

# Telekommunikationsrechtliche Möglichkeiten für eine Begrenzung

## strategischer Überbauaktivitäten

von Bernd Holznagel

### I. Gegenstand der Untersuchung

Überbau ist der Aufbau eines zweiten Glasfasernetzes (FFTb/H) neben, vor oder nach einem bereits errichteten oder geplanten anderen Glasfasernetz (FTTB/H). Der überbauende Betreiber kann eine Second Mover-Rolle einnehmen. Er kann aber auch in einer First Mover-Rolle auftreten, wenn er einem Betreiber zuvorkommt, der als Erster mit den Ausbauplanungen beginnt, diese aber noch nicht abgeschlossen hat oder seine Ausbauplanung wegen der Ankündigung des Überbaus aufgibt.<sup>1</sup> Eine vergleichbare Konstellation entsteht bei der Ankündigung eines Überbaus eines bereits errichteten oder konkret geplanten Glasfasernetzes.<sup>2</sup>

Die volkswirtschaftliche Bewertung eines Mehrfachausbaus von Netzinfrastrukturen im Telekommunikationssektor ist strittig. Herkömmlicherweise wird von einem so hergestellten Infrastrukturwettbewerb erwartet, dass dieser einen positiven Einfluss auf die Entwicklung innovativer Angebote hat.<sup>3</sup> Als weiterer Vorteil wird benannt, dass hierdurch der Regulierungsbedarf und die hierfür aufzuwendenden Kosten gesenkt werden können. Damit könne die sektorspezifische Regulierung, so die Annahme, perspektivisch in das allgemeine Kartellrecht überführt werden.<sup>4</sup>

An diesen positiven Einschätzungen sind im Hinblick auf die Verlegung von Glasfasernetzen erhebliche Zweifel aufgekommen. Karl-Heinz Neumann weist in seiner Studie „Der Überbau als Problem der Glasfaserentwicklung in Deutschland“ darauf hin, dass die Wirtschaftlichkeit von

---

<sup>1</sup> Zu dieser Begriffsbestimmung *Neumann*, Der Überbau als Problem der Glasfaserentwicklung in Deutschland. Eine Studie für die Initiative Pro Glasfaser, Bad Honnef, 23. Mai 2023, Rn. 46.

<sup>2</sup> *Neumann*, a.a.O., Rn. 51.

<sup>3</sup> *Braun/Wernick/Plückebaum/Ockenfels*, Parallele Glasfaserausbauten auf Basis von Mitverlegung und Mitnutzung gemäß DigiNetzG als Möglichkeiten zur Schaffung von Infrastruktur, WIK Diskussionsbeitrag Nr. 456, 2019, S. 2.

<sup>4</sup> *Haucap/Fritz/Loebert*, Bedeutung des Infrastrukturwettbewerbs in der Telekommunikationswirtschaft, Juni 2023, S. 6.

Ausbaugebieten durch die Höhe der erforderlichen Ausbaurkosten und durch die Anzahl der potentiellen Kunden maßgeblich beeinflusst wird.<sup>5</sup> Um die Ausbau- und Betriebskosten decken zu können, muss der ausbauende Netzbetreiber eine bestimmte Kundenzahl erreichen.

Diese Feststellungen werden bestätigt von einer im Auftrag des Bundesministeriums für Digitales und Verkehr (BMDV) erarbeiteten Erstanalyse von WIK-Consult.<sup>6</sup> WIK-Consult stellt darin fest, dass zwei Netzbetreiber nur in wenigen Fällen profitabel ausbauen können und dies auch nur dann, wenn sich die Marktanteile hinreichend gleichmäßig aufteilen, so dass jeder Netzbetreiber seinen kritischen Marktanteil erreicht. Wenn sich die Marktanteile dagegen *asymmetrisch* verteilen, sei mehr als ein Netz in der Regel nicht wirtschaftlich. Dies sei regelmäßig der Fall, wenn der zweite Netzbetreiber ein marktbeherrschendes Unternehmen mit sehr hoher Zahl an Bestandskunden (Endkunden und Vorleistungskunden) sei. Asymmetrien wurden aus Sicht der Wettbewerber in den letzten Jahren insbesondere durch den Gebrauch des sog. Commitment-Modells verstärkt. Hierbei handelt es sich um Zugangs- und Entgeltvereinbarungen, die die Deutsche Telekom mit den größten Vorleistungsnachfragern 1&1, Telefónica und Vodafone sowie NetCologne abgeschlossen hat. Durch diese Vereinbarungen soll eine Risikoteilung bei der Finanzierung des Netzausbaus und eine höhere Netzauslastung durch schnellere Vermarktung der Anschlussprodukte bewirkt werden.<sup>7</sup> Das Modell sieht vor, dass die Vertragsparteien einen gegenseitigen Netzzugang zur Kupfer- bzw. Glasfaserinfrastruktur (VDSL- bzw. FTTB/H-Anschlüsse) einräumen. Für die Abnahme der vereinbarten *Mindestanschlussmengen* (sog. Commitments) werden jährliche Einmalzahlungen im Voraus vereinbart. Durch die Einräumung von Rabattierungen der monatlichen Entgelte und eine Vertragslaufzeit von zehn Jahren (zusätzlich einer dreijährigen Nachlaufzeit) geht von diesem Modell eine hohe Nachfragebindung aus. Das Modell sieht zudem vor, dass bei einem Glasfaserausbau die vereinbarten VDSL-Mindestabschlussmengen in FTTB/H-Mindestabschlussmengen überführt werden. Anders als das vorher gebräuchliche Kontingent-Modell<sup>8</sup> ist eine vorzeitige Kündigung nicht mehr

---

<sup>5</sup> Neumann, a.a.O., Rn. 25.

<sup>6</sup> WIK-Consult, Überbau bei FTTB/H-Anschlüssen – Ökonomische Analyse und rechtliche Einordnung, Präsentation zum Stakeholderdialog zum Thema Überbau im Bundesministerium für Digitales und Verkehr, 22.05.2023.

<sup>7</sup> Zu den Commitment-Modellen ausführlich *Monopolkommission*, Telekommunikation 2021: Wettbewerb im Umbruch. 12. Sektorgutachten, 2021, Rn. 43.

<sup>8</sup> Zum Kontingentmodell s. *Monopolkommission*, Sondergutachten 66 „Telekommunikation 2013: Vielfalt auf den Märkten erhalten“, Tz. 101 ff.

vorgesehen, so dass ein Wechsel zu anderen Glasfaserausbauern während der Vertragslaufzeit ausscheidet. Die Monopolkommission befürchtet vor diesem Hintergrund gut nachvollziehbar, dass dieses Modell zu Lock-In-Effekten bei den Bestandskunden und zu höheren Marktzutrittsschranken für Neueinsteiger führe.<sup>9</sup>

Neumann und WIK-Consult, deren Untersuchungsergebnisse hier zugrunde gelegt werden, kommen zu dem Ergebnis, dass mit den hierzulande geltenden Kosten- und Vermarktungsbedingungen ein *volkswirtschaftlich effizienter Mehrfachausbau von Glasfasernetzen* und damit ein „effizienter Infrastrukturwettbewerb“ im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG „– wenn überhaupt – nur in wenigen Gebieten mit sehr hoher Anschlussdichte und damit nur für wenige Mio. Anschlüsse möglich“ sei.<sup>10</sup> Neumann nennt die Zahl von 2 Mio. Anschlüssen, welche dann weniger als 5 % aller 44 Mio. FTTH-Anschlüsse ausmachen würden.<sup>11</sup> In allen anderen Fällen stelle der Überbau bzw. dessen Ankündigung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen ein gesamtgesellschaftliches Problem dar. Neumann stellt hierzu anschaulich fest:

„Der Business Case für beide Betreiber ist nicht mehr tragfähig. Es tritt ein ruinöser Verdrängungswettbewerb auf, bei dem der Wettbewerber mit der größeren Ausgangskundenbasis die besseren Chancen hat zu überleben. Allein aufgrund der Bedeutung dieser Asymmetrien wird deutlich, dass der Incumbent DT größere Anreize zum Überbau hat, als seine Wettbewerber. [...]“<sup>12</sup>

„Ein besonders hohes Maß an gesamtgesellschaftlicher Ineffizienz ist mit dem partiellen Überbau verbunden. Hierbei entscheidet sich der Second Mover, das Netz des First Mover nicht in dessen gesamten Ausbaugesbiet zu überbauen, sondern nur in einem Teil desselben. Da die Kosten in einem Ausbaugesbiet nicht homogen sind, gibt es kostengünstigere und kostenungünstigere Teilgebiete. Besonders hoch sind die betriebswirtschaftlichen Kosten des Überbaus bei dem First Mover, wenn Überbau sich auf die kostengünstigen Teilgebiete konzentriert. Das gleiche gilt für die gesamtwirtschaftlichen Kosten des Überbaus“<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup> Monopolkommission, Telekommunikation 2021, a.a.O., Rn. 43.

