

RECHTSGUTACHTEN

ZUR SPERRWIRKUNG DES ART. 61 ABS. 3 RL (EU) 2018/1972 IN BEZUG
AUF EINEN GESETZLICH VORDETERMINIERTEN ZUGANGSANSPRUCH ZU
GEBÄUDEBEZOGENEN VERKABELUNGEN UND ZUGEHÖRIGEN EINRICHTUNGEN IM TELEKOMMUNIKATIONSGESETZ

IM AUFTRAG DES
ANGA DER BREITBANDVERBAND E.V.

ERSTELLT VON

UNIV.-PROF. DR. IUR. CHRISTIAN KOENIG LL.M. (LSE)

DIREKTOR AM ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHE INTEGRATIONSFORSCHUNG (ZEI) UND MITGLIED DER RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT DER RHEINISCHEN FRIEDRICH-WILHELMS-UNIVERSITÄT BONN

UNTER MITWIRKUNG VON HANNAH DÖDING
WISSENSCHAFTLICHE REFERENTIN AM ZEI

5. NOVEMBER 2025

Inhaltsverzeichnis

A. Executive Summary	1
B. Rechtsgutachten	5
I. Ausgangslage	5
1. Sachbericht.....	5
2. Rechtsgutachterliche Fragestellungen.....	5
3. Rechtslage	5
II. Rechtsgutachterliche Beurteilung im Einzelnen	6
1. Das Verhältnis zwischen dem europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation und der Gigabit-Infrastrukturverordnung im Kollisionsfall	6
2. Die Dichotomie von aktiven, nicht aktiven (aktivierbaren) und passiven Infrastrukturen.....	8
a) Aktive, nicht aktive (aktivierbare) und passive Infrastrukturen	8
b) Die Akzessorietät der „zugehörigen Einrichtungen“	9
3. Art. 61 Abs. 3, Abs. 5 EKEK	10
a) Zugangsobjekte	10
b) Mangelnde Replizierbarkeit.....	11
c) Regulierungsadressaten.....	12
d) Rechtsfolge	12
e) Verfahren.....	14
4. §§ 145, 149 TKG	14
a) Zugangsobjekte	14
b) Antragsverfahren – Aktiv- und Passivlegitimation.....	16
c) Streitbeilegungsverfahren	17
d) Anwendbarkeit.....	19
5. Die Abwägungs- und Entscheidungsprärogative der nationalen Regulierungsbehörden	20
6. Auch das Antrags- und Streitbeilegungsverfahren ist vom Umsetzungsspielraum erfasst.....	26
III. Fazit.....	28

A. Executive Summary

I.

Im Juli 2025 veröffentlichte das Bundesministerium für Digitales und Staatsmodernisierung (BMDS) das Papier „*Eckpunkte für ein Gesetz zur Änderung des TKG [Telekommunikationsgesetzes] und zur Verbesserung der telekommunikationsrechtlichen Rahmenbedingungen für den TK-Netzausbau*“. Darin erwägt das BMDS einen gesetzlichen Anspruch auf Mitnutzung bestehender Verkabelungen in Gebäuden über den rechtlichen Status quo hinaus. Vor diesem Hintergrund behandelt dieses Rechtsgutachten die Frage, ob ein gesetzlich vordeterminierter Zugangsanspruch zu gebäudebezogenen aktiven und aktivierbaren Verkabelungen und zugehörigen Einrichtungen, einschließlich des ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkts, in der vom BMDS vorgeschlagenen Form unionsrechtskonform ist. Zudem wird der Frage nachgegangen, ob die §§ 145, 149 TKG den Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1, UAbs. 2, Abs. 5 EKEK (Europäischer Kodex für die elektronische Kommunikation) hinreichend umsetzen oder insofern gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht. Das Rechtsgutachten kommt zu dem Schluss, dass ein gesetzlich vordeterminierter Zugangsanspruch *nicht* mit dem Unionsrecht vereinbar wäre, weil die Abwägungs- und Entscheidungsprärogative hinsichtlich des Zugangs zu gebäudebezogenen aktiven und aktivierbaren Verkabelungen und zugehörigen Einrichtungen, einschließlich des ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkts, nach dem EKEK ausschließlich den unabhängigen nationalen Regulierungsbehörden gewährt wird und nicht den mitgliedstaatlichen Umsetzungs-gesetzgebern. Der gestufte Verfahrensansatz nach § 145 Abs. 2, Abs. 3 TKG i. V. m. § 149 Abs. 1 Nr. 4 TKG, wonach die Priorität der privatautonomen Zugangsvereinbarung effektiv durch das zwischengeschaltete Streitbeilegungsverfahren, nach dem die Bundesnetzagentur eine verbindliche Entscheidung über das „Ob“ und „Wie“ des Zugangs, einschließlich des Entgelts, treffen kann, abgesichert wird, ist vom Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten erfasst, sodass diesbezüglich kein Änderungsbedarf besteht.

II.

Ausdrücklich sieht Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 EKEK die Abwägungs- und Entscheidungsprärogative der nationalen Regulierungsbehörden für den Zugang zu gebäudebezogenen Verkabelungen und zugehörigen Einrichtungen, einschließlich aktiven und aktivierbaren Glasfaserverkabelungen, sowie zum ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkt vor und gewährt den nationalen Regulierungsbehörden einen pointierten Ermessensspielraum 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. Art. 61 Abs. 3

EKEK verbindet die vollharmonisierte Zuweisung zentraler Zuständigkeiten an die nationalen Regulierungsbehörden mit gezielter mitgliedstaatlicher Umsetzungsflexibilität bei teilharmonisierten Verfahrenselementen. Die komplexen Marktstrukturen und -verhältnisse sowie Rechts- und Interessenlagen können nur von der unabhängigen Regulierungsbehörde im Einzelfall sachgerecht erwogen und abgewogen werden. Sie entziehen sich einer abschließenden gesetzgeberischen Vordeterminierung.

III.

§§ 145 Abs. 2, Abs. 3, 149 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 5, Abs. 6 TKG setzen Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1, UAbs. 2, Abs. 5 EKEK hinreichend um. Vor dem Hintergrund des symmetrischen Regulierungsmodells im Sinne des Art. 61 Abs. 3 i. V. m. Abs. 2 UAbs. 1 EKEK ist die privatautonome Partizipation der Eigentümer oder Betreiber an der Zugangsgewährung besonders zweckdienlich, um die Effizienz und Kohärenz des regulatorischen Rahmens zu unterstützen, weshalb kein Änderungsbedarf hinsichtlich des Antrags- und Streitbeilegungsverfahrens besteht.

IV.

In Übereinstimmung mit den regulatorisch intendierten sachlichen Anwendungsbereichen des EKEK und der GIA (Gigabit-Infrastrukturverordnung) nach ErwGr. 57 GIA besteht kein Kollisionsfall zwischen EKEK und GIA, da sich Art. 11 GIA auf den Zugang zu gebäudeinternen physischen Infrastrukturen und Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 EKEK auf den Zugang zu gebäudebezogenen Verkabelungen und zugehörigen Einrichtungen sowie zum ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkt beschränkt.

V.

Physische bzw. passive Infrastrukturen (Art. 2 UAbs. 2 Nr. 4 GIA, § 3 Nr. 45 TKG) bilden die baulich-statische Grundlage eines Netzes. Verkabelungen sind signalführende Übertragungsmedien, die elektrische (Kupfer) oder optische (Glasfaser) Signale zwischen aktiven Netzelementen transportieren. Aktive Netzkomponenten sind solche, die gegenwärtig unmittelbar zur Signalübertragung eingesetzt werden (z. B. beschaltete Glasfaser). Nicht aktive bzw. aktivierbare Netzkomponenten sind dagegen physisch vorhandene, aber derzeit nicht zur Signalübertragung genutzte Bestandteile, die hierfür jedoch technisch geeignet wären (z. B. unbeschaltete Glasfaser, sog. *dark fiber*).

Der Begriff „zugehörige Einrichtungen“ (Art. 2 Nr. 10 EKEK i. V. m. Art. 2 UAbs. 1 GIA, § 3 Nr. 78 TKG) ist akzessorisch zu verstehen: Sie sind keine autonomen Zugangsobjekte, sondern Hilfsstrukturen und -dienste zur Realisierung des Zugangs zum zentralen Zugangsobjekt.

VI.

Gemäß Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 EKEK können die nationalen Regulierungsbehörden Verpflichtungen im Hinblick auf die Zugangsobjekte – (i) gebäudeinterne Verkabelungen, (ii) zugehörige Einrichtungen und (iii) die ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkte – auferlegen, wenn eine Replizierung des jeweiligen Zugangsobjekts wirtschaftlich ineffizient oder praktisch unmöglich ist. Im Sinne eines symmetrischen, marktmachtunabhängigen Regulierungsansatzes unterliegen die (i) Betreiber elektronischer Kommunikationsnetze sowie (ii) Eigentümer von Verkabelungen und zugehörigen Einrichtungen der Zugangsregulierung.

Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 Satz 1 EKEK gewährt den nationalen Regulierungsbehörden einen Ermessensspielraum. Sie müssen gem. Art. 61 Abs. 5 Satz 2 EKEK innerhalb von fünf Jahren die Effektivität und Angemessenheit der auferlegten Maßnahmen überprüfen.

VII.

§ 145 Abs. 2 TKG erfasst dieselben Zugangsobjekte wie Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 EKEK. Darüber hinaus bezieht § 145 Abs. 2 TKG gebäudebezogene passive Infrastrukturen im Sinne des Art. 11 GIA in den Kreis der Zugangsobjekte ein. Sollten sich – im Lichte der (nuanciert) divergierenden Terminologien zwischen der GIA und dem TKG – in der Anwendung von § 145 TKG Spannungen gegenüber den vorrangigen tatbestandlichen Definitionsmerkmalen bzw. der Rechtsfolge nach Art. 11 GIA ergeben, so könnte gegebenenfalls § 145 TKG i. V. m. § 149 TKG insoweit unionsrechtskonform ausgelegt werden.

§ 145 Abs. 2 Satz 1 TKG erfasst auch die gleichen Adressaten wie Art. 61 Abs. 3 EKEK, jedoch als Adressaten eines Zugangsbegehrens.

§ 145 Abs. 3 TKG übernimmt das unionsrechtliche Tatbestandsmerkmal der mangelnden Replizierbarkeit aus Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 Satz 2 EKEK und integriert zugleich die Grundsätze der Fairness und Nichtdiskriminierung, die nach Art. 61 Abs. 5 Satz 1 Hs. 1 EKEK für behördlich angeordnete Verpflichtungen gelten, für die Zugangsvereinbarung zwischen Zugangspetent und -anbieter.

In § 149 Abs. 1 Nr. 4 TKG greift der deutsche Gesetzgeber das nach dem Wortlaut des Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 EKEK vorgesehene öffentlich-rechtliche Antragsverhältnis zwischen dem Zugangspetenten und der nationalen Regulierungsbehörde auf und normiert die Letztentscheidungsbefugnis der Bundesnetzagentur als Ermessensentscheidung, schaltet aber ein Streitbeilegungsverfahren zwischen Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 Satz 2, Satz 3, Abs. 5 Satz 1, Satz 2 EKEK werden nahezu wortgleich in § 149 Abs. 6 Satz 1 bis Satz 6 TKG umgesetzt. Die Bundesnetzagentur kann gem. § 149 Abs. 6 Satz 8 TKG die beabsichtigte Maßnahme jederzeit zurückziehen. Dies dürfte dem Telos (unionsrechtlich: der „praktischen Wirksamkeit“) der Prüfpflicht entsprechen, da diese ausweislich des Art. 61 Abs. 5 Satz 2 EKEK dazu dient, zu überprüfen, ob aufgrund sich wandelnder Umstände eine Änderung oder Aufhebung angemessen wäre.

VIII.

Durch einen gesetzlichen Zugangsanspruch würde sich die Legislative eine Zuständigkeit heranziehen, die nach Art. 61 Abs. 3 EKEK ausschließlich der nationalen Regulierungsbehörde vorbehalten ist. Die Abwägungs- und Entscheidungsprärogative der nationalen Regulierungsbehörden wird durch das sog. § 9a TKG-Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) unterstrichen. Der EuGH stellte fest, dass die Marktdefinition als Grundlage der Marktanalyse i. S. d. Art. 67 EKEK der Regulierungsbehörde nicht entzogen werden darf. Die Prüfung der Replizierbarkeit der Infrastrukturen nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 Satz 2 EKEK weist Ähnlichkeiten zum Drei-Kriterien-Test nach Art. 67 EKEK auf, da eine strukturelle Marktzutrittsschranke vorliegen kann, wenn eine Netzkomponente technisch nicht replizierbar ist oder eine Replizierung wirtschaftlich nicht vertretbar wäre. Das im asymmetrischen Regulierungsmodell enthaltene Tatbestandsmerkmal „beträchtliche Marktmacht“ wird für das symmetrische Regulierungsmodell nach Art. 61 Abs. 3 EKEK auf die Rechtsfolgende verschoben, indem die Regulierungsbehörde nunmehr etwaige Marktmachtpositionen (insbesondere auch des Zugangspetenten) in ihre Zugangsrechtsfolgenabwägung einzubeziehen hat (ErwGr. 152 EKEK).

Mit Art. 61 Abs. 3 EKEK hat der unionale Gesetzgeber einen regulatorischen Spielraum für jene Konstellationen eröffnet, in denen der gebäudebezogene Markt für aktive und aktivierbare Verkabelungen und zugehörige Einrichtungen sowie den ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkt bestreitbar ist, mithin kein natürliches Monopol vorliegt. Den nationalen Regulierungsbehörden wird daher 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 NE4 (Ausbau und/oder Mitnutzung) und folglich den beteiligten Rechts- und Interessenpositionen im Einzelfall gerecht zu werden.

IX.

Der gestufte Verfahrensansatz nach § 145 Abs. 2, Abs. 3 TKG i. V. m. § 149 Abs. 1 Nr. 4 TKG, der dem Antragsverfahren und der behördlichen Letztentscheidung ein Streitbeilegungsverfahren zwischenschaltet, ist Ausdruck der besonderen Sensibilität der Rechts- und Interessenlagen im symmetrischen Regulierungsmilieu. Er stellt sicher, dass Zugangsverfahren nur dort angestoßen werden, wo ein tatsächliches, eigeninitiativ artikuliertes Bedürfnis besteht. Der Staat gewährleistet nicht nur passiv die Verhandlungsfreiheit, sondern schafft aktiv ein System, das auf dieser Freiheit aufbaut (s. Art. 59 Abs. 1 Satz 1 EKEK). 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, Abs. 3, 149 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 5, Abs. 6 TKG.

B. Rechtsgutachten

I. Ausgangslage

1. Sachbericht

Im Juli 2025 veröffentlichte das Bundesministerium für Digitales und Staatsmodernisierung (BMDS) das Papier „*Eckpunkte für ein Gesetz zur Änderung des TKG [Telekommunikationsgesetzes] und zur Verbesserung der telekommunikationsrechtlichen Rahmenbedingungen für den TK-Netzausbau*“.¹

Das BMDS geht aufgrund der Rechtsnatur der Gigabit-Infrastrukturverordnung (GIA) als Verordnung davon aus, dass Wiederholungen bzw. Dopplungen der Regelungen der GIA in mitgliedstaatlichen Rechtsakten unzulässig seien. Davon betroffen seien u. a. die Regelungen zum Zugang zu bestehenden physischen Infrastrukturen innerhalb von Gebäuden gem. § 145 Abs. 1 bis Abs. 3 TKG.² Das BMDS schlägt die Beibehaltung eines gesetzlichen Anspruchs auf Mitnutzung bestehender Verkabelungen im Gebäude vor, im Rahmen dessen es ein auf zwei Jahre befristetes Zugangsverweigerungsrecht des Betreibers erwägt.³

2. Rechtsgutachterliche Fragestellungen

Dieses Rechtsgutachten behandelt die folgenden – aufgrund der soeben zusammengefassten Ausgangslage aufgeworfenen – Fragestellungen:

- Wäre ein gesetzlich vordeterminierter Zugangsanspruch zu gebäudebezogenen aktiven und aktivierbaren Verkabelungen und zugehörigen Einrichtungen, einschließlich des ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkts, für Eigentümer oder Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes über den rechtlichen Status quo hinaus eine unionsrechtskonforme Umsetzung des Art. 61 Abs. 3 EKEK?
- Ist Art. 61 Abs. 3 EKEK hinreichend in den §§ 145, 149 TKG umgesetzt; insbesondere: Ist der gestufte Verfahrensansatz nach § 145 Abs. 2, Abs. 3 TKG i. V. m. § 149 Abs. 1 Nr. 4 TKG, der dem Antragsverfahren und der behördlichen Letztentscheidung ein Streitbeilegungsverfahren zwischenschaltet, vom Umsetzungsspielraum des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers umfasst?

3. Rechtslage

Die für das vorliegende Rechtsgutachten relevanten Rechtsakte sind der europäische Kodex über die elektronische Kommunikation (EKEK),⁴ welcher als Richtlinie von den

¹ Abrufbar unter https://bmds.bund.de/fileadmin/BMDS/Dokumente/CDR_250715_Anlage_Eckpunkte_TKG_Anpassung.pdf (05.11.2025).

