

RECHTSGUTACHTEN

ZUM THEMA

**DRITTSCHUTZ DER MARKTREGULIERUNG
NACH DEM 2. TEIL DES TKG (§§ 10 – 50 TKG)
FÜR GLASFASER AUSBAUENDE DRITTUNTERNEHMEN**

ERSTELLT IM AUFTRAG DES

BREKO BUNDESVERBAND BREITBANDKOMMUNIKATION E.V.

VON

PROF. DR. IUR. JÜRGEN KÜHLING, LL.M. (BRÜSSEL)

UNIVERSITÄTSPROFESSOR, REGENSBURG

11. APRIL 2025

Gliederung

A.	Hintergrund der Untersuchung	4
I.	Commitment-Modell und Drittschutz nach § 37 TKG	4
II.	FTTH-Überbau und Drittschutz nach § 50 TKG	5
III.	Kupfer-Glasfaser-Migration und Drittschutz nach § 34 TKG	6
B.	Auftrag und Rechtsfragen	8
C.	Rechtliche Bewertung	9
I.	Struktur und Relevanz der Drittwirkung	9
II.	Rechtsprechung und Literatur zu den Voraussetzungen eines Drittschutzes im Allgemeinen	10
1.	Höchststrichterliche Rechtsprechung zu den Voraussetzungen eines Drittschutzes im Allgemeinen	10
a)	Schutznormlehre	10
b)	Rücksichtnahmegebot	11
c)	Verfassungs- und unionsrechtskonforme Auslegung	12
2.	Literatur zu den Voraussetzungen eines Drittschutzes im Allgemeinen	12
a)	Schutznormlehre	13
b)	Konfliktschlichtungsformel	14
c)	Weitere Ansätze	15
3.	Zwischenergebnis	16
III.	Rechtsprechung und Literatur zu den Voraussetzungen eines Drittschutzes im TKG im Allgemeinen und in der Marktregulierung im Besonderen	17
1.	Anforderungen der Rechtsprechung	17
a)	Anforderungen des EuGH	17
b)	Anforderungen des BVerwG	17
2.	Anforderungen der Literatur	19
a)	Gleiche Teilhabechancen am Wettbewerb	19
b)	Besonderheiten bei der Auslegung telekommunikationsrechtlicher Normen	20
3.	Zwischenergebnis	22
IV.	Konsequenzen für § 37 TKG	24
1.	Glasfaser ausbauende Unternehmen als Dritte im telekommunikationsrechtlichen Wettbewerb	24
2.	Anwendung der Schutznormlehre	24

a)	Schutz zumindest auch der Individualinteressen eines abgrenzbaren Personenkreises	25
b)	Glasfaser ausbauende Drittunternehmen zum geschützten Personenkreis gehörend	27
c)	Zwischenergebnis.....	29
3.	Anwendung der Konfliktschlichtungsformel	30
4.	Verfassungskonforme Auslegung	31
5.	Unionsrechtskonforme Auslegung.....	32
6.	Zwischenergebnis.....	33
V.	Konsequenzen für § 50 TKG.....	35
1.	Anwendung der Schutznormlehre	35
a)	Schutz zumindest auch der Individualinteressen eines abgrenzbaren Personenkreises	35
b)	Glasfaser ausbauende Drittunternehmen zum geschützten Personenkreis gehörend	36
c)	Zwischenergebnis.....	38
2.	Anwendung der Konfliktschlichtungsformel	38
3.	Verfassungskonforme Auslegung	39
4.	Unionsrechtskonforme Auslegung.....	40
5.	Zwischenergebnis.....	40
VI.	Konsequenzen für § 34 TKG.....	42
1.	Anwendung der Schutznormlehre	42
a)	Schutz zumindest auch der Individualinteressen eines abgrenzbaren Personenkreises	42
b)	Glasfaser ausbauende Drittunternehmen zum geschützten Personenkreis gehörend	43
c)	Zwischenergebnis und Ausblick	45
2.	Anwendung der Konfliktschlichtungsformel	46
3.	Verfassungskonforme Auslegung	46
4.	Unionsrechtskonforme Auslegung.....	47
5.	Zwischenergebnis.....	48
VII.	Anpassungsbedarf de lege ferenda	50
1.	§ 37 TKG.....	50
2.	§ 50 TKG.....	50
3.	§ 34 TKG.....	50
D.	Ergebnisse	52

A. Hintergrund der Untersuchung

Insbesondere drei zentrale Anwendungsfälle, die in engem Zusammenhang mit der Frage stehen, wie das Ziel eines effizienten Glasfaserausbaus¹ am besten erreicht werden kann, zeigen die Bedeutung der Frage nach der Schutzwirkung der Marktregulierung (§§ 10 – 50 TKG) für Glasfaser ausbauende Drittunternehmen. Sie sollen in der folgenden Darstellung des Hintergrunds der Untersuchung und der anschließenden rechtlichen Analyse im Vordergrund stehen: das Commitment-Modell (dazu I.), der FTTH-Überbau (dazu II.) und die Kupfer-Glasfaser-Migration (dazu III.).

I. Commitment-Modell und Drittschutz nach § 37 TKG

Alternative Netzausbauunternehmen rügen das Commitment-Modell der Telekom Deutschland GmbH. Dabei handelt es sich um ein Preismodell, bei dem Vorleistungsnachfrager ein bestimmtes Kontingent an Anschlüssen buchen und eine jährliche Upfront-Zahlung sowie reduzierte monatliche Überlassungsentgelte je Anschluss zahlen und damit einen Zugang zu günstigeren Entgelten im Vergleich zu anderen Zugangsnachfragern erlangen, weil sie sich auf die Abnahme einer bestimmten Menge an Zugangsanschlüssen für einen langen Zeitraum verpflichtet haben.² Dadurch entsteht die Gefahr von Sog- und Bindungswirkungen für die Vorleistungsnachfrager. Den Glasfaser ausbauenden Drittunternehmen werden langfristig potenzielle Vorleistungsnachfrager entzogen, was die Chancen der alternativen Netzbetreiber zur Netzauslastung verringert und weitere Investitionen in die Glasfaserinfrastruktur für diese insgesamt erschwert.³ Diese Lock-In-Effekte können eine marktbeeinträchtigende Wirkung haben, insbesondere wenn über den sog. „Umbrella“ auch das Festhalten an einer kupferbasierten Versorgung honoriert wird. Deshalb empfahl beispielsweise die Monopolkommission, das Commitment-

¹ Vgl. Gigabitstrategie der Bundesregierung, 13.7.2022, S. 14, abrufbar unter: <https://bmdv.bund.de/SharedDocs/DE/Anlage/K/gigabitstrategie.pdf> (Abruf: 31.3.2025).

² Zur detaillierteren Darstellung siehe *Monopolkommission*, 13. Sektorgutachten Telekommunikation 2023, Tz. 117 insb. Fn. 129, abrufbar unter: https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/13sg_telekommunikation_volltext.pdf (Abruf: 31.3.2025).

³ Vgl. *Monopolkommission*, 13. Sektorgutachten Telekommunikation 2023, Tz. 117. So auch bereits im 12. Sektorgutachten Telekommunikation 2021, Tz. 43, abrufbar unter: https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/12sg_telekommunikation_volltext.pdf (Abruf: 31.3.2025).

Modell einer förmlichen Missbrauchsprüfung gem. § 45 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 46 TKG auf seine Vereinbarkeit mit § 37 TKG hin zu unterziehen.⁴

Insoweit stellt sich die Frage nach dem Drittschutz der Glasfaser ausbauenden Drittunternehmen.

II. FTTH-Überbau und Drittschutz nach § 50 TKG

Ein weiterer Streitpunkt betrifft den sog. FTTH-Überbau.⁵ Dabei geht es darum, dass eine bereits vorhandene oder im Roll-out befindliche FTTH-Infrastruktur durch eine parallele Infrastruktur in einem zumindest teilweise überlappenden Gebiet gedoppelt wird. Dieser tatsächliche „Überbau“ wird entsprechend in § 3 Nr. 66 TKG legaldefiniert als „die nachträgliche Doppelung von Netzinfrastrukturen durch parallele Errichtung, soweit damit dasselbe Versorgungsgebiet erschlossen werden soll.“ Teilweise bleibt es aber auch nur bei entsprechenden Ausbauankündigungen, ohne dass es tatsächlich zu einem doppelten Ausbau kommt. Die wettbewerbliche Einordnung dieser vielfältigen Fälle ist in der Branche umstritten.⁶

Im Ergebnis können Glasfaser ausbauende Unternehmen durch einen strategischen Doppelausbau bzw. dessen Ankündigung gegebenenfalls beeinträchtigt werden, sodass sich auch insoweit die Frage nach einem Drittschutz stellt.

⁴ *Monopolkommission*, 13. Sektorgutachten Telekommunikation 2023, Tz. 117, abrufbar unter: https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/13sg_telekommunikation_volltext.pdf (Abruf: 31.3.2025).

⁵ Hierzu und zum Folgenden wiederum *Monopolkommission*, 13. Sektorgutachten Telekommunikation 2023, Tz. 59 ff., abrufbar unter: https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/13sg_telekommunikation_volltext.pdf (Abruf: 31.3.2025).

⁶ Vgl. dazu Wissenschaftliche Dienste des Bundestages WD 5 - 3000 – 087/23 v. 23.10.2023, Strategischer Überbau von Glasfasernetzen: Rechtslage, S. 5, 12, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/979942/1a8a5f248c5464af3fb49bfd81a2fd0a/WD-5-087-23-pdf> (Abruf: 31.3.2025).

III. Kupfer-Glasfaser-Migration und Drittschutz nach § 34 TKG

Bei der Umstellung der Telekommunikationsnetze von Kupfer auf Glasfaser sehen alternative Netzbetreiber die Gefahr einer ausschließlich auf die eigenen Glasfaserausbaugebiete beschränkten Antrags- und Migrationsstrategie der Telekom Deutschland GmbH.⁷

Bei der Kupfer-Glas-Migration sind bis zu vier unterschiedliche Akteursgruppen mit jeweils eigenen Interessen betroffen. Direkt am Verfahren beteiligt sind die Bundesnetzagentur (BNetzA) und das regulierte Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, das nach § 34 TKG die Pflicht trifft, die geplante Migration von der herkömmlichen auf die neue Infrastruktur anzuzeigen. Dabei haben – als dritte Akteursgruppe – die bisherigen Vorleistungsnachfrager des marktbeherrschenden Unternehmens ein schützenswertes Interesse, möglichst frühzeitig über eine geplante Außerbetriebnahme oder Ersetzung (mindestens ein Jahr im Voraus, § 34 Abs. 1 TKG) informiert zu werden, da sie mit der Bereitstellung ihrer Dienste und Produkte in hohem Maße von den Vorleistungen des Netzbetreibers abhängig sind.

Ein Drittschutz könnte darüber hinaus – als vierter Akteursgruppe – auch allen Unternehmen zukommen, die selbst Glasfasernetze ausbauen. Diese Netzbetreiber stehen mit dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sowohl hinsichtlich der Endkunden als auch hinsichtlich der Nachfrager ihrer Vorleistungen im Wettbewerb. Da nur das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Abschaltung seines Netzes initiieren kann, besteht das Risiko einer strategischen Abschaltung,⁸ um in seinem eigenen Ausbaugebiet andere Wettbewerbsbedingungen zu schaffen als in den Ausbaugebieten der alternativen Netzbetreiber. Letztere müssen regelmäßig sowohl Vorleistungsnachfrager als auch Endkunden erst noch gewinnen und einen entsprechenden Kundenstamm aufbauen, während das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht in seinem Ausbaugebiet seine bereits vorhandenen End- und Vorleistungskunden als Ausgangsstamm hat, den es auf sein Glasfasernetz migrieren könnte. Damit schafft es direkt eine hohe Auslastung seines

⁷ *Fischer/Franz*, in: Säger/Körber (Hrsg.), TKG/TTDSG-Kommentar, 4. Aufl. 2023, § 34 TKG Rn. 11; *Wolfram*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), TKG/TTDSG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 34 TKG Rn. 22 f.

⁸ *Fischer/Franz*, in: Säger/Körber (Hrsg.), TKG/TTDSG-Kommentar, 4. Aufl. 2023, § 34 TKG Rn. 11.

Glasfasernetzes mit einem entsprechenden Cashflow⁹, da in diesen Gebieten meist keine alternative Glasfaserinfrastruktur zur Verfügung steht.¹⁰

Daher stellt sich die Frage, ob § 34 TKG Glasfaser ausbauenden Unternehmen auch insoweit Drittschutz gewährt.

⁹ *Fischer/Franz*, in: *Säcker/Körber* (Hrsg.), *TKG/TTDSG-Kommentar*, 4. Aufl. 2023, § 34 TKG Rn. 14.

¹⁰ Vgl. BREKO Konzeptpapier Kupfer-Glasfaser-Migration v. 11.4.2024, abrufbar unter: <https://brekoverband.de/2024/04/11/breko-konzept-zur-kupfer-glasfaser-migration/> (Abruf: 31.3.2025).

B. Auftrag und Rechtsfragen

Vor diesem Hintergrund stellen sich folgende rechtsgutachterlich zu prüfende Fragen:

1. Was sind die Voraussetzungen für einen Drittschutz der Vorschriften der Marktregulierung nach dem 2. Teil des TKG (§§ 10 – 50 TKG)?

Und insbesondere:

2. Wie bestimmt die Literatur, vor allem aber die Rechtsprechung – insbesondere des Bundesverwaltungsgerichts – die Voraussetzungen für die Annahme eines Drittschutzes im Allgemeinen und für das TKG und die dortige Marktregulierung im Besonderen? (dazu C. II. und C. III.)
3. Wie stellt sich dies insbesondere mit Blick auf § 37 TKG dar? (dazu C. IV.)
4. Was folgt daraus in Bezug auf § 50 TKG? (dazu C. V.)
5. Was folgt daraus hinsichtlich § 34 TKG? (dazu C. VI.)
6. Empfehlen sich de lege ferenda Anpassungen im TKG, um den Drittschutz für Glasfaser ausbauende Drittunternehmen zu verbessern? (dazu C. VII.)

C. Rechtliche Bewertung

I. Struktur und Relevanz der Drittwirkung

Grundsätzlich wirkt eine öffentlich-rechtliche Norm im vertikalen Verhältnis zwischen dem Staat und einer natürlichen oder juristischen Person. Der drittschützende Charakter einer Norm ist Voraussetzung dafür, aus ihr ein subjektiv-öffentliches Recht für weitere Personen abzuleiten. Dies entspricht der deutschen Systementscheidung für den Individualrechtsschutz.¹¹ Ein subjektiv-öffentliches Recht ist „die dem Einzelnen kraft öffentlichen Rechts verliehene Rechtsmacht, vom Staat zur Verfolgung eigener Interessen ein bestimmtes Verhalten verlangen zu können.“¹²

Zunächst würde ein subjektiv-öffentliches Recht der Glasfaser ausbauenden Drittunternehmen im vorliegenden Zusammenhang dazu führen, dass die BNetzA im Rahmen ihres Regulierungsermessens i.S.d. § 13 Abs. 2 TKG und bei den zugangs- sowie entgelt- sowie sonstigen marktregulatorischen Entscheidungen ihre Interessen zu berücksichtigen hat. Somit entfaltet sie eine spezifische materiell-rechtliche Wirkung.¹³ Der Drittschutz einer Norm ist vor allem Ausgangspunkt für die Klagebefugnis gem. § 42 Abs. 2 VwGO eines nicht unmittelbar betroffenen Dritten und wirkt demnach auch prozessrechtlich.¹⁴

Dritte sind alle Akteure, die nicht direkt am behördlichen oder gerichtlichen Verfahren beteiligt sind. Bei der Frage, ob eine Norm drittschützend ist, muss also untersucht werden, ob ihr Schutzbereich sich über den vertikalen Schutz des unmittelbar Betroffenen hinaus auf horizontale Verhältnisse zwischen nicht direkt am behördlichen Verfahren Beteiligte erstreckt.¹⁵

¹¹ Exemplarisch BVerwG, Urt. v. 25.9.2013 – 6 C 13/12, Rn. 77 –, BVerwGE 148, 48 (86); *Riese*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), *Verwaltungsrecht*, 46. EL August 2024, Vorb. § 113 VwGO Rn. 4.

¹² *Maurer/Waldhoff*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 21. Aufl. 2024, § 8 Rn. 2.

¹³ *Schütz*, *Telekommunikationsrechtliche Marktregulierung*, MMR 2024, 908 (909).

¹⁴ *Schütz*, *Telekommunikationsrechtliche Marktregulierung*, MMR 2024, 908 (909).

¹⁵ *Schmidt-Kötters*, in: Posser/Wolf/Decker (Hrsg.), *BeckOK VwGO*, 72. Ed. Stand 1.1.2025, § 42 Rn. 138.