<sup>10</sup> Neumann, a.a.O., Rn. 48.

<sup>11</sup> Neumann, a.a.O., Rn. 45.

<sup>12</sup> Neumann, a.a.O., Rn. 49.

Neumann betont, dass diese Probleme bereits dann eintreten könnten, wenn ein Überbau *angekündigt* werde. Dies könne z.B. dazu führen, dass die potentiellen Endkunden „verwirrt“ werden und sie sich nicht an Vorvermarktungsaktivitäten des First Mover beteiligten.<sup>14</sup> In der Folge könne dies dazu führen, dass der First Mover auf eine Umsetzung seiner ursprünglichen Ausbauplanungen verzichtet. Insgesamt erwarten Neumann und WIK-Consult, dass durch Überbauaktivitäten der Glasfaserausbau verlangsamt werde.<sup>15</sup> Knappe Planungs- und Bauressourcen würden in Anspruch genommen.<sup>16</sup> Ausbauprojekte könnten abgebrochen werden. Neue Förderprojekte müssten aufgesetzt werden, wenn die Überbauaktivitäten nur die kommerziell attraktivsten Teile des Gebietes adressieren.<sup>17</sup>

Die Kritik richtet sich gegen einen „strategischen Überbau“. Dies sind Überbaumaßnahmen, die bewusst – also *strategisch* – zur Behinderung von Wettbewerbern führen.<sup>18</sup> Diese Überbauaktivitäten lassen sich eher in einem Ausbaugbiet finden, in dem aller Erfahrung nach kein tragfähiges Geschäftsmodell für eine Verdopplung der Infrastruktur existiert.<sup>19</sup>

Die ökonomischen Analysen von Neumann und WIK-Consult zeigen, dass ein Überbau dann den Zielen des Telekommunikationsgesetzes (TKG) zuwiderläuft und zu einem ineffizienten Infrastrukturwettbewerb führt, wenn ein marktmächtiges Unternehmen seine herausgehobene Marktposition ausnutzt. Diese gutachterliche Stellungnahme lotet daher aus, ob und inwiefern durch telekommunikationsrechtliche Vorschriften strategische Überbauaktivitäten eines marktmächtigen Unternehmens begrenzt werden können. Die „Kartellrechtliche Prüfung des strategischen Überbaus“ wird indes in einer gesonderten Stellungnahme von Herbers/Baubkus-Gérard vorgenommen. Ausgeklammert bleiben Fälle, in denen ein Überbau durch die Nutzung von Mitverlegungs- oder Mitnutzungsrechten zustande kommt. In diesem Fall beansprucht der Second Mover die eigenen Glasfaserkabel in den offenen Graben des First Movers zu legen (Mitverlegung) oder seine Kabel nachträglich in die Leerrohre des First Movers einzubringen (Mitnutzung). Der Gesetzgeber hat die Gefahren eines Überbaus durch den Second Mover erkannt und in § 142

---

<sup>14</sup> Neumann, a.a.O., Rn. 52.

<sup>15</sup> Neumann, a.a.O., Rn. 53.

<sup>16</sup> Neumann, a.a.O., Rn. 54; WIK-Consult, a.a.O., S. 10.

<sup>17</sup> Neumann, a.a.O., Rn. 56, Rn. 68 ff.; WIK-Consult, a.a.O., S. 10.

<sup>18</sup> Herbers/Baubkus-Gérard, Kartellrechtliche Prüfung des strategischen Überbaus, Gutachten für die Initiative ProGlasfaser, 2023, S. 5.

<sup>19</sup> Zum Vorkommen solcher Verhaltensweisen Herbers/Baubkus-Gérard, a.a.O., S. 6 f.

Abs. 2 Nr. 7 TKG und § 143 Abs. 3 Nr. 4 TKG entsprechende Abhilfemaßnahmen geschaffen, zu denen die zuständige Beschlusskammer 11 der Bundesnetzagentur zahlreiche konkretisierende Entscheidungen getroffen hat.

## **II. Überprüfung der Regulierungsverfügung**

Abhilfemaßnahmen gegen einen strategischen Überbau könnten möglicherweise auf der Grundlage einer Regulierungsverfügung i.S.d. § 13 TKG getroffen werden. § 15 TKG führt im Hinblick auf das regelmäßige Verfahren zur Überprüfung einen Fünfjahresturnus ein und modifiziert das Vorgehen, wenn es Handlungsbedarf innerhalb einer laufenden Marktperiode gibt. Handlungsbedarf entsteht nach Abs. 1 S. 1 dieser Vorschrift immer dann, wenn der Bundesnetzagentur (neue) Tatsachen bekannt sind oder bekannt gemacht werden. In diesem Fall prüft die Bundesnetzagentur innerhalb von sechs Wochen, ob diese Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Ergebnisse von Marktdefinition und Marktanalyse nicht mehr den tatsächlichen Marktgegebenheiten entsprechen und eine Überprüfung der Ergebnisse zu erfolgen hat. Es erscheint nicht von vornherein als ausgeschlossen, dass die Erhebungen zu den Überbauaktivitäten solche „neuen Tatsachen“ i.S.v. § 15 Abs. 1 und 2 TKG darstellen und eine Überprüfung der Regulierungsverfügung vom 21.07.2022 eingeleitet wird. Hierfür spricht auch, dass die Umsetzung der Konnektivitäts-, Ausbau-, Wettbewerbs- und Nutzerziele des § 2 Abs. 2 TKG beeinträchtigt werden, wenn es in Folge von strategischen Überbauaktivitäten zu einer Verzögerung des Glasfaserausbaus im Bundesgebiet kommt.

Fraglich ist indes, welche Abhilfemaßnahmen sich auf Basis eines solchen Überprüfungsprozesses anordnen ließen. § 13 Abs. 1 TKG befugt die Bundesnetzagentur dazu, in einer Regulierungsverfügung „Verpflichtungen nach den §§ 24 bis 30, 38 oder 49“ aufzuerlegen. Die Regulierungsverfügung vom 11.07.2022 zeigt, dass in der zu prüfenden Konstellation die Spielräume für die Auferlegung von Transparenzverpflichtungen im Kontext des Glasfaserausbaus nach §§ 13 Abs. 1, 25 TKG begrenzt waren.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Bundesnetzagentur, Beschl. v. 21.7.2022 – Az. BK3i-19/020, S. 265 ff.

