeschaltete Glasfaser. Vgl. Festlegung der BNetzA zum Vorleistungsmarkt für dedizierte Kapazitäten v. 11.7.2024, [https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Beschlusskammern/1\\_GZ/BK1-GZ/2023/BK1-23-0002/BK1-23-0002\\_Festlegung\\_Download\\_BF.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=5](https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Beschlusskammern/1_GZ/BK1-GZ/2023/BK1-23-0002/BK1-23-0002_Festlegung_Download_BF.pdf?__blob=publicationFile&v=5), Rn. 11, 13.

<sup>8</sup> Regulierungsverfügung der BNetzA v. 14. Dezember 2016, BK2-16-002, [https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Beschlusskammern/1\\_GZ/BK2-GZ/2016/BK2-16-0002/BK2-16-0002\\_RegVfg.html?nn=883396](https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Beschlusskammern/1_GZ/BK2-GZ/2016/BK2-16-0002/BK2-16-0002_RegVfg.html?nn=883396), S. 180.

<sup>9</sup> Mitteilung zum Stand des Monitorings zur Erfassung von doppelten Glasfaserausbauvorhaben auf der Webseite der BNetzA v. 1. Oktober 2024, <https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Fachthemen/Telekommunikation/Breitband/Doppelausbau/start.html>.

Der Zwischenbericht beschreibt drei Fallgruppen von Verhaltensweisen die "*grundsätzlich das Potenzial aufweisen, bestehende Ausbau- bzw. Investitionspläne von konkurrierenden TK-Unternehmen zu beeinträchtigen*"<sup>10</sup>, also Wettbewerber zu verdrängen: (i) Ausbau nur lukrativer Kerngebiete, (ii) kurzfristige Reaktionen und (iii) "leere" Ankündigungen.

- **Lukrative Kerngebiete** sind dichter besiedelte Gebiete in Städten oder Orts- und Gemeindeteilen, in denen die Ausbaukosten je Anschluss relativ gering sind und ohne deren Ausbau die Refinanzierung der weniger lukrativen Teilgebiete bzw. Randbereiche mitunter schwer bis unmöglich ist.<sup>11</sup> Durch einen Teilausbau, der sich nur auf die lukrativen Kerngebiete eines Gebiets beschränkt, sog. „*Cherry Picking*“ oder Rosinenpicken, wird es für andere Anbieter unmöglich, das Gebiet insgesamt rentabel zu erschließen, da die Erschließung auf einer Mischkalkulation beruhen muss, die kommerziell attraktive und weniger attraktive Teile des Gebiets umfasst.
- **Kurzfristige Reaktionen** sind Ankündigung eines Ausbauvorhabens auf das Bekanntwerden eines zeitlich vorher erfolgten Ausbaus oder Ausbauankündigung eines Wettbewerbers, wodurch Investitionspläne des ersten Unternehmens in einem bestimmten Gebiet negativ beeinflusst werden können.<sup>12</sup>
- **Leere Ankündigungen** sind Ausbauankündigungen, ohne dass der Ausbau tatsächlich zeitnah durchgeführt oder seine Durchführung geplant wird.<sup>13</sup>

Ergänzend zum Zwischenbericht kann festgestellt werden, dass die Telekom den aktiven Zugang zu alternativen Netzen in der Regel verweigert und nur dann nicht überbaut, wenn sie einen Zugang zur unbeschalteten Glasfaser beim ausbauenden Unternehmen erwirken kann. Der drohende Überbau der Telekom sowie ihre Marktmacht befördern dabei die Zustimmung des ausbauenden Unternehmens für einen passiven Zugang.

#### **d. Feststellungen zum Überbau durch Telekom im Zwischenbericht**

Ausweislich des Zwischenberichts wurden der Bundesnetzagentur bis zum 1. März 2024 insgesamt 427 Fälle von Doppelausbau, also Ausbau durch mehrere Unternehmen in einem Gebiet gemeldet. Im Zwischenbericht werden diese Fälle im Hinblick auf Verhaltensweise mit Verdrängungspotential analysiert.

<sup>10</sup> Zwischenbericht der BNetzA v. 11. April 2024, Rn. 52.

