

STELLUNGNAHME

ZUM RECHTSGUTACHTEN VON PROFESSOR ROBERTO MASTROIANNI

**„LEGAL OPINION ON THE COMPATIBILITY WITH PRIMARY EUROPEAN
UNION LAW OF THE EUROPEAN COMMISSION’S PROPOSAL FOR A
REGULATION OF 21 JANUARY 2026, ESTABLISHING A REGULATORY
FRAMEWORK FOR THE TRANSITION FROM COPPER NETWORKS TO
FIBRE-TO-THE-HOME (FTTH) NETWORKS“**

vom 13. Mai 2026

erstellt im Auftrag des

BREKO BUNDESVERBANDS BREITBANDKOMMUNIKATION E. V.

von

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

Universitätsprofessor, Regensburg

unter Mitwirkung von

CHARLOTTE GASTROPH, Regensburg

In Ergänzung des Rechtsgutachtens des Verfassers

**„UNIONS- UND VERFASSUNGSRECHTLICHER RAHMEN FÜR EINE
DISKRIMINIERUNGSFREIE UND REGELBASIERTE ABSCHALTUNG
DES KUPFERNETZES“ vom 5. März 2026**

Regensburg, den 27. Juli 2026

A. Gliederung

A.	Gliederung	2
B.	Executive Summary	3
C.	Sachverhalt	4
D.	Auftrag und Rechtsfragen	6
E.	Rechtliche Bewertung	7
I.	Vereinbarkeit des regelbasierten Abschaltverfahrens entsprechend Art. 53 bis 61 DNA-KOM-E mit den bereits im Rechtsgutachten des Verfassers behandelten Prüfungsmaßstäben	7
1.	Vereinbarkeit mit der Eigentumsgarantie aus Art. 17 GRC.....	7
2.	Vereinbarkeit mit der unternehmerischen Freiheit aus Art. 16 GRC.....	10
3.	Vereinbarkeit mit Art. 345 AEUV	12
II.	Vereinbarkeit des regelbasierten Abschaltverfahrens mit weiteren Vorschriften und Prinzipien	14
1.	Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung aus Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EUV in Verbindung mit der Binnenmarktkompetenz aus Art. 114 AEUV	14
2.	Grundsätze der Subsidiarität und der kompetenzrechtlichen Verhältnismäßigkeit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 und 4 EUV	17
3.	Weitere unionsrechtliche Vorschriften und Prinzipien	20
III.	Ergebnisse der rechtlichen Bewertung	21

B. Executive Summary

- I. Im Hinblick auf die Vereinbarkeit des regelbasierten Abschaltverfahrens gemäß den Art. 53 bis 61 DNA-KOM-E mit Unionsprimärrecht sind die in dem im Auftrag von Connect Europe vom ehemaligen EuG-Richter Prof. Roberto Mastroianni erstellten Rechtsgutachten angenommenen (möglichen) Verstöße allesamt zurückzuweisen.
- II. Es ist, wie bereits im Rechtsgutachten des Verfassers vom März 2026 ausführlich dargelegt, kein Verstoß der geplanten sekundärrechtlichen Regelungen gegen die Eigentums-garantie aus Art. 17 GRC anzunehmen. Die von Mastroianni angeführten Urteile können den von ihm zugrunde gelegten strengen Maßstab nicht begründen, engen den Spielraum des Unionsgesetzgebers in wirtschaftspolitischen Angelegenheiten in einer Art und Weise ein, die nicht der Judikatur des EuGH entspricht, und die anschließende Subsumtion blendet die gegenläufigen umfangreichen Gemeinwohlinteressen zur Rechtfertigung des Eingriffs aus. Insbesondere liegt auf der Basis der Rechtsprechung auch keine ausgleichs-pflichtige (De-facto-)Enteignung vor.
- III. Aus entsprechenden Gründen ist weiterhin kein Verstoß gegen die unternehmerische Frei-heit aus Art. 16 GRC anzunehmen.
- IV. Der von Mastroianni behauptete Verstoß des regelbasierten Abschaltverfahren gegen Art. 345 AEUV ist in Anknüpfung an die Ausführungen im umfangreichen Gutachten des Verfassers besonders fernliegend. Für eine Einschränkung des Unionsgesetzgebers aus Art. 345 AEUV führt Mastroianni zwei Urteile an, die sich nicht mit Art. 345 AEUV be-fassen, und ein Urteil, das nicht den Unionsgesetzgeber, sondern den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber adressiert. Tatsächlich existieren auch keine Urteile des EuGH, aus denen sich die unterstellte signifikante Beschränkung des Spielraums des Unionsgesetzgebers bei wirtschaftspolitischen Rechtsakten ableiten ließe.
- V. Entgegen der Auffassung von Mastroianni ist weder ein Verstoß gegen den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung aus Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EUV wegen fehlenden Vor-liegens der Voraussetzungen der Binnenmarktkompetenz aus Art. 114 AEUV noch ein Verstoß gegen die Begründungspflicht der Europäischen Kommission aus Art. 296 AEUV ersichtlich. Auch hier geht Mastroianni von einem äußerst strengen Maßstab für die Prü-fung der entsprechenden Tatbestände aus, der schlichtweg nicht der Judikatur des EuGH entspricht, die auch insoweit dem Unionsgesetzgeber vielmehr einen relevanten Entschei-dungsspielraum gewährt.
- VI. Auf derselben Linie kann im Ergebnis entgegen der Auffassung von Mastroianni vorlie-gend auch ebenso wenig ein Verstoß gegen den Subsidiaritäts- und den kompetenziellen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aus Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 und 4 EUV festgestellt wer-den.
- VII. Ein Verstoß gegen die Zielvorgabe des Verbraucherschutzes aus Art. 38 GRC ist entgegen der Auffassung von Mastroianni bereits insofern nicht gegeben, als verbraucherpolitische Anliegen im Rahmen des Abschaltverfahrens umfassend berücksichtigt werden sollen, vgl. etwa Art. 57 Abs. 1 lit. b), 59 DNA-KOM-E.

C. Sachverhalt

Am 21. Januar 2026 legte die Europäische Kommission ihren Vorschlag für eine Verordnung eines Digital Networks Act (im Folgenden: DNA-KOM-E) vor.¹ Der Vorschlag sieht in den Art. 53 bis 61 DNA-KOM-E die Einführung eines an objektive Kriterien gebundenen Verfahrens zur Abschaltung von Kupfernetzen (regelbasiertes Abschaltverfahren) vor.

Eine rechtliche Untersuchung der Vereinbarkeit des regelbasierten Abschaltverfahrens mit dem Unions- und Verfassungsrecht erfolgte im März 2026 in einem Rechtsgutachten des Verfassers, erstellt im Auftrag des BREKO Bundesverband Breitbandkommunikation e. V. (im Folgenden: BREKO).² Das Rechtsgutachten gelangte u.a. zu dem Ergebnis, dass das regelbasierte Abschaltverfahren entsprechend Art. 53 bis 61 DNA-KOM-E im Hinblick auf das Unionsrecht mit den Art. 345 AEUV, Art. 17 und 16 GRC vereinbar ist.³

Später wurde ein Rechtsgutachten des ehemaligen EuG-Richters Prof. Roberto Mastroianni, erstellt im Mai 2026 im Auftrag von Connect Europe, veröffentlicht.⁴ In dem Rechtsgutachten befasst sich Mastroianni ebenfalls mit der unionsprimärrechtlichen Vereinbarkeit der Art. 53 bis 61 DNA-KOM-E und äußert daran erhebliche Zweifel. Unklar bleibt, ob Mastroianni lediglich Risiken oder auch Verstöße annimmt. Im Gesamtergebnis geht er offensichtlich von einer „potential incompatibility with primary European Union Law“ aus (Tz. 64), also wohl nur einer möglichen Unvereinbarkeit mit dem Unionsrecht. In materieller Hinsicht sieht er insoweit insbesondere Risiken in Form eines unverhältnismäßigen Eingriffs in Art. 345 AEUV (Tz. 25), einer unzureichenden Rechtfertigung des Eingriffs in die unternehmerische Freiheit von Kupfernetzbetreibern aus Art. 16 GRC (Tz. 43 ff.) und einer Verletzung ihrer Eigentumsgarantie aus Art. 17 GRC (Tz. 54). In formeller Hinsicht geht Mastroianni davon aus, dass wohl die Grenzen der Rechtsgrundlage der Binnenmarktkompetenz aus Art. 114 AEUV überschritten

¹ *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über digitale Netze, zur Änderung der Verordnung (EU) 2015/2120, der Richtlinie 2002/58/EG und der Entscheidung Nr. 676/2002/EG sowie zur Aufhebung der Verordnung (EU) 2018/1971, der Richtlinie (EU) 2018/1972 und des Beschlusses Nr. 243/2012/EU (Verordnung über digitale Netze), COM(2026) 16 final.