Im Übrigen ist die in § 13 Abs. 1 TKG aufgeführte Instrumentenaufzählung unter bestimmten Bedingungen erweiterbar. Dies ergibt sich aus Art. 68 Abs. 3 EKEK. Die Vorschrift lautet:

„Die nationalen Regulierungsbehörden erlegen die in den Artikeln 69 bis 74 sowie in den Artikeln 76 und 80 genannten Verpflichtungen nur Unternehmen auf, die gemäß Absatz 2 dieses Artikels als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft wurden; [...]“ (UAbs. 1)

„Wenn eine nationale Regulierungsbehörde unter außergewöhnlichen Umständen beabsichtigt, Unternehmen, die als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft wurden, andere als die in den Artikeln 69 bis 74 sowie in den Artikeln 76 und 80 genannten Verpflichtungen in Bezug auf Zugang und Zusammenschaltung aufzuerlegen, unterbreitet sie der Kommission einen entsprechenden Antrag.“ (UAbs. 3)

Je nach Fallgestaltung ist damit zu rechnen, dass die Überbauaktivitäten des marktmächtigen Unternehmens als solche „außergewöhnlichen Umstände“ einzustufen sind, die eine Erweiterung des Instrumentenkatalogs rechtfertigen könnten. Hierfür bedarf es aber einer Zustimmung seitens der Europäischen Kommission. Sollte sich die Bundesnetzagentur entschließen, eine regional ausgerichtete Marktabgrenzung vorzunehmen, wäre es voraussichtlich möglich, für die jeweiligen Problemlagen angepasste regulatorische Maßnahmen zu treffen. Eine Aktualisierung der Marktanalyse oder gar eine Änderung des Art. 68 Abs. 3 EKEK würden erfahrungsgemäß Jahre dauern.

Als Zwischenergebnis bleibt festzuhalten, dass im Rahmen der Überprüfung der Regulierungsverfügung das Phänomen des strategischen Überbaus über einen vorherigen Antrag bei der Europäischen Kommission auf Anwendung anderer als der in Art. 68 Abs. 3 EKEK und § 13 Abs. 1 TKG aufgeführten Verpflichtungen einer Lösung zugeführt werden kann.

### III. Besondere Missbrauchskontrolle nach § 50 TKG

#### 1. Zweck der Vorschrift

Überwiegend wird vorgeschlagen, Fälle strategischer Überbauaktivitäten der Missbrauchskontrolle zu unterwerfen.<sup>21</sup> Nach § 50 Abs. 1 S. 1 TKG ist es einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht untersagt („darf ... nicht“), diese Stellung gegenüber Endnutzern oder gegenüber anderen Unternehmen zu missbrauchen. Die Vorschrift verankert ein allgemeines Missbrauchsverbot im TKG. Sie erfüllt den Zweck einer „Generalklausel“,<sup>22</sup> die nur dann anwendbar ist, wenn keine spezifische Vorschrift des TKG einschlägig ist. § 50 Abs. 3 und 4 TKG räumen der Bundesnetzagentur die (allgemeine) Befugnis ein, um eine missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung abzustellen. Die Bezeichnung „besondere Missbrauchsaufsicht“ in der Überschrift des fünften Abschnitts des TKG und in der Gesetzesbegründung trifft insofern nicht den Kern der Bedeutung des § 50 TKG.<sup>23</sup>

#### 2. Anwendbarkeit der Vorschrift

Eine allgemeine Missbrauchskontrolle ist im Regulierungsrecht keine Besonderheit, wie § 32 PostG zeigt. Auch im GWB ist sie in § 19 zu finden. Fraglich ist daher, ob § 50 TKG oder § 19 GWB anzuwenden sind. Aussagen zum Verhältnis von TKG und GWB finden sich in § 2 Abs. 4 TKG. Hiernach bleiben die Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen anwendbar, soweit nicht durch das TKG ausdrücklich abschließende Regelungen getroffen werden. Zudem bleiben die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden unberührt.

Die Vorschrift ist auslegungsbedürftig. Anders als z.B. § 111 Abs. 2 EnWG gibt es im TKG keine Vorschrift, in der ausdrücklich von einem Ausschluss des allgemeinen Wettbewerbsrechts die Rede ist. § 111 Abs. 1 EnWG stellt unmissverständlich klar, dass die § 19 GWB nicht anzuwenden sind, soweit durch dieses Gesetz oder durch eine aufgrund dieses Gesetzes erlassene Rechtsverordnung ausdrücklich abschließende Regelungen getroffen werden. Die Bestimmungen des dritten Teils und die auf Grundlage dieser Bestimmung erlassenen Rechtsverordnungen sind nach

---

<sup>21</sup> Z. B. *Neumann*, a.a.O., Rn. 132.

<sup>22</sup> Entwurfsbegründung zur Vorgängernorm des § 42 Abs. 2 BT-Drs. 15/2316, S. 71.

<sup>23</sup> Hierauf macht zurecht aufmerksam *Gersdorf*, in: *Säcker/Körber* (Hrsg.), TKG, TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 50 Rn. 3.

§ 111 Abs. 2 EnWG abschließende Regelung im Sinne des Abs. 1 Satz 1 dieser Vorschrift. Weit überwiegend wird § 2 Abs. 4 S. 1 TKG so ausgelegt, dass der Vorschrift eine „implizite Vorrangbehauptung“ zu entnehmen sei.<sup>24</sup> Denn sonst drohe, dass die Vorschrift weitgehend leer laufe. Zudem sei es nicht überzeugend, funktional äquivalente Vorschriften des TKG (etwa zur Zugangs- und Entgeltregulierung) durch das Wettbewerbsrecht zu überlagern. Es ist also von einem Spezialitätsgrundsatz der regulierungsrechtlichen Vorschriften des TKG auszugehen. Dies gelte jedenfalls dann, wenn das TKG funktional äquivalente Vorschriften enthalte.<sup>25</sup> Dieser Auffassung ist zuzustimmen, sind doch gerade die Zugangs- und Entgeltregulierung des TKG stark ausdifferenziert und zudem durch die Empfehlungen und Leitlinien der Europäischen Kommission sowie von der GEREK kontinuierlich weiterentwickelt worden.

Dieser Auffassung folgt auch das Bundesverwaltungsgericht. Die besondere Missbrauchsaufsicht fände, wie das Gericht in seinem Urteil vom 18. April 2007 ausführt, „regelmäßig auf Märkten statt, die die Bundesnetzagentur zuvor in einem Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren gem. §§ 10 und 11 TKG als regulierungsbedürftig festgelegt“ habe.<sup>26</sup> Nicht regulierte Märkte unterfielen dagegen nach der Entwurfsbegründung zur Vorgängernorm des § 50 TKG „automatisch dem allgemeinen Wettbewerbsrecht, im Missbrauchsfall greife dann das Bundeskartellamt ein“.<sup>27</sup> Der Normzweck spreche – so das Bundesverwaltungsgericht – nicht gegen dieses Auslegungsergebnis. Es ginge um eine „sachgerechte Abgrenzung“ der Zuständigkeiten zwischen dem Bundeskartellamt und der Bundesnetzagentur. Hinsichtlich der Sachnähe fehle es aber an eindeutigen Kriterien. Die Entstehungsgeschichte zeige jedoch, dass die Bundesregierung die Bundesnetzagentur jedenfalls dann als sachnähere Behörde ansehe, wenn regulierungsbedürftige Märkte (§§ 10, 11 TKG) beaufsichtigt würden. Entscheidende Bedeutung für das Verständnis der besonderen Missbrauchsaufsicht habe aber die systematische Gesetzesauslegung. Für die Notwendigkeit eines abgeschlossenen Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens als Voraussetzung der besonderen Missbrauchsaufsicht spreche vor allem der Umstand, dass das Telekommunikationsgesetz sie als Bestandteil des mit „Marktregulierung“ überschriebenen Teils 2 des

---

<sup>24</sup> *Monopolkommission*, Wettbewerb 2022, XXIV. Hauptgutachten, Rn. 332 m.w.N. in Fn. 456.

<sup>25</sup> *Monopolkommission*, Wettbewerb 2022, a.a.O., Rn. 332.

<sup>26</sup> BVerwG NVwZ 2007, 1321 (Tenor).

<sup>27</sup> BT-Dr 15/2316, S. 60.



