

Aufsätze

Hannah Döding und Prof. Dr. Christian Koenig*

Die Unionsrechtskonformität eines gesetzlich vordeterminierten Zugangsanspruchs zur gebäudeinternen Verkabelung (Netzebene 4)

Zur Sperrwirkung von Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kommunikationskodex bzw. Art. 69 Abs. 1 DNA-E in Bezug auf §§ 145, 149 TKG und § 22b TKG-2026-RefE

Das Bundesministerium für Digitales und Staatsmodernisierung (BMDS) hat einen Entwurf zur Änderung des TKG (TKG-2026-RefE) vorgelegt. Dessen § 22b regelt den Zugang zu gebäudeinternen Telekommunikationsnetzen, Verkabelungen und zugehörigen Einrichtungen. Zugleich liegt auf Unionsebene mit dem Entwurf einer Verordnung über digitale Netze („Digital Networks Act“) (DNA-E) ein Verordnungsvorhaben vor, das den bisherigen unionsrechtlichen Rahmen neu ordnen soll. Damit stellt sich die Frage, ob der deutsche Gesetzgeber mit § 22b TKG-2026-RefE überhaupt eine unionsrechtskonforme Übergangsregelung schaffen kann oder ob er der unionsrechtlich vorgesehenen Regulierungsentscheidung vorgreift. Der Beitrag untersucht zunächst die Unionsrechtskonformität der §§ 145, 149 TKG im Lichte von Art. 61 Abs. 3 der Richtlinie (EU) 2018/1972 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Kommunikationskodex) und sodann die Vereinbarkeit von § 22b TKG-2026-RefE mit Art. 69 DNA-E.

I. Unionsrechtskonformität der §§ 145, 149 TKG (de lege lata)

1. Art. 61 Abs. 3, 5 des Kommunikationskodex

Gemäß Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 S. 1 des Kommunikationskodex

„können die nationalen Regulierungsbehörden ... auf angemessenen Antrag auf Zugang zu Verkabelungen und zugehörigen Einrichtungen in Gebäuden oder bis zum von der betreffenden nationalen Regulierungsbehörde festgelegten ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkt, sofern dieser außerhalb des Gebäudes liegt, Verpflichtungen auferlegen“.

a) Zugangobjekte

Zugangsobjekte sind (1.) gebäudeinterne Verkabelungen, (2.) zugehörige Einrichtungen und (3.) der erste Konzentrations- oder Verteilerpunkt. Der Begriff „Verkabelungen“ ist zwar nicht legaldefiniert, umfasst jedoch sämtliche physischen Kabel oder Kabelnetze – unabhängig vom Leitermaterial (z. B. Kupfer oder Glasfaser)¹ und Aktivierungszustand (aktiv oder aktivierbar; aktivierbar ist insbesondere unbeschaltete Glasfaser, also die sog. „dark fiber“).

Im Kontext von Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kommunikationskodex beziehen sich zugehörige Einrichtungen akzessorisch auf das autonome Zugangsobjekt Verkabelungen. Sie umfassen Infrastrukturen, Bestandteile, Komponenten und Dienste, die den Zugang zu den Verkabelungen ermöglichen oder unterstützen.

Technisch wie teleologisch ist der Begriff „in Gebäuden“ funktional zu verstehen. Er erfasst nicht nur innerhalb des Gebäudes verlaufende Leitungsabschnitte, sondern auch solche Netzkomponenten, die – obgleich physisch außerhalb des Gebäudes gelegen – der Versorgung und Erschließung des jeweiligen Gebäudes dienen. Die Einbeziehung des ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkts in den Zugangsanspruch trägt diesem funktionalen Verständnis Rechnung. Sie soll sicherstellen, dass der Zugang nicht an einer räumlich-formalen Grenze scheitert, sondern den technisch maßgeblichen Anschlusspunkt erfasst, an dem eine Entbündelung tatsächlich möglich und wirtschaftlich sinnvoll ist. Auf diese Weise wird verhindert, dass der gesetzlich intendierte Zugang zu gebäudebezogenen Infrastrukturen aufgrund netzarchitektonischer Besonderheiten leerläuft. Bei Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex handelt es sich demnach um „gebäudebezogene“ Zugangsvorschriften.²

Der restriktive Ansatz von Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 S. 1 des Kommunikationskodex bestätigt das funktionale Begriffsverständnis von „in Gebäuden“, da dieser die von UAbs. 1 erfassten Zugangsobjekte bis zu Punkten, die sich über den ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkt hinaus bis zu einem Punkt erstrecken, den die nationale Regulierungsbehörde als den den Endnutzern am nächsten gelegenen Punkt bestimmt, ausdehnt, sofern und soweit eine Verpflichtung nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kommunikationskodex nicht ausreicht, um die beträchtlichen und anhaltenden Replizierbarkeitshindernisse zu beseitigen, die einer bestehenden oder sich abzeichnenden Marktsituation, bei der die Wettbewerbsergebnisse für die Endnutzer erheblich beeinträchtigt werden, zugrunde liegen (sog. erweiterte Zugangsverpflichtung).³ Ob dies der Fall ist, bestimmt die nationale Regulierungsbehörde anhand komplexer technischer und ökonomischer Bewertungen und Prognosen; im Sinne des deutschen Verwaltungsrechts verfügt die deutsche Regulierungsbehörde insoweit über einen Beurteilungsspielraum.⁴

* Dieser Beitrag beruht auf einem Rechtsgutachten.

1 So heißt es etwa „Glasfaserkabel“ (Erwägungsgrund 13 des Kommunikationskodex) und „Kupferkabelnetz“ (Erwägungsgrund 209 des Kommunikationskodex) (Hervorhebungen nur hier).

2 A. Neumann/Sickmann, N&R 2020, 208, 210, verwenden ebenfalls den Begriff „gebäudebezogen“.

3 Erwägungsgrund 154 des Kommunikationskodex; A. Neumann/Sickmann, N&R 2020, 208, 208 f.

4 A. Neumann/Sickmann, N&R 2020, 208, 209.

b) Mangelnde Replizierbarkeit

Die Verpflichtungsermächtigung greift gemäß Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 S. 2 des Kommunikationskodex indes nur ein, wenn „eine Replizierung [des Zugangsobjekts] wirtschaftlich ineffizient oder praktisch unmöglich wäre“.

c) Regulierungsadressaten

Adressaten potentieller Verpflichtungen sind nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 S. 1 i. V. m. S. 2 des Kommunikationskodex (1.) Betreiber elektronischer Kommunikationsnetze sowie (2.) Eigentümer von Verkabelungen und zugehörigen Einrichtungen,⁵ sofern sie nicht selbst Betreiber elektronischer Kommunikationsnetze sind.⁶ Im Fall von Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 des Kommunikationskodex können nur die Betreiber elektronischer Kommunikationsnetze Verpflichtungsadressaten sein (Art. 61 Abs. 3 UAbs. 3 des Kommunikationskodex).⁷ Die Regulierungsadressatenstellung korrespondiert systematisch mit den Zugangsobjekten.

Aus Art. 61 Abs. 2 UAbs. 1 des Kommunikationskodex ergibt sich, dass der Adressatenkreis im Sinne eines symmetrischen Regulierungsansatzes – wie er aus dem energiesektorspezifischen Regulierungsrecht bekannt ist – nicht marktmachtabhängig bestimmt ist:

„Unbeschadet etwaiger Maßnahmen gemäß Artikel 68 in Bezug auf Unternehmen, die als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft wurden, ...“

Damit vollzieht der unionale Gesetzgeber einen Bruch mit dem im Telekommunikationssektor etablierten asymmetrischen Regulierungsmodell.⁸

d) Rechtsfolge

Gemäß Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 S. 1 des Kommunikationskodex „können“ die nationalen Regulierungsbehörden Verpflichtungen auferlegen. Ihnen wird ein pointierter Ermessensspielraum gewährt und zwar im symmetrischen Regulierungsmilieu mit einem signifikanten planerisch-marktgestaltenden Einschlag, zumal die einschlägigen Konfigurationen auf der Netzebene 4 (NE4) (Ausbau und/oder Mitnutzung) und folglich die Rechts- und Interessenpositionen höchst heterogen ausfallen.⁹

Aus Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 S. 2 des Kommunikationskodex ergibt sich, dass die nationalen Regulierungsbehörden u. a. die Replizierbarkeit der gebäudeinternen aktiven Infrastruktur bei ihren Entscheidungen zu berücksichtigen haben.

Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 S. 3 des Kommunikationskodex benennt in nicht abschließender Weise beispielhafte Verpflichtungsinhalte:

„Die auferlegten Zugangsbedingungen können konkrete Bestimmungen bezüglich Zugang zu solchen Netzelementen und zugehörigen Einrichtungen und zugehörigen Diensten, Transparenz und Nichtdiskriminierung sowie der Umlegung der Kosten des Zugangs enthalten, die zur Berücksichtigung von Risikofaktoren gegebenenfalls angepasst werden.“

Im Fall der Ausdehnung des Zugangsobjekts können die Regulierungsbehörden gemäß Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 S. 3¹⁰ des Kommunikationskodex aktive oder virtuelle Zugangsverpflichtungen auferlegen, wenn dies aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen gerechtfertigt ist. Aktive und virtuelle Zugangsverpflichtungen erfassen nicht die physische Infrastruktur oder Netzkomponente wie das Kabel selbst, sondern die Übertragungsleistung, z. B. Bitstromzugang.¹¹ Für den gleichen Fall beschränkt Art. 61 Abs. 3 UAbs. 3 des Kommunikationskodex den Ermessensspielraum der Regulierungsbehörde für die in lit. a und lit. b aufgezählten Fälle. Art. 61 Abs. 3 UAbs. 4 des Kommunikationskodex enthält eine Gegenausnahme zu lit. a.

Die Regulierungsbehörden können also über das „Ob“ und „Wie“, einschließlich des Entgelts, entscheiden.

Bei ihrer Entscheidung hat die nationale Regulierungsbehörde die in Art. 61 Abs. 1 UAbs. 1 des Kommunikationskodex aufgezählten Ziele und Zwecke zu berücksichtigen.¹² Aus Erwägungsgrund 152 des Kommunikationskodex ergeben sich weitere Gesichtspunkte, welche die nationalen Regulierungsbehörden in ihrer Entscheidung berücksichtigen sollen:

„In Situationen, in denen Unternehmen keinen Zugang zu tragfähigen Alternativen zu nicht replizierbaren Verkabelungen und zugehörigen Einrichtungen in Gebäuden oder bis zum ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkt haben, und zur Förderung von durch Wettbewerb entstehenden Vorteilen im Interesse der Endnutzer sollten die nationalen Regulierungsbehörden befugt sein, allen Unternehmen unabhängig von ihrer Einstufung als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Zugangsverpflichtungen aufzuerlegen. Hierbei sollten die nationalen Regulierungsbehörden alle technischen und wirtschaftlichen Hindernisse für eine künftige Replizierung von Netzen berücksichtigen. Da solche Verpflichtungen in bestimmten Fällen schwerwiegende Eingriffe darstellen, Anreize für Investitionen zuwiderlaufen und die Wirkung haben können, die Position dominanter Akteure zu stärken, sollten sie jedoch nur auferlegt werden, wenn dies gerechtfertigt und verhältnismäßig ist, um auf den relevanten Märkten einen dauerhaften Wettbewerb zu bewirken. ... Alle Verpflichtungen, die von der nationalen Regulierungsbehörde gemäß der vorliegenden Richtlinie auferlegt werden und Beschlüsse, die andere zuständige Behörden nach der Richtlinie 2014/61/EU erlassen, um den Zugang zu physischen Infrastrukturen in Gebäuden oder zu physischen Infrastrukturen bis zum Zugangspunkt sicherzustellen, sollten kohärent sein.“ (Hervorhebungen nur hier)

Nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 S. 1 des Kommunikationskodex können die Regulierungsbehörden Marktanalysen bei ihrer Ermessensausübung berücksichtigen. Gemäß Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 S. 2 des Kommunikationskodex müssen die Regulierungsbehörden im Fall der Ausdehnung des Zugangsobjekts die Leitlinien des Gremiums europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 5 des Kommunikationskodex berücksichtigen.

