



75 Jahre  
Demokratie  
lebendig



Deutscher Bundestag  
Wissenschaftliche Dienste

---

## Sachstand

---

## Strategischer Überbau von Glasfasernetzen: Rechtslage

**Strategischer Überbau von Glasfasernetzen: Rechtslage**

Aktenzeichen: WD 5 - 3000 - 087/23  
Abschluss der Arbeit: 23. Oktober 2023  
Fachbereich: WD 5: Wirtschaft und Verkehr, Ernährung und Landwirtschaft

---

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

---

## Inhaltsverzeichnis

<b>1.</b>	<b>Fragestellung</b>	<b>4</b>
<b>2.</b>	<b>Einleitung</b>	<b>4</b>
<b>3.</b>	<b>Begriff und Problematik des strategischen Überbaus</b>	<b>5</b>
3.1.	Überbau von Glasfasernetzen	5
3.2.	Das Prinzip „Open Access“ als Lösungsvorschlag	5
<b>4.</b>	<b>Überbau im Telekommunikationsrecht</b>	<b>7</b>
4.1.	Öffentliche Förderung	7
4.2.	Erschweren von Überbau	8
4.3.	Regulierungsverfügungen	9
4.3.1.	Grundvoraussetzungen	9
4.3.2.	Rechtsfolge und Verfügungsvarianten	10
4.3.3.	Zur Zuständigkeitskonkurrenz von Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt	11
<b>5.</b>	<b>Beschränkungen des freien Wettbewerbs</b>	<b>12</b>
5.1.	Europarechtlicher Rahmen	12
5.2.	Eingriff in Art. 12 Grundgesetz	12

## 1. Fragestellung

Dieser Sachstand stellt den rechtlichen Rahmen des **Telekommunikationsgesetzes (TKG)**<sup>1</sup> dar, soweit er das Szenario des (strategischen) „Überbaus“ von Glasfasernetzen betrifft. Erläutert wird zudem die momentane rechtliche Relevanz des Prinzips „Open Access“ und inwieweit hierzu verpflichtet werden kann. Zudem behandelt die vorliegende Arbeit, wie die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur im Verhältnis zum Bundeskartellamt ausgestaltet ist. Abschließend wird im Überblick eine mutmaßlich zentrale verfassungsrechtliche Hürde dargestellt, sollten Eingriffe im Sinne eines Verbots von Überbau erwogen werden.

## 2. Einleitung

Der beschleunigte Breitbandausbau ist in Deutschland ein gesetzlich gefördertes Ziel. Auch die aktuelle Bundesregierung erklärt konkrete politische Ausbauziele: „Das Ziel der Bundesregierung ist, bis Ende 2025 die Glasfaseranschlüsse zu verdreifachen. Dann sollen 50 Prozent der Haushalte und Unternehmen über Glasfaser an das Netz angeschlossen sein.“<sup>2</sup>

Das **TKG** setzt mit seiner jüngsten Neuerung von 2021 europäisches Recht<sup>3</sup> weiter um. **Zweck** des TKG ist es, „durch technologie neutrale Regulierung den Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation und leistungsfähige Telekommunikationsinfrastrukturen zu fördern und flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten“ (§ 1 Abs. 1 TKG<sup>4</sup>). Der beschleunigte und für alle zugängliche Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität<sup>5</sup> ist ebenfalls Zielsetzung (§ 2 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 lit. a). Den Glasfaserausbau unterstützt der Staat überdies mit öffentlichen Fördergeldern dort, wo er nicht wirtschaftlich ist.<sup>6</sup>

---

1 Telekommunikationsgesetz vom 23.06.2021 (BGBl. I S. 1858), das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 14.03.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 71) geändert worden ist, [https://www.gesetze-im-internet.de/tkg\\_2021/index.html#BJNR185810021BJNE000200000](https://www.gesetze-im-internet.de/tkg_2021/index.html#BJNR185810021BJNE000200000).

2 Bundesregierung, 24.02.2023, Gigabitstrategie der Bundesregierung, <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/digitaler-aufbruch/gigabitstrategie-2017464>.

3 Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung), ABl. EU L 321/36, v. 17.12.2018 (EKEK), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L1972>.

4 Alle weiteren §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des TKG.

5 Der Begriff „Netze mit sehr hoher Kapazität“ meint u.a. Glasfaser, s. Legaldefinition in § 3 Nr. 33.

6 Vgl. Bundesnetzagentur, Breitbandausbau, <https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Fachthemen/Telekommunikation/Breitband/Ausbau/ausbau-node.html>.

### 3. Begriff und Problematik des strategischen Überbaus

#### 3.1. Überbau von Glasfasernetzen

Die Bundesnetzagentur erhebt seit dem Jahr 2023 in einem formlosen Monitoring Meldungen zum Phänomen des **Überbaus oder Doppelausbaus**, der auch als **strategisch** bezeichnet wird. Das für problematisch erachtete Szenario zeichnet sich dadurch aus, dass zwei Unternehmen gleichzeitig im selben Gebiet den Ausbau eines Glasfasernetzes vorantreiben. Dieser Wettbewerb kann zwar zu einer Beschleunigung des Ausbaus, aber auch dazu führen, dass einzelne Unternehmen ihre Ausbauplanungen „anpassen“, weil ein Konkurrent den Ausbau in demselben Gebiet anstrebt.<sup>7</sup> Der Wettbewerber muss sein Vorhaben unter Umständen wegen Unwirtschaftlichkeit abbrechen, wenn er davon ausgeht, nicht mehr genügend Endkunden zu gewinnen. Die doppelte Aufwendung von knappen Ressourcen wird ebenfalls als Problem angesehen. Insgesamt steht für diese Szenarien derzeit in Frage, „inwieweit [...] Praktiken zur Anwendung kommen, die möglicherweise wettbewerbswidrig sind, weil sie etwa darauf abzielen, Konkurrenten abzuschrecken und so Investitionen in den Glasfaserausbau beeinträchtigen könnten.“<sup>8</sup>