Gesetzes ausgestattet habe. Der Bezug zum Gemeinschaftsrecht verstärke den „dargelegten Befund“.<sup>28</sup> In seinem Urteil vom 19. September 2007 führt das Bundesverwaltungsgericht aus, dass der Bundesnetzagentur im Interesse der Marktregulierung mit dem zur Verfügung gestellten Eingriffsinstrumentarium – unter Einschluss der besonderen Missbrauchsaufsicht – „ein in sich geschlossenes System“ bereitgestellt werde.<sup>29</sup> Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Anwendung der besonderen Missbrauchsaufsicht von der Durchführung des förmlichen Verfahrens nach §§ 10, 11 TKG abhängt. Nur in diesem Fall ist die Bundesnetzagentur die für die Durchführung einer Missbrauchsaufsicht sachnähere Behörde.

### 3. Drittmarktkonstellation und Kausalitätserfordernis

Am 11.10.2019 hat die Präsidialkammer der Bundesnetzagentur festgestellt, dass die Telekom Deutschland GmbH und die mit ihr verbundenen Unternehmen (§ 3 Nr. 29 TKG) auf dem regulierungsbedürftigen bundesweiten Markt für den an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang im Sinne des § 11 TKG über beträchtliche Marktmacht verfügen.<sup>30</sup> Ein förmliches Verfahren nach den §§ 10, 11 TKG wurde durchgeführt, sodass nach dem soeben Gesagten die besondere Missbrauchsaufsicht anwendbar ist. Jedoch stellt sich hier das Problem, dass das vorgebrachte missbräuchliche Verhalten, namentlich die strategischen Überbauaktivitäten, auf einem *anderen* Markt erfolgt, als für den durch die Bundesnetzagentur eine beträchtliche Marktmacht behördlich festgestellt worden ist (sog. Drittmarktkonstellation).

Von den strategischen Überbauaktivitäten ist der Glasfaserausbau betroffen. Für den Ausbau wiederum sind im Wesentlichen zwei Märkte relevant: Dies ist zum einen der Massenmarkt für den breitbandbasierten Internetzugang (*Endkundenmarkt für Breitbandanschlüsse*) und zum anderen der Markt für den geförderten Breitbandausbau (*Ausschreibungsmarkt*).<sup>31</sup> Der erstgenannte Markt umfasst alle Breitbandinternetangebote für Privatkunden und Geschäftskunden mit privatkundenähnlicher Ausgestaltung. Es wird hier keine Differenzierung der Märkte nach Technologien vorgenommen. Denn aus Kundensicht seien alle Produkte, ob sie nun auf VDSL,

---

<sup>28</sup> BVerwG NVwZ 2007, 1321 (1322).

<sup>29</sup> BVerwG NVwZ 2008, 84 (84).

<sup>30</sup> Bundesnetzagentur, Festlegung v. 11.10.2019 – Az. BK 1-19/001, S. 13 ff.

<sup>31</sup> *Herbers/Baubkus-Gérard*, a.a.O., S. 10.

Glasfaser oder Kabel beruhen, austauschbar. Der räumliche Markt ist das Territorium der Bundesrepublik. In der Telekom/EWE Entscheidung („Glasfaser Nordwest“) hat das Bundeskartellamt des Weiteren einen Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau anerkannt. Hier stünden die Telekommunikationsunternehmen als Anbieter der ausgeschriebenen Leistung (Bau und/oder Betrieb eines Breitbandnetzes) und die Gemeinden als Nachfrager gegenüber. In räumlicher Hinsicht könne von einem lokalen auf die jeweilige Gemeinde begrenzten Ausschreibungsmarkt ausgegangen werden, es sei denn die Förderungen seien hinreichend gleichartig und könnten zu einem einheitlichen Markt zusammengefasst werden.<sup>32</sup>

Das Bundesverwaltungsgericht fordert für den Erlass einer Missbrauchsverfügung in diesen Konstellationen „die positive Feststellung einer Kausalität in dem Sinne (...), dass die beträchtliche Marktmacht das missbilligte Verhalten unmittelbar ermöglicht.“<sup>33</sup> Dieses Kausalitätserfordernis ist nicht in dem Sinne zu verstehen, dass für die Behinderung von Wettbewerbern die wirtschaftliche Marktstellung eingesetzt werden muss (Verhaltensmissbrauch). Vielmehr sieht es das Bundesverwaltungsgericht als ausreichend an, dass ein kausaler Zusammenhang zwischen der Marktmacht und der Beeinträchtigung des Wettbewerbs als Marktergebnis besteht (Ergebniskausalität).<sup>34</sup> Die Schädlichkeit der Maßnahme resultiere gerade daraus, dass sie von einem marktmächtigen Unternehmen praktiziert werde. Daher soll es lediglich ausreichen, dass das potentielle missbräuchliche Verhalten *einen hinreichenden Bezug* zu der marktbeherrschenden Stellung des Normadressaten aufweist.<sup>35</sup>

Eine Konkretisierung dieses Erfordernisses entzieht sich aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts jedoch „einer Klärung im Sinne eines allgemein gültigen Rechtssatzes“.<sup>36</sup> Vielmehr müsse sie unter Berücksichtigung der *jeweiligen Umstände des Einzelfalls* erfolgen. Das Gericht führt hierzu aus: „Ob ein bestimmtes Verhalten des regulierten Unternehmens auf einem Drittmarkt zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem regulierten Markt führt, die ohne die beherrschende Stellung des Unternehmens auf diesem Markt nicht eintreten würde, obliegt der tatrichterlichen Würdigung und Bewertung. Hierbei müssen sowohl die Art des beanstandeten

---

<sup>32</sup> Bundeskartellamt, Beschluss vom 4.12.2019, B 7 – 21/8 –Telekom/Ewe, Rn. 44.

<sup>33</sup> BVerwG, Urt. v. 31.01.2020 - Az. 6 B 35/19, Rn. 14 – juris.

<sup>34</sup> BVerwG, Urt. v. 31.01.2020 - Az. 6 B 35/19, Rn. 18 – juris.

<sup>35</sup> Herbers/Baubkus-Gérard, a.a.O., S. 17.

<sup>36</sup> BVerwG, Urt. v. 31.01.2020 - Az. 6 B 35/19, Rn. 18 – juris.

Verhaltens als auch die Struktur und Funktionsweise der betroffenen Märkte in den Blick genommen werden.“<sup>37</sup> Diesen Anforderungen kann nur durch nähere Marktuntersuchungen entsprochen werden.

Legt man die Ergebnisse der Neumann-Studie zugrunde, spricht vieles dafür, dass dem Kausalitätserfordernis entsprochen wird. Im Hinblick auf den *lokalen Ausschreibungsmarkt* für den geförderten Breitbandmarkt können strategische Überbauaktivitäten dazu führen, dass dem First Mover, der im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung den Zuschlag für das jeweilige Förderprojekt erhalten hat, eine Umsetzung des Projekts auf Basis der ursprünglichen Wirtschaftlichkeitslückenberechnung nicht mehr ökonomisch möglich ist und bereits geplante Ausbaugebiete in der Gemeinde nicht mehr versorgt werden könnten. Dementsprechend müssten ggf. neue Gebiete ausgeschrieben werden, wobei sich der First Mover aufgrund der negativen Erfahrungen und der sich veränderten Ausgangssituation nicht mehr an einem solchen Wettbewerb beteiligen würde, da der strategische Überbau der lukrativen Teilbereiche durch das marktmächtige Unternehmen, dieses in eine deutlich bessere wirtschaftliche Ausgangsposition für das neu auszuschreibende „Restgebiet“ bringen würde. Verstärkt werden diese Zusammenhänge dadurch, dass die Deutsche Telekom aufgrund ihrer hohen Marktanteile das Commitment-Modell im Markt verankern konnte. Die 10-jährige Laufzeit entfaltet eine langfristige Bindungswirkung und vermindert die Netzauslastung und die Investitionen derjenigen Anbieter, die das Modell nicht abgeschlossen haben.<sup>38</sup> Es entziehe – so die Monopolkommission – diesen glasfaserausbauenden Wettbewerbern dauerhaft (potenzielle) Vorleistungsnachfrager und sei geeignet, den Migrationsprozess insgesamt zulasten kleinerer Anbieter wettbewerbsverzerrend zu verlangsamen. Dies hat dann auch Auswirkungen auf den Endkundenmarkt für Breitbandanschlüsse. Denn die durch das Commitment-Modell gebundenen Anschlüsse sind dem Wettbewerb auf diesem Markt für einen langen Zeitraum entzogen.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> BVerwG, Urt. v. 31.01.2020 - Az. 6 B 35/19, Rn. 18 – juris.