<sup>11</sup> Zwischenbericht der BNetzA v. 11. April 2024, Rn. 54, 55.

<sup>12</sup> Zwischenbericht der BNetzA v. 11. April 2024, Rn. 58, 59.

<sup>13</sup> Zwischenbericht der BNetzA v. 11. April 2024, Rn. 60.

Dabei stellt der Zwischenbericht fest, dass in den Fällen, in denen die Telekom in einem Gebiet Ausbaumaßnahmen vornimmt, in dem bereits ein Wettbewerbsunternehmen ausbaut (sog. Telekom-Fälle),

- (i) sie sich in 53 % der Fälle (Indikation in 84 von 158 Fällen), bei denen eine Einordnung möglich ist, auf den Ausbau **lukrativer Kerngebiete** beschränkt<sup>14</sup> und
- (ii) es sich in 51 % der Fälle (Indikation in 77 von 151 Fällen), bei denen eine Einordnung möglich ist, um eine **kurzfristige Reaktion** der Telekom auf Ausbauvorhaben Dritter handelt.<sup>15</sup>

Diese beiden Phänomene traten dabei regelmäßig in Kombination auf: In der Mehrzahl der eingeordneten Fälle (Indikation in 33 von 60 Fällen), in denen die Telekom kurzfristig auf den Ausbau eines Wettbewerbers reagierte, baute sie nur lukrative Kerngebiete aus.<sup>16</sup> Betrachtet man umgekehrt die Fälle des Ausbaus nur lukrativer Kerngebiete, lag auch in fast der Hälfte der eingeordneten Fälle eine Indikation für eine kurzfristige Reaktion vor (Indikation in 33 von 68 Fällen).

Zu den der Monitoringstelle gemeldeten **leeren Ankündigungen**, also Ausbauankündigungen der Telekom ohne tatsächliche kurzfristige Ausbauabsicht, konnte der Zwischenbericht nur deshalb keine belastbare Aussage treffen, da es aufgrund der zeitlichen Perspektive noch nicht möglich war, Schlüsse im Hinblick auf nicht eingehaltene Ankündigungen zu ziehen.<sup>17</sup> Es ist davon auszugehen, dass bei einer längeren Betrachtung auch eine entsprechende Anzahl von leeren Ankündigungen festgestellt wird.

Die Überbaumaßnahmen der Deutsche Telekom AG und des mit ihr verbundenen Unternehmens GlasfaserPlus GmbH (im Folgenden „Telekom“) finden asymmetrisch statt: In der umgekehrten Situation, nämlich in den Fällen, in denen die Telekom in einem Gebiet bereits ausbaut und ein Wettbewerber später hinzukommt und beginnt, ebenfalls auszubauen, lag nur in 6 % der eingeordneten Fälle eine Indikation für den Ausbau lukrativer Kerngebiete<sup>18</sup> und in nur 12 % der eingeordneten Fälle eine Indikation für eine kurzfristige Reaktion<sup>19</sup> vor. Wettbewerber und Kommunen haben der Bundesnetzagentur dieses Muster im Verhalten der Telekom bestätigt.<sup>20</sup> Bereits diese Asymmetrie zu den Telekom-Fällen zeigt, dass die Verhaltensweise der Telekom kein normales Wettbewerbsverhalten darstellen.

<sup>14</sup> Zwischenbericht der BNetzA v. 11. April 2024, Rn. 78.

<sup>15</sup> Zwischenbericht der BNetzA v. 11. April 2024, Rn. 80.

<sup>16</sup> Zwischenbericht der BNetzA v. 11. April 2024, Rn. 88.

<sup>17</sup> Zwischenbericht der BNetzA v. 11. April 2024, Rn. 83.

<sup>18</sup> Zwischenbericht der BNetzA v. 11. April 2024, Rn. 96.

<sup>19</sup> Zwischenbericht der BNetzA v. 11. April 2024, Rn. 96.

<sup>20</sup> Zwischenbericht der BNetzA v. 11. April 2024, Rn. 100, 124

### e. Wettbewerbswidriger Nichtleistungswettbewerb

Setzt ein marktbeherrschendes Unternehmen andere Mittel ein als die, die zu einem normalen Wettbewerb gehören, ist sein Verhalten nach ständiger Rechtsprechung wettbewerbswidrig.<sup>21</sup> Die von der Telekom beim strategischen Überbau eingesetzten Mittel stehen außerhalb dieses Rahmens des Leistungswettbewerbs.