Der Überbau wurde erst als Nebenprodukt des unter dem Fortfall der Monopole liberalisierten Telekommunikationsmarktes möglich.<sup>9</sup> Ehemalige Netzmonopolistin ist die Deutsche Telekom, deren Anteilseigner noch zu etwa 30 % der Bund ist.<sup>10</sup> Wettbewerber werfen ihr nunmehr vor, sie behindere durch „strategische Manöver“ die Ausbauziele der Bundesregierung. Die Telekom plane oder baue Leitungen, obwohl ihr der Zugang zu Leitungen der Konkurrenz zur Verfügung stünde.<sup>11</sup> Auch andere Anbieter praktizieren den Überbau. Die Telekom verweist auf positive Auswirkungen des Wettbewerbsprinzips.<sup>12</sup>

#### 3.2. Das Prinzip „Open Access“ als Lösungsvorschlag

Der zuletzt genannte Vorwurf der Branchenvertreter bezieht sich auf das teils freiwillige, teils verpflichtende Prinzip des „Open Access“ bei Telekommunikationsnetzen. Dieses Prinzip bedeutet, dass die Mitnutzung der verlegten Glasfaser grundsätzlich für jeden Anbieter offensteht – zu

---

7 Vgl. Bundesnetzagentur, Monitoringstelle für Doppelausbau von Glasfasernetzen, <https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Fachthemen/Telekommunikation/Breitband/Doppelausbau/start.html>.

8 Bundesnetzagentur, Monitoringstelle für Doppelausbau von Glasfasernetzen, <https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Fachthemen/Telekommunikation/Breitband/Doppelausbau/start.html>.

9 Zur Liberalisierung mit dem TKG von 1996 (als Teil der „Postreform III“) s. Cornils, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, Einleitung A., Rn. 35 f.

10 Bzw. die Anstalt des öffentlichen Rechts des Bundes, die Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW), s. Deutsche Telekom, Aktionärsstruktur (Stand 30.06.2023), <https://www.telekom.com/de/investor-relations/aktie/aktionaers-struktur>.

11 Tagesschau.de, Konkurrenten beschwerten sich über Telekom, v. 13.04.2023, <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/digitales/glasfaserausbau-telekom-101.html>.

12 Tagesschau.de, Telekom weist Kritik an Glasfaserausbau zurück, v. 23.05.2023, <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/unternehmen/telekom-glasfasernetz-kritik-100.html>.

marktverhandelten Konditionen.<sup>13</sup> Technische Standards sind dabei noch nicht abschließend rechtlich oder branchenintern geklärt. Im förderrechtlichen Regelungskontext<sup>14</sup> umfasst dies jedoch mindestens, dass der Betreiber eines Netzes anderen Unternehmen „**offenen, diskriminierungsfreien Zugang**“ (so wortgleich das TKG, zum Kontext, s.u. 4.2.) gewährt zu bereits errichteten Infrastrukturen, insbesondere zu Leerrohren, Kabelverzweigern, unbeschalteter Glasfaser, zum Bitstromzugang und, wenn technisch möglich, zur vollständig entbündelten Teilnehmeranschlussleitung.<sup>15</sup> An diesen „offenen, diskriminierungsfreien Zugang“ sind die europarechtlich zulässigen Beihilfen (Förderungen) gekoppelt (Details s.u. 4.1.).<sup>16</sup>

**Öffentlich geförderte Netze** sollen auch nach dem Willen des Gesetzgebers allen Betreibern zugänglich sein.<sup>17</sup> Nach § 155 Abs. 1 besteht daher seit 2021 ein **gesetzlicher Anspruch** des Zugangsnachfragers gegenüber dem geförderten Betreiber auf diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang.<sup>18</sup> Der Zugangsnachfrager musste sich vor der Neuerung darauf verlassen, dass die Förderbedingung des „Open Access“ auch tatsächlich umgesetzt bzw. zu seinen Gunsten durchgesetzt

