

# **Stellungnahme zu rechtstechnischem Verbesserungspotential im TKG im Rahmen des TK-NABEG**

Bonn, 23. November 2023

Institut für das Recht der Netzwirtschaften,  
Informations- und Kommunikationstechnologie (IRNIK) GbR

Hausanschrift: Rheinweg 67, 53129 Bonn  
Postanschrift: Postfach 15 01 61, 53040 Bonn  
Telefon: (+49)-(0)228-8-50-79-97  
Telefax: (+49)-(0)228-8-50-86-62  
WWW: <http://www.irnik.de>  
Elektronische Post: [kontakt@irnik.de](mailto:kontakt@irnik.de)

Kontaktperson:

Andreas Neumann  
IRNIK GbR  
Postfach 15 01 61  
53040 Bonn  
Tel.: (+49)-(0)228-8-50-86-64  
Fax: (+49)-(0)228-8-50-86-62  
[an@irnik.de](mailto:an@irnik.de)

## Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis .....	I
A. Einleitung.....	1
B. Redaktionelle Fehler .....	2
1. Gegenstand von Fakturierungs- und Inkassoverpflichtungen (§ 27 Abs. 2 TKG).....	2
2. Voraussetzungen für die Nichtanwendung von Fakturierungs- und Inkassoverpflichtungen (§ 27 Abs. 7 TKG).....	2
3. Feststellung eines Marktmachtmissbrauchs (§ 50 Abs. 3 S. 2 TKG) .....	3
4. Allgemeine Kriterien der Verlängerung von Frequenzzuteilungen (§ 92 Abs. 3 S. 6 Nr. 1 TKG).....	3
5. Wiederaufnahme eines Verfahrens zur Sicherstellung der Mindestversorgung bei geänderten Anforderungen (§ 161 Abs. 1 S. 4 TKG).....	4
C. Unklare Formulierungen .....	5
1. Stellungnahmemöglichkeit im Standardangebotsverfahren (§ 29 Abs. 2 S. 3 TKG).....	5
2. Festlegung einer Mindestlaufzeit in der ersten Teilentscheidung in einem Standardangebotsverfahren (§ 29 Abs. 4 S. 1 TKG) .....	6
3. Regelungsgegenstand der zweiten Teilentscheidung im Standardangebotsverfahren (§ 29 Abs. 5 S. 3 TKG).....	7
4. Ermittlung der allgemeinen Nachfrage im Standardangebotsverfahren durch die Bundesnetzagentur (§ 29 Abs. 6 S. 1 TKG) .....	8
5. Vorlagepflicht bei geplanter Änderung oder Einstellung eines Standardangebots (§ 29 Abs. 7 TKG).....	10
6. Ausschluss isolierter Anfechtbarkeit von Entscheidungen im Standardangebotsverfahren (§ 29 Abs. 8 S. 1 TKG).....	11
7. Einleitung eines Zugangsanordnungsverfahrens von Amts wegen (§ 35 Abs. 1 S. 2 TKG) .....	13
8. Gleichwertige Auswahl an Unternehmen und Diensten für Endnutzer mit Behinderungen (§ 51 Abs. 2 S. 4 TKG).....	14
9. Reichweite der Verordnungsermächtigung zur Konkretisierung der von den Anbietern zu veröffentlichenden Informationen (§ 52 Abs. 5 S. 1 TKG).....	15
10. Erforderlichkeit der Mitnutzung passiver Netzinfrastrukturen für die lokale Mobilfunkversorgung (§ 106 Abs. 1 Nr. 2 TKG).....	16
11. Voraussetzungen für die Ablehnung eines Antrags auf Koordinierung von Bauarbeiten (§ 143 Abs. 4 TKG).....	17

12.	Stichtag für die entgeltfreie Mitnutzung gebäudeinterner Netzinfrastruktur (§ 149 Abs. 5 S. 4 TKG).....	18
13.	Versorgungsverpflichtung in Mitnutzungskonstellationen (§ 161 Abs. 3 TKG) .....	19
D.	Unionsrechtliches Konfliktpotential.....	20
1.	Allgemeine Voraussetzungen für die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen (§ 26 Abs. 1 TKG) .....	20
a)	Beispielhafter oder abschließender Charakter der Eingriffszwecke?.....	20
b)	Kumulativer oder alternativer Charakter der Eingriffszwecke? .....	21
2.	Bei der Entscheidung über die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung zu berücksichtigende Verpflichtungen (§ 26 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 TKG) .....	22
3.	Bei der Entscheidung über die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung besonders zu berücksichtigende Faktoren (§ 26 Abs. 2 S. 2 TKG).....	24
4.	Prüfungsprogramm bei der Auferlegung einer Pflicht zur Gewährung des Zugangs zu baulichen Anlagen (§ 26 Abs. 3 Nr. 10 TKG) .....	25
5.	Einbeziehung nicht marktzugehöriger baulicher Anlagen in diesbezügliche Zugangsverpflichtungen (§ 26 Abs. 3 Nr. 10 TKG) .....	26
6.	Nutzungs- und Kooperationsmöglichkeiten im Rahmen der Erfüllung von Zugangsverpflichtungen (§ 26 Abs. 6 TKG) .....	28
7.	Verpflichtung zur Vorlage von Zugangsvereinbarungen (§ 28 Abs. 2 TKG).....	29
8.	Frist zur Vorlage des Standardangebotsentwurfs (§ 29 Abs. 2 S. 1 TKG) .....	29

## A. Einleitung

Am 1. Dezember 2023 wird das geltende TKG seit zwei Jahren in Kraft sein. Mit der großen Novelle durch das Telekommunikationsmodernisierungsgesetz<sup>1</sup> im Jahr 2021 wurde nicht nur die Richtlinie (EU) 2018/1972 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Kommunikationskodex) umgesetzt. Vielmehr wurde das seit 2004 in mehreren größeren und kleineren Novellen fortentwickelte Gesetz auch darüber hinaus überarbeitet und verbessert. Bei einem Reformvorhaben von diesen Ausmaßen lassen sich allerdings neue Reibungsflächen, Unklarheiten und Rechtsunsicherheiten naturgemäß nicht vermeiden. Einige davon sind in der wissenschaftlichen Befassung mit dem neuen Rechtsrahmen seit Verabschiedung des neuen Gesetzes offenbar geworden.

Mit dem Telekommunikations-Netzausbau-Beschleunigungsgesetz (TK-NABEG)<sup>2</sup> steht nun die erste größere Novellierung des neuen TKG unmittelbar bevor. In deren Rahmen könnte mittlerweile erkennbares Verbesserungspotential genutzt werden,<sup>3</sup> auch um die Rechtssicherheit für die normunterworfenen Unternehmen zu erhöhen. Deshalb sollen diese Erkenntnisse aus der jüngeren Tätigkeit des Instituts – und nur sie – in dieser Stellungnahme dokumentiert werden. Die nachfolgende Darstellung erhebt daher keinen Anspruch auf auch nur ansatzweise Vollständigkeit, sondern spiegelt lediglich die Schwerpunkte in der hiesigen Befassung mit dem neuen TKG wider. Sämtliche Punkte entstammen dabei rein wissenschaftlichen Tätigkeiten, die auch nicht durch interessengeleitete Dritte finanziert wurden.

Dabei wird das Verbesserungspotential im Folgenden in drei unterschiedliche Gruppen unterteilt werden: redaktionelle Fehler (dazu sogleich, unter B.), unklare Formulierungen (dazu unten, unter C.) und unionsrechtliches Konfliktpotential (dazu unten, unter D.). Während die Beseitigung der redaktionellen Fehler im Kern unproblematisch sein dürfte, nimmt die Analysekomplexität in den weiteren Kategorien z. T. deutlich zu.

So hängt es etwa im unterschiedlichen Maße von der Auslegung der betreffenden Regelung ab, ob eine Formulierung als unklar erachtet wird – oder ob die Formulierung nicht doch tatsächlich genau das aussagt, was der Gesetzgeber regeln wollte. Auch auf die Frage, wie eine erkannte Unklarheit aufzulösen ist, gibt es nicht immer eine offenkundige Antwort. Am stärksten sind die diesbezüglichen Unsicherheiten aber bei dem unionsrechtlichen Konfliktpotential. Hier kommt es in erheblichem Maße auf die Auslegung des Kommunikationskodex, aber auch der mit ihm potentiell konfligierenden Vorschriften des TKG an, ob überhaupt ein entsprechender Konflikt besteht, den es dann ggf. aufzulösen gilt. Die nachfolgende Darstellung versucht, diesem Aspekt Rechnung zu tragen und jedenfalls die Argumente darzulegen, auf deren Grundlage die dann vorgeschlagenen Änderungen am Text des TKG sinnvoll sein könnten.

---

<sup>1</sup> BGBl. 2021 I, 1858; berichtigt in BGBl. 2021 I, 1045.

<sup>2</sup> Siehe den Referentenentwurf v. 28.8.2023, abrufbar unter [https://bmdv.bund.de/SharedDocs/DE/Anlage/Gesetze/Gesetze-20/gesetz-beschleunigung-ausbau-telekommunikationsnetze.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://bmdv.bund.de/SharedDocs/DE/Anlage/Gesetze/Gesetze-20/gesetz-beschleunigung-ausbau-telekommunikationsnetze.pdf?__blob=publicationFile) (zuletzt abgerufen am 23.11.2023).

<sup>3</sup> Dementsprechend sieht bereits der Referentenentwurf zum TK-NABEG die Beseitigung einiger vor allem redaktionellen Fehler vor, siehe etwa Art. 1 Nr. 32 und Art. 1 Nr. 41 lit. a des Referentenentwurfs (und zu dem Fehler etwa *Neumann*, N&R 2022, 134, 136 Fn. 25) (das fehlerhafte Komma vor dem „als“ soll jedoch wohl beibehalten werden).

## B. Redaktionelle Fehler

### 1. Gegenstand von Fakturierungs- und Inkassoverpflichtungen (§ 27 Abs. 2 TKG)

Nach § 27 Abs. 1 TKG können marktmächtige Unternehmen verpflichtet werden, Dienstleistungen im Bereich der einheitlichen Rechnungsstellung sowie zur Entgegennahme oder zum ersten Einzug von Zahlungen zu gewähren. Nach § 27 Abs. 2 S. 1 TKG hat der Rechnungssteller dem Endnutzer vorbehaltlich einer abweichenden Vereinbarung eine Rechnung zu erstellen, die u. a. „die Entgelte für Telekommunikationsdienstleistungen“ enthält, die über den Netzzugang des Endnutzers in Anspruch genommen werden. Für den Begriff der Telekommunikationsdienstleistung gibt es keine Legaldefinition im TKG. Insoweit dürfte jedoch von einem redaktionellen Versehen auszugehen und unter einer Telekommunikationsdienstleistung ein Telekommunikationsdienst i. S. v. § 3 Nr. 61 TKG zu verstehen sein.<sup>4</sup> Das könnte auch im Wortlaut klargestellt werden:

„§ 27  
Verpflichtungen zur einheitlichen Rechnungsstellung und Inkasso

[...]

(2) Soweit der Endnutzer mit anderen Anbietern öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste nicht etwas anderes vereinbart, hat ihm der Rechnungsersteller eine Rechnung zu erstellen, die unabhängig von der Tarifgestaltung auch die Entgelte für Telekommunikationsdienstleistungen und telekommunikationsgestützte Dienste anderer Anbieter ausweist, die über den Netzzugang des Endnutzers in Anspruch genommen werden. Die Zahlung an den Rechnungsersteller für diese Entgelte erfolgt einheitlich für die gesamte in Anspruch genommene Leistung wie für dessen Forderungen.

[...]“

### 2. Voraussetzungen für die Nichtanwendung von Fakturierungs- und Inkassoverpflichtungen (§ 27 Abs. 7 TKG)

§ 27 Abs. 7 TKG regelt, unter welchen Voraussetzungen Fakturierungs- und Inkassoverpflichtungen nach § 27 Abs. 1 TKG keine Anwendung finden, weil es zu einer marktlichen Lösung gekommen ist. Danach kommt es u. a. darauf an, ob „der Rechnungsersteller eine Vereinbarung mit dem überwiegenden Teil des insoweit relevanten Marktes der von ihren Anschlusskunden auswählbaren Anbieter öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste abgeschlossen hat“. Bei dem Possessivpronomen „ihren“ dürfte es sich um einen redaktionellen Fehler handeln. Gemeint sind – wie die Satzkonstruktion und die Vorgängervorschrift in § 21 Abs. 2 Nr. 7 TKG 2004<sup>5</sup> zeigen – wohl die Anschlusskunden des Rechnungserstellers.<sup>6</sup> Die Vorschrift müsste also richtig wie folgt lauten:

„§ 27  
Verpflichtungen zur einheitlichen Rechnungsstellung und Inkasso

[...]

<sup>4</sup> Neumann, in: Säcker/Körber, TKG – TTDSG, 4. A., 2023, § 27 TKG Rn. 16; so auch Geppert, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. A., 2023, § 27 Rn. 23.

<sup>5</sup> Dort wurde darauf abgestellt, ob „die Rechnungsersteller“ – im Plural – „eine Vereinbarung mit dem überwiegenden Teil des insoweit relevanten Marktes der von ihren Anschlusskunden auswählbaren Anbietern von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten abgeschlossen haben“ (Hervorhebungen hinzugefügt).

<sup>6</sup> Neumann (Fn. 4), § 27 TKG Rn. 27 Fn. 24.

(7) Nach Absatz 1 auferlegte Verpflichtungen finden keine Anwendung, sofern der Rechnungsersteller eine Vereinbarung mit dem überwiegenden Teil des insoweit relevanten Marktes der von **ihren**seinen Anschlusskunden auswählbaren Anbieter öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste abgeschlossen hat und auch anderen Anbietern, die nicht an einer solchen Vereinbarung beteiligt sind, diskriminierungsfreien Zugang zu diesen Dienstleistungen nach den in der Vereinbarung niedergelegten Bedingungen gewährt.“

### 3. Feststellung eines Marktmachtmissbrauchs (§ 50 Abs. 3 S. 2 TKG)

Während im allgemeinen Wettbewerbsrecht die herausgehobene Marktposition eines Unternehmens, die Anknüpfungspunkt für besondere Verhaltenspflichten ist, als „beherrschende“ bzw. „marktbeherrschende Stellung“ bezeichnet wird (Art. 102 AEUV, § 19 GWB), spricht das Telekommunikationsrecht insoweit von „beträchtlicher Marktmacht“ (§ 11 Abs. 4 TKG). Das gilt eigentlich auch für das sektorspezifische Missbrauchsverbot in § 50 TKG. In § 50 Abs. 3 S. 2 TKG ist allerdings von einem „Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung“ die Rede. Hierbei handelt es sich um einen redaktionellen Fehler, der durch eine Anpassung an die sonst übliche Terminologie behoben werden kann:

„§ 50  
Missbräuchliches Verhalten eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht

[...]

(3) 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 und teilt dies dem betroffenen Unternehmen schriftlich oder elektronisch mit. Sie entscheidet regelmäßig innerhalb einer Frist von vier Monaten nach Einleitung des Verfahrens, ob ein Missbrauch ~~einer marktbeherrschenden Stellung~~nach Absatz 1 vorliegt.

[...]“

### 4. Allgemeine Kriterien der Verlängerung von Frequenzzuteilungen (§ 92 Abs. 3 S. 6 Nr. 1 TKG)

§ 92 Abs. 3 S. 6 TKG zählt sieben „allgemeine Kriterien“ für die Verlängerung von Frequenzzuteilungen auf, aus denen die Bundesnetzagentur bei Erlass einer Zuteilung auswählen kann (§ 99 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 TKG) und die dann für die Frage der Zuteilungsverlängerung entscheidend sind (§ 92 Abs. 3 S. 3 TKG). Als erstes Kriterium nennt das Gesetz dabei „die Gewährung einer effizienten und störungsfreien Nutzung der betreffenden Frequenzen“. Hierbei dürfte es sich um einen redaktionellen Fehler handeln,<sup>7</sup> da die effiziente und störungsfreie Nutzung von Frequenzen – wie die öffentliche Sicherheit und Ordnung (Nr. 4) oder der chancengleiche Wettbewerb (Nr. 6) – zu gewährleisten bzw. sicherzustellen ist, aber nicht (wie etwa ein Zugang zu Netzeinrichtungen) „gewährt“ wird. Richtig müsste die Regelung daher wohl folgendermaßen lauten:

„§ 92  
Befristung und Verlängerung der Frequenzzuteilung

[...]

(3) Harmonisierte Frequenzen für drahtlose Breitbanddienste werden für mindestens 15 Jahre zugeteilt. Abweichend von Satz 1 kann die Bundesnetzagentur eine kürzere Befristung festlegen für

<sup>7</sup> Siehe auch *Neumann*, Telekommunikationsrecht kompakt, 2022, S. 105 Fn. 307.

1. begrenzte geografische Gebiete mit äußerst lückenhaftem oder gar keinem Zugang zu Hochgeschwindigkeitsnetzen,
2. bestimmte kurzfristige Projekte,
3. Nutzungen der Frequenzen, die unter Beachtung der Ziele des Artikels 45 Absatz 4 und 5 der Richtlinie (EU) 2018/1972 mit drahtlosen Breitbanddiensten koexistieren können,
4. die alternative Nutzung der Frequenz gemäß § 98 oder
5. die Anpassung der Geltungsdauer eines Frequenznutzungsrechts an die Geltungsdauer anderer Frequenznutzungsrechte.

Die Zuteilung ist zu verlängern, wenn die nach § 99 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 in Verbindung mit Satz 6 festgelegten allgemeinen Kriterien erfüllt sind. Die Zuteilung ist angemessen zu verlängern, damit der Regelungsrahmen für Investitionen in Netzinfrastrukturen für die Nutzung solcher Frequenzen während eines Zeitraums von mindestens 20 Jahren für die Inhaber der Frequenznutzungsrechte vorhersehbar ist. Die Regelungen in Absatz 2 bleiben hiervon unberührt. Die allgemeinen Kriterien der Verlängerung beziehen sich auf

1. die **Gewährung**~~Sicherstellung~~ einer effizienten und störungsfreien Nutzung der betreffenden Frequenzen,
2. das Erreichen der Ziele des § 87 Absatz 2 Nummer 1 und 2,
3. den Schutz des menschlichen Lebens,
4. die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung,
5. die Wahrung nationaler Sicherheits- und Verteidigungsinteressen und
6. die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs.

[...]"

## 5. Wiederaufnahme eines Verfahrens zur Sicherstellung der Mindestversorgung bei geänderten Anforderungen (§ 161 Abs. 1 S. 4 TKG)

§ 161 Abs. 1 S. 4 TKG sieht in vier Fällen eine spezialgesetzliche Ermächtigung vor, mit der die Bundesnetzagentur eine Verfügung nach § 161 Abs. 1 S. 1 TKG aufheben kann, durch die eine freiwillige Verpflichtungszusage zur Erbringung eines Mindestangebots an Telekommunikationsdiensten für verbindlich erklärt wurde. Die Ermächtigung greift nach Nr. 3 dieser Regelung u. a., wenn

„die Bundesnetzagentur die Anforderungen an die Telekommunikationsdienste nach § 157 Absatz 3 oder § 158 Absatz 1 ändert“.

Der Änderungstatbestand ist also dem Wortlaut der Vorschrift zufolge nur erfüllt, wenn die Anforderungen an die Telekommunikationsdienste durch „die Bundesnetzagentur“ geändert werden. Das spiegelt zwar die Rechtslage hinsichtlich der Anforderungen an die Erschwinglichkeit der betreffenden Dienste nach § 158 Abs. 1 TKG wider. Die Anforderungen an die Dienste selbst nach § 157 Abs. 3 TKG können allerdings nur bei einer Subdelegation der Verordnungsermächtigung gemäß § 157 Abs. 5 TKG durch die Bundesnetzagentur geändert werden. Die originäre Änderungskompetenz steht dem Bundesdigitalministerium zu. Angesichts des Wortlauts der Regelung wären von diesem selbst vorgenommene Änderungen von § 161 Abs. 1 S. 4 Nr. 3 TKG nicht erfasst. Das ergibt in der Sache keinen Sinn und dürfte auf den Umstand zurückzuführen sein, dass in § 156 Abs. 3 TKG-RegE noch ausschließlich eine Festlegung durch die Bundesnetzagentur vor-

gesehen war. Zur originären Verordnungsermächtigung an das Ministerium kam es erst im weiteren Gesetzgebungsverfahren.<sup>8</sup> In dessen Rahmen wurde die Notwendigkeit, auch den korrespondierenden Änderungsanlass anzupassen, dann wohl übersehen.<sup>9</sup> Der Wortlaut von § 161 Abs. 1 S. 4 Nr. 3 TKG sollte daher entsprechend angepasst werden:

„§ 161  
Verpflichtungen zur Versorgung mit Telekommunikationsdiensten

(1) Ist die nach § 160 Absatz 2 eingereichte Verpflichtungszusage nach Beurteilung durch die Bundesnetzagentur geeignet, die Versorgung mit Telekommunikationsdiensten nach § 157 Absatz 2 und § 158 Absatz 1 zu gewährleisten, kann die Bundesnetzagentur die Verpflichtungszusage durch Verfügung für bindend erklären. Die Verfügung hat zum Inhalt, dass die Bundesnetzagentur vorbehaltlich des Satzes 4 von ihren Befugnissen nach den folgenden Absätzen gegenüber den beteiligten Unternehmen keinen Gebrauch machen wird. Die Verfügung kann befristet werden. Die Bundesnetzagentur kann die Verfügung nach Satz 1 aufheben und das Verfahren wieder aufnehmen, wenn

1. sich die tatsächlichen Verhältnisse in einem für die Verfügung wesentlichen Punkt nachträglich geändert haben,
2. die beteiligten Unternehmen ihre Verpflichtungen nicht einhalten,
3. ~~die Bundesnetzagentur~~ die Anforderungen an die Telekommunikationsdienste nach § 157 Absatz 3 oder § 158 Absatz 1 **geändert werden** oder
4. die Verfügung auf unvollständigen, unrichtigen oder irreführenden Angaben der Parteien beruht.

[...]"

## C. Unklare Formulierungen

### 1. Stellungnahmemöglichkeit im Standardangebotsverfahren (§ 29 Abs. 2 S. 3 TKG)

Gemäß § 29 Abs. 2 S. 3 TKG veröffentlicht die Bundesnetzagentur einen vom marktmächtigen Unternehmen vorgelegten Entwurf eines Standardangebots auf ihrer Internetseite und „gibt den Beteiligten nach der Veröffentlichung Gelegenheit zur Stellungnahme innerhalb einer angemessenen Frist“.

Der Begriff der Beteiligten ist dabei unglücklich gewählt.<sup>10</sup> Denn Beteiligte eines Beschlusskammerverfahrens sind nach § 213 Abs. 2 TKG eigentlich nur der Antragsteller, den es so im Standardangebotsverfahren überhaupt nicht gibt, Betreiber und Anbieter, gegen die sich das Verfahren richtet, die aber in aller Regel zu ihrem eigenen Entwurf überhaupt keine Stellungnahme abgeben werden, sowie diejenigen, deren Interessen durch die Entscheidung berührt werden und die von der Bundesnetzagentur auf ihren Antrag zu dem Verfahren beigelegt wurden. Damit bestünde die Stellungnahmemöglichkeit im Kern nur für Verfahrensbeigeladene,<sup>11</sup> die es bei erstmaliger Veröffentlichung des Entwurfs so aber ggf. auch noch überhaupt nicht gibt. Auch dient es weder einer umfassenden Transparenz als Voraussetzung einer marktgerechten Entscheidung noch der effizienten Verfahrensgestaltung, wenn Unternehmen, die Stellung zu dem Entwurf eines Stan-

<sup>8</sup> Siehe den Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie, BT-Drs. 19/28865, 370, 404 (zu § 157 Abs. 3).

<sup>9</sup> Siehe bereits *Neumann*, N&R 2022, 134, 141.

<sup>10</sup> Die nachfolgenden Ausführungen entsprechen im Wesentlichen *Neumann* (Fn. 4), § 29 TKG Rn. 58.

<sup>11</sup> So denn auch tatsächlich *Geppert* (Fn. 4), § 29 Rn. 40.

dardangebots nehmen wollen, sich hierfür erst zum Verfahren beiladen lassen müssten. Um ein solches restriktives Verständnis zu vermeiden, könnte die Vorschrift entsprechend umformuliert werden. Dafür spricht schließlich auch, dass die Bundesnetzagentur den Entwurf gemäß § 29 Abs. 2 S. 3 TKG „veröffentlicht“, ihn also eben nicht nur der beschränkten Verfahrensöffentlichkeit zur Verfügung stellt.

„§ 29  
Standardangebot

[...]

(2) Sofern die Bundesnetzagentur ein Unternehmen zur Veröffentlichung eines Standardangebots verpflichtet hat, hat das Unternehmen innerhalb von drei Monaten ab Inkrafttreten der Verpflichtung den Entwurf eines Standardangebots vorzulegen, der eine Produktbeschreibung und Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen, einschließlich der Entgelte, enthält. Satz 1 gilt nicht, wenn bereits ein Standardangebot festgelegt und dessen Mindestlaufzeit noch nicht abgelaufen ist. Die Bundesnetzagentur veröffentlicht den vorgelegten Entwurf auf ihrer Internetseite und gibt den **interessierten Parteien** ~~Beteiligten~~ nach der Veröffentlichung Gelegenheit zur Stellungnahme innerhalb einer angemessenen Frist.

[...]“

## 2. Festlegung einer Mindestlaufzeit in der ersten Teilentscheidung in einem Standardangebotsverfahren (§ 29 Abs. 4 S. 1 TKG)

Legt ein marktmächtiges Unternehmen, das nach § 29 Abs. 1 TKG zur Veröffentlichung eines Standardangebots verpflichtet wurde, einen Entwurf für ein solches Standardangebot vor, der den diesbezüglichen Anforderungen aus § 29 Abs. 3 TKG genügt, legt die Bundesnetzagentur gemäß § 29 Abs. 4 S. 1 TKG „das Standardangebot fest und versieht es mit einer Mindestlaufzeit“.

Dem Gesetzeswortlaut zufolge steht der Bundesnetzagentur bei der Frage, ob sie das Standardangebot mit einer Mindestlaufzeit versieht, damit kein Ermessen zu.<sup>12</sup> Auch die Formulierung in den Gesetzesmaterialien spricht für eine zwingende Rechtsfolge („erfolgt die Festlegung [...] mit einer Mindestlaufzeit“).<sup>13</sup> Das würde von der früheren Rechtslage abweichen, der zufolge eine Mindestlaufzeit nur „in der Regel“ vorzusehen war (§ 23 Abs. 4 S. 2 TKG 2004).<sup>14</sup> Und es weicht vor allem auch von § 29 Abs. 5 S. 3 TKG ab, wonach die Bundesnetzagentur im Rahmen einer zweiten Teilentscheidung das Standardangebot mit einer Mindestlaufzeit versehen „kann“.<sup>15</sup> Warum in dem Fall, in dem das marktmächtige Unternehmen von vornherein ein nicht zu beanstandendes Standardangebot ausgearbeitet hatte, zwingend eine Mindestlaufzeit festzulegen ist, während diese Festlegung bei entsprechendem Korrekturbedarf im Ermessen der Bundesnetzagentur stehen soll, erschließt sich nicht. Die Gesetzesmaterialien schweigen sowohl zu dieser Unterscheidung im Wortlaut als auch zu einer etwaigen Änderung der bisherigen Rechtslage. Es spricht daher viel dafür, dass die ausdrückliche Erwähnung einer möglichen Mindestlaufzeit in § 29 Abs. 4 S. 1 TKG nur einen Gleichlauf der Entscheidungsbefugnisse der Bundesnetzagentur unabhängig

<sup>12</sup> Die nachfolgenden Ausführungen entsprechen im Wesentlichen *Neumann* (Fn. 4), § 29 TKG Rn. 95.

<sup>13</sup> Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26108, 200, 267 (zu § 29 Abs. 4).

<sup>14</sup> In der Regulierungspraxis wurde z. B. für den Fall von der Festlegung einer Mindestlaufzeit abgesehen, in dem parallel zu dem betreffenden Standardangebotsverfahren weitere Änderungen an dem Standardangebot geprüft wurden, siehe Bundesnetzagentur, Beschl. v. 31.7.2017 – Az. BK 3d-16/117, S. 28 – 2. *Teilentscheidung Standardangebotsänderungsverfahren Markt Nr. 3a* (2014).

<sup>15</sup> *Neumann* (Fn. 7), S. 47 Fn. 149.

von einem etwaigen Beanstandungsbedarf nach Prüfung des initialen Standardangebotsentwurfs sicherstellen sollte. Dies könnte durch eine entsprechende Umformulierung klargestellt werden, zumal mit der denkbaren Alternative der Vorgabe minimaler Mindestlaufzeiten von wenigen Wochen oder gar Tagen (bzw. im Extremfall einer mehr oder weniger juristischen Sekunde) wäre überdies auch nichts gewonnen.

„§ 29  
Standardangebot

[...]

(4) Genügt der nach Absatz 2 vorgelegte Entwurf des Standardangebots den Anforderungen des Absatzes 3, legt die Bundesnetzagentur das Standardangebot fest, **das sie und versieht es** mit einer Mindestlaufzeit **versehen kann**. Anderenfalls fordert die Bundesnetzagentur das Unternehmen auf, innerhalb einer angemessenen Frist einen überarbeiteten Entwurf vorzulegen. Die Bundesnetzagentur kann diese Aufforderung verbinden mit Vorgaben für einzelne Bedingungen, einschließlich Vertragsstrafen.