Dass es sich bei den Überbaumaßnahmen um kein normales Wettbewerbsverhalten der Telekom handelt, wird schon durch die von der Bundesnetzagentur festgestellte Asymmetrie, nämlich, dass diese problematischen Verhaltensweisen überwiegend nur in den Telekom-Fällen, aber nur selten bei Ausbauvorhaben des Wettbewerbs stattfinden,<sup>22</sup> indiziert.<sup>23</sup>

Beim **Ausbau nur von lukrativen Kerngebieten (Rosinenpicken)** nutzt die Telekom zudem wettbewerbswidrig ihre Vorteile, die aus ihrer marktbeherrschenden Stellung auf den Märkten für den breitbandbasierten Internetzugang resultieren, aus. Die Beschränkung auf wenige lukrative Teile eines Gebiets, um so „den Fuß in die Tür zu setzen“ und das Gebiet für Wettbewerber zu blockieren, ohne selbst zeitnah die Investitionen in den umfassenderen Ausbau des Gebiets vornehmen zu müssen, ist der Telekom nur möglich, weil sie Kunden in den verbleibenden Teilen des Gebiets auf bestehende VDSL-Anschlüsse vertrösten<sup>24</sup> und in der Zwischenzeit weiter von den regulatorisch bedingt hohen Preisen für die VDSL-Produkte profitieren kann.<sup>25</sup> Eine solche Strategie ist für Wettbewerber, die nicht wie die Telekom über hohe Marktanteile auf Vorleistungs- und Endkundenmärkten verfügen, nicht möglich. Wettbewerber zielen beim Ausbau regelmäßig auf eine Mischkalkulation besonders lukrativer und weniger lukrativer Gebiete einer Kommune, kombiniert mit einer wirtschaftlich notwendigen, möglichst hohen Vermarktungsquote.

<sup>21</sup> EuGH, Urteil v. 21.12.2023, C-333/21 – *Superleague*, Rn. 125, 129; EuGH, Urteil v. 10.09.2024 C-48/22 – *Google Shopping*, Rn. 165; EuGH, Urteil v. 12.05.2022, C-377/20 – *Servizio Elettrico Nazionale*, Rn. 68, 76; EuGH, Urteil v. 17.02.2011, C-52/09 – *TeliaSonera*, Rn. 87; EuGH, Urteil v. 25.03.2021, C-152/19 – *Deutsche Telekom AG*, Rn. 41.; BGH, Urteil v. 4.3.2008 – KVR 21/07, WuW/E DE-R 2268 – *Soda-Club II*; BGH, Urteil v. 7.12.2010 – KZR 5/10, WuW/E DE-R 3145 Rn. 55 = NJW-RR 2011, 774 – *Entega II*.

<sup>22</sup> Zwischenbericht der BNetzA v. 11. April 2024, Rn. 124, 114, 115, 118, 120.

<sup>23</sup> Wobei die Telekom selbst bei symmetrischem Ausbauverhalten missbräuchlich handeln könnte; marktbeherrschende Unternehmen unterliegen einer besonderen Verantwortung für den verbleibenden Restwettbewerb auf den von ihnen beherrschten Märkten, vgl. EuGH, Urteil v. 12.05.2022, C-377/20 – *Servizio Elettrico Nazionale*, Rn.74; EuGH, Urteil v. 9.11.1983, C-322/81 – *Michelin*, Rn. 57; EuGH, Urteil v. 6.9.2017, C-413/14 – *Intel*, Rn 135; Schlussanträge GA Rantos v. 9.12.2021, C-377/20 – *Servizio Elettrico Nazionale*, Rn.58.

<sup>24</sup> Bzw. die Kunden mit Werbeaussagen zu "schnellem Internet" ohne klare Nennung der Technologie im Unklaren lässt.