Die Verpflichtungen und Bedingungen müssen gemäß Art. 61 Abs. 5 S. 1 Hs. 1 des Kommunikationskodex objektiv, transparent, verhältnismäßig und nicht diskriminierend sein.

⁵ Obgleich der Wortlaut von Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 S. 1, 2 des Kommunikationskodex zwei eigenständige Verpflichtungsermächtigungen nahelegt, lassen systematische und teleologische Erwägungen, gestützt auf Erwägungsgrund 152 des Kommunikationskodex, indes nur das Verständnis einer einheitlichen Verpflichtungsermächtigung zu, ebenso A. Neumann/Sickmann, N&R 2020, 208, 208 Fn. 4.

⁶ „Betreiber“ ist legaldefiniert in Art. 2 Nr. 29 des Kommunikationskodex: „ein Unternehmen, das ein öffentliches elektronisches Kommunikationsnetz oder eine zugehörige Einrichtung bereitstellt, oder zur Bereitstellung hiervon befugt ist“.

⁷ A. Neumann/Sickmann, N&R 2020, 208, 210.

⁸ Zum symmetrischen Regulierungsansatz nach Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex bereits A. Neumann/Sickmann, N&R 2020, 208.

⁹ Zum Regulierungsermessen im Fall von Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 des Kommunikationskodex siehe A. Neumann/Sickmann, N&R 2020, 208, 209.

¹⁰ A. Neumann/Sickmann, N&R 2020, 208, 209 f.

¹¹ Dazu gehören die in Art. 3 des Kommunikationskodex festgelegten Regulierungsziele: Effizienz, nachhaltiger Wettbewerb, der Aufbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität, effiziente Investitionen und Innovation sowie ein größtmöglicher Nutzen für die Endnutzer.

e) Verfahren

Die Verfahren nach Art. 23 des Kommunikationskodex (Konsultation und Transparenz), Art. 32 des Kommunikationskodex (Konsolidierung des Binnenmarkts für elektronische Kommunikation) und Art. 33 des Kommunikationskodex (Verfahren zur einheitlichen Anwendung von Abhilfemaßnahmen) finden gemäß Art. 61 Abs. 5 S. 1 Hs. 2 des Kodex Anwendung.

Die nationalen Regulierungsbehörden müssen gemäß Art. 61 Abs. 5 S. 2 des Kommunikationskodex innerhalb von fünf Jahren die Effektivität und Angemessenheit der auferlegten Maßnahmen überprüfen. Das Ergebnis muss gemäß Art. 61 Abs. 5 S. 3 des Kodex bekanntgegeben werden.

2. §§ 145, 149 TKG

a) Zugangsobjekte

Zugangsobjekte des § 145 Abs. 2 S. 1 TKG sind „gebäudeinterne Netzinfrastrukturen“. Dieser Begriff wird nicht legaldefiniert. Der Wortlaut lässt auf eine weite Auslegung schließen, wonach sämtliche Netzinfrastrukturen in Gebäuden erfasst sind. Die systematische Auslegung bestätigt das weite Verständnis, da in § 145 Abs. 4, 5 TKG der engere Begriff „passive Netzinfrastruktur“ verwendet wird. Die Zugangsobjekte lassen sich auch von den Antragsadressaten gemäß § 145 Abs. 2 S. 1 TKG herleiten: (1.) Eigentümer oder Betreiber von gebäudeinternen Komponenten öffentlicher Telekommunikationsnetze oder (2.) Eigentümer von Verkabelungen und zugehörigen Einrichtungen:

„Für die Einordnung des Mitnutzungsgegenstandes ist auf die im Gesetz verwendete Terminologie ‚gebäudeinterne Komponenten öffentlicher Telekommunikationsnetze‘ und ‚Verkabelungen und zugehörigen Einrichtungen in Gebäuden‘ abzustellen, wobei diese weder im Katalog der Begriffsbestimmungen des § 3 TKG noch in § 145 TKG definiert werden.“¹²

Gemäß § 3 Nr. 65 TKG ist ein Telekommunikationsnetz

„die Gesamtheit von Übertragungssystemen, ungeachtet dessen, ob sie auf einer permanenten Infrastruktur oder zentralen Verwaltungskapazität basieren, und gegebenenfalls Vermittlungs- und Leitwegeinrichtungen sowie anderweitigen Ressourcen, einschließlich der nicht aktiven Netzbestandteile, die die Übertragung von Signalen über Kabel, Funk, optische und andere elektromagnetische Einrichtungen ermöglichen, einschließlich Satellitennetzen, festen, leitungs- und paketvermittelten Netzen, einschließlich des Internets, und mobilen Netzen, Stromleitungssystemen, soweit sie zur Signalübertragung genutzt werden, Netzen für Hör- und Fernsehfunk sowie Kabelfernsehtetzen, unabhängig von der Art der übertragenen Information“ (Hervorhebungen nur hier).

Ein Telekommunikationsnetz ist öffentlich gemäß § 3 Nr. 42 TKG, wenn es „ganz oder überwiegend der Erbringung öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste dient, die die Übertragung von Informationen zwischen Netzabschlusspunkten ermöglichen“.

§ 145 Abs. 2 TKG erfasst demnach passive, aktive und aktivierbare gebäudebezogene Komponenten.¹³

„Der von der Antragstellerin verwendete Begriff ‚Netzebene 4‘ ist nicht im Gesetz enthalten. Aus einem Vergleich der Absätze 2 und 3 mit Absatz 1 des § 145 TKG wird deutlich, dass gebäudeinterne Komponenten dafür gebraucht werden, um ein Netz in den Räumen des Endnutzers abschließen zu können und es somit den Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze zu ermöglichen einen entsprechenden Telekommunikationsdienst an den Endnutzer zu leisten. Aus dieser

Funktionsweise ergibt sich das Verständnis, dass sowohl die gebäudeinternen Endleitungen, die Netzabschlussdosen sowie gebäudeinterne Verzweigereinrichtungen (z. B. APL) unter dem Begriff der ‚gebäudeinternen Komponenten öffentlicher Telekommunikationsnetze‘ zu fassen sind.“¹⁴

Der Begriff der Verkabelung wird nicht legaldefiniert. Dem Wortlaut nach fallen sämtliche Kabel – aktive oder aktivierbare Kupfer- oder Glasfaserkabel – darunter. Für dieses Verständnis spricht auch der Zusatz in § 3 Nr. 45 TKG, wodurch zum einen für Kabel klargestellt wird, dass auch unbeschaltete Glasfaser darunterfällt, und zum anderen Kabel aus dem Begriff „passive Infrastruktur“ ausgeschlossen werden („Kabel, einschließlich unbeschalteter Glasfaserkabel, sind keine passiven Netzinfrastrukturen“).

Die ausdrückliche Erwähnung der Verkabelungen in § 145 Abs. 2 S. 1 TKG dient der Klarstellung und der Umsetzung von Art. 61 des Kommunikationskodex. Die Regelung verdeutlicht, dass die Erfassung gebäudeinterner Infrastrukturen unabhängig davon erfolgt, ob sie funktional einem öffentlichen Telekommunikationsnetz zuzurechnen sind.¹⁵

Zugehörige Einrichtungen i. S. d. § 3 Nr. 78 TKG sind akzessorisch zu den Verkabelungen als autonome Zugangsobjekte.¹⁶

Gemäß § 145 Abs. 2 S. 2 TKG ist der erste Konzentrations- oder Verteilerpunkt eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes auch Zugangsobjekt, wenn er außerhalb des Gebäudes liegt.¹⁷ Ab einem gebäudeexternen Konzentrations- oder Verteilerpunkt findet gemäß § 145 Abs. 2 S. 2 TKG Abs. 1 entsprechende Anwendung, womit auch der erweiterte Zugang nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 des Kommunikationskodex umgesetzt wird. Insbesondere ist § 145 Abs. 2 S. 2 TKG i. V. m. § 145 Abs. 1 TKG auch rechtlich nachrangig gegenüber § 145 Abs. 2, 3 TKG.¹⁸

§ 145 Abs. 2 TKG erfasst damit dieselben Zugangsobjekte wie Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kommunikationskodex, nämlich gebäudebezogene Verkabelungen und zugehörige Einrichtungen sowie die ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkte. Darüber hinaus bezieht § 145 Abs. 2 TKG gebäudebezogene passive Infrastrukturen i. S. d. Art. 11 der Gigabit-Infrastrukturverordnung (EU) 2024/1309 („Gigabit Infrastructure Act“, GIA) in den Kreis der Zugangsobjekte ein. Sollten sich – im Lichte der (nuanciert) divergierenden Terminologien zwischen der Gigabit-Infrastrukturverordnung (EU) 2024/1309 und dem TKG – in der Anwendung von § 145 TKG Spannungen gegenüber den vorrangigen tatbestandlichen Definitionsmerkmalen bzw. der Rechtsfolge nach Art. 11 der Gigabit-Infrastrukturverordnung (EU) 2024/1309 ergeben, so könnte ggf. § 145 TKG i. V. m. § 149 TKG insoweit unionsrechtskonform ausgelegt werden.

b) Antragsverfahren: Aktiv- und Passivlegitimation

Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze sind gemäß § 145 Abs. 2 S. 1 TKG zur Stellung eines Antrags auf Mitnutzung gegenüber den Eigentümern oder Betreibern der Zugangsobjekte aktivlegitimiert. Der Antrag ist gemäß § 147 Abs. 1 TKG schriftlich oder elektronisch zu stellen. § 147 Abs. 2 S. 1 TKG legt fest, dass der

12 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 25.2.2025 – Az. BK11-24-020, Rn. 71.

13 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8332, 28, 54 (zu § 77k TKG 2016); Schuler, N&R 2025, 119, 121.

14 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 25.2.2025 – Az. BK11-24-020, Rn. 71 f., unter Bezugnahme auf Geppert, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. A., 2023, § 145 Rn. 36.

15 Leitzke, in: Säcker/Körber, TKG – TTDSG, 4. A., 2023, § 145 TKG Rn. 19.

16 Hierzu oben, unter 1. a).

17 Leitzke (Fn. 15), § 145 TKG Rn. 17; Geppert (Fn. 14), § 145 Rn. 38.

18 Geppert (Fn. 14), § 145 Rn. 22.

Antragsempfänger über vollständige Anträge i. S. d. S. 2 in der Reihenfolge zu entscheiden hat, in der die Anträge bei ihm eingehen. § 148 TKG enthält eine Vorschrift zur Vertraulichkeit der Informationen.

§ 145 Abs. 2 S. 1 TKG nennt als Antragsadressaten (1.) Eigentümer oder Betreiber gebäudeinterner Komponenten öffentlicher Telekommunikationsnetze sowie (2.) Eigentümer von Verkabelungen und zugehörigen Einrichtungen. Während die zweite Alternative Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kommunikationskodex wortgleich umsetzt, hat der deutsche Gesetzgeber den Adressatenkreis durch Einbeziehung der Eigentümer gebäudeinterner Netzkomponenten erweitert. Betreiber und Eigentümer können somit jeweils isoliert verpflichtet werden.¹⁹ Aus dem Zusammenhang mit § 145 Abs. 3 TKG folgt jedoch, dass eine Mitnutzungsverpflichtung eines Eigentümers nur greift, wenn die Verfügungsbefugnis unmittelbar auf einem Eigentumsrecht an der betreffenden Infrastruktur beruht.²⁰ Entsprechend Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex ist die Passivlegitimation symmetrisch, d. h. marktmachtunabhängig, ausgestaltet.

An dieser Stelle zeigt sich ein Unterschied zur unionsrechtlichen Grundlage in Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kommunikationskodex. Während Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kodex unmittelbar die Regulierungsadressaten bestimmt und dem Wortlaut zufolge ein öffentlich-rechtliches Antragsverhältnis zwischen Zugangspetent und Regulierungsbehörde begründet, die Systematik und das Telos aber für eine unmittelbare Verpflichtungsermächtigung der nationalen Regulierungsbehörde sprechen,²¹ beschränkt sich § 145 Abs. 2 TKG darauf, die potentiell Verpflichteten als Antragsadressaten eines Zugangsbegehrens auszuweisen.