- 
- 13 Atene KOM, Open Access kann unnötigen Überbau beenden, 24.01.2023, <https://atekom.eu/open-access-kann-unnoetigen-ueberbau-beenden/#:~:text=Das%20Ziel%20der%20Bundesregierung%20wurde,Glasfaseransch%C3%BCssen%20bis%20ins%20Haus%20geben.>
- 14 § 7 Abs. 2 Rahmenregelung der Bundesrepublik Deutschland zur Unterstützung des Ausbaus einer flächendeckenden Next Generation Access (NGA-)Breitbandversorgung, v. 15.06.2015 (befristet bis 31.12.2021), S. 8 f., <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/B/beihilfenkontrollpolitik-rahmenregelung-brd-unterstuetzung-aufbau-nga-breitbandversorgung.html>; nun bis 2025 geltend ist § 8 Rahmenregelung der Bundesrepublik Deutschland zur Unterstützung des flächendeckenden Aufbaus von Gigabitnetzen in „grauen Flecken“, v. 13.11.2020 (Gigabit-Rahmenregelung), S. 9, <https://bmdv.bund.de/SharedDocs/DE/Anlage/DG/Digitales/gigabit-rahmenregelung.pdf?blob=publicationFile>.
- 15 Kind, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 155, Rn. 31 ff; Entbündelt bedeutet: es entsteht ein physisch oder virtuell eigener, von den Leistungen des Betreibers unabhängiger Zugang, vgl. Bundesförderung Breitband, Open Access und VULA im geförderten Breitbandausbau, <https://gigabit-projekttraeger.de/open-access-und-vula-im-gefoerderten-breitbandausbau/>.
- 16 Dies spricht dafür, die Details des Begriffs „Open Access“ und „offener Netzzugang“ parallel zum förderrechtlichen Rahmen auch im TKG zu verstehen, vgl. im Ergebnis Kind, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 155, Rn. 31 ff. Da in der Branche **uneinheitliche Verwendungen** v.a. im eigenwirtschaftlichen (nicht geförderten) Ausbau bestehen, arbeitet die Bundesregierung im „Gigabitforum“ im Austausch mit der Branche an gemeinsamen Standards, s. Atene KOM, Open Access kann unnötigen Überbau beenden, 24.01.2023, <https://atekom.eu/open-access-kann-unnoetigen-ueberbau-beenden/#:~:text=Das%20Ziel%20der%20Bundesregierung%20wurde,Glasfaseransch%C3%BCssen%20bis%20ins%20Haus%20geben.> Der Branchenverband BREKO (Bundesverband Breitbandkommunikation e.V.) hat zuletzt ein Positionspapier zu einer einheitlichen Definition verfasst, BREKO-Positionspapier Open Access im Glasfaserbau, August 2023, [https://www.brekoverband.de/site/assets/files/37769/breko\\_positionspapier\\_open\\_access.pdf](https://www.brekoverband.de/site/assets/files/37769/breko_positionspapier_open_access.pdf).
- 17 Kind, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 155, Rn. 2.
- 18 Die erste (und Netzzugang zusprechende) Entscheidung der Bundesnetzagentur als nationale Streitbeilegungsstelle gem. § 149 Abs. 1 Nr. 5 in einem Streit um den offenen Netzzugang nach § 155 Abs. 1 erging als Beschluss v. 21.11.2022, BK11-22/006, [https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Beschlusskammern/1\\_GZ/BK11-GZ/2022/BK11-22-0006/BK11-22-0006\\_Beschluss.html](https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Beschlusskammern/1_GZ/BK11-GZ/2022/BK11-22-0006/BK11-22-0006_Beschluss.html).

wird. § 155 Abs. 2 fingiert im Übrigen als „gefördert“ die gesamte vom Betreiber genutzte Infrastruktur, d. h. auch die genutzte Bestandsinfrastruktur.<sup>19</sup>

Die Nutzung des Prinzips „Open Access“ diskutieren sowohl Branchenvertreter als auch die Bundesregierung als Lösungsansatz für die Überbau-Problematik.<sup>20</sup> Der Verband kommunaler Unternehmen (VKU) vertritt beispielsweise die Ansicht, das Prinzip „Open Access“ habe „längst den Siegeszug angetreten.“ Technisch gebe es „keinen Grund, ein eigenes Netz dorthin zu bauen, wo andere bereits ein Glasfasernetz zur Verfügung stellen. Sinnvoller wäre es, all die Kapazitäten und Ressourcen in die Gebiete zu lenken, die noch immer auf ihren Anschluss ans schnelle Internet warten.“<sup>21</sup> Ein Hindernis stellt momentan dar, dass Bitstromzugänge im „Open Access“ dem Zugangsnachfrager so teuer angeboten werden, dass sich der **eigene Ausbau** (Überbau) für den Konkurrenten wieder lohnt.<sup>22</sup>

Inwieweit das Gesetz momentan Verknüpfungen zwischen dem Überbau und „Open Access“ enthält, wird im Folgenden deutlich.

## 4. Überbau im Telekommunikationsrecht

### 4.1. Öffentliche Förderung

Das TKG unterscheidet beim Netzausbau teils nach geförderten und eigenwirtschaftlichen Netzen, daher ist diese Unterscheidung hier vorab zu bedenken.

Zudem ist zunächst zu erläutern, inwieweit auch der doppelte Ausbau **förderfähig** ist: Förderfähig sind nach der aktuellen (den EU-Breitbandleitlinien<sup>23</sup> folgenden) Gigabit-Rahmenregelung (s. Fn. 14) Gebiete, in denen noch **kein** NGA-Netz<sup>24</sup> vorhanden ist oder in denen bereits **ein** NGA-Netz besteht („weiße“ und „graue Flecken“, § 1 Abs. 2 Gigabit-Rahmenregelung). Lediglich „schwarze Flecken“, an denen zwei Netze ausgebaut sind oder in denen die vorhandene oder innerhalb der nächsten drei Jahren geplante Infrastruktur den Endkunden eine Datenrate von mehr

---

19 Vgl. Kind, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 155, Rn. 42.

20 Atene KOM, Open Access kann unnötigen Überbau beenden, 24.01.2023, <https://atenekom.eu/open-access-kann-unnoetigen-ueberbau-beenden/#:~:text=Das%20Ziel%20der%20Bundesregierung%20wurde,Glasfaseransch%C3%BCssen%20bis%20ins%20Haus%20geben>.