² BMDS, Eckpunktepapier, Juli 2025, S. 1.

³ BMDS, Eckpunktepapier, Juli 2025, S. 5.

⁴ RL (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.12.2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, ABl. EU L 321 v. 17.12.2018, S. 36–214.

mitgliedstaatlichen Gesetzgebern umgesetzt werden muss (Art. 288 Abs. 3 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, AEUV), die Gigabit-Infrastrukturverordnung (GIA),⁵ welche als Verordnung unmittelbar in den Mitgliedstaaten gilt (Art. 288 Abs. 2 AEUV), und das deutsche Telekommunikationsgesetz (TKG)⁶. Die GIA löste die Kostensenkungsrichtlinie⁷ ab, welche vom deutschen Gesetzgeber im TKG umgesetzt worden ist.

II. Rechtsgutachterliche Beurteilung im Einzelnen

1. Das Verhältnis zwischen dem europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation und der Gigabit-Infrastrukturverordnung im Kollisionsfall

Gemäß Art. 1 Abs. 2 GIA ist, sofern eine Bestimmung der GIA mit einer Bestimmung des EKEK kollidiert, die Bestimmung des EKEK maßgebend. Im Kollisionsfall hat der EKEK somit gegenüber der GIA Anwendungsvorrang.

Demgegenüber werden in ErwGr. 57 GIA die sachlichen Anwendungsbereiche des EKEK und der GIA objektbezogen nach dem jeweiligen Zugangsgegenstand abgegrenzt.

*„Anträge auf Zugang zu **gebäudeinternen physischen Infrastrukturen** sollten in den Anwendungsbereich [der **GIA**] fallen, während Anträge auf Zugang zu **Glasfaserverkabelungen** in den Anwendungsbereich [des **EKEK**] fallen sollten.“* [Hervorh. nur hier]

„**Physische Infrastrukturen**“ werden in Art. 2 UAbs. 2 Nr. 4 GIA legaldefiniert:

*„a) **Komponenten eines Netzes, die andere Netzkomponenten aufnehmen sollen, selbst jedoch nicht zu aktiven Netzkomponenten werden**, beispielsweise Fernleitungen, Masten, Leitungsrohre, Kontrollkammern, Einstiegsschächte, Verteilerkästen, Antennenanlagen, Türme und Pfähle sowie Gebäude einschließlich Dächern und Fassadenteilen oder Gebäudeeingänge und sonstige Objekte, einschließlich Straßenmobiliar wie etwa Lichtmasten, Verkehrsschilder, Verkehrsampeln, Reklametafeln und Mautstellen sowie Bus- und Straßenbahnhaltestellen sowie U-Bahn-Stationen und Bahnhöfe;*

b) – soweit sie nicht Teil eines Netzes sind und sich im Eigentum oder unter der Kontrolle öffentlicher Stellen befinden – Gebäude einschließlich Dächern und Fassadenteilen oder Gebäudeeingänge und sonstige Objekte, einschließlich Straßenmobiliar wie etwa

⁵ VO (EU) 2024/1309 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29.04.2024 über Maßnahmen zur Reduzierung der Kosten des Aufbaus von Gigabit-Netzen für die elektronische Kommunikation, zur Änderung der VO (EU) 2015/2120 und zur Aufhebung der RL 2014/61/EU, ABl. EU L 2024/1309 v. 08.05.2024.

⁶ Art. 1 Gesetz zur Umsetzung der RL (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.12.2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation und zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts v. 23.06.2021, BGBl. I Nr. 35 v. 28.06.2021, zuletzt geändert durch Art. 1 Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes und zur Feststellung des überragenden öffentlichen Interesses für den Ausbau von Telekommunikationsnetzen v. 24.07.2025, BGBl. I Nr. 181 v. 29.07.2025.

⁷ RL 2014/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.05.2014 über Maßnahmen zur Reduzierung der Kosten des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation, ABl. EU L 155 v. 23.05.2014, S. 1–14.

Lichtmasten, Verkehrsschilder, Verkehrsampeln, Reklametafeln und Mautstellen sowie Bus- und Straßenbahnhaltestellen sowie U-Bahn-Stationen und Bahnhöfe. [...]“ [Hervorh. nur hier]

Physische Infrastrukturen bilden die **baulich-statische Grundlage** eines Netzes, ermöglichen die Verlegung von Kabeln und die Installation aktiver Technik, ohne selbst Teil des Signalpfads zu sein.

Kabel werden vom unionalen Gesetzgeber ausdrücklich *nicht* als physische Netzinfrasturktur qualifiziert (Art. 2 UAbs. 2 Nr. 4 GIA a. E.).

*„[...] **Kabel**, einschließlich unbeschalteter Glasfaserleitungen, [...], **sind keine physischen Infrastrukturen** im Sinne dieser Verordnung;“* [Hervorh. nur hier]

Technisch handelt es sich hierbei um **signalführende Übertragungsmedien**, die elektrische (Kupfer) oder optische (Glasfaser) Signale zwischen aktiven Netzelementen transportieren, und eben nicht um eine baulich-statische Grundlage.

Der Einschub „einschließlich unbeschalteter Glasfaserkabel“ verdeutlicht, dass der physische Zustand einer Glasfaser – insbesondere ihre (noch) fehlende Beschaltung bzw. Aktivierung – für die rechtliche Einordnung als Kabel unbeachtlich ist. Der europäische Gesetzgeber verwendet den Zusatz „unbeschaltet“ ausschließlich dann, wenn gezielt auf nicht aktivierte Netzkomponenten Bezug genommen werden soll.

Dies entspricht der zweckbezogenen Begriffsbestimmung der „gebäudeinternen Glasfaserverkabelungen“ in Art. 2 UAbs. 2 Nr. 7 GIA, wonach die Beschaltung bzw. Aktivierung für die Qualifikation als solche unerheblich ist:

*„‘gebäudeinterne Glasfaserverkabelungen‘ sind Glasfaserleitungen am Standort des Endnutzers – einschließlich Komponenten, die im gemeinsamen Eigentum stehen –, **die dazu bestimmt sind**, elektronische Kommunikationsdienste bereitzustellen, und den Zugangspunkt des Gebäudes mit dem Netzabschlusspunkt verbinden“* [Hervorh. nur hier].

Verkabelungen umfassen demnach sämtliche aktiven und aktivierbaren Kabel und schließen folglich auch „dark fiber“ ein.

Ausdrücklich sieht Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 EKEK die Abwägungs- und Entscheidungsprärogative der nationalen Regulierungsbehörden für die Mitnutzung gebäudebezogener Verkabelungen und zugehöriger Einrichtungen, einschließlich aktiven und aktivierbaren Glasfaserverkabelungen, vor, sodass insoweit – entsprechend der regulatorisch intendierten sachlichen Anwendungsbereiche des EKEK und der GIA nach ErwGr. 57 GIA – kein Kollisionsfall zwischen EKEK und GIA besteht, da sich Art. 11 GIA auf den Zugang zu gebäudeinternen physischen Infrastrukturen beschränkt.

2. Die Dichotomie von aktiven, nicht aktiven (aktivierbaren) und passiven Infrastrukturen

a) Aktive, nicht aktive (aktivierbare) und passive Infrastrukturen

Der europäische Gesetzgeber bedient sich in seinen Rechtsakten der Termini „**aktive Infrastruktur**“ und „**passive Infrastruktur**“,⁸ definiert diese aber nicht in Art. 2 EKEK oder Art. 2 GIA. In Art. 2 Nr. 1 EKEK verwendet der europäische Gesetzgeber den Zusatz „**nicht aktiv**“.

„‘elektronisches Kommunikationsnetz’: Übertragungssysteme, [...] – einschließlich der nicht aktiven Netzbestandteile –, die die Übertragung von Signalen über Kabel, Funk, optische oder andere elektromagnetische Einrichtungen ermöglichen, [...], unabhängig von der Art der übertragenen Informationen,“ [Hervorh. nur hier]

Aus dieser Formulierung ergibt sich, dass sich das Begriffspaar aktiv/nicht aktiv auf den physischen und funktionalen Zustand der Komponenten bezieht, die der Signalübertragung dienen. Als Oberbegriff kann „**aktivierbar**“ verwendet werden.

Auch das TKG scheint zwischen aktiven und nicht aktiven Netzkomponenten sowie passiven Infrastrukturen zu unterscheiden.

Entsprechend zu „physische Infrastruktur“ i. S. d. Art. 2 UAbs. 2 Nr. 4 GIA wird in § 3 Nr. 45 TKG „**passive Infrastruktur**“ legaldefiniert. Die Auswahl des Terminus „passive Infrastruktur“ grenzt gegenüber „physische Infrastruktur“ i. S. d. Art. 2 UAbs. 2 Nr. 4 GIA den Kreis der umfassten Infrastrukturen präziser ein.⁹ Der Begriff der „physischen Infrastruktur“ ist im Kontext des TKG weiter gefasst und umfasst die in § 3 Nr. 45 TKG definierte „passive Infrastruktur“ als Teilbereich.