[...]“

### 3. Regelungsgegenstand der zweiten Teilentscheidung im Standardangebotsverfahren (§ 29 Abs. 5 S. 3 TKG)

Hat die Bundesnetzagentur im Standardangebotsverfahren das marktmächtige Unternehmen in einer ersten Teilentscheidung verpflichtet, den vorgelegten Entwurf des Standardangebots mit Blick auf dessen inhaltliche Unzulänglichkeiten zu überarbeiten und dann erneut vorzulegen (§ 29 Abs. 4 S. 2 TKG), kann sie nach entsprechender Prüfung eine zweite Teilentscheidung erlassen. Deren Inhalt umschreibt § 29 Abs. 5 S. 3 TKG:

„Die Bundesnetzagentur kann Änderungen am Standardangebot vornehmen und es mit einer Mindestlaufzeit versehen, soweit das Unternehmen Vorgaben für einzelne Bedingungen nicht oder nicht ausreichend umgesetzt hat.“

Diese Vorschrift ist allerdings unklar formuliert.<sup>16</sup> Bei rein grammatikalischer Auslegung ist nicht eindeutig, worauf sich die einschränkende Bedingung „soweit das Unternehmen Vorgaben für einzelne Bedingungen nicht oder nicht ausreichend umgesetzt hat“ bezieht. Denkbar ist zum einen, dass sie sich auf den gesamten vorhergehenden Satz bezieht, also Voraussetzung für die Vornahme von Änderungen am Standardangebot und für die Festlegung einer Mindestlaufzeit ist. Zum anderen könnte der Zusatz aber auch allein auf den Satzteil bezogen sein, auf den sie unmittelbar folgt. Dann hinge die Festlegung einer Mindestlaufzeit davon ab, ob das marktmächtige Unternehmen Vorgaben für einzelne Bedingungen nicht bzw. unzureichend umgesetzt hat, wohingegen die Bundesnetzagentur inhaltliche Änderungen an dem Standardangebot auch darüber hinaus vornehmen könnte. Das wäre insbesondere dann sinnvoll, soweit die Bundesnetzagentur in der ersten Teilentscheidung lediglich gerügt hat, dass der Entwurf in bestimmten Punkten nicht den Anforderungen des § 29 Abs. 3 TKG genügt (§ 29 Abs. 4 S. 2 TKG), ohne zugleich die ergänzende Möglichkeit zu nutzen, dem Unternehmen Vorgaben für einzelne Bestimmungen zu machen (§ 29 Abs. 4 S. 3 TKG).

Für das zweitgenannte Verständnis sprechen insbesondere die Gesetzesmaterialien (genetische Auslegung). Dort wird zu § 29 Abs. 5 S. 2 und 3 TKG erläutert, dass die Bundesnetzagentur prüft,

<sup>16</sup> Die nachfolgenden Ausführungen entsprechen im Wesentlichen *Neumann* (Fn. 4), § 29 TKG Rn. 109 ff.

„ob der überarbeitete Entwurf den Anforderungen nach Absatz 3 entspricht und [...] anderenfalls nach Satz 3 vor Festlegung des Standardangebots Veränderungen vor[nimmt]“. <sup>17</sup> Danach würde die Änderungsbefugnis bereits durch die fehlende Übereinstimmung mit den Anforderungen aus § 29 Abs. 3 TKG ausgelöst und nicht erst durch die unzureichende Umsetzung konkreter Vorgaben in der ersten Teilentscheidung.

Der grammatikalisch-systematische Zusammenhang spricht allerdings stark für das erstgenannte Normverständnis, da es sich eben nicht um eine „Wenn“-Bedingung, sondern um eine „Soweit“-Befugnis handelt. Während es keinen erkennbaren Sinn ergibt, eine Mindestlaufzeit nur in Bezug („soweit“) auf die Nichteinhaltung konkreter Vorgaben für einzelne Bedingungen festzulegen, würde es sich um eine sinnvolle Begrenzung der Änderungsbefugnis handeln. Diese würde überdies die bisherige Rechtslage <sup>18</sup> fortschreiben, so dass auch die historische Auslegung für das hier vertretene Verständnis spricht, zumal den Gesetzesmaterialien kein Hinweis darauf zu entnehmen ist, dass eine Änderung in diesem grundlegenden Aspekt beabsichtigt war. Es dürfte sich daher anbieten, zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit <sup>19</sup> § 29 Abs. 5 S. 3 TKG entsprechend umzuformulieren:

„§ 29  
Standardangebot

[...]

(5) Die Bundesnetzagentur veröffentlicht den nach Absatz 4 Satz 2 überarbeiteten Entwurf des Standardangebots auf ihrer Internetseite und gibt den Beteiligten nach Veröffentlichung Gelegenheit zur Stellungnahme innerhalb einer angemessenen Frist. Die Bundesnetzagentur prüft, ob der überarbeitete Entwurf den Anforderungen des Absatzes 3 entspricht. Die Bundesnetzagentur kann Änderungen am Standardangebot vornehmen, **soweit das Unternehmen Vorgaben für einzelne Bedingungen nicht oder nicht ausreichend umgesetzt hat**, und es mit einer Mindestlaufzeit versehen, ~~soweit das Unternehmen Vorgaben für einzelne Bedingungen nicht oder nicht ausreichend umgesetzt hat~~.

[...]“

#### 4. Ermittlung der allgemeinen Nachfrage im Standardangebotsverfahren durch die Bundesnetzagentur (§ 29 Abs. 6 S. 1 TKG)

Nach § 29 Abs. 1 Nr. 2 TKG kann die Bundesnetzagentur ein marktmächtiges Unternehmen dazu verpflichten, ein Standardangebot für solche Zugangsleistungen zu veröffentlichen, für die eine allgemeine Nachfrage besteht. Auf diesen Fall bezieht sich dann die Regelung in § 29 Abs. 6 S. 1 TKG:

„Veröffentlicht das Unternehmen keinen Entwurf eines Standardangebots nach Absatz 1 Nummer 2, ermittelt die Bundesnetzagentur, für welche Zugangsleistungen eine allgemeine Nachfrage besteht und legt fest, welche der ermittelten Leistungen Bestandteil eines Standardangebots werden.“

<sup>17</sup> Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26108, 200, 267 (zu § 29 Abs. 5).

<sup>18</sup> Siehe zu dieser BVerwG, N&R 2016, 180, 182 Rn. 16, 185 Rn. 36 (Urt. v. 24.2.2016 – Az. 6 C 62.14).

<sup>19</sup> Davon unbeeinträchtigt bleibt die Frage, ob die Bundesnetzagentur auch solche Bedingungen des Standardangebots ändern darf, die nicht selbst Gegenstand von Beanstandungen in der ersten Teilentscheidung waren, von deren unzureichender Umsetzung aber auch beeinflusst werden, so etwa *Gepfert* (Fn. 4), § 29 Rn. 69 ff.

Der Wortlaut dieser Vorschrift dürfte allerdings in mehrerlei Hinsicht korrekturbedürftig sein:<sup>20</sup>

Er ist, erstens, zu weit gefasst, da er statt einer Formulierung wie „entgegen Abs. 1 Nr. 2“ auf das bloße Faktum der Nichtvorlage eines Standardangebots nach § 29 Abs. 1 Nr. 2 TKG abstellt. Die Gesetzesmaterialien<sup>21</sup> sowie Sinn und Zweck der Vorschrift verdeutlichen aber, dass die Vorschrift nicht etwa für alle Unternehmen gilt, die keinen Entwurf für ein Standardangebot in Bezug auf Leistungen abgeben, für die eine allgemeine Nachfrage besteht, sondern nur für solche, die einer entsprechenden Verpflichtung unterliegen.<sup>22</sup>

Zweitens ist es nicht etwa erforderlich, dass das marktmächtige Unternehmen den Entwurf für ein entsprechendes Standardangebot selbst veröffentlicht, wie der Wortlaut der Vorschrift nahelegt. Vielmehr wird der Inhalt der nach § 29 Abs. 1 (Nr. 2) TKG auferlegten Verpflichtung, ein Standardangebot zu veröffentlichen, durch die folgenden Absätze konkretisiert. § 29 Abs. 6 S. 1 TKG zielt dabei, wie sich aus § 29 Abs. 6 S. 2 TKG ergibt, auf die erste Handlung, zu der ein marktmächtiges Unternehmen in diesem Fall verpflichtet ist, nämlich auf die Vorlage des Entwurfs eines Standardangebots (§ 29 Abs. 2 S. 1 TKG).

Den Wortlaut der Vorschrift wird man insoweit, drittens, im Einklang mit der Regelungssystematik der Vorschrift sowie ihrem Sinn und Zweck dahin korrigierend auslegen müssen, dass der Anwendungsbereich der Vorschrift eröffnet ist, wenn das betreffende Unternehmen den Entwurf nicht innerhalb der vorgesehenen Frist (von drei Monaten, siehe § 29 Abs. 2 S. 1 TKG) vorlegt.<sup>23</sup>

In der Sache greift die Vorschrift damit, wenn ein marktmächtiges Unternehmen entgegen einer ihm auferlegten Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebots für Zugangsleistungen, für die eine allgemeine Nachfrage besteht, innerhalb der Dreimonatsfrist nach § 29 Abs. 2 S. 1 TKG keinen Entwurf für ein entsprechendes Standardangebot vorlegt. Das könnte zur Vermeidung von Unklarheiten auch so formuliert werden:

„§ 29  
Standardangebot

[...]

(6) ~~Veröffentlicht das~~ **Legt ein nach Absatz 1 Nummer 2 verpflichtetes** Unternehmen **innerhalb der in Absatz 2 Satz 1 vorgesehenen Frist** keinen Entwurf eines Standardangebots ~~vornach Absatz 1 Nummer 2~~, ermittelt die Bundesnetzagentur, für welche Zugangsleistungen eine allgemeine Nachfrage besteht und legt fest, welche der ermittelten Leistungen Bestandteil eines Standardangebots werden. Sie fordert das Unternehmen auf, einen den Vorgaben des Absatzes 2 entsprechenden Entwurf innerhalb von drei Monaten nach der Festlegung der Leistungsbestandteile vorzulegen.

[...]

<sup>20</sup> Die nachfolgenden Ausführungen entsprechen im Wesentlichen *Neumann* (Fn. 4), § 29 TKG Rn. 125.

<sup>21</sup> Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26108, 200, 267 (zu § 29 Abs. 6) („seiner Pflicht zur Veröffentlichung ... nach Absatz 1 Nummer 2“).

<sup>22</sup> Hiervon geht auch *Geppert* (Fn. 4), § 29 Rn. 77, ohne weiteres aus.

<sup>23</sup> So auch ohne weitere Problematisierung *Geppert* (Fn. 4), § 29 Rn. 77.

## 5. Vorlagepflicht bei geplanter Änderung oder Einstellung eines Standardangebots (§ 29 Abs. 7 TKG)

§ 29 Abs. 7 TKG regelt den Fall, dass ein marktmächtiges Unternehmen beabsichtigt, ein Standardangebot zu ändern oder sogar einzustellen:

„Das Unternehmen muss beabsichtigte Änderungen oder Pläne zur Einstellung des Standardangebots der Bundesnetzagentur zur Prüfung vorlegen.“

Die Regelung stellt damit zunächst klar, dass es dem standardangebotsverpflichteten Unternehmen überhaupt grundsätzlich erlaubt ist, ein Standardangebot zu ändern oder sogar einzustellen.<sup>24</sup> Allerdings müssen solche Änderungen der Bundesnetzagentur zur Prüfung vorgelegt werden. Nimmt man die Regelung wörtlich, so könnte das marktmächtige Unternehmen zu jedem beliebigen Zeitpunkt – also auch noch innerhalb der Mindestlaufzeit des Standardangebots – mit entsprechenden Plänen an die Bundesnetzagentur herantreten. Darüber hinaus sieht § 29 Abs. 7 TKG keine Sanktion für den Fall vor, dass eine Vorlage nicht erfolgt, das Standardangebot dann aber geändert oder eingestellt wird. Dem Wortlaut der Vorschrift ist noch nicht einmal zu entnehmen, dass selbst bei erfolgter Vorlage die Änderung bzw. Einstellung des Standardangebots zeitlich bis zum Abschluss der Prüfung durch die Bundesnetzagentur aufgeschoben wäre. Der Sinn und Zweck einer so verstandenen Vorlagepflicht bliebe dunkel.

Zu berücksichtigen ist vielmehr zum einen, dass den Zugangsbeteiligten durch die Festlegung einer Mindestlaufzeit Rechts- und Planungssicherheit gegeben werden soll.<sup>25</sup> Diese wäre hinfällig, könnte das marktmächtige Unternehmen das Standardangebot noch während dieser Mindestlaufzeit – wenn auch ggf. erst nach Prüfung durch die Bundesnetzagentur – ändern oder sogar einstellen. Auch in den Gesetzesmaterialien zu § 29 Abs. 7 TKG kommt noch einmal die große Bedeutung der Mindestlaufzeit zum Ausdruck, wenn es dort heißt, dass insbesondere eine Änderung dieser Mindestlaufzeit unzulässig sei.<sup>26</sup> Dann muss aber auch eine Änderung oder gar Einstellung des Standardangebots während der Mindestlaufzeit jedenfalls grundsätzlich ausgeschlossen sein, da sonst der Mindestlaufzeit keine nachvollziehbare Bedeutung mehr zukäme.<sup>27</sup> Auch die Zielsetzung, die bisherige Regelung in § 23 Abs. 4 S 3 TKG 2004 fortzuschreiben,<sup>28</sup> spricht letzten Endes dafür, dass Änderungen des Standardangebots durch den marktmächtigen Betreiber oder gar eine Einstellung des Angebots während der Mindestlaufzeit auch unter Geltung von § 29 Abs. 7 TKG ausgeschlossen bleiben.

Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebots nach § 29 Abs. 1 i. V. m. Abs. 10 TKG eine Dauerpflicht ist.<sup>29</sup> Hieraus wird deutlich, dass nach Ablauf einer erstmaligen Mindestlaufzeit entweder ein neues Standardangebot vorgelegt werden müsste oder Änderungen des bereits nach § 29 Abs. 2 bis 6 TKG überprüften Standardangebots möglich sein müssen, die dann aber wiederum einer Überprüfung nach § 29 Abs. 2

<sup>24</sup> Die nachfolgenden Ausführungen entsprechen weitestgehend *Neumann* (Fn. 4), § 29 TKG Rn. 135 ff.

<sup>25</sup> *Neumann* (Fn. 4), § 29 TKG Rn. 93 m. w. N.

<sup>26</sup> Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26108, 200, 267 (zu § 29 Abs. 7).

<sup>27</sup> So auch *Geppert* (Fn. 4), § 29 Rn. 81.

<sup>28</sup> Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26108, 200, 267 (zu § 29 Abs. 7) (irrtümlich als „§ 21 Absatz 4 Satz 3“ bezeichnet).

<sup>29</sup> *Neumann* (Fn. 4), § 29 TKG Rn. 49; vgl. BVerwG, N&R 2016, 180, 183 Rn. 24 (Urt. v. 24.2.2016 – Az. 6 C 62.14).

bis 6 TKG unterliegen müssten. Da die Vorlage eines völlig neuen Standardangebots kaum praktischen Sinn ergeben dürfte, wenn nur Änderungen an einem bereits geprüften Angebot vorgenommen werden sollen, kann nur durch die zweitgenannte Vorgehensweise sichergestellt werden, dass einerseits der Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebots Folge geleistet wird, andererseits das marktmächtige Unternehmen aber keinen unzumutbaren Restriktionen unterliegt.<sup>30</sup> Gegen diese Sichtweise spricht auch nicht, dass sich § 29 Abs. 7 TKG auch auf die Einstellung eines Standardangebots bezieht. Es ist zwar richtig, dass der Verzicht auf ein Standardangebot nicht in Betracht kommt, wenn es sich bei der Verpflichtung nach § 29 Abs. 1 TKG um eine Dauerpflicht handelt. Allerdings kann ein konkretes Standardangebot überflüssig werden, insbesondere wenn eine Standardangebotsverpflichtung nach § 29 Abs. 1 Nr. 2 TKG von dem Gegenstand der allgemeinen Nachfrage abhängt und sich diese mittlerweile geändert hat.