<sup>38</sup> *Monopolkommission*, Telekommunikation 2021, a.a.O., Rn. 43.

<sup>39</sup> *Herbers/Baubkus-Gérard*, a.a.O., S. 12.

## 4. Missbrauch

### a) Erfordernis einer Interessenabwägung

Ein Missbrauch liegt nach § 50 Abs. 1 S. 2 TKG insbesondere vor, wenn das Unternehmen andere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar *unbillig* behindert (Nr. 1). Darüber hinaus wird als missbräuchlich gewertet, wenn die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Telekommunikationsmarkt auf erhebliche Weise beeinträchtigt werden (Nr. 2). Eine Vorgehensweise nach Nr. 2 stellt dann keinen Missbrauch dar, wenn für sie eine *sachliche Rechtfertigung* nachgewiesen wird (§ 50 Abs. 1 S. 3 TKG). In der Praxis ist im Hinblick auf § 42 Abs. 1 TKG 2004, der diese Alternativen ebenfalls enthielt, vom Bestehen eines einheitlichen Tatbestandes ausgegangen worden. Hierfür wurde angeführt, dass die Rechtsfolgen identisch seien und beide Tatbestände im Wesentlichen übereinstimmten. Im Schrifttum wird überwiegend davon ausgegangen, dass dieses Verständnis auch der Auslegung von § 50 Abs. 1 TKG zugrunde gelegt wird.<sup>40</sup>

Beide Tatbestandsmerkmale des § 50 Abs. 1 S. 2 TKG bedürfen einer auf den Einzelfall bezogenen umfassenden *Interessenabwägung*.<sup>41</sup> Denn nach § 50 Abs. 1 S. 3 TKG stellt die Verhaltensweise nach §§ 50 Abs. 2 S. 2 TKG keinen Missbrauch dar, wenn für sie eine sachliche Rechtfertigung nachgewiesen wird. Dieser Vorbehalt entspricht den Tatbestandsvoraussetzungen der unbilligen Behinderung i.S.d. § 50 Abs. 1 S. 2 Nr. TKG.<sup>42</sup>

### b) Wettbewerbliche Ziele

Eine Interessenabwägung, die im Rahmen der besonderen Missbrauchsaufsicht nach § 50 TKG stattfindet, muss naturgemäß die Wertungen des Regulierungsrechts berücksichtigen.<sup>43</sup> Nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG gehört „die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und die Förderung nachhaltiger wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation im Bereich der Telekommunikationsdienste und -netze – einschließlich eines effizienten infrastrukturbasierten

---

<sup>40</sup> Gersdorf, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG, TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 50 Rn. 29; Wimmer, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, 40. Ed., 2023, TKG 2021, § 50 Rn. 16.

<sup>41</sup> VG Köln, Urt. v. 26.10.2005 – 21 K 4418/05, MMR 2006, 263 (264); Wimmer, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, 40. Ed., 2023, TKG 2021, § 50 Rn. 14.

<sup>42</sup> Gersdorf, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG, TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 50 Rn. 33.

<sup>43</sup> Schon für die Abwägung auf Basis der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle *Bechtold/Bosch*, GWB, 10. Aufl. 2021, § 19 Rn. 16 f.

Wettbewerbs – sowie der zugehörigen Einrichtungen und Dienste, auch in der Fläche“ zu den Zielen der Regulierung.<sup>44</sup> Wettbewerbliche Ziele sind damit ein bedeutsamer Abwägungsbelang. Rechtsprechung und Schrifttum greifen bei der Auslegung und Anwendung dieser Norm auf die im Kartellrecht entwickelten Grundsätze zurück.<sup>45</sup> Bei der Beurteilung, ob eine Verhaltensweise als missbräuchlich oder nicht missbräuchlich zu werten ist, kommt es im Kartellrecht maßgeblich auf die Abgrenzung von Leistungs- und Nichtleistungswettbewerb an.<sup>46</sup> Ein Missbrauch wird immer dann angenommen, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen zu anderen Mitteln als denjenigen des Leistungswettbewerbs, also den im „normalen wettbewerblichen Verhalten“ üblichen, greift. Das Bundeskartellamt bestimmt Verhaltensweisen ganz auf dieser Linie als leistungsfrei,

„die nicht den vom Wettbewerb erwarteten und erwünschten Funktionen entsprechen, also nicht der Durchsetzung der besseren Leistung mit marktkonformen Mitteln dienen, sondern andere Marktbeteiligte an der Erbringung ihrer Leistung hindern oder den Leistungsvergleich selbst – zumindest partiell – außer Kraft setzen, ohne wegen ihrer generellen Wettbewerbsschädlichkeit per se nach den Vorschriften des GWB oder OWiG verboten zu sein.“<sup>47</sup>

Die Kartellbehörden und die Gerichte haben gewisse Fallgruppen herausgearbeitet, die mit den Grundsätzen des Leistungswettbewerbs nicht zu vereinbaren sind.<sup>48</sup> Hierzu gehören die gezielte Kampfpreisunterbietung, die Preis-Kosten-Schere, der Kostenerhöhungszwang sowie die Ausschließlichkeits- bzw. die Kopplungsbindungen. Diese 3 Fallgruppen sind nicht abschließend.

### c) Besonderheit des Infrastrukturwettbewerbs

Das Ziel der Wettbewerbssicherung in § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG bezieht sich nicht nur auf den Dienstleistungswettbewerb, sondern auch auf den Infrastrukturwettbewerb. Diese Zielsetzung wird jedoch, wie der Zusatz

---

<sup>44</sup> Zur Bedeutung dieses Abwägungsbelangs vgl. VG Köln, Urt. v. 26.10.2005, 21 K 4418/05, MMR 2006, 263 (264); *Wimmer*, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, 40. Ed. 2023, TKG2021, § 50 Rn. 14; *Gersdorf*, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG, TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 50 Rn. 33.

<sup>45</sup> S. nur *Gersdorf*, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG, TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 50 Rn. 33 m.w.N.

<sup>46</sup> *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht (Bd. 2), GWB, 6. Aufl. 2020, § 19 Rn. 106; *Bechtold/Bosch*, GWB, 10. Aufl. 2021, § 19 Rn. 16.

<sup>47</sup> Zitiert nach *Herbers/Baubkus-Gérard*, a.a.O., S. 15.

<sup>48</sup> *Bechtold/Bosch*, GWB, 10. Aufl., § 19 Rn. 16 ff.