Unter Netzkomponenten (§ 26 Abs. 3 Nr. 1 TKG und § 3 Nr. 74 lit. a TKG) sind sämtliche physischen Elemente zu verstehen, die **unmittelbar der Signalübertragung dienen können**. Hierzu zählen insbesondere **Kabel und Leitungen** – unabhängig vom Material (Kupfer, Glasfaser) – sowie Vermittlungseinrichtungen. Damit grenzt sich der Begriff der Netzkomponente von der passiven Infrastruktur ab, die lediglich die baulich-statische Grundlage zur Aufnahme solcher Komponenten bildet.¹⁰

Netzkomponenten können *aktiv* oder *nicht aktiv* sein. Dies hängt nicht von ihrer Bauart, sondern von ihrer **tatsächlichen Nutzung** ab.

Aktive Netzkomponenten sind solche, die **gegenwärtig unmittelbar zur Signalübertragung** eingesetzt werden – etwa beschaltete Glasfaser oder betriebene Vermittlungseinrichtungen.¹¹

⁸ S. ErwGr. 156, 158 EKEK, Art. 47 Abs. 2 lit. a EKEK. Der europäische Gesetzgeber verwendet den Begriff „passive Netzkomponenten“ u. a. im Kontext der Zugangsverpflichtungen zu den am Endnutzer am nächsten gelegenen Punkten, die sich über den ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkt hinaus erstrecken, ErwGr. 154 EKEK.

⁹ BT-Drs. 18/8332, S. 35; *Schütz*, in: Geppert/Schütz, TKG, 5. Aufl. 2023, § 3 Rn. 105; *Fetzer*, in: Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 3. Aufl. 2020, § 3 Rn. 92b.

¹⁰ *Neumann*, in: Säcker/Körber, TKG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 26 TKG Rn. 197.

¹¹ *Neumann*, in: Säcker/Körber, TKG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 26 TKG Rn. 197, 211.

„Aktive Netzkomponenten“ werden zwar nicht legaldefiniert, jedoch spricht der deutsche Gesetzgeber in seiner Gesetzesbegründung von „aktiver Kabelführung“.¹²

Nicht aktive Netzkomponenten sind dagegen physisch vorhandene, aber derzeit **nicht zur Signalübertragung genutzte** Bestandteile, die hierfür jedoch technisch geeignet wären. Hierunter fallen beispielsweise **unbeschaltete Glasfaser** (*dark fiber*) oder stillgelegte Kupferleitungen. So heißt es in der Gesetzesbegründung zu § 21 TKG a. F.: „[...] *nicht aktiven Netzkomponenten, wie z.B. unbeschalteter Glasfaser* [...]“.¹³

Diese Gesetzesbegründung von 2011 bezeichnet unbeschaltete Glasfaser teils als nicht aktive Netzkomponente, teils als passive Infrastruktur.¹⁴ Dies deutet auf eine anfänglich synonyme Verwendung hin.¹⁵ Mit der durch das DigiNetzG (2016)¹⁶ eingeführten Legaldefinition des § 3 Nr. 45 TKG entfällt aber eine synonyme Verwendung, da „passiv“ einen eigenständigen Wortsinne nach § 3 Nr. 45 TKG erhalten hat.

Demnach kann zwischen passiver Infrastruktur sowie aktiven und aktivierbaren (nicht aktiven) Netzkomponenten unterschieden werden.¹⁷

b) Die Akzessorietät der „zugehörigen Einrichtungen“

„Zugehörige Einrichtungen“ sind gem. Art. 2 Nr. 10 EKEK i. V. m. Art. 2 UAbs. 1 GIA

„die mit einem elektronischen Kommunikationsnetz oder einem elektronischen Kommunikationsdienst verbundenen zugehörigen Dienste, physischen Infrastrukturen oder sonstigen Einrichtungen oder Komponenten, welche die Bereitstellung von Diensten über dieses Netz oder diesen Dienst ermöglichen oder unterstützen bzw. dazu in der Lage sind; hierzu gehören Gebäude oder Gebäudezugänge, Verkabelungen in Gebäuden, Antennen, Türme und andere Trägerstrukturen, Leitungsrohre, Leerrohre, Masten, Einstiegsschächte und Verteilerkästen“ [Hervorh. nur hier].

Eine entsprechende Legaldefinition findet sich in § 3 Nr. 78 TKG.

In der Gesetzesbegründung zum DigiNetzG heißt es, dass der Begriff „passive Infrastruktur“ der Abgrenzung zum Begriff „zugehörige Einrichtungen“ diene.¹⁸ Der Begriff „zugehörige Einrichtungen“ umfasst zwar auch Verkabelungen, verleiht diesen jedoch keine autonome Zugangsrelevanz, sondern ordnet sie funktional dem zentralen Zugangsobjekt zu. Seine Definition knüpft – dem Wortlaut nach – an die Verbindung zu elektronischen Kommunikationsnetzen oder -diensten als zentrale Zugangsobjekte an und bezeichnet damit lediglich solche

¹² BT-Drs. 18/8332, S. 80.

¹³ BT-Drs. 17/5707, S. 59.

¹⁴ BT-Drs. 17/5707, S. 51.

¹⁵ Dem im Ergebnis zustimmend: *Neitzel/Hofmann*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 21 TKG Rn. 40.

¹⁶ Gesetz zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze v. 04.11.2016, BGBl. I Nr. 52 v. 09.11.2016, S. 2473–2487; *Schütz*, in: Geppert/Schütz, TKG, 5. Aufl. 2023, § 3 Rn. 105.

¹⁷ Auch *Fetzer*, in: Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 3. Aufl. 2020, § 3 Rn. 92b, spricht von aktiven und beschaltbaren Bestandteilen.

¹⁸ BT-Drs. 18/8332, S. 35; *Körber*, in: Säcker/Körber, TKG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 3 TKG Rn. 67.

Einrichtungen, die deren Bereitstellung ermöglichen oder unterstützen. Der Begriff „zugehörige Einrichtungen“ erscheint in den Rechtsakten stets in Verbindung mit einem autonomen Zugangsobjekt und nie isoliert. Beispielsweise formuliert Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 Satz 1 EKEK: „Verkabelungen und zugehörige Einrichtungen in Gebäuden“. Das postnominale Präpositionalattribut „in Gebäuden“ gilt erkennbar für beide Begriffe – „Verkabelungen“ und „zugehörige Einrichtungen“ – und unterstreicht deren funktionale Zusammengehörigkeit.

Das Bundesverwaltungsgericht hat etwa entschieden, dass Kabelkanäle zugehörige Einrichtungen sind, da diese der Signalübertragung **mittelbar** dienen:¹⁹

*„Während ‚Netzkomponenten‘ alle Elemente eines Telekommunikationsnetzes, nämlich der Gesamtheit von Übertragungssystemen, sind, die die Übertragung von Signalen ermöglichen (§ 3 Nr. 27 TKG), handelt es sich bei den ‚Netzeinrichtungen‘ um **zugehörige Einrichtungen, die die Signalübertragung nicht unmittelbar ermöglichen, ihr aber mittelbar dienen.**“²⁰ [Hervorh. nur hier]*

Der Begriff „zugehörige Einrichtungen“ ist folglich **akzessorisch** zu verstehen: Zugehörige Einrichtungen sind keine autonomen Zugangsobjekte, sondern Hilfsstrukturen und -dienste zur Realisierung des Zugangs zum zentralen Zugangsobjekt. Die Einbeziehung zugehöriger Einrichtungen in Zugangsvorschriften soll sicherstellen, dass der Zugang zum zentralen Zugangsobjekt nicht durch technische oder tatsächliche Umstände faktisch vereitelt wird und die intendierte Zugangsgewährleistung ihre praktische Wirksamkeit behält.²¹

3. Art. 61 Abs. 3, Abs. 5 EKEK

a) Zugangsobjekte

Gemäß Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 Satz 1 EKEK

*„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“.*

Zugangsobjekte sind demnach (i) gebäudeinterne Verkabelungen, (ii) zugehörige Einrichtungen und (iii) 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)²² und Aktivierungszustand (aktiv oder aktivierbar, aktivierbar ist insbesondere „dark fiber“).²³

¹⁹ BVerwG, Urt. v. 27.01.2010, 6 C 22/08, juris, Rn. 29.

²⁰ BVerwG, Urt. v. 27.01.2010, 6 C 22/08, juris, Rn. 28.