Im Rahmen des Regulierungsermessens der BNetzA könnten Glasfaser ausbauende Drittunternehmen, die auf dem nach § 10 TKG von der BNetzA definierten Markt¹⁶ nicht über beträchtliche Marktmacht verfügen und deshalb nicht Adressaten der Regulierungsverfügung und damit – ebenso wie die Vorleistungsnachfrager – sonstige Betroffene sind, schutzberechtigte Dritte sein.

II. Rechtsprechung und Literatur zu den Voraussetzungen eines Drittschutzes im Allgemeinen

Im Folgenden sind zunächst die allgemeinen Anforderungen des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) für den Drittschutz (dazu 1.) und sodann die Voraussetzungen, die die Literatur (dazu 2.) insoweit an Normen stellt, darzulegen.

1. Höchststrichterliche Rechtsprechung zu den Voraussetzungen eines Drittschutzes im Allgemeinen

Der Fokus der nachfolgenden Darstellung liegt angesichts der ausschlaggebenden Relevanz für die Entscheidungspraxis der BNetzA auf der höchstrichterlichen Rechtsprechung des BVerwG zum Drittschutz öffentlich-rechtlicher Normen. Das BVerwG stellt in ständiger Rechtsprechung bei der Frage nach der drittschützenden Wirkung zunächst auf die auch vorliegend relevante Schutznormlehre ab (dazu a)), während das hier nicht passende, ebenfalls vom BVerwG entwickelte Rücksichtnahmegebot im Folgenden nur knapp erwähnt wird (dazu b)). Wichtig ist zudem eine verfassungs- und unionsrechtskonforme Auslegung der einschlägigen Normen (dazu c)).

a) Schutznormlehre

Nach der in der Rechtsprechung entwickelten – und in der Literatur rezipierten¹⁷ (siehe C. II. 2. a)) – Schutznormlehre verleiht eine Norm ein subjektives Recht, wenn sie neben dem mit ihr verfolgten Allgemeininteresse zumindest auch dem Schutz privater Interessen zu dienen bestimmt ist und die Rechtsmacht verleiht, das Individualinteresse

¹⁶ Für den zugrunde liegenden Zusammenhang relevant ist Markt 1 der Märkteempfehlung EU 2020/2245 „Vorleistungsmarkt für den an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang“, Märkteempfehlung EU 2020/2245, abrufbar unter: <https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/e84b80bd-4977-11eb-b59f-01aa75ed71a1> (Abruf: 31.3.2025).

¹⁷ Wahl, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht, 46. EL August 2024, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO Rn. 95 ff. m.w.N.

durchzusetzen.¹⁸ Vorschriften vermitteln Drittschutz, wenn sie „nach dem in ihnen enthaltenen, durch Auslegung zu ermittelnden Entscheidungsprogramm auch der Rücksichtnahme auf die Interessen des betreffenden Dritten dienen.“¹⁹

Erforderlich ist sodann, dass sich „aus individualisierenden Tatbestandsmerkmalen der Norm ein Personenkreis entnehmen lässt, der sich von der Allgemeinheit unterscheidet“.²⁰ Diese Individualisierung ist erfüllt, wenn die Norm auch vor der von den Schutznachfragern gerügten Beeinträchtigung schützt.

Ob eine Norm nach der Schutznormtheorie drittschützend ist, muss mit den gängigen juristischen Auslegungsmethoden ermittelt werden.²¹ Ausgehend vom Wortlaut bedarf es also einer systematischen, genetischen und teleologischen Betrachtung der jeweiligen Bestimmung mit Blick auf die genannten Anforderungen der Schutznormlehre. Ergänzend treten sodann die verfassungs- und unionsrechtskonforme Auslegung hinzu (dazu c)).

b) Rücksichtnahmegebot

Eine weitere Methode zur Ermittlung des Drittschutzes ist das in der baurechtlichen Rechtsprechung entwickelte sog. Rücksichtnahmegebot. Die Übertragbarkeit des Rücksichtnahmegebots auf andere Rechtsgebiete ist zwar durchaus denkbar. Allerdings hat es das BVerwG bisher primär in baurechtlichen Konstellationen angewendet.²² Eine Anwendung des Rücksichtnahmegebots als allgemeinen Gedanken des Verwaltungsrechts hat das BVerwG jedenfalls insoweit verneint, dass es entschieden hat, dass es schon kein generelles Rechtsprinzip des öffentlichen Baurechts ist.²³ Zudem erscheint im Bereich des regulierten Wettbewerbs wie der Telekommunikationswirtschaft seine Grundkonzeption, die in der Rücksichtnahme auf schutzwürdige Interessen liegt, unpassend. Denn der Wettbewerb ist nicht durch eine Rücksichtnahme geprägt, sondern durch ein

¹⁸ BVerwGE 92, 313 (317).

¹⁹ BVerwG, Urt. v. 30.3.1995 – 3 C 8/94, Rn. 40, zitiert nach juris –, BVerwGE 98, 118 (120 f.).

²⁰ BVerwG, Urt. v. 19.9.1986 – 4 C 8/84, Rn. 12, zitiert nach juris; Urt. v. 28.11.2007 – 6 C 42/06, Rn. 11.

²¹ BVerwG, Beschl. v. 24.8.1989 – 6 B 9/89, Rn. 3 und passim, zitiert nach juris.

²² So beispielsweise in BVerwG, Urt. 25.2.1977 – 4 C 22/75 –, BVerwGE 52, 122 (126); BVerwG, Beschl. v. 30.9.2024 – 4 B 22/24.

²³ BVerwG, Urt. v. 27.6.2017 – 4 C 3/16, Rn. 10, zitiert nach juris = BVerwGE 159, 187.

wechselseitiges Ringen miteinander zur Kundengewinnung. Daher soll vorliegend nicht näher auf das Rücksichtnahmegebot Bezug genommen werden.

c) Verfassungs- und unionsrechtskonforme Auslegung

Im Anschluss an die grundlegende Auslegung nach dem Wortlaut, der Genesis, der Systematik und dem Telos der Norm stellt sich sodann die Frage nach der Bedeutung der verfassungs- und unionsrechtskonformen Auslegung.

Ist eine Norm auf mehrere Weisen auszulegen, scheiden alle Auslegungsergebnisse aus, die dem Grundgesetz widersprechen.²⁴ Ist also aufgrund der widerstreitenden Grundrechtspositionen der drittschützende Charakter einer Norm verfassungsrechtlich geboten, so ist dieses Auslegungsergebnis zu wählen. Dabei muss die verfassungskonforme Auslegung der Norm zugleich den Anforderungen der Bestimmtheit und Klarheit genügen.²⁵

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ergibt sich aus Art. 288 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Umsetzungsgesetzes.²⁶ Daher ist das TKG als deutsches Umsetzungsgesetz des Europäischen Kodex für elektronische Kommunikation 2018 (EKEK), der trotz der missverständlichen Bezeichnung „Kodex“ eine Richtlinie i.S.d. Art. 288 Abs. 3 AEUV darstellt, konform zu entsprechenden Vorgaben jener Richtlinie auszulegen.

2. Literatur zu den Voraussetzungen eines Drittschutzes im Allgemeinen

Die überwiegende Literatur stellt im Wesentlichen vergleichbare Anforderungen an die Annahme des Drittschutzes einer Norm wie die Rechtsprechung, wenn auch mit weiteren Ausdifferenzierungen und Konkretisierungen. Dies könnte für etwaige Fortentwicklungen der Rechtsprechung gegebenenfalls relevant sein.

²⁴ In ständiger Rechtsprechung statt vieler BVerfG, Beschl. v. 11.7.2013, 2 BvR 2302/11, 2 BvR1279/12, BVerfGE 134, 33 – 106, Rn. 77, zitiert nach juris.

²⁵ BVerfGE 107, 104 (128 ff.).

²⁶ EuGH, Urt. v. 16.12.1993, C-334/92 ECLI:EU:C:1993:945, Rn. 21 – *Wagner Miret/Fondo de garantía salarial*; Urt. v. 16.7.1998, C-355/96 ECLI:EU:1998:374, Rn. 36 – *Silhouette Internationale Schmied/Hartlauer Handelsgesellschaft*; Urt. v. 14.7.1994, C-91/92 ECLI:EU:C:1994:292, Rn. 20, 26 – *Faccini Dori/Recreb*.

a) **Schutznormlehre**

So beruft sich die überwiegende Literatur zur Ermittlung eines subjektiv-öffentlichen Rechts ebenso auf die Schutznormlehre, differenziert diese jedoch weiter aus. Ob eine Norm drittschützend ist, wird dabei tendenziell in drei Schritten geprüft.²⁷

In einem ersten Schritt wird danach gefragt, ob die Norm generell objektiv-rechtlich einen Drittbezug aufweist. Das ist der Fall, wenn sie auch im Horizontalverhältnis zwischen Dritten einen Interessenausgleich schaffen will. Zweitens wird danach gefragt, worin die über die objektiv-rechtliche hinausgehende subjektiv-rechtliche Komponente in sachlicher Hinsicht liegt. Drittens muss ein besonderer personaler Schutzzweck vorliegen, der einen abgrenzbaren Personenkreis erkennen lässt.²⁸ Nicht erforderlich ist, dass eine genaue Personenzahl oder Gruppe von Dritten aus dem Wortlaut hervorgeht.²⁹

Diese Fragen müssen durch Auslegung der konkreten Normen beantwortet werden.³⁰ Die Schutznormtheorie dient der Ermittlung des subjektiven Gehalts der in Rede stehenden Norm generell³¹ und ist damit eine notwendige Vorüberlegung für die Feststellung einer etwaigen Klagebefugnis. Sie kann also eine Antwort darauf geben, ob eine öffentlich-rechtliche Norm „versubjektiviert“ ist, nicht jedoch automatisch auch darauf, ob eine Norm im konkret-individuellen Fall drittschützend ist.³²

Die Schutznormlehre wird sodann noch weiter konkretisiert. Zu differenzieren sind danach Normen, bei denen der Drittschutz bereits aus den abstrakt-generellen Tatbestandsmerkmalen hervorgeht, und Normen, die erst durch Verweis auf eine konkrete Situation den Ausgleich kollidierender Privatinteressen herstellen (sog. Schutznormen unter

²⁷ So explizit *Schmidt-Kötters*, in: Posser/Wolf/Decker (Hrsg.), BeckOK VwGO, 72. Ed. Stand 1.1.2025, § 42 Rn. 154; vgl. ähnlich *Wahl*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht, 46. EL August 2024, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO Rn. 110 ff.

²⁸ *Schmidt-Kötters*, in: Posser/Wolf/Decker (Hrsg.), BeckOK VwGO, 72. Ed. Stand 1.1.2025, § 42 Rn. 154.

²⁹ *Schmidt-Kötters*, in: Posser/Wolf/Decker (Hrsg.), BeckOK VwGO, 72. Ed. Stand 1.1.2025, § 42 Rn. 154.

³⁰ *Wahl*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht, 46. EL August 2024, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO Rn. 95; *Schmidt-Kötters*, in: Posser/Wolf/Decker (Hrsg.), BeckOK VwGO, 72. Ed. Stand 1.1.2025, § 42 Rn. 155.

³¹ *Schmidt-Kötters*, in: Posser/Wolf/Decker (Hrsg.), BeckOK VwGO, 72. Ed. Stand 1.1.2025, § 42 Rn. 152.

³² *Schmidt-Kötters*, in: Posser/Wolf/Decker (Hrsg.), BeckOK VwGO, 72. Ed. Stand 1.12.2025, § 42 Rn. 152 ff.

Situationsvorbehalt).³³ Das kann durch ein Rücksichtnahmegebot erfolgen. Denn im Ergebnis ist das Rücksichtnahmegebot ein Verweis auf die konkrete Situation.³⁴

Schließlich kann der Gesetzgeber einen Interessenkonflikt (im Horizontalverhältnis) auch dadurch „auflösen“, dass er einem Akteur die gerichtliche Durchsetzbarkeit – bzw. als Vorstufe: den subjektiven Schutz – eines Rechts versagt. Normen können also so formuliert worden sein, dass sie Dritte nicht schützen, was aber im Zweifel gerade nicht explizit der Fall ist.

b) Konfliktschlichtungsformel

Eine in der Literatur entwickelte alternative Methode³⁵ zur Ermittlung des Drittschutzes ist die Konfliktschlichtungsformel,³⁶ die vor allem bei mehrpoligen Regulierungsrechtsverhältnissen Anwendung findet. Relevant ist danach, ob eine Norm das Horizontalverhältnis zwischen verschiedenen beteiligten Privatpersonen ausgestaltet. Voraussetzung für ein subjektives Recht ist gem. diesem Ansatz, dass eine „Ordnungsnorm die kollidierenden Privatinteressen in ihrer Gegensätzlichkeit und Verflochtenheit wertet, begrenzt, untereinander gewichtet und derart in ein normatives Konfliktschlichtungsprogramm einordnet, dass die Verwirklichung der Interessen des einen Privaten notwendig auf Kosten des anderen geht.“³⁷ Dient die Norm dem Ausgleich dieser (meist widerstreitenden) Interessen, ist ihr also ein „Konfliktschlichtungsprogramm“ zu entnehmen, vermittelt sie den beteiligten Privaten Schutz.³⁸ Wenn in einem mehrpoligen Rechtsverhältnis die

³³ *Wahl/Schütz*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), *Verwaltungsrecht*, 46. EL August 2024, § 42 Abs. 2 VwGO Rn. 50. Zur Unterscheidung von unmittelbar Drittschutz gewährenden „abstrakt-generell drittschützenden Normen“ und „partiell-konkret drittschützenden Normen“, bei denen es zusätzlich auf eine konkrete Betroffenheit ankommt, im Kontext des Baurechts *Ortloff*, in: Finkelnburg/Ortloff, *Öffentliches Baurecht Band II, Bauordnungsrecht, Nachbarecht, Rechtsschutz*, 8. Auflage 2023, § 17 Rn. 44.

³⁴ *Wahl*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), *Verwaltungsrecht*, 46. EL August 2024, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO Rn. 106.

³⁵ Siehe aus der Rechtsprechung VG Köln, Urt. v. 14.3.2024 – 13 K 5824/19, das diese Formel im Klägervortrag zitiert (Rn. 13) und zumindest nicht verneint (vgl. auch Rn. 31 f.); in diese Richtung auch BVerwG, Urt. v. 18.4.2007 – 6 C 21/06, Rn. 10.

³⁶ Dazu im Überblick *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, *GG-Kommentar*, 105. EL August 2024, Art. 19 Abs. 4 Rn. 139 f.

³⁷ *Schmidt-Preuß*, *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht: Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsverhältnis*, 2. Aufl. 2005, S. 248.

³⁸ *Schmidt-Preuß*, *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht: Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsverhältnis*, 2. Aufl. 2005, S. 435; *Basar*, *Prozessualer Drittschutz in der Entgeltregulierung*, 2023, S. 116.

Beteiligten die gleiche Freiheit haben und diese durch die Norm zulasten eines Beteiligten beschränkt wird, soll diesen das Recht zustehen, die Beschränkung anhand des Konflikt-schlichtungsprogramms der Norm zu überprüfen.³⁹ Das Programm muss durch Auslegung ermittelt werden, wobei auch das „normative Umfeld“ der Norm heranzuziehen ist.⁴⁰ Dass auch über die Bestimmung hinausgehende Zwecke bei der Auslegung beachtet werden sollen, ist zentraler Unterschied zur Schutznormlehre und soll so mehrpolige Rechtsverhältnisse besser abbilden.⁴¹

c) Weitere Ansätze

In der Literatur wird ferner darauf abgestellt, dass im Bereich des Drittschutzes eine Norm ein subjektives Recht gewährt, wenn sie ein kehrseitiges und wechselbezügliches Horizontalverhältnis zwischen Privaten konstruiert.⁴² Damit könnte auch ein Wettbewerbsverhältnis beschrieben sein. Jedoch ist damit eher der Konflikt zwischen einem aktiven Gestaltungsinteresse und einem passiven Verschonungsinteresse bzw. zwischen Zugangsinteressen bei staatlichen Auswahl- oder Verteilungsverfahren gemeint,⁴³ was für die Ermittlung einer drittschützenden Wirkung im Rahmen des vorliegenden Gutachtens nicht passend ist.

Des Weiteren wird vertreten, den subjektiven Charakter einer Norm primär damit zu begründen, dass sie einen grundrechtlich geschützten Bereich des Dritten freiheitsverkürzend berührt,⁴⁴ was zugleich die Bedeutung der grundrechtskonformen Auslegung der Normen aufzeigt.

³⁹ Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht: Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsverhältnis, 2. Aufl. 2005, S. 425 ff.

⁴⁰ Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht: Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsverhältnis, 2. Aufl. 2005, S. 165 ff.

⁴¹ Vgl. Basar, Prozessualer Drittschutz in der Entgeltregulierung, 2023, S. 116 insb. Fn. 92.

⁴² Wahl, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO Rn. 99.

⁴³ Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht: Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsverhältnis, 2. Aufl. 2005, S. 31 ff.

⁴⁴ Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht: Schutzanspruch und Rechtsschutz bei Lenkungs- und Verteilungsentscheidungen der öffentlichen Verwaltung, 1991, S. 281 f.