21 VKU, VKU Branchenumfrage: Strategischer Überbau hemmt Glasfaser-Ausbau, <https://www.vku.de/presse/pressemittelungen/vku-branchenumfrage-strategischer-ueberbau-hemmt-glasfaser-ausbau/>.

22 Atene KOM, Open Access kann unnötigen Überbau beenden, 24.01.2023, <https://atenekom.eu/open-access-kann-unnoetigen-ueberbau-beenden/#:~:text=Das%20Ziel%20der%20Bundesregierung%20wurde,Glasfaseransch%C3%BCssen%20bis%20ins%20Haus%20geben>.

23 Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau (2013/C 25/01) (EU-Breitbandrichtlinie), ABl. EU C 25/1, v. 26.01.2013, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:025:0001:0026:de:PDF>.

24 „Next Generation Access“, zur Definition der Anforderungen s. 3. 1. (Arten von Breitbandnetzen) der EU-Breitbandrichtlinie (Fn. 23).

als 500 Mbit/s zur Verfügung stellen kann, sind von der Förderung ausgeschlossen (§ 1 Abs. 7 Gigabit-Rahmenregelung). Es ist jedoch je nach gefördertem Betriebsmodell („Wirtschaftlichkeitslückenförderung“ oder „Betreibermodell“, s. § 3 Gigabit-Rahmenregelung) ein Widerspruch des „Erstbetreibers“ gegen die Inbetriebnahme des weiteren Netzes innerhalb des Förderzeitraums (Zweckbindungsfrist) des ersten Netzes möglich und zu berücksichtigen (§ 1 Abs. 6 Gigabit-Rahmenregelung).

#### 4.2. Erschweren von Überbau

Aus der soeben dargestellten Förderregelung ergibt sich, dass ein Überbau von Glasfasernetzen gesetzlich vorgesehen und (noch ungeachtet „strategischer“ Überlegungen) nicht verboten ist.

„**Überbau**“ bedeutet nach der Legaldefinition des § 3 Nr. 66 „die nachträgliche Dopplung von Telekommunikationsinfrastrukturen durch parallele Errichtung, soweit damit dasselbe Versorgungsgebiet erschlossen werden soll“.

Um den Doppelausbau gegenüber einem erstmaligen Ausbau in bestimmten Fällen wenigstens zu erschweren, sieht das TKG einige Regelungen vor. Danach müssen Netzbetreiber nicht – wie sonst vorgesehen – mit überbauenden Unternehmen kooperieren, oder dürfen dies gar nicht:

Die Unternehmen im Glasfaserausbau können bei anderen Betreibern „öffentlicher Versorgungsnetze“ gem. § 138 Abs. 1 die **Mitnutzung** ihrer **passiven Netzinfrastrukturen** beantragen. Die öffentlichen Versorgungsnetze, bei denen dies beantragt werden kann, können sein: physische Infrastruktur für Telekommunikation, Gas, Elektrizität, Fernwärme, Abwasser sowie für Verkehrsdienste, d. h. Straßen und Schienen, jeweils auch still gelegte oder erst entstehende Strukturen (§ 3 Nr. 43). Deren passive Netzinfrastrukturen sind gem. § 3 Nr. 45 „zum Beispiel Fernleitungen, Leer- und Leitungsrohre, Kabelkanäle, Kontrollkammern, Einstiegsschächte, Verteilerkästen, Gebäude und Gebäudeeingänge, Antennenanlagen und Trägerstrukturen wie Türme, Lichtzeichenanlagen (Verkehrsampeln) und öffentliche Straßenbeleuchtung, Masten und Pfähle; Kabel, einschließlich unbeschalteter Glasfaserkabel, sind keine passiven Netzinfrastrukturen.“ Ein Antrag auf die Mitnutzung darf gem. § 141 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 7 nur aus „objektiven, transparenten und verhältnismäßigen Gründen“ abgelehnt werden, und zwar ausdrücklich dann, wenn ansonsten „der Überbau von bestehenden Glasfasernetzen, die einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang zur Verfügung stellen“ erfolgen würde. Hier ist der Überbau somit **schlechter gestellt**. Zu bemerken ist, dass der Antrag bei absehbarem Überbau nicht abgelehnt werden muss, sondern nur „darf“. Die Mitnutzung von Infrastruktur kann also auch beim Überbau zugelassen werden. Vereinbarungen über die Mitnutzung sind der Bundesnetzagentur binnen Frist zur Kenntnis zu geben (§ 138 Abs. 4).

Des Weiteren können die **Bauarbeiten** zur Glasfaserverlegung mit Bauarbeiten an anderen öffentlichen Versorgungsnetzen mit deren Inhabern vertraglich koordiniert<sup>25</sup> werden (§ 143 Abs. 1). Einen Antrag auf Koordinierung der Bauarbeiten kann ein Unternehmen bei einem anderen

---

25 Die Koordinierung wird teilweise (selbst von der Bundesnetzagentur) als „Mitverlegung“ bezeichnet, auch wenn das Gesetz gem. § 146 unter diesem Begriff speziell die vorsorgliche Mitverlegung von sog. passiver Netzinfrastruktur (wie etwa Leerrohre, s. § 3 Nr. 45) für den späteren Ausbau (z.B. Glasfaser) durch einen anderen Netzhaber regelt.