²¹ I. E. ebenso Neumann, in: Säcker/Körber, TKG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 26 TKG Rn. 195; a. A. Schütz, in: Geppert/Schütz, TKG, 5. Aufl. 2023, § 3 Rn. 145.

²² So heißt es etwa „Glasfaserkabel“ (ErwGr. 13 EKEK) und „Kupferkabelnetz“ (ErwGr. 209 EKEK) [Hervorh. nur hier].

²³ Zum Begriffsverständnis bereits B.II.1. und B.II.2.a.

Im Kontext des Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 EKEK 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.²⁴

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 EKEK handelt es sich demnach um „**gebäudebezogene**“ Zugangsvorschriften.²⁵

Der restriktive Ansatz des Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 Satz 1 EKEK bestätigt das funktionale Begriffsverständnis von „in Gebäuden“, da dieser die von Unterabsatz 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 EKEK 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).²⁶ 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**.²⁷

b) Mangelnde Replizierbarkeit

Die Verpflichtungsermächtigung greift gem. Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 Satz 2 EKEK indes nur ein, wenn „**eine Replizierung [des Zugangsobjekts] wirtschaftlich ineffizient oder praktisch unmöglich wäre**“ [Hervorh. nur hier].

²⁴ Hierzu B.II.2.b.

²⁵ Neumann/Sickmann verwenden ebenfalls den Begriff „gebäudebezogen“, Neumann/Sickmann, NUR 2020, 208 (210).

²⁶ ErwGr. 154 EKEK; Neumann/Sickmann, NUR 2020, 208 (208 f.).

²⁷ Neumann/Sickmann, NUR 2020, 208 (209).

c) Regulierungsadressaten

Adressaten potenzieller Verpflichtungen sind nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 Satz 1 i. V. m. Satz 2 EKEK (i) **Betreiber elektronischer Kommunikationsnetze** sowie (ii) **Eigentümer von Verkabelungen und zugehörigen Einrichtungen**,²⁸ sofern sie nicht selbst Betreiber elektronischer Kommunikationsnetze sind.²⁹ Im Fall von Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 EKEK können nur die Betreiber elektronischer Kommunikationsnetze Verpflichtungsadressaten sein (Art. 61 Abs. 3 UAbs. 3 EKEK).³⁰ Die Regulierungsadressatenstellung korrespondiert systematisch mit den Zugangsobjekten.

Aus Art. 61 Abs. 2 UAbs. 1 EKEK ergibt sich, dass der Adressatenkreis *nicht* marktmachtabhängig bestimmt ist.

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

Im Sinne eines **symmetrischen Regulierungsansatzes** – wie er insbesondere aus dem energiesektorspezifischen Regulierungsrecht bekannt ist – unterliegen die (i) Betreiber elektronischer Kommunikationsnetze sowie (ii) Eigentümer von Verkabelungen und zugehörigen Einrichtungen gem. Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 i. V. m. Abs. 2 UAbs. 1 EKEK einer Regulierung unabhängig von ihrer Marktmacht. Damit vollzieht der unionale Gesetzgeber einen Bruch mit dem im Telekommunikationssektor etablierten asymmetrischen Regulierungsmodell.³¹

d) Rechtsfolge

Gemäß Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 Satz 1 EKEK „können“ die nationalen Regulierungsbehörden Verpflichtungen auferlegen. Ihnen wird damit 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.³²

Aus Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 Satz 2 EKEK ergibt sich, dass die nationalen Regulierungsbehörden unter anderem die Replizierbarkeit der gebäudeinternen aktiven Infrastruktur bei ihren Entscheidungen zu berücksichtigen haben.

²⁸ Obgleich der Wortlaut des Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 Satz 1 und Satz 2 EKEK zwei eigenständige Verpflichtungsermächtigungen nahelegt, lassen systematische und teleologische Erwägungen, gestützt auf ErwGr. 152 EKEK, indes nur das Verständnis einer einheitlichen Verpflichtungsermächtigung zu, ebenso *Neumann/Sickmann*, NUR 2020, 208 (208) Fn. 4.

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

³⁰ *Neumann/Sickmann*, NUR 2020, 208 (210).

³¹ Zum symmetrischen Regulierungsansatz nach Art. 61 Abs. 3 EKEK bereits *Neumann/Sickmann*, NUR 2020, 208.

³² Zum Regulierungsermessen im Fall des Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 EKEK s. *Neumann/Sickmann*, NUR 2020, 208 (209).

Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 Satz 3 EKEK 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.“*
[Hervorh. nur hier]

Im Fall der Ausdehnung des Zugangsobjekts können die Regulierungsbehörden gem. Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 Satz 3 EKEK aktive oder virtuelle Zugangsverpflichtungen auferlegen, wenn dies aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen gerechtfertigt ist. Aktive und virtuelle Zugangsverpflichtungen erfassen – entsprechend dem Begriffsverständnis von „aktiv“ und „nicht aktiv“ –³³ nicht die physische Infrastruktur oder Netzkomponente wie das Kabel selbst, sondern die Übertragungsleistung, z. B. Bitstromzugang.³⁴ Für den gleichen Fall beschränkt Art. 61 Abs. 3 UAbs. 3 EKEK den Ermessensspielraum der Regulierungsbehörde für die in lit. a und lit. b aufgezählten Fälle. Art. 61 Abs. 3 UAbs. 4 EKEK 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 EKEK aufgezählten Ziele und Zwecke zu berücksichtigen. Dazu gehören die in Art. 3 EKEK festgelegten Regulierungsziele, Effizienz, nachhaltiger Wettbewerb, der Aufbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität, effiziente Investitionen und Innovation sowie ein größtmöglicher Nutzen für die Endnutzer.

Aus ErwGr. 152 EKEK ergeben sich weitere Gesichtspunkte, die 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, **Anreizen 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**. Die Tatsache, dass es bereits mehr als eine betreffende Infrastruktur gibt, sollte allein nicht unbedingt als Beweis*

³³ Hierzu B.II.2.a.

³⁴ Neumann/Sickmann, NUR 2020, 208 (209 f.).

*dafür gelten, dass die entsprechenden Anlagen replizierbar sind. Falls dies in Kombination mit solchen Zugangsverpflichtungen erforderlich ist, sollten sich Unternehmen auch auf die Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs zu physischen Infrastrukturen auf der Grundlage der Richtlinie 2014/61/EU berufen können. 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.“* [Hervorh. nur hier]

Nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 Satz 1 EKEK können die Regulierungsbehörden Marktanalysen bei ihrer Ermessensausübung berücksichtigen. Gemäß Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 Satz 2 EKEK müssen die Regulierungsbehörden im Fall der Ausdehnung des Zugangsobjekts die GEREK-Leitlinien (Gremium europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation), Art. 61 Abs. 3 UAbs. 5 EKEK, berücksichtigen.

Die Verpflichtungen und Bedingungen müssen gem. Art. 61 Abs. 5 Satz 1 Hs. 1 EKEK **objektiv, transparent, verhältnismäßig und nichtdiskriminierend** sein.

e) Verfahren

Die Verfahren nach Art. 23 EKEK – Konsultation und Transparenz –, Art. 32 EKEK – Konsolidierung des Binnenmarkts für elektronische Kommunikation – und Art. 33 EKEK – Verfahren zur einheitlichen Anwendung von Abhilfemaßnahmen – finden gem. Art. 61 Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 EKEK Anwendung.

Die nationalen Regulierungsbehörden müssen gem. Art. 61 Abs. 5 Satz 2 EKEK innerhalb von fünf Jahren die Effektivität und Angemessenheit der auferlegten Maßnahmen überprüfen. Das Ergebnis muss gem. Art. 61 Abs. 5 Satz 3 EKEK bekanntgegeben werden.

4. §§ 145, 149 TKG

a) Zugangsobjekte

Zugangsobjekte des § 145 Abs. 2 Satz 1 TKG sind „**gebäudeinterne Netzinfrastrukturen**“. Dieser Begriff wird in § 3 TKG nicht legaldefiniert. Der Wortlaut lässt jedoch auf eine weite Auslegung schließen, wonach sämtliche Netzinfrastrukturen in Gebäuden erfasst sind. Die systematische Auslegung bestätigt das weite Begriffsverständnis, da in § 145 Abs. 4 und Abs. 5 TKG der engere Begriff „passive Netzinfrastruktur“ ausdrücklich verwendet wird. Die Zugangsobjekte lassen sich auch von den Antragsadressaten gem. § 145 Abs. 2 Satz 1 TKG herleiten: (i) Eigentümer oder Betreiber von **gebäudeinternen Komponenten öffentlicher Telekommunikationsnetze** oder (ii) 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. [...]“³⁵

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 Fernsehfunks sowie Kabelfernsehnetzen, unabhängig von der Art der übertragenen Information“ [Hervorh. nur hier].*

Ein Telekommunikationsnetz ist öffentlich gem. § 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.³⁶

„[...] 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 Verzweiger-einrichtungen (z. B. APL) unter dem Begriff der ‚gebäudeinternen Komponenten öffentlicher Telekommunikationsnetze‘ zu fassen sind.“³⁷

Der Begriff der Verkabelung wird nicht legaldefiniert. Dem Wortlaut nach fallen sämtliche Kabel – aktive oder aktivierbare Kupferkabel oder Glasfaser – 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 Satz 1 TKG dient der Klarstellung und der Umsetzung des Art. 61 EKEK. Die Regelung verdeutlicht, dass die Erfassung

³⁵ BNetzA, Beschl. v. 25.02.2025, BK11-24-020, Rn. 71.

³⁶ BT-Drs. 18/8332, S. 54 (zu § 77k TKG a. F.); Schuler, NUR 2025, 119 (121).

³⁷ BNetzA, Beschl. v. 25.02.2025, BK11-24-020, Rn. 71 f., m. V. a. Geppert, in: Geppert/Schütz, TKG, 5. Aufl. 2023, § 145 Rn. 36.

gebäudeinterner Infrastrukturen unabhängig davon erfolgt, ob sie funktional einem öffentlichen Telekommunikationsnetz zuzurechnen sind.³⁸

Zugehörige Einrichtungen i. S. d. § 3 Nr. 78 TKG sind akzessorisch zu den Verkabelungen als autonome Zugangsobjekte.³⁹

Gemäß § 145 Abs. 2 Satz 2 TKG ist der erste **Konzentrations- oder Verteilerpunkt** eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes auch Zugangsobjekt, wenn er außerhalb des Gebäudes liegt.⁴⁰ Ab einem gebäudeexternen Konzentrations- oder Verteilerpunkt findet gem. § 145 Abs. 2 Satz 2 TKG der § 145 Abs. 1 TKG entsprechende Anwendung, womit auch der erweiterte Zugang nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 EKEK umgesetzt wird. Insbesondere ist § 145 Abs. 2 Satz 2 TKG i. V. m. § 145 Abs. 1 TKG auch rechtlich nachrangig gegenüber § 145 Abs. 2, Abs. 3 TKG.⁴¹

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

b) Antragsverfahren – Aktiv- und Passivlegitimation

Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze sind gem. § 145 Abs. 2 Satz 1 TKG zur Stellung eines Antrags auf Mitnutzung gegenüber den Eigentümern oder Betreibern der Zugangsobjekte aktivlegitimiert. Der Antrag ist gem. § 147 Abs. 1 TKG schriftlich oder elektronisch zu stellen. § 147 Abs. 2 Satz 1 TKG legt fest, dass der Antragsempfänger über vollständige Anträge im Sinne des Satzes 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 Satz 1 TKG nennt als Antragsadressaten (i) **Eigentümer oder Betreiber gebäudeinterner Komponenten öffentlicher Telekommunikationsnetze** sowie (ii) **Eigentümer von Verkabelungen und zugehörigen Einrichtungen**. Während die zweite Alternative Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 EKEK wortgleich umsetzt, hat der deutsche Gesetzgeber den Adressatenkreis durch Einbeziehung der *Eigentümer* gebäudeinterner Netzkomponenten erweitert. Betreiber

³⁸ Leitzke, in: Säcker/Körber, TKG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 145 TKG Rn. 19.

³⁹ Hierzu B.II.2.b.

⁴⁰ Leitzke, in: Säcker/Körber, TKG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 145 TKG Rn. 17; Geppert, in: Geppert/Schütz, TKG, 5. Aufl. 2023, § 145 Rn. 38.

⁴¹ Geppert, in: Geppert/Schütz, TKG, 5. Aufl. 2023, § 145 Rn. 22.

und Eigentümer können somit jeweils isoliert verpflichtet werden.⁴² 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.⁴³ Entsprechend Art. 61 Abs. 3 EKEK ist die Passivlegitimation symmetrisch, d. h. marktmachtunabhängig, ausgestaltet.

An dieser Stelle zeigt sich ein wesentlicher Unterschied zur unionsrechtlichen Grundlage des Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 EKEK. Während Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 EKEK unmittelbar die Regulierungsadressaten bestimmt und dem Wortlaut des Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 EKEK zufolge ein öffentlich-rechtliches Antragsverhältnis zwischen Zugangspetent und Regulierungsbehörde begründet, die Systematik und das Telos aber für eine unmittelbare Verpflichtungsermächtigung der nationalen Regulierungsbehörde sprechen,⁴⁴ beschränkt sich § 145 Abs. 2 TKG darauf, die potenziell 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 Satz 2 EKEK und integriert zugleich die Grundsätze der Fairness und Nichtdiskriminierung, die nach Art. 61 Abs. 5 Satz 1 EKEK 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 nationale **Streitbeilegungsstelle** nach § 211 TKG i. V. m. § 214 TKG angerufen werden und eine verbindliche Entscheidung der Bundesnetzagentur beantragt werden, wenn innerhalb von zwei Monaten ab Eingang des Antrags keine Vereinbarung über die Mitnutzung nach § 145 Abs. 2 und Abs. 3 TKG zustande gekommen ist. Hier greift der deutsche Gesetzgeber das nach dem Wortlaut des Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 EKEK vorgesehene öffentlich-rechtliche Antragsverhältnis zwischen dem Zugangspetenten und der nationalen Regulierungsbehörde auf und normiert die Letztentscheidungsbefugnis der Regulierungsbehörde, schaltet aber ein Streitbeilegungsverfahren zwischen.

⁴² Leitzke, in: Säcker/Körber, TKG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, Vor §§ 136 ff. TKG Rn. 19.

⁴³ Geppert, in: Geppert/Schütz, TKG, 5. Aufl. 2023, § 145 Rn. 31.

⁴⁴ S. Neumann/Sickmann, NUR 2020, 208 (210).

Ausweislich des Wortlauts des § 145 Abs. 2 Satz 2 TKG („entsprechend“) handelt es sich um einen Rechtsgrundverweis auf Absatz 1, weshalb über § 145 Abs. 2 Satz 2 TKG das Streitbeilegungsverfahren gem. § 149 Abs. 1 Nr. 4 TKG (welcher auf den gesamten § 145 Abs. 2 TKG verweist) Anwendung findet, sodass die Bundesnetzagentur auch für den erweiterten Zugang die Letztentscheidungsbefugnis hat.

Der Antrag ist gem. § 149 Abs. 9 TKG schriftlich oder elektronisch zu stellen und die Bundesnetzagentur muss gem. § 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.

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

Gemäß § 149 Abs. 6 Satz 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 Satz 2 EKEK übernommen. Hierdurch wird deutlich, dass die Bundesnetzagentur – auch wenn das Streitbeilegungsverfahren zwischengeschaltet ist – die Letztentscheidungsbefugnis über das „Ob“ und das „Wie“ des Zugangs, einschließlich des Entgelts, hat. Der Bundesnetzagentur wird damit ein pointierter Ermessensspielraum gewährt und zwar im symmetrischen Regulierungsmilieu mit einem signifikanten planerisch-marktgestaltenden Einschlag, zumal die einschlägigen Konfigurationen auf der NE4 (Ausbau und/oder Mitnutzung) und folglich die Rechts- und Interessenpositionen höchst heterogen ausfallen.

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

Die Vorschriften zum Konsultations- und Konsolidierungsverfahren gem. § 12 TKG gelten gem. § 149 Abs. 6 Satz 4 und Satz 5 TKG entsprechend, wodurch Art. 61 Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 EKEK umgesetzt ist.

Auch muss die Bundesnetzagentur die von ihr auferlegten Verpflichtungen gem. § 149 Abs. 6 Satz 6 TKG innerhalb von fünf Jahren überprüfen, wodurch Art. 61 Abs. 5 Satz 2 EKEK umgesetzt ist. Die Bundesnetzagentur kann gem. § 149 Abs. 6 Satz 8 TKG die beabsichtigte Maßnahme jederzeit zurückziehen. Dies entspricht dem Telos – unionsrechtlich: der „praktischen

Wirksamkeit“ – der Prüfpflicht, da diese ausweislich des Art. 61 Abs. 5 Satz 2 EKEK dazu dient, zu überprüfen, ob aufgrund sich wandelnder Umstände eine Änderung oder Aufhebung angemessen wäre.

d) Anwendbarkeit

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

In der Folge hat der Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der ein Glasfaserbereitstellungsentgelt erhält, Anbietern von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten Zugang zu gewähren.

*„¹Der Betreiber nach Absatz 1 [**Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes**] hat Anbietern von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten zum Zwecke der Versorgung von Endnutzern dauerhaft auf Antrag **Zugang zur passiven Netzinfrastuktur** sowie den **Glasfaserkabeln am Hausübergabepunkt** zu transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen und **unentgeltlich** zu gewähren. ²Die Pflicht nach Satz 1 trifft nach Ende des Bereitstellungszeitraums den Eigentümer des Grundstücks.“* (§ 72 Abs. 6 TKG) [Hervorh. nur hier]

§ 72 Abs. 6 TKG erfasst – im Gegensatz zu § 145 Abs. 2, Abs. 3 TKG im Hinblick auf „Verkabelungen und zugehörige Einrichtungen“ – nur ein **konkretes gebäudebezogenes Signalübertragungsmedium**, die Glasfaser.⁴⁵ § 72 Abs. 6 TKG ist demnach eine kleine **zugangsobjektbezogene Teilmenge** von § 145 Abs. 2, Abs. 3 TKG, welche zudem formell (Glasfaserbereitstellungsentgelt muss vereinbart worden sein, § 72 Abs. 1 TKG), materiell (Höhe des Glasfaserbereitstellungsentgelts, § 72 Abs. 2, Abs. 3 TKG) und zeitlich (§ 72 Abs. 7 TKG) definiert wird. Für diese Teilmenge finden § 145 Abs. 2 und Abs. 3 TKG *keine* Anwendung. Vielmehr normiert § 72 Abs. 6 TKG einen **Kontrahierungszwang** – und das **unentgeltlich**.

Soweit die zugangsobjektbezogene Teilmenge (Glasfaser als ein konkretes gebäudebezogenes Signalübertragungsmedium im Kontext eines Glasfaserbereitstellungsentgelts) **jedoch 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 privatautonen Bereich. Vielmehr **findet das regulierte Regime nach § 145 Abs. 2, Abs. 3 TKG Anwendung** – in den Kategorien der Mengenlehre ausgedrückt: Das Zugangsverhältnis geht in das relative

⁴⁵ Der Hausübergabepunkt ist i. d. R. der Netzabschlusspunkt i. S. d. § 3 Nr. 32 TKG: „*Netzabschlusspunkt*‘ der physische Punkt, an dem einem Endnutzer der Zugang zu einem öffentlichen Telekommunikationsnetz bereitgestellt wird; in Netzen, in denen eine Vermittlung oder Leitwegebestimmung erfolgt, wird der Netzabschlusspunkt anhand einer bestimmten Netzadresse bezeichnet, die mit der Nummer oder dem Namen eines Endnutzers verknüpft sein kann;“, Gerpott, in: Säcker/Körber, TKG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 72 TKG Rn. 69.

Komplement der Teilmenge (§ 72 Abs. 6 TKG) in der Menge (§ 145 Abs. 2, Abs. 3 TKG) über. Denn in § 145 Abs. 8 TKG heißt es:

*„Die Absätze 2 und 3 finden keine Anwendung, **soweit** zur mitzunutzenden gebäudeinternen Infrastruktur ein Zugang gemäß § 72 Absatz 6 gewährt wird.“* [Hervorh. nur hier]

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 und Nr. 2 TKG errichteten Netzinfrastuktur 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, sodass die Verpflichtungsermächtigung nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 EKEK vom deutschen Gesetzgeber aufgegriffen wurde. Das ausdifferenzierte Tatbestandsmerkmal der mangelnden Replizierbarkeit nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 Satz 2 EKEK muss nicht – entsprechend zu § 149 Abs. 6 Satz 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 gem. § 72 Abs. 6 TKG gesetzlich entschieden wurde.

5. Die Abwägungs- und Entscheidungsprärogative der nationalen Regulierungsbehörden

Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 EKEK bestimmt die Zuständigkeit und Befugnisse der nationalen Regulierungsbehörden im Bereich der Zugangsregulierung zu gebäudebezogenen aktiven und aktivierbaren Verkabelungen und zugehörigen Einrichtungen, einschließlich des ersten Konzentration- 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 EKEK 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 des Art. 61 EKEK – „*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 ErwGr. 35 EKEK:

*„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 äußeren Einflussnahme oder politischem Druck agieren. [...]“* [Hervorh. nur hier]

In der Rs. *Kommission / Deutschland* erklärte der Europäische Gerichtshof (EuGH) § 9a TKG a. F. mit Art. 15 Abs. 3 Rahmenrichtlinie⁴⁶ für unvereinbar. Dahinter stand der in § 9a TKG a. F. geregelte Grundsatz der Nichtregulierung neuer Märkte (§ 3 Nr. 12b TKG a. F.), wodurch das Ermessen der nationalen Regulierungsbehörde signifikant eingeschränkt wurde und somit ihre Befugnis zur Marktdefinition leerlief. Die Marktdefinition bildete nach der Rahmenrichtlinie jedoch einen wesentlichen Ausgangspunkt der Wettbewerbsanalyse und war nach der Rahmenrichtlinie ausschließlich den nationalen Regulierungsbehörden vorbehalten.⁴⁷ Dieses Urteil zementierte nochmals die **Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden**.⁴⁸

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.“*⁴⁹

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 Art. 63 bis 67 EKEK.

Die Abwägungs- und Entscheidungsprärogative der Regulierungsbehörde gewinnt vor dem Hintergrund des **symmetrischen Regulierungsmodells** nach Art. 61 EKEK besondere Bedeutung.⁵⁰ Die Adressatenstellung knüpft nunmehr nicht an die – aus dem kartellrechtlichen Marktmachtmissbrauchsverbot des Art. 102 AEUV abgeleitete – beträchtliche Marktmacht eines Netzbetreibers an. Vielmehr genügt bereits die Eigentümer- oder Betreibereigenschaft als

⁴⁶ RL 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.03.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EG L 108 v. 24.04.2002, S. 33–50.

⁴⁷ EuGH, Ur. v. 03.12.2009, C-424/07, Rn. 80–84 – *Kommission / Deutschland*.

⁴⁸ Zur Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde in den Energiesektoren EuGH, Ur. v. 02.09.2021, C-718/18, Rn. 33, 85–133 – *Kommission / Deutschland*.

⁴⁹ EuGH, Ur. v. 03.12.2009, C-424/07, Rn. 81 – *Kommission / Deutschland*.

⁵⁰ Vgl. ErwGr. 157 EKEK.

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 potenziell Verpflichteter erheblich und erhöht zugleich die Anforderungen an die behördliche Abwägung, insbesondere im Hinblick auf die Wahrung grundrechtlicher Schutzbereiche (ErwGr. 152 EKEK).

Obwohl in ErwGr. 154 EKEK 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 EKEK aufweisen, da das Tatbestandsmerkmal der mangelnden Duplizität eine Schnittmenge zum ersten Kriterium gem. Art. 67 Abs. 1 UAbs. 2 lit. a EKEK – beträchtliche und anhaltende strukturelle, rechtliche oder regulatorische Marktzutrittsschranken – aufweist.⁵¹ Nach der Märkteempfehlung 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.**“⁵² [Hervorh. 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 Satz 2 EKEK aufgenommen. Auch die in ErwGr. 154 EKEK 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.** [...]“ [Hervorh. nur hier]*

Um die Wettbewerbsverhältnisse sachgerecht bewerten zu können, wird auch eine Marktabgrenzung Eingang in die Prüfung finden müssen.⁵³

⁵¹ Neumann/Sickmann, NUR 2020, 208 (212).

⁵² ErwGr. 9 Empfehlung (EU) 2020/2245 der Kommission v. 18.12.2020 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die gemäß der RL (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, ABl. EU L 439 v. 29.12.2020, S. 23–31.

⁵³ Vgl. Neumann/Sickmann, NUR 2020, 208 (213).

Die Ähnlichkeiten zum Drei-Kriterien-Test bestätigte das GEREK in seinem Bericht:⁵⁴

„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.“⁵⁵

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 einem Bericht zusammengefasst, in dem verschiedene Parameter der Analysen erörtert werden.⁵⁶

Dass die nationale Regulierungsbehörde die Marktanalyse auch in ihrer Ermessensentscheidung berücksichtigen kann, zeigt Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 Satz 1 EKEK. Das im asymmetrischen Regulierungsmodell enthaltene Tatbestandsmerkmal „beträchtliche Marktmacht“ wird für das symmetrische Regulierungsmodell in Art. 61 Abs. 3 EKEK auf die Rechtsfolgende verschoben, indem die Regulierungsbehörde nunmehr etwaige Marktmachtpositionen (insbesondere auch des Zugangspetenten) in ihre Zugangsrechtsfolgenabwägung einzubeziehen hat (ErwGr. 152 EKEK). 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 NE4 (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:

*„[...] 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. [...]“* (ErwGr. 152 EKEK) [Hervorh. nur hier]

Die komplexen Rechts- und Interessenlagen können nur von der unabhängigen Regulierungsbehörde im Einzelfall sachgerecht abgewogen werden – sie entziehen sich einer abschließenden gesetzgeberischen Vorbestimmung.

Im Elektrizitäts- und Erdgassektor werden die Netzinfrastukturbetreiber, etwa Übertragungs- und Fernleitungsnetzbetreiber, symmetrisch reguliert, da die leitungsgebundenen Elektrizitäts-

⁵⁴ Neumann/Sickmann, NUR 2020, 208 (212).

⁵⁵ GEREK, Technical and economic replicability assessment in the context of symmetric access, BoR 18 (214), S. 4, 26.

⁵⁶ GEREK, Technical and economic replicability assessment in the context of symmetric access, BoR 18 (214); zusammenfassend Neumann/Sickmann, NUR 2020, 208 (211 f.).

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 ErwGr. 152 EKEK, 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. [...]“* [Hervorh. nur hier]

Mit Art. 61 Abs. 3 EKEK hat der unionale Gesetzgeber offensichtlich einen regulatorischen Spielraum für jene Konstellationen eröffnet, in denen der Markt für gebäudebezogene aktive und aktivierbare Verkabelungen und zugehörige Einrichtungen, einschließlich des ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkts, bestreitbar ist, mithin kein natürliches Monopol stets vorliegt. Die Bestreitbarkeit des jeweiligen Marktes hängt nach ErwGr. 152 EKEK nicht notwendigerweise von technisch-strukturellen Gegebenheiten ab. Eine behördliche Letztentscheidungsermächtigung ist unentbehrlich, um eine sachgerechte Zugangsentscheidung mit Blick auf die individuellen Rechts- und Interessenspositionen und Marktstrukturen und -verhältnisse im Einzelfall treffen zu können.

Die Regulierungsadressaten des Art. 61 Abs. 3 EKEK stehen Zugangspetenten gegenüber, die Leistungen auf einem (durch sie selbst) potenziell 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.

Die Notwendigkeit eines behördlich angeordneten Zugangs hängt somit von der Beurteilung der Marktmacht ab, welche wiederum die korrekte sachliche und insbesondere räumliche Definition des relevanten Marktes voraussetzt. Beides kann nur von der nationalen Regulierungsbehörde sachgerecht erwogen und beurteilt werden.

Der unionale Gesetzgeber hat sich in dieser Hinsicht bewusst nicht festgelegt und keine Vermutungen zur Marktstruktur gesetzlich vordeterminiert. Diese (potenzielle) Bestreitbarkeit der Märkte – und damit die Möglichkeit des Wettbewerbs – wird jedoch durch das BMDS verkannt, indem es annimmt, dass gebäudeinterne Netze regelmäßig natürliche Monopole seien.⁵⁷ Diese

⁵⁷ BMDS, Eckpunktepapier, Juli 2025, S. 5.

fehlende differenzierte Marktstrukturbetrachtung auf nationaler Ebene widerspricht der vom EKEK intendierten einzelfallgerechten Regulierung und kann zu einer Überregulierung in wettbewerbsfähigen Segmenten führen, was wiederum investitionshemmend sein kann.

Ein gesetzlich fixierter Zugangsanspruch birgt in dynamischen Märkten erhebliche Risiken; dies gilt insbesondere im Telekommunikationssektor. Administrative Zugangsverfahren bieten demgegenüber 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 Satz 2 EKEK verpflichtet, die auferlegten Verpflichtungen fortlaufend zu überwachen und deren Angemessenheit sowie Erforderlichkeit innerhalb von fünf Jahren zu überprüfen.

Ein unbedingter gesetzlicher Zugangsanspruch liefere zudem Gefahr, auch von dominanten, finanzstarken Unternehmen in Anspruch genommen zu werden, die wirtschaftlich zur eigenständigen Replizierung in der Lage wären. Zugangsverpflichtungen sollen jedoch – wie ErwGr. 152 EKEK ausdrücklich betont – Investitionsanreize nicht beeinträchtigen, sondern nur dort eingreifen, wo marktliche Versäumnisse tatsächlich vorliegen. Damit würde der Regulierungszweck, Investitionsanreize zu setzen und den Infrastrukturausbau zu fördern, konterkariert. Der unionsrechtliche Regulierungsrahmen – und insbesondere Art. 61 Abs. 3 EKEK – 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 Rs. *Kommission / Deutschland* bezüglich der Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde in den Energiesektoren definierte der Generalanwalt Pitruzella 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 NRB [nationalen Regulierungsbehörde] vorbehalten sind, durch materielle Gesetze vorsieht und nicht nur durch Weisungen der Regierung in ihrer Funktion als übergeordnete Behörde der NRB. Wie sich nämlich aus den vorstehenden Absätzen ergibt, **müssen die den NRB 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 NRB entziehen und sie anderen öffentlichen Stellen zuweisen kann.**“⁵⁸ [Hervorh. nur hier]*

⁵⁸ Schlussanträge des GA Pitruzella v. 14.01.2021, C-718/18, Rn. 124 – *Kommission / Deutschland*; bestätigt durch EuGH, Urt. v. 02.09.2021, C-718/18, Rn. 130 – *Kommission / Deutschland*.

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 EKEK ausschließlich der nationalen Regulierungsbehörde vorbehalten ist.

6. Auch das Antrags- und Streitbeilegungsverfahren ist vom Umsetzungsspielraum erfasst

Die besondere Sensibilität der Rechts- und Interessenlagen im Kontext einer Verpflichtung nach Art. 61 Abs. 3 EKEK wird durch ErwGr. 152 EKEK bestätigt, der ausdrücklich darauf hinweist, dass Verpflichtungen nach Art. 61 Abs. 3 EKEK schwerwiegende Eingriffe darstellen können und in sensiblen Marktstrukturen bestehende Dominanzpositionen sogar verstärken können:

*„[...] Da solche Verpflichtungen in bestimmten Fällen **schwerwiegende Eingriffe** darstellen, **Anreizen 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. [...]“* [Hervorh. nur hier]

Der Erwägungsgrund unterstreicht damit den restriktiven Charakter der Verpflichtungsermächtigung nach Art. 61 Abs. 3 EKEK 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 effizienzbasiertes 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, Abs. 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 zwischen-geschaltete Streitbeilegungsverfahren – vom Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten erfasst und somit unionsrechtskonform ist, bestätigt Art. 59 Abs. 1 Satz 1 EKEK. 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**“* [Hervorh. nur hier].⁵⁹

Der gestufte Verfahrensansatz nach § 145 Abs. 2, Abs. 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 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.

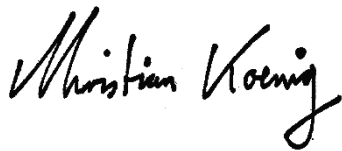
Vor diesem Hintergrund besteht auch kein Änderungsbedarf hinsichtlich des Antrags- und Streitbeilegungsverfahrens nach §§ 145 Abs. 2, Abs. 3, 149 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 5, Abs. 6 TKG.

⁵⁹ ErwGr. 143 EKEK.

III. Fazit

Ausdrücklich sieht Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 EKEK die Abwägungs- und Entscheidungsprärogative der nationalen Regulierungsbehörden für den Zugang zu gebäudebezogenen Verkabelungen und zugehörigen Einrichtungen, einschließlich aktiven und aktivierbaren Glasfaserverkabelungen, sowie zum ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkt vor und gewährt den nationalen Regulierungsbehörden einen pointierten Ermessensspielraum und zwar im symmetrischen Regulierungsmilieu mit einem signifikanten planerisch-marktgestaltenden Einschlag, zumal die einschlägigen Konfigurationen auf der NE4 (Ausbau und/oder Mitnutzung) und folglich die Rechts- und Interessenpositionen höchst heterogen ausfallen. Die komplexen Marktstrukturen und -verhältnisse sowie Rechts- und Interessenlagen können nur von der unabhängigen Regulierungsbehörde im Einzelfall sachgerecht erwogen und abgewogen werden – sie entziehen sich einer abschließenden gesetzgeberischen Vordeterminierung.

§§ 145 Abs. 2, Abs. 3, 149 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 5, Abs. 6 TKG setzen Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1, UAbs. 2, Abs. 5 EKEK hinreichend um. Vor dem Hintergrund des symmetrischen Regulierungsmodells im Sinne des Art. 61 Abs. 3 i. V. m. Abs. 2 UAbs. 1 EKEK ist die privatautonome Partizipation der Eigentümer oder Betreiber an der Zugangsgewährung besonders zweckdienlich, um die Effizienz und Kohärenz des regulatorischen Rahmens zu unterstützen, weshalb kein Änderungsbedarf hinsichtlich des Antrags- und Streitbeilegungsverfahrens nach §§ 145 Abs. 2, Abs. 3, 149 Abs. 1 Nr. 4 TKG besteht.



(Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig)