

RECHTSGUTACHTERLICHE BEWERTUNG

EINES GESETZLICH VORDETERMINIERTEN ZUGANGSANSPRUCHS ZUR
INHOUSE-VERKABELUNG (NETZEBENE 4) NACH § 22B DES REFEREN-
TENENTWURFS ZUM TELEKOMMUNIKATIONSGESETZ

(ADDENDUM ZUM „RECHTSGUTACHTEN ZUR SPERRWIRKUNG DES ART. 61 ABS. 3 RL (EU)
2018/1972 IN BEZUG AUF EINEN GESETZLICH VORDETERMINIERTEN ZUGANGSANSPRUCH ZU GE-
BÄUDEBEZOGENEN VERKABELUNGEN UND ZUGEHÖRIGEN EINRICHTUNGEN IM TELEKOMMUNI-
KATIONSGESETZ“ VOM 5. NOVEMBER 2025)

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 MIT-
GLIED DER RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT DER RHEINISCHEN
FRIEDRICH-WILHELMS-UNIVERSITÄT BONN

UNTER MITWIRKUNG VON HANNAH DÖDING
WISSENSCHAFTLICHE REFERENTIN AM ZEI

14. MÄRZ 2026

Inhaltsverzeichnis

A. Executive Summary	1
B. Rechtsgutachterliche Bewertung	4
I. Ausgangslage	4
1. Sachbericht	4
2. Rechtsgutachterliche Fragestellung	4
3. Rechtslage	5
II. Rechtsgutachterliche Beurteilung im Einzelnen	5
1. Abwägungs- und Entscheidungsprärogative der nationalen Regulierungsbehörden	5
a) Das Hybrid-Modell des § 22b TKG-E	6
aa) Gesetzgeberische Annahme zur Marktstruktur der Netzebene 4	6
bb) Regel-Ausnahme-Verhältnis im symmetrischen Regulierungsmilieu	8
b) Zur Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde	10
2. Das Antragsverfahren	11
3. Kostenorientierte Entgelte im Lichte des unionsrechtlichen Konterkarierungsverbots	13
a) Die praktische Wirksamkeit unionaler Maßnahmen	13
b) Kostenorientierung im symmetrischen Regulierungsmodell	15
c) Investitions- und Selektionsrisiken	16
aa) Zusätzliche Risiken des Erstausbauers	16
bb) Selektionsrisiken infolge gebündelter oder überschießender Anträge ..	17
III. Fazit	17

A. Executive Summary

I.

Ausdrücklich sieht Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 EKEK bzw. Art. 69 Abs. 1 DNA-E 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. 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.

II.

Der Referentenentwurf begründet den gesetzlichen Zugangsanspruch (§ 22b Abs. 1 TKG-E) mit der Annahme, gebäudeinterne Netzinfrastrukturen seien regelmäßig natürliche Monopole. Diese Prämisse verkennt jedoch die unionsrechtliche Logik der symmetrischen Regulierung, die gerade nicht an Marktmacht anknüpft. Nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 Satz 2 EKEK bzw. Art. 69 Abs. 1 Satz 2 DNA-E dürfen Zugangsverpflichtungen auferlegt werden, wenn eine Duplizierung der betreffenden Infrastruktur technisch unmöglich oder wirtschaftlich ineffizient ist. Diese Voraussetzung ist als Tatbestandsmerkmal normiert und im Einzelfall zu prüfen. Ein gesetzlicher Zugangsanspruch ersetzt diese Prüfung durch eine gesetzgeberische Vorfestlegung. Damit wird die unionsrechtlich vorgesehene Einzelfallabwägung der Regulierungsbehörde unterlaufen und ihre Entscheidung über das „Ob“ der Regulierung faktisch vorweggenommen.

III.

§ 22b Abs. 1 TKG-E kehrt die unionsrechtliche Entscheidungsstruktur der symmetrischen Regulierung um. Während Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 EKEK bzw. Art. 69 Abs. 1 DNA-E Zugangsverpflichtungen als Ergebnis einer regulatorischen Einzelfallentscheidung der Regulierungsbehörde vorsehen, etabliert § 22b Abs. 1, 2 TKG-E einen gesetzlichen Default-Zugangsanspruch, bei dem die Bundesnetzagentur lediglich subsidiär im Konfliktfall tätig wird. Damit nähert sich die Norm strukturell der Logik des GIA – gesetzlicher Anspruch mit nachgelagerter

Streitbeilegung – und entfernt sich von der unionsrechtlichen Konzeption des EKEK bzw. DNA-E. Mit der Überführung des Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 EKEK in Art. 69 Abs. 1 DNA-E wird die Entscheidungsprärogative der Regulierungsbehörde unmittelbar unionsrechtlich festgelegt und entzieht sich damit einer mitgliedstaatlichen Vorstrukturierung.

IV.