² *Kühling*, Unions- und verfassungsrechtlicher Rahmen für eine diskriminierungsfreie und regelbasierte Abschaltung des Kupfernetzes, Rechtsgutachten erstellt im Auftrag des BREKO Bundesverband Breitbandkommunikation e. V. unter Mitwirkung von Charlotte Gastroph, 05.03.2026, abrufbar unter: <https://brekoverband.de/wp-content/uploads/2026/03/Rechtsgutachten-Prof.-Dr.-Kuehling-Verfassungs-und-europarechtlicher-Rahmen-fuer-einen-diskriminierungsfreien-und-regelbasierten-Uebergang-von-Kupfer-auf-Glasfaser.pdf> (zuletzt abgerufen am 27.07.2026).

³ *Kühling*, Fn. 2, D. I.

⁴ *Mastroianni*, Legal Opinion on the compatibility with primary European Union law of the European Commission's Proposal for a Regulation of 21 January 2026, establishing a regulatory framework for the transition from copper networks to fibre-to-the-home (FTTH) networks, 13.05.2026, erstellt im Auftrag von Connect Europe, abrufbar unter: https://connecteurope.org/sites/default/files/2026-05/Legal%20opinion%20Copper%20Switch-off_Prof.%20Mastroianni_ForConnectEurope.pdf (zuletzt abgerufen am 27.07.2026).

seien und daher ein Verstoß gegen den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung aus Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EUV drohe (Tz. 25), die Voraussetzungen des Subsidiaritätsprinzips aus Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 EUV nicht gewahrt würden (Tz. 31) und ein Verstoß gegen das kompetenzielle Verhältnismäßigkeitsprinzip aus Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 EUV angenommen werden könne (Tz. 32 ff.).

Die Veröffentlichung des Rechtsgutachtens von Mastroianni veranlasste die vorliegende, im Auftrag des BREKO erstellte Stellungnahme, die das erwähnte Rechtsgutachten des Verfassers vom März 2026 ergänzt.

D. Auftrag und Rechtsfragen

Auf der Basis des vorliegenden Sachverhalts sollen die rechtlichen Bedenken von Mastroianni auf ihre Durchschlagskraft hin geprüft werden und es stellen sich folgende Rechtsfragen:

- I. Ergibt sich infolge der juristischen Einschätzung von Mastroianni hinsichtlich der bereits in dem Rechtsgutachten des Verfassers vom März 2026 behandelten Prüfungsmaßstäbe, das heißt Art. 17, Art. 16 GRC und Art. 345 AEUV eine andere Bewertung?
- II. Ist das regelbasierte Abschaltverfahren darüber hinaus mit weiteren Vorschriften, insbesondere mit Art. 5 EUV, Art. 114 AEUV, und unionsrechtlichen Prinzipien vereinbar?

E. Rechtliche Bewertung

Zunächst ist zu prüfen, ob infolge der juristischen Einschätzung von Professor Mastroianni hinsichtlich der bereits behandelten Prüfungsmaßstäbe eine andere Bewertung angezeigt ist (dazu I.). Sodann sind insbesondere diejenigen Vorschriften, aus denen Mastroianni einen Verstoß des DNA-KOM-E in formeller Hinsicht ableitet, zu untersuchen (dazu II.).

I. Vereinbarkeit des regelbasierten Abschaltverfahrens entsprechend Art. 53 bis 61 DNA-KOM-E mit den bereits im Rechtsgutachten des Verfassers behandelten Prüfungsmaßstäben

Zu untersuchen sind die Eigentumsgarantie von Kupfernetzbetreibern aus Art. 17 GRC (dazu 1.), ihre unternehmerische Freiheit aus Art. 16 GRC (dazu 2.) und Art. 345 AEUV (dazu 3.).

1. Vereinbarkeit mit der Eigentumsgarantie aus Art. 17 GRC

Hinsichtlich der Vereinbarkeit des regelbasierten Abschaltverfahrens mit der Eigentumsgarantie der Kupfernetzbetreiber aus Art. 17 GRC ist von entscheidender Bedeutung, um welche Form der Beschränkung es sich bei dem infragestehenden Abschaltverfahren handelt.⁵ Insoweit führt Mastroianni in Tz. 54 seines Rechtsgutachtens aus: „[...] the measure deprives operators of the economic enjoyment of lawfully acquired assets and produces effects equivalent, in substance, to those of an expropriation, irrespective of the formal classification adopted by the Proposal.“

Zunächst ist Mastroianni insoweit zuzustimmen, dass das regelbasierte Abschaltverfahren nicht als formelle Enteignung im Sinne des Art. 17 Abs. 1 S. 2 GRC, die einen dauerhaften Verlust der Eigentumsposition erfordert,⁶ zu betrachten ist. Weiterhin nimmt Mastroianni an, dass es sich bei der Beschränkung, dem regelbasierten Abschaltverfahren nach Art. 53 bis 61 DNA-KOM-E, um eine De-facto-Enteignung handele. Diese liegt nach der Rechtsprechung des EGMR, die wegen Art. 52 Abs. 3 GRC auf Art. 17 GRC übertragen werden kann, vor, soweit die formal verbleibende Eigentumsposition durch die Nutzungseinschränkung vollständig entkernt wird⁷. Die Annahme einer De-facto-Enteignung durch Mastroianni schließt dann das Vorliegen einer Nutzungsregelung im Sinne des Art. 17 Abs. 1 S. 3 GRC aus.

⁵ Vgl. abstrakt zu den Beschränkungsformen *Kühling*, Fn. 2, D. I. 1. b) aa) und bb).

⁶ Vgl. EGMR, Urt. v. 08.01.2007, Beschwerde-Nr. 55809/00 (Berger/Deutschland), juris, Rn. 56.

⁷ Vgl. EGMR, Urt. v. 23.10.2006, Beschwerde-Nr. 55878/00 (Weber/Deutschland), BeckRS 2006, 142428, Rn. 42 ff.; im Umkehrschluss so wohl auch der EuGH, Urt. v. 12.05.2005, Rs. C-347/03 (ERSA/Ministero delle

Zwar ist Mastroianni auch in dem Punkt zuzustimmen, dass die wirtschaftliche Nutzungsmöglichkeit der Kupfernetze als Vermögenswerte durch die Verpflichtung zur Abschaltung in erheblichem Umfang begrenzt wird. Allerdings wird – wie das Gutachten des Verfassers vom März 2026 umfangreich darlegt⁸ – das Abschaltverfahren vorliegend gesetzlich gerade in einer Weise ausgestaltet, dass das Kupfernetz seinen Eigentumswert nicht vollständig verliert. Zu nennen sind hier insbesondere die Übergangsfristen, wonach die Einleitung des Abschaltprozesses bzw. die Anordnung der Abschaltung grundsätzlich jedenfalls bis zum 30. Dezember 2035 unter näher genannten Voraussetzungen erfolgen soll (vgl. Art. 54 DNA-KOM-E), so dass es sich bei der Beschränkung letztlich nur um eine Verkürzung der Nutzungsfrist handelt. Im Übrigen kann hier wie im Rahmen der Rechtfertigung auch auf den Umstand verwiesen werden, dass Teile des Kupfernetzes im Rahmen der Fortführung des Betriebs eines Glasfasernetzes weiter genutzt werden können.⁹ Auch wenn hier im Detail vieles in den Details unklar bzw. umstritten ist und von den konkreten Einzelumständen der bisherigen Investitionen abhängt¹⁰, gilt das zumindest in Teilen etwa für Leerrohre als – aufgrund von Tiefbauarbeiten – erheblichem Kostenfaktor und damit einem zentralen Wert des Kupfernetzes. Regelmäßig wird der Kupfernetzbetreiber durch die Weiternutzung der Leerrohre für Glasfaser bzw. der darin bereits mitverlegten Glasfaserleitungen, gerade im Bereich der Hauptkabel, weitere Tiefbaukosten sparen. Ähnliches wird je nach Netzbetreiber in relevantem Umfang für Gebäudezuführungen, soweit diese über Leerrohre realisiert werden, Schächte und Kabelzugschächte, Betriebsgebäude und Vermittlungsstellen als Standorte, Multifunktionsgehäuse/Kabelverzweiger sowie Wege-rechte und Grundstücksnutzungsrechte gelten. Diese Aspekte blendet Mastroianni kurzerhand aus. Daher ist entgegen der Auffassung von Mastroianni keine De-facto-Enteignung, sondern eine Nutzungsregelung anzunehmen.

Politiche Agricole e Forestali), Slg. 2005, I-3820, Rn. 122: kein Entzug durch Verbot, da „nicht jede sinnvolle Art der Vermarktung“ ausgeschlossen sei.

⁸ Kühling, Fn. 2, D. I. 1. b) cc).

⁹ Kühling, Fn. 2, D. I. 1. c) bb) (6) und (7).

¹⁰ Vgl. etwa *Schwarz-Schilling/Sörries/Plückebaum/Baischew/Ockenfels/Zoz/Neumann*, Doppelausbau von Glasfasernetzen. Ökonomische Analyse und rechtliche Einordnung, WIK-Consult Bericht, Oktober 2023, abrufbar unter: <https://www.wik.org/veroeffentlichungen/veroeffentlichung/doppelausbau-von-glasfasernetzen-oekonomische-analyse-und-rechtliche-einordnung> (zuletzt abgerufen am 27.07.2026), S. 5; siehe ferner *Neumann/Plückebaum/Strube Martins/Schwarz-Schilling*, Übergang von Kupfer- auf Glasfasernetze: Interessen, Spannungsfelder und mögliche Schnittmengen, WIK-Consult Bericht, Oktober 2021, abrufbar unter: https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Breitband/Gigabitforum/WIK-Studie_Uebergang_Kupfer_Glasfaser.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (zuletzt abgerufen am 27.07.2026), S. 46; vgl. auch *Plückebaum/Ockenfels*, Kosten und andere Hemmnisse der Migration von Kupfer- auf Glasfasernetze, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 457, Februar 2020, abrufbar unter: https://www.wik.org/fileadmin/user_upload/Unternehmen/Veroeffentlichungen/Diskus/2022/WIK_Diskussionsbeitrag_Nr_457.pdf (zuletzt abgerufen am 27.07.2026), S. 24, 27, 29, 33 und 38.

Von einer Verhältnismäßigkeit des Abschaltverfahrens (Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRC) kann trotz der hohen Eingriffsintensität¹¹, die wegen der auslaufenden Möglichkeit der Nutzung des Kupfernetzes zu Telekommunikationszwecken anzunehmen ist,¹² aus einer Vielzahl von Gründen, die Mastroianni nicht weiter anführt, ausgegangen werden. So ist zunächst hinzuweisen, dass der Eingriff dadurch relativiert wird, dass es sich beim betroffenen Kupfernetz im Wesentlichen um ein bereits abgeschriebenes Netz handelt, das zudem in großem Umfang von den Wettbewerbern im Rahmen der Zahlung von Vorleistungsentgelten mitfinanziert worden ist. Das gilt auch für zwischenzeitliche Ertüchtigungsmaßnahmen – in Deutschland etwa durch die Vektorring-Investitionen. Je nach Entgeltgestaltung haben die Betreiber der Kupfernetze zudem im Rahmen der Zahlung von Vorleistungsentgelten Wiederbeschaffungskosten finanziert und damit den Glasfaserausbau durch den Kupfernetzbetreiber mitfinanziert.¹³ Sodann ist auf die weitreichende Bedeutung der verfolgten Ziele und die Übergangsfristen sowie einer Fülle weiterer, von Mastroianni nicht berücksichtigter Gemeinwohlinteressen, zu verweisen, sodass das regelbasierte Abschaltverfahren als grundrechtlich relevanter Eingriff gerechtfertigt ist.¹⁴ Exemplarisch erwähnt seien hier neben den telekommunikationsspezifischen Zielen wie insbesondere der Beschleunigung des Glasfaserausbaus auch die Förderung des Wettbewerbs. Zudem sind weitere Gemeinwohlziele wie die ökologischen Effekte und der Aspekt der Nachhaltigkeit zu berücksichtigen. Insofern wirkt sich der Betrieb von Glasfasernetzen positiv aus, da bei seinem Betrieb im Vergleich zum Kupfernetz wesentlich weniger Strom verbraucht wird.¹⁵

Überdies scheidet eine Verletzung des Wesensgehalts (Art. 52 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GRC) von Art. 17 Abs. 1 GRC, die einen Entzug des Eigentums oder seiner freien Nutzung voraussetzt¹⁶ und auf deren Risiko Mastroianni in Tz. 53 hinweist, erst recht aus, da, wie soeben festgestellt,

¹¹ EGMR, Urt. v. 13.01.2015, Beschwerde-Nr. 65681/13 (Vékony/Ungarn), BeckRS 2015, 131946, Rn. 35; *Jarass*, in: Jarass (Hrsg.), Charta der Grundrechte der EU, 4. Auflage 2021, Art. 17 GRC, Rn. 37; *Kühling*, Fn. 2, D. I. 1. c) bb) (6).

¹² *Kühling*, Fn. 2, D. I. 1. c) bb) (6).

¹³ *Kühling*, Fn. 2, D. I. 1. c) bb) (7). Siehe zu diesem Zusammenhang und kritisch zu den hohen Einnahmen der Deutsche Telekom AG aus der Entgeltregulierung früh *K.-H. Neumann/Vogelsang*, N&R-Beilage 1/2016, 1 (19 ff.).

¹⁴ Vgl. zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit des regelbasierten Abschaltverfahrens ausführlich *Kühling*, Fn. 2, D. I. 1. c); vgl. EuG, Urt. v. 23.10.2003, Rs. T-65/98 (Van den Bergh Foods Ltd/Kommission der Europäischen Gemeinschaften), Slg. 2003, II-4653, Rn. 171; *Jarass*, in: Jarass (Hrsg.), Charta der Grundrechte der EU, 4. Auflage 2021, Art. 17 GRC, Rn. 37.

¹⁵ Bundesnetzagentur, Regulierungskonzept zur Kupfer-Glasfaser-Migration, Januar 2026, abrufbar unter: https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Fachthemen/Telekommunikation/Kupfer-Glas/_DL/Regulierungskonzept.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 27.07.2026), Rn. 32. Besonders emissionseffizient ist hierbei der FTTH-Ausbaustandard, während hingegen insbesondere solche Technologien, die eine Kupferstrecke beinhalten, weniger emissionseffizient sind, vgl. *Zuloaga/Plückebaum/Kulenkampff/Ockenfels*, Ökologische Effekte des Glasfaserausbaus, WIK-Consult Bericht, November 2024, abrufbar unter: <https://www.rtr.at/TKP/aktuelles/publikationen/publikationen/oekologische-effekte-des-glasfaserausbaus.de.html> (zuletzt abgerufen am 27.07.2026), S. 2.

¹⁶ EuGH, Urt. v. 06.12.1984, Rs. C-59/83 (Biovilac), Slg. 1984, 4057, Rn. 22.

eine Bandbreite von Nutzungsmöglichkeiten verbleibt. Während Mastroianni konsequenterweise aufgrund der gemäß Art. 17 Abs. 1 S. 2 GRC notwendigen, aber durch die Art. 53 bis 61 DNA-KOM nicht vorgesehenen kompensatorischen Regelung einen Verstoß gegen Art. 17 GRC annimmt (Tz. 54), sieht Art. 17 Abs. 1 S. 3 GRC gerade keine Ausgleichspflichtigkeit vor. Zwar ist denkbar, dass eine unverhältnismäßige Nutzungsregelung mithilfe einer Kompensationszahlung verhältnismäßig würde, allerdings kann dies vorliegend aufgrund der bereits festgestellten Verhältnismäßigkeit des Abschaltverfahrens dahinstehen.¹⁷

Infolge der juristischen Einschätzung von Mastroianni ergibt sich vorliegend keine zum Rechtsgutachten differierende Bewertung des regelbasierten Abschaltverfahrens im Hinblick auf die Eigentumsgarantie. Im Ergebnis ist – entgegen den Ausführungen von Mastroianni – kein Verstoß der geplanten sekundärrechtlichen Regelungen gegen Art. 17 GRC anzunehmen und an der umfassend begründeten Einschätzung aus dem Rechtsgutachten vom März 2026 festzuhalten. Die von Mastroianni angeführten Urteile können den von ihm zugrunde gelegten strengen Maßstab nicht begründen, engen den Spielraum des Gesetzgebers in wirtschaftspolitischen Angelegenheiten in einer Art und Weise ein, die nicht der Rechtsprechung des EuGH entspricht, und die anschließende Subsumtion blendet die gegenläufigen umfangreichen Gemeinwohlinteressen zur Rechtfertigung des Eingriffs aus.

2. Vereinbarkeit mit der unternehmerischen Freiheit aus Art. 16 GRC

Grundsätzlich bedarf es sodann einer vertieften Prüfung der unternehmerischen Freiheit der Kupfernetzbetreiber aus Art. 16 GRC insoweit nicht, als die Prüfung des Art. 16 GRC der des Art. 17 GRC weitgehend entspricht (dazu soeben 1.) und vorliegend deshalb grundsätzlich kein abweichendes Ergebnis erzielt werden kann.¹⁸

Gleichwohl ist auf die Ausführungen von Mastroianni zu Art. 16 GRC knapp einzugehen.

