



Vodafone GmbH, 40543 Düsseldorf

Per E-Mail: bk3-postfach@bnetza.de

Bundesnetzagentur

Beschlusskammer 3

Postfach 8001

53105 Bonn

Ihr Zeichen

Ihre Nachricht vom

Unser Zeichen

Tel.: +49 (0) 211/533-

Fax: +49 (0) 211/533-

Mobil: +49 (0)

E-Mail: stephan.korehnke@vodafone.com

ronald.weiss@vodafone.com;

Datum : 01.10.2021

BK3i-19/020, hier: Beschluss des OLG Düsseldorf vom 22.09.2021 (VI-Kart 5/20 (V) in Sachen des Gemeinschaftsunternehmens zwischen TDG und EWE (Glasfaser Nordwest)

Sehr geehrte Frau Vorsitzende,
sehr geehrte Damen und Herren,

das OLG Düsseldorf hat mit dem im Betreff bezeichneten Beschluss die fusionskontrollrechtliche Freigabe des Gemeinschaftsunternehmens („GU“) Glasfaser Nordwest der TDG und EWE durch das Bundeskartellamt aufgehoben. Diese Entscheidung hat durchaus Relevanz für die anstehende Regulierungsverfügung für den Markt 3a der Märktemepfehlung und ist uns deshalb Anlass, die Beschlusskammer nochmals gesondert auf diese Entscheidung aufmerksam zu machen.

Die Entscheidung des OLG stützt insbesondere die bekannten Forderungen von Vodafone, dass die erforderliche Auferlegung einer Nichtdiskriminierungsverpflichtung nach Maßgabe des Eol-Grundsatzes (§ 24 Abs. 2 TKGModG) gegenüber der TDG allein weder eine zusätzliche Entgeltregulierung überflüssig macht, noch geeignet ist, Wettbewerb und Wettbewerber vor den Gefahren von Preis-Kosten-Scheren durch die TDG zu schützen. Zudem zeigt der Beschluss des OLG auch, dass „freiwillige“ Zugangszusagen der TDG nicht ansatzweise Zugangsverpflichtungen, wie sie unter dem TKG auferlegt werden können, ersetzen können.

Hierzu führen wir aus:

1. Hintergrund und Verpflichtungszusagen¹

Gegenstand des GU ist der Ausbau von bis zu 1,5 Mio. FTTH-Anschlüssen innerhalb von zehn Jahren im Kooperationsgebiet, das dem Vertriebsgebiet der EWE entspricht Aufgrund erheblicher Behinderung wirksamen Wettbewerbs auf vier Märkten, namentlich auch auf dem Vorleistungsmarkt für den an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang, gab das Bundeskartellamt den Zusammenschluss im GU nur aufgrund von Verpflichtungszusagen der Beteiligten frei. Neben einer befristeten Ausbauzusage sowie einer Förderusage gaben die Beteiligten eine gleichfalls befristete Zugangszusage ab. Gegenstand der

¹ Siehe auch die PM des Bundeskartellamts [zum §1 GWB Kartellverwaltungsverfahren](#) sowie [zum Zusammenschlussverfahren](#)

Vodafone GmbH

Ferdinand-Braun-Platz 1, 40549 Düsseldorf, Postfach: 40543 Düsseldorf

Tel.: +49 (0) 211/533-0, Fax: +49 (0) 211/533-2200, vodafone.de

Geschäftsführung: Dr. Johannes Ametsreiter (Vorsitzender), Anna Dimitrova, Bettina Karsch, Andreas Laukenmann,

Gerhard Mack, Alexander Saul

Vorsitzender des Aufsichtsrats: Frank Rövekamp, Sitz der Gesellschaft: Düsseldorf, Amtsgericht Düsseldorf, HRB 38062

Bankverbindung:

Deutsche Bank AG, Düsseldorf

IBAN: DE68 3007 0010 0250 8000 00

USt-Nr.: 103/5700/1789

USt-IdNr.: DE 813113094

WEEE-Reg.-Nr.: DE 914359577

Zugangszusage, die vor allem für den regulatorischen Kontext von Interesse ist, ist die Gewährung diskriminierungsfreien Zugangs zum neuen FTTH-Netz des GU nach dem Grundsatz des „Equivalence of Inputs“ (EoI), wonach „dritte Telekommunikationsunternehmen zu denselben Bedingungen, d.h. insbesondere auch auf Basis derselben Systeme, Prozesse und Schnittstellen beim Gemeinschaftsunternehmen einkaufen können wie EWE und insbesondere auch die Telekom, die sich hierzu bislang nicht in der Lage sah.“²

2. Equivalence of Inputs ersetzt keine separat aufzuerlegende Entgeltregulierung

Das OLG führt in seinem Beschluss zunächst näher aus, die Zugangszusage stelle nicht sicher, dass damit vom GU Vorleistungsentgelte und -konditionen mit Zugangsnachfragern vereinbart werden, die bei funktionierendem Wettbewerb zustande kämen.³

Insbesondere das zugesagte Diskriminierungsverbot, wonach TDG bzw. EWE keine besseren Bedingungen eingeräumt werden dürfen als dritten Nachfragern, gewährleiste „nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit, dass die vereinbarten Entgelte und Konditionen denjenigen entsprechen, die unter Wettbewerbsbedingungen zustande gekommen wären.“⁴ Die Erträge aus dem Vorleistungsgeschäft fließen an die TDG/EWE zurück, so dass „für sie bei einem kaufmännisch vernünftigen Verhalten ein erheblicher Anreiz [bestehe], höhere Margen als im Endkundengeschäft, an dem auch Wettbewerber beteiligt sind, zu erzielen und deshalb tendenziell höhere Vorleistungspreise zu fordern.“⁵

Diese Feststellung ist dem OLG offenkundig so wichtig und entscheidungstragend, dass es an anderer Stelle im Beschluss noch deutlicher heißt, die Verpflichtung, „dritten Telekommunikationsunternehmen den Netzzugang zu denselben Preisen und Konditionen wie den eigenen Muttergesellschaften einzuräumen, wirkt dem Anreiz der Zusammenschlussbeteiligten, höhere als die im unverfälschten Wettbewerb zu erwartenden Vorleistungsentgelte zu verlangen, um anschließend mit niedrigen Preisaufschlägen im Endkundengeschäft aufzutreten (...), nicht entgegen.“ Das Diskriminierungsverbot „begründet alleine die Pflicht zur Gleichbehandlung, nicht indes eine Verpflichtung [...], den Vorleistungskunden wettbewerbskonforme Konditionen einzuräumen.“⁶ Schließlich stellt der Beschluss noch in anderem Zusammenhang mit erfreulicher Deutlichkeit fest, dass „das Interesse der TDG, die Vorleistungsentgelte möglichst so zu bemessen, dass Angriffe auf den eigenen Endkundenstamm erschwert werden, [...] unabhängig von der Entwicklung der Nachfrage nach höheren Bandbreiten“⁷ bestehe – in anderen Worten: Dieses Interesse der TDG besteht stets und fortwährend.

Überträgt man diese grundlegenden Feststellungen auf die regulatorischen Erfordernisse einer Regulierungsverfügung, dann ist eine – zwar unbedingt erforderliche – Gleichbehandlungsverpflichtung nach Maßgabe von EoI allein noch kein ausreichendes Mittel, um gegenüber einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sicherzustellen, dass dieses für Vorleistungen wettbewerbsanaloge Preise verlangt, die sich bei funktionierendem Wettbewerb einstellen würden. Die TDG könnte sich vielmehr analog der Situation bei dem GU für die interne FTTH-Vorleistung höhere Preise berechnen, die sie dann auch unter strikter formaler Gleichbehandlung Zugangsnachfragern gewährt, im Endkundengeschäft, wo sie mit diesen Zugangsnachfragern wiederum im direkten Wettbewerb steht, ihre Preise vergleichsweise niedrig hält und – in der Diktion des OLG – insoweit mit niedrigen Preisaufschlägen auftritt. Selbst wenn diese

² Siehe Amtsbeschluss vom [05.12.2019, B7-21/18, Rdnr. 137](#)

³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.09.2021, VI-Kart 5/20 (V), S.45 des amtl. Umdrucks

⁴ aaO., S.46

⁵ aaO., S.46

⁶ aaO., S.52

⁷ aaO., S.43

Margenverschiebung noch nicht zu einer Preis-Kosten-Schere führen sollte (dazu sogleich) ist offenkundig, dass ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dergestalt zusätzliche Margen zu Lasten ihrer Wettbewerber verdient und dadurch trotz formaler Eol-Gleichbehandlung sich materiell besser stellt als ihre Wettbewerber. Schon deshalb ist evident, dass Eol kein Substitut für eine Entgeltregulierung darstellt. Demnach bedarf es neben Eol der Auferlegung von wirksamen Entgeltregulierungsverpflichtungen, die auch materiell Preise gewährleisten, die sich bei funktionierendem Wettbewerb einstellen würden.

3. Eol bannt alleine nicht die Gefahr von Preis-Kosten-Scheren

Aus den vorstehenden Darlegungen folgt zwangsläufig, dass auch ein Diskriminierungsverbot auf Grundlage von Eol nicht verhindern kann, dass es zu wettberbsfeindlichen Preis-Kosten-Scheren durch ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht kommt. Für eine Margenverschiebung bestehen hohe Anreize. Geht die bezeichnete Margenverschiebung zugunsten der FTTH-Vorleistung der TDG so weit, dass die Spanne zwischen dem Preis, den sie für diese Vorleistung von Zugangsnachfragern verlangt und ihrem entsprechenden Endkundenpreis nicht für eine angemessene Marge des Wettbewerbers ausreicht oder gar negativ ist, dann wird der Wettbewerber mittels einer Preis-Kosten-Schere ganz erheblich in seinen Wettbewerbsmöglichkeiten behindert. Die Nachbildbarkeit ist nicht mehr gewährleistet. Diese Gefahr für den Wettbewerb gerade bei FTTH-Vorleistungen eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht hat auch der Gesetzgeber klar erkannt (siehe z. B. § 38 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 TKModG). Demzufolge ist neben einer Eol-Nichtdiskriminierungsverpflichtung und einer Entgeltregulierung, die insbesondere einen effektiven Schutz vor Preis-Kosten-Schere bietet und Nachbildbarkeit gewährleistet, unabdingbar. Diese Erfordernisse werden durch den OLG-Beschluss hinsichtlich der Zugangszusage nochmals sehr konkret deutlich.

4. Auferlegung einer Zugangsverpflichtung ist notwendig – „Freiwillige“ Zugangszusage ungeeignet

Die Essenz der Ausführungen des OLG Beschlusses zur Zugangszusage ist, dass sie keine wettbewerbskonformen Vorleistungspreise und sonstige Bedingungen sicherstellt (siehe bereits oben unter 2). Weder die Nichtdiskriminierungsverpflichtung auf Eol-Basis, noch die Vermarktungsziele, eine gewisse Anzahl von Vorleistungsverträgen bis zu einem gewissen Zeitpunkt abzuschließen und so gezwungen zu sein, wettbewerbsfähige Konditionen anzubieten, ist dafür geeignet⁸. Demnach wäre eine vergleichbare Zusage der TDG zur Abwendung einer Zugangsverpflichtung im Rahmen der Regulierungsverpflichtung oder auch als Verpflichtungszusage im Sinne von § 18 TKModG völlig ungeeignet, um die Regulierungsziele des § 2, insbesondere dessen Nr. 2 der Sicherstellung chancengleichen Wettbewerbs zu gewährleisten. Deshalb, aber vor allem auch weil die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung nach § 26 TKModG essentielle und wirksame Streitlösungsmechanismen nach sich zieht (ins. Anordnungen gemäß § 35 TKModG), ist die Auferlegung einer solchen Zugangsverpflichtung auch und gerade im Hinblick auf den Zugang zu FTTH-Vorleistungen notwendig.

Mit freundlichen Grüßen

Vodafone GmbH

(Dr. Stephan Korehnke)

(Ronald Weiss)

⁸ Siehe OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.09.2021, VI-Kart 5/20 (V), S.44ff. des amtl. Umdrucks insb. zu den Vermarktungszielen



—

—

—