Der EuGH hat im Urteil zu § 9a TKG a.F. festgestellt, dass nationale Regelungen, die das Ergebnis regulatorischer Abwägungen vorwegnehmen, die unionsrechtlich gewährten Befugnisse der Regulierungsbehörde unzulässig beschränken. § 22b TKG-E weist eine spiegelbildliche Struktur auf: Während § 9a TKG a.F. einen Grundsatz der Nichtregulierung statuierte, etabliert § 22b TKG-E einen Grundsatz der Regulierung. In beiden Fällen wird die unionsrechtlich vorgesehene Einzelfallentscheidung der Regulierungsbehörde durch eine gesetzliche Vorfestlegung ersetzt.

V.

Die in § 22b Abs. 3 Satz 3 TKG-E vorgesehene Möglichkeit einer überschießenden Antragswirkung fügt sich nur schwer in die Systematik des Antragsverfahrens ein. Die behördliche Entscheidung nach § 22b Abs. 2 TKG-E ist als subsidiäres Korrektiv zu einem antragsgebundenen Zugangsanspruch nach Absatz 1 konzipiert und setzt einen konkret bestimmten Antrag voraus. Auch Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 Satz 1 EKEK und Art. 69 Abs. 1 Satz 1 DNA-E knüpfen regulatorische Eingriffe ausdrücklich an einen Antrag auf Zugang, der den sachlichen und personellen Entscheidungsgegenstand konturiert. Die materiellen Voraussetzungen – insbesondere die fehlende Replizierbarkeit der betreffenden Infrastruktur – sind ebenfalls einzelfallabhängig.

Die Systematik des DNA-E bestätigt diese Auslegung: Während Absatz 1 ein antragsgebundenes Verfahren vorsieht, eröffnet Absatz 5 der Regulierungsbehörde eine ex-officio-Kompetenz unter Rechtfertigungsanforderungen. Diese Differenzierung wäre weitgehend bedeutungslos, wenn die Behörde bereits im Antragsverfahren über den konkreten Antrag hinausgehende Entscheidungen treffen könnte.

VI.

Das unionsrechtliche Kohärenzgebot verpflichtet die Mitgliedstaaten, nationale Regelungen so auszugestalten, dass die praktische Wirksamkeit unionsrechtlicher Maßnahmen gewahrt bleibt. Vor diesem Hintergrund spricht vieles dafür, dass nationale Vorschriften absehbare unionsrechtliche Harmonisierung – wie sie mit dem DNA-E angestrebt wird – nicht strukturell präjudizieren oder faktisch vereiteln dürfen.

§ 22b Abs. 4 TKG-E läuft diesem Ansatz zuwider. Während Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 Satz 3 EKEK Kostenaspekte als mögliche Ausgestaltung von Zugangsbedingungen zulässt und

Art. 69 Abs. 1 Satz 3 DNA-E mit dem FRAND-Ansatz einen Abwägungsmaßstab für die Regulierungsbehörde vorgibt, erhebt der nationale Gesetzgeber die Kostenorientierung zum Regelprinzip. Damit wird – ähnlich wie im EuGH-Urteil zu § 9a TKG a.F. – das Ergebnis der unionsrechtlich vorgesehenen Einzelfallabwägung gesetzlich vorstrukturiert.

Zugleich ist die Kostenorientierung ein Instrument der asymmetrischen Regulierung, die an Marktmacht anknüpft. Im symmetrischen Regulierungsmodell, das gerade marktmachtunabhängig ausgestaltet ist, wirkt sie daher systemfremd. Eine gesetzliche Vorfestlegung kann zudem Investitions- und Selektionsrisiken verstärken, indem sie Refinanzierungsmodelle von Erstinvestoren unterläuft und selektive Nutzungsmöglichkeiten für Zweitinvestoren schafft. Damit besteht die Gefahr, dass kostenorientierte Default-Regeln gerade jene Investitionsanreize schwächen, die der unionsrechtliche Rechtsrahmen – insbesondere der DNA-E – zur Beschleunigung des Glasfaserausbaus fördern will.

B. Rechtsgutachterliche Bewertung

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 Im November 2025 wurde hierzu das „*Rechtengutachten 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*“ verfasst.² Daraufhin veröffentlichte WIK-Consult eine Studie für das BMDS zum „*Zugang zu Gebäudenetzen*“.³

Das BMDS hat seinen „*Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des TKG und zur Verbesserung der telekommunikationsrechtlichen Rahmenbedingungen für den TK-Netzausbau (TKG-Änderungsgesetz 2026)*“ (im Folgenden: TKG-E) jüngst veröffentlicht.⁴ § 22b TKG-E enthält eine Vorschrift zum „*Zugang zu gebäudeinternen Telekommunikationsnetzen und Verkabelungen sowie zugehörigen Einrichtungen*“, die in Absatz 1 Satz 1 einen Kontrahierungszwang vorsieht; nach Absatz 2 Satz 1 kann die Bundesnetzagentur (BNetzA) auf angemessenen Antrag die Verpflichtung nach Absatz 1 konkretisieren, modifizieren und ganz oder teilweise aussetzen.

2. Rechtsgutachterliche Fragestellung

Dieses Rechtsgutachten behandelt die folgende – aufgrund der soeben zusammengefassten Ausgangslage aufgeworfene – Fragestellung:

- 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 mit subsidiärer, antragsgebundenen Entscheidungskompetenz der Regulierungsbehörde eine unionsrechtskonforme Umsetzung des Art. 61 Abs. 3 EKEK?