3. Zwischenergebnis

Die herrschende Methode zur Bestimmung des drittschützenden Charakters einer Norm ist die Schutznormlehre. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ist die erste Voraussetzung jener Lehre, dass die Norm neben den mit ihr verfolgten Allgemeininteressen zumindest auch dem Schutz privater Interessen zu dienen bestimmt ist. Sodann muss sich, zweitens, aus ihren individualisierenden Tatbestandsmerkmalen ein Personenkreis entnehmen lassen, der sich von der Allgemeinheit unterscheidet, sodass gerade Beeinträchtigungen der inkriminierten Art vom Schutzzweck der Norm umfasst sind.

Eine bisher vor allem in der Literatur⁴⁵ vertretene Ansicht zur Ermittlung subjektiver Rechte, insbesondere in mehrpoligen Rechtsverhältnissen, ist die sog. Konfliktschlichtungsformel. Für diesen Ansatz ist die entscheidende Frage, ob die Norm dem Ausgleich von verschiedenen Privatinteressen dient, ob ihr also ein Konfliktschlichtungsprogramm zu entnehmen ist. Wenn das zu bejahen ist, besteht das Recht des Beteiligten, dass seine Interessen berücksichtigt werden, was die Norm als drittschützend qualifiziert. Das in der baurechtlichen Judikatur prominente Rücksichtnahmegebot ist mangels Übertragbarkeit auf andere Rechtsgebiete und wegen seines wettbewerbsfernen Grundansatzes vorliegend nicht relevant.

Im Ergebnis stellen Rechtsprechung und Literatur vergleichbare Überlegungen an, um den Drittschutz einer Norm zu bestimmen. Die Ermittlung des Drittschutzes erfolgt sowohl im Rahmen der Schutznormtheorie als auch im Rahmen der Konfliktschlichtungsformel durch die Auslegung der Norm anhand der gängigen juristischen Methoden, wobei bei letzter nicht nur die einzelne Bestimmung, sondern insbesondere auch ihr weiteres normatives Umfeld zu beachten ist.

Die Literatur bietet mit der Konfliktschlichtungsformel insofern ein (allerdings beschränktes) Änderungspotenzial für die Fortentwicklung der Ansätze der – für die BNetzA – maßgeblichen (höchstrichterlichen) Rechtsprechung, als noch stärker auf den gesamtsystematischen Kontext abgestellt werden kann. Allerdings kann dies auch im Rahmen der systematischen Auslegung bei der Anwendung der Grundsätze der Rechtsprechung gewährleistet werden.

⁴⁵ In BVerwG, Urt. v. 18.4.2007 – 6 C 21/06, Rn. 10, ist vom Entscheidungsprogramm der Norm die Rede, was in dieselbe Richtung geht.

III. Rechtsprechung und Literatur zu den Voraussetzungen eines Drittschutzes im TKG im Allgemeinen und in der Marktregulierung im Besonderen

Im Folgenden ist sodann zu erörtern, welche Voraussetzungen die Rechtsprechung (1.) und Literatur (2.) an den Drittschutz im TKG im Allgemeinen und in der Marktregulierung im Besonderen stellen.

1. Anforderungen der Rechtsprechung

Dazu sind maßgeblich die Anforderungen, die der EuGH (dazu a)) und das BVerwG (dazu b)) an den Drittschutz von Normen im TKG generell stellen, herauszuarbeiten.

a) Anforderungen des EuGH

Nach Art. 31 Abs. 1 S. 1 EKEK müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass jeder Nutzer oder Anbieter, der von einer Entscheidung einer nationalen Regulierungsbehörde betroffen ist, die Möglichkeit hat, bei einer von den beteiligten Parteien unabhängigen Beschwerdestelle einen Rechtsbehelf gegen diese Entscheidung einzulegen. Dass vom Begriff des „betroffenen Anbieters“ auch solche umfasst sind, die nicht selbst Adressat der Regulierungsverfügung sind, entschied der EuGH bereits zu Art. 4 Rahmenrichtlinie 2002/21/EG⁴⁶, der insoweit identischen Vorgängernorm des Art. 31 EKEK. Ausreichend für den Drittschutz ist nach Ansicht des EuGH, dass es sich bei den dem marktmächtigen Unternehmen auferlegten Verpflichtungen um Schutzmaßnahmen im Interesse der mit diesem Unternehmen in Wettbewerb stehenden Nutzer und Anbieter⁴⁷ handelt. Dadurch werden sehr weitreichend subjektive Rechte für die Wettbewerber begründet, da der Kreis der Geschützten äußerst weit gefasst wird.

b) Anforderungen des BVerwG

Das BVerwG wendet auch in seiner telekommunikationsrechtlichen Judikatur die oben herausgearbeiteten allgemeinen Grundsätze und insbesondere die Schutznormtheorie (C. II. 1. a)) an. So hat das BVerwG mit Blick auf die Zugangsregulierung für die

⁴⁶ Zu Art. 4 Rahmenrichtlinie 2002/21/EG EuGH, Urt. v. 21.2.2008, Rs. C-426/05 ECLI:EU:C:2008:103, Rn. 43, 48 – *Tele2 Telecommunication*.

⁴⁷ Zu Art. 4 Rahmenrichtlinie 2002/21/EG EuGH, Urt. v. 21.2.2008, Rs. C-426/05 ECLI:EU:C:2008:103, Rn. 34 und vgl. auch Rn. 43, 48 – *Tele2 Telecommunication*. *Maduro*, Schlussanträge in Rs. C-426/05, ECLI:EU:C:2007:107, Rn. 29.

Zugangspetenten in ständiger Rechtsprechung die Schutznormtheorie angewandt und eine individualisierte Betroffenheit im Rahmen der Zugangsregulierung bejaht.⁴⁸ Die Erkennbarkeit eines abgrenzbaren Personenkreises begründete es damit, dass der in § 26 TKG verwendete Begriff „Zugang“, definiert in § 3 Nr. 74 TKG, diesen Personenkreis hinreichend konkretisiert.⁴⁹ Für Vorleistungsnachfrager sind die Vorschriften der Zugangsregulierung also drittschützend.

Mit Blick auf den Drittschutz der Entgeltregulierung gem. den §§ 37 ff. TKG ist zunächst § 38 TKG von Interesse, der das „Ob“ und „Wie“ der Entgeltregulierung regelt. Die Bestimmung ist die entgeltregulatorische Schallnorm⁵⁰ und damit zentral für die Einordnung der drittschützenden Wirkung der Entgeltregulierung des TKG im Allgemeinen und im Besonderen auch für § 37 TKG (dazu C. IV.). Der Einfluss von § 38 TKG auf den Drittschutz der Entgeltregulierung ist umstritten.⁵¹ Die Entgeltregulierung dient dem Ziel des chancengleichen Wettbewerbs,⁵² das auch in § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG allgemein normiert ist. Das BVerwG hat den Einfluss der in § 38 Abs. 1 TKG bzw. in der Vorgängervfassung (in § 27 Abs. 1 TKG 2004) genannten Ziele der Entgeltregulierung auf den Drittschutz dieses Regelungsregimes offengelassen⁵³, wobei es später mit diesen Zielen eine subjektiv-rechtliche Schutzfunktion der Entgeltregulierung bejaht hat.⁵⁴ Allerdings hat das Gericht zu § 30 TKG 2004 als Vorgängernorm des § 38 TKG festgestellt, dass zwar entgeltpflichtigen Unternehmen, aber gerade nicht Unternehmen, die allein nachteilige Auswirkungen der Entgeltgenehmigung auf ihre Wettbewerbsstellung rügen, ein entsprechender Drittschutz erwächst.⁵⁵

Anders hat das Gericht in der Logik dieser Rechtsprechungslinie dann jedoch – vorliegend besonders relevant – den Behinderungsmissbrauch nach § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG

⁴⁸ Zum § 21 TKG 2004 BVerwG, Urt. v. 28.11.2007 – 6 C 42/06, Rn. 13 ff., zitiert nach juris.

⁴⁹ Siehe auch Schütz, Telekommunikationsrechtliche Marktregulierung, MMR 2024, 908 (909); so zum § 21 TKG 2004 BVerwG, Urt. v. 28.11.2007 – 6 C 42/06, Rn. 14, zitiert nach juris.

⁵⁰ Kühling, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), TKG/TTDSG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 38 TKG Rn. 1.

⁵¹ Zur folgenden Darstellung siehe auch Basar, Prozessualer Drittschutz in der Entgeltregulierung, 2023, S. 83 ff.

⁵² BVerwG, Urt. v. 25.2.2009 – 6 C 25/08, Rn. 19, zitiert nach juris; BVerwG, Vorlagebeschl. v. 26.2.2014 – 6 C 3/13, Rn. 35, zitiert nach juris.

⁵³ BVerwG, Beschl. v. 31.3.2008 – 6 C 14/07, Rn. 3, zitiert nach juris.

⁵⁴ Zu § 27 Abs. 1 TKG 2004 BVerwG, Urt. v. 20.10.2010 – 6 C 18/09, Rn. 15, zitiert nach juris.

⁵⁵ BVerwG, Urt. v. 11.12.2013 – 6 C 24/12, Rn. 36, zitiert nach juris.

2004 und den Diskriminierungsmissbrauch nach § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG 2004 (als Vorgängernorm des § 37 TKG) wegen des Wortlauts „andere Unternehmen“ bzw. „anderer Nachfrager“ bewertet, die es als drittschützend angesehen hat.⁵⁶

Ebenso relevant ist vorliegend, dass das BVerwG ferner zur Vorgängernorm des jetzigen § 50 TKG, nämlich § 42 TKG 2004, entschieden hat, dass Wettbewerber des marktmächtigen Unternehmens „andere[n] Unternehmen“ und damit drittschutzberechtigt sind.⁵⁷

Tendenziell ist diese traditionelle Rechtsprechung, die wenig von der allgemeinen Rechtsprechung in anderen Verwaltungsrechtsdomänen abweicht, restriktiver als der grundsätzlich weite Ansatz des EuGH.⁵⁸ Da es sich beim Telekommunikationsrecht um ein stark unionsrechtlich überformtes Rechtsgebiet handelt, wird sich im Laufe der weiteren Rechtsprechungsentwicklung noch zeigen müssen, inwieweit hier der Vorrang des Unionsrechts eine Modifikation erfordert.

2. Anforderungen der Literatur

Perspektivisch stellt sich die Frage nach den telekommunikations- bzw. teilweise auch allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Modifizierungen der oben herausgearbeiteten allgemeinen Anforderungen der Literatur als mögliche Quelle für eine diesbezügliche Fortentwicklung der Rechtsprechung.

a) Gleiche Teilhabechancen am Wettbewerb

Wie oben bereits erwähnt (C. II. 1. b)), ist im wettbewerbslich geprägten Regulierungsverwaltungsrecht, zu dem auch das Telekommunikationsrecht zählt (vgl. § 1 Abs. 1 TKG), das Rücksichtnahmegebot unpassend. Nach marktwirtschaftlichen Regeln ist das Verdrängen von Konkurrenten gerade ein dem Wettbewerb immanentes Risiko.⁵⁹ Passender ist es, die Belange der Wettbewerber durch das Kriterium der Schaffung gleicher Wettbewerbschancen gebührend zu berücksichtigen. Für die Bestimmung subjektiv-öffentlicher Rechte kommt es danach darauf an, ob das Regelungsregime insgesamt gleiche

⁵⁶ BVerwG, Urt. v. 20.10.2010 – 6 C 18/09, Rn. 15, zitiert nach juris.

⁵⁷ BVerwG, Urt. v. 18.4.2007 – 6 C 21/06, Rn. 10, zitiert nach juris.

⁵⁸ So tendenziell auch *Fetzer*, in: *Fetzer/Scherer/Graulich*, 3. Aufl. 2021, § 28 TKG Rn. 18b.

⁵⁹ Vgl. *Wahl*, in: *Schoch/Schneider* (Hrsg.), *Verwaltungsrecht*, 46. EL August 2024, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO Rn. 113.

Teilnahmemöglichkeiten am Wettbewerb sichert.⁶⁰ Das TKG verfolgt gem. § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG das Ziel eines chancengleichen Wettbewerbs und nennt dabei ausdrücklich auch den Infrastrukturwettbewerb.⁶¹ Zwischen den Wettbewerbern muss dazu ein Konkurrenzverhältnis bestehen.⁶²

Bei der Ermittlung des Horizontalverhältnisses zwischen Wettbewerbern ist zur Identifikation des personellen Schutzzwecks der Norm nicht auf eine räumliche Beziehung (wie in baurechtlichen Nachbarkonstellationen), sondern auf ihre wirtschaftliche Beziehung abzustellen.⁶³ Eine Norm schützt einen Wettbewerber in personeller Hinsicht, wenn er in einem konkreten Konkurrenzverhältnis zum (rechtswidrig) Begünstigten steht.⁶⁴ Diese Kriterien dienen dazu, einen ausufernden Drittschutz in einem Bereich zu verhindern,⁶⁵ indem gerade der Wettbewerb das Ziel der Regulierung ist. Das Kriterium der gleichen Teilhabechancen am Wettbewerb kann sodann alternativ zur Schutznormlehre, wenn diese nicht bereits den Drittschutz begründet, geprüft werden.

b) Besonderheiten bei der Auslegung telekommunikationsrechtlicher Normen

Der verfassungskonformen Auslegung der Norm kommt im Bereich des Drittschutzes erhebliche Bedeutung zu,⁶⁶ und zwar zum einen bei der Auslegung des einfachen Gesetzesrechts und zum anderen bei der Frage nach den der Norm immanenten grundrechtlichen Werten.⁶⁷ Bei der Ermittlung des vom Gesetzgeber bezweckten Interessenschutzes ist dessen Wille im Lichte der Grundrechte von entscheidender Bedeutung.⁶⁸ Bei der

⁶⁰ *Wahl*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht, 46. EL August 2024, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO Rn. 113; *Schmidt/Kötters*, in: BeckOK VwGO, 71. Ed. 1.1.2024, § 42 Abs. 2 Rn. 158.

⁶¹ Zum Ziel des chancengleichen Wettbewerbs im TKG *Cornils*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), TKG/TTDSG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 2 TKG Rn. 35 ff.

⁶² *Wahl/Schütz*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht, 46. EL August 2024, § 42 Abs. 2 VwGO Rn. 287 f.

⁶³ *Schmidt/Kötters*, in: BeckOK VwGO, 72. Ed. 1.1.2025, § 42 Abs. 2 Rn. 158.

⁶⁴ *Wahl*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht, 46. EL August 2024, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO Rn. 113; *Windthorst*, Drittschutz im Telekommunikationsrecht, WiVerw 2011, 196 (204).

⁶⁵ *Windthorst*, Drittschutz im Telekommunikationsrecht, WiVerw 2011, 196 (204).

⁶⁶ *Schmidt-Kötters*, in: Posser/Wolf/Decker (Hrsg.), BeckOK VwGO, 72. Ed. Stand 1.1.2025, § 42 Rn. 155.

⁶⁷ *Wahl/Schütz*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht, § 42 Abs. 2 VwGO Rn. 58 f.; *Schmidt-Kötters*, in: Posser/Wolf/Decker (Hrsg.), BeckOK VwGO, 72. Ed. Stand 1.1.2025, § 42 Rn. 155.

⁶⁸ *Wahl*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO Rn. 54.

Identifikation des Drittschutzes ist zunächst von der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers auszugehen.⁶⁹ Ausgangspunkt ist der Wortlaut, wobei dieser gerade mit Blick auf die notwendige Individualisierung weit zu verstehen ist. So muss sich diesem zwar ein von der Allgemeinheit unterscheidender Personenkreis entnehmen lassen. Eine ausdrückliche Bezeichnung eines Personenkreises oder gar eine Bezifferung der geschützten Personen ist dagegen nicht erforderlich.⁷⁰ Für einen Drittschutz spricht in systematischer Hinsicht, wenn ein Normkomplex als übergeordnetes Ziel die Verhinderung einer Diskriminierung der Endnutzer und Wettbewerber hat.⁷¹ Darüber hinaus kann sich insbesondere aus einer verfassungs- und unionsrechtskonformen Auslegung der Norm ihr drittschützender Charakter ergeben. Letztere Auslegungsmethode ist im Telekommunikationsrecht besonders wichtig, da es sich um ein stark unionsrechtlich determiniertes Rechtsgebiet handelt.⁷² Die beschriebene Gewichtung der Auslegungsmethoden ist im Folgenden bei der Interpretation der §§ 34, 37 und 50 TKG anzuwenden. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass bei der Netzregulierung subjektive Rechte im Zweifel grundsätzlich eher zu bejahen als zu verneinen sind.⁷³

Für das geltende TKG wird in der Literatur in einer ganzen Reihe von Bestimmungen der Marktregulierung von einem Drittschutz ausgegangen. So sei es etwa Ziel der Entgeltregulierung, die missbräuchliche Diskriminierung von Wettbewerbern durch marktbeherrschende Unternehmen zu verhindern. Das zielt zugleich auf einen Drittschutz ab,⁷⁴ der bei systematischer Auslegung der Normen und bei der teleologischen Betrachtung, sowie im Rahmen der Konfliktschlichtungsformel, zu beachten ist. Auch § 42 TKG wird etwa als drittschützend angesehen, sodass Wettbewerber gegen die Festsetzung der Entgelte

⁶⁹ Vgl. dazu im telekommunikationsrechtlichen Kontext *Windthorst*, Drittschutz im Telekommunikationsrecht, WiVerw 2011, 196 (203).

⁷⁰ Vgl. *Windthorst*, Drittschutz im Telekommunikationsrecht, WiVerw 2011, 196 (204).

⁷¹ *Decher*, Die Klagebefugnis Dritter im Regulierungsverwaltungsrecht, 2014, S. 14.

⁷² *Windthorst*, Drittschutz im Telekommunikationsrecht, WiVerw 2011, 196 (204).

⁷³ *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG-Kommentar, 105. EL August 2024, Art. 19 Abs. 4 Rn. 142.

⁷⁴ *Windthorst*, Drittschutz im Telekommunikationsrecht, WiVerw 2011, 196 (203).

durch BNetzA klagen können.⁷⁵ Vorliegend relevant ist vor allem, dass die §§ 37⁷⁶ und 50⁷⁷ TKG als drittschützend angesehen werden.

3. Zwischenergebnis

Die Interpretation des Art. 31 Abs. 1 S. 1 EKEK (bzw. zu der insoweit identischen Vorgängerbestimmung) zur Reichweite der Rechtsbehelfe für Betroffene im Lichte der bisherigen Rechtsprechung des EuGH ist grundsätzlich – in der allgemeinen unionsrechtlichen Logik – sehr drittschutzoffen und lässt es genügen, dass die Entscheidung der nationalen Regulierungsbehörde die Interessen der Dritten betrifft. In der Judikatur des BVerwG sind dagegen keine auslegungsprägenden telekommunikationsspezifischen Anforderungen an den Drittschutz von Normen festzustellen. Das BVerwG betont in seiner Judikatur, dass eine allgemeine Wettbewerbsbeeinträchtigung noch kein subjektives Recht begründet. Dass jede Norm auf ihren speziellen Schutzzweck und ihre Schutzrichtung hin untersucht werden müsse, entspricht auch dem Ansatz des erstinstanzlich entscheidenden VG Köln.⁷⁸ Davon ausgehend hat das BVerwG den Drittschutz einzelner Bestimmungen im Bereich der Marktregulierung verneint, für andere, wie § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 und 3 TKG 2004 als Vorgängernorm zu § 37 TKG, hingegen bejaht.

Teile der Literatur entwickeln durchaus spezifische Ansätze für die Annahme eines Drittschutzes in den regulierten Sektoren und modifizieren das baurechtliche Rücksichtnahmegebot und fordern stattdessen, den Drittschutz anhand des Kriteriums der gleichen Teilhabemöglichkeit am Wettbewerb zu bestimmen. Dabei muss ein direktes Konkurrenzverhältnis zwischen den Wettbewerbern vorliegen, um in personeller Hinsicht Drittschutz zu erlangen. Dies überzeugt, impliziert tendenziell einen weitreichenden

⁷⁵ Kühling, in Geppert/Schütz (Hrsg.), TKG/TTDSG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 42 Rn. 47.

⁷⁶ Einen Drittschutz zugunsten der Wettbewerber jedenfalls durch Abs. 1 S. 2 Nr. 2 bejahend und für § 37 TKG insgesamt den Drittschutz zumindest für möglich haltend *Schütz/K.-H. Neumann*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), TKG-TTDSG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 37 Rn. 271; zur insoweit vergleichbaren Vorgängernorm *Fetzer*, in: Fetzer/Scherer/Graulich, 3. Aufl. 2021, § 28 TKG Rn. 18; zur Vorgängernorm beschränkt auf das Verbot des Behinderungsmissbrauchs in § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG 2012 allgemein und für Nachfrager in Bezug auf § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG 2012 *Mayen*, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2018, § 28 TKG Rn. 77.

⁷⁷ Explizit den Drittschutz der Missbrauchsverbote bejahend *Schütz*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), TKG-TTDSG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 50 Rn. 138, 157; Drittschutz für § 42 Abs. 1 bis 3 TKG als insoweit entsprechende Vorgängernorm bejaht *Roth*, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2018, § 42 Rn. 105.

⁷⁸ VG Köln, Urt. v. 14.5.2014 – 21 K 3094/09, Rn. 66.

Drittschutz und könnte und sollte in der Fortentwicklung seiner Judikatur auch vom BVerwG künftig aufgegriffen werden.

Bei der Prüfung des drittschützenden Charakters telekommunikationsrechtlicher Normen kann im Übrigen der Drittschutz des übergeordneten Regulierungsregimes (Zugangs-/Entgeltregulierung) ein wichtiges Indiz sein. Zudem ist die unionsrechtskonforme Auslegung stark zu gewichten.

Anhand dieses Zwischenergebnisses können im Folgenden aufgrund der normspezifischen Prüfungsnotwendigkeit nur für einzelne Bestimmungen des TKG eine entsprechende Untersuchung erfolgen. Diese soll anhand der nach dem Hintergrund der Untersuchung (siehe oben A.) ausgewiesenen, für die Glasfaser ausbauenden Unternehmen besonders wichtigen Fälle der §§ 34, 37 und 50 TKG durchgeführt werden. Die Argumentationen bei den §§ 37 und 50 TKG sind dabei vergleichsweise parallel und werden daher als erstes behandelt (dazu IV. und V.) bevor der Drittschutz bei § 34 TKG (dazu VI.) analysiert wird.

IV. Konsequenzen für § 37 TKG

Zu klären ist also zunächst, ob anhand der erarbeiteten Ergebnisse § 37 TKG den Glasfaser ausbauenden Unternehmen de lege lata Drittschutz gewährt, sie also davor schützt, dass ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht diese Stellung bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten ihnen gegenüber missbraucht. Dazu sind nach einer prinzipiellen Klärung, dass Glasfaser ausbauende Unternehmen geschützte Dritte im telekommunikationsrechtlichen Wettbewerb sein können (1.), zunächst die Schutznormlehre (2.) und die Konfliktschlichtungsformel (3.) anzuwenden, bevor eine verfassungskonforme (4.) und unionsrechtskonforme (5.) Auslegung der Norm erfolgt.

1. Glasfaser ausbauende Unternehmen als Dritte im telekommunikationsrechtlichen Wettbewerb

Wie oben bereits angeführt (A. I.), können im telekommunikationsrechtlichen Wettbewerb nicht nur Vorleistungsnachfrager, sondern auch Glasfaser ausbauende Unternehmen Dritte mit schützenswerten Interessen sein. Voraussetzung ist, dass diese Unternehmen in einem Wettbewerbsverhältnis zum Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht stehen. Die relevante Wettbewerbsbeeinträchtigung kann nicht nur auf dem beherrschten, also demselben sachlich und räumlich relevanten Markt, sondern auch auf einem Drittmarkt eintreten, sofern die Marktbeherrschung im Erstmarkt ursächlich für die wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkung im Drittmarkt ist.⁷⁹ Somit können Glasfaser ausbauende Unternehmen Dritte sein. Die Interessen Dritter sind grundsätzlich gleichrangig zu denen des Adressaten einer Maßnahme.⁸⁰

2. Anwendung der Schutznormlehre

§ 37 TKG müsste daher in einem ersten Schritt nicht nur dem Allgemeininteresse, sondern zumindest auch den Individualinteressen eines abgrenzbaren Personenkreises dienen (dazu a)). Zu diesem abgrenzbaren Personenkreis müssten zweitens die Glasfaser

⁷⁹ Zur insoweit vergleichbaren Vorgängernorm des § 28 TKG 2004 BVerwG, Urt. v. 20.10.2010 – 6 C 18/09, Rn. 16; der Drittmarkt muss allerdings ein Telekommunikationsmarkt sein, so zum § 28 TKG 2012 *Mayen*, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2018, § 28 Rn. 27.

⁸⁰ Dazu grundlegend der entsprechende Hinweis bei *Wahl*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht, 46. EL August 2024, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO Rn. 66.

ausbauenden Drittunternehmen gehören (dazu b)). Die hinreichende Individualisierung ist gegeben, wenn die Norm vor der als verletzt gerügten Beeinträchtigung schützt.

a) Schutz zumindest auch der Individualinteressen eines abgrenzbaren Personenkreises

Die Norm des § 37 TKG bezweckt den Schutz des Telekommunikationswettbewerbs, indem sie den Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht gegenüber anderen Unternehmen bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten verbietet.⁸¹ Insoweit verfolgt sie ein Allgemeininteresse.

Darüber hinaus lässt sich im Rahmen einer *grammatikalischen* Auslegung der Norm der mögliche Individualschutz ermitteln. Die Formulierung „andere Unternehmen“, etwa in § 37 Abs. 1 S. 1 TKG, ist weit zu verstehen. Andere Unternehmen können Endnutzer, Diensteanbieter und auch Telekommunikationsnetzbetreiber sein.⁸² Geschützt werden sowohl im Endkundenmarkt tätige als auch „Wholesale-only“-Unternehmen.⁸³ Schon der Wortlaut spricht also für einen Drittschutz Glasfaser ausbauender Unternehmen.

Dies wird auch durch die *Genese* der Norm bestätigt: So diente § 24 TKG 1996 bereits nicht nur dem Interesse der Allgemeinheit, sondern auch den Individualinteressen der Wettbewerber. Zunächst entschied das VG Köln dies für Vorleistungsnachfrager und begründete das mit dem Wortlaut des § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG 1996, da dieser Teil der Norm bereits auf die „Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen“ abstellte.⁸⁴ Durch die anschließenden Modifikationen hin zu § 28 TKG 2004⁸⁵ und § 28 TKG 2012⁸⁶ wurde die Formulierung der „Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen“ sodann in Abs. 1 der Norm aufgenommen und wiederum auf das Regelbeispiel des Abs. 1 S. 2 Nr. 2 beschränkt. Im aktuellen § 37 TKG wurde diese Formulierung zusätzlich in den Auffangtatbestand des § 37 Abs. 1 S. 1 TKG aufgenommen. Zudem werden die „anderen

⁸¹ Groebel, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG/TTDSG-Kommentar, 4. Aufl. 2023, § 37 TKG Rn. 1.

⁸² Schütz/K.-H. Neumann, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), TKG/TTDSG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 37 TKG Rn. 58; Entwurfsbegr. des TK-ModG, BR-Drs. 29/21, S. 317, abrufbar unter: <https://dserver.bundestag.de/brd/2021/0029-21.pdf> (Abruf: 31.3.2025).

⁸³ Schütz/K.-H. Neumann, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), TKG/TTDSG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 37 TKG Rn. 17.

⁸⁴ VG Köln, Urt. v. 8.7.2004 – 1 K 1882/99, Rn. 55 f.

⁸⁵ BGBl. v. 25.6.2004 Teil I Nr. 29, S. 1190 ff.

⁸⁶ BGBl. v. 9.5.2012 Teil I Nr. 19, S. 958 ff.

Unternehmen“ in den Vermutungstatbeständen des § 37 Abs. 2 Nr. 3 und 5 genannt. Die Normgenese hin zur Erwähnung der „anderen Unternehmen“ im Auffangtatbestand und zusätzlich auch in den Vermutungstatbeständen ist als Erweiterung des Schutzes dieser Unternehmen zu sehen. Von dieser Formulierung können gerade auch Glasfaser ausbauende Drittunternehmen umfasst sein. Ausweislich der Gesetzesmaterialien sind damit sowohl reine „Wholesale-only“-Unternehmen als auch im Endkundenmarkt tätige Unternehmen gemeint.⁸⁷

Die Weite des Begriffs steht dabei der hinreichenden Abgrenzbarkeit eines Personenkreises nicht entgegen. Die Formulierungen „andere Unternehmen“ (§ 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG 2004) bzw. Vorteile gegenüber „anderen Nachfragern“ (Nr. 3) grenzen auch nach der Rechtsprechung des BVerwG einen Personenkreis ab, der sich „hinreichend deutlich von der Allgemeinheit unterscheidet“.⁸⁸ Damit wird, wie das BVerwG zu Recht feststellt, ein von den Entgeltschuldnern zu unterscheidender Personenkreis adressiert und hinreichend individualisiert.⁸⁹

Die *Systematik* des § 37 TKG lässt zudem darauf schließen, dass nicht nur die Generalklausel des Abs. 1 S. 1 und die Regelbeispiele des Abs. 1 S. 2, in denen die „anderen Unternehmen“ ausdrücklich erwähnt werden, sondern auch die in Abs. 2 ebenfalls regelbeispielhaft aufgezählten Vermutungstatbestände andere Unternehmen vor einem Missbrauch schützen sollen. Ein weiteres systematisches Argument für den individualschützenden Charakter der Norm ist, dass anders als in § 37 TKG in § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG gerade nicht die Belange einzelner Wettbewerber, sondern nur der Wettbewerb als Institution adressiert wird.⁹⁰ Dass in § 37 TKG ausdrücklich von „anderen Unternehmen“ gesprochen wird, zeigt im direkten Vergleich der Normen ihre abweichende Individualisierungsrichtung.

Ausgehend vom Wortlaut, der Genesis und der Systematik dient § 37 TKG auch in *teleologischer* Hinsicht angesichts der umfassend ausgestalteten Schutzwirkung nicht nur

⁸⁷ BT-Drs. 19/26108, S. 271.

⁸⁸ BVerwG, Urt. v. 20.10.2010 – 6 C 18/09, Rn. 15, zitiert nach juris.

⁸⁹ Zu § 28 TKG 2004 BVerwG, Urt. v. 20.10.2010 – 6 C 18/09, Rn. 15, zitiert nach juris; Urt. v. 1.4.2015 – 6 C 38/13, Rn. 20, zitiert nach juris.

⁹⁰ BVerwG Urt. v. 10.10.2002 – 6 C 8/01, Rn. 29, zitiert nach juris, BVerwGE 117, 93 (99 ff.); zu § 30 TKG 2004 auch VG Köln, Urt. v. 1.8.2007 – 21 K 4013/06, Rn. 67, zitiert nach juris; differenziert zum § 28 TKG 2012 *Fetzer*, in: Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2021, § 28 Rn. 18 ff.

dem Allgemeininteresse an einem funktionsfähigen Wettbewerb, sondern auch den Individualinteressen an gleichen Wettbewerbschancen eines ausreichend abgrenzbaren Personenkreises. Dies hat das BVerwG in Bezug auf das Behinderungsmissbrauchsverbot für die entsprechende Vorgängernorm bestätigt.⁹¹

b) Glasfaser ausbauende Drittunternehmen zum geschützten Personenkreis gehörend

Im zweiten Schritt stellt sich die Frage, ob die Glasfaser ausbauenden Drittunternehmen zum geschützten Personenkreis gehören, die Norm also diese Personengruppe hinreichend individualisiert und sie so von der Allgemeinheit unterscheidet. Voraussetzung dafür ist auch, dass die von ihnen gerügte Beeinträchtigung von der Norm erfasst wird.

(i) Wie oben bereits dargestellt (siehe a)), ist der *Wortlaut* der ausdrücklich von „anderen Unternehmen“ spricht, weit zu verstehen, sodass auch alternative Netzausbauer von der Norm geschützt werden können.

Wie soeben ausgeführt, verweisen aus *genetischer* Perspektive die Gesetzesmaterialien weitgehend sowohl auf „Wholesale-only“-Unternehmen als auch auf im Endkundenmarkt tätige Unternehmen.⁹² Sollte der Schutz der Norm auf bestimmte Unternehmen wie Vorleistungsnachfrager beschränkt werden, hätte der Gesetzgeber das ausdrücklich normieren können. Stattdessen wählte der Gesetzgeber zusätzlich für die Generalklausel des Abs. 1 S. 1 – im Unterschied zur bloßen Verortung als Regelbeispiel in § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG 2004/2012 – die offene Formulierung „andere Unternehmen“. Die Wettbewerber des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht können dabei auf demselben oder einem unterschiedlichen Markt agieren. Sie sind geschützt, wenn ein Kausalzusammenhang zwischen der Marktbeherrschung und der wettbewerbsbeeinträchtigenden Wirkung gegeben ist.⁹³ Art. 31 Abs. 1 S. 1 EKEK spricht zudem ausdrücklich von Anbietern elektronischer Kommunikationsnetze. Diese stellen nach der Richtlinie also eine

⁹¹ BVerwG, Urt. v. 20.10.2010 – 6 C 18/09, Rn. 15, zitiert nach juris; Urt. v. 1.4.2015 – 6 C 38/13, Rn. 20, zitiert nach juris.

⁹² BT-Drs. 19/26108, S. 271.

⁹³ Vgl. zu beidem BVerwG, Urt. v. 20.10.2010 – 6 C 18/09, Rn. 16. Dies korrespondiert im Übrigen mit dem weit gefassten Geltungsbereich des § 19 GWB, an dem sich der sektorspezifische Missbrauchstatbestand des § 37 TKG orientiert.

schützenswerte Personengruppe dar. Eine unionsrechtskonforme Auslegung spricht daher für die Einbeziehung Glasfaser ausbauender Unternehmen in den Schutz des § 37 TKG.

(ii) Zu klären ist zudem, inwiefern die Glasfaser ausbauenden Drittunternehmen vorliegend von dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht beeinträchtigt werden. § 37 TKG individualisiert die Glasfaser ausbauenden Drittunternehmen nämlich nur hinreichend, wenn die Norm auch vor der von ihnen gerügten Beeinträchtigung schützt.

Der Begriff der Beeinträchtigung ist nach der Einschätzung des BVerwG weit zu verstehen. Es genügt jeder für die Wettbewerbsunternehmen nachteilige Wirkzusammenhang.⁹⁴ Die Qualifikation „erheblich“ korreliert dagegen nicht mit einer spezifischen Schwelle, sondern verlangt letztlich eine Marktrelevanz. In den Worten des BVerwG ist also zusätzlich Folgendes erforderlich: „Über die individuelle Beeinträchtigung des einzelnen Marktteilnehmers hinaus müssen die allgemeinen Wettbewerbsmöglichkeiten beeinträchtigt sein“.⁹⁵

Eine zentrale von alternativen Netzausbauunternehmen gerügte Beeinträchtigung stellt das Commitment-Modell der Telekom Deutschland GmbH (siehe A. I.) dar. Dass ein solches Preismodell grundsätzlich zulässig ist, macht § 37 Abs. 2 Nr. 2 a.E. TKG deutlich. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass alle tatsächlichen und potenziellen Zugangsnachfrager unter Berücksichtigung des jeweils übernommenen Risikos gleichbehandelt werden.⁹⁶ Das Commitment-Modell bindet Vorleistungsnachfrager langfristig und ist durch seine reduzierten Zugangsentgelte besonders attraktiv für größere Nachfrager. So senkt es die Anreize für diese Unternehmen, den Zugang über einen anderen Netzbetreiber anzufragen. Dies löst das Risiko einer Sog- und Bindungswirkung aus und kann marktverschließende Effekte haben und zwar insbesondere dann, wenn sich die Differenz zwischen dem Standard- und dem Commitment-Entgelt von der Risikoübernahme entfernt.⁹⁷ Fraglich ist, ob die Norm Glasfaser ausbauende Drittunternehmen hinreichend

⁹⁴ Zum § 28 TKG 2004 BVerwG, Urt. v. 20.10.2010 – 6 C 18/09, Rn. 25, zitiert nach juris; vgl. Mayen, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2018, § 28 Rn. 27.

⁹⁵ Zum § 28 TKG 2004 BVerwG, Urt. v. 20.10.2010 – 6 C 18/09, Rn. 25 m.w.N., zitiert nach juris.

⁹⁶ Groebel, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG/TTDSG-Kommentar, 4. Aufl. 2023, § 37 TKG Rn. 49.

⁹⁷ Schütz/K.-H. Neumann, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), TKG/TTDSG-Kommentar, § 37 TKG Rn. 151. Vgl. zu weiteren Nachteilen des Commitment-Modells der Telekom 13. Sektorgutachten Telekommunikation 2023, Tz. 117, abrufbar unter: https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/13sg_telekommunikation_volltext.pdf (Abruf: 31.3.2025).

individualisiert. Sofern ein solches Preismodell ein Risikobeteiligungsmodell darstellt, bzw. nach aktueller Terminologie eine kommerzielle Vereinbarung zur Errichtung von Netzen mit sehr hoher Kapazität i.S.d. § 37 Abs. 2 Nr. 2 TKG, ergibt sich das letztlich aus dieser Bestimmung selbst, da dort zwischen den unterschiedlichen Nachfragern differenziert wird und damit auch solche Nachfrager erfasst sind, für die ein solches Modell nicht attraktiv ist und die deshalb auf die Annahme verzichten. Für das Vorgängermodell – das sog. Kontingent-Modell – hat die BNetzA ein solches Risikobeteiligungsmodell angenommen.⁹⁸ Angesichts seiner tendenziell weiterreichenden Marktzutrittsschranken gilt die potenzielle Beeinträchtigungswirkung erst recht für das Commitment-Modell und zwar unabhängig davon, inwieweit aufgrund der Wirkungsweise des Umbrellas, der auch die Abnahme von kupferbasierten Vorleistungen privilegiert, überhaupt ein Risikobeteiligungsmodell vorliegt. Denn hilfsweise greift entweder der Vermutungstatbestand des Halbsatzes 1 des § 37 Abs. 2 Nr. 2 TKG oder die weit gefasste Generalklausel des § 37 Abs. 1 S. 1 TKG, die gerade Missbrauchsgefahren auch im Verhältnis zu (nicht privilegierten) Dritten erfasst und in § 37 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG nochmals eigens betont wird. Durch die beschriebenen Sog- und Bindungswirkungen werden über die einzelnen Wettbewerber hinaus auch die allgemeinen Wettbewerbsmöglichkeiten insoweit beeinträchtigt, als dass sich das Commitment-Modell nachteilig auf den Infrastrukturausbau auswirkt. Durch das Commitment-Modell als von den Glasfaser ausbauenden Drittunternehmen gerügte Beeinträchtigung werden diese hinreichend individualisiert, sodass § 37 TKG insoweit auch diese Unternehmen schützt, unabhängig davon, ob und inwieweit diese selbst derartige Verträge mit dem marktmächtigen Unternehmen abgeschlossen haben. Lediglich ergänzend sei darauf hingewiesen, dass sich bei einer Anwendung des § 50 TKG nichts anderes hinsichtlich des Drittschutzes ergibt, wie sogleich darzulegen sein wird (dazu V.).

c) Zwischenergebnis

Glasfaser ausbauende Unternehmen sind damit jedenfalls in der Beeinträchtigungswirkung durch den Normschutzzweck des § 37 TKG hinreichend individualisiert und von der Allgemeinheit abgegrenzt. Ihnen ist damit nach der Logik der ständigen

⁹⁸ Vgl. BNetzA, Beschl. v. 8.3.2018, BK 3c-17/039, S. 123, abrufbar unter: https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Beschlusskammern/1_GZ/BK3-GZ/2017/BK3-17-0039/BK3-17-0039_Konsultationsentwurf_download_bf.pdf (Abruf: 31.3.2025). Das nicht verneinend und damit implizit wohl auch VG Köln, Beschl. v. 15.3.2024 – 1 L 2288/23, Rn. 109, zitiert nach juris.

Rechtsprechung des BVerwG bei Anwendung der Schutznormlehre im Rahmen jener Bestimmung Drittschutz zu gewähren.

3. Anwendung der Konfliktschlichtungsformel

Nach der in der Literatur entwickelten Konfliktschlichtungsformel (siehe C. II. 2. b)) ist eine Norm drittschützend, wenn sie ein Konfliktschlichtungsprogramm enthält, das kollidierende Privatinteressen gewichtet und in Ausgleich bringt. Fraglich ist, ob § 37 TKG diesen Anforderungen entspricht, was durch Auslegung zu ermitteln ist. Der *Wortlaut* des § 37 Abs. 1 TKG lässt dabei die Interessen mindestens dreier Akteure erkennen: des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht, der Endnutzer und ohne nähere Eingrenzung: anderer Unternehmen. Die Norm erkennt, dass zwischen diesen hinsichtlich der „Forderung und Vereinbarung von Entgelten“ ein Interessenkonflikt besteht, der durch die verschiedenen Missbrauchsverbote entschärft werden soll und in vielfältiger Weise die Wettbewerbsverhältnisse zu allen Marktteilnehmern beeinträchtigen kann, wie insbesondere § 37 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG zum Ausdruck bringt. Die wirtschaftlichen Interessen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht werden zugunsten der Interessen anderer Unternehmen und Endnutzer insoweit signifikant eingeschränkt, als dass sie ihre marktmächtige Stellung nicht missbrauchen dürfen.

Ergänzend ist (letztlich in *systematischer* Hinsicht) das *normative Umfeld* des § 37 TKG zu berücksichtigen. § 38 Abs. 1 S. 1 TKG als entgeltregulatorische Schalthnorm nennt die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endnutzermarktes als Ziel der Entgeltregulierung.⁹⁹ Insoweit dient sie dem Schutz des allgemeinen Interesses an einem funktionierenden Wettbewerb. Darin könnte der Schutz alternativer Netzausbauer jedenfalls mittelbar angelegt sein.

§ 37 TKG schlichtet mithin den Konflikt zwischen den genannten Akteuren bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten für Zugangsleistungen und verleiht damit nach der Konfliktschlichtungsformel den Beteiligten, also auch Glasfaser ausbauenden Drittunternehmen, ein subjektives Recht.

⁹⁹ Fetzer, in: Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2021, § 28 Rn. 18, berücksichtigt bei der Ermittlung des Drittschutzes des § 28 TKG 2012 auch die entsprechende entgeltregulatorische Schalthnorm des § 27 Abs. 1 TKG 2012.

4. Verfassungskonforme Auslegung

Des Weiteren ist zu ermitteln, ob § 37 TKG nach verfassungsrechtlichen Vorgaben den Schutz der Glasfaser ausbauenden Drittunternehmen erfassen soll. Das ist der Fall, wenn die Norm nach Beachtung der durch das Grundgesetz vermittelten Werte eher dahingehend auszulegen ist, dass sie den alternativen Netzbetreibern Drittschutz vermittelt. Diese Unternehmen sind juristische Personen des Privatrechts und können sich wegen Art. 19 Abs. 3 GG neben der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) auf die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und die Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG) berufen.¹⁰⁰ Nach dem Lüth-Urteil ist allgemein anerkannt, dass die Grundrechte auch vor Beeinträchtigungen durch Private schützen (sog. horizontale Wirkung der Grundrechte).¹⁰¹

Art. 12 Abs. 1 GG ist bei der Rüge von allgemeinen Beeinträchtigungen des Wettbewerbs eher restriktiv anzuwenden, da gerade die Freiheit der Berufsausübung einen Wettbewerb konstituiert.¹⁰² Vor einer marktverschließenden Wirkung durch das Commitment-Modell wird nur geschützt, wenn diese zu einer relevanten „Verzerrung der Marktverhältnisse“¹⁰³ führt. Eine mögliche starke Sog- und Bindungswirkung des Commitment-Modells kann die Marktverhältnisse aber – wie dargestellt – erheblich beeinflussen. Diese Interessen im Einzelnen bei Entscheidungen der BNetzA umfassend zu berücksichtigen und die hinreichende Auseinandersetzung mit den Wirkungen auch effektiv zu kontrollieren, erfordern einen entsprechenden Drittschutz. Bei grundrechtskonformer Auslegung am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG ist § 37 TKG daher eher dahingehend auszulegen, dass er auch Glasfaser ausbauende Drittunternehmen schützt. Das Einhalten dieser Rechtspositionen muss über Art. 19 Abs. 4 GG dann auch über einen Drittschutz effektiv gerichtlich kontrollierbar sein.

Art. 14 Abs. 1 GG schützt das Eigentum der alternativen Ausbauunternehmen an ihrem Netz. Geschützt werden sowohl der konkrete Bestand als auch die Nutzung¹⁰⁴ des

¹⁰⁰ Vgl. *Wahl/Schütz*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, 46. EL August 2024, § 42 Abs. 2 VwGO Rn. 291.

¹⁰¹ BVerfG, Urt. v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/51.

¹⁰² Vgl. *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 12 Rn. 26.

¹⁰³ Vgl. BVerfGE 105, 252 (268); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 12 Rn. 27.

¹⁰⁴ Vgl. BVerfGE 98, 17 (35); 101, 54 (75).

Eigentums, nicht hingegen zukünftige Erwerbsmöglichkeiten.¹⁰⁵ Entgeltvereinbarungen wie das Commitment-Modell der Telekom Deutschland GmbH sind zwar geeignet, gerade letztere zu beeinträchtigen. Allerdings ergibt sich aus Art. 14 Abs. 1 GG jedenfalls kein weitergehender Schutz zugunsten Glasfaser ausbauender Wettbewerber aus Art. 12 GG, so dass dies hier nicht weiter vertieft werden soll.

Damit spricht die grundrechtskonforme Auslegung jedenfalls im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG gleichermaßen für die Begründung eines entsprechenden Drittschutzes Glasfaser ausbauender Unternehmen.

5. Unionsrechtskonforme Auslegung

Zu prüfen ist ferner, ob § 37 TKG auch im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung dahingehend zu verstehen ist, dass Glasfaser ausbauende Drittunternehmen geschützt werden. Maßstab hierfür ist die entsprechende Richtliniennorm des Art. 74 EKEK. Art. 74 EKEK soll insbesondere den Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität fördern. In Absatz 2 jener Bestimmung heißt es: „Die nationalen Regulierungsbehörden stellen sicher, dass alle vorgeschriebenen Kostendeckungsmechanismen und Tarifsysteme den Ausbau neuer und verbesserter Netze, die wirtschaftliche Effizienz und einen nachhaltigen Wettbewerb fördern (...)“. Dabei beschränkt sich schon der Wortlaut nicht auf die Förderung des Ausbaus durch das regulierte Unternehmen, sondern stellt auf alle ausbauenden Unternehmen ab, also auch auf die Glasfaser ausbauenden Drittunternehmen. Der Unionsgesetzgeber hat erkannt, dass er Anreize zur Förderung des Infrastrukturwettbewerbs schaffen muss, um sein Ziel eines flächendeckenden Glasfasernetzes zu verwirklichen. Dabei sind Unternehmen, die Investitionen in konkurrierende Infrastrukturen tätigen, von großer Bedeutung. Deshalb ist der Schutz ihrer Interessen und damit auch jener der Glasfaser ausbauenden Drittunternehmen unionsrechtlich geboten. Es greift dann also die umfassende Notwendigkeit, einen effektiven Rechtsschutz nach Art. 31 Abs. 1 S. 1 EKEK zu gewährleisten, der auch Glasfaser ausbauende Drittunternehmen erfasst. Auch das spricht eher für die hier begründete Auffassung eines Drittschutzes Glasfaser ausbauender Unternehmen.

¹⁰⁵ BVerfGE 74, 129 (148); 78, 205 (211); 95, 173 (185 f.).

6. Zwischenergebnis

Nach Anwendung der Schutznormtheorie dient § 37 TKG auch dem Schutz von Individualinteressen, nämlich dem Schutz gleicher Wettbewerbschancen der verschiedenen Unternehmen. Die Glasfaser ausbauenden Drittunternehmen sind ein abgrenzbarer Personenkreis, der sich als von der Norm erfasst qualifizieren lässt. Eine mögliche marktverschließende Wirkung von Entgeltgestaltungsmodellen des marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber dritten Unternehmen jenseits des regulierten Unternehmens und seiner Vertragspartner – hier am Beispiel des Commitment-Modells exemplifiziert – stellt eine Beeinträchtigung dar, die die Glasfaser ausbauenden Unternehmen hinreichend von der Allgemeinheit unterscheidet. Die Anwendung der Konfliktschlichtungsformel bestätigt dies. Auch die Literatur kommt zu diesem Ergebnis.¹⁰⁶

Die Rechtsprechung des BVerwG zur Vorgängernorm des § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 und 3 TKG 2004 kann vor diesem Hintergrund auf das in § 37 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG und allgemeiner in § 37 Abs. 1 S. 1 und S. 2 TKG geregelte Verbot des (Behinderungs-)Missbrauchs übertragen werden. Darüber hinaus ist ein drittschützender Charakter der gesamten Norm darin angelegt, dass in der aktuellen Fassung zusätzlich in Abs. 1 S. 1 TKG – der Generalklausel des Missbrauchsverbots – „andere Unternehmen“ als Schutzadressaten klarstellend im Vergleich zur Vorgängernorm ausdrücklich genannt werden. Ein dahingehendes Verständnis der Schutzadressaten ist nach den genannten Argumenten geboten. Das bestätigen zudem eine verfassungs- und unionsrechtskonforme Auslegung der Norm am Maßstab des Art. 12 GG sowie Art. 74 und Art. 31 Abs. 1 S. 1 EKEK. Dabei gewährleistet die Norm in ihrer aktuellen Fassung eine hinreichend qualifizierte und individualisierte Abgrenzbarkeit. § 37 TKG ist daher *de lege lata* drittschützend für Glasfaser ausbauende Drittunternehmen. Ein Anpassungsbedarf *de lege ferenda* besteht daher nicht zwingend. Eine vorsorgliche Klarstellung ist eher skeptisch zu bewerten, da die jetzige Formulierung, die „andere Unternehmen“ erfasst, gerade die notwendige Offenheit

¹⁰⁶ Einen Drittschutz zugunsten der Wettbewerber jedenfalls durch Abs. 1 S. 2 Nr. 2 bejahend und für § 37 TKG insgesamt den Drittschutz zumindest für möglich haltend *Schütz/Neumann*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), TKG-TTDSG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 37 Rn. 271; zur insoweit vergleichbaren Vorgängernorm *Fetzer*, in: Fetzer/Scherer/Graulich, 3. Aufl. 2021, § 28 TKG Rn. 18; zur Vorgängernorm beschränkt auf das Verbot des Behinderungsmissbrauchs in § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG *Mayen*, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2018, § 28 TKG Rn. 77.

zur Erfassung von Drittunternehmen gewährleistet. Allenfalls wäre eine beispielhafte Aufzählung denkbar, um Rechtsunsicherheiten zu verhindern.

V. Konsequenzen für § 50 TKG

Sodann ist zu prüfen, ob auch § 50 TKG Glasfaser ausbauenden Unternehmen de lege lata Drittschutz gewährt. Die Norm ist die Generalklausel der Missbrauchsaufsicht im Rahmen der Marktregulierung.¹⁰⁷ Insoweit ist die zugehörige Überschrift des Abschnitts „Besondere Missbrauchsaufsicht“ irreführend. Allerdings stellt § 50 TKG im Hinblick auf das allgemeine Missbrauchsverbot des § 19 GWB, dem § 50 TKG nachempfunden ist,¹⁰⁸ die besondere, telekommunikationsspezifische Missbrauchsaufsicht dar.

1. Anwendung der Schutznormlehre

a) Schutz zumindest auch der Individualinteressen eines abgrenzbaren Personenkreises

§ 50 TKG bezweckt den Schutz des Wettbewerbs auf Telekommunikationsmärkten, indem er den Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht gegenüber anderen Unternehmen im Allgemeinen verbietet.¹⁰⁹ Insoweit verfolgt auch diese Norm ein Allgemeininteresse.

Der Norm lässt sich darüber hinaus der Schutz von Individualinteressen eines abgrenzbaren Personenkreises entnehmen. Auch hier gibt der *Wortlaut* den nötigen Anhaltspunkt für die Ermittlung des Drittschutzes. § 50 Abs. 1 S. 1 TKG spricht ebenfalls von „anderen Unternehmen“, denen gegenüber ein missbräuchliches Verhalten verboten ist. Zur Vorgängernorm des § 42 TKG 2004 hat das BVerwG entschieden, dass diese Formulierung eine hinreichende Individualisierung vornimmt.¹¹⁰ Die Norm schützt nicht nur mehrere Unternehmen als Interessengruppe, sondern auch einzelne Unternehmen.¹¹¹

Auch hier zeigt die *Genese*, dass eine Verstärkung des Schutzes der Normbegünstigten vorgenommen wurde. § 42 TKG referenzierte bis zur Novellierung 2021 im Regelbeispiel des Abs. 1 S. 2 auf „andere Unternehmen“ und sprach im Vermutungstatbestand des

¹⁰⁷ Gersdorf, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG/TTDSG-Kommentar, 4. Aufl. 2023, § 50 TKG Rn. 5.

¹⁰⁸ Schütz, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), TKG/TTDSG-Kommentar, 5. Auflage 2023, § 50 TKG Rn. 1.

¹⁰⁹ Gersdorf, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG/TTDSG-Kommentar, 4. Aufl. 2023, § 50 TKG Rn. 1.

¹¹⁰ BVerwG, Ur. v. 18.4.2007 – 6 C 21/06, Rn. 10, zitiert nach juris –, BVerwGE 128, 305.

¹¹¹ Gersdorf, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG/TTDSG-Kommentar, 4. Aufl. 2023, § 50 TKG Rn. 30.

Abs. 2 von „anderen Unternehmen“, denen gegenüber ein missbräuchliches Verhalten verboten ist. Im aktuellen § 50 TKG werden – im Unterschied zum § 42 Abs. 1 S. 1 TKG 2004/2012 – „andere Unternehmen“ in den Regelbeispielen des Abs. 1 S. 2 und zusätzlich im Auffangtatbestand der Norm (Abs. 1 S. 1) genannt. § 33 TKG 1996 als Ursprungsversion jener Bestimmung referenzierte noch auf Bedingungen, die „Wettbewerbern“ eingeräumt werden.

b) Glasfaser ausbauende Drittunternehmen zum geschützten Personenkreis gehörend

Zu prüfen ist sodann, ob § 50 TKG Glasfaser ausbauende Drittunternehmen hinreichend individualisiert, sodass sie als ein von der Norm geschützter Personenkreis zu qualifizieren sind und damit den Schutz vor der von ihnen gerügten Beeinträchtigung beanspruchen können.

(i) Schon die Formulierung als Generalklausel spricht in *teleologischer* Hinsicht dafür, möglichst viele Schutzpetenten umfassen zu wollen. Dass Wettbewerber des marktmächtigen Unternehmens „andere[n] Unternehmen“ und drittschutzberechtigt sind, hat das BVerwG zur Vorgängernorm des § 42 TKG 2004 bereits entschieden.¹¹² Der *Zweck* der Norm ist es, wie bereits angeführt, ein allgemeines Missbrauchs- und Diskriminierungsverbot zu schaffen. Um diesem Ziel, das wiederum im Kontext der allgemeinen Ziele des § 2 Abs. 2 TKG zu sehen ist, gerecht zu werden, ist es geboten, auch Glasfaser ausbauende Drittunternehmen zu schützen.

In *systematischer* Hinsicht und hierbei insbesondere im Vergleich zu anderen Normen der Marktregulierung, beispielsweise zum Zugangsregime, ist § 50 TKG nicht die Beschränkung der Schutzadressaten auf bestimmte Unternehmen wie Zugangsnachfrager zu entnehmen.¹¹³ Der *Wortlaut* des § 50 TKG ist insoweit deutlich weiter.¹¹⁴

¹¹² Zu der in Bezug auf die Normbegünstigten wohl vergleichbaren Vorgängernorm § 42 TKG 2004 bejahte das BVerwG den Drittschutz für Unternehmen, die einen öffentlichen Telefonauskunftsdienst betreiben, siehe BVerwG, Urt. v. 18.4.2007 – 6 C 21/06, Rn. 10, zitiert nach juris; so auch *Kredel*, in: Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), TKG, 3. Aufl., § 42 Rn. 59.

¹¹³ Zu § 42 Abs. 1 S. 2 TKG 2004 bereits sehr weit gehend *Roth*, in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. Aufl. 2018, § 42 Rn. 74.

¹¹⁴ *Gersdorf*, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 50 TKG Rn. 19.

Vor dem Hintergrund des zu § 37 TKG Gesagten (siehe C. IV. 2. b)) sprechen demnach Wortlaut, Genesis und Systematik und Telos des § 50 TKG gleichermaßen dafür, dass Glasfaser ausbauende Drittunternehmen zum geschützten Personenkreis der Norm gehören.

(ii) Die Überbau-Problematik (siehe A. II.) müsste sodann eine potenzielle Beeinträchtigung darstellen und Glasfaser ausbauende Drittunternehmen damit hinreichend individualisieren, sodass sie als ein von der Allgemeinheit zu unterscheidender Personenkreis zu qualifizieren sind. Ein Überbau bezeichnet die (geplante/angekündigte/erfolgte) Doppelung von Netzinfrastrukturen durch die parallele Errichtung in einem bereits mit Glasfaser erschlossenen (bzw. in der Erschließung befindlichen) Versorgungsgebiet (vgl. § 3 Nr. 66 TKG).¹¹⁵

Für einen Drittschutz des § 50 Abs. 1 TKG spricht zunächst der *Wortlaut*, der mit den Begriffen „behindert“ (§ 50 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG) und „beeinträchtigt“ (§ 50 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG) möglichst alle missbräuchlichen Verhaltensweisen umfassen will. Das Tatbestandsmerkmal „beeinträchtigt“ ist dabei weit zu verstehen¹¹⁶ und meint alle nachteiligen Auswirkungen auf die Wettbewerbsmöglichkeiten dritter Unternehmen.¹¹⁷ Die Konditionierung „auf erhebliche Weise“ schafft dabei eine „Relevanzschwelle“¹¹⁸, um Bagatellbeeinträchtigungen auszuschneiden.

Wenn das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Glasfaser in einem Gebiet ausbauen will, in dem bereits ein Wettbewerber eine entsprechende Infrastruktur errichtet (hat), steigt die Konkurrenz um Vorleistungsnachfrager. Da das marktmächtige Unternehmen in dem betreffenden Gebiet zudem über eine herkömmliche Infrastruktur mit entsprechendem Kundenstamm auf der Vorleistungs- und Endkundenebene verfügt, hat es eine sehr gute Ausgangsposition, um diesen auf seine neue Infrastruktur zu übertragen.

¹¹⁵ Ausführlicher dazu *Wissenschaftliche Dienste des Bundestages* WD 5 - 3000 – 087/23 v. 23.10.2023, Strategischer Überbau von Glasfasernetzen: Rechtslage, S. 5, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/979942/1a8a5f248c5464af3fb49bfd81a2fd0a/WD-5-087-23-pdf.pdf> (Abruf: 31.3.2025).

¹¹⁶ *Wimmer*, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, 47. Ed. Stand 1.2.2024, § 50 TKG Rn. 19.

¹¹⁷ *Schütz*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), TKG/TTDSG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 50 TKG Rn. 90.

¹¹⁸ *Wimmer*, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, 47. Ed. Stand 1.2.2024, § 50 TKG Rn. 19, der zudem auf die Berücksichtigung im Rahmen der Abwägung verweist. Das ist jedoch keine Frage mehr des „Ob“ eines Drittschutzes, sondern der Verletzung eines subjektiven Rechts durch ein missbräuchliches Verhalten im konkreten Fall.

Damit sinken die Anreize der Bestandskunden, zu einem alternativen Netzbetreiber zu wechseln, insbesondere wenn die weiteren sachverhaltsseitig (A. I.) aufgezeigten Mechanismen wie das Commitment-Modell mit Umbrella greifen. Insoweit stellt der Überbau zumindest eine relevante, potenziell erhebliche Beeinträchtigung der individuellen Wettbewerbschancen der Glasfaser ausbauenden Drittunternehmen dar. Auch die bloße Ankündigung des Überbaus dürfte bereits eine geeignete Beeinträchtigung darstellen, um Drittschutz für alternative Netzbetreiber zu begründen, sofern jedenfalls davon die Wettbewerbsposition tatsächlich negativ beeinflusst wird, weil Kunden von einem Wechsel zu diesem Glasfaser ausbauenden Unternehmen absehen.

Besonders problematisch sind die Fälle, in denen der angekündigte Überbau im Ergebnis zu einer Verhinderung oder Verzögerung des bereits geplanten Erstausbaus eines Wettbewerbers führt und der Ausbau schließlich bei diesem nicht oder nur verzögert stattfindet, sodass letztlich eine Beeinträchtigung eines nachhaltigen und flächendeckenden Infrastrukturausbaus erfolgt.¹¹⁹

c) Zwischenergebnis

Glasfaser ausbauende Unternehmen sind damit jedenfalls in der Beeinträchtigungswirkung vom Schutzzweck der Norm hinreichend individualisiert und von der Allgemeinheit abgegrenzt. Ihnen ist damit nach der Logik der ständigen Rechtsprechung des BVerwG bei Anwendung der Schutznormlehre im Rahmen des § 50 TKG Drittschutz zu gewähren.

2. Anwendung der Konfliktschlichtungsformel

Ergänzend ist zu prüfen, inwieweit § 50 TKG ein Konfliktschlichtungsprogramm enthält, das kollidierende Privatinteressen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht und dessen Wettbewerber gewichtet und in Ausgleich bringt. Die Norm erkennt mit der weit zu verstehenden Formulierung und Benennung der „anderen Unternehmen“ die grundsätzliche Möglichkeit der Interessenkonflikte zwischen den genannten Akteuren und konkretisiert diese durch die Aufzählung der Regelbeispiele und der Vermutungstatbestände. Die wirtschaftlichen Interessen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht werden

¹¹⁹ Siehe zu den Effekten umfassend *K.-H. Neumann*, Der Überbau als Problem der Glasfaserentwicklung in Deutschland v. 23.5.2023, Rn. 53 ff., abrufbar unter: https://www.vatm.de/wp-content/uploads/2025/01/ProGlasfaser_Ueberbau-als-Problem-der-Glasfaserentwicklung-DE_Neumann.pdf (Abruf: 31.3.2025); zu den Anreizen eines Überbaus ebenda Rn. 99 ff.

zugunsten der Interessen anderer Unternehmen und Endnutzer insoweit eingeschränkt, als dass sie ihre marktmächtige Stellung nicht missbrauchen dürfen. Damit ist der Bestimmung ein umfassend angelegtes Konfliktschlichtungsprogramm zu entnehmen.

Als normatives Umfeld und damit in *systematischer* Hinsicht ist der 2. Teil des TKG zu sehen, da § 50 TKG die Generalklausel der Missbrauchsaufsicht im Rahmen der Marktregulierung darstellt. Auch um diesen Regelungsabschnitt mit den *Zielen* eines Infrastrukturwettbewerbs gem. § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG in Einklang zu bringen, ist der Schutz von Glasfaser ausbauenden Unternehmen geboten.

§ 50 TKG schlichtet demnach die Interessen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht und die der Wettbewerber einschließlich der Glasfaser ausbauenden Unternehmen. Damit kommt die Anwendung der Konfliktschlichtungsformel gleichermaßen zu dem Ergebnis, dass § 50 TKG insoweit einen Drittschutz gewährt.

3. Verfassungskonforme Auslegung

§ 50 TKG ist auch dann als drittschützend einzustufen, wenn dies eine verfassungskonforme Auslegung gebietet. Den Glasfaser ausbauenden Drittunternehmen stehen wiederum Art. 12 GG und Art. 14 GG als Grundrechtspositionen zu. So werden durch den Überbau ihre Wettbewerbschancen im Glasfaserausbaugebiet deutlich beeinträchtigt. Vor bloßen Wettbewerbsbeeinträchtigungen schützt Art. 12 GG allerdings nicht. Art. 14 GG gewährleistet zwar einen umfassenden Eigentumsschutz, aber ebenso wenig einen Schutz vor Infrastrukturwettbewerb, auf dessen Schutz sich wiederum gerade das marktbeherrschende Unternehmen nach Art. 12 GG berufen kann. Es müssen daher noch weitere Aspekte hinzukommen, über die sich im Detail streiten lässt, um eine möglicherweise missbräuchliche Verhaltensweise beim Überbau anzunehmen. So hat die Monopolkommission die folgenden kumulativ zu erfüllenden Kriterien herausgearbeitet¹²⁰: „1) die wirtschaftliche Tragfähigkeit von parallelen Glasfasernetzen in einem Gebiet ist nicht gegeben und ein Glasfasernetz wird bereits ausgebaut beziehungsweise betrieben; 2) das erste Unternehmen bietet einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang sowohl zu passiven Vorleistungen (d. h. Dark Fiber beziehungsweise Glasfaser-TAL) als auch zu

¹²⁰ Monopolkommission, 12. Sektorgutachten Telekommunikation 2021, Tz. 81, abrufbar unter: https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/12sg_telekommunikation_volltext.pdf (Abruf: 31.3.2025).

aktiven Vorleistungen (d. h. Layer-2/3-Bitstrom) an und ermöglicht damit Nachfragern eine Wertschöpfung auf sämtlichen vor Ort verfügbaren Stufen; 3) das zweite Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht kündigt aus strategischen Überlegungen dennoch einen Ausbau an und vollzieht gegebenenfalls (mit Zeitverzug) den FTTH-Überbau.“ Es wird sich in der Entscheidungspraxis der BNetzA zeigen, wie diese den Überbau im Einzelnen rechtlich bewertet. Jedenfalls spricht aus grundrechtlicher Perspektive und auch vor dem Hintergrund eines effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG viel dafür, dass eine entsprechende Kontrolle durch die betroffenen Glasfaser ausbauenden Unternehmen überhaupt erst eröffnet wird, was einen entsprechenden Drittschutz voraussetzt.

4. Unionsrechtskonforme Auslegung

Das Diskriminierungsverbot aus § 50 Abs. 2 Nr. 1 TKG setzt Art. 70 EKEK um.¹²¹ Soweit entsprechende materiell-rechtliche Vorgaben auch unionsrechtlich vorgesehen sind, besteht über Art. 31 Abs. 1 S. 1 EKEK (bzw. Art. 26 EKEK) wiederum ein Drittschutz. Der Auffangtatbestand des § 50 Abs. 1 S. 1 TKG ist hingegen unionsrechtlich nicht vorgegeben,¹²² sodass vorliegend eine richtlinienkonforme Auslegung allenfalls begrenzt auf das Diskriminierungsverbot weiterhilft und daher hier – vor dem Hintergrund der klaren Ergebnisse aus der Anwendung der übrigen Auslegungsmethoden – nicht weiter vertieft werden muss.