Zunächst kann ihm zugestimmt werden, dass das regelbasierte Abschaltverfahren auch die unternehmerische Freiheit der Kupfernetzbetreiber signifikant beschränkt, indem es ihnen eine Fortsetzung einer (bestimmten) unternehmerischen Tätigkeit, genauer den Betrieb von Kupfernetzen, langfristig betrachtet dauerhaft verbietet (vgl. Tz. 42). Zwar wirkt sich die Verpflichtung zur Abschaltung von Kupfernetzen in erheblichem Umfang auf die unternehmerische Tätigkeit in Form des Betriebs von (etwa Kupfer- und Glasfaser-) Netzen aus und erfordert gegebenen-

¹⁷ Vgl. hierzu *Kühling*, Fn. 2, D. I. 2.

¹⁸ Vgl. hierzu *Kühling*, Fn. 2, D. I. 3.

falls kostenintensive Maßnahmen¹⁹, etwa den Ausbau von Glasfasernetzen. Nichtsdestotrotz betrifft die infragestehende Maßnahme lediglich den Betrieb eines Teils von Telekommunikationsnetzen. Außerdem hat ein Adressat einer Abschaltverpflichtung in gewissem Umfang etwa die Möglichkeit, „die konkreten Maßnahmen zu bestimmen“²⁰, etwa durch die Festlegung der Migrationsbedingungen durch Betreiber in Kupferabschaltplänen nach Art. 60 DNA-KOM-E.

Weiterhin kritisiert Mastroianni in Tz. 44 ff. seines Rechtsgutachtens verschiedene Aspekte, wobei er jeweils keinen Bezug zu deren spezifischen Relevanz im Rahmen des Art. 16 GRC herstellt. So konstatiert er etwa in Tz. 44: „[...] the Commission does not demonstrate the existence of a direct causal link between the persistence of copper networks and an obstacle to the availability or adoption of fibre.“ Dem kann bereits entgegengehalten werden, dass die Europäische Kommission in ihrem Impact Assessment Report insbesondere den Fortbestand von Kupfernetzen als „problem driver“ identifiziert und seine Relevanz für einen langsamen Ausbau und eine geringe Inanspruchnahme von Glasfasernetzen hervorhebt.²¹ Das reicht zur Plausibilisierung gegenläufiger Schutzaspekte für die Eingriffsrechtfertigung aus. Aus welchen Urteilen des EuGH das strenge Erfordernis der Beweisnotwendigkeit eines unmittelbaren Kausalzusammenhangs folgen soll, bleibt in der Argumentation von Mastroianni offen. Vielmehr geht er offensichtlich von einem sehr strengen Maßstab aus, der den wirtschaftspolitischen Entscheidungsspielraum des Unionsgesetzgebers stark einschränkt. Dieser folgt aber gerade nicht aus der Rechtsprechung des EuGH.²²

Ein von Mastroianni in Tz. 47 seines Rechtsgutachtens erwähntes Risiko einer Verletzung des Wesensgehalts von Art. 16 GRC ist vorliegend erst recht nicht anzunehmen. Zwar wird der Wesensgehalt („contenu essentiel“) auch anhand der Eingriffsintensität bestimmt.²³ Insoweit kohärent gründet nach Mastroianni das Risiko einer Verletzung des Wesensgehalts auf dem enteignenden Charakter des Eingriffs und dem Fehlen einer kompensatorischen Regelung (vgl. Tz. 47). Allerdings ist vorliegend von einer Nutzungsregelung auszugehen (dazu 1.), wobei die

¹⁹ Vgl. EuGH, Urt. v. 27.03.2014, Rs. C-314/12 (UPC Telekabel Wien), ECLI:EU:C:2014:192, Rn. 50.

²⁰ EuGH, Urt. v. 03.06.2016, Rs. C-134/15 (Lidl), ECLI:EU:C:2016:498, Rn. 29; Urt. v. 27.03.2014, Rs. C-314/12 (UPC Telekabel Wien), ECLI:EU:C:2014:192, Rn. 52.

²¹ *Europäische Kommission*, Impact Assessment Report, 21.01.2026, SWD(2026) 13 final, Part 1/3, S. 34 ff.

²² Vgl. vielmehr etwa EuGH, Urt. v. 17.12.2015, Rs. C-157/14 (Neptune), ECLI:EU:C:2015:823, Rn. 76; Urt. v. 12.07.2005, verb. Rs. C-154/04 u. 155/04 (Alliance for Natural Health und Nutri-Link Ltd), Slg. 2005, I-6451, Rn. 52; Urt. v. 10.12.2002, Rs. C-491/01 (British American Tobacco), Slg. 2002, I-11453, Rn. 123; Urt. v. 17.10.1995, C-44/94 (Fishermen’s Organizations u.a.), Slg. 1994, I-3115, Rn. 57.

²³ *Kühling/Drechsler*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV*, Band 1, 2. Auflage 2023, Art. 16 GRC, Rn. 20 m.w.N.; vgl. exemplarisch etwa EuGH, Urt. v. 08.02.2018, Rs. C-380/16 (Kommission/Deutschland), ECLI:EU:C:2018:966, Rn. 67.

unternehmerische Tätigkeit des Netzbetriebs als solche nicht verhindert wird, sondern lediglich der Betrieb von Kupfernetzen auf der Zeitschiene gegebenenfalls früher als betriebswirtschaftlich geplant eingeschränkt wird. Daher ist eine Verletzung des Wesensgehalts von Art. 16 GRC auf der Basis der Ausführungen im Gutachten vom März 2026 und den Ausführungen in dieser Stellungnahme erst recht fernliegend.

Infolge der juristischen Einschätzung von Mastroianni ergibt sich vorliegend keine zum Rechtsgutachten differierende Bewertung des regelbasierten Abschaltverfahrens. Im Ergebnis ist kein Verstoß der geplanten sekundärrechtlichen Regelungen gegen Art. 16 GRC anzunehmen.

3. Vereinbarkeit mit Art. 345 AEUV

Aus der Vorschrift zur innerstaatlichen Eigentumsordnung gemäß Art. 345 AEUV (Art. 222 EWGV/EGV-Maastricht, Art. 295 EGV-Nizza) folgt, dass die Unionsorgane bei der Ausübung ihrer Kompetenzen verpflichtet sind, die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten unberührt zu lassen (Kompetenzausübungsvorbehalt).²⁴

Grundsätzlich wird auf die Ausführungen zu Art. 345 AEUV im Rechtsgutachten des Verfassers verwiesen.²⁵ Hervorzuheben ist vorliegend insbesondere, dass die bisherigen Urteile des EuGH zu Art. 345 AEUV noch keine eingrenzende Wirkung der Bestimmung haben erkennen lassen,²⁶ sodass der EuGH die Relevanz der Vorschrift stark einschränkt. Die Zulässigkeit etwaiger in die Eigentumsgarantie eingreifender Regelungen wird konsequenterweise an den sonstigen Vertragsvorschriften gemessen, insbesondere an Art. 17 GRC in materieller Hinsicht (dazu bereits 1.) und an Art. 5 Abs. 1 EUV in kompetenzieller Hinsicht (dazu sogleich II. 1. und 2.).²⁷ Eine Beschränkungswirkung aus Art. 345 AEUV greift hier nicht.

Insoweit kohärent verweist Mastroianni in seinem Rechtsgutachten im Rahmen des Art. 345 AEUV auf Art. 17 GRC (Tz. 24) und zitiert die Urteile in der Rechtssache Hauer und in der Rechtssache Kadi und Al Barakaat. Diese Urteile beziehen sich gegenständlich aber nicht auf Art. 345 AEUV, sondern auf die unionsrechtliche Eigentumsgarantie.²⁸ Zugleich nimmt

²⁴ Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 345 AEUV, Rn. 5; Kühling, Fn. 2, D. I. 4. a).

²⁵ Kühling, Fn. 2, D. I. 4.

²⁶ Vgl. die weiteren Ausführungen zu verschiedenen Urteilen im Rechtsgutachten, Kühling, Fn. 2, D. I. 4. b).

²⁷ Kühling, Fn. 2, D. I. 4. c).

²⁸ EuGH, Urt. v. 03.09.2008, verb. Rs. C-402/05 P und C-415/05 P (Kadi und Al Barakaat International Foundation/Rat der Europäischen Union und Kommission der Europäischen Gemeinschaften), Slg. 2008, I-06351, Rn. 354 ff.; Urt. v. 13.12.1979, Rs. 44/79 (Liselotte Hauer/Land Rheinland-Pfalz), Slg. 1979, 3727, Rn. 17 ff. Der Gerichtshof leitete ein solches unionsrechtliches Grundrecht in ständiger Rechtsprechung aus den gemeinsamen Verfassungskonzeptionen der Mitgliedstaaten und Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention her, Kühling, Fn. 2, D. I. 4. b).

Mastroianni allerdings einen Verstoß gegen Art. 345 AEUV durch das sekundärrechtliche Abschaltverfahren an (Tz. 25), wobei er diesen aus der aus seiner Sicht bestehenden Verletzung von Art. 17 GRC ableitet. Ein Verstoß gegen Art. 17 GRC ist jedoch abzulehnen (dazu bereits 1.), sodass zum einen dem Ergebnis von Mastroianni und zum anderen bereits seiner dogmatisch unzutreffenden und vor allem nicht der Judikatur des EuGH entsprechenden Herleitung zugestimmt werden kann.

Das von Mastroianni in Tz. 22 seines Rechtsgutachtens zitierte Urteil in der Rechtssache Essent befasst sich zwar mit Art. 345 AEUV. In diesem Urteil betrachtete der EuGH ein nationales (!) Privatisierungsverbot im Energiesektor durchaus als von Art. 345 AEUV erfasst, allerdings hielt er zugleich die nationale Rechtsvorschrift für nach Art. 63 AEUV rechtfertigungsbedürftig.²⁹ Dadurch wird nochmals deutlich, dass der EuGH Art. 345 AEUV lediglich in kompetenzieller Hinsicht die Anerkennung der Befugnis der Mitgliedsstaaten zur Festlegung der Eigentums(zu)ordnung entnimmt, allerdings (wie bereits festgestellt) einzelne Regelungen in materieller Hinsicht umfassend dem Unionsrecht unterwirft.³⁰ Auch hieraus lässt sich keine vorliegend relevante Beschränkungswirkung aus Art. 345 AEUV folgern.

Entgegen der Auffassung von Mastroianni verstößt das regelbasierte Abschaltverfahren nach Art. 53 bis 61 DNA-KOM-E deshalb nicht einmal im Ansatz gegen Art. 345 AEUV. Vielmehr wird in dieser Argumentation im Gutachten von Mastroianni die fehlende Abstützung der Aussagen von Mastroianni in der Rechtsprechung des EuGH besonders deutlich: Für eine Einschränkung des Unionsgesetzgebers aus Art. 345 AEUV führt Mastroianni zwei Urteile an, die sich gar nicht mit Art. 345 AEUV befassen und ein Urteil, das nicht den Unionsgesetzgeber, sondern den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber adressiert. Der Grund, warum Mastroianni kein stattdessen erforderliches Urteil des EuGH anführen kann, aus dem sich eine signifikante Beschränkung des Spielraums des Unionsgesetzgebers bei wirtschaftspolitischen Rechtsakten aus Art. 345 AEUV ableiten lässt, ist ein einfacher: Es gibt diese Rechtsprechung nicht. Wie an anderer Stelle ausführlich dargelegt,³¹ bleibt Art. 345 AEUV trotz unterschiedlicher Deutungsversuche in der Literatur letztlich kryptisch und hat zu keinen relevanten Einschränkungen insbesondere des Unionsgesetzgebers bei der Ausübung seiner Gesetzgebungskompetenzen ge-

²⁹ EuGH, Urt. v. 22.10.2013, verb. Rs. C-105/12 bis C-107/12 (Staat der Nederlanden/Essent NV u.a.), ECLI:EU:C:2013:677, Rn. 48; *Kühling*, Fn. 2, D. I. 4. b).

³⁰ *Kühling*, Fn. 2, D. I. 4. b).

³¹ *Kühling*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 345 AEUV, Rn. 1 ff.

führt. Daher ist auch vorliegend die Annahme eines Verstoßes gegen Art. 345 AEUV durch die Art. 53 bis 61 DNA-KOM-E fernliegend.³²

II. Vereinbarkeit des regelbasierten Abschaltverfahrens mit weiteren Vorschriften und Prinzipien

Im Folgenden ist knapp auf die Vereinbarkeit des regelbasierten Abschaltverfahrens mit weiteren Vorschriften, insbesondere mit Art. 5 EUV und Art. 114 AEUV (dazu sogleich 1. und 2.), sowie mit den unionsrechtlichen Prinzipien des Verbraucherschutzes und der Nichtdiskriminierung (dazu 3.) einzugehen, zu denen sich der Verfasser im Gutachten vom März 2026 noch nicht geäußert hat, da entsprechende Verstöße sehr fernliegend sind.

1. Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung aus Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EUV in Verbindung mit der Binnenmarktkompetenz aus Art. 114 AEUV

In formeller Hinsicht bringt Mastroianni zunächst einen Verstoß gegen den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung aus Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EUV in Verbindung mit der Binnenmarktkompetenz aus Art. 114 AEUV (Art. 95 EG, Art. 100a EGV) vor. So stellt er insbesondere in Tz. 14 seines Rechtsgutachtens fest: „In the present case, serious doubts arise as to whether the mandatory switch-off of copper networks can legitimately be characterised as a harmonisation measure necessary of the functioning of the internal market, within the meaning of Article 114 TFEU.“

Zunächst geht Mastroianni davon aus, dass die Voraussetzungen der Binnenmarktkompetenz aus Art. 114 Abs. 1 S. 2 AEUV nicht vorlägen. So stellt er fest, dass die Koexistenz von Kupfer- und Glasfasernetzen weder Hindernisse für die Grundfreiheiten noch nennenswerte Verzerrungen des grenzüberschreitenden Wettbewerbs begründet, sondern vielmehr die unterschiedlichen Entwicklungsstadien nationaler Infrastrukturen widerspiegelt (Tz. 16). Ferner nimmt er einen Verstoß gegen die Begründungspflicht der Europäischen Kommission aus Art. 296 AEUV an, der im Wege einer Nichtigkeitsklage gemäß Art. 263 AEUV und eines Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Art. 267 AEUV geltend gemacht werden könnte (Tz. 15).

Zu untersuchen ist vorliegend, ob der Auffassung von Mastroianni zuzustimmen oder ob ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EUV in Verbindung mit Art. 114 AEUV abzulehnen ist.

³² Ausführlich dazu *Kühling*, Fn. 2, D. I. 4. b) und c).

Gemäß Art. 26 Abs. 2 AEUV umfasst der Binnenmarkt einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist. Etwaige auf Grundlage des Art. 114 Abs. 1 S. 2 AEUV erlassene Rechtsakte müssen „tatsächlich den Zweck haben, die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zu verbessern.“³³ Die Kompetenzgrundlage kann bei bestehenden Unterschieden zwischen nationalen Vorschriften herangezogen werden, wenn die „Unterschiede geeignet sind, die Grundfreiheiten zu beeinträchtigen oder sich auf diese Weise unmittelbar auf das Funktionieren des Binnenmarkts auszuwirken oder zu spürbaren Wettbewerbsverzerrungen zu führen“³⁴. Darüber hinaus kann Art. 114 AEUV einer „Entstehung solcher Hindernisse für den Handel infolge einer heterogenen Entwicklung der nationalen Rechtsvorschriften vorbeugen. Allerdings muss ihr Entstehen wahrscheinlich sein und die fragliche Maßnahme ihre Vermeidung bezwecken.“³⁵ Insbesondere in solchen, durch komplexe technische Besonderheiten geprägten Bereichen besteht ein weiterer Spielraum des Unionsgesetzgebers hinsichtlich der „Maßnahmen zur Angleichung“ im Sinne des Art. 114 Abs. 1 S. 2 AEUV.³⁶ Eine zu enge Interpretation der Voraussetzungen von Art. 114 AEUV widerspräche allerdings der weiten Auslegung in der Rechtspraxis des EuGH.³⁷

Grundsätzlich wird ein Binnenmarkt für Telekommunikation gefordert,³⁸ der bislang nicht erreicht wurde. So werden im Festnetzbereich, insbesondere hinsichtlich des Standes des Glasfasernetzausbaus, beträchtliche Unterschiede zwischen den Mitgliedsstaaten festgestellt.³⁹ Nach der Monopolkommission bleibt der Binnenmarkt insoweit auch für den Telekommunikationssektor bis heute „ein unvollendetes Projekt“⁴⁰.

³³ EuGH, Urt. v. 05.10.2000, Rs. C-376/98 (Bundesrepublik Deutschland/Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union), Slg. 2000, I-08419, Rn. 84.

³⁴ EuGH, Urt. v. 08.06.2010, Rs. C-58/08 (Vodafone u.a.), Slg. 2010, I-04999, Rn. 32.

³⁵ EuGH, Urt. v. 08.06.2010, Rs. C-58/08 (Vodafone u.a.), Slg. 2010, I-04999, Rn. 33; Urt. v. 12.12.2006, Rs. C-380/03 (Bundesrepublik Deutschland/Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union), Slg. 2006, I-11573, Rn. 38; Urt. v. 09.10.2001, Rs. C-377/98 (Niederlande/Parlament und Rat), Slg. 2001, I-7079, Rn. 15; Urt. v. 13.07.1995, Rs. C-350/92 (Spanien/Rat), Slg. 1995, I-1985, Rn. 35.

³⁶ EuGH, Urt. v. 08.06.2010, Rs. C-58/08 (Vodafone u.a.), Slg. 2010, I-04999, Rn. 35 m.w.N.

³⁷ Vgl. *Mast*, GRUR Int. 2024, 607 (609), der feststellt, dass insoweit lediglich vier Urteile des EuGH existieren, in denen das Vorliegen der Voraussetzungen der Binnenmarktkompetenz abgelehnt wurde. Vgl. zudem *Goldmann*, EuR 2026, 311 (323).

³⁸ Etwa *Draghi*, The future of European competitiveness, Part B In depth-analysis and recommendations, 09.09.2024, abrufbar unter: https://commission.europa.eu/document/download/ec1409c1-d4b4-4882-8bdd-3519f86bbb92_en?filename=The%20future%20of%20European%20competitiveness_%20In-depth%20analysis%20and%20recommendations_0.pdf (zuletzt abgerufen am 27.07.2026), S. 74; *Monopolkommission*, Telekommunikation 2025: Mit Wettbewerb zum Binnenmarkt!, 14. Sektorgutachten, abrufbar unter: <https://www.monopolkommission.de/publikationen/telekommunikation/sektorgutachten/telekommunikation-2025-mit-wettbewerb-zum-binnenmarkt#c2007> (zuletzt abgerufen am 27.07.2026), Tz. 1 und 85.

³⁹ *Monopolkommission*, Fn. 38, Tz. 85.

⁴⁰ *Monopolkommission*, Fn. 38, Tz. 1.

Während der Datenverkehr und die Nachfrage nach Gigabit-Konnektivität zunehmen,⁴¹ bestehen (trotz der aktuell geltenden EKEK-Richtlinie) unterschiedliche nationale regulatorische Ansätze, welche die Europäische Kommission als eine der zentralen Ursachen für die Differenzen beim Glasfaserausbau betrachtet.⁴² Diese Fragmentierung führt nach Einschätzung des im Auftrag der Europäischen Kommission und des Europäischen Rates vom ehemaligen italienischen Ministerpräsidenten Enrico Letta veröffentlichten, hochrangigen Berichtes zur Zukunft des europäischen Binnenmarktes zu einer Beeinträchtigung grenzüberschreitender Tätigkeiten von Betreibern. So stellt Letta insbesondere fest: „[...] the EU still includes, currently, 27 distinct national electronic communications markets. This enduring fragmentation hinders the scale and growth of pan-European operators, limiting their ability to invest, innovate, and compete with their global counterparts.“⁴³ Die nationalen Unterschiede sind dadurch zum einen geeignet, spürbare Wettbewerbsverzerrungen etwa aufgrund unterschiedlicher Investitionsentscheidungen hervorzurufen und zum anderen können diese insoweit etwa die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 ff. AEUV und die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 ff. AEUV von Netzbetreibern und anderen Personen beeinträchtigen. Der DNA-KOM-E stellt dies ebenfalls in seinem ErwG 2 fest und strebt deshalb gerade an, „die Entwicklung eines Binnenmarkts der elektronischen Kommunikation durch vereinfachte und stärker harmonisierte Maßnahmen zu erleichtern“, ErwG 17.

Indem die Verwirklichung eines solchen Binnenmarkts unter Geltung des EKEK nicht erreicht wurde, kann mit guten Gründen die Wahl der Handlungsform einer harmonisierenden Verordnung als erforderlich gerechtfertigt werden, Art. 26 Abs. 1 AEUV. Hierauf weist die Europäische Kommission in ErwG 4 DNA-KOM-E hin.

Darüber hinaus bringt Mastroianni vor, dass das geplante regelbasierte Abschaltverfahren vornehmlich struktur- und industriepolitische Ziele, insbesondere die Beschleunigung des Ausbaus von Glasfasernetzen, zu verfolgen scheine und daher nicht Art. 114 AEUV, sondern andere sektorale Vorschriften (insbesondere Art. 173 AEUV) als geeignete Rechtsgrundlage zu betrachten seien (Tz. 17). Ihm kann insofern zugestimmt werden, als Art. 114 AEUV gerade keine Eingriffe trägt, die politische Gemeinwohlkonzepte der Technologieförderung oder der Infrastruk-

⁴¹ ErwG 1 DNA-KOM-E. Weitergehend dazu etwa bereits *Fraunhofer-Institut für offene Kommunikationssysteme Fokus*, Netzinfrastrukturen für die Gigabitgesellschaft, 2016, abrufbar unter: https://www.fokus.fraunhofer.de/de/newsroom/news/gigabit_studie.html (zuletzt abgerufen am 27.07.2026).

⁴² *Europäische Kommission*, Impact Assessment Report, 21.01.2026, SWD(2026) 13 final, Part 1/3, S. 34 ff.

⁴³ *Letta*, Much more than a market, April 2024, abrufbar unter: <https://www.consilium.europa.eu/media/ny3j24sm/much-more-than-a-market-report-by-enrico-letta.pdf> (zuletzt abgerufen am 27.07.2026), S. 52.

turpolitik anstelle von Marktlösungen im Wettbewerb verfolgen⁴⁴. In den Bereichen der Infrastrukturpolitik und des Verbraucherschutzes erfordert Art. 114 AEUV, dass aus unterschiedlichen nationalen Politiken regulative Unterschiede mit Hindernissen für den freien Austausch von Waren oder Dienstleistungen oder Wettbewerbsverzerrungen resultieren.⁴⁵ Solche Hindernisse für Grundfreiheiten sowie mögliche Wettbewerbsverzerrungen wurden aber soeben angeführt.

Entgegen der Auffassung von Mastroianni ist damit weder ein Verstoß gegen den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung wegen des fehlenden Vorliegens der Voraussetzungen der Binnenmarktkompetenz noch insoweit ein Verstoß gegen die Begründungspflicht der Europäischen Kommission aus Art. 296 AEUV ersichtlich. Auch hier geht Mastroianni von einem äußerst strengen Maßstab für die Prüfung der entsprechenden Tatbestände aus, der schlichtweg nicht der Rechtsprechung des EuGH entspricht, die auch insoweit dem Unionsgesetzgeber vielmehr einen relevanten Entscheidungsspielraum gewährt. So stellt der EuGH nämlich fest, dass die Begründung „nicht sämtliche rechtlich oder tatsächlich erheblichen Gesichtspunkte zu enthalten“⁴⁶ braucht.

2. Grundsätze der Subsidiarität und der kompetenzrechtlichen Verhältnismäßigkeit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 und 4 EUV

Der Subsidiaritätsgrundsatz aus Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 EUV ist mittlerweile unstreitig auf die Binnenmarktkompetenz aus Art. 114 AEUV (Art. 95 EG) anwendbar.⁴⁷ Diesem kommt allerdings bei der rechtlichen Beurteilung der Binnenmarktkompetenz im Einzelfall lediglich eine marginale Funktion zu, wobei dies daran liegt, dass der Subsidiaritätsgrundsatz keinen eigenständigen materiellen Gehalt über die tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 114 AEUV hinaus aufweist.⁴⁸ Ohnehin ließ der EuGH bislang am Subsidiaritätsprinzip keinen Unions-

⁴⁴ Gärditz, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, 3. Auflage 2018, Einführung II: Unionsrechtliche Vorgaben, A. I., Rn. 6.

⁴⁵ Gärditz, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, 3. Auflage 2018, Einführung II: Unionsrechtliche Vorgaben, A. I., Rn. 6.

⁴⁶ Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 11.12.2018, Rs. C-493/17 (Weiss u.a.), ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 31; Urt. v. 16.06.2015, Rs. C-62/14 (Gauweiler u.a.), ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 17; Urt. v. 19.11.2013, Rs. C-63/12 (Kommission/Rat), ECLI:EU:C:2013:752, Rn. 98.

⁴⁷ Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 10.12.2002, Rs. C-491/01 (BAT u.a.), Slg. 2002, I-11453, Rn. 179; weitergehende Ausführungen hierzu enthält Classen, in: von der Groebe/Schwarze/Hatje/Terhechte (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 8. Auflage 2025, Art. 114 AEUV, Rn. 105 m.w.N.

⁴⁸ Classen, in: von der Groebe/Schwarze/Hatje/Terhechte (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 8. Auflage 2025, Art. 114 AEUV, Rn. 106 ff.; vgl. zudem Schröder, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 114 AEUV, Rn. 67.

rechtsakt scheitern⁴⁹ und betrachtet sich „institutionell nur als Sekundärwächter nach den nationalen Parlamenten“⁵⁰.

Gleichwohl erfordert Art. 5 Abs. 3 UAbs. 1 EUV zum einen, dass die Ziele der infragestehenden Maßnahme auf nationaler Ebene nicht ausreichend verwirklicht werden können, und zum anderen, dass diese auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind. Bezüglich der ersten Anforderung bringt Mastroianni vor, dass bereits der gegenwärtige Art. 81 EKEK hinreichende Befugnisse für nationale Regulierungsbehörden zur Überwachung und Steuerung des Migrationsprozesses übertrage (Tz. 28). Zwar ist ihm insoweit zuzustimmen, als der Migrationsprozess in einigen Mitgliedstaaten bereits vor längerer Zeit begonnen wurde und dher in einigen (nahezu) abgeschlossen ist. So hat etwa Frankreich mit der Abschaltung der Kupfernetze im Jahr 2025 angefangen.⁵¹ Aufgrund der bestehenden heterogenen Ausgangssituationen hinsichtlich des Glasfaserausbaus, die auch auf unterschiedliche nationale regulatorische Ansätze zurückzuführen sind,⁵² erscheint das Ziel der Erreichung eines Binnenmarkts für Telekommunikation schon auf nationaler Ebene nicht realisierbar. Damit ist entgegen der Auffassung von Mastroianni, der im Rahmen seiner Ausführungen zum Subsidiaritätsprinzip nicht auf den Binnenmarkt eingeht, bereits die erste Anforderung des Art. 5 Abs. 3 UAbs. 1 EUV gegeben. Erst recht ist vorliegend die zweite Anforderung zu bejahen.

Der kompetenzrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aus Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 EUV legt im Rahmen von Art. 114 AEUV über dessen tatbestandliche Voraussetzungen hinausgehend ebenfalls nur begrenzte Anforderungen fest.⁵³ Der Grundsatz verlangt, „dass die von einer Gemeinschaftsbestimmung eingesetzten Mittel zur Erreichung der mit der betreffenden Regelung verfolgten Ziele geeignet sind und nicht über das dazu Erforderliche hinausgehen“⁵⁴. Insoweit nimmt der EuGH jedenfalls eine Prüfung der Eignung und Erforderlichkeit vor,⁵⁵ teil-

⁴⁹ Dies bestätigt etwa *Mast*, GRUR Int. 2024, 607 (610) m.w.N.

⁵⁰ *Schröder*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 114 AEUV, Rn. 67; vgl. etwa EuGH, Urt. v. 04.05.2016, Rs. C-547/14 (Philip Morris), ECLI:EU:C:2016:235, Rn. 216 f.

⁵¹ *Europäische Kommission*, Digital Decade 2025 Country Report France, 16.06.2025, SWD(2025) 294 final, Part 10/27, S. 7.

⁵² *Europäische Kommission*, Impact Assessment Report, 21.01.2026, SWD(2026) 13 final, Part 1/3, S. 34 ff.

⁵³ *Classen*, in: von der Groebe/Schwarze/Hatje/Terhechte (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 8. Auflage 2025, Art. 114 AEUV, Rn. 110.

⁵⁴ EuGH, Urt. v. 08.06.2010, Rs. C-58/08 (Vodafone u.a.), Slg. 2010, I-04999, Rn. 51; Urt. v. 06.12.2005, Rs. C-453/03 u.a. (ABNA u.a.), Slg. 2005, I-10423, Rn. 68.

⁵⁵ Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 03.12.2019, Rs. C-482/17 (Tschechische Republik/Parlament und Rat), ECLI:EU:C:2019:1035, Rn. 76; Urt. v. 04.05.2016, Rs. C-358/14 (Polen/EP und Rat), ECLI:EU:C:2016:323 Rn. 78; Urt. v. 13.05.1997, Rs. C-233/94 (Bundesrepublik Deutschland/Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union), Slg. 1997, I-2405, Rn. 54; Urt. v. 30.11.1995, Rs. C-55/94 (Gebhard), Slg. 1995, I-4165, Rn. 37.

weise auch der Angemessenheit⁵⁶. Dem Unionsgesetzgeber wird hier wiederum ein weiterer Spielraum gewährt, insbesondere im Rahmen komplexer Abwägungsvorgänge etwa in wirtschaftlicher oder technischer Hinsicht.⁵⁷ Bei den Prüfungen der kompetenzrechtlichen und der materiell-rechtlichen Verhältnismäßigkeit lassen sich – im Einzelnen sicherlich diskussionswürdige, da einerseits kompetenzgesteuert und andererseits grundrechtsfundiert – gewisse Ähnlichkeiten erkennen,⁵⁸ sodass vorliegend zunächst auf die im Rechtsgutachten erfolgte ausführliche Untersuchung der Verhältnismäßigkeit des regelbasierten Abschaltverfahrens verwiesen werden kann⁵⁹. So können auch hier etwa Übergangsfristen zur Verhältnismäßigkeit beitragen (dazu bereits I. 1.).⁶⁰ Im Rahmen der Prüfung der kompetenzrechtlichen Verhältnismäßigkeit berücksichtigt der EuGH sodann ebenfalls etwaige Folgenabschätzungen der Europäischen Kommission.⁶¹ Eine umfassende Prüfung der wirtschaftlichen Ausgangssituation und Auswirkungen erfolgte hier durch die Europäische Kommission.⁶² So zieht sie im Rahmen ihres Impact Assessment Reports insbesondere verschiedene regulatorische Optionen in Erwägung, das heißt erstens „Non-binding copper switch-off and limited updates to access regulation“, zweitens „Conditional copper switch-off and updated access regulation“, drittens „Market driven copper switch-off and bottleneck-based access regulation“ und viertens „Mandatory copper switch-off and symmetric regulation“.⁶³ Die Auswirkungen der genannten Optionen werden durch die Europäische Kommission ebenfalls analysiert.⁶⁴

Darüber hinaus umfasst die Prüfung der kompetenzrechtlichen Verhältnismäßigkeit auch die Wahl der Handlungsform, sodass Richtlinien tendenziell Vorrang vor Verordnungen genießen.⁶⁵ Vorliegend resultierte aus dem EKEK-Richtlinienpaket keine hinreichende Förderung des Binnenmarkts für Telekommunikation, sondern vielmehr eine Fragmentierung (vgl. etwa auch

⁵⁶ Etwa EuGH, Urt. v. 04.05.2016, Rs. C-547/14 (Philip Morris), ECLI:EU:C:2016:235, Rn. 165; Urt. v. 16.06.2015, Rs. C-62/14 (Gauweiler u.a.), ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 91; Urt. v. 09.03.2010, verb. Rs. C-379/08 u. C-380/08 (ERG u.a.), Slg. 2010, I-2007, Rn. 86.

⁵⁷ EuGH, Urt. v. 11.12.2018, Rs. C-493/17 (Weiss u.a.), ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 73; Urt. v. 16.06.2015, Rs. C-62/14 (Gauweiler u.a.), ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 68; Urt. v. 17.10.2013, Rs. C-203/12 (Billerud Karlsborg AB u.a.), ECLI:EU:C:2013:664, Rn. 35; Urt. v. 08.07.2010, Rs. C-343/09 (Afton Chemical Limited), Slg. 2010, I-7062, Rn. 28; Urt. v. 08.06.2010, Rs. C-58/08 (Vodafone u.a.), Slg. 2010, I-04999, Rn. 52; Urt. v. 12.11.1996, Rs. C-84/94 (Vereinigtes Königreich und Nordirland/Rat der Europäischen Union), Slg. 1996, I-5755, Rn. 58.

⁵⁸ Vgl. EuGH, Urt. v. 11.12.2018, Rs. C-493/17 (Weiss u.a.), ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 71 ff; Urt. v. 16.06.2015, Rs. C-62/14 (Gauweiler u.a.), ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 66 f.; Urt. v. 08.06.2010, Rs. C-58/08 (Vodafone u.a.), Slg. 2010, I-04999, Rn. 61 ff. Für einen einheitlichen Prüfungsmaßstab im Rahmen des Art. 5 Abs. 4 EUV und des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzips spricht sich etwa Kadelbach, in: von der Groebe/Schwarze/Hatje/Terhechte (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 8. Auflage 2025, Art. 5 EUV, Rn. 49 aus.

⁵⁹ Kühling, Fn. 2, D. I. 1. c) bb).

⁶⁰ Vgl. EuGH, Urt. v. 04.05.2016, Rs. C-547/14 (Philip Morris), ECLI:EU:C:2016:235, Rn. 187.

⁶¹ EuGH, Urt. v. 08.06.2010, Rs. C-58/08 (Vodafone u.a.), Slg. 2010, I-04999, Rn. 55.

⁶² Europäische Kommission, Impact Assessment Report, 21.01.2026, SWD(2026) 13 final.

⁶³ Europäische Kommission, Impact Assessment Report, 21.01.2026, SWD(2026) 13 final, Part 1/3, S. 78 ff.

⁶⁴ Europäische Kommission, Impact Assessment Report, 21.01.2026, SWD(2026) 13 final, Part 1/3, S. 91 ff.

⁶⁵ Schröder, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 114 AEUV, Rn. 64.

ErwG 4 DNA-KOM-E) (dazu bereits 1.), sodass hier auch die Wahl der Handlungsform der Verordnung als erforderlich gerechtfertigt werden kann.

Im Ergebnis kann entgegen der Auffassung von Mastroianni vorliegend weder ein Verstoß gegen den Subsidiaritäts- noch gegen den kompetenziellen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aus Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 und 4 EUV festgestellt werden. Auch hier legt Mastroianni einen strengen Maßstab zugrunde, der wiederum der Judikatur des EuGH gerade nicht entspricht, die vielmehr einen angemessenen Spielraum des Unionsgesetzgebers gerade in wirtschaftspolitischen Entscheidungen gewährt.

3. Weitere unionsrechtliche Vorschriften und Prinzipien

Ein Verstoß gegen die Zielvorgabe des Verbraucherschutzes aus Art. 38 GRC⁶⁶ ist entgegen der Auffassung von Mastroianni (Tz. 51) bereits insofern nicht gegeben, als verbraucherpolitische Anliegen im Rahmen des Abschaltverfahrens berücksichtigt werden sollen, vgl. etwa Art. 57 Abs. 1 lit. b), 59 DNA-KOM-E.

Soweit entsprechend der Auffassung von Mastroianni (Tz. 57) die Gleichbehandlungsgebote und Diskriminierungsverbote aus Art. 20, 21 GRC überhaupt vorliegend einschlägig sind, ist ihre Beeinträchtigung jedenfalls aufgrund des Vorliegens eines objektiven Rechtfertigungsgrundes⁶⁷ und der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt⁶⁸.

⁶⁶ *Krebber*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEU, 6. Auflage 2022, Art. 38 GRC, Rn. 5.

⁶⁷ Zur legitimen Zielsetzung des regelbasierten Abschaltverfahrens im Rahmen des Art. 17 GRC *Kühling*, Fn. 2, D. I. 1. c) bb) (2).

⁶⁸ Ob die Verhältnismäßigkeit der Beeinträchtigung insoweit erforderlich ist, kann deshalb vorliegend dahinstehen. Siehe hierzu etwa *Rossi*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEU, 6. Auflage 2022, Art. 20 GRC, Rn. 26 ff.

III. Ergebnisse der rechtlichen Bewertung

Die Veröffentlichung des vom ehemaligen EuG-Richter Prof. Roberto Mastroianni im Auftrag von Connect Europe im Mai 2026 erstellten Rechtsgutachtens veranlasste die vorliegende, im Auftrag des BREKO angefertigte ergänzende Bewertung im Anschluss an das Rechtsgutachten des Verfassers vom März 2026. Diese Bewertung kommt zu folgenden Ergebnissen:

1. Im Hinblick auf die Vereinbarkeit des regelbasierten Abschaltverfahrens in den Art. 53 bis 61 DNA-KOM-E mit denjenigen Prüfungsmaßstäben, die bereits im Rechtsgutachten des Verfassers vom März 2026 untersucht wurden, ergibt sich infolge des Rechtsgutachtens von Mastroianni keine andere Beurteilung.
2. Im Ergebnis ist – entgegen den Ausführungen von Mastroianni – kein Verstoß der geplanten sekundärrechtlichen Regelungen gegen die Eigentumsgarantie aus Art. 17 GRC anzunehmen und an der umfassend begründeten Einschätzung aus dem Rechtsgutachten vom März 2026 festzuhalten. Die von Mastroianni angeführten Urteile können den von ihm zugrunde gelegten strengen Maßstab nicht begründen, engen den Spielraum des Gesetzgebers in wirtschaftspolitischen Angelegenheiten in einer Art und Weise ein, die nicht der Judikatur des EuGH entspricht, und die anschließende Subsumtion blendet die gegenläufigen umfangreichen Gemeinwohlinteressen zur Rechtfertigung des Eingriffs aus. Insbesondere liegt auf der Basis der Rechtsprechung auch keine ausgleichspflichtige (De-facto-)Enteignung vor.
3. Ebenso wenig ist ein Verstoß gegen die unternehmerische Freiheit aus Art. 16 GRC anzunehmen. Auch hier blendet die Argumentation Mastroiannis wichtige Gemeinwohlgründe für die Rechtfertigung des – gewiss intensiven – Eingriffs aus und legt einen Maßstab zugrunde, der sich nicht aus der Rechtsprechung des EuGH ableiten lässt. Das von Mastroianni angeführte Risiko einer Verletzung des Wesensgehalts von Art. 16 GRC ist erst recht nicht gegeben.
4. Der von Mastroianni behauptete Verstoß des regelbasierten Abschaltverfahren gegen Art. 345 AEUV ist besonders fernliegend. Vielmehr wird in dieser Argumentation die fehlende Abstützung der Aussagen von Mastroianni in der Rechtsprechung des EuGH besonders deutlich: Für eine Einschränkung des Unionsgesetzgebers aus Art. 345 AEUV führt Mastroianni zwei Urteile an, die sich gar nicht mit Art. 345 AEUV befassen, und ein Urteil, das nicht den Unionsgesetzgeber, sondern den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber adressiert. Tatsächlich existieren auch keine Urteile des EuGH, aus denen sich die unterstellte signifikante Beschränkung des Spielraums des Unionsgesetzgebers

bei wirtschaftspolitischen Rechtsakten ableiten ließe. Art. 345 AEUV bleibt trotz unterschiedlicher Deutungsversuche in der Literatur letztlich kryptisch.

5. Auch die weiteren bislang vom Verfasser der vorliegenden Stellungnahme noch nicht untersuchten unionsprimärrechtlichen Prüfungsmaßstäbe führen nicht zu den von Mastroianni behaupteten (möglichen) Rechtsverstößen.
6. Entgegen der Auffassung von Mastroianni ist weder ein Verstoß gegen den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung aus Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EUV wegen fehlenden Vorliegens der Voraussetzungen der Binnenmarktkompetenz aus Art. 114 AEUV noch ein Verstoß gegen die Begründungspflicht der Europäischen Kommission aus Art. 296 AEUV ersichtlich. Auch hier geht Mastroianni von einem äußerst strengen Maßstab für die Prüfung der entsprechenden Tatbestände aus, der schlichtweg nicht der Judikatur des EuGH entspricht, die auch insoweit dem Unionsgesetzgeber vielmehr einen relevanten Entscheidungsspielraum gewährt.
7. Auf derselben Linie kann im Ergebnis entgegen der Auffassung von Mastroianni vorliegend auch ebenso wenig ein Verstoß gegen den Subsidiaritäts- und den kompetenziellen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aus Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 und 4 EUV festgestellt werden. Hier legt Mastroianni erneut einen strengen Maßstab zugrunde, der wiederum der Judikatur des EuGH nicht entspricht, die vielmehr dem Unionsgesetzgeber gerade in wirtschaftspolitischen Entscheidungen einen angemessenen Spielraum gewährt.
8. Ein Verstoß gegen die Zielvorgabe des Verbraucherschutzes aus Art. 38 GRC ist entgegen der Auffassung von Mastroianni bereits insofern nicht gegeben, als verbraucherpolitische Anliegen im Rahmen des Abschaltverfahrens umfassend berücksichtigt werden sollen, vgl. etwa Art. 57 Abs. 1 lit. b), 59 DNA-KOM-E. Soweit entsprechend der Auffassung von Mastroianni die Gleichbehandlungsgebote und Diskriminierungsverbote aus Art. 20, 21 GRC überhaupt vorliegend einschlägig sind, ist ihre Beeinträchtigung jedenfalls aufgrund des Vorliegens eines objektiven Rechtfertigungsgrundes und der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt.

Regensburg, den 27. Juli 2026

Gez. Professor Dr. iur. Jürgen Kühling, LL.M. (Brüssel)