¹ Abrufbar unter https://bmds.bund.de/fileadmin/BMDS/Dokumente/CDR_Eckpunkte_TKG_Anpassung_002_.pdf (14.03.2026).

² Koenig, 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 v. 05.11.2025, abrufbar unter <https://www.anga.de/stellungnahmen/breitband/gutachten-geplante-aenderungen-bei-inhaus-verstossen-gegen-eu-recht/> (14.03.2026).

³ Neumann/Schwarz-Schilling/Strube Martins/Kühling/Pfeiffer, Zugang zu Gebäudenetzen, 22.12.2025, abrufbar unter <https://www.wik.org/veroeffentlichungen/veroeffentlichung/zugang-zu-gebaeudenetzen> (14.03.2026).

⁴ Abrufbar unter https://bmds.bund.de/fileadmin/BMDS/Dokumente/Gesetzesvorhaben/RefE_TKG-Änderungsgesetz_2026.pdf (14.03.2026).

3. Rechtslage

Die für das vorliegende Rechtsgutachten relevanten Rechtsakte sind der europäische Kodex über die elektronische Kommunikation (EKEK),⁵ welcher als Richtlinie von den mitgliedstaatlichen Gesetzgebern umgesetzt werden muss (Art. 288 Abs. 3 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, AEUV), der Gigabit Infrastructure Act (GIA),⁶ der als Verordnung unmittelbar in den Mitgliedstaaten gilt (Art. 288 Abs. 2 AEUV), und das TKG⁷. Außerdem legte die Europäische Kommission im Januar 2026 den Entwurf zum Digital Networks Act (DNA-E) vor,⁸ der u.a. den EKEK ersetzen und einen harmonisierenden Rechtsrahmen für den Übergang von Altnetzen zu Glasfasernetzen schaffen soll.

II. Rechtsgutachterliche Beurteilung im Einzelnen

1. Abwägungs- und Entscheidungsprärogative der nationalen Regulierungsbehörden

„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

⁵ 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.

⁶ 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. Der GIA löste die Kostensenkungsrichtlinie, 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, ab, die vom deutschen Gesetzgeber im TKG umgesetzt worden ist.

⁷ 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. 2 Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2023/1544 und zur Durchführung der Verordnung (EU) 2023/1543 über die grenzüberschreitende Sicherung und Herausgabe elektronischer Beweismittel in Strafverfahren innerhalb der Europäischen Union v. 10.03.2026, BGBl. I Nr. 64 v. 12.03.2026, S. 1–11.

⁸ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on digital networks, amending Regulation (EU) 2015/2120, Directive 2002/58/EC and Decision No 676/2002/EC and repealing Regulation (EU) 2018/1971, Directive (EU) 2018/1972 and Decision No 243/2012/EU (Digital Networks Act) v. 21.01.2026, COM(2026) 16 final.

unabhängigen Regulierungsbehörde im Einzelfall sachgerecht erwogen und abgewogen werden. Sie entziehen sich einer abschließenden gesetzgeberischen Vordeterminierung.“⁹

Auch das WIK-Gutachten kommt – bevor eine Hybridregelung diskutiert wird – zu dem gleichen Auslegungsergebnis, dass Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 EKEK eine Einzelfallprüfung durch die Regulierungsbehörde auf Antrag vorsieht.¹⁰

a) Das Hybrid-Modell des § 22b TKG-E

Gemäß § 22b Abs. 1 Satz 1 TKG-E

*„[haben] Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze und Eigentümer von Verkabelungen sowie zugehörigen Einrichtungen, soweit diese nicht physische Infrastrukturen im Sinne des Artikel[s] 2 Absatz 2 Nummer 4 [GIA] 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**“*
[Hervorh. nur hier].

Dazu muss der Betreiber gem. § 22b Abs. 1 Satz 3 TKG-E dem Zugangspetenten innerhalb von zwei Wochen nach Zugang des Zugangsantrags ein Angebot unterbreiten. Die Norm begründet einen Kontrahierungszwang im Rahmen der symmetrischen Regulierung.

Eine behördliche Einzelfallprüfung ist demgegenüber lediglich nachgelagert vorgesehen. Nach § 22b Abs. 2 Satz 1 TKG-E kann die BNetzA die Verpflichtung aus Absatz 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 des Art. 61 Abs. 3 EKEK, den § 22b TKG-E umsetzen soll.¹¹ Bemerkenswert ist allerdings, dass das BMDS selbst darauf hinweist, dass die bisherigen Regelungen der §§ 145, 149 TKG bereits der unionsrechtskonformen Umsetzung dieser Richtlinienvorgaben dienen.¹² Die Neuregelung solle eine „*höhere Konformität*“ mit dem Unionsrecht gewährleisten.¹³

aa) 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 ineffizient¹⁴ und damit lägen die unionsrechtlichen Voraussetzungen für Zugangsverpflichtungen ohnehin vor.

⁹ Koenig, Rechtsgutachten v. 05.11.2025, S. 28; ebenso im Hinblick auf Art. 69 Abs. 1 DNA-E.

¹⁰ Neumann/Schwarz-Schilling/Strube Martins/Kühling/Pfeiffer, Zugang zu Gebäudenetzen, 2025, S. 73.

¹¹ Referentenentwurf TKG-E, S. 64.

¹² Referentenentwurf TKG-E, S. 64.

¹³ Referentenentwurf TKG-E, S. 64.

¹⁴ Referentenentwurf TKG-E, S. 64.

Diese Prämisse überzeugt nicht. Sie beruht auf einem Fehlverständnis des Begriffs der symmetrischen Regulierung im Telekommunikationsrecht. Der unionsrechtliche Regulierungsrahmen unterscheidet zwischen asymmetrischer und symmetrischer Regulierung. Asymmetrische Regulierung ist marktmachtabhängig: Regulierungsverpflichtungen werden erst dann auferlegt, wenn im Rahmen einer Marktanalyse festgestellt wurde, dass ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt und daher als Adressat regulatorischer Maßnahmen in Betracht kommt (Art. 63, 67 EKEK).

Symmetrische Regulierung ist demgegenüber marktmachtunabhängig. Verpflichtungen können jeden Marktteilnehmer treffen, ohne dass zuvor Marktmacht festgestellt werden müsste. Daraus folgt zugleich, dass nicht unterstellt werden darf, der Adressat sei typischerweise marktmächtig. Vielmehr ist die Adressatenstellung gerade unabhängig von Marktmacht konzipiert.

Das zeigt auch ein Blick in andere Netzsektoren. Die Netzregulierung im Energiesektor wird häufig ebenfalls als symmetrisch bezeichnet und ist auch dort formal marktmachtunabhängig ausgestaltet. Gleichwohl richtet sie sich faktisch an dieselben Netzbetreiber. Das liegt jedoch nicht an der regulatorischen Konzeption, sondern an den zugrunde liegenden Marktstrukturen: Auf der Netzebene bestehen stabile natürliche Monopole, sodass je Markt nur ein Infrastrukturbetreiber existiert.

Gerade diese strukturelle Ausgangslage fehlt im Telekommunikationssektor. Im Bereich gebäudeinterner Verkabelungen sind die Marktstrukturen heterogener. Auch der unionsrechtliche Rechtsrahmen geht nicht von verfestigten natürlichen Monopolstrukturen aus.¹⁵ „Symmetrisch“ bedeutet 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 Satz 2 EKEK als auch in Art. 69 Abs. 1 Satz 2 DNA-E als Tatbestandsmerkmal normiert. Sie bildet gerade nicht die dem Regulierungsregime zugrunde liegende 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.¹⁶ 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.

ErwGr. 176 DNA-E hebt – im Kontext des Zugangs zu Verkabelungen über den ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkt hinaus – den stärker ausgeprägten Ermessensspielraum ebenfalls hervor, um im symmetrischen Regulierungsmilieu mit einem signifikanten planerisch-

¹⁵ Hierzu bereits *Koenig*, Rechtsgutachten v. 05.11.2026, S. 24 f.

¹⁶ Hierzu bereits *Koenig*, Rechtsgutachten v. 05.11.2026, S. 21 ff.

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.¹⁷

„[...] The assessment of the replicability of network elements requires a market analysis, but the national regulatory authority should not be required to impose those obligations. On the other hand, such market analysis requires a sufficient economic assessment of market conditions, to establish whether the criteria necessary to impose obligations beyond the first concentration or distribution point are met [...]“ [Hervorh. 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.

bb) Regel-Ausnahme-Verhältnis im symmetrischen Regulierungsmilieu

§ 22b Abs. 1 TKG-E kehrt die unionsrechtliche Entscheidungsstruktur des Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 EKEK bzw. Art. 69 Abs. 1 DNA-E um. Während der EKEK bzw. DNA-E Zugangsverpflichtungen als Ergebnis einer regulatorischen Einzelfallentscheidung konzipiert, etabliert § 22b Abs. 1 TKG-E einen gesetzlichen Default-Anspruch. Die Rolle der BNetzA beschränkt sich damit auf eine subsidiäre Konfliktentscheidung auf Antrag.

Die unionsrechtlichen Risiken einer solchen Hybridkonstruktion werden auch im WIK-Gutachten hervorgehoben; dort heißt es:

*„Damit wäre eine entsprechende Default-Lösung mit rechtlichen Risiken insoweit verbunden, als sie sich nicht sicher aus dem EKEK ableiten lässt. [...]“*¹⁸

Das WIK-Gutachten arbeitet zugleich die Unterschiede der Dogmatik des EKEK und des GIA heraus:

*„Der EKEK sieht im Hinblick auf den Zugangsanspruch das Konsultations- und gegebenenfalls Konsolidierungsverfahren und damit eine zwingende Beteiligung der nationalen Regulierungsbehörde vor, während der GIA Zugang zu einem Streitbeilegungsverfahren zwischen den beteiligten Parteien eröffnet.“*¹⁹

Mit seinem hybriden Ansatz nähert sich der § 22b TKG-E strukturell der Konzeption des GIA an. Der gesetzliche Zugangsanspruch führt zu einer zweistufigen Regelungslogik: Zunächst besteht ein privatrechtlich auszugestaltender Anspruch; erst bei Konflikten wird die

¹⁷ Hierzu bereits Koenig, Rechtsgutachten v. 05.11.2025, S. 23.