5. Zwischenergebnis

Sowohl nach Anwendung der Schutznormlehre als auch der Konfliktschlichtungsformel ist § 50 TKG de lege lata drittschützend für Glasfaser ausbauende Drittunternehmen. Auch die Literatur kommt zu diesem Ergebnis.¹²³ Eine verfassungrechtskonforme Auslegung spricht für und eine unionsrechtskonforme Auslegung jedenfalls nicht gegen dieses Ergebnis. Der Drittschutz greift gerade für den (angekündigten/geplanten/stattfindenden) Doppelausbau, der je nach weiteren Qualifikationsparametern den Zielen des TKG,

¹²¹ *Schütz*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), TKG/TTDSG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 50 TKG Rn. 7.

¹²² *Schütz*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), TKG/TTDSG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 50 TKG Rn. 6.

¹²³ Explizit den Drittschutz der Missbrauchsverbote bejahend *Schütz*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), TKG-TTDSG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 50 Rn. 138, 157; Drittschutz für § 42 Abs. 1 bis 3 TKG als insoweit entsprechende Vorgängernorm bejaht auch *Roth*, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2018, § 42 Rn. 105.

insbesondere dem Ziel eines nachhaltigen und flächendeckenden Glasfaserausbaus, widersprechen und missbräuchlich sein kann. Insoweit ist eine gerichtliche Kontrolle der Tätigkeit der BNetzA sinnvoll und geboten, was einen entsprechenden Drittschutz für die Glasfaser ausbauenden Unternehmen erfordert. Eine Anpassung de lege ferenda bedarf es daher genauso wenig wie bei § 37 TKG. Allenfalls kann hier wie auch dort eine Ergänzung in Form von Regelbeispielen erwogen werden.

VI. Konsequenzen für § 34 TKG

Des Weiteren ist zu prüfen, ob § 34 TKG, de lege lata Glasfaser ausbauende Drittunternehmen schützt. Das ist erneut im Wege der Auslegung anhand der im allgemeinen und telekommunikationsrechtsspezifischen Teil herausgearbeiteten Anforderungen zu bestimmen.

1. Anwendung der Schutznormlehre

Die Norm müsste zunächst objektiv-rechtlich einen Drittbezug aufweisen, also nicht nur dem Schutz des Allgemeininteresses, sondern zumindest auch den Individualinteressen eines abgrenzbaren Personenkreises zu dienen bestimmt sein (dazu a)). Die weiteren Voraussetzungen sind, dass Glasfaser ausbauende Drittunternehmen zum geschützten Personenkreis gehören, sich also durch die Norm individualisiert von der Allgemeinheit unterscheiden.

a) Schutz zumindest auch der Individualinteressen eines abgrenzbaren Personenkreises

Das Interesse der Glasfaser ausbauenden Drittunternehmen besteht darin, eine strategische Abschaltung des Kupfernetzes durch das marktmächtige Unternehmen zu verhindern. Wenn das marktbeherrschende Unternehmen sein Kupfernetz abschaltet, können alternative Netzbetreiber damit rechnen, dass nicht nur die Endkundengewinnung leichter ist, sondern dass die bisherigen Vorleistungsnachfrager in ihrem Ausbaubereich in signifikantem Umfang auf ihr Netz migrieren.¹²⁴ Wartet das marktmächtige Unternehmen jedoch mit der Abschaltung solange, bis es selbst neue Glasfaserinfrastrukturen ausgebaut hat, geht dieser Effekt für alternative Netzbetreiber weitgehend verloren. Neben dem Zeitpunkt sind die weiteren Konditionen und Informationen über den Migrationsprozess für die Glasfaser ausbauenden Unternehmen relevant. Fraglich ist jedoch, ob § 34 TKG diese Interessen de lege lata schützt, mit der Folge, dass nicht nur das marktmächtige

¹²⁴ Wolfram, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), TKG/TTDSG-Kommentar, 5. Auflage 2023, § 34 TKG Rn. 6.

Unternehmen, sondern auch Glasfaser ausbauende Drittunternehmen das Verfahren nach § 34 Abs. 1 TKG einleiten können.¹²⁵

Schutzzweck der Norm ist es, den Migrationsprozess auf neue Infrastrukturen – also auf Glasfaser – in Abstimmung mit den Zugangsnachfragern und insbesondere im Interesse der Endkunden unter Kontrolle der BNetzA zu gestalten.¹²⁶ Die Norm dient damit dem übergeordneten Allgemeininteresse an einem effizienten Prozess der Infrastrukturmigration. Sie verfolgt dabei mit Blick auf Individualinteressen primär den Schutz der Zugangsnachfrager,¹²⁷ über eine Außerbetriebnahme der bisherigen Infrastruktur, die sie für das Angebot ihrer Dienste nutzen, informiert zu werden. Insoweit dient die Norm auch dem Schutz von Individualinteressen.

b) Glasfaser ausbauende Drittunternehmen zum geschützten Personenkreis gehörend

Es ist aber fraglich, ob Glasfaser ausbauende Drittunternehmen im Rahmen des § 34 TKG einen hinreichend abgrenzbaren schützenswerten Personenkreis darstellen und zum geschützten Personenkreis gehören. § 34 TKG erwähnt ausdrücklich nur Unternehmen, denen nach § 26 TKG ein Zugangsprodukt gewährt wird. Glasfaser ausbauende Drittunternehmen sind dem *Wortlaut* der Norm nach also nicht ausdrücklich erwähnt,¹²⁸ werden aber auch nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Der Wortlaut spricht gleichwohl eher gegen eine Erfassung. In *systematischer* Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass bei § 34 TKG im Unterschied zu § 37 TKG nicht die weit zu verstehende Formulierung „andere Unternehmen“ gewählt wird. Andererseits enthält § 34 Abs. 3 TKG eine weit gefasste Konsultationsregelung. Danach ist die BNetzA verpflichtet, „den interessierten Parteien“ Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. In der Gesetzesbegründung gibt es zwar keinen expliziten Hinweis darauf, dass mit der Norm auch die Interessen der Glasfaser ausbauenden Unternehmen geschützt werden sollen. So finden neben den Zugangsnachfragern nur die

¹²⁵ Vgl. Wolfram, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), TKG/TTDSG-Kommentar, 5. Auflage 2023, § 34 TKG Rn. 24.

¹²⁶ Fischer/Franz, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG/TTDSG-Kommentar, 4. Aufl. 2023, § 34 TKG Rn. 1.

¹²⁷ Fischer/Franz, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG/TTDSG-Kommentar, 4. Aufl. 2023, § 34 TKG Rn. 2.

¹²⁸ Vgl. Wolfram, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), TKG/TTDSG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 34 TKG Rn. 6, 24.

Endnutzer Erwähnung.¹²⁹ Allerdings wird die Konsultationsverpflichtung in § 34 Abs. 3 TKG bewusst weit „für den Markt“ gefasst.¹³⁰

Im Übrigen haben alternative Netzausbauer in *teleologischer* Hinsicht ein berechtigtes Interesse daran, als Infrastrukturwettbewerber in ihren Ausbaugebieten im Rahmen eines diskriminierungsfreien Migrationsprozesses des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht bauen zu können.¹³¹ Beschränkt wird dieser Aspekt dadurch, dass er von der Norm nicht explizit adressiert wird. Allerdings erachtet das GEREK eine entsprechende Nicht-diskriminierungsverpflichtung für sinnvoll.¹³² Im Übrigen hat die Europäische Kommission schon seit geraumer Zeit auf die Bedeutung einer frühzeitigen Information und eines Migrationsplans auch für die Glasfaser ausbauenden Wettbewerbsunternehmen hingewiesen¹³³ und dies zuletzt in ihrer Gigabit-Empfehlung vom 6.2.2024 wiederholt.¹³⁴ So hat sie betont, dass die nationalen Regulierungsbehörden dafür sorgen müssen, dass es beim Migrationsprozess nicht zu Diskriminierungen kommt und dabei explizit auf den „Zeitpunkt der Außerbetriebnahme zwischen Gebieten, in denen das VHC-Netz von dem Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht im herkömmlichen Netz eingeführt wurde, und Gebieten, in denen das VHC-Netz von einem anderen Betreiber eingeführt wurde“¹³⁵ abgestellt. In dieselbe Richtung weist die Empfehlung des GEREK, den Betreibern der

¹²⁹ BT-Drs. 19/26108, S. 269 f.

¹³⁰ BT-Drs. 19/26108, S. 270.

¹³¹ Zur genaueren Erläuterung der unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen siehe *Monopolkommission*, 12. Sektorgutachten Telekommunikation 2021, Tz. 39 ff., abrufbar unter: <https://brekoverband.de/2024/04/11/breko-konzept-zur-kupfer-glasfaser-migration/> (Abruf: 31.3.2025).

¹³² GEREK, Response to the targeted consultation on the revision of the Commission's access recommendations, BoR 20 (169), 55, abrufbar unter: https://www.berec.europa.eu/sites/default/files/files/document_register_store/2020/10/BoR_%2820%29_169_BEREC_Response_to_Targeted_consultation_on_the_review_of_the_access_recommendations.pdf (Abruf: 31.3.2025).

¹³³ Empfehlung (EU) 2010/572 der Kommission v. 20.9.2010, Nr. 40 und 41, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010H0572&qid=1743094600260> (Abruf: 31.3.2025).

¹³⁴ Empfehlung (EU) 2024/539 der Kommission v. 6.2.2024, Nr. 68 ff., abrufbar unter: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202400539&qid=1743094877958 (Abruf: 31.3.2025).

¹³⁵ Empfehlung (EU) 2024/539 der Kommission v. 6.2.2024 zur regulatorischen Förderung der Gigabit-Konnektivität, bekannt gegeben unter Aktenzeichen C(2024) 523), ABl.EU L 1/35, Ziff. 79, abrufbar unter: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202400539 (Abruf: 31.3.2025).

Kupfernetze eine Nichtdiskriminierungsverpflichtung aufzuerlegen.¹³⁶ Auch aus dem Blickwinkel der in den Gesetzesmaterialien zu § 34 TKG erwähnten Endnutzer ist eine Berücksichtigung aller investierenden Unternehmen sinnvoll. Dies eröffnet jedenfalls die Pflicht zur Berücksichtigung deren Interessen im Rahmen von Abwägungsprozessen. Es ist aber zweifelhaft, ob das – trotz der sehr weitreichenden Rechtsprechung des EuGH zum Drittschutz – eine Verdichtung im Sinne eines klageweise durchsetzbaren Drittschutzes spezifischer Ausgestaltungsansprüche Glasfaser ausbauender Unternehmen begründen kann und die Rechtsprechung des BVerwG ein solches annimmt.

c) Zwischenergebnis und Ausblick

Nach der Schutznormtheorie lässt sich in § 34 TKG de lege lata bei Zugrundelegung von Wortlaut, Systematik und Genesis jedenfalls nicht hinreichend sicher ein spezifischer Schutz der Glasfaser ausbauenden Drittunternehmen erkennen, auch wenn dazu in teleologischer Hinsicht durchaus Anlass bestünde.¹³⁷ Daher ist es eher zweifelhaft bzw. jedenfalls nicht hinreichend sicher, dass das BVerwG auf der Basis der jetzigen Regelung des § 34 TKG einen solchen Drittschutz annimmt.¹³⁸

¹³⁶ GEREK, Response to the Targeted consultation on the revision of the Commission's access recommendations, BoR (20), 169, S. 55, abrufbar unter: <https://www.berec.europa.eu/en/document-categories/berec/others/berec-response-to-the-targeted-consultation-on-the-revision-of-the-commissions-access-recommendations> (Abruf 31.3.2025). Wörtlich heißt es dort: „Indeed the legacy SMP operator should not be in a position to use its SMP to distort artificially competition in using this timetable as a strategic tool to gain leverage over its competitor that has deployed the new and enhanced networks in a given zone, for instance in retaining longer its customer base by delaying the phase out of its legacy network with the consequence of slowing down the take-up of the new technology. In this particular case the legacy SMP operator may have a significant competitive advantage in being in a position to adjust the timetable against the owner of the new and enhanced network own roll-out timetable increasing the risk for the competitor as the penetration rate would be lower when the SMP operator buys time by slowing down the migration to keep its customers base longer. Therefore, in certain circumstances and where above mentioned prerequisites are met, a non-discrimination obligation could thus prove relevant to avoid this timetable to become a strategic tool for the SMP operator.“

¹³⁷ Dazu *Wolfram*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), TKG/TTDSG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 34 Rn. 24, der auf den notwendigen Schutz jener Interessen verweist, aber offen lässt, ob diese tatsächlich von § 34 TKG de lege lata zu schützen sind.

¹³⁸ *Wolfram*, in: Geppert/Schütz, TKG/TTDSG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 34 TKG Rn. 24 hält eine solche Annahme allerdings für möglich, wenn er schreibt: „Geht man davon aus, dass § 34 auch die Interessen alternativer Netzbetreiber zu schützen bestimmt ist, kann ihnen jedoch ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Eröffnung eines Verfahrens nach § 34 Abs. 1 zustehen.“

2. Anwendung der Konfliktschlichtungsformel

Ähnlich stellt sich die Sachlage bei Anwendung der Konfliktschlichtungsformel mit Blick auf das Konfliktschlichtungsprogramm von § 34 TKG dar. So haben Glasfaser ausbauende Drittunternehmen zwar ein gewichtiges Interesse an gleichen Teilhabechancen am Infrastrukturwettbewerb. Damit spricht auch dieses Kriterium der Literatur (siehe C. III. 2. a)) für den Drittschutz des § 34 TKG. Die Norm erwähnt aber explizit nur Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht und verpflichtet diese, die Außerbetriebnahme ihres Netzes der BNetzA anzuzeigen. Davon sind vor allem die Vorleistungsnachfrager betroffen. Insoweit stellt die Norm ein Konfliktschlichtungsprogramm auf. Explizite Anknüpfungspunkte dafür, dass in diesem Programm auch Glasfaser ausbauende Drittunternehmen als Drittschutz berechtigt ertüchtigt und mit eigenen Antragsrechten oder Ansprüchen ausgestattet werden sollen, sind in der Norm nicht enthalten. Immerhin lassen sich mit Blick auf die prozeduralen Anforderungen der weit gefassten Konsultationsregelung im Wortlaut und in der Gesetzesbegründung gewisse Anhaltspunkte finden. Auch die Beachtung des normativen Umfelds der Bestimmung kann bei Rückgriff auf die allgemeinen Ziele des § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG ein solcher sein. Dasselbe gilt mit Blick auf die soeben (1. b)) zitierten Empfehlungen der Europäischen Kommission, denen entsprechend Rechnung zu tragen ist. Auch die weite Rechtsprechung des EuGH zum Drittschutz spricht durchaus dafür.

Es ist jedoch auch insoweit zweifelhaft, § 34 TKG mit diesen – im Vergleich zu den §§ 37 und 50 TKG – schwächeren Anknüpfungspunkten nach der Konfliktschlichtungsformel die Berücksichtigung der Interessen Glasfaser ausbauender Drittunternehmen zu entnehmen.

3. Verfassungskonforme Auslegung

Fraglich ist sodann, ob der drittschützende Charakter des § 34 TKG aufgrund einer grundrechtskonformen Auslegung geboten ist.

Zwar kann eine strategische Kupfer-Glas-Migration zu Wettbewerbsverzerrungen und damit zur Erhöhung des Investitionsrisikos für alternative Netzausbauunternehmen

führen.¹³⁹ Allerdings folgt daraus nicht zwangsläufig, dass § 34 TKG de lege lata vor solchen Eingriffen schützt. Die Interessen der Glasfaser ausbauenden Drittunternehmen sind zwar verfassungsrechtlich geschützt. Jedoch verfügt der Gesetzgeber grundsätzlich über einen Spielraum, diese mit einer Norm wie § 34 TKG mit einem Drittschutz auszustatten. Deshalb ist eine Drittschutz begründende grundlegende Erweiterung der Interessenberücksichtigung alternativer Glasfaser ausbauender Netzbetreiber zwar de lege ferenda sinnvoll, aber nicht de lege lata zwingend angelegt.

4. Unionsrechtskonforme Auslegung

Schließlich ist § 34 TKG im Lichte der korrespondierenden Richtliniennorm des Art. 81 EKEK auszulegen. Die Norm erwähnt alternative Netzbetreiber nicht ausdrücklich und stellt zwar in Abs. 1 sehr breit auf eine allgemeine Information der nationalen Regulierungsbehörde ab. Schon in Abs. 2 wird die Wahrung des Wettbewerbs aber eher im Kontext der Vertragspartner von Zugangsprodukten gesehen. Der EKEK verfolgt gem. Erwägungsgrund 27 zwar das Ziel eines infrastrukturbasierten Wettbewerbs. Unternehmen wie Glasfaser ausbauende Drittunternehmen, die in neue Infrastruktur investieren, sollen auf der Grundlage angemessener Erwartungen im Hinblick auf die Entwicklung der Marktanteile mit angemessenen Renditen rechnen können. Das ist nicht der Fall, wenn dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Möglichkeit zusteht, seine Marktmacht vom Kupfer- ins Glasfasernetz zu übertragen.¹⁴⁰ Allerdings werden alternative Glasfaser ausbauende Unternehmen auch in Art. 81 EKEK nicht spezifisch erwähnt.¹⁴¹ Zwar stellt die Europäische Kommission schon seit geraumer Zeit und zuletzt in der Gigabit-Empfehlung (siehe soeben 1. c)) auf die Bedeutung der Nichtdiskriminierung bei der Abschaltung der Kupfernetze abhängig davon ab, ob alternative Glasfaser ausbauende Unternehmen entsprechende Netze bereit halten. Damit spricht teleologisch durchaus einiges für deren Erfassung, um diese sodann mit Blick auf Art. 31 Abs. 1 S. 1 EKEK auch mit einem Rechtsbehelf zu ertüchtigen, also mit Drittschutz auszustatten. Denn Art. 31 Abs. 1 S. 1

¹³⁹ Vgl. *Wolfram*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), TKG/TTDSG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 34 TKG Rn. 6.

¹⁴⁰ *Fischer/Franz*, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG/TTDSG-Kommentar, 4. Aufl. 2023, § 34 TKG Rn. 11.

¹⁴¹ Von „alternativen Netzbetreibern“ als Gruppe mit schützenswerten Interessen spricht allerdings *Wolfram*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), TKG/TTDSG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 34 TKG Rn. 7.

EKEK ist – auch nach der Interpretation des EuGH in seiner Rechtsprechung zu der insoweit gleichen Vorgängerbestimmung (siehe oben III. 1. a)) – sehr weit zu verstehen und verpflichtet dazu, allen von Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörde Betroffenen einen Rechtsbehelf zu verschaffen. Eine solche Betroffenheit liegt hier – wie dargestellt – bei den Glasfaser ausbauenden Unternehmen vor. Der Wortlaut des Art. 81 EKEK hält dafür aber keine hinreichend belastbaren Anhaltspunkte für eine spezifische materiell-rechtliche Position bereit, die sich über eine Berücksichtigung dieser Aspekte im Rahmen der einschlägigen Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörde hinaus zu einem spezifischen durchsetzbaren Drittschutzanspruch verdichten. Die unionsrechtskonforme Auslegung der Norm kann deshalb nicht herangezogen werden, um § 34 TKG *de lege lata* hinreichend sicher als umfassend drittschützend für Glasfaser ausbauende Drittunternehmen einzuordnen. Das Problem besteht dabei weniger darin, § 34 TKG als Grundlage für Entscheidungen mit Auswirkungen auf Glasfaser ausbauende Drittunternehmen Betroffene im Sinne des Art. 31 Abs. 1 S. 1 EKEK zu qualifizieren und damit die Notwendigkeit eines – drittschützenden – Rechtsbehelfs auszulösen, sondern darin, § 34 TKG – wie Art. 81 EKEK – eine spezifische Drittschutz bewährte Rechtsposition zu entnehmen.

5. Zwischenergebnis

§ 34 TKG schützt die Vorleistungsnachfrager des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht. Insoweit ist die Norm drittschützend. Glasfaser ausbauende Drittunternehmen sind *de lege lata* vom Wortlaut hingegen nicht explizit erfasst. Die Auslegung der Norm im Rahmen der Schutznormtheorie spricht trotz starker teleologischer Argumente und der weiten Drittschutz begründenden Rechtsprechung des EuGH nicht hinreichend sicher dafür, dass sie in ihrer jetzigen Fassung einklagbare, drittschutzgesicherte Rechtspositionen Glasfaser ausbauender Drittunternehmen begründet. Dies steht einer Berücksichtigung entsprechender Interessen unter Beachtung der Empfehlung der Europäischen Kommission im Rahmen der Entscheidungen der BNetzA jedoch nicht entgegen; vielmehr ist eine solche geboten. Aus der Konfliktschlichtungsformel lässt sich *de lege lata* ebenso wenig wie aus einer grundrechts- und unionsrechtskonformen Auslegung ein hinreichend sicheres Erweiterungspotenzial im Sinne spezifischer drittschutzfähiger Rechtspositionen für Glasfaser ausbauende Drittunternehmen entwickeln. Angesichts der gewichtigen teleologischen Gründe für ein gegenteiliges Ergebnis ist dem Gesetzgeber

allerdings zu empfehlen, die berechtigten Schutzpositionen zu einem subjektiven Recht der Glasfaser ausbauenden Drittunternehmen im Rahmen des § 34 TKG rechtsklar zu verdichten, um damit mittelbar auch den Infrastrukturwettbewerb zu stärken.¹⁴²

¹⁴² In diese Richtung auch *Wilmes-Horváth/Schriever/Gartner*, TK-Regulierung: Quo vadis?, IR 2024, 290 (291 f.); dafür wohl letztlich auch *Wolfram*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), TKG/TTDSG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 34 TKG Rn. 24.

VII. Anpassungsbedarf de lege ferenda

Damit bestehen Rechtsunsicherheiten in Bezug auf die Reichweite des Drittschutzes für Glasfaser ausbauende Unternehmen, wobei sehr starke Argumente für deren Annahme im Rahmen der §§ 37 und 50 TKG, nicht aber vergleichbar stark bei § 34 TKG sprechen. De lege ferenda ergeben sich damit folgende Fortentwicklungsempfehlungen für den Gesetzgeber:

1. § 37 TKG

Wie bereits erwähnt (C. IV. 6.), ist § 37 TKG de lege lata als drittschützend auch für Glasfaser ausbauende Unternehmen anzusehen, sodass kein Anpassungsbedarf de lege ferenda besteht. Angesichts der bewusst weiten und überzeugenden Formulierung, die auf „andere Unternehmen“ abstellt, wäre auch keine bessere allgemeine Formulierung ersichtlich. Es wäre allenfalls zu überlegen, Glasfaser ausbauende Unternehmen als Regelbeispiele mit anderen Drittunternehmen zu benennen.

2. § 50 TKG

Für § 50 TKG gilt dies entsprechend (siehe oben C. V. 5.).

3. § 34 TKG

Anders ist die Situation für § 34 TKG zu beurteilen. Hier ist de lege lata die Annahme spezifischer im Wege des Rechtsschutzes durchsetzbarer Ansprüche Glasfaser ausbauender Drittunternehmen nicht hinreichend sicher, sodass insbesondere für diese Unternehmen mit Blick auf die Rechtsunsicherheit Anpassungsbedarf besteht. Zu empfehlen ist das Einfügen eines § 34 Abs. 5a TKG, der wie folgt lauten könnte:

„Die Bundesnetzagentur stellt im Rahmen ihrer Entscheidung nach [§ 34] Absatz 4 und Absatz 5 sicher, dass die Interessen von Unternehmen, die in den von dem Migrationsprozess betroffenen Gebieten Netze mit sehr hoher Kapazität errichten oder errichtet haben, bei der Migration von herkömmlicher Infrastruktur durch das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht angemessen berücksichtigt werden.“

Dieser Formulierungsvorschlag gilt ungeachtet von Überlegungen, einen spezifischen materiell-rechtlichen Anspruch der Glasfaser ausbauenden Drittunternehmen –

insbesondere im Sinne eines Diskriminierungsschutzes – zu begründen,¹⁴³ woraus sich unmittelbar ein entsprechender Drittschutz ergäbe. Insoweit wäre die hier vorgeschlagene Gesetzesänderung deutlich weniger eingriffsintensiv als die – gegebenenfalls ergänzende – Aufnahme verschiedener denkbarer materiell-rechtlicher Ausgestaltungsvorgaben und daher unions- und grundrechtskonform umsetzbar.¹⁴⁴

¹⁴³ Dazu BREKO Konzeptpapier Kupfer-Glasfaser-Migration v. 11.4.2024, S. 4, abrufbar unter: <https://brekoverband.de/2024/04/11/breko-konzept-zur-kupfer-glasfaser-migration/> (Abruf: 31.3.2025).

¹⁴⁴ Insoweit gilt die umfassende unions- und verfassungsrechtliche Argumentation zur Rechtskonformität weiter gehender materiell-rechtlicher Ansprüche von *A. Neumann* erst recht und muss vorliegend nicht eigens wiederholt und aufgespannt werden, dazu *A. Neumann*, Gesetzgeberische Spielräume zur Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration, v. 10.4.2024, abrufbar unter: <https://brekoverband.de/2024/04/11/gesetzgeberische-spielraeume-zur-foerderung-einer-wettbewerbskonformen-kupfer-glasfaser-migration/> (Abruf: 31.3.2025).

D. Ergebnisse

Die Ergebnisse der Untersuchung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

I. Struktur und Relevanz der Drittwirkung

1. Ein subjektiv-öffentliches Recht der Glasfaser ausbauenden Drittunternehmen führt im vorliegenden Zusammenhang dazu, dass die BNetzA bei den zugangs- sowie entgelt- und sonstigen marktregulatorischen Entscheidungen ihre Interessen zu berücksichtigen hat. Somit entfaltet eine Norm eine spezifische materiell-rechtliche Wirkung. Der Drittschutz einer Norm ist sodann vor allem Ausgangspunkt für die Klagebefugnis gem. § 42 Abs. 2 VwGO eines nicht unmittelbar betroffenen Dritten und wirkt demnach auch prozessrechtlich, macht die Schutzposition also gerichtlich einklagbar.

II. Rechtsprechung und Literatur zu den Voraussetzungen eines Drittschutzes im Allgemeinen

2. Die herrschende Vorgehensweise zur Bestimmung des drittschützenden Charakters einer Norm ist die Schutznormlehre. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ist die erste Voraussetzung, dass die Norm neben den mit ihr verfolgten Allgemeininteressen zumindest auch dem Schutz privater Interessen zu dienen bestimmt ist. Sodann muss sich, zweitens, aus ihren individualisierenden Tatbestandsmerkmalen ein Personenkreis entnehmen lassen, der sich von der Allgemeinheit unterscheidet und die betroffenen Personen samt den von ihnen gerügten Beeinträchtigungen erfasst.
3. In der Literatur findet sich zudem die sog. Konfliktschlichtungsformel zur Bestimmung des Drittschutzes einer Norm. Diese stellt entscheidend darauf ab, ob die Bestimmung und ihr normatives Umfeld dem Ausgleich von verschiedenen Privatinteressen dienen. Es ist danach zu klären, inwieweit ihr ein derart gestaltetes Konfliktschlichtungsprogramm zu entnehmen ist.
4. Bei beiden Ansätzen muss der drittschützende Gehalt einer Norm jeweils konkret durch Auslegung anhand der gängigen juristischen Interpretationsmethoden ermittelt werden.

III. Rechtsprechung und Literatur zu den Voraussetzungen eines Drittschutzes im TKG im Allgemeinen und in der Marktregulierung im Besonderen

5. Die Rechtsprechung des EuGH zur Vorgängernorm der Rechtsschutzbestimmung des Art. 31 Abs. 1 S. 1 EKEK lässt einen weit reichenden Ansatz des Drittschutzes erkennen, da letztlich jede von Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörde betroffene Person über einen Rechtsbehelf verfügen muss.
6. In der Rechtsprechung sind dagegen keine relevanten telekommunikationsspezifischen Anforderungen an den Drittschutz von Normen zu erkennen. Drittschutz wird allgemein anhand der genannten Kriterien der Schutznormtheorie ermittelt. Wichtig ist dabei im Rahmen der Anwendung der klassischen Auslegungsregeln die grundrechtskonforme Auslegung und angesichts der weit reichenden Überformung des TKG durch den EKEK die unionsrechtskonforme Interpretation. Davon ausgehend wurde der Drittschutz vom BVerwG in einzelnen Fällen abgelehnt und in anderen bejaht. Das gilt auch für die Entgeltregulierung. Hier hat das BVerwG – vorliegend relevant – den Drittschutz für § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 und 3 TKG 2004 als Vorgängernorm des § 37 TKG bejaht. Dasselbe gilt für § 42 TKG 2004/2012 als Vorgängernorm des § 50 TKG.
7. Tendenziell ist diese traditionelle Rechtsprechung, die wenig von der allgemeinen Rechtsprechung in anderen Verwaltungsrechtsdomänen abweicht, restriktiver als der grundsätzlich weite Ansatz des EuGH. Da es sich beim Telekommunikationsrecht um ein stark unionsrechtlich überformtes Rechtsgebiet handelt, wird sich im Laufe der weiteren Rechtsprechungsentwicklung noch zeigen müssen, inwieweit hier der Vorrang des Unionsrechts eine Modifikation erfordert.
8. Teile der Literatur fordern, den Drittschutz anhand des Kriteriums der gleichen Teilhabemöglichkeit am Wettbewerb zu bestimmen. Dabei muss ein direktes Konkurrenzverhältnis zwischen den Wettbewerbern vorliegen, um Drittschutz zu erlangen. Es besteht die Möglichkeit, dass das BVerwG dieses Kriterium aufgreift, was tendenziell zu einer Ausweitung des Drittschutzes von Normen führen kann.

IV. Konsequenzen für § 37 TKG

9. § 37 TKG ist nach Anwendung der für die BNetzA und die Gerichte bindenden höchstrichterlich entwickelten Schutznormtheorie *de lege lata* als drittschützend für Glasfaser ausbauende Drittunternehmen einzuordnen. Schon der Wortlaut der Bestimmung („andere Unternehmen“) weist in diese Richtung. Auch die Genesis streitet dafür. Ergänzend sprechen eine verfassungs- und unionsrechtskonforme Auslegung ebenfalls für die Annahme eines entsprechenden Drittschutzes. Bei Anwendung der in der Literatur entwickelten Konflikt-schlichtungsformel gelangt man zum gleichen Ergebnis.
10. Dieses Ergebnis wurde zwar vom BVerwG noch nicht für die Nachfolgebestimmung und Glasfaser ausbauende Unternehmen bestätigt, entspricht aber der Logik der Rechtsprechung zur Vorgängerbestimmung zu § 37 TKG, sodass eine entsprechende Bestätigung zu erwarten ist.

V. Konsequenzen für § 50 TKG

11. Für § 50 TKG gilt Vergleichbares wie für § 37 TKG. Auch § 50 TKG ist also nach Anwendung der Schutznormtheorie für Glasfaser ausbauende Drittunternehmen *de lege lata* als drittschützend einzuordnen. Auch hier weist bereits der Wortlaut der Bestimmung („andere Unternehmen“) in diese Richtung. Erneut streitet ebenso die Genesis dafür. Dasselbe gilt für eine verfassungsrechtskonforme Auslegung. Wendet man die in der Literatur entwickelte Konfliktschlichtungsformel an, so bestätigt sich dieses Ergebnis.
12. Zwar fehlt auch insoweit wiederum eine bestätigende Rechtsprechung des BVerwG zum jetzigen TKG und zu den Glasfaser ausbauenden Unternehmen. Diese liegt jedoch in der Logik der bisherigen Rechtsprechungslinie des BVerwG auch zu der insoweit identischen Vorgängernorm des § 50 TKG.

VI. Konsequenzen für § 34 TKG

13. Für § 34 TKG lassen sich weder dem Wortlaut, noch der Systematik und Genesis vergleichbar starke Anhaltspunkte finden, die für die Annahme spezifischer einklagbarer Rechtspositionen im Rahmen eines Drittschutzes für Glasfaser

ausbauende Drittunternehmen sprechen, obwohl es dafür gute teleologische Gründe gibt. Auch eine grundrechts- und unionsrechtskonforme Auslegung verlagnt nicht zwingend einen Drittschutz, auch wenn das umfassende Gebot eines Drittschutzes aus Art. 31 Abs. 1 S. 1 EKEK durchaus in diese Richtung streitet. Letztlich liegt das größere Problem aber eher in der Identifikation spezifischer geschützter materiell-rechtlicher Positionen der Glasfaser ausbauenden Unternehmen auch aus Art. 81 EKEK, die sodann mit einem Drittschutz ausgestattet werden können. Das schließt die Berücksichtigung der Interessen Glasfaser ausbauender Unternehmen im Rahmen der Beachtung der Gigabit-Empfehlung der Europäischen Kommission bei Entscheidungen der BNetzA zu § 34 TKG jedoch nicht aus. Sie ist vielmehr geboten. Um den Glasfaser ausbauenden Drittunternehmen einen in teleologischer Hinsicht sinnvollen und auch grundrechts- und unionsrechtskonform möglichen Drittschutz rechtssicher zu gewähren, ist die Norm *de lege ferenda* spezifisch anzupassen.

VII. Anpassungsbedarf *de lege ferenda*

14. § 34 TKG sollte vor diesem Hintergrund wie folgt um einen neuen Absatz 5a ergänzt werden: *„Die Bundesnetzagentur stellt im Rahmen ihrer Entscheidung nach [§ 34] Absatz 4 und Absatz 5 sicher, dass die Interessen von Unternehmen, die in den von dem Migrationsprozess betroffenen Gebieten Netze mit sehr hoher Kapazität errichten oder errichtet haben, bei der Migration von herkömmlicher Infrastruktur durch das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht angemessen berücksichtigt werden.“*

15. Dieser Formulierungsvorschlag gilt ungeachtet von Überlegungen, einen spezifischen materiell-rechtlichen Anspruch der Glasfaser ausbauenden Drittunternehmen – insbesondere im Sinne eines Diskriminierungsschutzes – zu begründen.

Regensburg, den 8. April 2025



(Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M.)