Nach § 145 Abs. 3 TKG ist derjenige, der über gebäudebezogene Netzinfrastrukturen oder Netzinfrastrukturen bis zum ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkt eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes verfügt, verpflichtet, allen zumutbaren Mitnutzungsanträgen zu fairen und diskriminierungsfreien Bedingungen – einschließlich angemessener Mitnutzungsentgelte – stattzugeben, sofern eine Duplizierung der Netzinfrastrukturen technisch unmöglich oder wirtschaftlich ineffizient wäre.

Die Vorschrift verdeutlicht damit den vom deutschen Gesetzgeber vorrangig intendierten Verhandlungsmechanismus zwischen Zugangspetent und -anbieter. § 145 Abs. 3 TKG übernimmt das unionsrechtliche Tatbestandsmerkmal der mangelnden Replizierbarkeit aus Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 S. 2 des Kommunikationskodex und integriert zugleich die Grundsätze der Fairness und Nichtdiskriminierung, die nach Art. 61 Abs. 5 S. 1 des Kommunikationskodex für behördlich angeordnete Verpflichtungen gelten. Damit werden diese Regulierungsprinzipien bereits auf der Ebene des privatrechtlichen Zugangsverhältnisses wirksam.

c) Streitbeilegungsverfahren

Gemäß § 149 Abs. 1 Nr. 4 TKG kann die Bundesnetzagentur als Streitbeilegungsstelle nach § 211 TKG i. V. m. § 214 TKG angerufen werden und eine verbindliche Entscheidung beantragt werden, wenn innerhalb von zwei Monaten ab Eingang des Antrags keine Vereinbarung über die Mitnutzung nach § 145 Abs. 2, 3 TKG zustande gekommen ist. Hier greift der deutsche Gesetzgeber das nach dem Wortlaut von Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kommunikationskodex vorgesehene öffentlich-rechtliche Antragsverhältnis zwischen dem Zugangspetenten und der nationalen Regulierungsbehörde auf und normiert die streitfallbezogene Entscheidungskompetenz der Regulierungsbehörde, schaltet aber ein Streitbeilegungsverfahren zwischen.

Ausweislich des Wortlauts von § 145 Abs. 2 S. 2 TKG („entsprechend“) handelt es sich um eine Rechtsgrundverweisung

auf Abs. 1, weshalb über § 145 Abs. 2 S. 2 TKG das Streitbeilegungsverfahren gemäß § 149 Abs. 1 Nr. 4 TKG (welcher auf den gesamten § 145 Abs. 2 TKG verweist) Anwendung findet, so dass die Bundesnetzagentur auch für den erweiterten Zugang die Letztentscheidungsbefugnis hat.²²

§ 149 Abs. 5 TKG enthält Maßstäbe für die Bestimmung der Höhe des Mitnutzungsentgelts.

Gemäß § 149 Abs. 6 S. 1 TKG kann die Bundesnetzagentur Eigentümer oder Betreiber von gebäudeinternen Komponenten öffentlicher Telekommunikationsnetze oder Eigentümer von Verkabelungen und zugehörigen Einrichtungen in Gebäuden dazu verpflichten, anderen Unternehmen Zugang zur gebäudeinternen Netzinfrastruktur oder bis zum ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkt des öffentlichen Telekommunikationsnetzes außerhalb des Gebäudes zu gewähren, soweit eine Replizierung der Netzinfrastruktur technisch unmöglich oder wirtschaftlich ineffizient ist. Damit wird nahezu wortgleich die Ermächtigung der nationalen Regulierungsbehörden aus Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 S. 2 des Kommunikationskodex übernommen. Hierdurch wird deutlich, dass die Bundesnetzagentur – auch wenn das Streitbeilegungsverfahren zwischen geschaltet ist – die Letztentscheidungsbefugnis über das „Ob“ und das „Wie“ des Zugangs, einschließlich des Entgelts, hat.

Die Norm enthält Vorgaben zum Gehalt der behördlichen Entscheidung. Gemäß § 149 Abs. 6 S. 2 TKG können die auferlegten Maßnahmen insbesondere konkrete Bestimmungen zur Zugangsgewährung, Transparenz und Diskriminierungsfreiheit sowie zu den Zugangsentgelten enthalten. Das ist nur eine beispielhafte Aufzählung („insbesondere“). Gemäß § 149 Abs. 6 S. 3 TKG müssen die Maßnahmen objektiv, transparent, verhältnismäßig und diskriminierungsfrei sein. Damit setzt der deutsche Gesetzgeber Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 S. 3 und Abs. 5 S. 1 Hs. 1 des Kommunikationskodex nahezu wortgleich um.

Die Vorschriften zum Konsultations- und Konsolidierungsverfahren gemäß § 12 TKG gelten nach § 149 Abs. 6 S. 4, 5 TKG entsprechend, wodurch Art. 61 Abs. 5 S. 1 Hs. 2 des Kommunikationskodex umgesetzt ist.

Auch muss die Bundesnetzagentur die von ihr auferlegten Verpflichtungen gemäß § 149 Abs. 6 S. 6 TKG innerhalb von fünf Jahren überprüfen, wodurch Art. 61 Abs. 5 S. 2 des Kommunikationskodex umgesetzt ist. Sie kann gemäß § 149 Abs. 6 S. 8 TKG die beabsichtigte Maßnahme jederzeit zurückziehen. Das entspricht dem Telos – unionsrechtlich: der praktischen Wirksamkeit – der Prüfpflicht, da diese ausweislich von Art. 61 Abs. 5 S. 2 des Kommunikationskodex dazu dient, zu überprüfen, ob aufgrund sich wandelnder Umstände eine Änderung oder Aufhebung angemessen wäre.

d) Anwendbarkeit

§ 145 Abs. 2, 3 TKG finden gemäß § 145 Abs. 8 TKG keine Anwendung, „soweit“ zur mitzunutzenden gebäudeinternen Infrastruktur ein Zugang gemäß § 72 Abs. 6 TKG gewährt wird. § 72 TKG gilt gemäß § 72 Abs. 7 S. 1 TKG nur für Glasfaserinfrastrukturen, die spätestens am 31. Dezember 2027 errichtet worden sind.

In der Folge hat (Kontrahierungszwang) der Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der ein Glasfaserbereitstellungsentgelt erhält, Anbietern von öffentlich

¹⁹ Leitzke (Fn. 15), Vor §§ 136 ff. TKG Rn. 19.

²⁰ Geppert (Fn. 14), § 145 Rn. 31.

²¹ Siehe A. Neumann/Sickmann, NeR 2020, 208, 210.

²² Der Antrag ist gemäß § 149 Abs. 9 TKG schriftlich oder elektronisch zu stellen und die Bundesnetzagentur muss gemäß § 149 Abs. 7 Nr. 2 TKG innerhalb von zwei Monaten über den Antrag entscheiden. § 149 Abs. 8 TKG enthält eine zweimonatige Verlängerungsoption im Fall von außergewöhnlichen Umständen.

zugänglichen Telekommunikationsdiensten Zugang unentgeltlich zu gewähren.

§ 72 Abs. 6 TKG erfasst – im Gegensatz zu § 145 Abs. 2, 3 TKG im Hinblick auf „Verkabelungen und zugehörige Einrichtungen“ – nur ein konkretes gebäudebezogenes Signalübertragungsmedium, die Glasfaser.²³ § 72 Abs. 6 TKG ist demnach eine kleine zugangsobjektbezogene Teilmenge von § 145 Abs. 2, 3 TKG, die zudem formell (Glasfaserbereitstellungsentgelt muss vereinbart worden sein, § 72 Abs. 1 TKG), materiell (Höhe des Glasfaserbereitstellungsentgelts, § 72 Abs. 2, 3 TKG) und zeitlich (§ 72 Abs. 7 TKG) definiert wird.

Soweit die zugangsobjektbezogene Teilmenge (Glasfaser als ein konkretes gebäudebezogenes Signalübertragungsmedium im Kontext eines Glasfaserbereitstellungsentgelts) überschritten ist (die Zugangsobjekte und/oder -konditionen nicht mehr vom Tatbestand und der Rechtsfolge des Zugangsanspruchs nach § 72 Abs. 6 TKG erfasst sind), gleitet das Zugangsverhältnis zwischen Zugangspetent und -anbieter nicht in einen rein privatautonomen Bereich. Vielmehr findet das regulierte Regime nach § 145 Abs. 2, 3 TKG Anwendung – in den Kategorien der Mengenlehre ausgedrückt: Das Zugangsverhältnis geht in das relative Komplement der Teilmenge (§ 72 Abs. 6 TKG) in der Menge (§ 145 Abs. 2, 3 TKG) über.

Gemäß § 149 Abs. 1 Nr. 6 TKG kann die Bundesnetzagentur, wenn innerhalb von einem Monat ab Eingang des Antrags beim Betreiber einer nach § 72 Abs. 1 Nr. 1, 2 TKG errichteten Netzinfrastruktur keine Vereinbarung über den Netzzugang nach § 72 Abs. 6 TKG zustande kommt, als nationale Streitbeilegungsstelle nach § 211 TKG i. V. m. § 214 TKG angerufen und eine verbindliche Entscheidung beantragt werden. Mit § 149 Abs. 1 Nr. 6 TKG wird der Bundesnetzagentur die Letztentscheidungsbefugnis auch für die Teilmenge § 72 Abs. 6 TKG gewährt, so dass die Verpflichtungsermächtigung nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kommunikationskodex vom deutschen Gesetzgeber aufgegriffen wurde. Das ausdifferenzierte Tatbestandsmerkmal der mangelnden Replizierbarkeit nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 S. 2 des Kommunikationskodex muss nicht – entsprechend zu § 149 Abs. 6 S. 1 TKG – für den Fall des § 149 Abs. 1 Nr. 6 TKG (wörtlich) aufgenommen werden, da über das „Ob“ des Zugangs bereits im Wege des Kontrahierungszwangs gemäß § 72 Abs. 6 TKG gesetzlich entschieden wurde.

3. Die Abwägungs- und Entscheidungsprärogative der nationalen Regulierungsbehörden

Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kommunikationskodex bestimmt die Zuständigkeit und Befugnisse der nationalen Regulierungsbehörden im Bereich der Zugangsregulierung zu gebäudebezogenen aktiven und aktivierbaren Verkabelungen und zugehörigen Einrichtungen, einschließlich des ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkts. In diesem Rahmen ist die Entscheidungszuständigkeit für Zugangsbegehren vollharmonisiert; sie liegt ausschließlich bei den nationalen Regulierungsbehörden, denen die Abwägungs- und Entscheidungsprärogative vorbehalten ist. Der mitgliedstaatliche Gesetzgeber hat diese Zuständigkeit sowie die in Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex ausdrücklich vorgesehenen Tatbestandsmerkmale und Verfahrensschritte zwingend zu übernehmen. Im Übrigen verbleibt ihm ein begrenzter Umsetzungsspielraum, soweit das Telos – unionsrechtlich: die praktische Wirksamkeit – der Zugangsregulierung und die regulatorische Entscheidungsautonomie gewahrt bleiben. Die Vorschrift verkörpert damit ein Modell funktionaler Teilharmonisierung, das die in der juristischen Fachliteratur geläufige Dichotomie von Voll- und Teilharmonisierung relativiert. Eine absolute terminologische Trennschärfe besteht nicht; je nach Analyse- bzw. Auslegungsradius kann ein Element als

vollharmonisiert gelten oder dem Mitgliedstaat ein begrenzter Umsetzungsspielraum verbleiben. Die Norm verbindet damit die vollharmonisierte Zuweisung zentraler Zuständigkeiten an die nationalen Regulierungsbehörden mit gezielter mitgliedstaatlicher Umsetzungsflexibilität bei teilharmonisierten Verfahrenselementen.