<sup>25</sup> Vgl. Süddeutschen Zeitung, 24.04.24 „*Doppelt hält nicht besser*“ zum Überbau der Telekom in der Gemeinde Vaterstetten. In dem Artikel wird der Pressesprecher der Telekom als Reaktion auf den durch Überbau verzögerten Glasfaserausbau wie folgt wörtlich zitiert: [...] "*Darüber hinaus hat man an den meisten Anschlüssen in Vaterstetten schon heute die Möglichkeit, einen Internetanschluss mit bis zu 250 Megabit pro Sekunde zu buchen. Niemand muss in Vaterstetten auf schnelles Internet warten. Vaterstetten ist schon heute von der Telekom gut versorgt.*" [...].



Eine solche Ausnutzung durch die Telekom von Vorteilen aus ihrer beherrschenden Stellung auf den Vorleistungs- und Endkundenmärkten, die von ebenso effizienten Wettbewerbern nicht verfolgt werden kann und somit für diese Verdrängungswirkung entfaltet, stellt wettbewerbswidrigen Nichtleistungswettbewerb dar.<sup>26</sup>

Bei den **kurzfristigen Reaktionen** auf Ausbauvorhaben des Wettbewerbs liegt der Verdacht nahe, dass sie nur dazu dienen, Wettbewerber abzuschrecken und Investoren zu entmutigen. Mit der Reaktion weicht die Telekom offensichtlich von ihrer bestehenden Ausbauplanung ab, so dass ihre eigenen Ausbauziele nicht treibendes Motiv sein können. Solche Verdrängungsmaßnahmen stellen stets Nichtleistungswettbewerb dar.<sup>27</sup> In Fällen, in denen der Wettbewerber bereits mit dem Ausbau begonnen hat und das jeweilige Gebiet nicht mehr als *ein* Netz wirtschaftlich trägt, wie dies in Deutschland außerhalb der Ballungsgebiete regelmäßig der Fall ist,<sup>28</sup> ist der Zweitausbau zudem aller Voraussicht nach nicht wirtschaftlich. Verhaltensweisen, die nicht auf objektiven wirtschaftlichen Gründen beruhen, stellen regelmäßig keinen Leistungswettbewerb dar.<sup>29</sup>

**Leere Ankündigungen**, wie sie die Telekom regelmäßig betreibt und damit häufig auch andere Überbaumaßnahmen flankiert, sind ohne Weiteres dem Nichtleistungswettbewerb zuzuordnen. Die Maßnahmen führen nur zur Verunsicherung von Kundinnen und Kunden und verhindern bzw. erschweren es so, dass Wettbewerber die wirtschaftlich notwendigen Kundenanteile in einem Gebiet erreichen. Ein legitimes Motiv für solche Verhaltensweisen gibt es nicht; Täuschungsmaßnahmen von marktbeherrschenden Unternehmen stellen nach der Rechtsprechung stets wettbewerbswidrigen Nichtleistungswettbewerb dar.<sup>30</sup>

Häufig setzt die Telekom mehrere oder sämtliche der beschriebenen Verhaltensweisen ein, woraus sich besonders negative wettbewerbliche Effekte ergeben. Berichte von Marktteilnehmern und Gemeinden zum Zusammenspiel von kurzfristiger Reaktion, Verunsicherung der Kunden sowie Ausnutzen der Vorteile der bestehenden marktbeherrschenden Stellung fasst der Zwischenbericht wie folgt zusammen:

<sup>26</sup> Vgl. EuGH, Urteil v. 12.05.2022, C-377/20 – *Servizio Elettrico Nazionale*, Rn. 78; Scheurle/Mayen, Telekommunikationsgesetz, § 42 Rn. 95.

<sup>27</sup> Vgl. AGCM Entscheidung Nr. 28162 v. 25.2.2020, Fall A514 – *Condotte fibra Telecom Italia*; Vgl. EuGH, Urteil v. 6.12.2012, C-457/10 P – *Astra Zeneca*, Rn. 98, 99; *Bunte/Stancke*, Kartellrecht, 4. Auflage 2022, §§ 19-21, Rn. 78 mwN.

<sup>28</sup> In der Mehrzahl der Gebiete in Deutschland ist nur der Ausbau *eines* FTTB/H-Netzes rentabel, siehe hierzu und zur Wirtschaftlichkeit von Ausbaugebieten: *WIK/IRNIK*, Doppelausbau von Glasfasernetzen – Ökonomische Analyse und rechtliche Einordnung, Studie im Auftrag des BMDV, 2023; *Neumann*; „Der Überbau als Problem der Glasfaserentwicklung in Deutschland“, ein Positionspapier für die Initiative Pro Glasfaser, 16.5.2023, Rn. 21-45.

<sup>29</sup> Schlussanträge GA Rantos v. 9.12.2021, C-377/20 – *Servizio Elettrico Nazionale*, Rn.62.

<sup>30</sup> EuGH, Urteil v. 6.12.2012, C-457/10 P – *Astra Zeneca*, Rn. 62, 68, 98, 99; BGH, Urteil v. 19.6.1986, I ZR 54/84, WuW/E BGH 2304 „*Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb I*“ = NJW 1987, 60; Urteil v. 21.7.2005, VII ZB 48/05, WuW/E DE-R 1555 1557 „*Friedhofsgärtner*“.

"... die Telekom [reagiere] häufig **kurzfristig nach Veröffentlichung der Ausbaupläne von Wettbewerbern**, indem sie beispielsweise eigene Ausbauvorhaben ankündige oder bereits bestehende Planungen gegenüber der Kommune konkretisiere bzw. zeitlich vorziehe. Diese **kurzfristigen Reaktionen** würde die Telekom mit entsprechenden Marketing- und Vertriebsmaßnahmen begleiten. Diese würden von einer bloßen Ankündigung in Form einer Mitteilung in der lokalen Presse bis hin zum konkreten Adressieren von potenziellen Endkundinnen und Endkunden im Haustürvertrieb reichen. Aus Sicht der Wettbewerber würden **hier kurzfristig und gezielt Kundinnen und Kunden durch die Telekom verunsichert, um die Vermarktung der Wettbewerber zu erschweren**. Hierbei würde die Telekom nach Darstellung einiger Gesprächspartner insbesondere **auch davon profitieren, dass sie im Vergleich zu vielen Wettbewerbern keine Vorvermarktungsquoten für ihre Ausbauvorhaben erreichen müsse** und damit unmittelbar in einem Gebiet tätig werden könne. Grund sei die **marktmächtige Position der Telekom** – vor allem ihre Möglichkeit, Bestandskunden aus dem Kupfernetz auf das neue Glasfasernetz zu migrieren."<sup>31</sup>

#### f. Verdrängungspotential

Der Zwischenbericht stellt richtigerweise fest, dass die Telekom aufgrund ihrer marktbeherrschenden Stellung die Möglichkeit hat, *...durch strategisches Verhalten beim Netzausbau Konkurrenten abzuschrecken, Investoren zu verunsichern und letztlich womöglich leistungsfähige Unternehmen aus dem Markt zu drängen*".<sup>32</sup>

Die von der Telekom eingesetzten wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen (Ausbau nur lukrativer Kerngebiete, kurzfristige Reaktionen und leere Ankündigungen) haben das Potential, ebenso effiziente Wettbewerber vom Markt zu verdrängen, da diese Maßnahmen den Ausbau durch Wettbewerber behindern und verhindern. Für den Nachweis eines Missbrauchs genügt dieses *Potentia*<sup>33</sup>; tatsächlich verwirklicht sich die wettbewerbliche Gefahr in der Praxis regelmäßig und Wettbewerber werden durch wettbewerbswidrige Überbaumaßnahmen verdrängt und müssen Projekte abschreiben. Bei den 33 im Zwischenbericht analysierten Fällen eines teilweisen oder vollständigen Rückzugs eines Wettbewerbsunternehmens von einem begonnenen Ausbauprojekt, lag in 19 Fällen (58 %) eine Indikation für einen Ausbau nur lukrativer Kerngebiete vor, in 17 Fällen (52 %) Hinweise auf eine kurzfristige Reaktion der Telekom.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Zwischenbericht der BNetzA v. 11. April 2024, Rn. 102.

<sup>32</sup> Zwischenbericht der BNetzA v. 11. April 2024, Rn. 122, 124.

<sup>33</sup> EuGH, Urteil v. 17.2.2011, C-52/09 – *TeliaSonera*, Rn. 64 f.

<sup>34</sup> Zwischenbericht BNetzA v. 11. April 2024, Rn. 120, 88, 90.

Der Zwischenbericht hält weiter fest, dass „...die zusammengetragenen Anhaltspunkte für bestehende Asymmetrien im Ausbauwettbewerb um eine zukunftsfähige Glasfaserinfrastruktur in Deutschland ...verschiedene potenzielle Gefahren für die weitere Entwicklung des Marktes [skizzieren].“<sup>35</sup>

Zwar meint der Zwischenbericht, die Befunde der Monitoringstelle ließen es nicht zu, belastbare Rückschlüsse hinsichtlich der den Verhaltensweisen ggf. zugrundeliegenden Motive und Strategie zu ziehen. Der Nachweis solcher subjektiven Absicht wird aber von der Rechtsprechung für den Nachweis eines Missbrauchs ausdrücklich nicht verlangt.<sup>36</sup> Die Einstufung einer Praxis als missbräuchlich hängt nur von den Verdrängungswirkungen ab, die sie haben kann oder haben konnte.<sup>37</sup>

#### **g. Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Einleitung eines Verfahrens nach § 50 Abs. 3 TKG**

§ 50 Abs. 3 TKG verpflichtet die Bundesnetzagentur zur unmittelbaren Einleitung eines Verfahrens bei einem Anfangsverdacht für einen Missbrauch im Sinne des § 50 Abs. 1 TKG, also beim Vorliegen von tatsächlichen Anhaltspunkten, die die Annahme eines Missbrauchs rechtfertigen. Diese Anhaltspunkte liegen mit der im Zwischenbericht festgestellten Abweichung der Ausbaupraktiken der Telekom vom normalen Wettbewerbsverhalten und deren Verdrängungspotential ohne Weiteres vor.

Motive und Strategien, also subjektive Behinderungsabsichten, sind nach der Rechtsprechung für einen Missbrauch nicht festzustellen, die Einstufung eines Verhaltens als missbräuchlich hängt allein von der Verdrängungswirkungen ab, die die Praxis haben kann oder haben konnte. Schon erst recht nicht ist der Nachweis solcher subjektiven Behinderungsabsichten für die Begründung eines Anfangsverdacht erforderlich.

Trotz dieser klaren Sachlage hat die Bundesnetzagentur im Zwischenbericht angekündigt, zunächst weitere Informationen einzuholen und analysieren zu wollen. Nachdem die Befragung der betroffenen Unternehmen im Mai erfolgt ist, ist davon auszugehen, dass der Bundesnetzagentur nun alle zu diesem Zeitpunkt von ihr als notwendig erachteten Informationen vorliegen.

<sup>35</sup> Zwischenbericht BNetzA v. 11. April 2024, Rn. 124.


<sup>36</sup> EuGH, Urteil v. 12.05.2022, C-377/20 – *Servizio Elettrico Nazionale*, 3. Leitsatz, Rn. 61.

<sup>37</sup> EuGH, Urteil v. 12.05.2022, C-377/20 – *Servizio Elettrico Nazionale*, Rn. 61; der Nachweis einer solchen Absicht stellt lediglich einen tatsächlichen Umstand dar, der bei der Feststellung des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung berücksichtigt werden kann.

Weitere möglicherweise erforderliche Informationen zur Überprüfung der Annahme eines Missbrauchs sind im Verfahren zu erheben.

Die Mitgliedsunternehmen des VATM und BREKO sind gerne dazu bereit, die Bundesnetzagentur bei der Sachverhaltsermittlung weiter zu unterstützen.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Stephan Albers  
Geschäftsführer BREKO



Dr. Frederic Ufer  
Geschäftsführer VATM

*BREKO Bundesverband Breitbandkommunikation e. V., Invalidenstraße 91, 10115 Berlin  
Tel.: 030 / 58580-415, E-Mail: breko@brekoverband.de*

*VATM – Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e. V.,  
Reinhardtstraße 31, 10117 Berlin  
Tel.: 030 / 505615-38, E-Mail: vatm@vatm.de*