Es ist deshalb davon auszugehen, dass § 29 Abs. 7 TKG sprachlich ungenau formuliert ist. Die Regelung ist vielmehr so zu lesen, dass geplante Änderungen oder die Einstellung eines Standardangebots erst nach Ablauf der Mindestlaufzeit möglich sind und dann von der Bundesnetzagentur geprüft werden müssen, bevor sie durchgeführt werden können.<sup>31</sup> Das könnte in der Vorschrift entsprechend klargestellt werden.

„§ 29  
Standardangebot

[...]

(7) Das Unternehmen muss **für die Zeit nach Ablauf einer etwaigen Mindestlaufzeit** beabsichtigte Änderungen oder Pläne zur Einstellung des Standardangebots der Bundesnetzagentur zur Prüfung **entsprechend den Absätzen 2 bis 6** vorlegen.

[...]“

## 6. Ausschluss isolierter Anfechtbarkeit von Entscheidungen im Standardangebotsverfahren (§ 29 Abs. 8 S. 1 TKG)

Nach § 29 Abs. 8 S. 1 TKG können „[d]ie Entscheidungen nach Absatz 4 Satz 2 und Absatz 5 Satz 3 ... nur insgesamt angegriffen werden“. Damit soll der Rechtsschutz auf die abschließende Entscheidung in den Fällen konzentriert werden, in denen die Bundesnetzagentur im Standardangebotsverfahren zunächst mit einer ersten Teilentscheidung das regulierte Unternehmen zur Vorlage eines überarbeiteten Entwurfs auffordert (§ 29 Abs. 4 S. 2 TKG) und dann in einer zweiten Teilentscheidung ggf. selbst Änderungen vornimmt und das Standardangebot mit einer Mindestlaufzeit versieht (§ 29 Abs. 5 S. 3 TKG).

Keine ausdrückliche Regelung enthält die Vorschrift demgegenüber zu Entscheidungen nach § 29 Abs. 6 TKG, mit denen die Bundesnetzagentur bei Standardangebotsverpflichtungen in Bezug auf allgemein nachgefragte Zugangsleistungen ggf. die Zugangsleistungen festlegt, die in ein entsprechendes Standardangebot aufgenommen werden sollen, und das marktmächtige Unternehmen zur Vorlage eines diesbezüglichen Entwurfs auffordert. Hier liegt also eine dritte, den anderen beiden

<sup>30</sup> Von einem solchen Verständnis geht auch *Geppert* (Fn. 4), § 29 Rn. 82, ohne weiteres aus.

<sup>31</sup> Entsprechend zur Rechtslage unter dem TKG 2004 BVerwG, N&R 2016, 180, 183 Rn. 24 (Urt. v. 24.2.2016 – Az. 6 C 62.14).

Teilentscheidungen vorgelagerte Verfahrensstufe vor, die vom Wortlaut des § 29 Abs. 8 S. 1 TKG nicht erfasst wird.

In den Gesetzesmaterialien wird der Ausschluss isolierter Angriffe auf Teilentscheidungen aber ausdrücklich auf den Fall bezogen, dass „mindestens“ zwei Verfahrensstufen durchlaufen werden.<sup>32</sup> Mehr als zwei Verfahrensstufen werden aber lediglich in den Fällen des § 29 Abs. 6 TKG durchlaufen. Der Gesetzgeber ging also wohl irrig davon aus, dass auch in diesen Fällen die Teilentscheidungen nur einheitlich angegriffen werden können. Auch die Sachverhalte und die Interessenlage sind vergleichbar: In den Fällen des § 29 Abs. 6 TKG wird den beiden regulären Verfahrensstufen eine dritte vorgeschaltet, mit der ein weiterer Konkretisierungsschritt von der Standardangebotsverpflichtung bis zur Festlegung des Standardangebots durch hoheitliche Vorgaben erfolgt. Auch hier greift das in § 29 Abs. 8 S. 1 TKG zum Ausdruck gebrachte Interesse an einer Steigerung der Verfahrensökonomie und einer Konzentration des Rechtsschutzes auf ein Gerichtsverfahren. Es dürfte daher eine planwidrige Regelungslücke vorliegen,<sup>33</sup> so dass zur Vermeidung diesbezüglicher Rechtsunsicherheiten eine entsprechende Ergänzung sinnvoll erscheint:

„§ 29  
Standardangebot

[...]

(8) Die Entscheidungen nach Absatz 4 Satz 2, ~~und~~ Absatz 5 Satz 3 ~~und Absatz 6~~ können nur insgesamt angegriffen werden. Für die Regulierung der Entgelte gelten die Bestimmungen des Abschnitt 3.

[...]“

Angesichts des Umstands, dass die Reichweite von § 29 Abs. 8 S. 1 TKG auch unter weiteren Aspekten ggf. als zu eng gezogen erscheinen könnte,<sup>34</sup> ließe sich auch an eine insgesamt offenere Formulierung denken:

„§ 29  
Standardangebot

[...]

(8) **Ergehen in einem Verfahren nach den Absätzen 2 bis 6 mehrere Entscheidungen der Bundesnetzagentur nach Absatz 4 Satz 2 und Absatz 5 Satz 3, können diese** nur insgesamt angegriffen werden. Für die Regulierung der Entgelte gelten die Bestimmungen des Abschnitt 3.

[...]“

Eine solche Formulierung könnte überdies jedenfalls bis zum Ergehen einer zweiten Teilentscheidung (nach § 29 Abs. 5 S. 3 TKG) (Eil-) Rechtsschutz gegen eine erste Teilentscheidung (nach § 29 Abs. 4 S. 2 TKG) ermöglichen und so den verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die bestehende Rechtslage<sup>35</sup> Rechnung tragen.

<sup>32</sup> Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26108, 200, 267 (zu § 29 Abs. 8).

<sup>33</sup> Siehe zum Ganzen bereits *Neumann* (Fn. 4), § 29 TKG Rn. 145.

<sup>34</sup> Siehe *Neumann* (Fn. 4), § 29 TKG Rn. 144 und 146.

<sup>35</sup> *Neumann* (Fn. 4), § 29 TKG Rn. 152; *Scherer*, in: Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 3. A., 2020, § 23 Rn. 42.

## 7. Einleitung eines Zugangsanordnungsverfahrens von Amts wegen (§ 35 Abs. 1 S. 2 TKG)

Kommt trotz bestehender Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs eine Zugangsvereinbarung nicht zustande, sieht § 35 TKG die Möglichkeit einer Zugangsanordnung durch die Bundesnetzagentur vor. Diese kann auf Antrag eines der beteiligten Unternehmen oder von Amts wegen ergehen. § 35 Abs. 1 S. 2 TKG regelt dazu:

„Die Anordnung ergeht innerhalb einer Frist von zehn Wochen ab schriftlicher oder elektronischer Anrufung durch einen an der zu schließenden Zugangsvereinbarung Beteiligten oder ab Einleitung eines Verfahrens von Amts wegen, sofern dies zur Erreichung der Ziele des § 2 erforderlich ist.“

Die Zugangsanordnung ist daher an sich eine gebundene Entscheidung („ordnet [...] an“).<sup>36</sup> Sind die Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 S. 1 TKG sowie die formellen Anordnungsvoraussetzungen des § 35 Abs. 3 TKG, die durch die Bezugnahme auf die „Anrufung“ in § 35 Abs. 1 TKG ggf. in Bezug genommen werden, gegeben, muss die Bundesnetzagentur daher eine Zugangsanordnung erlassen, ohne dass ihr insoweit ein Entschließungsermessen zustünde.<sup>37</sup> Fraglich ist allerdings, ob das auch für die Ex-officio-Anordnung gilt. § 25 Abs. 4 TKG 2004 sah noch vor, dass die Bundesnetzagentur zur Erreichung der Ziele aus § 2 TKG ein Verfahren auch von Amts wegen einleiten „kann“. Ihr stand also ein entsprechendes (weites) Entschließungsermessen zu.<sup>38</sup> Dieser ausdrückliche Ermessensspielraum findet sich nach Überführung von Abs. 4 in Abs. 1 S. 2 Alt. 2 im dortigen Wortlaut nicht wieder. Auf rein grammatikalischer Ebene liegt nun ein Verständnis nahe, wonach ein Ex-officio-Verfahren einzuleiten ist, sofern das zur Erreichung der Ziele nach § 2 TKG erforderlich ist (Abs. 1 S. 2 Alt. 2), was dann wiederum den Erlass einer Zugangsanordnung als zwingende Folge nach sich zieht (Abs. 1 S. 1). Raum für eine behördliche Einschätzungsprärogative bestünde danach nur mehr hinsichtlich der Frage, ob die Einleitung eines Anordnungsverfahrens zur Erreichung der Ziele des § 2 TKG erforderlich ist. Angesichts der lediglich beabsichtigten Fortschreibung des früheren Rechtszustands durch Aufnahme des bisherigen Abs. 4 in Abs. 1<sup>39</sup> wird man jedoch davon ausgehen müssen, dass mit dem abschließenden Halbsatz in Abs. 1 S. 2 auch das nach § 25 Abs. 4 TKG 2004 bestehende Entschließungsermessen in Abs. 1 aufgenommen werden sollte. Dies könnte durch eine entsprechende Anpassung des Wortlauts klargestellt werden.

### „§ 35

#### Anordnungen im Rahmen der Zugangsregulierung

(1) Kommt eine Zugangsvereinbarung nach § 23 oder 28 ganz oder teilweise nicht zustande und liegen die nach diesem Gesetz erforderlichen Voraussetzungen für eine Verpflichtung zur Zugangsgewährung vor, ordnet die Bundesnetzagentur den Zugang nach Anhörung der Beteiligten an. Die Anordnung ergeht innerhalb einer Frist von zehn Wochen ab schriftlicher oder elektronischer Anrufung durch einen an der zu schließenden Zugangsvereinbarung Beteiligten oder ab Einleitung eines Verfahrens von Amts wegen, **die erfolgen kann**, sofern dies zur Erreichung der Ziele des § 2 erforderlich ist. In besonders zu begründen-

<sup>36</sup> Die nachfolgenden Ausführungen entsprechen weitestgehend *Kühling/Neumann*, in: Säcker/Körper (Fn. 4), § 35 TKG Rn. 82.

<sup>37</sup> BVerwG, NVwZ 2020, 1281, 1282 Rn. 15 (Beschl. v. 16.12.2019 – Az. 6 B 36.19); N&R 2017, 40, 41 Rn. 22 (Urt. v. 17.8.2016 – Az. 6 C 24.15); NVwZ 2014, 1034, 1035 (Beschl. v. 5.5.2014 – Az. 6 B 46.13).

<sup>38</sup> *Hölscher*, in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. A., 2018, § 25 Rn. 40.

<sup>39</sup> Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26108, 200, 270 (zu § 35).

den Fällen kann die Bundesnetzagentur innerhalb der Frist nach Satz 2 das Verfahren auf bis zu vier Monate verlängern.

[...]"

Damit würde zugleich klarer erkennbar, dass sich die Erforderlichkeit zur Erreichung der Regulierungsziele nur auf die Tatbestandsvariante der Ex-officio-Anordnung bezieht und nicht – was nach dem Wortlaut bisher ohne weiteres denkbar war – auch auf den Erlass einer Zugangsanordnung nach Anrufung durch eines der beteiligten Unternehmen.<sup>40</sup>

## 8. Gleichwertige Auswahl an Unternehmen und Diensten für Endnutzer mit Behinderungen (§ 51 Abs. 2 S. 4 TKG)

Die Berücksichtigung der Interessen von Endnutzern mit Behinderungen ist Regelungsgegenstand von § 51 Abs. 2 TKG. Die Vorschrift lautet:

„Die Interessen von Endnutzern mit Behinderungen sind von den Anbietern öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste bei der Planung und Erbringung der Dienste zu berücksichtigen. Es ist ein Zugang zu ermöglichen, der dem Zugang gleichwertig ist, über den die Mehrheit der Endnutzer verfügt. Der Zugang zu den Telekommunikationsdiensten muss Endnutzern mit Behinderungen jederzeit zur Verfügung stehen. Gleiches gilt für die Auswahl an Unternehmen und Diensten.“

Aus grammatikalischer Sicht bezieht sich der letzte – vierte – Satz auf die davor getroffene Aussage. Danach müsste also die Auswahl an Unternehmen und Diensten Endnutzern mit Behinderungen jederzeit zur Verfügung stehen.<sup>41</sup> Es bleibt dunkel, was damit gemeint sein könnte. Im damaligen Gesetzentwurf der Bundesregierung fehlte allerdings der dritte Satz noch, der erst im parlamentarischen Verfahren eingefügt wurde.<sup>42</sup> Dadurch wurde das Bezugsobjekt des nunmehr vierten Satzes geändert, wohl ohne dass dies bemerkt wurde.<sup>43</sup> Ausweislich der Begründung zum damaligen Gesetzentwurf der Bundesregierung sollte die – nun in S. 4 enthaltene – Anforderung sicherstellen, dass auch die Auswahlmöglichkeiten behinderter Endnutzer in Bezug auf Unternehmen und Dienste derjenigen entsprechen müssen, die denjenigen gleichwertig sind, über welche die Mehrheit der Endnutzer verfügen.<sup>44</sup> Das bezieht sich auf die Anforderung aus S. 2 und nicht auf diejenige der jederzeitigen Verfügbarkeit aus S. 3. Es spricht daher viel dafür, die im damaligen Gesetzgebungsverfahren erfolgte Veränderung des sprachlichen Zusammenhangs zu korrigieren, nachdem die Regelung dann auch bei der TKG-Novelle 2021 so beibehalten wurde:

### „§ 51

Nichtdiskriminierung, Berücksichtigung der Interessen von Endnutzern mit Behinderungen

[...]

(2) Die Interessen von Endnutzern mit Behinderungen sind von den Anbietern öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste bei der Planung und Erbringung der Dienste zu berücksichtigen. Es ist ein Zu-

<sup>40</sup> Siehe zu dieser Unklarheit *Kühling/Neumann* (Fn. 36), § 35 TKG Rn. 33.

<sup>41</sup> So denn auch tatsächlich *Klingner*, in: *Säcker/Körber* (Fn. 4), § 51 TKG Rn. 23.

<sup>42</sup> Siehe die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie, BT-Drs. 18/11811, 3 (Nr. 1b lit. a).

<sup>43</sup> Siehe *Neumann*, *Telekommunikationsrecht kompakt*, Bd. 2, 2023, S. 26 Fn. 70.

<sup>44</sup> Siehe die damalige Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 17/5707, 43, 66 (zu Art. 1 Nr. 35 [§ 45]). So auch zur geltenden Rechtslage *Kühling/Bulowski/Schall*, *Telekommunikationsrecht*, 3. A., 2023, 3. Teil Rn. 29 (S. 248).

gang zu ermöglichen, der dem Zugang gleichwertig ist, über den die Mehrheit der Endnutzer verfügt. **Gleiches gilt für die Auswahl an Unternehmen und Diensten.** Der Zugang zu den Telekommunikationsdiensten muss Endnutzern mit Behinderungen jederzeit zur Verfügung stehen. **Gleiches gilt für die Auswahl an Unternehmen und Diensten.**

[...]"

## 9. Reichweite der Verordnungsermächtigung zur Konkretisierung der von den Anbietern zu veröffentlichenden Informationen (§ 52 Abs. 5 S. 1 TKG)

§ 52 Abs. 4 TKG enthält eine Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung mit „Rahmenvorschriften zur Förderung der Transparenz sowie zur Veröffentlichung von Informationen und zusätzlichen Dienstmerkmalen zur Kostenkontrolle auf dem Telekommunikationsmarkt“. Diese Verordnung kann nach § 52 Abs. 5 S. 1 TKG konkretisierende Anforderungen „hinsichtlich Ort und Form der gemäß den Absätzen 2 und 3 zu veröffentlichenden Informationen“ enthalten. Während § 52 Abs. 2 TKG tatsächlich einen Katalog an Informationen enthält, die von den Anbietern zu veröffentlichen sind, regelt § 52 Abs. 3 TKG jedoch lediglich Anforderungen an die Art und Weise der Veröffentlichung. Es gibt also keine „gemäß Absatz 3“ zu veröffentlichenden Informationen. Demgegenüber enthält § 52 Abs. 1 TKG einen weitergehenden Katalog von zu veröffentlichenden Informationen, der überdies durch § 52 Abs. 2 TKG nur konkretisiert wird („Im Rahmen des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 3“). Es spricht daher einiges dafür, dass die Bezugnahme auf die Abs. 2 und 3 ein redaktioneller Fehler ist.<sup>45</sup> Diese Annahme wird durch die Vorgängerregelung in § 45n Abs. 5 S. 2 TKG 2012 gestützt, in der die Ermächtigung zur Regelung weiterer Anforderungen hinsichtlich Ort und Form der Veröffentlichung auf sämtliche Informationen bezogen wurde, die von den Anbietern insoweit (wenn auch nach damaliger Konstruktion erst auf Grundlage der Rechtsverordnung selbst) zu veröffentlichen waren. Der Wortlaut von § 52 Abs. 5 S. 1 TKG könnte daher folgendermaßen korrigiert werden:

„§ 52

Transparenz, Veröffentlichung von Informationen und Dienstmerkmalen  
zur Kostenkontrolle; Rechtsverordnung

[...]

(5) In der Rechtsverordnung nach Absatz 4 können hinsichtlich Ort und Form der gemäß den Absätzen **1 und 2 und 3** zu veröffentlichenden Informationen konkretisierende Anforderungen festgelegt werden. In der Rechtsverordnung nach Absatz 4 können Anbieter von Internetzugangsdiensten und öffentlich zugänglichen interpersonellen Telekommunikationsdiensten sowie Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze verpflichtet werden, Einrichtungen anzubieten, um die Kosten von Sprachkommunikationsdiensten, von Internetzugangsdiensten oder von nummerngebundenen interpersonellen Telekommunikationsdiensten im Falle des Artikels 115 der Richtlinie (EU) 2018/1972 zu kontrollieren. Die Einrichtung umfasst auch unentgeltliche Warnhinweise für die Verbraucher im Falle eines anormalen oder übermäßigen Verbrauchsverhaltens.

[...]"

<sup>45</sup> Zum Ganzen bereits *Neumann* (Fn. 43), S. 30 f. Fn. 87.

## 10. Erforderlichkeit der Mitnutzung passiver Netzinfrastrukturen für die lokale Mobilfunkversorgung (§ 106 Abs. 1 Nr. 2 TKG)

Die Bundesnetzagentur ist nach § 106 Abs. 1 TKG unter bestimmten Voraussetzungen befugt, den Betreiber eines öffentlichen Mobilfunknetzes dazu zu verpflichten, in einem räumlich umgrenzten Gebiet die Mitnutzung passiver Infrastrukturen oder, soweit dies nicht ausreicht, Roaming zu ermöglichen (lokales Roaming). Eine dieser Voraussetzungen ist nach § 106 Abs. 1 Nr. 2 TKG, dass „das lokale Roaming zum Angebot von über Mobilfunknetze erbrachten öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten auf lokaler Ebene unmittelbar erforderlich ist“. Diese Anforderung bezieht sich also nur auf das lokale Roaming. Dem Gesetzeswortlaut zufolge käme es somit für die Anordnung der (lokalen) Mitnutzung passiver Infrastrukturen nicht darauf an, ob diese Mitnutzung zum Angebot von über Mobilfunknetze erbrachten öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten auf lokaler Ebene unmittelbar erforderlich ist.

Das steht zum einen in einem systematischen Spannungsverhältnis zu den anderen Anordnungsvoraussetzungen, die nicht zwischen der vorrangigen Anordnung der Mitnutzung passiver Infrastrukturen und der nachrangigen Anordnung eines lokalen Roamings unterscheiden. Zum anderen steht dieser Wortlaut im Widerspruch zu Art. 61 Abs. 4 UAbs. 1 S. 1 des Kommunikationskodex, dem zufolge die Voraussetzung der unmittelbaren Erforderlichkeit zur lokalen Versorgung ausdrücklich „in beiden Fällen“ gelten soll.<sup>46</sup> Es spricht somit viel für einen bloßen Redaktionsfehler,<sup>47</sup> der wie folgt korrigiert werden könnte:

### „§ 106

#### Lokales Roaming, Zugang zu aktiven und passiven Netzinfrastrukturen

(1) Die Bundesnetzagentur kann den Betreiber eines öffentlichen Mobilfunknetzes dazu verpflichten, in einem räumlich umgrenzten Gebiet die Mitnutzung passiver Infrastrukturen oder, soweit dies nicht ausreicht, Roaming zu ermöglichen (lokales Roaming), wenn

1. unüberwindbare wirtschaftliche oder physische Hindernisse für den marktgesteuerten Netzausbau in diesem Gebiet bestehen, aufgrund derer Endnutzer nur äußerst lückenhaften Zugang zu öffentlichen Mobilfunknetzen und -diensten haben,
2. **die Mitnutzung oder** das lokale Roaming zum Angebot von über Mobilfunknetze erbrachten öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten auf lokaler Ebene unmittelbar erforderlich ist,
3. keinem anderen Mobilfunknetzbetreiber tragfähige und vergleichbare alternative Zugangswege zu den Endnutzern zu fairen und angemessenen Bedingungen in diesem Gebiet zur Verfügung gestellt werden,
4. die Möglichkeit einer solchen Verpflichtung ausdrücklich vorgesehen wurde
  - a) im Falle eines Vergabeverfahrens in den Vergabebedingungen der Frequenzzuteilung,
  - b) im Übrigen rechtzeitig vor der Frequenzzuteilung,
5. von der Verpflichtung begünstigte Unternehmen einen angemessenen Beitrag zur Versorgung von bislang unterversorgten Gebieten leisten und
6. zwischen den Beteiligten innerhalb von drei Monaten keine Vereinbarung zum lokalen Roaming oder zur Mitnutzung passiver Infrastrukturen zustande gekommen ist; die Frist für Verhandlungen zwischen den

<sup>46</sup> So auch *Korte*, in: Geppert/Schütz (Fn. 4), § 106 Rn. 14.

<sup>47</sup> *Neumann* (Fn. 7), S. 98 Fn. 287; für eine entsprechende Weitung auch *Korte* (Fn. 46), § 106 Rn. 14. *Offenbacher*, in: Säcker/Körper (Fn. 4), § 106 TKG Rn. 26, geht dementsprechend ohne weitere Problematisierung davon aus, dass § 106 Abs. 1 Nr. 2 TKG auch für die Mitnutzung passiver Infrastrukturen gilt.

Beteiligten kann um einen weiteren Monat verlängert werden, soweit alle Beteiligten dieses übereinstimmend bei der Bundesnetzagentur beantragen.

[...]"

## 11. Voraussetzungen für die Ablehnung eines Antrags auf Koordinierung von Bauarbeiten (§ 143 Abs. 4 TKG)

Unter bestimmten Voraussetzungen haben Telekommunikationsunternehmen gegen Versorgungsunternehmen einen Anspruch auf Koordinierung von Bauarbeiten (§ 143 Abs. 3 TKG). § 143 Abs. 4 TKG regelt gegenläufig die Voraussetzungen, unter denen ein entsprechender Koordinierungsantrag abzulehnen ist:

„Der Antrag nach Absatz 2 ist ganz oder teilweise insbesondere abzulehnen, sofern

1. von dem Antrag Teile einer Kritischen Infrastruktur, insbesondere deren Informationstechnik, betroffen sind, die nachweislich besonders schutzbedürftig und für die Funktionsfähigkeit der Kritischen Infrastruktur maßgeblich sind,
2. der Betreiber des öffentlichen Versorgungsnetzes zur Koordinierung der Bauarbeiten unverhältnismäßige Maßnahmen ergreifen müsste, um die ihm durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes auferlegten Schutzpflichten zu erfüllen, oder
3. durch die zu koordinierenden Bauarbeiten ein geplantes öffentlich gefördertes Glasfasernetz, das einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang zur Verfügung stellt, überbaut würde.“

Angesichts der gleichrangigen Aufzählung, in der das letzte Element mit einem „oder“ eingeleitet wird, spricht der Gesetzeswortlaut für ein Verständnis, wonach hier drei eigenständige Ablehnungsgründe formuliert werden, die jeder für sich zur Ablehnung eines Koordinierungsantrags führen.<sup>48</sup> Bezogen auf die Ablehnungsgründe in § 143 Abs. 4 Nr. 1 und 2 TKG wäre ein Koordinierungsantrag also schon dann abzulehnen, wenn von einem solchen Antrag besonders schutzbedürftige und funktionsessentielle Teile einer kritischen Infrastruktur betroffen sind (Nr. 1) *oder* wenn der Versorgungsnetzbetreiber zur Koordinierung der Bauarbeiten unverhältnismäßige Maßnahmen ergreifen müsste, um die ihm hoheitlich auferlegten Schutzpflichten zu erfüllen (Nr. 2).<sup>49</sup> Nach früherer Rechtslage mussten demgegenüber beide Voraussetzungen kumulativ („und“) erfüllt sein (§ 77i Abs. 5 Nr. 1 und 2 TKG 2016).<sup>50</sup> Den Gesetzesmaterialien zufolge sollen § 143 Abs. 4 Nr. 1 und 2 TKG dieser bisherigen Rechtslage entsprechen.<sup>51</sup> Das spricht dafür, dass beide Voraussetzungen eigentlich nach wie vor kumulativ vorliegen müssen. Das wird durch den systematischen Zusammenhang zu § 142 Abs. 4 Nr. 4 TKG bestätigt, dem zufolge für die Ablehnung eines Antrags auf Information über Bauarbeiten beide Voraussetzungen kumulativ („und“) vorliegen müssen.<sup>52</sup>

<sup>48</sup> So denn auch tatsächlich *Geppert* (Fn. 4), § 143 Rn. 61; *Leitzke*, in: Säcker/Körber (Fn. 4), § 142 TKG Rn. 26, § 143 Rn. 30.

<sup>49</sup> Vgl. auch *Leitzke*, (Fn. 48), § 143 TKG Rn. 33.

<sup>50</sup> Siehe auch die Begründung zum damaligen Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8332, 28, 52 (zu Art. 1 Nr. 15 [§ 77i]): „Zudem“.

<sup>51</sup> Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26108, 200, 337 (zu § 142).

<sup>52</sup> Vgl. *Löhr*, in: *Geppert/Schütz* (Fn. 4), § 136 Rn. 64, und hierauf – bzw. auf Rn. 63 – Bezug nehmend *Geppert* (Fn. 4), § 142 Rn. 36; siehe entsprechend *Leitzke* (Fn. 48), § 142 TKG Rn. 26 (in ausdrücklicher Abgrenzung zu § 143 Abs. 4 Nr. 1 TKG).

Insoweit dürfte also ein Redaktionsversehen vorliegen,<sup>53</sup> das durch eine Anpassung der Formulierung an § 142 Abs. 4 Nr. 4 TKG korrigiert werden sollte:

„§ 143  
Koordinierung von Bauarbeiten

[...]

(4) Der Antrag nach Absatz 2 ist ganz oder teilweise insbesondere abzulehnen, sofern

1. von dem Antrag Teile einer Kritischen Infrastruktur, insbesondere deren Informationstechnik, betroffen sind, die nachweislich besonders schutzbedürftig und für die Funktionsfähigkeit der Kritischen Infrastruktur maßgeblich sind, **und**
- ~~2.~~ der Betreiber des öffentlichen Versorgungsnetzes zur Koordinierung der Bauarbeiten unverhältnismäßige Maßnahmen ergreifen müsste, um die ihm durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes auferlegten Schutzpflichten zu erfüllen, oder
- ~~3.~~ durch die zu koordinierenden Bauarbeiten ein geplantes öffentlich gefördertes Glasfasernetz, das einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang zur Verfügung stellt, überbaut würde.

[...]

## 12. Stichtag für die entgeltfreie Mitnutzung gebäudeinterner Netzinfrastruktur (§ 149 Abs. 5 S. 4 TKG)

Hat ein Telekommunikationsnetzbetreiber Investitionen zur Herstellung gebäudeinterner Netzinfrastruktur getätigt, kann er deren Mitnutzung gemäß § 149 Abs. 5 S. 3 TKG grundsätzlich entgeltfrei beanspruchen. § 149 Abs. 5 S. 4 TKG schränkt diese Befugnis allerdings durch eine Stichtagsregelung ein:

„Der Maßstab nach Satz 3 gilt nur für solche Investitionen, die erstmalig ab Inkrafttreten dieses Gesetzes getätigt werden.“

„Dieses Gesetz“ ist bei wortlautgetreuem Verständnis das mit dem Telekommunikationsmodernisierungsgesetz 2021 neu verabschiedete TKG. Die Regelung wurde jedoch bereits 2016 mit dem DigiNetzG in das TKG aufgenommen (§ 77n Abs. 6 S. 3 TKG 2016). Vor diesem Hintergrund erscheint es zweifelhaft, dass mit der *Fortführung* der Privilegierung investierender Telekommunikationsnetzbetreiber diese Privilegierung für den Zeitraum zwischen Inkrafttreten des DigiNetzG und des TKG 2021 abgeschafft werden sollte.<sup>54</sup> Vielmehr dürfte hier versehentlich die bisherige Gesetzesformulierung übernommen worden sein, ohne dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die auf „dieses Gesetzes“ Bezug nehmende Formulierung nunmehr eigentlich das TKG 2021 bezeichnet. Es spricht daher einiges für folgende Korrektur des Gesetzeswortlauts:

„§ 149  
Regulierungsziele, Entgeltmaßstäbe und Fristen der nationalen Streitbeilegung

[...]