¹⁸ Neumann/Schwarz-Schilling/Strube Martins/Kühling/Pfeiffer, Zugang zu Gebäudenetzen, 2025, S. 96.

¹⁹ Neumann/Schwarz-Schilling/Strube Martins/Kühling/Pfeiffer, Zugang zu Gebäudenetzen, 2025, S. 68.

Regulierungsbehörde eingeschaltet. Dass diese Struktur für den Zugang zu Verkabelungen nach dem EKEK bzw. DNA-E nicht vorgesehen ist, zeigt ein Vergleich der einschlägigen Normen:²⁰

*„(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. Die Mitgliedstaaten können detaillierte Anforderungen in Bezug auf verwaltungstechnische Aspekte des Antrags festlegen.“ (Art. 11 Abs. 2, 3 GIA) [Hervorh. nur hier]*

Demgegenüber bestimmt Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 Satz 1 EKEK:

*„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.“ [Hervorh. nur hier]²¹*

Der Unionsgesetzgeber differenziert damit erkennbar zwischen zwei Regelungsmodellen:

- einem gesetzlichen Zugangsanspruch mit nachgelagerter Streitbeilegung (GIA) und
- einer regulatorischen Entscheidungsstruktur mit vorgelagerter Abwägungsprärogative der Regulierungsbehörde (EKEK bzw. DNA-E).²²

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

All dies gilt umso mehr, als Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 EKEK 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 Abwägungsprärogative 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.

²⁰ Zur Abgrenzung der Regelungsgegenstände des EKEK und des GIA bereits Koenig, Rechtsgutachten v. 05.11.2025, S. 6 ff.; ebenso Neumann/Schwarz-Schilling/Strube Martins/Kühling/Pfeiffer, Zugang zu Gebäudenetzen, 2025, S. 64 ff.

²¹ Vgl. Art. 69 Abs. 1 Satz 1 DNA-E.

²² Zur Wortlautauslegung des EKEK ebenso Neumann/Schwarz-Schilling/Strube Martins/Kühling/Pfeiffer, Zugang zu Gebäudenetzen, 2025, S. 68 f.

b) Zur Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde

Vor diesem Hintergrund kommt der unionsgerichtlichen Rechtsprechung zur Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden besondere Bedeutung zu.²³ Im WIK-Gutachten ist geschrieben, dass hinsichtlich der Unionsrechtskonformität des § 22b TKG-E zwar Zweifel bestünden, es jedoch an ausdrücklicher Rechtsprechung zur Zulässigkeit einer solchen hybriden Regelungsform fehle.²⁴ Eine funktional vergleichbare Konstellation findet sich jedoch in der Rechtsprechung zu § 9a TKG a.F.

Ebenso wie Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 Satz 1 EKEK (bzw. Art. 69 Abs. 1 Satz 1 DNA-E) wies Art. 15 Abs. 3 Rahmen-RL²⁵ die Entscheidungskompetenz unmittelbar der Regulierungsbehörde zu, ohne eine vorgelagerte gesetzgeberische Steuerung vorzusehen.

„Die nationalen Regulierungsbehörden legen unter weitestgehender Berücksichtigung der Empfehlung und der Leitlinien die relevanten Märkte entsprechend den nationalen Gegebenheiten – insbesondere der innerhalb ihres Hoheitsgebiets relevanten geografischen Märkte – im Einklang mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts fest.“ (Art. 15 Abs. 3 Satz 1 Rahmen-RL) [Hervorh. nur hier]

Der EuGH stellte fest, dass der in § 9a Abs. 1 TKG a.F. normierte Grundsatz der Nichtregulierung (Ausnahmen waren in Absatz 2 vorgesehen) die unionsrechtlich gewährten Befugnisse der Regulierungsbehörde unzulässig beschränke, da er deren Fähigkeit einschränke, den Einzelfall zu beurteilen.²⁶

*„Folglich greift § 9a TKG als Rechtsvorschrift, die die **Regulierung** neuer Märkte **durch die NRB im Regelfall ausschließt**, in die **weiten Befugnisse** ein, die dieser durch den gemeinsamen Rechtsrahmen gewährt wurden, und **hindert sie daran, auf den Einzelfall abgestimmte Regulierungsmaßnahmen zu ergreifen**. [...]“²⁷* [Hervorh. nur hier]

Mit § 22b TKG-E liegt – mutatis mutandis – eine spiegelbildliche Konstellation vor. Während § 9a TKG a.F. einen Grundsatz der Nichtregulierung statuierte, etabliert § 22b Abs. 1 Satz 1 TKG-E einen Grundsatz der Regulierung: Der gesetzliche Zugangsanspruch gilt als Regelfall, während die BNetzA nach § 22b Abs. 2 TKG-E lediglich korrigierend eingreifen kann. In beiden Fällen wird die unionsrechtlich vorgesehene Entscheidungsprärogative der Regulierungsbehörde durch eine gesetzliche Vorstrukturierung eingeschränkt.