Der Titel von Art. 61 des Kommunikationskodex – „Befugnisse und Zuständigkeiten der nationalen Regulierungsbehörden und anderen zuständigen Behörden in Bezug auf Zugang und Zusammenschaltung“ – stellt unmissverständlich klar, dass die Abwägungs- und Entscheidungsprärogative ausschließlich den nationalen Regulierungsbehörden gewährt wird. Das bestätigt Erwägungsgrund 35 des Kommunikationskodex:

„Bei einigen der aus der Richtlinie resultierenden Aufgaben wie der *Vorab-Marktregulierung*, *einschließlich der Auferlegung von Zugangs- und Zusammenschaltungsverpflichtungen*, und der *Beilegung von Streitigkeiten* zwischen Unternehmen handelt es sich um Aufgaben, die *nur von den nationalen Regulierungsbehörden wahrgenommen* werden sollten, d. h. von Stellen, die sowohl von der Branche unabhängig sind als auch unabhängig von jeglicher äußerer Einflussnahme oder politischem Druck agieren.“ (Hervorhebungen nur hier)

In der Rechtssache „Kommission/Deutschland“ erklärte der EuGH § 9a TKG 2007 mit Art. 15 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG für unvereinbar. Dahinter stand der in § 9a TKG 2007 geregelte Grundsatz der Nichtregulierung neuer Märkte (§ 3 Nr. 12b TKG 2007), wodurch das Ermessen der nationalen Regulierungsbehörde signifikant eingeschränkt wurde und somit ihre Befugnis zur Marktdefinition leer lief. Die Marktdefinition bildete nach der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG jedoch einen wesentlichen Ausgangspunkt der Wettbewerbsanalyse und war ausschließlich den nationalen Regulierungsbehörden vorbehalten.²⁴ Dieses Urteil zementierte nochmals die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden.²⁵

Im Urteil heißt es:

„Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass das in Art. 15 der Rahmenrichtlinie vorgesehene Marktdefinitionsverfahren es der [nationalen Regulierungsbehörde] ermöglichen soll, eine Analyse des relevanten Marktes gemäß Art. 16 dieser Richtlinie durchzuführen und insbesondere zu prüfen, ob auf diesem Markt bestimmte Unternehmen beträchtliche Marktmacht ausüben. Die Marktdefinition bildet also den Ausgangspunkt der Wettbewerbsanalyse nach Art. 16 der Rahmenrichtlinie.“²⁶

Der EuGH betonte die überragende Wichtigkeit der Marktanalyse durch die nationale Regulierungsbehörde nach dem Drei-Kriterien-Test, der auf der Marktdefinition durch die Regulierungsbehörde aufbaut, im asymmetrischen Regulierungsmodell nach (mittlerweile) Art. 63 bis 67 des Kommunikationskodex.

Die Abwägungs- und Entscheidungsprärogative der Regulierungsbehörde gewinnt vor dem Hintergrund des symmetrischen Regulierungsmodells nach Art. 61 des Kommunikationskodex besondere Bedeutung.²⁷ Die Adressatenstellung

23 Der Hausübergabepunkt ist in der Regel der Netzabschlusspunkt i. S. d. § 3 Nr. 32 TKG, *Gerpott*, in: *Säcker/Körber* (Fn. 15), § 72 TKG Rn. 69.

24 EuGH, ECLI:EU:C:2009:749, Rn. 80–84 (Urt. v. 3.12.2009 – Rs. C-424/07) – *Kommission/Deutschland*.

25 Zur Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde in den Energiesektoren EuGH, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 85–133 (Urt. v. 2.9.2021 – Rs. C-718/18) (= N&R 2021, 297, 301–304) – *Kommission/Deutschland*.

26 EuGH, ECLI:EU:C:2009:749, Rn. 81 (Urt. v. 3.12.2009 – Rs. C-424/07) – *Kommission/Deutschland*.

27 Vgl. Erwägungsgrund 157 des Kommunikationskodex.

knüpft nicht an die – aus dem wettbewerbsrechtlichen Markt-machtmissbrauchsverbot des Art. 102 AEUV abgeleitete – beträchtliche Marktmacht eines Netzbetreibers an. Vielmehr genügt bereits die Eigentümer- oder Betreibereigenschaft als solche, um zum Adressaten regulatorischer Verpflichtungen zu werden. Damit wird ein Tatbestandsmerkmal abgelöst, das im asymmetrischen Regulierungsmodell eine erhebliche materielle Eintrittsschwelle für die Regulierungsbehörden bildet. Diese Absenkung ist keineswegs marginal: Sie erweitert den Kreis potentiell Verpflichteter erheblich und erhöht zugleich die Anforderungen an die behördliche Abwägung, insbesondere im Hinblick auf die Wahrung grundrechtlicher Schutzbereiche (Erwägungsgrund 152 des Kommunikationskodex).

Obwohl in Erwägungsgrund 154 des Kommunikationskodex erwähnt wird, dass zur Feststellung der mangelnden Duplizität der Zugangsobjekte keine beträchtliche Marktmacht festgestellt werden muss, dürfte die Prüfung der Replizierbarkeit Ähnlichkeiten zum Drei-Kriterien-Test nach Art. 67 des Kommunikationskodex aufweisen, da das Tatbestandsmerkmal der mangelnden Duplizität eine Schnittmenge zum ersten Kriterium gemäß Art. 67 Abs. 1 UAbs. 2 lit. a des Kommunikationskodex – beträchtliche und anhaltende strukturelle, rechtliche oder regulatorische Marktzutrittsschranken – aufweist.²⁸ Nach Erwägungsgrund 9 der Märkteempfehlung (EU) 2020/2245 der Europäischen Kommission können

„[s]trukturelle Zutrittsschranken ... auch vorliegen, wenn die Bereitstellung eines Dienstes eine Netzkomponente erfordert, die sich *technisch nicht duplizieren lässt oder deren Duplizierung wirtschaftlich nicht vertretbar wäre*“ (Hervorhebung nur hier).

Ein Indiz zur Feststellung von Marktzutrittsschranken im Sinne des Drei-Kriterien-Tests wird demzufolge als Tatbestandsmerkmal „mangelnde Replizierbarkeit“ in Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 S. 2 des Kommunikationskodex aufgenommen. Auch die in Erwägungsgrund 154 des Kommunikationskodex beschriebenen materiellen Prüfinhalte einer Replizierbarkeit ähneln der Marktanalyse im Sinne des Drei-Kriterien-Tests:

„Andererseits erfordert [die Bewertung der Replizierbarkeit von Netzbestandteilen] eine *ausreichende wirtschaftliche Bewertung der Marktbedingungen*, damit festgestellt werden kann, ob die erforderlichen Kriterien für die Auferlegung von Verpflichtungen jenseits des ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkts erfüllt sind. Solche erweiterten Zugangsverpflichtungen dürften eher in geografischen Gebieten erforderlich sein, in denen das Geschäftsszenario für den Aufbau alternativer Infrastrukturen risikoreicher ist, beispielsweise aufgrund einer geringen Bevölkerungsdichte oder der begrenzten Anzahl an Mehrfamilienhäusern. Umgekehrt könnte eine hohe Konzentration an Haushalten ein Indiz dafür sein, dass die Auferlegung solcher Verpflichtungen unnötig ist. Die nationalen Regulierungsbehörden sollten *ferner prüfen, ob solche Verpflichtungen dazu führen könnten, dass die Position von Unternehmen, die als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft wurden, gestärkt würde.*“ (Hervorhebungen nur hier)

Um die Wettbewerbsverhältnisse sachgerecht bewerten zu können, wird auch eine Marktabgrenzung Eingang in die Prüfung finden müssen.²⁹

Die Ähnlichkeiten zum Drei-Kriterien-Test bestätigte das GEREK in seinem Bericht:³⁰

„In dieser Hinsicht ist der Ansatz demjenigen der Auferlegung des Zugangs zu physischer Infrastruktur unter dem Rahmen für beträchtliche Marktmacht nicht unähnlich, obwohl die politischen Ziele und Regulierungsgrundsätze weniger verbindlich sind.“³¹

Diese komplexen Marktstrukturen und -verhältnisse können nur von der unabhängigen Regulierungsbehörde im Einzelfall sachgerecht erwogen werden – sie entziehen sich einer abschließenden gesetzgeberischen Vorbestimmung. So hat das GEREK die Erfahrungen der nationalen Regulierungsbehörde bei der Beurteilung der Replizierbarkeit der Zugangsobjekte in dem soeben bereits erwähnten Bericht zusammengefasst, in dem verschiedene Parameter der Analysen erörtert werden.³²

Dass die nationale Regulierungsbehörde die Marktanalyse auch in ihrer Ermessensentscheidung berücksichtigen kann, zeigt Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 S. 1 des Kommunikationskodex. Das im asymmetrischen Regulierungsmodell enthaltene Tatbestandsmerkmal „beträchtliche Marktmacht“ wird für das symmetrische Regulierungsmodell in Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex auf die Rechtsfolgenrechte verschoben, indem die Regulierungsbehörde nunmehr etwaige Marktmachtpositionen (auch des Zugangspetenten) in ihre Zugangsrechtsfolgenabwägung einzubeziehen hat. Den nationalen Regulierungsbehörden wird dadurch ein im Vergleich zur asymmetrischen Regulierung wesentlich stärker ausgeprägter Ermessensspielraum gewährt, um im symmetrischen Regulierungsmilieu mit einem signifikanten planerisch-marktgestaltenden Einschlag den höchst heterogenen Konfigurationen auf der Netzebene 4 (Ausbau und/oder Mitnutzung) und folglich den beteiligten Rechts- und Interessenpositionen im Einzelfall gerecht zu werden. Diese komplexen Rechts- und Interessenlagen erkannte der unionale Gesetzgeber in Erwägungsgrund 152 des Kommunikationskodex.³³

Im Elektrizitäts- und Erdgassektor werden die Netzinfrastukturbetreiber, etwa Übertragungs- und Fernleitungsnetzbetreiber, symmetrisch reguliert, da die leitungsgebundenen Elektrizitäts- und Erdgastransportmärkte von natürlichen Monopolstrukturen geprägt sind. Wendet der unionale Gesetzgeber nun ein symmetrisches Regulierungsmodell für gebäudebezogene aktive und aktivierbare Infrastrukturen und Netzkomponenten an, scheint er von natürlichen Monopolstrukturen auf diesen Märkten auszugehen. Dagegen spricht allerdings Erwägungsgrund 152 des Kommunikationskodex, dem entnommen werden kann, dass der unionale Gesetzgeber zumindest duopolistische oder oligopolistische Strukturen bei gebäudebezogenen aktiven und aktivierbaren Verkabelungen und zugehörigen Einrichtungen, einschließlich des ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkts, für möglich hält:

„Die Tatsache, dass es *bereits mehr als eine betreffende Infrastruktur gibt*, sollte allein nicht unbedingt als Beweis dafür gelten, dass die entsprechenden Anlagen replizierbar sind“ (Hervorhebung nur hier).

Mit Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex hat der unionale Gesetzgeber offensichtlich einen regulatorischen Spielraum für jene Konstellationen eröffnet, in denen der Markt bestreitbar ist, mithin nicht stets ein natürliches Monopol vorliegt. Die Bestreitbarkeit des jeweiligen Markts hängt nach Erwägungsgrund 152 des Kommunikationskodex nicht notwendigerweise von technisch-strukturellen Gegebenheiten ab. Eine behördliche Letztentscheidungsermächtigung ist unentbehrlich, um

28 A. Neumann/Sickmann, N&R 2020, 208, 212.

29 Vgl. A. Neumann/Sickmann, N&R 2020, 208, 213.

30 A. Neumann/Sickmann, N&R 2020, 208, 212.

31 GEREK, Technical and economic replicability assessment in the context of symmetric access, BoR 18 (214), S. 4, 26. Übersetzung durch die Verfasser. Im englischen Original heißt es: „In this respect, the approach is not dissimilar to that for imposing access to physical infrastructure under the [significant market power] framework although the policy objectives and regulatory principles are less prescriptive.“

32 Siehe Fn. 31; zusammenfassend A. Neumann/Sickmann, N&R 2020, 208, 211 f.

33 Siehe oben, unter 1. d).

eine sachgerechte Zugangsentscheidung mit Blick auf die individuellen Rechts- und Interessenspositionen und Marktstrukturen und -verhältnisse im Einzelfall treffen zu können.

Die Regulierungsadressaten von Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex stehen Zugangspetenten gegenüber, die Leistungen auf einem (durch sie selbst) potentiell bestreitbaren Markt nachfragen. Anders als in den Energiesektoren, in denen regelmäßig geographische Monopolstrukturen vorliegen, ist bei gebäudebezogenen aktiven und aktivierbaren Verkabelungen und zugehörigen Einrichtungen, einschließlich des ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkts, das Vorliegen natürlicher Monopole weit weniger eindeutig. Die tatsächlichen Marktverhältnisse variieren von Fall zu Fall erheblich: Die Entwicklungsstände gebäudebezogener Netze unterscheiden sich regional teils deutlich, und es treffen jeweils unterschiedliche Anbieter- und Nachfragerkonstellationen aufeinander. Die Telekommunikationslandschaft ist damit wesentlich pluraler und heterogener als die symmetrisch regulierten leitungsgebundenen Energietransportmärkte.

Administrative Zugangsverfahren bieten die notwendige Flexibilität, da sie der Gleichbehandlungspflicht unterliegen und sich an die jeweilige Marktentwicklung anpassen lassen. Ändert sich etwa die Zahl der Marktteilnehmer im Bereich gebäudebezogener Infrastrukturen und Netzkomponenten, kann sich auch die regulatorische Bewertung verschieben – ein starrer gesetzlicher Anspruch könnte hierauf jedoch kaum reagieren. Demgegenüber ist die nationale Regulierungsbehörde nach Art. 61 Abs. 5 S. 2 des Kommunikationskodex verpflichtet, die auferlegten Verpflichtungen fortlaufend zu überwachen und deren Angemessenheit sowie Erforderlichkeit innerhalb von fünf Jahren zu überprüfen.

Der unionsrechtliche Regulierungsrahmen – insbesondere Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex – zielt erkennbar auf eine ausgewogene Balance zwischen Wettbewerbsöffnung und Investitionsschutz ab. Er will eigenständige Infrastrukturinvestitionen erhalten. Eine übermäßige Ausweitung von Zugangsverpflichtungen würde dieses Gleichgewicht zulasten der Investitionsdynamik verschieben und den Infrastrukturwettbewerb strukturell schwächen.

In der Rechtssache „Kommission/Deutschland“ bezüglich der Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde in den Energiesektoren definierte der Generalanwalt Pitruzzella die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde wie folgt:

„Entgegen dem Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland ist diese Rechtsprechung auch dann einschlägig, wenn die beanstandete Regelung Eingriffe in Zuständigkeitsbereiche, die der [nationalen Regulierungsbehörde] vorbehalten sind, durch materielle Gesetze vorsieht und nicht nur durch Weisungen der Regierung in ihrer Funktion als übergeordnete Behörde der [nationalen Regulierungsbehörde]. Wie sich nämlich aus den vorstehenden Absätzen ergibt, müssen die den [nationalen Regulierungsbehörden] durch die Richtlinien ausschließlich eingeräumten Befugnisse und ihre Unabhängigkeit gegenüber allen politischen Stellen, also nicht nur der Regierung, sondern auch dem nationalen Gesetzgeber, gewährleistet sein, der diese Befugnisse zwar in Rechtsakten festlegen kann oder sogar muss, aber nicht einen Teil davon den [nationalen Regulierungsbehörden] entziehen und sie anderen öffentlichen Stellen zuweisen kann.“³⁴ (Hervorhebung nur hier)

Durch einen gesetzlichen Zugangsanspruch zu gebäudebezogenen Verkabelungen und zugehörigen Einrichtungen sowie zum ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkt würde sich die Legislative eine Zuständigkeit heranziehen, die nach Art. 61

Abs. 3 des Kommunikationskodex ausschließlich der nationalen Regulierungsbehörde vorbehalten ist.

4. Auch das Streitbeilegungsverfahren ist vom Umsetzungsspielraum erfasst

Die besondere Sensibilität der Rechts- und Interessenlagen im Kontext einer Verpflichtung nach Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex wird durch Erwägungsgrund 152 des Kodex bestätigt. Dieser weist ausdrücklich darauf hin, dass Verpflichtungen nach Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex schwerwiegende Eingriffe darstellen können und in sensiblen Marktstrukturen bestehende Dominanzpositionen sogar verstärken können.³⁵

Der Erwägungsgrund unterstreicht damit den restriktiven Charakter der Verpflichtungsermächtigung nach Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex und ihre Einbettung in ein System regulatorischer Zurückhaltung.

Im symmetrischen Regulierungsmodell kommt der privatautonomen Vertragsgestaltung zwischen dem Zugangsanbieter und dem Zugangspetenten eine fundamentale Bedeutung zu. Die Erweiterung des regulatorischen Adressatenkreises unabhängig von einer beträchtlichen Marktmacht impliziert einen signifikanten Eingriff in die Eigentums- und Dispositionsrechte der Betreiber und verändert deren Investitionskalküle. Die Einbindung privater Verhandlungen dient daher als effizienzbasierendes Korrektiv zur staatlichen Regulierung: Erst die dezentrale Partizipation der Betreiber ermöglicht die optimale Allokation knapper Kapazitäten und die internalisierte Berücksichtigung unternehmensspezifischer Transaktions- und Opportunitätskosten. Dies minimiert die informationsökonomischen Defizite der Regulierungsbehörde. Somit unterstützt die privatautonome Lösung, effektiv abgesichert durch das Streitbeilegungsverfahren unter der Ägide der Bundesnetzagentur, nicht nur die Kohärenz des regulatorischen Rahmens, sondern maximiert auch die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt durch die Schaffung effizienter Investitions- und Nutzungsanreize.

Das Antragserfordernis nach § 145 Abs. 2, 3 TKG sowie das Streitbeilegungsverfahren nach § 149 Abs. 1 Nr. 4 TKG sind Ausdruck der besonderen Sensibilität der Rechts- und Interessenlagen im Verhältnis zwischen Zugangsnachfrager und -anbieter. Es stellt sicher, dass Zugangsverfahren nur dort angestoßen werden, wo ein tatsächliches, eigeninitiativ artikuliertes Bedürfnis besteht.

Dass die Priorität der privatautonomen Vereinbarung – effektiv abgesichert durch das zwischengeschaltete Streitbeilegungsverfahren – vom Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten erfasst und somit unionsrechtskonform ist, bestätigt Art. 59 Abs. 1 S. 1 des Kommunikationskodex. Die Norm verpflichtet die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass für Unternehmen

„keine Einschränkungen bestehen, die sie daran hindern, in Übereinstimmung mit dem Unionsrecht untereinander Vereinbarungen über technische oder geschäftliche Zugangs- oder Zusammenschaltungsregelungen auszuhandeln.“³⁶

Der gestufte Verfahrensansatz nach § 145 Abs. 2, 3 TKG i. V. m. § 149 Abs. 1 Nr. 4 TKG, der dem Antragsverfahren und der behördlichen Letztentscheidung ein Streitbeilegungsverfahren zwischenschaltet, zeichnet sich insofern aus, als er

34 GA Pitruzzella, ECLI:EU:C:2021:20, Rn. 124 (Schlussanträge v. 14.1.2021 – Rs. C-718/18) – *Kommission/Deutschland*; bestätigt durch EuGH, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 130 (Urt. v. 2.9.2021 – Rs. C-718/18) (= N&R 2021, 297, 303) – *Kommission/Deutschland*.

35 Siehe oben, unter 1. d).

36 Erwägungsgrund 143 des Kommunikationskodex.

Marktteilnehmer nicht nur nicht an der privatautonomen Vertragsgestaltung hindert, sondern einen dezentralen Verhandlungsmechanismus gezielt fördert und ihn durch hoheitliche Streitbeilegung, flankiert von einer behördlichen Letztentscheidungsbefugnis, effektiv absichert. Der Staat gewährleistet nicht nur passiv die Verhandlungsfreiheit, sondern schafft aktiv ein System, das auf dieser Freiheit aufbaut. Somit setzt dieser Ansatz Investitions- und Nutzungsanreize bei gleichzeitiger Disziplinierung opportunistischen Verhaltens. Vor diesem Hintergrund besteht auch kein Änderungsbedarf hinsichtlich des Antrags- und Streitbeilegungsverfahrens nach § 145 Abs. 2, 3, § 149 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 5, 6 TKG.

II. Die Unionsrechtskonformität des § 22b TKG-2026-RefE (de lege ferenda)

Gemäß § 22b Abs. 1 S. 1 TKG-2026-RefE³⁷ haben

„Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze und Eigentümer von Verkabelungen sowie zugehörigen Einrichtungen, soweit diese nicht physische Infrastrukturen im Sinne des Artikel 2 Absatz 2 Nummer 4 der Verordnung (EU) 2024/1309 sind, ... allen zumutbaren Zugangsanträgen zu Verkabelungen und zugehörigen Einrichtungen in Gebäuden oder bis zum ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkt, sofern dieser außerhalb des Gebäudes liegt, stattzugeben“.

1. Das Hybridmodell des § 22b TKG-2026-RefE

§ 22b Abs. 1 S. 1 TKG-2026-RefE begründet einen Kontrahierungszwang im Rahmen der symmetrischen Regulierung. Der Betreiber muss gemäß § 22b Abs. 1 S. 3 TKG-2026-RefE dem Zugangspetenten innerhalb von zwei Wochen nach Zugang eines Antrags ein Angebot unterbreiten.

Eine behördliche Einzelfallprüfung ist demgegenüber lediglich nachgelagert vorgesehen. Nach § 22b Abs. 2 S. 1 TKG-2026-RefE kann die Bundesnetzagentur die Verpflichtung aus Abs. 1 auf Antrag konkretisieren, modifizieren oder ganz bzw. teilweise aussetzen. Die regulatorische Entscheidungskompetenz wird damit nicht vorgelagert, sondern erst im Konfliktfall aktiviert.

Diese Konstruktion steht im Kontext der unionsrechtlichen Vorgaben von Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex, den § 22b TKG-2026-RefE umsetzen soll.³⁸ Bemerkenswert ist allerdings, dass das BMDS selbst darauf hinweist, dass die bisherigen Regelungen der §§ 145, 149 TKG bereits der unionsrechtskonformen Umsetzung dieser Richtlinienvorgaben dienen. Die Neuregelung solle nach dem BMDS eine „höhere Konformität“ mit dem Unionsrecht gewährleisten.

2. Gesetzgeberische Annahme zur Marktstruktur der Netzebene 4

Die Begründung des Referentenentwurfs stützt den gesetzlichen Zugangsanspruch auf die Annahme, dass gebäudeinterne Netzinfrastrukturen regelmäßig natürliche Monopole seien. Ein infrastruktureller Überbau sei regelmäßig wirtschaftlich ineffizient³⁹ und damit lägen die unionsrechtlichen Voraussetzungen für Zugangsverpflichtungen ohnehin vor.

Diese Prämisse überzeugt nicht. Wie oben dargestellt, ist die symmetrische Regulierung im Telekommunikationsrecht gerade nicht Ausdruck einer gesetzlich unterstellten monopolistischen Marktstruktur.⁴⁰ Anders als beispielsweise im Energiesektor, in dem die formale Symmetrie auf stabilen natürlichen Monopolstrukturen beruht, bedeutet „symmetrisch“ hier marktmachtunabhängig im materiellen Sinne:

Jeder Marktteilnehmer kann Adressat einer Verpflichtung sein. Ob eine solche Verpflichtung gerechtfertigt ist, hängt von zusätzlichen Voraussetzungen ab.

Zu diesen Voraussetzungen gehört, dass eine Duplizierung der betreffenden Infrastruktur technisch unmöglich oder wirtschaftlich ineffizient ist – mithin ein strukturelles Merkmal natürlicher Monopole vorliegt. Diese Voraussetzung ist sowohl in Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 S. 2 Kommunikationskodex als auch in Art. 69 Abs. 1 S. 2 DNA-E⁴¹ als Tatbestandsmerkmal normiert. Sie bildet gerade nicht die dem Regulierungsregime zugrundeliegende Marktprämisse, sondern einen im Einzelfall festzustellenden Umstand.

Hinzu kommt, dass beim Zugang zu gebäudeinterner Verkabelung nicht allein die Marktstellung des zugangsgewährenden Unternehmens relevant ist. Von erheblicher Bedeutung ist vielmehr auch die Marktstellung des Zugangspetenten.⁴² Eine pauschale Prämisse über monopolistische Strukturen auf der Angebotsseite erweist sich daher bereits deshalb als verkürzt, weil sie die tatsächlichen Kräfteverhältnisse auf diesen Märkten nur unzureichend abbildet.

Erwägungsgrund 176 DNA-E hebt – im Kontext des Zugangs zu Verkabelungen über den ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkt hinaus – den stärker ausgeprägten Ermessensspielraum ebenfalls hervor:

„Die Bewertung der Replizierbarkeit von Netzkomponenten erfordert eine Marktanalyse, die nationale Regulierungsbehörde sollte jedoch nicht verpflichtet sein, solche Verpflichtungen aufzuerlegen. Andererseits erfordert eine solche Marktanalyse eine ausreichende wirtschaftliche Bewertung der Marktbedingungen, damit festgestellt werden kann, ob die erforderlichen Kriterien für die Auferlegung von Verpflichtungen jenseits des ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkts erfüllt sind“ (Hervorhebung nur hier).

Eine monopolistische Marktstruktur darf daher nicht gesetzlich unterstellt werden. Andernfalls würde der nationale Gesetzgeber die unionsrechtlich vorausgesetzte Prüfung der Regulierungsvoraussetzungen vorwegnehmen und damit den regulatorischen Entscheidungsprozess unzulässig vorstrukturieren. Ein gesetzlicher Zugangsanspruch nimmt der Regulierungsbehörde nicht nur faktisch die Freiheit, von einer Verpflichtung abzusehen, sondern entzieht ihr bereits die Entscheidung über das „Ob“ der Regulierung.

3. Regel-Ausnahme-Verhältnis im symmetrischen Regulierungsmilieu

Der gesetzliche „Default“-Anspruch des § 22b Abs. 1 TKG-2026-RefE kehrt die unionsrechtliche Entscheidungsstruktur von Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kommunikationskodex bzw. Art. 69 Abs. 1 DNA-E um. Die Rolle der Bundesnetzagentur beschränkt sich damit auf eine subsidiäre Konfliktentscheidung auf Antrag.

37 Der Referentenentwurf ist abrufbar unter https://bmds.bund.de/fileadmin/BMDS/Dokumente/Gesetzesvorhaben/RefE_TKG-%C3%84nde rungsgesetz_2026.pdf (zuletzt abgerufen am 12.5.2026).

38 Hierzu und zum Folgenden BMDS, Begründung zum Referentenentwurf (Fn. 37), S. 55, 64.

39 BMDS (Fn. 38), S. 64.

40 Hierzu oben, unter I. 3.

41 Kommission, Vorschlag für eine Verordnung über digitale Netze, zur Änderung der Verordnung (EU) 2015/2120, der Richtlinie 2002/58/EG und der Entscheidung Nr. 676/2002/EG sowie zur Aufhebung der Verordnung (EU) 2018/1971, der Richtlinie (EU) 2018/1972 und des Beschlusses Nr. 243/2012/EU (Verordnung über digitale Netze), COM (2026) 16 final.

42 Hierzu oben, unter I. 3.

Mit seinem hybriden Ansatz nähert sich der § 22b TKG-2026-RefE strukturell der Konzeption der Gigabit-Infrastrukturverordnung (EU) 2024/1309 an.⁴³ Der gesetzliche Zugangsanspruch führt zu einer zweistufigen Regelungslogik: Zunächst besteht ein privatrechtlich auszugestaltender Anspruch; erst bei Konflikten wird die Regulierungsbehörde eingeschaltet. Dass diese Struktur für den Zugang zu Verkabelungen nach dem Kommunikationskodex bzw. DNA-E nicht vorgesehen ist, zeigt ein Vergleich der einschlägigen Normen:

„(2) Vorbehaltlich des Absatzes 3 *haben* Betreiber öffentlicher elektronischer Kommunikationsnetze im Hinblick auf den Aufbau von Komponenten von VHC-Netzen *das Recht auf Zugang* zu bestehenden gebäudeinternen physischen Infrastrukturen, wenn eine Duplizierung technisch unmöglich oder wirtschaftlich ineffizient ist.

(3) Jeder *Inhaber eines Rechts auf Nutzung* des Zugangspunkts und der gebäudeinternen physischen Infrastrukturen muss allen zumutbaren schriftlichen Anträgen auf Zugang zum Zugangspunkt und zu den gebäudeinternen physischen Infrastrukturen, die von Betreibern öffentlicher elektronischer Kommunikationsnetze gestellt werden, zu fairen, zumutbaren und nichtdiskriminierenden Bedingungen, gegebenenfalls einschließlich des Preises, stattgeben. ...“ (Art. 11 Abs. 2, 3 der Gigabit-Infrastrukturverordnung [EU] 2024/1309, Hervorhebungen nur hier).

Demgegenüber bestimmt Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 S. 1 des Kommunikationskodex:

„Insbesondere *können die nationalen Regulierungsbehörden* unbeschadet der Absätze 1 und 2 auf angemessenen Antrag auf Zugang zu Verkabelungen und zugehörigen Einrichtungen in Gebäuden oder bis zum von der betreffenden nationalen Regulierungsbehörde festgelegten ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkt, sofern dieser außerhalb des Gebäudes liegt, Verpflichtungen auferlegen“ (Hervorhebung nur hier)⁴⁴.

Der Unionsgesetzgeber differenziert damit erkennbar zwischen zwei Regelungsmodellen: (1.) einem gesetzlichen Zugangsanspruch mit nachgelagerter Streitbeilegung (Gigabit-Infrastrukturverordnung [EU] 2024/1309) und (2.) einer regulatorischen Entscheidungsstruktur mit vorgelagerter Abwägungsprerogative der Regulierungsbehörde (Kommunikationskodex bzw. DNA-E).⁴⁵

Im zweiten Fall ist die Regulierungsbehörde gerade nicht nur „Schiedsrichterin“.

All dies gilt umso mehr, als Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kommunikationskodex – fast wortgleich – in Art. 69 Abs. 1 DNA-E überführt werden soll. Mit dem Übergang von der Richtlinie zur unmittelbar geltenden Verordnung entfällt der mitgliedstaatliche Umsetzungsakt; die Entscheidungs- und Abwägungsprerogative der nationalen Regulierungsbehörde wird unmittelbar unionsrechtlich angeordnet. Damit erübrigt sich die Frage, ob, in welchem Umfang und in welcher Ausgestaltung der mitgliedstaatliche Gesetzgeber hierfür eine entsprechende Kompetenzgrundlage schaffen müsste.

4. Zur Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde

Mit § 22b TKG-2026-RefE liegt – mutatis mutandis – eine spiegelbildliche Konstellation zum „§ 9a TKG“-Urteil vor.⁴⁶ Während § 9a TKG 2007 einen Grundsatz der Nichtregulierung statuierte, etabliert § 22b Abs. 1 S. 1 TKG-2026-RefE einen Grundsatz der Regulierung: Der gesetzliche Zugangsanspruch gilt als Regelfall, während die Bundesnetzagentur nach § 22b Abs. 2 TKG-2026-RefE lediglich korrigierend

eingreifen kann. In beiden Fällen wird die unionsrechtlich vorgesehene Entscheidungsprerogative der Regulierungsbehörde durch eine gesetzliche Vorstrukturierung eingeschränkt.

Im „§ 9a TKG“-Urteil ging es dem EuGH darum, dass angemessene Verpflichtungen einzelfallgerecht auferlegt werden sollten.⁴⁷ Genau darum geht es dem Unionsgesetzgeber mit Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kommunikationskodex bzw. Art. 69 Abs. 1 DNA-E auch:

„Da solche Verpflichtungen in bestimmten Fällen schwerwiegende Eingriffe darstellen, Anreize für Investitionen zuwiderlaufen und die Wirkung haben können, die Position dominanter Akteure zu stärken, sollten sie jedoch *nur auferlegt werden, wenn dies gerechtfertigt und verhältnismäßig ist*, um auf den relevanten Märkten einen dauerhaften Wettbewerb zu bewirken“⁴⁸ (Hervorhebung nur hier).

Der Entscheidungs- und Abwägungsprerogative der Regulierungsbehörde wird ein hohes Gewicht zugemessen.⁴⁹ Der EuGH betonte, es sei u. a. den Erwägungsgründen der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG zu entnehmen gewesen, dass die Regulierungsbehörde bei neuen Märkten vorsichtig agieren müsste; diese Vorsicht rechtfertige aber keinen Grundsatz der Nichtregulierung.⁵⁰

Zwar könnte der *effet utile* eine möglichst schnelle Zugangsgewährung gebieten;⁵¹ die Notwendigkeit schnellen Zugangs zu gebäudeinternen Verkabelungen wird aber im Kommunikationskodex, vor allem in dessen Erwägungsgrund 152, nicht besonders hervorgehoben, zumal das allein keine gesetzliche Vorstrukturierung der Zugänge zu Verkabelungen rechtfertigt.

5. Das Antragsverfahren

Gemäß § 22b Abs. 3 S. 3 TKG-2026-RefE kann die Verpflichtung der Bundesnetzagentur nach § 22b Abs. 2 TKG-2026-RefE „in sachlicher und persönlicher Hinsicht über den Antrag nach Absatz 2 hinausgehen“. Eine solche antragsüberschießende Wirkung fügt sich jedoch nur schwer in die Systematik der Norm ein.⁵²

Die Entscheidung der Regulierungsbehörde nach § 22b Abs. 2 TKG-2026-RefE knüpft an die Verpflichtung zur Zugangsgewährung nach Abs. 1 an („Die Bundesnetzagentur kann auf angemessenen Antrag die Verpflichtung nach Absatz 1 konkretisieren, modifizieren und ganz oder teilweise aussetzen“, § 22b Abs. 2 S. 1 TKG-2026-RefE). Abs. 2 fungiert damit als behördliches Korrektiv zu einem bereits bestehenden, antragsgebundenen Zugangsanspruch. Der Anspruch nach Abs. 1 ist jedoch notwendig antragsbezogen: Ein Zugangsanbieter hat nur auf einen konkreten Zugangsantrag hin Zugang zu gewähren. Ein darüber hinausgehender Zugang fällt in den

43 Vgl. zu den Strukturen der Gigabit-Infrastrukturverordnung (EU) 2024/1309 und des Kommunikationskodex K.-H. Neumann/Schwarz-Schilling/Strube Martins/Kühling/Pfeiffer, Studie „Zugang zu Gebäudenetzen“ v. 22.12.2025, S. 68.

44 Vgl. Art. 69 Abs. 1 S. 1 DNA-E.

45 Zur Wortlautauslegung des Kommunikationskodex ebenso K.-H. Neumann/Schwarz-Schilling/Strube Martins/Kühling/Pfeiffer (Fn. 43), S. 68 f.

46 Zum „§ 9a TKG“-Urteil bereits oben, unter I. 3.

47 EuGH, ECLI:EU:C:2009:749, Rn. 70 f. (Urt. v. 3.12.2009 – Rs. C-424/07) – *Kommission/Deutschland*.

48 Erwägungsgrund 152 S. 3 des Kommunikationskodex.

49 Hierzu bereits oben, unter I. 3.; vgl. auch K.-H. Neumann/Schwarz-Schilling/Strube Martins/Kühling/Pfeiffer (Fn. 43), S. 76.

50 EuGH, ECLI:EU:C:2009:749, Rn. 73 (Urt. v. 3.12.2009 – Rs. C-424/07) – *Kommission/Deutschland*.

51 Vgl. K.-H. Neumann/Schwarz-Schilling/Strube Martins/Kühling/Pfeiffer (Fn. 43), S. 89 f.

52 A. A. K.-H. Neumann/Schwarz-Schilling/Strube Martins/Kühling/Pfeiffer (Fn. 43), S. 81.

Bereich privatautonomer Vertragsverhandlungen zwischen den Beteiligten.

Vor diesem Hintergrund erscheint es systematisch widersprüchlich, der Bundesnetzagentur im Rahmen eines subsidiären Korrektivmechanismus eine über den Antrag hinausgehende Entscheidungskompetenz einzuräumen.