Netzinhaber gem. § 143 Abs. 2 stellen. In dem Antrag sind u. a. die geplanten Netzkomponenten für Glasfaser anzugeben. Dieser Antrag ist durch den anderen Netzinhaber allerdings so weit **abzulehnen**, wie „durch die zu koordinierenden Bauarbeiten ein geplantes öffentlich gefördertes Glasfasernetz, das einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang zur Verfügung stellt, überbaut würde“ (§ 143 Abs. 4 Nr. 4). Hier ist anders als beim o.g. Mitnutzungsantrag die Ablehnung beim Überbau zwingend vorgeschrieben. Auch diese Koordinierungsvereinbarungen sind der Bundesnetzagentur binnen Frist zur Kenntnis zu geben (§ 143 Abs. 5).

Diese wenigen Regelungen können – so das **Fazit** – den Überbau nur in ganz bestimmten Fällen und nur im Bereich der Kooperation mit anderen Infrastrukturbetreibern schlechter stellen: Die Schlechterstellung betrifft zum einen nur den Fall, dass von dem Konkurrenten ein anderes Netz per „Open Access“ mitgenutzt werden könnte. Zum anderen greifen die Regelungen nur dann, wenn das überbauende Unternehmen auf die Mitnutzung oder Koordinierung von Infrastruktur und Bauarbeiten angewiesen ist und teils auch dann nur, wenn der weitere Infrastrukturbetreiber den Überbau überhaupt verhindern will.

### 4.3. Regulierungsverfügungen

#### 4.3.1. Grundvoraussetzungen

Zur Regulierung des Telekommunikationsmarktes regelt das TKG auch die behördlichen Eingriffsbefugnisse. Die Grundnorm für einen Eingriff der Bundesnetzagentur ist § 13. Keiner der darin vorgesehenen Eingriffe betrifft allerdings speziell den Überbau. Das Regime des § 13 wird unter Hervorhebung der Möglichkeit einer Zugangsverpflichtung im Überblick dargestellt:

Sog. Regulierungsverfügungen sind die „Auferlegung, Änderung, Beibehaltung oder der Widerruf einer Verpflichtung nach §13 Abs. 1 und 2“ (§ 13 Abs. 3). § 13 Abs. 1 lautet: „Die Bundesnetzagentur erlegt Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, Verpflichtungen nach den §§ 24 bis 30, 38 oder 49 auf, ändert bestehende Verpflichtungen oder behält diese bei, wenn sie der Ansicht ist, dass das Marktergebnis für die Endnutzer ohne diese Verpflichtungen **keinen wirksamen Wettbewerb** darstellen würde.“

Notwendig für einen solchen Eingriff ist die Festlegung des regulierungsbedürftigen Marktes und eines Unternehmens (oder mehrerer) mit beträchtlicher Marktmacht gem. §§ 10, 11. Diese Entscheidungen ergehen als einheitlicher **Verwaltungsakt** mit der Entscheidung über die Regulierungsverfügung (§ 13 Abs. 7). In dem Verwaltungsakt ist die erforderliche Ansicht zu begründen, dass das Marktergebnis für die Endnutzer ohne die Verpflichtungen der Verfügung keinen wirksamen Wettbewerb darstellen würde.<sup>26</sup> Der Begriff des wirksamen Wettbewerbs ist europarechtskonform anhand der einschlägigen Richtlinie<sup>27</sup> und damit endnutzerorientiert auszulegen.<sup>28</sup> Weiter erfolgt die Auslegung nach allgemeinen kartellrechtlichen Kriterien, die den Schutz des Wettbewerbs als solchen bezwecken.<sup>29</sup> Das Telekommunikationsrecht verfolgt darüber hinaus die

---

26 Louven/Ufer, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 13, Rn. 21.

27 EKEK, vgl. Fn. 3.

28 Louven/Ufer, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 13, Rn. 22 f.

29 Louven/Ufer, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 13, Rn. 22.

spezielleren Regulierungsziele in § 2,<sup>30</sup> etwa „die Interessen der Nutzer [zu fördern,] indem sie die Konnektivität, die breite Verfügbarkeit sowie den beschleunigten Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität wie auch von Telekommunikationsdiensten sicherstellen und deren Nutzung fördern“ (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 lit. a).

#### 4.3.2. Rechtsfolge und Verfügungsvarianten

Bei Vorliegen dieser Grundvoraussetzungen kommt der Bundesnetzagentur ein **Regulierungsermessen** zu, welches nach der Rechtsprechung mit einer Abwägung verbunden ist, die sich an der Vielzahl der Regulierungszwecke des § 2 auszurichten hat.<sup>31</sup> Nach dem Entschließungsermessen („Ob“ des Tätigwerdens) ist das Auswahlermessen („Wie“) dahingehend eröffnet, welche Maßnahme sie einsetzt. In Betracht kommen grundsätzlich<sup>32</sup> alle Maßnahmen der in § 13 Abs. 1 genannten speziellen Normen: Zugangsverpflichtungen gemäß § 26, die Durchsetzung des Diskriminierungsverbots (§ 24), die Transparenzverpflichtung (§ 25), die getrennte Rechnungslegung (§ 30) oder Maßnahmen der Entgeltregulierung (§§ 38 oder 49).