²³ S. auch Neumann/Schwarz-Schilling/Strube Martins/Kühling/Pfeiffer, Zugang zu Gebäudenetzen, 2025, S. 71 f.; hierzu bereits Koenig, Rechtsgutachten v. 05.11.2026, S. 21 ff.

²⁴ Neumann/Schwarz-Schilling/Strube Martins/Kühling/Pfeiffer, Zugang zu Gebäudenetzen, 2025, S. 77 f.

²⁵ RL 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 07.03.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. EG L 108 v. 24.04.2002, S. 33–55, aufgehoben durch den EKEK.

²⁶ EuGH, Urt. v. 03.12.2009, C-424/07, Rn. 61, 66 – Europäische Kommission / Deutschland.

²⁷ EuGH, Urt. v. 03.12.2009, C-424/07, Rn. 78 – Europäische Kommission / Deutschland.

Im § 9a TKG-Urteil ging es dem EuGH darum, dass angemessene Verpflichtungen einzelfallgerecht auferlegt werden sollten.²⁸ Genau darum geht es dem Unionsgesetzgeber mit Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 EKEK 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“* (ErwGr. 152 Satz 3 EKEK) [Hervorh. nur hier].

Der Entscheidungs- und Abwägungsprärogative der Regulierungsbehörde wird also ein hohes Gewicht zugemessen.²⁹ Der EuGH betonte, dass u.a. den Erwägungsgründen der Rahmen-RL zu entnehmen gewesen sei, dass die Regulierungsbehörde bei neuen Märkten vorsichtig agieren müsste; diese Vorsicht rechtfertige aber keinen Grundsatz der Nichtregulierung.³⁰

Zwar könnte der *effet utile* eine möglichst schnelle Zugangsgewährung gebieten,³¹ die Notwendigkeit schnellen Zugangs zu Inhouse-Verkabelungen wird aber im EKEK, v.a. in ErwGr. 152 EKEK, nicht besonders hervorgehoben; zumal das allein keine gesetzliche Vorstrukturierung der Zugänge zu Verkabelungen rechtfertigt.

2. Das Antragsverfahren

Gemäß § 22b Abs. 3 Satz 3 TKG-E kann die Verpflichtung der BNetzA nach § 22b Abs. 2 TKG-E *„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.

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

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

²⁸ EuGH, Urt. v. 03.12.2009, C-424/07, Rn. 70 f. – *Europäische Kommission / Deutschland*.

²⁹ Hierzu bereits Koenig, Rechtsgutachten v. 05.11.2025, S. 23; vgl. auch Neumann/Schwarz-Schilling/Strube Martins/Kühling/Pfeiffer, Zugang zu Gebäudenetzen, 2025, S. 76.

³⁰ EuGH, Urt. v. 03.12.2009, C-424/07, Rn. 73 – *Europäische Kommission / Deutschland*.

³¹ Vgl. Neumann/Schwarz-Schilling/Strube Martins/Kühling/Pfeiffer, Zugang zu Gebäudenetzen, 2025, S. 89 f.

Nach dem WIK-Gutachten sieht Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 EKEK nicht ausdrücklich vor, dass die Entscheidung der Regulierungsbehörde durch den Zugangsantrag nach oben begrenzt wäre.³² Diese Lesart überzeugt jedoch nicht.

Bereits die Entscheidung des Unionsgesetzgebers für ein Antragsverfahren in Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 Satz 1 EKEK bzw. Art. 69 Abs. 1 Satz 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 Satz 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 Satz 1 EKEK bzw. Art. 69 Abs. 1 Satz 1 DNA-E verlangt einen „Antrag auf Zugang“. Zugang ist gem. Art. 2 Nr. 27 EKEK *„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 [...]“*.³³ 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 EKEK 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.

³² Neumann/Schwarz-Schilling/Strube Martins/Kühling/Pfeiffer, Zugang zu Gebäudenetzen, 2025, S. 81.

³³ Ebenso § 3 Nr. 4 TKG.

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 Absatz 1 hinaus – eine ex-officio-Befugnis der Regulierungsbehörde vor:

*„For the purpose of paragraphs 1 and 2 of this Article, the national regulatory authority may **intervene on its own initiative, where justified** in order to secure the policy objectives of Article 3, in accordance with this Regulation.“* [Hervorh. nur hier]

Diese Regelung spricht gegen eine entgrenzte Reichweite der Entscheidung nach Absatz 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 Satz 1 DNA-E hat die nationale Regulierungsbehörde einen Anbieter, der ein Fiber-to-the-Home-Netz 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 Entschließungs-ermessen 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.

3. 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.³⁴ Es verlangt keine vollständige Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung; vielmehr wirkt es auf einen „sinnbildenden Zusammenhang“ hin.³⁵ „Kohärenz ist immer auf ein zu definierendes Ziel ausgerichtet: Sie meint konsistente Zielverwirklichung und Auflösung vo[n] Zielkonflikten.“³⁶

³⁴ Schorkopf, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 86. EL 2025, Art. 7 AEUV Rn. 9 f.

