



## Neuer Rechtsrahmen für die Regulierung des Glasfaserausbaus

Im aktuellen Koalitionsvertrag der Bundesregierung wird das Ziel formuliert, ab 2025 für alle Bürger einfachgesetzlich einen Anspruch auf schnelles Internet einzuführen. Hierbei soll Deutschland über Gigabit-Netze versorgt werden. Damit ein solcher Anspruch garantiert werden kann, ist es wiederum notwendig, den Ausbau der Glasfaseranschlüsse zu fördern.<sup>1</sup> Nach Art. 87f Abs. 1 GG hat der Bund im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen sicherzustellen. Diese Leistungen werden als privatwirtschaftliche Tätigkeiten durch private Anbieter erbracht. Demnach enthalten die verfassungsrechtlichen Bestimmungen „insoweit die Grundsatzentscheidungen für die Privatisierung und für das Wettbewerbsprinzip“<sup>2</sup>. Das neue Telekommunikationsgesetz (TKG)<sup>3</sup>, das am 26.06.2004 das vorherige Gesetz vom 25.07.1996<sup>4</sup> ablöste, stellt dabei ein Regulierungsgesetz dar, das darauf abzielt, den verfassungsrechtlichen Gewährleistungsauftrag umzusetzen.<sup>5</sup>

Mit der am 20.12.2018 in Kraft getretenen europäischen Richtlinie 2018/1972 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation<sup>6</sup> wird ferner angestrebt, vermehrt Anreize für Investitionen in Hochgeschwindigkeitsnetze zu schaffen. Um entsprechende Investitionen ins deutsche Glasfasernetz zu erleichtern, sollen die Regulierungen in diesem Bereich verringert und stattdessen auf marktverhandelte Open-Access-Lösungen gesetzt werden.<sup>7</sup> Ein Referentenentwurf zur Umsetzung der europäischen Vorgaben sowie der gesetzten Ziele im Koalitionsvertrag wird derzeit erarbeitet. Dieses Gesetzesvorhaben bietet folglich Anlass, die Entwicklung der

---

<sup>1</sup> Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, S. 38 Rn. 1625 ff., abrufbar unter: <<https://www.bundesregierung.de/resource/blob/656734/847984/5b8bc23590d4cb2892b31c987ad672b7/2018-03-14-koalitionsvertrag-data.pdf?download=1>> (zuletzt abgerufen am: 02.06.2020).

<sup>2</sup> Möstl, in: Maunz/Dürig, GG, 89. EL Oktober 2019, Art. 87f Rn. 2.

<sup>3</sup> Telekommunikationsgesetz vom 22.06.2004 (BGBl. I S. 1190), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 06.02.2020 (BGBl. I S. 146) geändert worden ist.

<sup>4</sup> BGBl. I 1996, S. 1120.

<sup>5</sup> Cornils, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, § 1 Rn. 1.

<sup>6</sup> Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, Abl. L 321/36.

<sup>7</sup> Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, S. 38 Rn. 1649 ff., abrufbar unter: <<https://www.bundesregierung.de/resource/blob/656734/847984/5b8bc23590d4cb2892b31c987ad672b7/2018-03-14-koalitionsvertrag-data.pdf?download=1>> (zuletzt abgerufen am: 02.06.2020); siehe ferner: BMWi/BMVI, Eckpunkte zur TKG-Novelle 2019 vom 21.02.2019, S. 2, abrufbar unter: <[https://cdn.netzpolitik.org/wp-upload/2019/05/bmwi-bmvi\\_eckpunktepapier-tkg-novelle-2019.pdf](https://cdn.netzpolitik.org/wp-upload/2019/05/bmwi-bmvi_eckpunktepapier-tkg-novelle-2019.pdf)> (zuletzt abgerufen am: 02.06.2020); BT-Drs. 19/15851, S. 3.

Zugangsregulierung zu elektronischen Kommunikationsnetzen näher zu beleuchten und den legislativen Änderungsbedarf der Regelungen aufzuzeigen.

## A. Rechtliche Regulierung des Telekommunikationsbereichs

Grundsätzlich ist im Telekommunikationsbereich die Ex-ante-Regulierung von Telekommunikationsmärkten vorgesehen, durch die eine effektive und schnelle Marktöffnung erfolgen soll.<sup>8</sup> Dabei gelten drei Prinzipien:

„dass (1) Telekommunikationsmärkte nicht ex lege regulierungsbedürftig sind, dass (2) grundsätzlich nur marktbeherrschende Unternehmen reguliert werden (asymmetrische Regulierung) und dass (3) die Regulierung nur transitorischen Charakter hat.“<sup>9</sup>

Welche Märkte für die Regulierung in Betracht kommen, wird näher in § 10 Abs. 2 TKG geregelt. An dieser Stelle sind drei Kriterien, die kumulativ vorliegen müssen, maßgeblich:

- (1) Märkte sind durch **dauerhafte strukturelle oder rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken** gekennzeichnet,
- (2) im entsprechenden Markt ist **keine längerfristige Tendenz zu wirksamem Wettbewerb** zu erkennen,
- (3) das **allgemeine Wettbewerbsrecht ist nicht ausreichend**, um dem genannten Marktversagen entgegenzuwirken.<sup>10</sup>

Bei der entsprechenden Beurteilung wird der Bundesnetzagentur sowohl in Bezug auf den Drei-Kriterien-Test als auch hinsichtlich der Marktabgrenzung ein Beurteilungsspielraum gewährt.<sup>11</sup> Darauf folgend sind die Märkte innerhalb einer Analyse daraufhin zu untersuchen, ob auf ihnen ein funktionierender Wettbewerb stattfindet (Marktanalyse, § 11 TKG).<sup>12</sup> Sofern der Markt nach den genannten Kriterien als regulierungsbedürftig einzustufen ist, können gegen die festgestellten marktmächtigen Unternehmen „spezifische Anordnungen in den Bereichen Zugang, Entgelte, Betreiber(vor)auswahl, Mietleitungen und besondere der Missbrauchsaufsicht [...] (Regulierungsverfügung)“<sup>13</sup> ergehen. Ferner können Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, bestimmte Maßnahmen durch die Bundesnetzagentur auferlegt werden, vgl. § 9 Abs. 2 TKG. Ein Unternehmen verfügt in der Regel dann über eine solche Marktmacht, wenn seine wirtschaftlich starke Stellung es ihm gestattet, sich in erheblichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern und Endnutzern zu verhalten.<sup>14</sup> Im Bereich der Zugangsregulierung ist zudem zu berücksichtigen, dass die BNetzA auch Anbietern, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren, entsprechende in der Norm genannte Verpflichtungen auferlegen kann, selbst wenn diese nicht über beträchtliche Marktmacht verfügen, vgl. § 9 Abs. 3, 18 TKG. Diese Regulierung könnte sich kontraproduktiv für den Glasfaserausbau erweisen, sodass entsprechende Lockerungen normiert werden müssen.

---

<sup>8</sup> *Bongard*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, Vorbemerkung Rn. 1; kritisch diesbezüglich: *Möschel*, MMR 2008, 503.

<sup>9</sup> *Gersdorf*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Auflage 2019, § 9 Rn. 4.

<sup>10</sup> *Möschel*, MMR 2008, 503 (507).

<sup>11</sup> BVerwG, Urt. v. 2.4.2008 – 6 C 14.07, BeckRS 2008, 35866 Rn. 16; *Windoffer*, Verfahren der Folgenabschätzung als Instrument zur rechtlichen Sicherung von Nachhaltigkeit, Tübingen 2011, S. 495.

<sup>12</sup> *Bromen*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Auflage 2019, § 31 Rn. 16.

<sup>13</sup> *Bromen*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Auflage 2019, § 31 Rn. 16.

<sup>14</sup> Vgl. *Schütz*, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, § 9 Rn. 20.

## **B. Grenzen der Deregulierung**

Bereits im Jahr 2005 vereinbarten Union und SPD in ihrem Koalitionsvertrag, dass der Aus- und Aufbau neuer breitbandiger Telekommunikationsnetze gefördert werden soll und demnach durch entsprechende Investitionen entstehende neue Märkte für einen gewissen Zeitraum von Regulierungsmaßnahmen freizustellen sind.<sup>15</sup> Durch eine Änderung des Telekommunikationsgesetzes wollte der Gesetzgeber sodann im Jahr 2007 den Entscheidungsspielraum der BNetzA für neue Märkte begrenzen und die Deutsche Telekom AG (DTAG) von der Regulierung entbinden, da diese als potenziell reguliertes Unternehmen bei Investitionen in eine neue Infrastruktur galt.<sup>16</sup> Unter diese neuen Märkte kann dabei insbesondere der Vorleistungsmarkt des Zugangs zum FTTx-Glasfasernetz der DTAG gefasst werden, der dieser ermöglicht, ihren Endkunden Hochgeschwindigkeits-Internetzugänge anzubieten.<sup>17</sup>

Letztlich entschied der Europäische Gerichtshof (EuGH) jedoch, dass die Regelungen in Bezug auf die Freistellung der neuen Märkte von der Regulierung europarechtswidrig sind.<sup>18</sup> Diese Rechtswidrigkeit zeichnet sich u. a. dadurch aus, dass der Ermessensspielraum der BNetzA unzulässigerweise beschnitten werden würde; zudem gaben die Regelungen eine Rangfolge der Regulierungsziele vor.<sup>19</sup>

## **C. Erste rechtliche Ansätze zur Förderung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze**

Einen Schritt zur Verwirklichung des Rechts auf schnelles Internet stellt das Gesetz zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze (DigiNetzG)<sup>20</sup> dar.. Wesentliche Regelungen sind in diesem Zusammenhang:

- die Einräumung eines Anspruchs im Hinblick auf die Nutzung existierender passiver Netzinfrastrukturen,
- bei öffentlich finanzierten Bauarbeiten sowie der Erschließung von Neubaugebieten sollen geeignete passive Netzinfrastrukturen und Glasfaserkabel mitverlegt werden,
- Gewährleistung eines verbesserten Zugangs zu Informationen über die tatsächliche Versorgungslage,
- BNetzA soll als zentrale Informations- und nationale Streitbeilegungsstelle fungieren,
- Kostensenkung durch Möglichkeit einer bedarfsgerechten Mitverlegung von Glasfaserkabeln und Anpassungen bei den Wegerechtsregelungen im TKG.<sup>21</sup>

Vom Bundesverband Breitbandkommunikation (BREKO) ist an dieser Stelle eine teilweise Überarbeitung des Gesetzes gefordert worden. So wurde darauf hingewiesen, dass es zur flächendeckenden Versorgung mit Glasfaseranschlüssen notwendig sei, Investitionsanreize für den Ausbau in bisher unversorgten Gebieten zu generieren; hierbei soll jedoch klargestellt werden, dass das Gesetz nicht dazu dient, „strategisch destruktive Ausbaumaßnahmen zur Duplizierung bereits

---

<sup>15</sup> Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 11.11.2005, S. 18 Rn. 855 ff.; abrufbar unter: <[https://www.kas.de/c/document\\_library/get\\_file?uuid=16f196dd-0298-d416-0acb-954d2a6a9d8d&groupId=252038](https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=16f196dd-0298-d416-0acb-954d2a6a9d8d&groupId=252038)> (zuletzt abgerufen am: 02.06.2020); siehe zu den Möglichkeiten des deutschen Gesetzgebers: *Koenig/Loetz/Senger*, K&R 2006, 258 ff.; *Kühling*, K&R 2006, 263 ff.

<sup>16</sup> *Schütz*, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, § 9 Rn. 11.

<sup>17</sup> *Schütz*, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, § 9 Rn. 11.

<sup>18</sup> EuGH, Urt. v. 03. 12. 2009, Rs. C 424/07, ECLI:EU:C:2009:749 Rn. 78 f. – *Kommission/Deutschland*.

<sup>19</sup> EuGH, Urt. v. 03. 12. 2009, Rs. C 424/07, ECLI:EU:C:2009:749 Rn. 80 ff. – *Kommission/Deutschland*; siehe näher: *Ufer*, K&R 2010, 100 ff.

<sup>20</sup> BGBl. I 2016, S. 2473.

<sup>21</sup> *Salwitzek*, MMR-Aktuell 2016, 37564.

vorhandener Telekommunikationsnetze zu fördern“.<sup>22</sup> Demnach würde die Wirtschaftlichkeit von Glasfaserausbauprojekten gefährdet werden, sofern ein Überbau bestehender bzw. konkret geplanter Netze erfolgt.<sup>23</sup>

Aufgrund des europäischen Kodexes für elektronische Kommunikation werden neue Regulierungsansätze zur Förderung von Ko-Investitionen und Kooperationen beim Breitbandausbau basierend auf dem Instrument der freiwilligen Verpflichtungszusage geschaffen.<sup>24</sup> Die Richtlinie verfolgt zudem das Ziel, die Anforderungen an eine Regulierung zu verschärfen. Dabei sollen insbesondere erhöhte Forderungen an die Verhältnismäßigkeit von Regulierungseingriffen gestellt werden. Folglich sind bei der entsprechenden Prüfung die Auswirkungen auf Investitionen zu berücksichtigen.<sup>25</sup> Ziel der europäischen Richtlinie ist es somit, neue Netze mit hoher Kapazität zu fördern.<sup>26</sup> Nach Art. 2 Nr. 2 der Richtlinie umfasst ein „Netz mit sehr hoher Kapazität“ dabei ein elektronisches Kommunikationsnetz, das entweder zumindest bis zum Verteilerpunkt am Ort der Nutzung komplett aus Glasfaserkomponenten besteht oder zu üblichen Spitzenlastzeiten eine ähnliche Netzleistung in Bezug auf die verfügbare Downlink- und Uplink-Bandbreite, Ausfallsicherheit, fehlerbezogene Parameter, Latenz und Latenzschwankung bietet.

Die Vorgaben der europäischen Richtlinie müssen nun in ein nationales Gesetz umgewandelt werden. An dieser Stelle wird darauf verwiesen, dass ein zentraler Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Förderung Glasfasernetze bis ins Gebäude bzw. bis in die Wohnung (FTTB/H) sind.<sup>27</sup> Der Verband kommunaler Unternehmen (VKU), der BREKO sowie der Bundesverband Glasfaseranschluss (BUGLAS) fordern in diesem Zusammenhang, dass für das Glasfasernetz marktverhandelten Open-Access-Lösungen der Vorrang gegeben und für das Kupfernetz an der Regulierung des Marktführers festgehalten werden soll. Ferner soll ein Vorrang der besseren Technologie gesetzlich verankert werden.<sup>28</sup>

Inwiefern diese Vorschläge umgesetzt werden, bleibt abzuwarten. Sofern die Digitalisierung in Deutschland vorangetrieben und somit eine Vorreiterrolle forciert werden soll, ist eine Deregulierung im Hinblick auf Glasfaseranschlüsse allerdings unerlässlich.

---

<sup>22</sup> BREKO, Positionspapier: Novellierung des Gesetzes zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze (DigiNetzG), S. 2; abrufbar unter: <[https://www.bvmw.de/fileadmin/03-Themen/Mittelstandsallianz/Dateien/BREKO\\_Positionspapier\\_Reformbedarf\\_DigiNetzGesetz\\_\\_002\\_.pdf](https://www.bvmw.de/fileadmin/03-Themen/Mittelstandsallianz/Dateien/BREKO_Positionspapier_Reformbedarf_DigiNetzGesetz__002_.pdf)> (zuletzt abgerufen am 02.06.2020).

<sup>23</sup> BREKO, Positionspapier: Novellierung des Gesetzes zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze (DigiNetzG), S. 2; abrufbar unter: <[https://www.bvmw.de/fileadmin/03-Themen/Mittelstandsallianz/Dateien/BREKO\\_Positionspapier\\_Reformbedarf\\_DigiNetzGesetz\\_\\_002\\_.pdf](https://www.bvmw.de/fileadmin/03-Themen/Mittelstandsallianz/Dateien/BREKO_Positionspapier_Reformbedarf_DigiNetzGesetz__002_.pdf)> (zuletzt abgerufen am 02.06.2020).

<sup>24</sup> Nigge/Horstmann, MMR 2018, 721.

<sup>25</sup> Nigge/Horstmann, MMR 2018, 721 (726).

<sup>26</sup> Vgl. Europäische Kommission, Strategie für einen Digitalen Binnenmarkt für Europa vom 06.05.2015, SWD (2015) 100 final, COM (2015) 192 final, S. 11.

<sup>27</sup> VKU, BREKO, BUGLAS, Politisches Papier: TKG-Novelle: Ein kluger Rechtsrahmen für den flächendeckenden Glasfaserausbau, S. 1; abrufbar unter: <[https://www.vku.de/fileadmin/user\\_upload/Verbandsseite/Positionen/Kommunaler\\_Breitbandausbau/Politisches\\_Papier\\_TKGN\\_01082019.pdf](https://www.vku.de/fileadmin/user_upload/Verbandsseite/Positionen/Kommunaler_Breitbandausbau/Politisches_Papier_TKGN_01082019.pdf)> (zuletzt abgerufen am: 02.06.2020).

<sup>28</sup> VKU, BREKO, BUGLAS, Politisches Papier: TKG-Novelle: Ein kluger Rechtsrahmen für den flächendeckenden Glasfaserausbau, S. 1; abrufbar unter: <[https://www.vku.de/fileadmin/user\\_upload/Verbandsseite/Positionen/Kommunaler\\_Breitbandausbau/Politisches\\_Papier\\_TKGN\\_01082019.pdf](https://www.vku.de/fileadmin/user_upload/Verbandsseite/Positionen/Kommunaler_Breitbandausbau/Politisches_Papier_TKGN_01082019.pdf)> (zuletzt abgerufen am: 02.06.2020).

## **D. Fazit**

Der Glasfaserausbau in Deutschland stellt den entscheidenden Schritt dar, um die Digitalisierung voranzutreiben und der Bevölkerung ein Recht auf schnelles Internet zu garantieren. Infolgedessen muss die gesetzliche Regulierung dieses Ausbaus gelockert werden, damit die Bundesregierung ihre Ziele erreichen kann. Die neu zu erwartenden rechtlichen Regelungen sind folglich maßgebend, um den Weg Deutschlands zur Gigabit-Gesellschaft zu ebnen.

**Literaturauswahl zur Vertiefung:** *Baake/Haucap/Kühling/Loetz/Wey*: Effiziente Regulierung in dynamischen Märkten, Baden-Baden 2007; *Bafteh/Kurtz*: Das Regulierungsrecht im Telekommunikationssektor am Beispiel von Vectoring, BRJ 2017, 34 ff.; *Beine*: Neuerungen bei der Regulierung für den Breitbandausbau – Maßgebliche Änderungen insbesondere für TK-Unternehmen, MMR 2013, 430 ff.; *Cornils*: Sicherstellung der technischen Infrastruktur durch Markt und Staat, Landkreis 2019, 246 ff.; *Geppert*: "To dig or not to dig": Welche Impulse bringt das DigiNetzG?, MMR 2016, 573 ff.; *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann*: Funktionsfähiger Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten. Ökonomische und juristische Perspektiven zum Umfang der Regulierung, Heidelberg 2002; *Kopf/Vidal*: Perspektiven der TK-Regulierung, MMR 2018, 22 ff.; *Möschel*: Der zukünftige Ordnungsrahmen für die Telekommunikation: Allgemeines Wettbewerbsgesetz statt sektorspezifischer Regulierung, MMR 2008, 503 ff.; *Neitzel/Müller*: Zugangsverpflichtung von Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht, CR 2004, 655 ff.; *dies.*: Zugangsverpflichtung von Betreibern ohne beträchtliche Marktmacht, CR 2004, 736 ff.; *Neumann*: Der Kommissionsvorschlag für einen europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, N&R 2016, 262 ff.; *Nigge/Horstmann*: Marktregulierung und Investitionsanreize im europäischen Kodex für elektronische Kommunikation, MMR 2018, 721 ff.; *Offenbächer*: Einschränkungen des TAL-Zugangs zu Gunsten des Vectoring, MMR 2019, 294 ff.; *Ritgen*: Vectoring: Monopol verzögert dringend erforderlichen flächendeckenden Glasfaserausbau, Landkreis 2015, 741 ff.; *Scherer/Heinickel*: Ein Kodex für den digitalen Binnenmarkt, MMR 2017, 71 ff.; *Schuster/Hunzinger*: Rechtsfragen beim Breitbandausbau durch die öffentliche Hand, CR 2015, 437 ff.; *Schütz*: Referentenentwurf zum TKG: Weniger Wettbewerb, mehr Bürokratie?, Multimedia und Recht (MMR) 2003, 518 ff.; *Sörries*: Breitbandausbau: Hochgeschwindigkeitsinfrastrukturen in Gebäuden und das DigiNetz-Gesetz, N&R 2016, 272 ff.; *Thomaschki*: Referentenentwurf zum TKG – Auswirkungen auf die Praxis der Marktregulierung, MMR 2003, 500 ff.; *Ufer*: Der Entwurf des DigiNetzG - Bewertung und Perspektive der geplanten Umsetzung der EU-Kostensenkungsrichtlinie, MMR 2016, 12 ff.; *Wagner*: Das neue TKG - Einstieg in den Ausstieg der Regulierung?, MMR 2003, 493.