Vor dem Hintergrund des „Open Access“ ist das **Zugangsregime** der §§ 24-30 wohl besonders relevant: Dessen Kernregelung ist § 26.<sup>33</sup> Nach § 26 Abs. 1 i. V. m. Abs. 3 Nr. 1 kann beispielsweise einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegt werden, „Zugang zu bestimmten physischen Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen einschließlich des physisch entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss zu gewähren“. Nach Nr. 3 kann auferlegt werden, „Zugang zu bestimmten aktiven oder virtuellen Netzkomponenten und -diensten, einschließlich des virtuell entbündelten Breitbandzugangs, zu gewähren“. Zusätzlich zu § 13 ist gem. § 26 Abs. 1 Voraussetzung, dass andernfalls die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endkundenmarktes behindert würde und die Interessen der Endnutzer beeinträchtigt würden. Sollte die Bundesnetzagentur die Zugangsverpflichtung aussprechen, muss sie gem. § 29 Abs. 1 Nr. 1 (entgegen dem Wortlaut „kann“)<sup>34</sup> das Unternehmen auch verpflichten, ein Standardangebot für die Zugangsleistungen zu veröffentlichen, deren Gewährung sie ihm nach § 26 auferlegt hat. Dieses Standardangebot muss sie gem. § 29 Abs. 3 nach den Kriterien

---

30 Vgl. Louven/Ufer, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 13, Rn. 22.

31 Geppert, in: Geppert/Schütz, 5. Aufl. 2023, Beck'scher TKG-Kommentar, § 26, Rn. 25.

32 Ausnahmen gelten durch Privilegierungen bestimmter Marktteilnehmer, z. B. können gem. § 33 gegenüber den Unternehmen, die ausschließlich auf der sog. Vorleistungsebene (d. h. nicht auf dem Endkundenmarkt) tätig sind, keine Verpflichtungen den §§ 25 (Transparenzverpflichtung), 26 Nr. 10 (Zugang zu baulichen Anlagen), 27 (einheitliche Rechnungsstellung und Inkasso), 29 (Veröffentlichung eines Standardangebots) und 30 (getrennte Rechnungslegung) auferlegt werden, da der Gesetzgeber davon ausgeht, dass diese Unternehmen wenig Interesse an einer Diskriminierung von Zugangsnachfragern haben, sondern stets ihre Netze voll auslasten wollen – s. dazu Wolfram, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 33, Rn. 1 u. 8 mit Verweis auf den Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung) und zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts (Telekommunikationsmodernisierungsgesetz), BT-Drs. 19/26108, S. 269.

33 So Geppert, in: Geppert/Schütz, 5. Aufl. 2023, Beck'scher TKG-Kommentar, § 26, Rn. 1.

34 Wegen § 69 Abs. 4 UAbs. 2 EKEK ist das Ermessen durch Unionsrecht auf null reduziert, s. Geppert, in: Schütz/Geppert, 5. Aufl. 2023, Beck'scher TKG-Kommentar, § 29, Rn. 29.

„**Chancengleichheit, Billigkeit und Rechtzeitigkeit**“ überprüfen. Nach der Rechtsprechung von Bundesgerichtshof und Bundesverwaltungsgericht bedeutet dies eine zivilrechtliche AGB-Prüfung (Allgemeine Geschäftsbedingungen) gem. §§ 307 ff. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) durch die Bundesnetzagentur.<sup>35</sup> Nach der **Verwaltungspraxis** der Bundesnetzagentur ist das Standardangebot ein Instrument, um dem in der Regulierungsverfügung festgestellten **Marktversagen** zu begegnen. Insofern dürfen Wettbewerber unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit keine besseren Bedingungen fordern, als sie zwischen Unternehmen in einem wettbewerblichen Umfeld zu erwarten wären.<sup>36</sup>

#### 4.3.3. Zur Zuständigkeitskonkurrenz von Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt

Das Verhältnis des TKG zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)<sup>37</sup> ist umstritten. Nach § 2 Abs. 4 ist die Abgrenzung zum allgemeinen Wettbewerbsrecht wie folgt geregelt: „Die Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen bleiben, soweit nicht durch dieses Gesetz ausdrücklich abschließende Regelungen getroffen werden, anwendbar. Die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden bleiben unberührt.“ Die Parallelitätsthese (beide Gesetze parallel anwendbar) steht in dem Meinungsstreit der Spezialitätsthese gegenüber (das speziellere TKG verdrängt das GWB).<sup>38</sup> Für Letztere sprechen die folgenden Argumente: Zum einen sind die Überschneidungen im Einklang mit der allgemeinen Dogmatik lösbar (lex specialis derogat legi generali). Zum anderen lässt sich § 2 Abs. 4 auch in dem Sinne verstehen, dass in der Formulierung, dass abschließende Vorschriften bestehen, eine **implizite Vorrangregelung** zugunsten des TKG zum Ausdruck kommt.<sup>39</sup>

Das TKG adressiert das Konkurrenzproblem ergänzend über § 197. Danach entscheidet die Bundesnetzagentur in bestimmten Fällen im **Einvernehmen** mit dem Bundeskartellamt (z. B. die Festlegung der regulierungsbedürftigen Märkte gem. §§ 10, 11, s.o.) oder gibt ihm Gelegenheit zur Stellungnahme. Gem. § 197 Abs. 5 wirken beiden Behörden „auf eine einheitliche und den Zusammenhang mit dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen wahrende Auslegung dieses Gesetzes, auch beim Erlass von Verwaltungsvorschriften, hin. Sie haben einander Beobachtungen und Feststellungen mitzuteilen, die für die Erfüllung der beiderseitigen Aufgaben von Bedeutung sein können.“

---

35 Geppert, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 29, Rn. 54 f.

36 Geppert, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 29, Rn. 57.

37 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 23. Juni 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 167) geändert worden ist, <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/>. Weitere Wettbewerbsbehörde ist die EU-Kommission aufgrund des unionsrechtlichen Wettbewerbsrahmens (Art. 101 ff. Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union – AEUV).