Bereits die Entscheidung des Unionsgesetzgebers für ein Antragsverfahren in Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 S. 1 des Kommunikationskodex bzw. Art. 69 Abs. 1 S. 1 DNA-E spricht dafür, dass die behördliche Entscheidung einzelfallbezogen zu ergehen hat. Ein Antrag bestimmt den Entscheidungsgegenstand in persönlicher und sachlicher Hinsicht: Er benennt die beteiligten Unternehmen und konkretisiert das begehrte Zugangsobjekt. Darin liegt mehr als ein bloßer verfahrensrechtlicher Auslöser; der Antrag konturiert vielmehr den Regelungsgegenstand selbst.

Andernfalls hätte es nahegelegen, die Entscheidungsbefugnis der Regulierungsbehörde als Ex-officio-Kompetenz auszugestalten, bei der Marktteilnehmer ein Tätigwerden der Behörde anregen oder auslösen können. Solche Konstruktionen sind dem Telekommunikationsrecht durchaus vertraut. So sieht z. B. § 50 Abs. 3 S. 1 TKG vor:

„Werden der Bundesnetzagentur Tatsachen bekannt oder bekannt gemacht, die die Annahme rechtfertigen, dass ein Missbrauch nach Absatz 1 vorliegt, leitet die Bundesnetzagentur unverzüglich ein Verfahren zur Überprüfung ein ...“

Der Unterschied zwischen einem Antragsverfahren und einem lediglich angeregten Ex-officio-Verfahren zeigt, dass der Antrag im Zugangsregime nicht nur prozessuale Funktion hat, sondern die sachlichen und personellen Grenzen der behördlichen Entscheidung markiert.

Das wird durch den Gegenstand des Verfahrens bestätigt. Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 S. 1 des Kommunikationskodex bzw. Art. 69 Abs. 1 S. 1 DNA-E verlangt einen „Antrag auf Zugang“. Zugang ist gemäß Art. 2 Nr. 27 des Kommunikationskodex „die ausschließliche oder nicht ausschließliche Bereitstellung von Einrichtungen oder Diensten für ein anderes Unternehmen unter bestimmten Bedingungen zur Erbringung von elektronischen Kommunikationsdiensten, auch bei deren Verwendung zur Erbringung von Diensten der Informationsgesellschaft oder Rundfunkinhaltsdiensten“. ⁵³ Schon begrifflich ist Zugang kein abstrakt-generelles Rechtsverhältnis, sondern ein konkretes, relationsbezogenes Bereitstellungsverhältnis zwischen bestimmten Unternehmen in Bezug auf ein bestimmtes Zugangsobjekt. Das spricht gegen die Annahme, die Regulierungsbehörde dürfe im Rahmen eines Antragsverfahrens ohne weiteres über den konkret beantragten Zugang hinausgreifen.

Hinzu kommt, dass die materiellen Voraussetzungen der Zugangsverpflichtung ihrerseits einzelfallabhängig sind. Sowohl Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kommunikationskodex als auch Art. 69 Abs. 1 DNA-E knüpfen den Zugang daran, dass eine Replizierung der betreffenden Netzbestandteile wirtschaftlich ineffizient oder praktisch unmöglich ist. Diese Voraussetzungen beziehen sich auf die konkrete Infrastruktur und die konkreten Marktverhältnisse. Eine überschießende Entscheidung würde daher die Gefahr begründen, dass die Regulierungsbehörde über den durch den Antrag bestimmten Markt hinaus Festlegungen trifft, ohne dass die unionsrechtlich vorausgesetzten Tatbestandsvoraussetzungen für jeden erfassten Fall gesondert geprüft worden wären. Spätestens mit dem Überschreiten der durch Zugangsobjekt und Beteiligte gezogenen Grenzen schlägt die Einzelfallentscheidung in eine marktgestaltende Generalregelung um.

Bestätigt wird das durch die Systematik des DNA-E. Art. 69 Abs. 5 DNA-E sieht – über das Antragsverfahren nach Abs. 1 hinaus – eine Ex-officio-Befugnis der Regulierungsbehörde vor:

„Zum Zwecke der Absätze 1 und 2 kann die nationale Regulierungsbehörde in begründeten Fällen *aus eigener Initiative tätig ... werden*, um entsprechend dieser Verordnung die Verfolgung der in Artikel 3 gesetzten politischen Ziele sicherzustellen“ (Hervorhebung nur hier).

Diese Regelung spricht gegen eine entgrenzte Reichweite der Entscheidung nach Abs. 1. Wäre die Regulierungsbehörde bereits im Antragsverfahren befugt, über den konkreten Antrag hinaus umfassende Festlegungen zu treffen, verlief die Differenzierung zwischen antragsgebundener Entscheidung und Ex-officio-Eingriff weitgehend leer. Art. 69 DNA-E unterscheidet zwischen einem einzelfallbezogenen Antragsverfahren einerseits und einem eigeninitiativ eingeleiteten Verfahren unter zusätzlicher Rechtfertigungsanforderung andererseits.

In dieselbe Richtung weist Art. 71 DNA-E. Nach Art. 71 Abs. 1 S. 1 DNA-E hat die nationale Regulierungsbehörde einen Anbieter, der ein Glasfasernetz bis in die Wohnung („Fiber to the Home“) in einem Gebiet errichtet, in dem die Abschaltung des Kupfernetzes angeordnet wurde, auf Antrag eines Nutzers zum Anschluss erschlossener Haushalte zu verpflichten. Auch dort ist die behördliche Entscheidung an einen Antrag geknüpft; anders als in Art. 69 DNA-E ist das regulatorische Entscheidungsermessen jedoch unionsrechtlich weitgehend vorgezeichnet. Eben darin liegt der systematische Gegensatz: Art. 71 DNA-E normiert einen weitgehend vordeterminierten Eingriffsfall, während Art. 69 DNA-E eine anspruchsvolle Marktanalyse und Abwägung voraussetzt. Dem Antragsverfahren des Art. 69 DNA-E kann keine sachlich und persönlich entgrenzte Entscheidungskompetenz entnommen werden.

6. Kostenorientierte Entgelte im Lichte des unionsrechtlichen Konterkarierungsverbots

a) Die praktische Wirksamkeit unionaler Maßnahmen

Das unionsrechtliche Kohärenzgebot aus Art. 7 AEUV zielt darauf ab, eine „Zersplitterung der Rechtsordnung“ zu verhindern und politische Entscheidungen in einen abgestimmten Gesamtzusammenhang zu stellen. ⁵⁴ Es verlangt keine vollständige Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung; vielmehr wirkt es auf einen „sinnbildenden Zusammenhang“ hin. ⁵⁵ „Kohärenz ist immer auf ein zu definierendes Ziel ausgerichtet: Sie meint konsistente Zielverwirklichung und Auflösung vo[n] Zielkonflikten.“ ⁵⁶

Adressaten dieses Gebots sind Unionsorgane und Mitgliedstaaten. Letztere sind im Rahmen koordinierter Politiken verpflichtet, auf kohärentes Handeln hinzuwirken, was sich i. V. m. Art. 4 Abs. 3 EUV aus dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit ergibt. Das ist Ausdruck des *effet utile*: Nach Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV haben die Mitgliedstaaten ihre innerstaatliche Rechtsordnung so auszugestalten, dass das Unionsrecht seine praktische Wirksamkeit entfalten kann. ⁵⁷

⁵³ Ebenso § 3 Nr. 4 TKG.

⁵⁴ Schorkopf, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Loseblattsammlung, Stand: 86. Ergänzungslieferung (9/2025), Art. 7 AEUV Rn. 9 f.

⁵⁵ Schorkopf (Fn. 54), Art. 7 AEUV Rn. 11.

⁵⁶ Lippert, EuR 2012, 90, unter Bezugnahme auf Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. A., 2011, Art. 7 AEUV Rn. 3 (insoweit unverändert in der aktuellen Auflage); vgl. auch GA Mengozzi, ECLI:EU:C:2010:109, Rn. 33, 43 ff. (Schlussanträge v. 4.3.2010 – verb. Rs. C-316/07, C-358/07 – C-360/07, C-409/07 und C-410/07) – Stoß.

⁵⁷ Kahl, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. A., 2022, Art. 4 EUV Rn. 118, 122; Streinz, in: ders., EUV/AEUV, 3. A., 2018, Art. 4 EUV Rn. 46.

So müssen beispielsweise Einschränkungen der Grundfreiheiten kohärent sein.⁵⁸

Der DNA-E ist als Verordnung konzipiert und wäre unmittelbar in den Mitgliedstaaten anwendbar. Das TKG müsste daher im Lichte der unionsrechtlichen Zielsetzungen kohärent mit dem DNA-E ausgestaltet sein. Allerdings ist die Reichweite des Kohärenzgebots insoweit mit Unsicherheiten behaftet, als sich der DNA-E noch im Gesetzgebungsverfahren befindet. Seine Zielsetzungen und erst nach Inkrafttreten unmittelbar anwendbaren Regulierungsmechanismen können gegenwärtig zwar bereits als Leitlinie entstehenden Unionsrechts, die es mitgliedstaatlich nicht zu konterkarieren gilt, nicht jedoch schon als verbindlicher Maßstab nationaler Normsetzung herangezogen werden.

Art. 69 DNA-E würde aber (als harmonisierende Regelung) mit seinem Inkrafttreten § 22b TKG-2026-RefE verdrängen. Vor diesem Hintergrund liegt es jedenfalls nahe, dem unionsrechtlichen Konterkarierungsverbot auch eine antizipierende Dimension beizumessen. Die Verordnung gilt zwar erst mit ihrem Inkrafttreten, allerdings darf ein Mitgliedstaat aus intertemporaler Perspektive nicht vor dem Inkrafttreten die praktische Wirksamkeit des hier durch den DNA-E mit seinem Inkrafttreten induzierten Beschleunigungseffekts konterkarieren. Es spricht vieles dafür, dass die Mitgliedstaaten im Lichte des Kohärenzgebots, des Grundsatzes loyaler Zusammenarbeit und des *effet utile* gehalten sind, eine bereits absehbare unionsrechtliche Harmonisierung jedenfalls nicht bewusst zu unterlaufen. Nationale Regelungen sollten daher – soweit sich Zielrichtung und Regelungskonzept der künftigen Unionsnorm bereits hinreichend konturieren – so ausgestaltet werden, dass sie die spätere unionsrechtliche Regelung nicht strukturell präjudizieren oder faktisch vereiteln. Eine solche zurückhaltende Antizipation erscheint dort sachgerecht, wo – wie hier – absehbar ist, dass eine unmittelbar geltende Verordnungsregelung die nationale Norm kurzfristig verdrängen wird.

Zu den zentralen Zielsetzungen des DNA-E gehört die Beschleunigung der Migration von Kupfer- zu Glasfasernetzen (vgl. Erwägungsgründe 149, 154, Art. 3 Abs. 1 lit. d, Art. 56 DNA-E). Eine nationale Regulierung darf dieses unionsrechtliche Transformationsziel daher nicht konterkarieren.

b) Kostenorientierte Entgelte im symmetrischen Regulierungsmodell

Gemäß § 22b Abs. 4 TKG-2026-RefE legt die Bundesnetzagentur im Fall des Abs. 2 die Zugangsentgelte grundsätzlich kostenorientiert fest, wobei besondere Risikofaktoren angemessen zu berücksichtigen sind. Nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 S. 3 des Kommunikationskodex können die „auferlegten Zugangsbedingungen ... konkrete Bestimmungen bezüglich ... der Umlegung der Kosten des Zugangs enthalten, die zur Berücksichtigung von Risikofaktoren gegebenenfalls angepasst werden“.

Durch das Wort „können“ wird der Ermessensspielraum der Regulierungsbehörde hervorgehoben. Dieser würde umgangen, wenn ein Grundsatz der Kostenorientierung gesetzlich vorstrukturiert wird.

Für dieses Verständnis spricht auch Art. 69 Abs. 1 S. 3 DNA-E:

„Die auferlegten Zugangsbedingungen können konkrete Bestimmungen über den Zugang zu solchen Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und zugehörigen Diensten, die Transparenz und Nichtdiskriminierung sowie über faire und angemessene Bedingungen enthalten“ (Hervorhebung nur hier).

Hier wird ein FRAND-Ansatz („Fair, Reasonable And Non-Discriminatory“) verfolgt.

§ 22b Abs. 4 TKG-2026-RefE weist Parallelen zur Rechtsprechung des EuGH zu § 9a TKG 2007 auf. Während Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 S. 3 des Kommunikationskodex lediglich ermöglicht, Kostenaspekte in die Zugangsbedingungen einzubeziehen, und Art. 69 Abs. 1 S. 3 DNA-E mit dem FRAND-Ansatz lediglich einen Maßstab⁵⁹ für die regulatorische Abwägung konturiert, erhebt der nationale Gesetzgeber mit § 22b Abs. 4 TKE-2026-RefE die Kostenorientierung zum Regellaßstab. Damit wird – spiegelbildlich zum § 9a TKG 2007 – das Ergebnis der unionsrechtlich vorgesehenen Einzelfallabwägung gesetzlich vorstrukturiert.

Der kostenorientierte Ansatz ist der asymmetrischen Regulierung entlehnt und wirkt innerhalb der symmetrischen Regulierung als Fremdkörper. Es werden identische regulatorische Instrumente auf unterschiedliche Regulierungsregime angewendet, obwohl diesen divergierende Marktstrukturen und -verhältnisse zugrunde liegen. Eine gesetzliche Vorstrukturierung kostenorientierter Entgelte unterstellt damit implizit monopolartige Marktstrukturen, obwohl die symmetrische Regulierung keiner solchen Prämisse unterliegt.⁶⁰

Zwar kann in besonders gelagerten Ausnahmefällen auch ein kostenorientierter Ansatz den FRAND-Kriterien entsprechen. Hierüber zu befinden obliegt aber der nationalen Regulierungsbehörde im Rahmen der unionsrechtlich vorgesehenen Einzelfallabwägung – nicht dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber.

c) Investitions- und Selektionsrisiken

Eine gesetzliche Vorstrukturierung kostenorientierter Zugangsentgelte läuft Gefahr, die Investitionsanreize für den Glasfaserausbau zu schwächen und damit gerade jene Transformationsziele zu konterkarieren, die der unionsrechtliche Rechtsrahmen – insbesondere der DNA-E – fördern will.

aa) Zusätzliche Risiken des Erstausbauers

In der ökonomischen Realität tragen die über die Netzebene 4 angeschlossenen aktiven Nutzer über ihre Deckungsbeiträge regelmäßig auch zur Refinanzierung der vorgelagerten Netzebene 3 bei. Erhält ein Wettbewerber Zugang zur Netzebene 4 zu kostenorientierten Entgelten, während er zugleich eine eigene Netzebene 3 errichtet, verschiebt sich dieses Refinanzierungsmodell. Die Möglichkeit eines parallelen Ausbaus der Netzebene 3 bei gleichzeitiger Nutzung der Netzebene 4 auf Basis anteiliger Netzebene-4-Kosten erhöht das Risiko, dass sich die Investitionen des Erstausbauers in die Netzebene 3 – einschließlich der Hausanschlüsse – nicht amortisieren.

Zwar sind Investitionsrisiken im Wettbewerb systemimmanent. Die gesetzliche Vorstrukturierung kostenorientierter Zugangsentgelte verstärkt diese Risiken jedoch strukturell, weil sie den Zugang zu einem zentralen Netzelement unabhängig von den konkreten Investitionsrisiken ermöglicht. Das gilt insbesondere dann, wenn das hinzutretende Unternehmen über beträchtliche Marktmacht auf Vorleistungs- oder Endkundenmärkten verfügt.

Hinzu tritt ein Informationsvorteil des Zweitinvestors. Während der Erstausbauer sowohl die Nachfrage erschließen als auch die gebäudeinterne Infrastruktur errichten musste, kann der nachfolgende Investor auf bereits erkennbare Nachfragepotentiale zurückgreifen und gezielt besonders attraktive

58 Vgl. EuGH, ECLI:EU:C:2010:504, Rn. 88 ff. (Urt. v. 8.9.2010 – verb. Rs. C-316/07, C-358/07–C-360/07, C-409/07 und C-410/07) – *Stoß*; Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Fn. 57), Art. 7 AEUV Rn. 4; vgl. Lippert, EuR 2012, 90, 91.

59 Vgl. Steinrötter, in: Specht/Hennemann, DA/DGA, 2. A., 2025, Art. 8 DA Rn. 32, der den FRAND-Ansatz als „allgemeines Rechtsprinzip“ bezeichnet, das durch Rechtsprechung und behördliche Praxis konkretisiert wird, unter Bezugnahme auf *Louven*, MMR 2024, 82, 84, der den FRAND-Ansatz als Generalklausel bezeichnet.

60 Vgl. oben, unter I. 3.

Gebäude anschließen. Der Erstinvestor trägt damit das größere wirtschaftliche Risiko.

Die unionsrechtliche Regulierung trägt solchen Risiken mit dem FRAND-Ansatz Rechnung.⁶¹

Gemäß Erwägungsgrund 33 der Verordnung (EU) 2022/1925, also des Gesetzes über digitale Märkte („Digital Markets Act“, DMA), „sollte sich ‚unfair‘ auf ein Ungleichgewicht zwischen den Rechten und Pflichten gewerblicher Nutzer beziehen, durch das der Torwächter einen unverhältnismäßigen Vorteil erlangt“.⁶² Im Kontext der symmetrischen Regulierung nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kommunikationskodex bzw. Art. 69 Abs. 1 DNA-E muss das Verständnis von „fair“ über die Torwächterfunktion eines Netzebene-4-Betreibers hinausgehen, da in diesen Konstellationen auch die Marktmacht der Zugangspetenten zu berücksichtigen ist.⁶³ Der Fairnessmaßstab hebt demnach nochmals die Notwendigkeit einer Einzelfallabwägung durch die Regulierungsbehörde im Sinne einer verhältnismäßigen Regulierung zur Herstellung eines Gleichgewichts zwischen den Akteuren der Netzebene 4 hervor.

Entsprechendes kann aus dem „reasonable“-Kriterium abgeleitet werden. Dieses markiert die „äußere Belastungsgrenze“ im Sinne eines Interessenausgleichs.⁶⁴ Hier finden Wirtschaftlichkeitserwägungen Eingang – auch im Sinne von Risikoaufschlägen –,⁶⁵ so dass ein gesetzlich bestimmter Grundsatz der Kostenorientierung verfehlt ist.⁶⁶

bb) Selektionsrisiken infolge gebündelter oder überschießender Anträge

Ein weiteres Risiko ergibt sich aus der Möglichkeit gebündelter oder überschießender Zugangsanträge (§ 22b Abs. 2 S. 2, Abs. 3 S. 3 TKG-2026-RefE). In Verbindung mit einem kostenorientierten Entgeltansatz entsteht die Gefahr einer Durchschnittsbepreisung über heterogene Gebäudestrukturen. Eine Durchschnittsbildung kann dazu führen, dass Zugangsentgelte nicht mehr die tatsächlichen Kosten einzelner Gebäude widerspiegeln.

Gleichzeitig ist der Zugangsnachfrager nicht verpflichtet, alle durch den Antrag erfassten Gebäude tatsächlich zu erschließen. Daraus entsteht ein erhebliches Selektionsrisiko: Der Zweitinvestor kann sich gezielt auf diejenigen Gebäude konzentrieren, bei denen die tatsächlichen Kosten der Netzebene 4 über dem regulatorisch ermittelten Durchschnitt liegen, während weniger rentable Objekte unerschlossen bleiben.

Die Möglichkeit selektiver Nutzung zu durchschnittlich kalkulierten Entgelten verschiebt einen Teil der Investitionsrisiken

auf den Erstinvestor und schwächt die ökonomischen Anreize für den Ausbau neuer Glasfaserinfrastrukturen.

III. Fazit

Die §§ 145, 149 TKG erweisen sich mit Blick auf Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kommunikationskodex als unionsrechtskonform. Sie übernehmen die unionsrechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen und wahren die Abwägungs- und Entscheidungsprärogative der nationalen Regulierungsbehörde durch ein gestuftes Verfahren aus privatautonomer Verhandlung und behördlicher Letztentscheidung im Einzelfall.

Demgegenüber begegnet § 22b TKG-E sowohl im Lichte von Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kommunikationskodex als auch des nahezu gleichlautenden Art. 69 DNA-E erheblichen unionsrechtlichen Bedenken. Der dort gewählte „Default“-Ansatz ersetzt die unionsrechtlich angelegte Einzelfallprüfung durch einen gesetzlich vorstrukturierten Zugangsanspruch, unterstellt natürliche Monopolstrukturen und verengt durch Vorgaben wie kostenorientierte Entgelte den regulatorischen Entscheidungsspielraum. Als „Zwischenregulierung“ könnte § 22b TKG-2026-RefE die praktische Wirksamkeit des künftigen unionsrechtlichen Regulierungsmodells beeinträchtigen, indem er Investitionsanreize verzerrt und durch Selektionsmöglichkeiten der Zugangsnachfrager zusätzliche Risiken zu Lasten des Erstinvestors begründet.

61 Der FRAND-Ansatz stammt aus dem Patentrecht und hat Eingang in das Wettbewerbsrecht gefunden; u. a. in die Verordnung (EU) 2022/1925, das Gesetz über digitale Märkte („Digital Markets Act“, DMA), Schwab, in: Podszun, DMA, 2023, Art. 6 Abs. 12 Rn. 295.

62 Siehe auch Erwägungsgrund 62 DMA; Dietrich/Jung, in: Kersting/Meyer-Lindemann/Podszun, Kartellrecht, 5. A., 2025, Art. 6 DMA Rn. 104; Göhsl/Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 7. A., 2025, Art. 6 DMA Rn. 305 ff.; Schwab (Fn. 61), Art. 6 Abs. 12 Rn. 305.

63 Erwägungsgrund 152 des Kommunikationskodex; vgl. oben, unter I. 3.; vgl. zur Datenverordnung (EU) 2023/2854 („Data Act“) Steinrötter (Fn. 59), Art. 8 DA Rn. 34.

64 Dietrich/Jung (Fn. 62), Art. 6 DMA Rn. 106; Göhsl/Zimmer (Fn. 62), Art. 6 DMA Rn. 309 f.; Schwab (Fn. 61), Art. 6 Abs. 12 Rn. 306.

65 Vgl. Dietrich/Jung (Fn. 62), Art. 6 DMA Rn. 106; Schwab (Fn. 61), Art. 6 Abs. 12 Rn. 306.

66 Das Nichtdiskriminierungskriterium bedeutet, dass gleichartige Zugangsverhältnisse auch gleichermaßen behandelt werden, Dietrich/Jung (Fn. 62), Art. 6 DMA Rn. 107; Schwab (Fn. 61), Art. 6 Abs. 12 Rn. 307.

Philipp Duile, Dr. Daniel Scholz und Markus Diekmann*

Die Gewährleistung erschwinglicher Preise für Telekommunikationsdienste

Kürzlich hat die Bundesnetzagentur mit neuen Konsultationen zum Recht auf Versorgung mit Telekommunikationsdiensten begonnen. In diesem Rahmen sollen auch die „Grundsätze über die Ermittlung erschwinglicher Preise für Telekommunikationsdienste“ überarbeitet werden. Diese Grundsätze sowie die ihnen zugrundeliegenden Regelungen in Teil 9 des TKG sind bereits seit ihrer Einführung umstritten. Vor diesem Hintergrund beleuchtet dieser Beitrag die unionsrechtlichen Vorgaben für die Gewährleistung erschwinglicher Preise sowie ihre nationale Umsetzung.

I. Das Recht auf Versorgung mit Telekommunikationsdiensten in §§ 156 ff. TKG

Das Recht auf Versorgung mit Telekommunikationsdiensten wird umgangssprachlich auch als „Recht auf schnelles

* Die Verfasser sind in den am BVerwG zu den Az. 6 C 11.25 und 6 C 12.25 anhängigen Verfahren, in denen es auch um in diesem Beitrag behandelte Fragen geht, für die jeweilige Klägerin tätig. Der Beitrag gibt ausschließlich ihre persönliche Auffassung wieder.