„– einschließlich eines effizienten infrastrukturbasierten Wettbewerbs“ unmissverständlich klarstellt, auf die Förderung eines „effizienten“ Infrastrukturwettbewerb beschränkt. Diese Einschränkung ist keine Erfindung des deutschen Gesetzgebers. Vielmehr ist auch in Art. 3 Abs. 2 lit. b EKEK von der „Förderung des Wettbewerbs bei der Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze und zugehöriger Einrichtungen – einschließlich eines effizienten infrastrukturbasierten Wettbewerbs –“ die Rede. Erwägungsgrund 27 gibt Auskunft darüber, was unter einem effizienten Infrastrukturwettbewerb im Einzelnen zu verstehen ist:

„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 infrastrukturbasiertem 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.“

Gebiete, in denen nur bei Ausbau *eines* Glasfasernetzes mit einer Rendite gerechnet werden kann, sind nach der Wertung des deutschen und europäischen Gesetzgebers folglich nicht für einen Infrastrukturwettbewerb tauglich. Kommt es in diesen Gebieten dennoch zu einem Ausbauwettbewerb, kann sich das marktbeherrschende Unternehmen eher veranlasst sehen, seine Marktstellung dazu zu benutzen, um sich im Wettbewerb durchzusetzen.<sup>49</sup> Es entspricht hier der Lebenserfahrung, dass es in diesen Konstellationen eher zu Missbrauchsfällen kommen kann. In Gebieten, in denen sich der Ausbau zweiter oder mehrerer Glasfasernetze rechnet, ist dies weniger wahrscheinlich. Denn es bestehen Gewinnmöglichkeiten für mehrere Ausbauer, entsprechend ihrer potentiellen Marktanteile. Dies bedeutet aber nicht, dass es in diesen Gebieten nicht zu missbräuchlichen Verhaltensweisen kommen kann. Auf mögliche Log-In-Effekte bei den Bestandskunden, die der Gebrauch des Commitment-Modells mit sich bringt, ist bereits hingewiesen worden.

Herbers/Baubkus-Gérard haben in ihrer Untersuchung geprüft, wann Maßnahmen im Kontext des strategischen Überbaus in Gebieten, wo sich nur ein Netz rechnet, nicht mehr mit den

---

<sup>49</sup> Zur Anreizstruktur des marktbeherrschenden Unternehmens Überbau zu betreiben vgl. *Neumann*, a.a.O., S. 24 ff.

Grundsätzen des Leistungswettbewerbs vereinbar sind. Hierbei sind sie überzeugend die einschlägigen Fallkonstellationen durchgegangen. Als missbräuchlich werden zunächst *Vorfeldmaßnahmen* bewertet, mit denen konkurrierende Netzausbauer *gezielt* von der Errichtung eines Glasfasernetzes *abgehalten* werden sollen. Diese Konstellation weist Parallelen zur erwähnten Fallgruppe der gezielten Kampfpfeisunterschreitung auf. Beispiele für eine solch *systematische Abschreckungsstrategie* im Vorfeld des Ausbaus wären z.B. eine Ausbauankündigung, die später nicht oder nur zum Teil realisiert wird. Des Weiteren sind Verhandlungen mit einer Kommune zu nennen, die *allein* dem Ziel dienen, den Ausbau durch Wettbewerber blockieren zu wollen oder auch die Inanspruchnahme des einzig verfügbaren Tiefbauunternehmers mit dem Ziel, seine Kapazitäten zu binden.<sup>50</sup> Als Indikatoren für eine Beurteilung wären u.a. heranzuziehen die zeitlichen Zusammenhänge zwischen dem Ausbaubeginn oder einer Ausbauankündigung eines Wettbewerbers und der Ausbauankündigung der Deutschen Telekom. Auch wäre die Frage von Belang, ob die Deutsche Telekom die Ausbauforderung einer Kommune negativ beschieden hatte oder nur vage Ausbaumöglichkeiten in der Zukunft angedeutet hat, um später genau dort zu überbauen.

Auch im Hinblick auf Überbauaktivitäten des marktmächtigen Unternehmens, egal ob es einen Teil- oder Vollausbau anstrebt, ist die Motivlage von Bedeutung. Maßnahmen, die darauf abzielen, Wettbewerber *aus dem Markt zu drängen* und die *keine kaufmännische Grundsätze* beachten, stellen nämlich keinen Leistungswettbewerb dar.<sup>51</sup> Keine legitimen betriebswirtschaftliche Gründe liegen jedenfalls vor, wenn Verluste in einem Ausmaß in Kauf genommen würden, wie dies nur aufgrund einer marktbeherrschenden Stellung möglich wäre.<sup>52</sup> Bei einem Teilausbau kommt die Besonderheit hinzu, dass der geplante vollständige Ausbau des Gebiets durch einen Wettbewerber unwirtschaftlich werden kann. Will die Kommune den Ausbau ihres kompletten Gebiets sicherstellen, muss sie eine Förderung des Ausbaus im Restgebiet vornehmen. Strebt das marktmächtige Unternehmen mit ihrem Teilausbau von vornherein an, ihre marktbeherrschende Stellung auf den Ausschreibungsmärkten auszuspielen, kann die Maßnahme nicht mehr dem Leistungswettbewerb zugerechnet werden.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> Herbers/Baubkus-Gérard, a.a.O., S. 35 f.

<sup>51</sup> Bechtold/Bosch, a.a.O., Rn. 19.

<sup>52</sup> Herbers/Baubkus-Gérard, a.a.O., S. 35.

<sup>53</sup> Herbers/Baubkus-Gérard, a.a.O., S. 33 ff.

#### d) Sicherung von Konnektivität und des Netzausbaus für alle Bürger

An erster Stelle der Regulierungsziele steht indes nicht die Sicherung des Wettbewerbs, sondern „die Sicherstellung der Konnektivität sowie die Förderung des Zugangs und der Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität durch *alle* (!) Bürger und Unternehmen“ (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG). Näher ausformuliert werden diese Ziele in der Gigabitstrategie des Bundes aus dem Jahr 2022.<sup>54</sup> Die Regulierungsziele des 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG sind im Rahmen der Missbrauchskontrolle nach § 50 Abs. 1 TKG daher mit gebotenen Gewicht mit einzubeziehen.

Die Umsetzung der Ziele des 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG können leicht in ein Spannungsverhältnis zu den in § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG genannten Regierungszielen geraten, insbesondere wenn es um einen Infrastrukturwettbewerb geht. Denn nach den Untersuchungen von Neumann kann ein Netzüberbau dazu führen, dass sich der Ausbau im Gesamtgebiet einer Gemeinde verzögert bzw. auf absehbare Zeit unmöglich wird und folglich die in § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG verankerten Ziele nicht oder nur unzureichend erfüllt werden können. Dieses Spannungsverhältnis kann auch für die Auslegung des Missbrauchstatbestands des § 50 Abs. 1 TKG und der Befugisnorm des § 50 Abs. 3 und TKG folgenreich sein.

Im Mittelpunkt der Interessenabwägung der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle nach § 19 GWG stehen die Belange des marktbeherrschenden Unternehmens und der Wettbewerber, wobei die auf Freiheit des Wettbewerbs und die die Offenheit der Märkte gerichtete Zielsetzung des GWBs zu berücksichtigen sind.<sup>55</sup> Ausgangspunkt ist dabei die unternehmerische Freiheit des marktbeherrschenden Unternehmens und der Wettbewerber, die durch Art. 12, 14 GG geschützt ist. Auch ein marktbeherrschendes Unternehmen kann seine geschäftliche Tätigkeit so gestalten, „wie es das für wirtschaftlich richtig und sinnvoll erachtet.“<sup>56</sup> Keines dieser Unternehmen ist z.B. verpflichtet, den jeweiligen Mitbewerbern den Marktzutritt zu ermöglichen, wenn dies für das Unternehmen unwirtschaftlich ist.<sup>57</sup> Bei der Interessenabwägung ist nach der ständigen Rechtsprechung des BGH allein auf die Individualinteressen abzustellen.<sup>58</sup> *Gemeinwohlbelange* spielen *keine* Rolle. *Körber* stellt hierzu in seinem Gutachten zu kartellrechtlichen Fragen des Überbaus

---

<sup>54</sup> BT-Drs. 20/2775 vom 14. Juli 2022.

<sup>55</sup> *Körber*, a.a.O., S. 16; *Markert/Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O., Rn. 106.

<sup>56</sup> BGH NZKart 2014, 411 Tz. 37.

<sup>57</sup> *Körber*, a.a.O., S. 16.

<sup>58</sup> BGH, NJW 1991, 2963 (2966).



von Glasfaserleitungen pointiert fest: „Der gute Zweck heiligt nicht als solches Mittel der Wettbewerbsbeschränkung“.<sup>59</sup> Die Missbrauchskontrolle nach § 19 GWB greift erst dann ein, wenn Verhaltensweisen nicht mehr dem Leistungswettbewerb zuzurechnen sind.

Dies ist bei der Missbrauchskontrolle nach § 50 Abs. 1 TKG anders. Für die Telekommunikationsmärkte gelten die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG und der im TKG niedergelegte Ordnungsrahmen, der bestimmt, nach welchen Regelungen auf diesen Märkten Wettbewerb stattfindet. Folglich sind im Einzelfall auch die Gemeinwohlziele des § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG in die Interessenabwägung einzustellen und entsprechend ihrer Stellung im Zielekanon des TKG zu berücksichtigen. Sie können ein größeres Gewicht aufweisen als die durch Nr. 2 der Vorschrift geschützten Belange. Folglich können grundsätzlich auch Verhaltensweisen, die als Teil des Leistungswettbewerbs einordnen sind, daher je nach den Umständen des Einzelfalles den Missbrauchstatbestand erfüllen. Es ist zu erwarten, dass nähere empirische Untersuchungen des Überbauphänomens einschlägige Fälle hervorbringen werden. Näher unter die Lupe genommen werden könnten insbesondere Überbauaktivitäten in attraktiven Lagen, die in der Folge neue Fördermaßnahmen der öffentlichen Hand erfordern, um das gesamte Gemeindegebiet zu erschließen und die Ausbauziele der Gigabitstrategie zu erfüllen. Diese im Vergleich zu § 19 GWB veränderte Normstruktur des § 50 Abs. 1 TKG hat auch Folgen auf der Rechtsfolgenseite.

## **5. Rechtsfolgen und Verfahren**

### **a) Rechtsfolgen**

Gelangt die Bundesnetzagentur im Rahmen der Überprüfung zu dem Ergebnis, dass ein solcher vorliegt, ergreift sie nach § 50 Abs. 4 TKG Maßnahmen, um ein konkretes missbräuchliches Verhalten zu beenden.

Dazu kann sie dem marktmächtigen Unternehmen ein Verhalten auferlegen oder untersagen. Auch ist sie befugt, *Verträge* ganz oder teilweise für unwirksam zu erklären. Dieses weite Auswahlermessen würde der Bundesnetzagentur auch die Möglichkeit eröffnen, Ausbaumaßnahmen zu verbieten.

---

<sup>59</sup> S. 18 f.

Hat ein Unternehmen gegen eine Entscheidung, welche die Bundesnetzagentur auf Grundlage des TKG getroffen hat, vorsätzlich oder fahrlässig verstoßen, kann die Behörde überdies nach § 208 Abs. 1 TKG die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils anordnen und dem Unternehmen die Zahlung eines entsprechenden Geldbetrages auferlegen. Diese Vorteilsabschöpfung erstreckt sich auf *alle* Entscheidungen, die die Bundesnetzagentur auf der Grundlage des TKG trifft.<sup>60</sup> Sie ist damit auch auf Entscheidungen anwendbar, die auf Basis von § 50 TKG getroffen werden.<sup>61</sup>

## **b) Verfahren**

Wenn der Bundesnetzagentur Tatsachen bekannt sind oder bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass ein Missbrauch i.S.d. § 50 Abs. 1 TKG vorliegt, muss sie nach § 50 Abs. 3 TKG ein „Verfahren zur Überprüfung“ einleiten. Ein Ermessen besteht nach dem Wortlaut der Norm nicht. Dies erklärt sich aus dem Sinn und Zweck des § 50 TKG. Ausweislich der Entwurfsbegründung ist der Bundesnetzagentur die Befugnis einzuräumen, im Falle eines auftretenden Missbrauchs diesen abzustellen.<sup>62</sup> Dies soll nicht etwa dem Bundeskartellamt überlassen werden, da die Bundesnetzagentur im Hinblick auf die dem § 50 TKG unterfallende Streitigkeiten im Vergleich zum Bundeskartellamt als sachnähere Behörde eingestuft wird.<sup>63</sup>

Da in Gebieten, in denen nur ein Glasfasernetz betriebswirtschaftlich rentabel ist, Überbaumaßnahmen eher missbräuchlich sein können, als in Gebieten, wo sich ein Doppelausbau rechnet, wird man fordern können, dass die Bundesnetzagentur in diesen Konstellationen besonders gründlich „überprüft“. Sie wird dann der Frage nachgehen, ob bekanntgewordene Behinderungen von Wettbewerbern noch dem Leistungswettbewerb zugerechnet werden können.

Die Bundesnetzagentur ist verpflichtet, dem betroffenen Unternehmen die Verfahrenseinleitung schriftlich oder elektronisch mitzuteilen. Sie muss innerhalb einer Frist von vier Monaten nach Einleitung des Verfahrens regelmäßig entscheiden, ob ein Missbrauch i.S.d. § 50 Abs. 1 TKG vorliegt.

---

<sup>60</sup> BT-Drs. 19/26108, S. 379; *Gersdorf*, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG, TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 208 Rn. 9.

<sup>61</sup> BR-Drs. 29/21, S. 332.

<sup>62</sup> BR-Drs. 29/21, S. 331.

<sup>63</sup> BT-Drs. 15/2316, S. 71.

## IV. Errichtung einer Meldestelle und Eintragung in einer Ausbauliste

### 1. Meldestelle

Des Weiteren wurde der Vorschlag formuliert, bei der Bundesnetzagentur eine Meldestelle einzurichten, bei der Überbauaktivitäten gemeldet werden können. Zum Teil wurde die Forderung auf die Fälle begrenzt, in denen ein angekündigter Überbau eines noch nicht im Bau befindlichen Glasfasernetzes dazu geführt hat, dass schlussendlich kein Anbieter im betreffenden Gebiet ein Glasfasernetz errichtet hat.<sup>64</sup> Die Anzahl dieser Fälle soll in einem Bericht zum Stand über die Überbauaktivitäten beigefügt werden.

Die Bundesnetzagentur hat sich diesen Vorschlägen im Ergebnis angeschlossen. In einem Schreiben vom 03.07.2023 an die Verbände ANGA, BREKO, BUGLAS, VATM und VKU zur Errichtung einer Meldestelle heißt es:

„Die Bundesnetzagentur hat ausgehend von einer gemeinsamen Diskussion mit allen Stakeholdern eine Monitoringstelle eingerichtet, mit der systematisch Fälle aus der Praxis erfasst und gebündelt werden sollen. Ziel ist es, eine valide Grundlage zur möglichst präzisen Identifikation des eigentlichen Problems sowie für die anschließende Diskussion über mögliche Lösungsansätze zu schaffen. Das Monitoring soll alle Hinweise von Unternehmen und Kommunen sammeln, um einen fortlaufenden Überblick über das Thema zu ermöglichen. Insbesondere benötigen wir ein klareres Bild darüber, ob und – falls ja – in welcher Form im derzeit stattfindenden Ausbauwettbewerbshindernisse, missbräuchliche oder unlautere Praktiken zur Anwendung kommen.“

Die Behörde hat die Meldestelle eingerichtet, ohne hierfür ausdrücklich vom Gesetzgeber ermächtigt worden zu sein. Dies ist zulässig. Denn nach der Wesentlichkeitstheorie<sup>65</sup> bedürfen nur Grundrechtseingriffe einer Ermächtigungsgrundlage, die aber durch die Errichtung der Meldestelle nicht bewirkt werden.

---

<sup>64</sup> Antrag der Fraktion der CDU/CSU, BT-Drs. 10/5986, S. 2.

<sup>65</sup> Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 99. EL September 2022, Art. 20 GG Rn. 105.

## 2. Verpflichtung zur Eintragung von Glasfaserausbauprojekten in eine Ausbauliste

Denkbar wäre eine Verpflichtung, Ausbauplanungen einer bestimmten Ausbauperiode in eine nichtöffentliche Liste einzutragen. Diese könnte von einem unabhängigen Trustee wie der Bundesnetzagentur geführt werden. Dieser könnte zudem überprüfen, ob Überbaumaßnahmen von den eingereichten Plänen abweichen.<sup>66</sup> Ziel der Einführung einer Ausbauliste ist es, kurzfristige, reaktiv-missbräuchliche Ankündigungen eines Ausbaus durch das marktmächtige Unternehmen in demselben Gebiet zu verhindern und dadurch ausbauwillige Dritte zu entmutigen.

Der Vorschlag, marktmächtige Unternehmen präventiv dazu zu verpflichten, Ausbauprojekte in eine Ausbauliste einzutragen, um zukünftige gleich- bzw. ähnlich gelagerte Missbrauchsfälle zu verhindern, kann indes nur auf Basis einer gesetzlichen Grundlage erfolgen. Die bestehenden Vorschriften für die Erhebung von Informationen (§ 81 Abs. 4 TKG), für konkrete Auskunftersuchen (§ 203 TKG) erfassen diesen Sachverhalt *de lege lata* nicht. Präventive *ex ante* Missbrauchsverfügungen sind auch nicht durch § 50 Abs. 4 TKG gedeckt.<sup>67</sup>

Selbstverständlich müsse eine solche Regelung auch vorsehen, welche Rechtsfolgen an die Listeneintragung geknüpft sind. Sie könnte darin bestehen, dass für einen bestimmten Zeitraum das Ausbauvorhaben nicht angekündigt und realisiert werden darf. Denkbar wäre folgende Formulierung einer gesetzlichen Listenregelung:

Werden der Bundesnetzagentur Tatsachen bekannt oder bekannt gemacht, die die Annahme rechtfertigen, dass ein sich in Art und Weise wiederholender Missbrauch vorliegt, kann sie dem marktmächtigen Unternehmen die Vorlage einer Liste sämtlicher gegenwärtiger und zukünftiger Ausbauvorhaben innerhalb der Bundesrepublik auferlegen. Ein Missbrauch in sich wiederholender Art und Weise wird insbesondere dann vermutet, wenn innerhalb eines Kalenderjahres mehr als 20 Missbrauchsfälle bei vergleichbarer Sachlage vorliegen. Für Gebiete, die nicht auf der Liste stehen, darf das marktmächtige Unternehmen keine Ausbauankündigung abgeben oder sonstige Maßnahmen (aktive Kommunikation vor Ort, Vorvermarktung, Gespräche über die Errichtung eines Glasfasernetzes in dem geplanten Ausbauggebiet, Bautätigkeiten) ergreifen. Für Gebiete, die auf

---

<sup>66</sup> *Herbers/Baubkus-Gérard*, a.a.O., S. 37.

<sup>67</sup> *Gersdorf*, in: *Säcker/Körber* (Hrsg.), TKG, TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 50 Rn. 55.

der Liste stehen, dürfen entsprechende Maßnahmen erst nach Ablauf von 9 Monaten erfolgen. Als Sanktionsmittel im Falle der Nichtbeachtung dieser Verpflichtung kommt die Verhängung einer Ausbausperre in Betracht.

Ein Verstoß einer solche Regelung gegen höherrangiges Recht ist nicht ersichtlich. Das betroffene marktmächtige Unternehmen wird nicht gehindert, Telekommunikationsnetze bereitzustellen. Vielmehr sollen nur die Ausbaupläne der Unternehmen in die Liste eingetragen werden. Nach Ablauf der Sperrfrist kann dann auch der Ausbau angekündigt und realisiert werden. Ein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 EKEK scheidet daher aus. Die Listenregelung greift aber in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit ein. Sie ist als Berufsausübungsreglung zu qualifizieren, weil sie beschränkende Vorgaben für die Tätigkeit eines Netzbetreibers enthält. Eine solche Regelung ist gerechtfertigt, wenn sie durch „ausreichende Gründe des Gemeinwohls“<sup>68</sup> gerechtfertigt werden kann und verhältnismäßig ist. Nach der Studie von Neumann ist zu erwarten, dass durch ineffizienten Überbau die flächendeckende Versorgung mit Glasfasernetzen verlangsamt oder gar in bestimmten Bereichen verhindert werden. Damit wird die Erreichung des Konnektivitätsziels sowie der Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität durch alle Bürger und Unternehmen gefährdet (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG). Je nach Ausmaß der Gefährdungen, kann die Realisierung der Gigabitstrategie des Bundes insgesamt in Mitleidenschaft gezogen werden.

Ein Eingriff in Art. 14 Abs. 1 GG dürfte regelmäßig ausscheiden. Mit einer Listenregelung wird keine Eigentumsposition zielgerichtet entzogen. Es liegt folglich keine Enteignung vor. Art. 14 Abs. 1 GG stellt ein Grundrecht dar, das durch das einfache Recht ausgestaltet werden muss.<sup>69</sup> Die Regelung zur Ausbauliste (einschließlich einer möglichen Sperrung als Sanktion) ist insofern als eine Inhaltsbestimmung des Netzeigentums zu qualifizieren. Nach Art. 14 Abs. 2 GG soll der Gebrauch des Eigentums zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen. Diesem Ziel dient in verhältnismäßiger Weise die Listenregelung. Sie will konkurrierende Interessen (Verfügungsbefugnis des Netzes auf Seiten des marktmächtigen Unternehmens, rentabler Netzausbau konkurrierender Betreiber) sowie die Erreichung der Gigabitstrategie des Bundes in Ausgleich bringen (praktische Konkordanz).

---

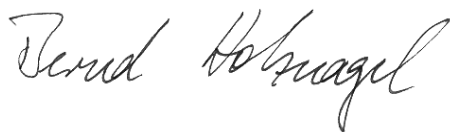
<sup>68</sup> BVerfGE 95, 172 (183); 110, 141 (157); 125, 260 (360).

<sup>69</sup> *Papier/Shirvani*, in: Dürig/Herzog/Scholz, 99. EL September 2022, Art. 14 GG Rn. 148.

## V. Ergebnis

Das Telekommunikationsrecht enthält eine Reihe von Instrumenten, um gegen strategische Überbauaktivitäten eines marktmächtigen Unternehmens vorzugehen. An erster Stelle ist hier die besondere Missbrauchsaufsicht nach § 50 Abs. 1 TKG zu nennen. Anders als der Missbrauchsbegriff in § 19 GWB sind bei der erforderlichen Interessenabwägung auch Gemeinwohlbelange wie die in § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG niedergelegten Ausbau- und Konnektivitätsziele einzustellen und entsprechend ihrem Gewicht zu berücksichtigen. Stellt das Verhalten dieses Unternehmens einen Missbrauch i.S.d. § 50 Abs. 1 TKG dar, ergreift die Bundesnetzagentur Maßnahmen, um den Missbrauch zu beenden. Möglich wäre de lege ferenda die Auferlegung einer Pflicht zur Eintragung der Ausbauplanung in eine nichtöffentliche Liste. Als Sanktionsmittel im Falle der Nichtbeachtung dieser Verpflichtung käme die Verhängung einer Ausbausperre in Betracht. Die Überprüfung der Regulierungsverfügung vom 21.07.2022 (Az. BK3i-19/020) kann nach vorherigem Antrag bei der Europäischen Kommission auf Anwendung anderer als der in Art. 68 Abs. 3 EKEK und § 13 Abs. 1 TKG genannten Verpflichtungen ein gangbarer Anknüpfungspunkt gegen strategische Überbauaktivitäten des marktmächtigen Unternehmens sein.

Münster, den 09.08.2023



Bernd Holznagel