38 Cornils, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 2, Rn. 81 und 85 ff.

39 Cornils, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 2, Rn. 87.

## 5. Beschränkungen des freien Wettberwerbs

### 5.1. Europarecht

Unionsverfassungsrecht statuiert die offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb,<sup>40</sup> wobei die Wirtschaftspolitik in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten liegt.<sup>41</sup> Im Verhältnis von nationalem Recht und Unionsrecht gilt das Prinzip des Anwendungsvorrangs des Europarechts. Richtlinien sind in der Form umzusetzen, die sich zur „Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit (**effet utile**) der Richtlinien unter Berücksichtigung des mit ihnen **verfolgten Zwecks** am besten eignen.“<sup>42</sup> Insoweit ist die Einführung einer Verbotsbefugnis oder eines pauschalen gesetzlichen Verbots von Überbau bedenklich: Es bestehen Anhaltspunkte, dass ein Verbot den Zielen der im TKG umgesetzten Richtlinie widersprechen würde. Das Regime der Regulierung in § 13 TKG (s. o. 4.3.) entspricht bereits nahezu gänzlich der Richtlinie, während ein Verbot über den vorgesehenen **Maßnahmenkatalog** hinausgehen würde.<sup>43</sup> Ziel der Richtlinie ist es, „die Bereitstellung unionsweiter hochwertiger, öffentlich zugänglicher Dienste durch wirksamen Wettbewerb und **Angebotsvielfalt** zu gewährleisten“ (Art. 1 Abs. 2 lit. b Europäischer Kodex für die elektronische Kommunikation – EKEK).<sup>44</sup> Zudem ist sie darauf ausgelegt, gerade die „sektorspezifische Vorabregulierung [...] schrittweise abzubauen und letztendlich sicherzustellen, dass die elektronische Kommunikation **nur dem Wettbewerbsrecht** unterliegt.“<sup>45</sup> Die Erwägungsgründe führen weiter aus: „[...] Endnutzer [werden] aufgrund des infrastrukturbasierten Wettbewerbs voraussichtlich in größerem Maße von Verbesserungen der Netzqualität profitieren als in Märkten, in denen weiterhin **nur ein Netz** zur Verfügung steht.“<sup>46</sup>

### 5.2. Berufsfreiheit (Art. 12 Grundgesetz)

Die Beschränkungen des freien Wettberwerbs in Form einer Verbotsbefugnis oder eines pauschalen gesetzlichen Verbots von Überbau müssten mit der im Grundgesetz verankerten

---

40 Art. 3 Abs. 2 Unterabsatz 1 („in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft“) und Art. 119 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Konsolidierte Fassung, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:de:PDF>) sowie Art. 120 S. 2 AEUV („Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“), Ruffert, in: BeckOK Grundgesetz, 56. Ed. 15.08.2023, Art. 12, Rn. 13.

41 Häde, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 6. Aufl. 2022, Art. 120 AEUV, Rn. 1.

42 Grundlegend Europäischer Gerichtshof (EuGH), Rs. 48/75, Sammlung 1976, 497, Rn. 69, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A61975CJ0048>.

43 Louven/Ufer, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 13, Rn. 19; zur Entstehungsgeschichte des § 13 im Detail Gurlit, in: Säcker/Körber, Kommentar TKG/TTDGS, § 13 TKG, Rn. 4 ff.

44 Siehe oben Fn. 3.

45 Erwägungsgrund (ErwGr) 29 RL (EU) 2018/1972 (EKEK).

46 ErwGr 190 RL (EU) 2018/1972 (EKEK).

**Wirtschaftsverfassung**<sup>47</sup> vereinbar sein. Eine Bewertung hierzu kann nur anhand eines konkreten Regelungsentwurfs erfolgen. Grundsätzlich gilt Folgendes:

Zentrale Garantien für die freiheitliche Wirtschaftsverfassung und damit zugleich Hürden für Eingriffe in die Wirtschaft sind die Berufsfreiheit des Art. 12 Grundgesetz<sup>48</sup> und das Eigentumsgrundrecht gem. Art. 14 Abs. 1 GG.<sup>49</sup> Ein Verbot von Überbau, in welcher Ausgestaltung auch immer, dürfte die berufliche Betätigung von Unternehmen (juristischer Personen, Grundrechtsfähigkeit gem. Art. 19 Abs. 3 GG) beschränken, sodass **Art. 12 GG** als Grundrecht einschlägig wäre.

Bei der Prüfung von Eingriffen in Art. 12 GG unterscheidet das Bundesverfassungsgericht zwischen Berufsausübungsregeln (mildester Eingriff), subjektiven Berufswahlregelungen (schärferer Eingriff) und objektiven Berufswahlregelungen (am schwersten wiegender Eingriff).<sup>50</sup> Nach dieser Unterscheidung richtet sich, welches Maß an **Rechtfertigungsaufwand** für den Eingriff notwendig ist:

Ein Verbot des Überbaus wäre mutmaßlich nicht von subjektiven, d. h. an der Person festgemachten und von ihr beeinflussbaren Eigenschaften abhängig (subjektive Berufswahlregelung). Würde die Glasfaserverlegung an bestimmten Orten (Orte mit vorhandener Glasfaserversorgung) untersagt werden, wäre das „Schon-Vorhandensein“ einer Glasfaserversorgung ein objektives Kriterium, das nicht in der Person liegt und auf das die Person keinerlei Einfluss hat. Als eine Vorgabe notwendiger örtlicher Gegebenheiten könnte diese Form von Verbot eine bloße Berufsausübungsregel („Wie“ der Betätigung) sein. Eine solche ist zulässig, wenn sie aufgrund vernünftiger Allgemeinwohlerwägungen zweckmäßig erscheint und im Übrigen verhältnismäßig (zur Zielerreichung geeignet, mangels milderer Mittel erforderlich und nach Abwägung angemessen) ist.<sup>51</sup>

**Konkurrentenschutz** als solcher ist nach der Rechtsprechung grundsätzlich zwar kein Gemeinwohlbelang, der Einschränkungen der Berufsfreiheit zu rechtfertigen vermag, doch sei es „dem Gesetzgeber nicht verwehrt, Konkurrenzvorteile zu unterbinden, die aus der Verfolgung eines anderweitigen legitimen Schutzziels abgeleitet werden können“.<sup>52</sup> Ein Allgemeininteresse an Ressourcenschonung und Klimaschutz wurde beispielsweise für die Anschluss-, Abnahme- und

---

47 Unter Wirtschaftsverfassung ist die „Summe der verfassungsrechtlichen Gestaltungselemente der Ordnung der Wirtschaft“ zu verstehen – s. Ruffert, in: BeckOK Grundgesetz, 56. Ed. 15.08.2023, Art. 12, Rn. 11.

48 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 19. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2478) geändert worden ist (GG), <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>.

49 Vgl. Ruffert, in: BeckOK Grundgesetz, 56. Ed. 15.08.2023, Art. 12, Rn. 12.

50 Ruffert, in: BeckOK Grundgesetz, 56. Ed. 15.08.2023, Art. 12, Rn. 93 ff.

51 Vgl. Mann, in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 12, Rn. 126.

52 In diesem Fall Arbeitsschutz: BVerfGE 111, 10 („Ladenschlussgesetz III“), Rz. 120, [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2004/06/rs20040609\\_1bvr063602.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2004/06/rs20040609_1bvr063602.html); Mann, in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 12, Rn. 128.

Vergütungspflicht bei Einspeisung regenerativer Energien zu Lasten der Betreiber von Energieversorgungsnetzen angenommen – jedoch bestanden wiederum Zweifel an der Erforderlichkeit.<sup>53</sup>

Je nach Ausgestaltung und Adressaten könnte ein Überbau-Verbot auch eine **objektive Berufswahlregelung** darstellen oder als Berufsausübungsregel deren Wirkung zumindest nahekommen. Die Abgrenzung dieser Eingriffsformen ist deshalb schwierig, weil es auf den Zuschnitt des „Berufsbilds“ bzw. Tätigkeitfeldes des konkret Betroffenen ankommt, je nachdem, ob dieser nur sein Tätigkeitsspektrum anpassen muss oder ob er seine Tätigkeit gar nicht mehr ausführen kann.<sup>54</sup> Der Zugang zum Berufsfeld könnte jedenfalls für Einige durch ein Verbot ganz verschlossen sein. In diesem Fall würde die Maßnahme verschärften Rechtfertigungsanforderungen unterliegen.<sup>55</sup> Eine objektive Berufswahlregelung ist nur zur Abwendung einer nachweislichen oder höchstwahrscheinlichen Gefahr für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut zulässig.<sup>56</sup> Hieran schließt sich noch die Verhältnismäßigkeitsprüfung an. Für die Ziele der Ressourcenschonung und des gleichmäßigeren Ausbaus von Glasfaser dürfte jedenfalls, selbst wenn sie ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut darstellen sollten, tendenziell eher keine nachweisliche oder höchstwahrscheinliche Gefahr bestehen. Das Bundesverfassungsgericht hat in der Vergangenheit in zwei Entscheidungen die Nichtzulassung eines Wettbewerbers aus den Gründen, dass der Markt bereits versorgt sei und sich schädliche Folgen für den Wettbewerb ergeben könnten, jeweils als objektive Berufswahlregeln für die Kläger verstanden und die gesetzliche Maßnahme mangels ausreichender Rechtfertigungsgründe für verfassungswidrig erklärt (Apotheken<sup>57</sup>; Taxigewerbe<sup>58</sup>). Für die vorliegende Konstellation des Glasfaserausbaus besteht noch keine unmittelbar anwendbare Rechtsprechung.

\*\*\*

---

53 Als milderes Mittel wurde die Übernahme von Kosten durch den Staat diskutiert; Mann, in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 12, Rn. 128.

54 Zu dieser Abgrenzung Mann, in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 12, Rn. 82 ff.

55 Beispiele für „Berufsausübungsregeln, die einem Eingriff in die Berufswahlfreiheit nahekommen“ bei Ruffert, in: BeckOK Grundgesetz, 56. Ed. 15.08.2023, Art. 12, Rn. 96.

56 Ruffert, in: BeckOK Grundgesetz, 56. Ed. 15.08.2023, Art. 12, Rn. 99.

57 BVerfG, Urteil vom 11.06.1958 – 1 BvR 596/56, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv007377.html>, Auszüge aus den Urteilsgründen s. NJW 1958, 1035.

58 Gegenstand war eine Bedürfnis-Prüfung zum Schutz der Funktionsfähigkeit des Taxenverkehrs: BVerfG, Beschluss vom 08.06.1960 – 1 BvL 53/55, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv011168.html>, Auszüge aus den Urteilsgründen des Bundesverfassungsgerichts s. NJW 1960, 1515 ff.