(5) In dem Verfahren nach Absatz 1 Nummer 4 richtet sich die Bestimmung der Höhe des Mitnutzungsentgelts für Eigentümer oder Betreiber von gebäudeinternen Komponenten öffentlicher Telekommunikations-

<sup>53</sup> Hierzu schon *Neumann* (Fn. 7), S. 119 Fn. 364; ebenso *Kühling/Bulowski/Schall* (Fn. 44), 8. Teil Rn. 18 Fn. 46 (S. 338).

<sup>54</sup> *Kind/Geppert*, in: *Geppert/Schütz* (Fn. 4), § 149 Rn. 118; *Neumann* (Fn. 7), S. 160 Fn. 582 (unter fehlerhafter Bezugnahme auf § 145 Abs. 5 S. 4 TKG).

netze oder Eigentümer von Verkabelungen und zugehörigen Einrichtungen in Gebäuden nach den Maßstäben des Absatzes 2, ohne dass ein Aufschlag gewährt wird. Für ab dem Inkrafttreten dieses Gesetzes errichtete gebäudeinterne Komponenten eines Netzes mit sehr hoher Kapazität oder aufgerüstete gebäudeinterne Netzinfrastrukturen, die vollständig aus Glasfaserkomponenten bestehen, richtet sich für den die Mitnutzung beantragenden Eigentümer oder Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes die Bestimmung des Mitnutzungsentgelts nach den Maßstäben des Absatzes 3, soweit die mitzunutzende gebäudeinterne Netzinfrastruktur auf Kosten eines Eigentümers oder Betreibers eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der kein mit dem am Gebäude Verfügungsberechtigten verbundenes Unternehmen im Sinne des § 3 Nummer 69 ist, errichtet wurde. Soweit der die Mitnutzung begehrende Telekommunikationsnetzbetreiber Investitionen zur Herstellung dieser Infrastruktur getätigt hat, kann er die Mitnutzung entgeltfrei beanspruchen, es sei denn, dass die Mitnutzung aufgrund besonderer technischer oder baulicher Gegebenheiten einen außergewöhnlichen Aufwand verursacht. Der Maßstab nach Satz 3 gilt nur für solche Investitionen, die erstmalig ab Inkrafttreten ~~dieses~~ **des Gesetzes zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze vom 4. November 2016 (BGBl. I S. 2473)** getätigt wurden.

[...]"

### 13. Versorgungsverpflichtung in Mitnutzungskonstellationen (§ 161 Abs. 3 TKG)

Nach § 161 Abs. 3 S. 1 TKG kann die Bundesnetzagentur „ausnahmsweise ein oder mehrere in Betracht kommende Unternehmen dazu verpflichten, Endnutzer leitungsgebunden unter Mitnutzung bereits vorhandener Telekommunikationslinien anzuschließen und mit Diensten nach § 157 Absatz 2 zu versorgen, wenn dies zumutbar ist“. Für diese Befugnis zum Erlass einer Versorgungsverpflichtung in Mitnutzungskonstellationen gilt nach § 161 Abs. 3 S. 2 TKG:

„Die Feststellung einer Unterversorgung nach § 160 Absatz 1 bleibt unberührt.“

Diese Formulierung erweckt den Eindruck, als habe eine Versorgungsverpflichtung in Mitnutzungskonstellationen nach § 161 Abs. 3 S. 1 TKG keine Auswirkungen auf eine u. U. erfolgte Unterversorgungsfeststellung nach § 160 Abs. 1 TKG. Wenn durch den Erlass der Versorgungsverpflichtung nach § 161 Abs. 3 S. 1 TKG eine zuvor festgestellte Unterversorgung vermieden bzw. beseitigt werden kann, ergäbe aber jedenfalls die Durchführung des an die Unterversorgungsfeststellung anknüpfenden Sicherstellungsverfahrens (§ 160 Abs. 2, § 161 Abs. 1, 2 TKG) keinen Sinn mehr. In den Gesetzesmaterialien wird denn auch vielmehr betont, dass die Bundesnetzagentur die in § 161 Abs. 3 S. 1 TKG vorgesehene Versorgungsverpflichtung in Mitnutzungskonstellationen „ausnahmsweise zu einer leitungsgebundenen Anbindung von Endnutzern *unabhängig von einer Feststellung der Unterversorgung* nach § 159“, dem jetzigen § 160 TKG, aussprechen kann.<sup>55</sup> Es spricht daher viel dafür, dass § 161 Abs. 3 S. 2 TKG unglücklich formuliert ist und vielmehr folgende Regelung gemeint ist:<sup>56</sup>

„§ 161

Verpflichtungen zur Versorgung mit Telekommunikationsdiensten

[...]

(3) Die Bundesnetzagentur kann ausnahmsweise ein oder mehrere in Betracht kommende Unternehmen dazu verpflichten, Endnutzer leitungsgebunden unter Mitnutzung bereits vorhandener Telekommunikationslinien anzuschließen und mit Diensten nach § 157 Absatz 2 zu versorgen, wenn dies zumutbar ist.

<sup>55</sup> Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26108, 200, 356 (zu § 160 Abs. 3) (Hervorhebung hinzugefügt); so dann auch *Cornils*, in: Geppert/Schütz (Fn. 4), § 161 Rn. 47; *Kafka/Wilmes-Horváth*, in: Säcker/Körper (Fn. 4), § 161 Rn. 11.

<sup>56</sup> Siehe bereits *Neumann*, N&R 2022, 134, 145 Fn. 101.

Diese Befugnis gilt unabhängig von der Feststellung einer Unterversorgung nach § 160 Absatz 1 **bleibt unberührt**. Zumutbar ist der leitungsgebundene Anschluss in der Regel dann, wenn geeignete Leerrohrinfrastruktur am zu versorgenden Grundstück anliegt. Das Verfahren zur Verpflichtung eines oder mehrerer Unternehmen zum leitungsgebundenen Anschluss entspricht dem Verfahren des Absatzes 2. Die Bundesnetzagentur veröffentlicht ihre Entscheidung einschließlich deren Gründe.

[...]

## D. Unionsrechtliches Konfliktpotential

### 1. Allgemeine Voraussetzungen für die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen (§ 26 Abs. 1 TKG)

Gemäß § 26 Abs. 1 TKG kann die Bundesnetzagentur einem marktmächtigen Unternehmen Zugangsverpflichtungen auferlegen, „wenn anderenfalls die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endkundenmarktes behindert würde und die Interessen der Endnutzer beeinträchtigt würden“. Das birgt in zweierlei Hinsicht unionsrechtliches Konfliktpotential.

#### a) *Beispielhafter oder abschließender Charakter der Eingriffszwecke?*

Die Behinderung der Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes auf Endkundenebene und nachteilige Auswirkungen auf die Interessen der Endnutzer sind, erstens, nach Art. 73 Abs. 1 UAbs. 1 des Kommunikationskodex nur Beispiele für Fälle, in denen die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung in Betracht kommt („unter anderem wenn“).<sup>57</sup> Dem entsprach es, dass nach der Vorgängerregelung in § 21 Abs. 1 S. 1 TKG 2004 die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen (nur) „insbesondere“ in diesen beiden Fällen in Betracht kam. Mit der geänderten Formulierung sollte den Gesetzesmaterialien zufolge zwar „der entsprechenden Streichung in Artikel 73 Absatz 1 Unterabsatz 1 Richtlinie (EU) 2018/1972 Rechnung“ getragen und „die Ausrichtung der Zugangsregulierung auf der Vorleistungsebene auf eine Beseitigung des Wettbewerbsproblems im Endkundenmarkt“ verdeutlicht werden.<sup>58</sup> Eine solche Streichung ist jedoch in der deutschen Sprachfassung gerade nicht erfolgt. Betrachtet man andere Sprachfassungen, finden sich dort sowohl Formulierungen, denen zufolge die beiden Eingriffsanlässe wie in der deutschen Richtlinienfassung nur beispielhaft genannt werden, als auch Formulierungen ohne eine entsprechende Öffnung im Wortlaut.<sup>59</sup> Damit stellt sich die Frage, welchen genauen Inhalt die richtlinienrechtliche Umsetzungsverpflichtung hat. Nach ständiger Rechtsprechung kann in einer solchen Situation divergierender Sprachfassungen keine Sprachfassung per se Vorrang vor den anderen Fassungen beanspruchen, sondern muss die fragliche Vorschrift nach der allgemeinen Systematik und dem Zweck der Regelung ausgelegt werden, zu der sie gehört.<sup>60</sup>

Insoweit ist es einerseits richtig, wenn in der Begründung zum Entwurf von § 26 Abs. 1 TKG darauf hingewiesen wird, dass im Kommunikationskodex stärker als bislang „die Ausrichtung der Zu-

<sup>57</sup> Die folgenden Ausführungen entsprechen im Wesentlichen *Neumann* (Fn. 4), § 26 TKG Rn. 33 ff.

<sup>58</sup> Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26108, 200, 263 (zu § 26 Abs. 1).

<sup>59</sup> Wie die deutsche Sprachfassung etwa die niederländische, die slowenische, die französische, die italienische sowie die polnische Sprachfassung; anders dagegen (ohne entsprechende Öffnung) z. B. die englische, die spanische, die portugiesische, die dänische sowie die schwedische Sprachfassung.

<sup>60</sup> EuGH, ECLI:EU:C:2011:374, Rn. 23 f. (Urt. v. 9.6.2011 – Rs. C-52/10); ECLI:EU:C:2008:551, Rn. 38 f. (Urt. v. 9.10.2008 – Rs. C-239/07).

gangsregulierung auf der Vorleistungsebene auf eine Beseitigung des Wettbewerbsproblems im Endkundenmarkt<sup>61</sup> betont wird.<sup>62</sup> Andererseits betrifft diese Ausrichtung aber die Marktregulierung insgesamt und nicht nur einzelne der möglichen Vorabverpflichtungen wie eben Zugangsverpflichtungen nach Art. 73 des Kommunikationskodex. Dennoch finden sich vergleichbare Beschränkungen in den Regelungen zu Transparenzverpflichtungen (Art. 69 des Kommunikationskodex), Nichtdiskriminierungsverpflichtungen (Art. 70 des Kommunikationskodex) und Verpflichtungen zur getrennten Buchführung (Art. 71 des Kommunikationskodex) nicht. Das spricht eher gegen die Annahme, dass die nationalen Regulierungsbehörden ausgerechnet bei der zentralen Verpflichtung in Bezug auf das „Ob“ des Zugangs besonders engen Eingriffsvoraussetzungen unterliegen. Denn sonst könnten sie an einen freiwillig gewährten Zugang auch in derartigen Fällen Transparenz- und Nichtdiskriminierungsverpflichtungen knüpfen, in denen sie den Zugang als solchen gerade nicht sicherstellen könnten. Das wäre ein kaum verständlicher Systembruch. Darüber hinaus soll das System der Vorabverpflichtungen den nationalen Regulierungsbehörden generell die Möglichkeit an die Hand geben, die jeweils problemementsprechende Regelung zu treffen (vgl. Art. 68 Abs. 4 des Kommunikationskodex). Auch das spricht für ein weites Verständnis der jeweiligen Befugnisnormen, das die Erreichung dieses Regelungszwecks erlaubt.

Damit dürfte die Beschränkung auf die beiden explizit genannten Eingriffsanlässe im Wortlaut von § 26 Abs. 1 TKG nicht den richtlinienrechtlichen Vorgaben entsprechen, was folgendermaßen korrigiert werden könnte:<sup>63</sup>

„§ 26  
Zugangsverpflichtungen

(1) Die Bundesnetzagentur kann ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht verpflichten, anderen Unternehmen Zugang zu gewähren, **unter anderem** wenn anderenfalls die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endkundenmarktes behindert würde und die Interessen der Endnutzer beeinträchtigt würden.

[...]“

b) *Kumulativer oder alternativer Charakter der Eingriffszwecke?*

Insbesondere bei Annahme einer abschließenden Normierung der Eingriffszwecke, in abgeschwächerem Maße aber auch unabhängig hiervon ergibt sich, zweitens, ein Spannungsverhältnis zu den richtlinienrechtlichen Vorgaben auch hinsichtlich der Frage, ob die beiden in § 26 Abs. 1 TKG genannten Eingriffszwecke kumulativ vorliegen müssen oder ob es auch ausreicht, wenn nur einer der beiden Eingriffszwecke verfolgt wird.<sup>64</sup> Dem Wortlaut zufolge müssten ohne die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung eine nachhaltige Wettbewerbsentwicklung im Endkundenmarkt behindert „und“ die Endnutzerinteressen beeinträchtigt werden. Das deutet darauf hin, dass es sich um Voraussetzungen handelt, die kumulativ gegeben sein müssen. Dies entspricht auch der Formulierung der englischen Sprachfassung von Art. 73 Abs. 1 UAbs. 1 des Kommunikationskodex („and“). Allerdings weicht auch hier die deutsche Sprachfassung ab und verknüpft die Gefahr

<sup>61</sup> Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26108, 200, 263 (zu § 26 Abs. 1).

<sup>62</sup> Vgl. etwa Erwägungsgrund 168 S. 1, Erwägungsgrund 171 S. 1 und Erwägungsgrund 173 S. 1 des Kommunikationskodex, sowie bereits *Neumann*, N&R 2016, 262, 266.

<sup>63</sup> Alternativ zu der hier dem Richtlinien-text entnommenen Formulierung „unter anderem“ könnte in Anlehnung an § 21 Abs. 1 TKG 2004 auch das Wort „insbesondere“ verwendet werden.

<sup>64</sup> Die folgenden Ausführungen entsprechen im Wesentlichen *Neumann* (Fn. 4), § 26 TKG Rn. 48 ff.

für den Wettbewerb auf Endkundenebene und die Beeinträchtigung der Endnutzerinteressen mit einem alternativen „oder“. Wie schon bei der Frage, ob diese Eingriffsanlässe nur „insbesondere“ oder abschließend aufgezählt werden, finden sich auch diesbezüglich in den weiteren Sprachfassungen ebenfalls Beispiele sowohl für das eine als auch für das andere Verständnis.<sup>65</sup> Auch hier sprechen die Parallelen zu den anderen Vorabverpflichtungen und die Ausrichtung der Marktregulierung auf möglichst flexible Abhilfemaßnahmen für ein weites Verständnis der richtlinienrechtlichen Grundlagen, also für die Annahme alternativer Eingriffsanlässe. Das gilt erst recht, wenn man die beiden Umstände, die dem Wortlaut von Art. 73 Abs. 1 UAbs. 1 des Kommunikationskodex zufolge Anlass für die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung sein können, mit der hier (unter a)) vertretenen Auffassung als nur beispielhafte Aufzählung versteht. Gibt es keinen abschließenden Katalog von Umständen, unter denen sich eine Zugangsverpflichtung als problemementsprechende Maßnahme erweisen kann, dann gibt es erst recht keinen Grund, den damit nur beispielhaften Wortlaut im Sinne einer kumulativen Zwecksetzung zu verstehen.

Anders als bei der Streichung des Wortes „insbesondere“ dürfte in der Verknüpfung der beiden Eingriffsanlässe mit der Konjunktion „und“ ein bloßes Redaktionsversehen des deutschen Umsetzungsgesetzgebers gesehen werden. Denn während die Streichung des Wortes „insbesondere“ ausdrücklich betont wurde, blieb hier zum einen schon im Unklaren, in welcher Weise die geänderte Formulierung des Umsetzungsgesetzes einer Anpassung des Richtlinienwortlautes Rechnung tragen sollte.<sup>66</sup> Und zum anderen sollte durch die Änderung – in mehr oder weniger offenem Widerspruch zur vermeintlichen „Anpassung des Richtlinienwortlauts“ – die Formulierung normiert werden, die „so auch schon Artikel 12 Absatz 1 Zugangs-RL“ enthielt.<sup>67</sup> In Art. 12 Abs. 1 (S. 1) der Zugangsrichtlinie waren die beiden Eingriffsanlässe aber mit einem „oder“ verknüpft, und zwar nicht nur in der deutschen, sondern auch beispielsweise in der englischen und der französischen Sprachfassung. Dieses Redaktionsversehen könnte durch eine entsprechende Änderung der Konjunktion behoben werden.

„§ 26

Zugangsverpflichtungen

(1) Die Bundesnetzagentur kann ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht verpflichten, anderen Unternehmen Zugang zu gewähren, wenn anderenfalls die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endkundenmarktes behindert würde ~~und~~**oder** die Interessen der Endnutzer beeinträchtigt würden.

[...]“

## 2. Bei der Entscheidung über die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung zu berücksichtigende Verpflichtungen (§ 26 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 TKG)

Nach § 26 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 TKG muss die Bundesnetzagentur bei der Prüfung, ob und welche Zugangsverpflichtungen gerechtfertigt und mit Blick auf die Regulierungsziele angemessen sind, u. a. prüfen, ob „bereits oder absehbar auferlegte Verpflichtungen nach diesem Teil“ zur Sicher-

<sup>65</sup> Wie die deutsche Sprachfassung etwa auch die niederländische sowie die slowenische Sprachfassung; wie die englische Sprachfassung demgegenüber etwa auch die spanische, die portugiesische, die dänische, die schwedische, die französische, die italienische und die polnische Sprachfassung.

<sup>66</sup> So die in den Gesetzesmaterialien dokumentierte Zielsetzung, siehe die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26108, 200, 263 (zu § 26 Abs. 1).

<sup>67</sup> Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26108, 200, 263 (zu § 26 Abs. 1).

stellung der Regulierungsziele ausreichen.<sup>68</sup> Durch die Bezugnahme auf den zweiten Gesetzesteil zählen auch die „symmetrischen“ Verpflichtungen nach §§ 21, 22 TKG zu den insoweit zu berücksichtigenden Verpflichtungen. Anders als Verpflichtungen nach § 26 TKG sind diese Verpflichtungen aus richtlinienrechtlicher Sicht allerdings nur in die Suffizienzprüfung einzubeziehen, wenn sie bereits auferlegt sind (vgl. auch Erwägungsgrund 172 S. 2 des Kommunikationskodex).<sup>69</sup> Der Umsetzungsgesetzgeber hat dessen ungeachtet einerseits ausdrücklich generell bereits (nur) absehbare Zugangsverpflichtungen einbeziehen, andererseits damit aber die „europäischen Vorgaben“ umsetzen wollen.<sup>70</sup> Angesichts der letztgenannte Regulationsabsicht spricht daher einiges dafür, den Gesetzeswortlaut auf das unionsrechtlich vorgegebene Maß zurückzuführen, um eine überschießende Einschränkung des Regulierungsermessens der Bundesnetzagentur zu vermeiden.

„§ 26  
Zugangsverpflichtungen

[...]

(2) Bei der Prüfung, ob und welche Zugangsverpflichtungen nach Absatz 1 gerechtfertigt sind und ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen nach § 2 stehen, prüft die Bundesnetzagentur, ob

1. bereits oder absehbar auferlegte Verpflichtungen nach **Absatz 1, sonstige bereits auferlegte Zugangsverpflichtungen nach** diesem Teil oder bereits abgeschlossene oder angebotene kommerzielle Zugangsvereinbarungen im betreffenden oder in einem verbundenen Vorleistungsmarkt und
2. die bloße Auferlegung von Verpflichtungen nach Absatz 3 Nummer 10

zur Sicherstellung der in § 2 genannten Ziele ausreichen. Dabei berücksichtigt die Bundesnetzagentur insbesondere:

1. die technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen angesichts des Tempos der Marktentwicklung, wobei die Art und der Typ der Zusammenschaltung und des Zugangs berücksichtigt werden, einschließlich der Tragfähigkeit anderer vorgelagerter Zugangsprodukte;
2. die Möglichkeit der Gewährung des vorgeschlagenen Zugangs angesichts der verfügbaren Kapazität;
3. die Anfangsinvestitionen des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung etwaiger getätigter öffentlicher Investitionen und der Investitionsrisiken, insbesondere solcher Risiken, die mit Investitionen in Netze mit sehr hoher Kapazität verbunden sind;
4. die Notwendigkeit zur langfristigen Sicherung des Wettbewerbs unter besonderer Berücksichtigung eines wirtschaftlich effizienten Infrastrukturwettbewerbs und innovativer Geschäftsmodelle;
5. gewerbliche Schutzrechte oder Rechte an geistigem Eigentum;
6. die Bereitstellung unionsweiter Dienste und
7. die zu erwartende technische Entwicklung von Netzgestaltung und Netzmanagement.

[...]

Mit dem hier vorgeschlagenen Begriff der „Zugangsverpflichtungen“ wird zugleich der insoweit ebenfalls ungenauen und wohl überschießenden Umsetzung von Art. 61 Abs. 2 UAbs. 1 S. 2 des Kommunikationskodex Rechnung getragen.<sup>71</sup> Alternativ – aber dann eben insoweit auch weiterhin

<sup>68</sup> Die folgenden Ausführungen entsprechen im Wesentlichen *Neumann* (Fn. 4), § 26 TKG Rn. 92.

<sup>69</sup> Ausführlich *Neumann/Sickmann*, N&R 2020, 208, 219.

<sup>70</sup> Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26108, 200, 263 (zu § 26 Abs. 2).

<sup>71</sup> Siehe dazu *Neumann* (Fn. 4), § 26 TKG Rn. 91.

problembehaftet – könnte auch hier auf den bisher verwendeten Begriff der „Verpflichtung“ zurückgegriffen werden.

### 3. Bei der Entscheidung über die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung besonders zu berücksichtigende Faktoren (§ 26 Abs. 2 S. 2 TKG)

In § 26 Abs. 2 S. 2 TKG nennt das Gesetz überdies einige Aspekte, die von der Bundesnetzagentur „insbesondere“ zu berücksichtigen sind, wenn sie prüft, ob und welche Zugangsverpflichtungen gerechtfertigt und mit Blick auf die Regulierungsziele angemessen sind. Mit dieser Vorschrift wird die ähnlich strukturierte Regelung in Art. 73 Abs. 2 UAbs. 1 S. 3 des Kommunikationskodex umgesetzt. Nicht explizit in den Katalog von § 26 Abs. 2 S. 2 TKG übernommen wurde dabei das Kriterium aus Art. 73 Abs. 2 UAbs. 1 S. 3 lit. c des Kommunikationskodex, das sich auf das „Erfordernis“ bezieht, „für Technologieneutralität zu sorgen“.<sup>72</sup>

Der Gesetzgeber sah von einer ausdrücklichen Aufnahme dieses Kriteriums ab, da „eine Technologieneutralität der Regulierung [...] bereits mit Blick auf die Ziele des § 2 sicherzustellen“ sei.<sup>73</sup> Mit derselben Begründung hätte man allerdings auch auf weitere Kriterien verzichten können, etwa auf die Bereitstellung unionsweiter Dienste, die in § 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 6 TKG eine Zielvorgabe aus § 2 Abs. 2 Nr. 4 TKG aufnimmt. Hiervon wurde jedoch zu Recht abgesehen, da die allgemeinen Ziele der Regulierung eben nicht an der spezifischen („insbesondere“) Berücksichtigungspflicht teilhaben, die sich aus § 26 Abs. 2 S. 2 TKG bzw. Art. 73 Abs. 2 UAbs. 1 S. 3 des Kommunikationskodex ergibt. Es spricht daher einiges für ein diesbezügliches Umsetzungsdefizit. Dieses könnte durch eine entsprechende Ergänzung des Kriterienkatalogs behoben werden.

„§ 26  
Zugangsverpflichtungen

[...]

(2) Bei der Prüfung, ob und welche Zugangsverpflichtungen nach Absatz 1 gerechtfertigt sind und ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen nach § 2 stehen, prüft die Bundesnetzagentur, ob

1. bereits oder absehbar auferlegte Verpflichtungen nach diesem Teil oder bereits abgeschlossene oder angebotene kommerzielle Zugangsvereinbarungen im betreffenden oder in einem verbundenen Vorleistungsmarkt und
2. die bloße Auferlegung von Verpflichtungen nach Absatz 3 Nummer 10

zur Sicherstellung der in § 2 genannten Ziele ausreichen. Dabei berücksichtigt die Bundesnetzagentur insbesondere:

1. die technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen angesichts des Tempos der Marktentwicklung, wobei die Art und der Typ der Zusammenschaltung und des Zugangs berücksichtigt werden, einschließlich der Tragfähigkeit anderer vorgelagerter Zugangsprodukte;
2. die Möglichkeit der Gewährung des vorgeschlagenen Zugangs angesichts der verfügbaren Kapazität;

<sup>72</sup> Neumann (Fn. 4), § 26 TKG Rn. 109. Die nachfolgenden Ausführungen entsprechen im Wesentlichen Neumann (Fn. 4), § 26 TKG Rn. 110.

<sup>73</sup> Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26108, 200, 263 (zu § 26 Abs. 2). Geppert (Fn. 4), § 26 Rn. 100 f., sieht den Gedanken der Technologieneutralität demgegenüber in § 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 7 TKG umgesetzt. Das dürfte mit den Gesetzesmaterialien und dem unionsrechtlichen Hintergrund nicht ohne weiteres in Einklang zu bringen sein.

3. die Anfangsinvestitionen des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung etwaiger getätigter öffentlicher Investitionen und der Investitionsrisiken, insbesondere solcher Risiken, die mit Investitionen in Netze mit sehr hoher Kapazität verbunden sind;
  4. die Notwendigkeit zur langfristigen Sicherung des Wettbewerbs unter besonderer Berücksichtigung eines wirtschaftlich effizienten Infrastrukturwettbewerbs und innovativer Geschäftsmodelle;
  5. gewerbliche Schutzrechte oder Rechte an geistigem Eigentum;
  6. die Bereitstellung unionsweiter Dienste; **und**
  7. die zu erwartende technische Entwicklung von Netzgestaltung und Netzmanagement **und**
  - 8. das Erfordernis, für Technologieneutralität zu sorgen.**
- [...]"

#### 4. Prüfungsprogramm bei der Auferlegung einer Pflicht zur Gewährung des Zugangs zu baulichen Anlagen (§ 26 Abs. 3 Nr. 10 TKG)

Neu in den Katalog der nunmehr in § 26 Abs. 3 TKG explizit vertypten Zugangsformen aufgenommen wurde mit der TKG-Novelle 2021 der „Zugang zu baulichen Anlagen“. Der Gesetzgeber hat damit Art. 72 des Kommunikationskodex in die richtlinienrechtlich in Art. 73 Abs. 1 UAbs. 2 des Kommunikationskodex enthaltene Auflistung von Zugangsformen verschoben.<sup>74</sup> Gegen diesen legislatorischen Kunstgriff ist unionsrechtlich grundsätzlich nichts zu erinnern, da die spezifischen Vorgaben des Kommunikationskodex in Bezug auf den Zugang zu baulichen Anlagen bei der Umsetzung ebenfalls beachtet wurden. Allerdings werden durch die Eingliederung in den Katalog der sonstigen Zugangsformen insbesondere die differenzierte Verhältnismäßigkeitsprüfung nach § 26 Abs. 2 S. 2 TKG sowie der qualifizierte Prüfauftrag in Bezug auf alternative Zugangsmöglichkeiten gemäß § 26 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 TKG jedenfalls Wortlaut und Gesetzessystematik zufolge auch auf die Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs zu baulichen Anlagen anwendbar. Richtlinienrechtlich spricht jedoch gerade in Abgrenzung zu Art. 73 Abs. 2 UAbs. 2 des Kommunikationskodex viel dafür, dass die entsprechenden Vorgaben aus Art. 73 Abs. 2 UAbs. 1 des Kodex auf Verpflichtungen auf Grundlage von Art. 72 des Kommunikationskodex über den Zugang zu baulichen Anlagen nicht anwendbar sind.<sup>75</sup> Das könnte zu einer richtlinienrechtlich gerade nicht gebotenen Erhöhung des Prüfungs- und Begründungsaufwands führen, wenn die Bundesnetzagentur Verpflichtungen nach § 26 Abs. 3 Nr. 10 TKG auferlegt. Um diesbezügliches Konfliktpotential zu beseitigen, könnte diese Zugangsvariante explizit aus dem Anwendungsbereich von § 26 Abs. 2 TKG herausgenommen werden, um so die Anforderungen den richtlinienrechtlichen Vorgaben anzugleichen.

#### „§ 26 Zugangspflichten

[...]

(2) Bei der Prüfung, ob und welche Zugangspflichten nach Absatz 1 gerechtfertigt sind und ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen nach § 2 stehen, prüft die Bundesnetzagentur, ob

1. bereits oder absehbar auferlegte Pflichten nach diesem Teil oder bereits abgeschlossene oder angebotene kommerzielle Zugangsvereinbarungen im betreffenden oder in einem verbundenen Vorleistungsmarkt und

<sup>74</sup> Die nachfolgenden Ausführungen entsprechen im Wesentlichen *Neumann* (Fn. 4), § 26 TKG Rn. 246.

<sup>75</sup> *Neumann* (Fn. 7), S. 37; ders., N&R 2018, 204, 207.

2. die bloße Auferlegung von Verpflichtungen nach Absatz 3 Nummer 10

zur Sicherstellung der in § 2 genannten Ziele ausreichen. Dabei berücksichtigt die Bundesnetzagentur insbesondere:

1. die technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen angesichts des Tempos der Marktentwicklung, wobei die Art und der Typ der Zusammenschaltung und des Zugangs berücksichtigt werden, einschließlich der Tragfähigkeit anderer vorgelagerter Zugangsprodukte;
2. die Möglichkeit der Gewährung des vorgeschlagenen Zugangs angesichts der verfügbaren Kapazität;
3. die Anfangsinvestitionen des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung etwaiger getätigter öffentlicher Investitionen und der Investitionsrisiken, insbesondere solcher Risiken, die mit Investitionen in Netze mit sehr hoher Kapazität verbunden sind;
4. die Notwendigkeit zur langfristigen Sicherung des Wettbewerbs unter besonderer Berücksichtigung eines wirtschaftlich effizienten Infrastrukturwettbewerbs und innovativer Geschäftsmodelle;
5. gewerbliche Schutzrechte oder Rechte an geistigem Eigentum;
6. die Bereitstellung unionsweiter Dienste und
7. die zu erwartende technische Entwicklung von Netzgestaltung und Netzmanagement. **Diese Prüfungs- und Berücksichtigungspflichten bestehen nicht in den Fällen von Absatz 3 Nummer 10.**

[...]"

Rechtstechnisch eleganter wäre es zwar, in S. 1 zwischen „Bundesnetzagentur“ und „, ob“ die Worte „außer in den Fällen von Absatz 3 Nummer 10“ einzufügen. Dadurch könnte jedoch der Eindruck erweckt werden, die Bundesnetzagentur *dürfe* in diesen Fällen die in § 26 Abs. 2 TKG genannten Aspekte bei der Ausübung ihres Regulierungsermessens in Bezug auf den Zugang zu baulichen Anlagen nicht berücksichtigen. Das ginge jedoch wohl zu weit – Unionsrecht fordert für diese Form des Zugangs lediglich nicht, dass die Aspekte stets berücksichtigt werden *müssen*.

## 5. Einbeziehung nicht marktzugehöriger baulicher Anlagen in diesbezügliche Zugangsverpflichtungen (§ 26 Abs. 3 Nr. 10 TKG)

Nach § 26 Abs. 3 Nr. 10 TKG kann die Verpflichtung, Zugang zu baulichen Anlagen zu gewähren, auch dann auferlegt werden, „wenn diese nicht Teil des sachlich relevanten Marktes nach § 10 sind“.<sup>76</sup> Mit diesem Zusatz übernimmt das TKG leicht modifiziert die Regelung in Art. 72 Abs. 2 des Kommunikationskodex. Anders als in § 26 Abs. 3 Nr. 10 TKG können bauliche Anlagen nach der richtlinienrechtlichen Regelung allerdings auch dann erfasst werden, wenn sie nicht „Teil des relevanten Marktes“ sind, was insbesondere solche Anlagen einschließt, die zwar sachlich dem relevanten Markt zuzuordnen sind, ihm aber räumlich nicht mehr angehören. Zwar werden bauliche Anlagen, die zum Gegenstand einer Zugangsverpflichtung gemacht werden, in aller Regel im selben räumlichen Gebiet liegen wie die dem sachlich relevanten Markt zugehörigen Netzeinrichtungen selbst. Gerade im Falle einer räumlich differenzierten („regionalen“) Marktabgrenzung kann das aber auch nicht als stets gegeben vorausgesetzt werden. Insoweit dürfte letzten Endes also ein Umsetzungsdefizit vorliegen, das sinnvollerweise zu beheben wäre.

Ebenfalls abweichend von den richtlinienrechtlichen Vorgaben wurde die einschränkende Voraussetzung formuliert, wonach die Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs zu nicht marktzugehöri-

<sup>76</sup> Die nachfolgenden Ausführungen entsprechen im Wesentlichen *Neumann* (Fn. 4), § 26 TKG Rn. 251.

gen Anlagen im Hinblick auf das nach § 11 TKG festgestellte Problem erforderlich und angemessen sein muss. Das Richtlinienrecht stellt demgegenüber auf die Erreichung der Ziele nach Art. 3 des Kommunikationskodex (entspricht § 2 TKG) ab. Insoweit wird eine Verpflichtung, die im Hinblick auf das nach § 11 TKG festgestellte Problem erforderlich und angemessen ist, zwar stets auch zur Erreichung der Regulierungsziele erforderlich und angemessen sein. Es sind aber Fälle denkbar, in denen dieser Zusammenhang umgekehrt nicht gilt. Auch insoweit spricht daher viel für eine richtlinienwidrig zu eng gefasste Formulierung, obwohl hier in den Gesetzesmaterialien die Absicht zum Ausdruck kommt, eine den EU-Vorgaben entsprechende Regelung zu treffen.<sup>77</sup> § 26 Abs. 3 Nr. 10 TKG sollte daher auch insoweit korrigierend umformuliert werden.

„§ 26  
Zugangsverpflichtungen

[...]

(3) Die Bundesnetzagentur kann Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, unter Beachtung von Absatz 1 unter anderem folgende Verpflichtungen auferlegen:

1. Zugang zu bestimmten physischen Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen einschließlich des physisch entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss zu gewähren;
2. bereits gewährten Zugang zu Einrichtungen nicht nachträglich zu verweigern;
3. Zugang zu bestimmten aktiven oder virtuellen Netzkomponenten und -diensten, einschließlich des virtuell entbündelten Breitbandzugangs, zu gewähren;
4. bestimmte notwendige Voraussetzungen für die Interoperabilität durchgehender Nutzerdienste oder für Roaming in Mobilfunknetzen zu schaffen;
5. Zugang zu Systemen für die Betriebsunterstützung oder ähnlichen Softwaresystemen, die zur Gewährleistung eines chancengleichen Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Diensten notwendig sind, unter Sicherstellung der Effizienz bestehender Einrichtungen zu gewähren;
6. Zugang zu zugehörigen Diensten wie einem Identitäts-, Standort- und Präsenzdienst zu gewähren;
7. Zusammenschaltung von öffentlichen Telekommunikationsnetzen zu ermöglichen;
8. offenen Zugang zu technischen Schnittstellen, Protokollen oder anderen Schlüsseltechnologien, die für die Interoperabilität von Diensten oder für Dienste für virtuelle Telekommunikationsnetze unentbehrlich sind, zu gewähren;
9. Kollokation oder andere Formen der gemeinsamen Nutzung von zugehörigen Einrichtungen zu ermöglichen sowie den Nachfragern oder deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren und
10. Zugang zu baulichen Anlagen, wozu unter anderem Gebäude oder Gebäudezugänge, Verkabelungen in Gebäuden, Antennen, Türme und andere Trägerstrukturen, Pfähle, Masten, Leitungsrohre, Leerrohre, Kontrollkammern, Einstiegsschächte und Verteilerkästen gehören, zu gewähren, auch dann, wenn diese nicht Teil des ~~sachlich~~ relevanten Marktes nach § 10 sind, sofern die Zugangsverpflichtung im Hinblick auf ~~das in der Marktanalyse nach § 11 festgestellte Problem~~ die Erreichung der Ziele des § 2 TKG erforderlich und angemessen ist.

[...]"

<sup>77</sup> Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26108, 200, 265 (zu § 26 Abs. 3 Nr. 10): „wenn [...] eine Verpflichtung mit Blick auf die Ziele jedoch notwendig und verhältnismäßig ist“.

## 6. Nutzungs- und Kooperationsmöglichkeiten im Rahmen der Erfüllung von Zugangsverpflichtungen (§ 26 Abs. 6 TKG)

Nach § 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG 2004 konnte die Bundesnetzagentur das marktmächtige Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen verpflichten, im Rahmen der Erfüllung der Zugangsverpflichtungen Nutzungsmöglichkeiten von Zugangsleistungen sowie Kooperationsmöglichkeiten zwischen den zum Zugang berechtigten Unternehmen zuzulassen. Diese Regelung wurde mit der TKG-Novelle 2021 in einen eigenständigen Absatz (6) ausgelagert und folgendermaßen neu gefasst:

„Im Rahmen der Erfüllung der Zugangsverpflichtungen sind Nutzungsmöglichkeiten von Zugangsleistungen sowie Kooperationsmöglichkeiten zwischen den zum Zugang berechtigten Unternehmen zuzulassen, es sei denn, ein Unternehmen weist im Einzelfall nach, dass eine Nutzungsmöglichkeit oder eine Kooperation aus technischen Gründen nicht oder nur eingeschränkt möglich ist.“

Jedenfalls dem Wortlaut nach handelt es sich somit um eine gesetzesunmittelbare Verpflichtung, mit der die Zugangsverpflichtung inhaltlich ausgestaltet wird, in deren Rahmen Nutzungs- und Kooperationsmöglichkeiten der Zugangsnachfrager zuzulassen sind.<sup>78</sup> Bei einem solchen Verständnis wäre es der Bundesnetzagentur in Ausübung ihres Regulierungsermessens nicht möglich, Zugangsverpflichtungen aufzuerlegen, die nicht mit einer entsprechenden Folgeverpflichtung verbunden wären.<sup>79</sup> Auch dem Zugriff der Unionsebene durch entsprechende Stellungnahmen im Rahmen des europäischen Regulierungsverbands wäre diese Ausgestaltung entzogen. Ein rechtlich tragfähiger Sachgrund für eine solche gesetzliche Beschränkung des Regulierungsermessens ist nicht ersichtlich. Als gesetzesunmittelbare Verpflichtung wäre § 26 Abs. 6 TKG daher unionsrechtswidrig.<sup>80</sup> Dafür spricht schließlich auch, dass sie nach § 26 Abs. 6 TKG nur ausnahmsweise entfällt, wenn technische Gründe entgegenstehen. Fragen der Verhältnismäßigkeit oder der wettbewerblichen Wirkung, die bei der Entscheidung über die Auferlegung und Ausgestaltung von Zugangsverpflichtungen ansonsten im Fokus stehen, spielen im Normprogramm von § 26 Abs. 6 TKG demgegenüber keine Rolle. Es spricht daher viel dafür, dass der Charakter als bloße Ermächtigungsgrundlage im Wortlaut der Bestimmung wieder klargestellt werden sollte.

### „§ 26 Zugangsverpflichtungen

[...]

**(6) Die Bundesnetzagentur kann Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, unter Beachtung von Absatz 1 verpflichten, im Rahmen der Erfüllung der Zugangsverpflichtungen sind Nutzungsmöglichkeiten von Zugangsleistungen sowie Kooperationsmöglichkeiten zwischen den zum Zugang berechtigten Unternehmen zuzulassen, es sei denn, ein Unternehmen weist im Einzelfall nach, dass eine**

<sup>78</sup> Die nachfolgenden Ausführungen entsprechen im Wesentlichen *Neumann* (Fn. 4), § 26 TKG Rn. 266 f.

<sup>79</sup> Das kommt zu kurz bei *Geppert* (Fn. 4), § 26 Rn. 212, wenn er meint, § 26 Abs. 6 TKG schränke das Regulierungsermessen nicht ein, sondern beschreibe lediglich die Erfüllung von auferlegten Zugangsverpflichtungen durch das marktmächtige Unternehmen.

<sup>80</sup> Damit im Einklang steht, dass das BVerwG selbst bei der Vorgängerregelung in § 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG 2004, die den Erlass einer entsprechenden Verpflichtung noch in das Ermessen der Bundesnetzagentur stellte, eine Auslegung, die auf Rechtsfolgenseite die Auswahlmöglichkeiten der Bundesnetzagentur beschränkt hätte, als richtlinienwidrigen Eingriff in den behördlichen Auswahl- und Ausgestaltungsspielraum ablehnte, siehe BVerwG, Buchholz 442.066 § 21 TKG Nr. 5 Rn. 49 (Urt. v. 11.12.2013 – Az. 6 C 24.12); Buchholz 442.066 § 21 TKG Nr. 4 Rn. 30 (Urt. v. 11.12.2013 – Az. 6 C 23.12).

Nutzungsmöglichkeit oder eine Kooperation aus technischen Gründen nicht oder nur eingeschränkt möglich ist.“

## 7. Verpflichtung zur Vorlage von Zugangsvereinbarungen (§ 28 Abs. 2 TKG)

Gemäß § 28 Abs. 2 TKG sind Zugangsvereinbarungen nach § 28 Abs. 1 TKG der Bundesnetzagentur vorzulegen. Es ist nicht ganz eindeutig, ob es sich hierbei um eine Vorabverpflichtung i. S. v. Art. 69 des Kommunikationskodex oder – wofür die besseren Gründe sprechen – um eine regulatorische Informationsanforderung i. S. v. Art. 21 Abs. 1 lit. a i. V. m. Art. 30 Abs. 1 UAbs. 2 des Kommunikationskodex handelt.<sup>81</sup> In beiden Fällen bestünden allerdings erhebliche Bedenken gegen die durch den Wortlaut nahegelegte gesetzesunmittelbare Geltung.<sup>82</sup> Schon zur Wahrung der richtlinienrechtliche betonten Erforderlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsgrenzen spricht viel für die Notwendigkeit einer einzelfallbezogenen Auferlegung durch die Regulierungsbehörde, von der auch die jeweils relevanten Vorschriften des Kommunikationskodex ausgehen.<sup>83</sup> Es dürfte sich daher empfehlen, im Wortlaut klarzustellen, dass es sich um eine bloße Ermächtigung zum Erlass entsprechender Verpflichtungen handelt.

„§ 28

Zugangsvereinbarungen

[...]

(2) Die Bundesnetzagentur kann ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht verpflichten, Zugangsvereinbarungen nach Absatz 1 ~~sind~~ der Bundesnetzagentur vorzulegen.

[...]“

## 8. Frist zur Vorlage des Standardangebotsentwurfs (§ 29 Abs. 2 S. 1 TKG)

Ein marktmächtiges Unternehmen, das nach § 29 Abs. 1 TKG verpflichtet wurde, ein Standardangebot zu veröffentlichen, muss gemäß § 29 Abs. 2 S. 1 TKG „innerhalb von drei Monaten ab Inkrafttreten der Verpflichtung den Entwurf eines Standardangebots [vorlegen]“. Diese Neuregelung ist richtlinienrechtlich nicht ganz unbedenklich, da die Frage, innerhalb welcher Frist ein Standardangebot zu veröffentlichen ist, den Inhalt der Standardangebotsverpflichtung (und ihre Verhältnismäßigkeit) berührt und deren gesetzliche Klärung daher als unüberwindbare Einschränkung des Regulierungsermessens gesehen werden könnte.<sup>84</sup> Es spricht daher einiges dafür, hier wieder zu der offeneren Formulierung aus § 23 Abs. 1 TKG 2004 zurückzukehren.

„§ 29

Standardangebot

[...]

(2) Sofern die Bundesnetzagentur ein Unternehmen zur Veröffentlichung eines Standardangebots verpflichtet hat, hat das Unternehmen innerhalb ~~von drei Monaten~~ **einer im Rahmen der Verpflichtung nach Absatz 1 gesetzten Frist von in der Regel drei Monaten** ab Inkrafttreten der Verpflichtung den Entwurf eines Standardangebots vorzulegen, der eine Produktbeschreibung und Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen, einschließlich der Entgelte, enthält. Satz 1 gilt nicht, wenn bereits ein Standardange-

<sup>81</sup> Neumann (Fn. 4), § 28 TKG Rn. 23 f.

<sup>82</sup> A. A. Geppert (Fn. 4), § 28 Rn. 16.

<sup>83</sup> Vgl. für die Alternative der Informationsanforderung Neumann (Fn. 4), § 28 TKG Rn. 24.

<sup>84</sup> Neumann (Fn. 4), § 29 TKG Rn. 56.

bot festgelegt und dessen Mindestlaufzeit noch nicht abgelaufen ist. Die Bundesnetzagentur veröffentlicht den vorgelegten Entwurf auf ihrer Internetseite und gibt den Beteiligten nach der Veröffentlichung Gelegenheit zur Stellungnahme innerhalb einer angemessenen Frist.

[...]"