³⁵ Schorkopf, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 86. EL 2025, Art. 7 AEUV Rn. 11.

³⁶ Lippert, EuR 2012, 90 (90), m.V.a. Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 7 AEUV Rn. 3; vgl. auch Schlussanträge des GA Mengozzi v. 04.03.2010, C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 u. C-410/07, Rn. 33, 43 ff. – Stoß.

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.³⁷ So müssen bspw. Einschränkungen der Grundfreiheiten kohärent sein.³⁸

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-E 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 Beschleunigungseffektes 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. ErwGr. 149, 154, Art. 3 Abs. 1 Lit. d, Art. 56 DNA-E). Eine nationale Regulierung darf dieses unionsrechtliche Transformationsziel daher nicht konterkarieren.

³⁷ Kahl, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 4 EUV Rn. 118, 122; Streinz, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 4 EUV Rn. 46.

³⁸ Vgl. EuGH, Urt. v. 08.09.2010, C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 u. C-410/07, Rn. 88 ff. – *Stoß*; Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 7 AEUV Rn. 4; vgl. auch Lippert, EuR 2012, 90 (91).

b) Kostenorientierung im symmetrischen Regulierungsmodell

Gemäß § 22b Abs. 4 TKG-E legt die BNetzA im Fall des Absatzes 2 die Zugangsentgelte grundsätzlich kostenorientiert fest, wobei besondere Risikofaktoren angemessen zu berücksichtigen sind. Nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 Satz 3 EKEK

„[können] [die] auferlegten Zugangsbedingungen [] konkrete Bestimmungen bezüglich [...] der Umlegung der Kosten des Zugangs enthalten, die zur Berücksichtigung von Risikofaktoren gegebenenfalls angepasst werden“ [Hervorh. nur hier].

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 Satz 3 DNA-E:

*„The access conditions imposed may include specific rules on access to such network elements and to associated facilities and associated services, on transparency and **non-discrimination and on fair and reasonable terms and conditions.**“* [Hervorh. nur hier]

Hier wird ein FRAND-Ansatz verfolgt.

§ 22b Abs. 4 TKG-E weist Parallelen zur Rechtsprechung des EuGH zu § 9a TKG a.F. auf. Während Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 Satz 3 EKEK lediglich ermöglicht, Kostenaspekte in die Zugangsbedingungen einzubeziehen, und Art. 69 Abs. 1 Satz 3 DNA-E mit dem FRAND-Ansatz lediglich einen Maßstab³⁹ (*fair, reasonable and non-discriminatory*) für die regulatorische Abwägung konturiert, erhebt der nationale Gesetzgeber mit § 22b Abs. 4 TKE-E die Kostenorientierung zum regulatorischen Regelmaßstab. Damit wird – spiegelbildlich zum § 9a TKG a.F. – 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.⁴⁰

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

³⁹ Vgl. Steinrötter, in: Specht/Hennemann, DA/DGA, 2. Aufl. 2025, Art. 8 DA Rn. 32, der den FRAND-Ansatz als „*allgemeines Rechtsprinzip*“ bezeichnet, das durch Rechtsprechung und behördliche Praxis konkretisiert wird, m.V.a. Louven, MMR 2024, 82 (84), der den FRAND-Ansatz als Generalklausel bezeichnet.

⁴⁰ Vgl. oben B.II.1.a)aa).

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 NE4 angeschlossenen aktiven Nutzer über ihre Deckungsbeiträge regelmäßig auch zur Refinanzierung der vorgelagerten NE3 bei. Erhält ein Wettbewerber Zugang zur NE4 zu kostenorientierten Entgelten, während er zugleich eine eigene NE3 errichtet, verschiebt sich dieses Refinanzierungsmodell. Die Möglichkeit eines parallelen Ausbaus der NE3 bei gleichzeitiger Nutzung der NE4 auf Basis anteiliger NE4-Kosten erhöht das Risiko, dass sich die Investitionen des Erstausbauers in die NE3 – 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 Nachfragepotenziale zurückgreifen und gezielt besonders attraktive Gebäude anschließen. Der Erstinvestor trägt damit das größere wirtschaftliche Risiko.

Die unionsrechtliche Regulierung trägt solchen Risiken mit dem FRAND-Ansatz Rechnung.⁴¹

Gemäß ErwGr. 33 DMA „*sollte sich ‚unfair‘ auf ein Ungleichgewicht zwischen den Rechten und Pflichten gewerblicher Nutzer beziehen, durch das der Torwächter einen unverhältnismäßigen Vorteil erlangt*“.⁴² Im Kontext der symmetrischen Regulierung nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 EKEK bzw. Art. 69 Abs. 1 DNA-E muss das Verständnis von *fair* über die Torwächter-Funktion eines NE4-Betreibers hinausgehen, da in diesen Konstellationen auch die Marktmacht der Zugangspetenten zu berücksichtigen ist.⁴³ Der Fairness-Maßstab hebt demnach nochmals

⁴¹ Der FRAND-Ansatz stammt aus dem Patentrecht und hat Eingang in das Wettbewerbsrecht gefunden; u.a. im Digital Markets Act (DMA), VO (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 14.09.2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der RL (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828, ABl. EU L 265 v. 12.10.2022, S. 1–66; *Schwab*, in: Podszun, DMA, 1. Aufl. 2023, Art. 6 Abs. 12 Rn. 295.

⁴² S. auch ErwGr. 62 DMA; *Dietrich/Jung*, in: Kersting/Meyer-Lindemann/Podszun, Kartellrecht, 5. Aufl. 2025, Art. 6 DMA Rn. 104; *Göhl/Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, 7. Aufl. 2025, Art. 6 DMA Rn. 305 ff.; *Schwab*, in: Podszun, DMA, 1. Aufl. 2023, Art. 6 Abs. 12 Rn. 305.

⁴³ ErwGr. 152 EKEK; *Koenig*, Rechtsgutachten v. 05.11.2025, S. 21 ff.; auch bereits oben **B.II.1.a)aa)**; vgl. zum Data Act *Steinrötter*, in: Specht/Hennemann, DA/DGA, 2. Aufl. 2025, Art. 8 DA Rn. 34.

die Notwendigkeit einer Einzelfallabwägung durch die Regulierungsbehörde im Sinne einer verhältnismäßigen Regulierung zur Herstellung eines Gleichgewichts zwischen den Akteuren der NE4 hervor.

Entsprechendes kann aus dem *Reasonable*-Kriterium abgeleitet werden. Dieses markiert die „äußere Belastungsgrenze“ im Sinne eines Interessenausgleichs.⁴⁴ Hier finden Wirtschaftlichkeitserwägungen Eingang – auch im Sinne von Risikoauflagen –,⁴⁵ sodass ein gesetzlich bestimmter Grundsatz der Kostenorientierung verfehlt ist.⁴⁶

bb) Selektionsrisiken infolge gebündelter oder überschießender Anträge

Ein weiteres Risiko ergibt sich aus der Möglichkeit gebündelter oder überschießender Zugangsanträge (§ 22b Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 3 TKG-E). 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 NE4 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

Ein gesetzlich vordeterminierter Zugangsanspruch zu gebäudebezogenen Verkabelungen mit lediglich subsidiärer Entscheidungszuständigkeit der Regulierungsbehörde dürfte mit der unionsrechtlichen Systematik des Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 EKEK (bzw. Art. 69 Abs. 1 DNA-E) kaum vereinbar sein. Der EKEK (bzw. DNA-E) weist die Entscheidung über Zugangsverpflichtungen der unabhängigen Regulierungsbehörde zu und verlangt eine einzelfallbezogene Abwägung. Eine gesetzliche Default-Regelung verschiebt diese Entscheidungsprerogative vom Regulierer auf den Gesetzgeber.

Auch die konkrete Ausgestaltung des § 22b TKG-E – insbesondere die überschießende Antragswirkung sowie der gesetzliche Grundsatz kostenorientierter Entgelte – nimmt Ergebnisse

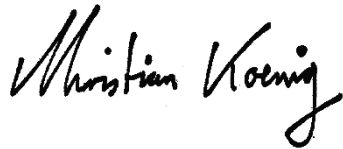
⁴⁴ Dietrich/Jung, in: Kersting/Meyer-Lindemann/Podszun, Kartellrecht, 5. Aufl. 2025, Art. 6 DMA Rn. 106; Göhsl/Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, 7. Aufl. 2025, Art. 6 DMA Rn. 309 f.; Schwab, in: Podszun, DMA, 1. Aufl. 2023, Art. 6 Abs. 12 Rn. 306.

⁴⁵ Vgl. Dietrich/Jung, in: Kersting/Meyer-Lindemann/Podszun, Kartellrecht, 5. Aufl. 2025, Art. 6 DMA Rn. 106; Schwab, in: Podszun, DMA, 1. Aufl. 2023, Art. 6 Abs. 12 Rn. 306.

⁴⁶ Das Nichtdiskriminierungs-Kriterium bedeutet, dass gleichartige Zugangsverhältnisse auch gleichermaßen behandelt werden, Dietrich/Jung, in: Kersting/Meyer-Lindemann/Podszun, Kartellrecht, 5. Aufl. 2025, Art. 6 DMA Rn. 107; Schwab, in: Podszun, DMA, 1. Aufl. 2023, Art. 6 Abs. 12 Rn. 307.

vorweg, die nach der Konzeption des EKEK der unabhängigen Regulierungsbehörde vorbehalten sind.

Hinzu kommt, dass § 22b TKG-E geeignet wäre, die mit Art. 69 DNA-E angestrebte unionsrechtliche Harmonisierung zu konterkarieren. Die gesetzliche Vorstrukturierung kostenorientierter Zugangsentgelte kann Investitions- und Selektionsrisiken verstärken und damit die Anreize für den Glasfaserausbau schwächen. Dadurch droht das Transformationsziel einer beschleunigten Migration von Kupfer- zu Glasfasernetzen unterlaufen zu werden.

A handwritten signature in black ink, reading "Christian Koenig". The script is cursive and fluid, with the first name "Christian" and the last name "Koenig" clearly distinguishable.

(Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig)