

Prof. Dr. Thomas Fetzer, LL.M. (Vanderbilt)

Universitätsprofessor an der Universität Mannheim

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Regulierungsrecht und Steuerrecht

Kupfer-Glasfaser-Migration

Unions-, verfassungs- und telekommunikationsrechtlicher Rahmen

A	GUTACHTENAUFTRAG	4
B	GUTACHTERLICHE STELLUNGNAHMEN	7
I.	FTTH-/B-AUSBAU ALS ZENTRALE AUFGABE IN DER PRÄMIGRATIONSPHASE	7
II.	RECHTLICHER RAHMEN FÜR DIE MIGRATIONSPHASE	9
1.	<i>Unionsrechtliche Vorgaben, Art. 81 EKEK</i>	10
a)	Wörtliche Auslegung.....	10
b)	Sinn und Zweck	11
c)	Systematische Auslegung.....	14
d)	Zwischenergebnis.....	14
2.	<i>Telekommunikationsgesetzliche Vorgaben, § 34 TKG</i>	15
a)	Persönlicher Anwendungsbereich, § 34 Abs. 1 TKG	15
b)	Prüfungsumfang und Entscheidungsbefugnis der BNetzA, § 34 Abs. 4 S. 3 und 4 i.V.m. Abs. 5 TKG	16
aa)	Allgemein.....	16
bb)	Abschaltung in Gebiet mit mehreren Glasfasernetzen	16
cc)	Abschaltung in Gebiet mit einem Glasfasernetz.....	17
α)	Marktmächtiges Unternehmen mit eigenem Glasfasernetz.....	17
β)	Marktmächtige Unternehmen ohne eigenes Glasfasernetz.....	18
dd)	Zwischenergebnis.....	22
c)	Rechtsfolge	22
aa)	Wirkung einer Entscheidung nach § 34 Abs. 5 TKG	23
bb)	Ermessensentscheidung.....	23
cc)	Zwischenergebnis.....	29
d)	Möglichkeiten zur Verfahrensabschichtung.....	29
aa)	Standardangebotsverfahren, § 29 TKG	30
bb)	Regulierungskonzept, § 17 TKG	30
d)	Zwischenergebnis.....	32
3.	<i>Möglichkeiten zur Schärfung von § 34 TKG de lege ferenda?</i>	33
a)	Ausgestaltung als Verfahren von Amts wegen?	33
b)	Antragsrecht Dritter?.....	34
c)	Gebietsübergreifende Erwägungen im Rahmen der Ermessensausübung nach § 34 Abs. 5 TKG?	35
d)	Abschaltspflicht?.....	36
e)	Zwischenergebnis.....	38
4.	<i>Möglichkeiten zur Schärfung von Art. 81 EKEK de lege ferenda?</i>	38
a)	Zulässigkeit einer europäischen Migrationspflicht?	39
aa)	Eigentumsschutz, Art. 17 Grundrechte-Charta.....	40

bb)	Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten, Art. 345 AEUV	42
cc)	Zwischenergebnis.....	43
b)	Zulässigkeit einer nationalen Migrationspflicht bei Einräumung eines entsprechenden Umsetzungsspielraums durch das Unionsrecht.....	43
aa)	Grundrechtliche Zulässigkeit einer nationalen Migrationspflicht.....	43
α)	Eigentumsfreiheit, Art. 14 GG.....	44
β)	Berufsfreiheit, Art. 12 GG	50
bb)	Vereinbarkeit mit Art. 87f GG.....	51
cc)	Zwischenergebnis.....	52
III.	REGULIERUNG IN DER POST-MIGRATIONSPHASE	53
C	EXECUTIVE SUMMARY	56

A Gutachtenauftrag

Ein Ziel des Europäischen Kodex für die Elektronische Kommunikation (EKEK¹) ist gemäß Art. 3 Abs. 2 lit. a) EKEK die Förderung „des Zugangs zu und der Nutzung von Netzen (...) mit sehr hoher Kapazität durch alle Bürger und Unternehmen der Union“. Als ein Netz mit sehr hoher Kapazität gilt nach Art. 2 Nr. 2 EKEK ein Netz, das komplett aus Glasfaserkomponenten bis zum Verteilerpunkt am Ort der Nutzung besteht oder über eine vergleichbare Leistungsfähigkeit verfügt. Der deutsche Gesetzgeber hat diese unionsrechtlichen Vorgaben in § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG und § 3 Nr. 33 TKG im nationalen Recht umgesetzt. Sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene wird damit das Ziel eines Technologiewechsels hin zu Glasfasernetzen formuliert.² Auch die neue Regierungskoalition hat in ihrem Koalitionsvertrag vereinbart, dass sie einen markt- und verbraucherfreundlichen Übergang von Kupfer- zu Glasfasernetzen anstrebt, die bis in jede (Miet-) Wohnung reichen.³

Der FTTH-Netzausbau – und damit die zentrale Voraussetzung für den angestrebten Technologiewechsel – muss dabei gemäß Art. 87f GG grundsätzlich im Wettbewerb durch privatwirtschaftliche Telekommunikationsunternehmen erfolgen.⁴ Gleichwohl wird zunehmend diskutiert, ob und wenn ja, wie die Migration von Kupfer- auf Glasfasernetze gesetzgeberisch und regulatorisch begleitet werden kann und soll. Dabei sind unterschiedliche Phasen dieser Migration in den Blick zu nehmen:

In einer ersten (Prämigrations-) Phase stellt sich die Frage, wie der Glasfaserausbau regulatorisch und ggf. gesetzgeberisch so unterstützt werden kann, dass eine Migration von Endnutzern von Kupfernetzen auf Glasfasernetze überhaupt sinnvoll möglich ist. So würde etwa eine Nichtversorgung von Endnutzern drohen, wenn Kupfernetze schon außer Betrieb genommen würden, obwohl der Glasfaserausbau noch nicht so weit vorangeschritten ist, dass alle Bestandskunden in einem Ausbaubereich unmittelbar, zumindest aber im Laufe der Migrationsphase über eine neue Glasfaserinfrastruktur versorgt werden können.

In einer zweiten Phase – der eigentlichen Migrationsphase – ist von Bedeutung, wer die Migration initiieren kann und wie sie verfahrensmäßig abläuft. Dabei sind mehrere Aspekte von Relevanz, die im aktuellen Rechtsrahmen von Art. 81 EKEK bzw. § 34 TKG adressiert werden:

¹ Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung), Abl. EU Nr. L 321, 36 vom 17.12.2018.

² Besonders deutlich kommt das Ziel, prioritär FTTH-Netze auszubauen, auch in Art. 10 der Gigabit-InfrastrukturVO zum Ausdruck, der ausdrücklich die auf den Ausbau gebäudeinterner Glasfaserinfrastrukturen und nicht jeglicher VHC-Netzstrukturen abstellt.

³ *CDU/CSU und SPD, Verantwortung für Deutschland*, 21. Legislaturperiode, Zeile 2216 f.

⁴ Zur unternehmerischen Entscheidungsautonomie *Haratsch*, in: *Sodan, GG*, 5. Aufl. 2024, Art. 87f Rn. 7.

Zum einen muss gewährleistet werden, dass der Technologiewechsel nicht zum Nachteil von Endnutzern zu einer wesentlichen Reduktion der im Kupfernetz bestehenden Wahlmöglichkeit von Endnutzern im Glasfasernetz führt. Dies ist insbesondere dann im Blick zu behalten, wenn das bestehende Wettbewerbsniveau im Kupfernetz wesentlich auf der Nutzung von regulierten Vorleistungen basiert, die nach einer Migration auf ein Glasfasernetz so nicht mehr zur Verfügung stehen. Zum anderen ist bei der Migration auch zu bedenken, dass nicht alle Endnutzer höherwertige Glasfaseranschlüsse benötigen und auch nicht zwingend über eine entsprechende Zahlungsfähigkeit verfügen werden. Die Abschaltung eines bestehenden Kupfernetzes liegt damit selbst dann nicht immer zwangsläufig im Interesse der Endnutzer, wenn sie auf ein neues Glasfasernetz wechseln könnten.

Schließlich stellt sich, drittens, in der Postmigrationsphase die Frage nach der regulatorischen Behandlung der Glasfasernetze, wenn Kupfernetze flächendeckend, zumindest aber in einzelnen Gebieten außer Betrieb genommen worden sind. Es steht zu erwarten, dass es auch bei Glasfasernetzen zumindest in bestimmten Versorgungsgebieten Infrastrukturmonopole geben wird, wobei der jeweilige Gebietsmonopolist nicht zwangsläufig die Deutsche Telekom sein wird. Die Frage, wie solche Glasfasermonopole künftig reguliert werden, ist auch von Relevanz für die ersten Phasen der Kupfer-Glasfaser-Migration. Die Postmigrationsregulierung beeinflusst bereits ex ante die Investitionsbereitschaft und die Glasfaserausbauanstrengungen aller Marktteilnehmer und hat dementsprechend Auswirkungen auf die Migrationsstrategien aller Marktteilnehmer. Darüber hinaus wird sie entscheidende Bedeutung für den künftigen Wettbewerb im Endnutzermarkt und damit auch für die Endnutzerinteressen haben.

Wie die drei Phasen – Prämigration, Migration und Postmigration – regulatorisch und ggf. gesetzgeberisch zu begleiten sind, ist derzeit Gegenstand einer fachöffentlichen Debatte. Die Bundesnetzagentur (BNetzA) beschäftigt sich mit dem Themenkomplex seit 2021 im Rahmen des Gigabitforums.⁵ Am 28. April 2025 hat sie Anwendungsleitlinien zu § 34 TKG veröffentlicht.⁶ Die ehemalige Bundesregierung hatte im Rahmen des gescheiterten Gesetzgebungsverfahrens zum TK-Netzausbau-Beschleunigungsgesetz die Erstellung eines Gesamtkonzepts zur Kupfer-Glas-Migration in den Raum gestellt.⁷ Die neue Regierungskoalition strebt wie

⁵ <https://www.gigabitforum.de/DE/Fachthemen/Telekommunikation/Breitband/Gigabitforum/start.html#gt864590>, zuletzt abgerufen am 29.06.2025.

⁶ BNetzA, Impulspapier – Impulse zur regulierten Kupfer-Glas-Migration, abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Fachthemen/Telekommunikation/Kupfer-Glas/Impulspapier.pdf?__blob=publicationFile&v=3, zuletzt abgerufen am 29.06.2025.

⁷ BT-Drucks. 20/13171, S. 113.

erwähnt ebenfalls ein Konzept für eine „markt- und verbraucherfreundliche Migration von Kupfer- auf Glasfasernetze an“.⁸

Ich bin von der Deutsche Telekom AG gebeten worden, gutachterlich dazu Stellung zu nehmen, welche regulatorischen und gesetzgeberischen Handlungsbedarfe und -optionen bestehen, um eine solche markt- und verbraucherfreundliche Migration von Kupfer- auf Glasfasernetze zu vollziehen. Ausgehend von den skizzierten drei Migrationsphasen soll dabei in einem ersten Schritt kurz beleuchtet werden, welche Handlungsbedarfe und -optionen bestehen, um die essenzielle Voraussetzung für eine Migration – den Ausbau von FTTH-Infrastrukturen – regulatorisch und ggf. gesetzgeberisch zu unterstützen (dazu B I.). Im anschließenden Hauptteil wird untersucht, welche gesetzlichen Vorgaben für den Migrationsprozess auf nationaler und europäischer Ebene de lege lata existieren und ob und wenn ja, welche gesetzgeberischen Handlungsoptionen für eine teilweise geforderte Schärfung der bestehenden Regelungen de lege ferenda bestünden (dazu B II.).⁹ Schließlich wird zum Abschluss – wiederum kurz – darauf eingegangen, welche grundlegenden Anforderungen die künftige Regulierung von Glasfasernetzen erfüllen muss, um schon heute einen erfolgreichen Migrationsprozess zu unterstützen (dazu B III.).

⁸ CDU/CSU und SPD, Verantwortung für Deutschland, 21. Legislaturperiode, Zeile 2216 f.

⁹ Dazu insbesondere *Neumann*, Gesetzgeberische Spielräume zur Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration, Gutachten im Auftrag des Bundesverbandes Breitbandkommunikation e.V., 10.04.2024.

B Gutachterliche Stellungnahmen

I. FTTH-/B-Ausbau als zentrale Aufgabe in der Prämigrationsphase

Die Migration von Kunden von einem bestehenden Kupfernetz auf ein neues Glasfasernetz setzt voraus, dass der Glasfasernetzausbau so weit vorangeschritten ist, dass die Versorgung der betroffenen Kunden mit einem Glasfaseranschluss jedenfalls im Laufe des Migrationsprozesses gewährleistet werden kann. Der Glasfasernetzausbau muss gemäß Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG grundsätzlich im Wettbewerb zwischen privaten Unternehmen erfolgen.¹⁰ Wo ein privatwirtschaftlicher Netzausbau nicht möglich ist, kommt ergänzend die staatliche Förderung privater Unternehmen in Betracht. Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG untersagt es dagegen im Grundsatz, dass der Staat hoheitlich Glasfasernetze baut und betreibt, um so die Voraussetzungen für ein Kupfer-Glasfaser-Migration zu schaffen.¹¹

Das WIK ist in einer Studie im Rahmen des Gigabit-Forums zu der Einschätzung gelangt, dass in einem Versorgungsgebiet mindestens 97% der Anschlüsse mit Glasfaser versorgt bzw. erreichbar sein sollten, damit eine aktive Migration bzw. Kupfernetzabschaltung sinnvoll initiiert werden kann.¹² Idealerweise ist dabei auf Homes Connected abzustellen, da die angeschlossenen Haushalte in diesem Fall bei einer Außerbetriebnahme eines bestehenden Kupfernetzes unmittelbar über Glasfaser mit Telekommunikationsdiensten versorgt werden können. Nimmt man demgegenüber Homes Passed als Bezugsgröße, muss die Migrationsphase entsprechend länger ausfallen, um noch über den Zeitraum der Migration hinweg nach und nach den tatsächlichen Anschluss von Haushalten zu bewerkstelligen, die bisher noch über keinen Haus- bzw. Wohnungsanschluss verfügen.¹³

Hält man sich vor Augen, dass Ende 2024 erst ca. 47% der Haushalte als Homes Passed eingeordnet werden konnten und nur 19% Connected waren,¹⁴ wird deutlich, wie weit der Weg noch ist, um überhaupt sinnvoll eine systematische Abschaltung bestehender Kupfernetze und die Migration der Endnutzer auf Glasfasernetze in Betracht ziehen zu können, ohne dabei auch mit dem Gewährleistungsauftrag des Art. 87f Abs. 1 GG in Konflikt zu geraten. Die Rolle

¹⁰ Dazu m.w.N. *Windthorst*, in: *Sachs, Grundgesetz*, 10. Aufl. 2024, Art. 87f Rn. 22 ff.

¹¹ Zur Möglichkeit des privatwirtschaftlichen Netzausbaus durch Kommunen siehe *BVerwG*, Urteil v. 21.09.2018, Az. 6 C.50.16, ECLI:DE:BVerwG:2018:210918U6C50.16.0, Rn. 16 f.

¹² *WIK*, Übergang von Kupfer- auf Glasfasernetze: Interessen, Spannungsfelder und mögliche Schnittmengen, 2022, S. 35.

¹³ *WIK*, Übergang von Kupfer- auf Glasfasernetze: Interessen, Spannungsfelder und mögliche Schnittmengen, 2022, S. 35 f.

¹⁴ *BNetzA*, Impulspapier – Impulse zur regulierten Kupfer-Glas-Migration, abrufbar unter <https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Fachthemen/Telekommunikation/Kupfer-Glas/Impulspapier.pdf?blob=publicationFile&v=3>, S. 7, zuletzt abgerufen am 29.06.2025.

des Staates beim Fortschreiten auf diesem Weg hin zur Erreichung des durch Art. 3 Abs. 2 lit. a) EKEK und § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG vorgegebenen Ziels einer möglichst weitgehenden Verfügbarkeit und Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität muss sich wie erwähnt ausgehend vom Privatwirtschaftlichkeitsgebot des Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG vorrangig darauf beschränken, Rahmenbedingungen zu schaffen, innerhalb derer der privatwirtschaftliche Netzausbau möglichst effektiv und effizient erfolgen kann.¹⁵ Dabei gibt es verschiedene Ansatzpunkte, denen aber im Kern allen gemeinsam ist, dass die Glasfaserausbaukosten bzw. Ausbauhindernisse für Telekommunikationsunternehmen reduziert werden:

Auf einer ersten Ebene gilt es die Anzahl der Homes Passed zu erhöhen und den Infrastrukturausbau voranzubringen. Dabei sind im TKG schon wesentliche Elemente angelegt, wobei ein wichtiger Aspekt die am 26. Juni 2025 vom Bundestag verabschiedete Neuregelung ist, wonach der Telekommunikationsnetzausbau stets im „überragend öffentlichem Interesse“ liegt,¹⁶ so dass ihm bei Genehmigungsentscheidungen grundsätzlich Vorrang gegenüber anderen Belangen eingeräumt werden muss.¹⁷ Eine weitere Stellschraube wäre die Einführung einer Anzeigepflicht für wegerechtsrelevante bauliche Maßnahmen, wonach es nur die Anzeige einer solchen Maßnahme beim Wegebausträger bedarf, die grundsätzlich innerhalb eines Monats zu einer Genehmigungsfiktion des Wegebausträgers für seine Zustimmung nach § 127 Abs. 1 TKG führt.¹⁸

Auf einer zweiten Ebene sind Maßnahmen zu ergreifen, um die Anzahl der Homes Connected zu erhöhen.¹⁹ Dabei wäre es sinnvoll, ausbauenden Telekommunikationsunternehmen für alle Gebäude den Wohnungsstich grundsätzlich zu ermöglichen und die Duldungspflicht des § 145 TKG auszuweiten. Für Mehrfamilienhäuser könnte darüber hinaus ein exklusives Recht eines erstausbauenden Unternehmens zur Einbringung einer Inhouse-Verkabelung geregelt werden, sofern das Unternehmen die Kosten der Verkabelung übernimmt, sich bereit erklärt, alle Wohneinheiten anzuschließen, und eine Mitnutzung zu ermöglichen. Dies könnte dadurch unterstützt werden, dass die Ausrüstungsverpflichtungen nach § 145 Abs. 4 und Abs. 5 TKG

¹⁵ Vgl. dazu *Kment*, in: Jarass/Pieroth, GG, 18. Aufl. 2024, Art. 87f, Rn. 3.

¹⁶ Gesetzesentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes und zur Feststellung des überragenden öffentlichen Interesse für den Ausbau von Telekommunikationsnetzen, BT-Drucks. 21/319.

¹⁷ Hierzu sowie zu den im Gesetzesentwurf vorgesehenen Differenzierungen hierbei *Fetzer*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Digitales zum „TK-Netzausbau-Beschleunigungsgesetz“ am 16.10.2024, S. 1 ff., abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/1024348/9932c1495e7229c476c3aac979e86a3e/Stellungnahme-Prof-Dr-Fetzer-Uni-Mannheim.pdf>.

¹⁸ Auch dies sollte im TK-NABEG angepasst werden, vgl. BT-Drucks. 20/13171, S. 20.

¹⁹ Dazu sowie zum folgenden *WIK*, Abschlussbericht zur Evaluierung des Pilotprojekts Kupfer-Glas-Migration Telekom Deutschland, 2024, S. 29.

dahingehend geschärft werden, dass sie als Auflagen in entsprechende Baugenehmigungen aufgenommen werden, so dass sie ggf. auch im Wege des Verwaltungszwangs durch die Baugenehmigungsbehörde durchgesetzt werden können. Und schließlich sollte auch erwogen werden, ob das Glasfaserbereitstellungsentgelt – so wie es im TK-NABEG zumindest angelegt war – ggf. gerade auch angesichts der inflationsbedingten Kostensteigerungen der letzten Jahre angepasst wird.²⁰

Insgesamt lässt sich daher zum einen festhalten, dass es noch ganz erheblicher Ausbaustrengungen der privaten Telekommunikationsunternehmen bedarf, damit es überhaupt konkret zu einer systematischen und nicht nur punktuellen Abschaltung von Kupfernetzen kommen kann. Zum anderen sollen die vorgenannten Beispiele exemplarisch aufzeigen, dass Regulierer und Gesetzgeber noch eine Reihe von Stellschrauben haben, um diesen privatwirtschaftlichen Ausbau weiter zu unterstützen. Schließlich wird aber auch darüber nachzudenken sein, wie in Gebieten, in denen diese Maßnahmen nicht genügen, um einen privatwirtschaftlichen Ausbau zu stimulieren, mit Hilfe staatlicher Förderprogramme zielgerichtet der Glasfaserausbau vorangebracht werden kann.

II. Rechtlicher Rahmen für die Migrationsphase

Ebenso wie der Glasfaserausbau gemäß Art. 87f Abs. 2 GG grundsätzlich privatwirtschaftlich erfolgen muss und entsprechende – grundrechtlich durch die Berufsfreiheit des Art. 12 GG sowie die Eigentumsfreiheit des Art. 14 GG geschützte – unternehmerische Infrastrukturinvestitionsentscheidungen voraussetzt, ist auch die Entscheidung über den Weiterbetrieb oder die Abschaltung eines bestehenden Kupfernetzes im Ausgangspunkt eine unternehmerische Entscheidung, die als solche grundrechtlichen Schutz genießt.²¹ Sie fällt ebenfalls in den Schutzbereich der durch Art. 12 GG geschützten Berufsfreiheit sowie der durch Art. 14 GG geschützten Eigentumsfreiheit.²²

Zugleich ist festzustellen, dass ein gesetzliches Regulierungsziel gemäß Art. 3 Abs. 2 lit. a) EKEK bzw. § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG der Zugang und die Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität ist. Hierfür ist eine Migration von Endnutzern von Kupfer- auf Glasfasernetze von essentieller Bedeutung. Es wird daher diskutiert, ob Betreiber von Kupfernetzen auf Grundlage des EKEK bzw. TKG im Sinne einer Erreichung des Regulierungsziels aus Art. 3 Abs. 2 lit. a) EKEK bzw. § 2

²⁰ BT-Drucks. 20/13171, S. 11.

²¹ Dazu unten B II. 4. b) aa).

²² In vergleichbarer Weise schützen auf unionsrechtlicher Ebene die unternehmerische Freiheit des Art. 16 Grundrechte-Charta sowie die Eigentumsgarantie des Art. 17 Grundrechte-Charta sowohl die unternehmerische Entscheidungsfreiheit, ein Glasfasernetz zu bauen, als auch ein bestehendes Kupfernetz weiterzubetreiben oder außer Betrieb zu nehmen.

Abs. 2 Nr. 1 TKG zu einer Migration gezwungen werden können, wenn sie keine entsprechende unternehmerische Abschaltentscheidung treffen, obwohl es ein Glasfasernetz gibt, auf das Kunden migriert werden könnten.

Normativer Anknüpfungspunkt für derartige Erwägungen ist de lege lata § 34 TKG („Migration von herkömmlichen Infrastrukturen“).²³ Es ist insofern vorrangig zu untersuchen, welche Tatbestandsvoraussetzungen § 34 TKG hat und welche Rechtsfolgen die Norm vorsieht, um beurteilen zu können, ob sich auf diese Norm eine (unmittelbare oder mittelbare) Migrations- bzw. Kupfernetzabschaltpflicht stützen lassen könnte. Da der einfachgesetzliche Telekommunikationsrechtsrahmen weitgehend sekundärrechtlich durch den EKEK determiniert wird und § 34 TKG konkret der Umsetzung von Art. 81 EKEK dient,²⁴ soll vorab beleuchtet werden, welche grundsätzlichen unionsrechtlichen Vorgaben für die Migration von Kupfer- auf Glasfasernetze bestehen, da diese die Auslegung und Anwendung von § 34 TKG wesentlich mitbestimmen.

1. Unionsrechtliche Vorgaben, Art. 81 EKEK

Ausgangspunkt der Überlegungen, inwieweit das Unionsrecht eine Migrationspflicht ermöglicht oder sogar einfordert, ist Art. 81 EKEK, der explizit die Außerbetriebnahme herkömmlicher Infrastrukturen als Regelungsgegenstand hat.

Betrachtet man den Wortlaut von Art. 81 EKEK, wird allerdings schon bei einer ersten Lektüre klar, dass die Norm keine Rechtsgrundlage dafür bietet, Kupfernetzbetreiber zu einer Außerbetriebnahme ihres Netzes zu zwingen. Vielmehr ist ausgehend vom Wortlaut Regelungsgegenstand der Norm der Prozess der Außerbetriebnahme eines herkömmlichen Netzes, sofern sich ein Kupfernetzbetreiber vorgelagert zu einer solchen Außerbetriebnahme autonom entschieden hat. Dieses Verständnis folgt nicht nur aus der wörtlichen, sondern auch der teleologischen und systematischen Auslegung der Norm eindeutig:

a) Wörtliche Auslegung

Ausgehend von seinem Wortlaut normiert Art. 81 EKEK allein die Verpflichtung eines marktmächtigen Unternehmens, die nationale Regulierungsbehörde rechtzeitig vorab über eine aus eigenem Antrieb geplante Abschaltung oder Ersetzung von herkömmlichen Infrastrukturen zu informieren. Gemäß Art. 81 Abs. 1 EKEK unterrichten Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nämlich die nationale Regulierungsbehörde von „*ihrer Absicht*, Teile des Netzes (...)“

²³ Neumann, Gesetzgeberische Spielräume zur Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration, Gutachten im Auftrag des Bundesverbandes Breitbandkommunikation e.V., 10.04.2024, S. 9 ff.

²⁴ Gesetzesentwurf der Bundesregierung für ein Telekommunikationsmodernisierungsgesetz, BT-Drucks. 19/26108, S. 269.

außer Betrieb zu nehmen“. Der Wortlaut des Art. 81 EKEK enthält demgegenüber keinen Anknüpfungspunkt dafür, dass ein marktmächtiges Unternehmen dazu verpflichtet werden könnte, eine bestehende Infrastruktur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen außer Betrieb zu nehmen bzw. eine entsprechende Anzeige zu tätigen. Mit anderen Worten: Art. 81 EKEK setzt eine unternehmerische Entscheidung zur Abschaltung oder zur Ersetzung einer herkömmlichen Infrastruktur voraus und normiert für diesen Fall eine reine Informationspflicht, aber erzwingt oder ersetzt gar eine solche Entscheidung nicht.²⁵

Eine derartige Entscheidung kann auch weder von Dritten (insbesondere anderen Telekommunikationsunternehmen oder Kunden des marktmächtigen Unternehmens) noch von der nationalen Regulierungsbehörde herbeigeführt werden. Der Wortlaut der Norm ist auch in dieser Hinsicht eindeutig: Allein das marktmächtige Unternehmen hat es in der Hand, eine Anzeige nach Art. 81 EKEK bei der nationalen Regulierungsbehörde zu tätigen, wenn das Unternehmen zuvor eine unternehmerische Entscheidung über die Abschaltung einer herkömmlichen Infrastruktur getroffen hat.

b) Sinn und Zweck

Ausgehend von diesem eindeutigen Wortlaut der Norm stellt sich die Frage, welchen Sinn und Zweck die Norm verfolgt, wenn sie ein marktmächtiges Unternehmen nicht dazu verpflichtet, eine bestehende Kupferinfrastruktur außer Betrieb zu nehmen, sondern lediglich für den Fall einer unternehmerisch determinierten Außerbetriebnahmeentscheidung eine Vorabanzeigespflicht für das Unternehmen normiert.

Auf den ersten Blick scheinen primärer Regelungsgegenstand von Art. 81 EKEK die verfahrensmäßigen Konsequenzen für eine bestehende Regulierungsverfügung zu sein, sofern eine Infrastruktur außer Betrieb genommen werden soll, die von dieser Regulierungsverfügung erfasst ist. Dies ergibt sich aus Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK. Die Regelung sieht vor, dass die nationale Regulierungsbehörde bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen bestehende Verpflichtungen des marktmächtigen Unternehmens in Bezug auf eine außer Betrieb genommene bzw. ersetzte Infrastruktur aufheben kann. Für eine solche primäre Zielsetzung von Art. 81 EKEK spricht aus systematischer Perspektive auch, dass sich die Norm im Kapitel über Zugangsverpflichtungen des EKEK befindet.

Würde sich der Regelungsgehalt des Art. 81 EKEK allerdings hierin erschöpfen, wäre die Norm weitgehend redundant. Denn die nationalen Regulierungsbehörden hätten schon nach Art. 68

²⁵ So im Ergebnis auch *Neumann*, Gesetzgeberische Spielräume zur Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration, Gutachten im Auftrag des Bundesverbandes Breitbandkommunikation e.V., 10.04.2024; *Herrmann*, Möglichkeiten und Grenzen eines Regulierungskonzepts für die Kupfer-Glasfaser-Migration, N&R 2025, 22 (23).

Abs. 6 UAbs. 2 EKEK die Möglichkeit, bei neuen Marktentwicklungen Verpflichtungen aus einer bestehenden Regulierungsverfügung zu überprüfen. Die Außerbetriebnahme von Netzbestandteilen, für die insbesondere Zugangsverpflichtungen nach den Art. 68 ff. EKEK bestehen, könnte von einer nationalen Regulierungsbehörde ohne weiteres als eine relevante Marktentwicklung in diesem Sinne eingeordnet werden, aufgrund derer sie für die Infrastruktur bestehenden Verpflichtungen überprüfen kann. Allerdings ist die durch Art. 68 EKEK eingeräumte Möglichkeit zur Überprüfung bestehender Verpflichtungen faktisch im Regelfall erst mit der Außerbetriebnahme einer regulierten Infrastruktur bzw. allenfalls kurz davor eröffnet. Art. 68 Abs. 6 S. 2 EKEK sieht nämlich keine Pflicht für ein marktmächtiges Unternehmen vor, eine geplante Außerbetriebnahme mit größerem Vorlauf vorab anzuzeigen.

Hieraus ergibt sich dann auch der eigentliche Sinn und Zweck von Art. 81 EKEK: Die nationale Regulierungsbehörde soll so rechtzeitig über eine geplante Außerbetriebnahme informiert werden, dass sie ggf. Vorgaben für einen geordneten Migrationsprozess zum Schutz von Endnutzern und Vorleistungsnachfragern des Kupfernetzes machen kann, das außer Betrieb genommen werden soll. Denn selbst wenn die Migration bzw. die Abschaltung eines bestehenden Kupfernetzes eine unternehmerische Entscheidung des marktmächtigen Unternehmens ist, sind von dieser Entscheidung zwei Personengruppen in besonderer Weise betroffen: Zum einen Endnutzer, die über eine bestehende Kupferinfrastruktur unmittelbar mit Telekommunikationsdiensten versorgt werden und deren Weiterversorgung auch während bzw. nach der Migration gewährleistet werden muss. Zum anderen Vorleistungsnachfrager, die (auferlegte) Kupferleistungen in Anspruch nehmen, um Endnutzer zu versorgen, und deren Geschäftsmodell durch eine Abschaltung wesentlich beeinflusst wird.

Art. 81 EKEK dient davon ausgehend ausschließlich dem Schutz der Endnutzer und der Vorleistungsnachfrager der Kupferinfrastruktur, die außer Betrieb genommen werden soll. Dies kommt explizit auch in Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK zum Ausdruck. Demnach müssen die nationalen Regulierungsbehörden dafür sorgen, dass der Prozess der Außerbetriebnahme oder Ersetzung einen transparenten Zeitplan und transparente Bedingungen vorsieht, „soweit dies für die Wahrung des Wettbewerbs und der Rechte der Endnutzer erforderlich ist“. Dass es dabei nicht allgemein um den Wettbewerb in einem Telekommunikationsmarkt und nicht allgemein um Rechte aller Endnutzer geht, sondern nur der Endnutzer und Vorleistungsnachfrager, die konkret von einer Abschaltung betroffen sind, zeigt sich deutlich an Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 lit. a) EKEK. Demnach muss die nationale Regulierungsbehörde sich vergewissern, dass ein Zugangsanbieter nach einer Migration alternative Zugangsprodukte anbietet, mit denen „Zugangsnachfrager *dieselben* Endnutzer erreichen können“. Von Art. 81 EKEK geschützter Personenkreis sind daher auch ausschließlich diese konkreten Endnutzer und

Vorleistungsnachfrager der Kupferinfrastruktur, die außer Betrieb genommen werden soll, nicht aber alle Endnutzer bzw. alle Vorleistungsnachfrager sowie deren Interessen.

Der Schutz des Art. 81 EKEK ist dabei nicht darauf ausgerichtet, dass die genannten Personengruppen eine Migration verhindern oder erzwingen können sollen. Weder sollen Endnutzer einen Anspruch haben, weiter über die bestehende Kupferinfrastruktur versorgt zu werden. Noch soll das bestehende Geschäftsmodell von Zugangsnachfragern, das auf Kupfervorleistungen basiert, Bestandsschutz erhalten. Vielmehr soll Art. 81 EKEK allein sicherstellen, dass der Prozess der Migration so abläuft, dass Endnutzer auch nach Abschaltung der bestehenden Kupferinfrastruktur weiterhin versorgt werden und Vorleistungsnachfrager ihr Geschäftsmodell ggf. von Kupfervorleistungsprodukten auf Glasfaservorleistungsprodukte umstellen können, um diese Endnutzer auch weiterhin versorgen zu können.

Dieser Bedeutungsgehalt von Art. 81 EKEK kommt auch klar in Erwägungsgrund 209 EKEK zum Ausdruck. Demnach sollen die nationalen Regulierungsbehörden bei der Kupfer-Glasfasermigration „im Interesse der Endnutzer“ Maßnahmen ergreifen können. Dem Schutz dieser Personengruppe dient folglich auch Art. 81 EKEK. Diese primäre Zielrichtung der Migrationsvorschrift ist konsistent mit dem allgemeinen regulatorischen Leitbild des EKEK, wonach Regulierung in erster Linie mögliche Probleme auf Endkundenmärkten zum Nutzen der Endnutzer adressieren soll.²⁶ Auch der Schutz von Vorleistungsnachfragern gem. Art. 81 EKEK ist demnach kein Selbstzweck, sondern bezogen auf den Wettbewerb im Endnutzermarkt in dem von der Abschaltung betroffenen Gebiet zu verstehen.

Erwägungsgrund 209 EKEK macht auch explizit deutlich, dass die Frage des „Ob“ der Migration, also insbesondere ob eine bestehende herkömmliche Infrastruktur außer Betrieb genommen werden soll, allein der unternehmerischen Entscheidung der Netzeigentümer unterliegt. So sollen die nationalen Regulierungsbehörden nämlich die „*Eigeninitiativen* der Netzbetreiber“ in diesem Zusammenhang „*beobachten*“. Erwägungsgrund 209 EKEK stünde insofern auch einem Verständnis der Norm entgegen, wonach schon eine Migration an sich stets im Interesse der Endnutzer liege, weil sie dadurch Zugang zu einem VHC-Netz erhielten, so dass ein Netzbetreiber allein deshalb schon zu einer Migration respektive Abschaltung eines Kupfernetzes verpflichtet werden könne. Erwägungsgrund 209 EKEK führt vielmehr deutlich aus, dass die nationalen Regulierungsbehörden lediglich einen angemessenen „Migrationsablauf“ sicherstellen müssen, nachdem zuvor ein Netzeigentümer seine „Absicht und Bereitschaft“ erklärt hat, auf ein modernisiertes Netz umzuschalten. Dabei dürfen die vorgegebenen Migrationsbedingungen nach Erwägungsgrund 209 EKEK auch nicht so ausgestaltet sein, dass sie einem Netzeigentümer die Möglichkeit nehmen, „herkömmliche Netze außer Betrieb zu

²⁶ Vgl. etwa Erwägungsgrund 29 EKEK.

nehmen“. Mit anderen Worten: Ebenso wenig wie ein Netzbetreiber zu einer Migration gezwungen werden kann, kann ihm eine solche verboten werden, wenn er die Absicht dazu hat.

c) Systematische Auslegung

Weiter gestützt wird dieses Verständnis des Art. 81 EKEK auch durch zwei systematische Erwägungen, die sich aus der Normstellung in Kapitel IV des EKEK – „Zugangspflichten für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht“ – ergeben.

Zum einen lässt sich aus dieser systematischen Stellung folgern, dass Regelungsgehalt der Norm primär die Folgen für Endnutzer und Vorleistungsnachfrager sein sollen, die sich aus der Außerbetriebnahme einer Infrastruktur eines marktmächtigen Unternehmens ergeben, für die eine Zugangspflicht auf Grundlage von Kapitel IV des EKEK besteht, nicht aber die Außerbetriebnahme an sich. Denn: Wenn ein Unternehmen zwar als marktmächtiges Unternehmen gemäß Art. 67 EKEK eingestuft worden ist, ihm aber keine Verpflichtungen nach Art. 68 ff. EKEK auferlegt worden sind, ist Art. 81 Abs. 1 EKEK seinem Wortlaut nach nicht einschlägig. Wenn aber Art. 81 EKEK – mittelbar oder unmittelbar – eine allgemeine Pflicht zur Migration für marktmächtige Unternehmen konstituieren wollte, wäre nicht erklärbar, warum sich diese Pflicht nur auf solche Infrastrukturen beziehen sollte, für die Zugangspflichten auferlegt worden sind. Dies spricht dafür, dass es bei Art. 81 EKEK eben auch lediglich um die Folgen einer Migration für auferlegte Zugangspflichten für hiervon betroffene Endnutzer und Vorleistungsnachfrager gehen soll, nicht aber um die Migrationsentscheidung selbst.

Zum anderen spricht auch die Tatsache, dass Art. 81 EKEK nur marktmächtige Unternehmen adressiert, gegen ein Normverständnis als Instrument für eine – direkte oder indirekte – Migrationspflicht zur Erreichung des Regulierungsziels des Art. 3 Abs. 3 lit. a) EKEK. Für die Erreichung dieses Ziels ist es nämlich unerheblich, ob ein marktmächtiges oder ein nicht marktmächtiges Unternehmen eine Kupferinfrastruktur betreibt, dessen Kunden auf eine Glasfaserinfrastruktur migriert werden könnten. Hätte der europäische Gesetzgeber mit Art. 81 EKEK ein Instrument für eine Migrationspflicht zur Erreichung des Konnektivitätsziels schaffen wollen, wäre zu erwarten gewesen, dass die Norm im Kapitel über symmetrische Verpflichtungen verortet wird, also in Kapitel I oder II des Titel II des EKEK, und dass die Norm unabhängig von beträchtlicher Marktmacht und daran anknüpfenden Zugangspflichten gilt.

d) Zwischenergebnis

Der Unionsgesetzgeber hat mit Art. 81 EKEK eine Norm geschaffen, deren ausschließliches Ziel der Schutz der Endnutzer und der Vorleistungsnachfrager eines marktmächtigen Unternehmens ist, dem im Rahmen einer Regulierungsverfügung Verpflichtungen auferlegt worden sind und das eine regulierte herkömmliche Infrastruktur außer Betrieb nehmen will, über die

diese Endnutzer und Vorleistungsnachfrager versorgt werden. Hierfür sieht die Norm bestimmte Verfahrensvorgaben für den Migrationsablauf vor. Art. 81 EKEK liefert dagegen keine unionsrechtliche Grundlage für eine direkte oder indirekte Migrations- bzw. Kupfernetzabschaltepflcht für Unternehmen.

2. Telekommunikationsgesetzliche Vorgaben, § 34 TKG

Ausgehend von diesem unionsrechtlichen Vorverständnis wird im nächsten Schritt untersucht, welche grundlegenden tatbestandlichen Voraussetzungen § 34 TKG normiert und welche Rechtsfolgen die Norm vorsieht.

a) Persönlicher Anwendungsbereich, § 34 Abs. 1 TKG

§ 34 Abs. 1 TKG begründet eine Anzeigepflicht für Unternehmen, die förmlich im Verfahren der Marktregulierung als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft worden sind, denen eine Zugangsverpflichtung nach § 26 TKG auferlegt worden ist und die eine regulierte Infrastruktur außer Betrieb nehmen oder durch eine neue ersetzen wollen.

Unternehmen, die nicht förmlich als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft worden sind, sowie Unternehmen, die zwar als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft worden sind, denen aber keine Zugangsverpflichtung nach § 26 TKG auferlegt worden ist, werden vom persönlichen Anwendungsbereich der Norm demgegenüber nicht erfasst. Sofern solche Unternehmen eine herkömmliche Infrastruktur ersetzen bzw. außer Betrieb nehmen wollen, unterliegen sie nicht der Anzeigepflicht des § 34 TKG. Dies gilt angesichts des eindeutigen Wortlauts auch dann, wenn sie auf privatautonom vertraglicher Grundlage Vorleistungszugang gewähren, solange sie hierzu nicht durch eine Regulierungsverfügung verpflichtet sind („und wird infolgedessen das Angebot eines nach § 26 auferlegten Zugangsprodukts unmöglich“).

Unternehmen, die vom persönlichen Anwendungsbereich des § 34 Abs. 1 TKG erfasst werden, haben eine Pflicht zur Anzeige mindestens ein Jahr vor der beabsichtigten Außerbetriebnahme einer herkömmlichen Infrastruktur. Der Umfang der Anzeigepflicht ergibt sich aus § 34 Abs. 2 TKG.

Von vorneherein keine Möglichkeit, bei der BNetzA die Einleitung eines Verfahrens nach § 34 TKG zu erwirken, haben Dritte, also insbesondere Wettbewerber, Zugangsnachfrager und Endnutzer. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut der Norm eindeutig, folgt aber auch aus den unionsrechtlichen Vorgaben des Art. 81 EKEK, nach denen allein die Eigeninitiative eines Kupfernetzbetreibers für die Anwendbarkeit der Vorschrift relevant ist.²⁷ Dritte haben daher

²⁷ Dazu ausführlich oben B II. 1.

auch kein subjektives Recht auf die Einleitung eines Verfahrens durch die BNetzA. Ebenso wenig ist eine Verfahrenseinleitung von Amts wegen – auch ohne Initiative Dritter – möglich. Sie stünde auch mit dem unionsrechtlich in Erwägungsgrund 209 EKEK zum Ausdruck kommenden Leitbild nicht in Einklang, wonach die nationalen Regulierungsbehörden die „Eigeninitiative der Netzbetreiber“ bei der Kupfer-Glasfaser-Migration lediglich „beobachten“ sollen.²⁸

b) Prüfungsumfang und Entscheidungsbefugnis der BNetzA, § 34 Abs. 4 S. 3 und 4 i.V.m. Abs. 5 TKG

aa) Allgemein

Der Prüfungsumfang der BNetzA sowie die Rechtsfolge einer Anzeige nach § 34 Abs. 1 TKG ergeben sich aus § 34 Abs. 4 i.V.m. § 34 Abs. 5 TKG. Demnach prüft die Behörde zunächst die vom verpflichteten Unternehmen gem. § 34 Abs. 2 TKG vorgelegten Unterlagen und legt dann einen transparenten Zeitplan und transparente und angemessene Bedingungen für die Abschaltung fest. Das ist Voraussetzung dafür, dass die Behörde im letzten Schritt gemäß § 34 Abs. 5 TKG Zugangsverpflichtungen i. S. d. § 26 TKG aufheben kann, die dem marktmächtigen Unternehmen in einer Regulierungsverfügung auferlegt worden sind.

Streitbefangen dürfte in der Praxis insbesondere sein, was unter „angemessenen Bedingungen“ der Abschaltung zu verstehen ist, die von der BNetzA zu prüfen und festzulegen sind. § 34 Abs. 4 S. 3 TKG spezifiziert diesen Maßstab eher cursorisch dahingehend, dass er die Verfügbarkeit alternativer Zugangsprodukte zu fairen, angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen umfasst. Weitere konkrete Vorgaben ergeben sich aus der Norm nicht.

Die in der Praxis voraussichtlich besonders relevante Frage, was dieser Maßstab konkret bedeutet und insbesondere, wer genau welche Vorleistungen anbieten muss, soll in der Folge danach differenziert betrachtet werden, ob es in einem Migrationsgebiet alternative Glasfasernetze gibt oder ob es dort ein Glasfaserinfrastrukturmonopol gibt. Im letztgenannten Fall ist weiter danach zu unterscheiden, ob das marktmächtige Unternehmen, das sein bestehendes Kupfernetz außer Betrieb nehmen will, oder ein anderer Netzbetreiber das neue Glasfasernetz betreibt.

bb) Abschaltung in Gebiet mit mehreren Glasfasernetzen

In Gebieten, in denen es parallele Glasfaserinfrastrukturen gibt, über die Endnutzer versorgt werden können, bei denen also das Wettbewerbsniveau und die Versorgung der Endnutzer im Grundsatz über mehrere Infrastrukturen gewährleistet werden können, dürfte regelmäßig keine Verpflichtung zur Bereitstellung alternativer Glasfaservorleistungen durch das (im

²⁸ Dazu ausführlich oben B II. 1.

Kupfernetz) marktmächtige Unternehmen in Frage kommen. § 34 Abs. 4 S. 4 TKG sieht nämlich vor, dass die Bereitstellung alternativer Vorleistungsprodukte als Voraussetzung für die Aufhebung von Zugangsverpflichtungen gem. § 34 Abs. 5 TKG nur verlangt werden kann, soweit dies zur Wahrung des Wettbewerbs und (kumulativ) der Rechte der Endnutzer erforderlich ist. D.h., die BNetzA darf die Aufhebung einer Zugangsverpflichtung für eine Kupferinfrastruktur nicht an die Verfügbarkeit alternativer Glasfaserzugangsprodukte durch das marktmächtige Unternehmen knüpfen, wenn der Glasfaservorleistungszugang nicht erforderlich ist, um den Wettbewerb in einem betroffenen Gebiet im Interesse der Endnutzer zu schützen. Besteht echter Glasfaserinfrastrukturwettbewerb dürfte eine derartige Erforderlichkeit im Regelfall nicht bejaht werden können.

cc) Abschaltung in Gebiet mit einem Glasfasernetz

Stellt die Behörde hingegen fest, dass im Interesse der Endnutzer und des Wettbewerbs die Festlegung alternativer Vorleistungen grundsätzlich erforderlich ist, insbesondere, wenn es ein Glasfaserinfrastrukturmonopol gibt, ist bei der konkreten Anwendung nach § 34 Abs. 4 TKG zwischen solchen Gebieten zu unterscheiden, in denen das marktmächtige Unternehmen über eine eigene Glasfaserinfrastruktur verfügt, und solchen Gebieten, in denen ein Wettbewerber ein Glasfasernetz ausgebaut hat. Denn in einem Gebiet, in dem das marktmächtige Unternehmen über eine eigene Glasfaserinfrastruktur verfügt, ist es zur Bereitstellung von eigenen Vorleistungsprodukten grundsätzlich in der Lage. In einem Gebiet ohne eigene Glasfaserinfrastruktur hingegen nicht. Es stellt sich dann die Frage, was das für die Festlegung der Verfügbarkeit alternativer Vorleistungsprodukte nach § 34 Abs. 4 TKG bedeutet.

α) Marktmächtiges Unternehmen mit eigenem Glasfasernetz

Für Gebiete, in denen lediglich das marktmächtige Unternehmen in einem Migrationsgebiet über eine Glasfaserinfrastruktur verfügt, folgt aus § 34 Abs. 4 S. 4 TKG, dass dieses Unternehmen nach der Abschaltung seines Kupfernetzes im Regelfall Glasfaservorleistungen wird anbieten müssen, um den Wettbewerb zu gewährleisten, denn andere Anbieter von Vorleistungen gibt es in diesem Szenario nicht. Die Vorleistungen müssen dabei nach § 34 Abs. 4 S. 4 TKG im Hinblick auf Qualität, Geschwindigkeit und Endnutzerreichweite lediglich „vergleichbar“ zu denen der zuvor angebotenen Kupfervorleistungen sein, soweit dies im Interesse des Wettbewerbs und der Endnutzerinteressen erforderlich ist. Dies bedeutet, dass nicht zwingend sämtliche Bandbreiten oder Leistungsmerkmale von Kupfervorleistungen auch bei FTTH-Vorleistungsprodukten verfügbar sein müssen. Vielmehr können vergleichbare Vorleistungsprodukte auch solche mit höherer Qualität (insbesondere mit höherer Bandbreite) sein. Aus systematischer Sicht sind dabei von vorneherein nur solche Vorleistungen in den Blick zu

nehmen, zu deren Angebot das marktmächtige Unternehmen durch eine Regulierungsverfügung verpflichtet ist.

Bietet das Unternehmen darüberhinausgehende Vorleistungen freiwillig an, sind diese für die Betrachtung nach § 34 Abs. 4 S. 4 TKG nicht relevant. Dies folgt daraus, dass § 34 TKG von vorneherein nur auf marktmächtige Unternehmen Anwendung findet, die zum Vorleistungszugang nach § 26 TKG verpflichtet worden sind. Der freiwillige Vorleistungszugang ist für die Norm grundsätzlich nicht von Relevanz.

Der Gesetzgeber geht davon aus, dass bei einer Vergleichbarkeit der (regulatorisch auferlegten) Kupfervorleistungen einerseits und der Glasfaservorleistungen andererseits „angemessene Bedingungen“ i.S.d. § 34 Abs. 4 S. 3 TKG gegeben sind. Aus diesem Vergleichbarkeitsmaßstab lässt sich im Hinblick auf die Entgeltgestaltung zweierlei ableiten: Zum einen findet jedenfalls keine streng kostenorientierte Beurteilung der Vorleistungsentgelte statt, auch wenn die zuvor angebotenen Vorleistungen einer kostenorientierten Regulierung unterlagen. Hätte der Gesetzgeber eine solche auch als Maßstab für Glasfaservorleistungsentgelte gewollt, hätte er statt der Vergleichbarkeit der Bedingungen ein „Entsprechen“ der Bedingungen normieren müssen. Zum anderen – und aus dem ersten Punkt logisch folgend – können die Preise für Glasfaservorleistungen auch von den Kupfervorleistungspreisen abweichen, da diese nur „vergleichbar“, also nicht identisch sein müssen. D.h., dass bei den Glasfaservorleistungspreisen auch der höheren Qualität von Glasfasernetzen im Vergleich zu Kupfernetzen Rechnung getragen werden kann.

Trotz dieser Spezifizierungen bleibt der von der BNetzA anzuwendende Beurteilungsmaßstab im Detail unscharf. Die damit einhergehende Rechtsunsicherheit könnte dadurch verringert werden, dass die Behörde hier vorab in einem Regulierungskonzept auf Grundlage von § 17 TKG aufzeigt, welchen Maßstab sie an Glasfaservorleistungen anlegen wird, um deren Angemessenheit zu prüfen.²⁹

β) Marktmächtige Unternehmen ohne eigenes Glasfasernetz

Insbesondere von Wettbewerbern der Deutsche Telekom wird die Forderung erhoben, dass das Unternehmen sein bestehendes Kupfernetz nicht nur in solchen Gebieten außer Betrieb nehmen dürfe, in denen es ein eigenes Glasfasernetz ausgebaut hat, sondern auch in solchen

²⁹ Dazu unten B 2. d) aa). Das Impulspapier der BNetzA zur Kupfer-Glas-Migration betont demgegenüber ausdrücklich, dass alle Entscheidungen nach § 34 TKG Einzelfallentscheidungen sind, für die jedenfalls das Impulspapier nicht vorgreiflich sein soll. *BNetzA*, Impulspapier – Impulse zur regulierten Kupfer-Glas-Migration, abrufbar unter <https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Fachthemen/Telekommunikation/Kupfer-Glas/Impulspapier.pdf?blob=publicationFile&v=3>, S. 39, zuletzt abgerufen am 29.06.2025.

Gebieten seine Kupfernetze abschalten müsse, in denen nicht die Deutsche Telekom, sondern Wettbewerber eine Glasfaserinfrastruktur bereitstellen, auf die aber auch Endnutzer sowie ggf. Vorleistungsnachfrager der Deutsche Telekom migriert werden könnten.

Dies wirft die Frage auf, welche Konsequenzen sich für eine Entscheidung der BNetzA nach § 34 Abs. 5 TKG ergeben, wenn ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht ein Kupfernetz abschalten will, ohne dass die BNetzA ihm unmittelbar die Bereitstellung von Vorleistungen i.S.d. § 34 Abs. 4 S. 2 und 3 TKG auferlegen könnte, weil das Unternehmen selbst über kein Glasfasernetz im von der Abschaltung betroffenen Gebiet verfügt.

Betrachtet man den Wortlaut des § 34 Abs. 4 S. 4 TKG könnte man auf den ersten Blick der Auffassung sein, dass ein marktmächtiges Unternehmen sein Kupfernetz entweder überhaupt nur in solchen Gebieten außer Betrieb nehmen kann, in denen es über eine eigene Glasfaserinfrastruktur verfügt, über die es weiterhin selbst Vorleistungen anbieten kann, um den bestehenden Wettbewerb zu gewährleisten – oder dass das marktmächtige Unternehmen eine Verantwortung für die Verfügbarkeit von alternativen Vorleistungsprodukten nach Abschaltung seines Kupfernetzes auch unabhängig von einer eigenen Glasfaserinfrastruktur besitzt. Für eine solche besondere Verantwortung des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht scheint auch Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK zu sprechen, wonach sich die nationale Regulierungsbehörde vergewissern muss, dass „der Zugangsanbieter geeignete Voraussetzungen für die Migration geschaffen hat, einschließlich der Bereitstellung eines alternativen Zugangsprodukts“.

Einem solch weitreichenden Verständnis von § 34 TKG als Gewährleistungsverpflichtung eines marktmächtigen Unternehmens für eine fortwährende Versorgung von Endnutzern und Vorleistungsnachfragen auch ohne eigene Glasfaserinfrastruktur stehen allerdings eindeutige teleologische sowie systematische Aspekte entgegen, die auch eine entsprechende teleologische Reduktion des Wortlauts von Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK fordern.

Gegen ein Verständnis des § 34 TKG, wonach die Abschaltung eines Kupfernetzes von vornherein nur in Gebieten zulässig sein soll, in denen das marktmächtige Unternehmen nach der Abschaltung eigene Glasfaservorleistungen anbieten kann, spricht auf einer grundsätzlichen Ebene schon, dass dies den Regulierungszielen der Art. 3 Abs. 3 lit. a) EKEK bzw. § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG diametral zuwiderlaufen würde. Sie setzen ja gerade die Migration von Kupfernetzen auf Glasfasernetze voraus. Es wäre widersinnig, ein faktisches Abschaltverbot für Kupfernetze zu begründen, wenn das marktmächtige Unternehmen in der Folge keine eigenen Kupfer- oder Glasfaservorleistungen mehr anbieten könnte. Dass ein solches faktisches „Abschaltverbot“ für marktmächtige Unternehmen außerhalb der eigenen Glasfaserausbaugebiete unzulässig wäre, zeigt auch Erwägungsgrund 209 EKEK. Demnach soll es Unternehmen gerade

möglich sein, bestehende Infrastrukturen außer Betrieb zu nehmen. Hält man sich schließlich vor Augen, dass eine Verpflichtung zum Weiterbetrieb eines bestehenden Netzes trotz entgegenstehender unternehmerischer Entscheidung zu erheblichen Grundrechtseingriffen beim Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht führen würde,³⁰ wird deutlich, dass § 34 TKG nicht in einer Weise verstanden werden kann, bei der die Außerbetriebnahme eines herkömmlichen Netzes nur in Gebieten zulässig ist, in denen ein marktmächtiges Unternehmen ein eigenes Glasfasernetz ausgebaut hat, um hierüber Vorleistungen für Dritte anbieten zu können.

Aber auch ein Verständnis der Norm, wonach das marktmächtige Unternehmen in Gebieten ohne eigenes Glasfasernetz zwar sein Kupfernetze außer Betrieb nehmen darf, dann aber eine Art Gewährleistungsverantwortung für die Verfügbarkeit angemessener Vorleistungsprodukte durch Dritte hat, die in diesem Gebiet ein Glasfasernetz ausgebaut haben, ist nicht zulässig:

Zum einen fordert bereits der Wortlaut des § 34 Abs. 4 S. 3 TKG nicht, dass es das marktmächtige Unternehmen ist, das nach einer Außerbetriebnahme seines Kupfernetzes (eigene oder bei Dritten eingekaufte) Vorleistungen anbieten muss. Vielmehr wird nur generell von einer Verfügbarkeit entsprechender Vorleistungen gesprochen. Dies ist auch deshalb folgerichtig, weil es Sinn und Zweck des § 34 TKG ist, sicherzustellen, dass Endnutzer nach einer Migration weiterhin versorgt werden und ein im Kupfernetz bestehendes Wettbewerbsniveau im Interesse der Endnutzer auch nach der Migration erhalten bleibt. Ob diese Versorgung durch das marktmächtige Unternehmen oder Dritte gesichert wird, ist für diese Zielsetzung unerheblich. Dabei ist auch zu bedenken, dass § 34 Abs. 6 TKG ausdrücklich vorsieht, dass eine Regulierungsverfügung für die neuen Netze unberührt bleibt, dass also der Wettbewerb im Glasfasernetz auch auf die Weise sichergestellt werden kann, das andere (lokal oder regional) marktmächtige Glasfasernetzbetreiber Zugang zu ihrem Netz gewähren müssen.

Zum anderen ist der Wortlaut des § 34 Abs. 4 TKG auch nicht im Lichte des Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK erweiternd so auszulegen, dass dem marktmächtigen Unternehmen eine besondere Gewährleistungsverantwortung für die Verfügbarkeit von Glasfaservorleistungen zukommt. Vielmehr ist Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK selbst teleologisch zu reduzieren. Denn im Ausgangspunkt gilt auch für diesen der allgemeine Rechtsgrundsatz, dass das Recht Unmögliches nicht verlangen kann.³¹ Verfügt ein Unternehmen aber in einem Ausbaugebiet über keine

³⁰ Hierbei sind zum einen die Freiheitsrechte des marktmächtigen Unternehmens von Relevanz, namentlich dessen Berufsfreiheit. Zum anderen könnte auch ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vorliegen, wenn ein bestimmtes Unternehmen dazu verpflichtet wäre, eine Infrastruktur weiterzubetreiben.

³¹ „Impossibilium nulla obligatio est.“

eigene Infrastruktur, ist es ihm auch nicht möglich selbst Vorleistungszugang i. S. d. § 3 Nr. 74 TKG zu gewähren. Das Unternehmen könnte die Verfügbarkeit von Vorleistungen außerhalb seines eigenen Glasfaserausbaugesbiets allenfalls gewährleisten, indem es mit einem anderen Glasfasernetzbetreiber vertraglich vereinbart, dass dieser Netzbetreiber dritten Vorleistungsnachfragern angemessene Vorleistungen i. S. d. § 34 Abs. 4 TKG zur Verfügung stellt. Alternativ könnte das marktmächtige Unternehmen nur selbst Vorleistungen von diesem Netzbetreiber einkaufen und sie dann an dritte Vorleistungsnachfrager weitervertreiben oder Endnutzer auf Grundlage der eingekauften Vorleistungen selbst weiter mit Telekommunikationsdiensten versorgen. Beides kann aber nicht in rechtlich zulässiger Weise von einem Unternehmen eingefordert werden: Eine solche Konstruktion würde im Ergebnis zu einem Kontrahierungszwang für das marktmächtige Unternehmen führen. Es müsste mit anderen Glasfasernetzbetreibern einen Vertrag über die Abnahme von Vorleistungen abschließen. Jenseits der praktischen Frage, was passieren würde, wenn ein dritter Netzbetreiber einen solchen Vertrag nicht abschließen will, würde ein solcher Kontrahierungszwang zu schwerwiegenden Grundrechtseingriffen beim Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht führen, für die kein verfassungsrechtlicher Rechtfertigungsgrund ersichtlich ist.³² Kontrahierungszwänge, die die grundrechtlich garantierte Privatautonomie weitgehend reduzieren, sind nur in besonderen Ausnahmesituationen verfassungsrechtlich zulässig, wenn ein Privatrechtssubjekt gerade auf die Leistung eines anderen Privatrechtssubjekts angewiesen ist.³³ Eine solche Situation liegt aber nicht vor: Da es in diesem Szenario einen anderen Glasfasernetzbetreiber gibt, können Vorleistungsnachfrager allenfalls auf dessen Vorleistungen und Endnutzer auf seine Endnutzerprodukte angewiesen sein. Eine Leistung gerade des marktmächtigen Unternehmens ist zu ihrer Versorgung nicht erforderlich. Sollte der Glasfasernetzbetreiber Vorleistungsnachfrager und Endnutzer nicht angemessen versorgen, ist daher vorrangig er – ggf. durch eine entsprechende Zugangsverpflichtung³⁴ – zur Leistungserbringung zu verpflichten. Ein anderes Verständnis würde einem marktmächtigen Unternehmen zudem eine systemwidrige Versorgungsverantwortung für Endnutzer ebenso wie für den Wettbewerb übertragen: Das Unternehmen müsste ja entweder die Versorgung von Endnutzern sicherstellen, indem es die vorhandene Kupferinfrastruktur weiterbetreibt. Oder das marktmächtige Unternehmen müsste die Versorgung von Endnutzern durch einen dritten Glasfasernetzbetreiber gewährleisten, indem es selbst Vorleistungen dieses Netzbetreibers einkauft. Einen solchen Versorgungszwang kennt das Telekommunikationsrecht aber allenfalls im Bereich des Universaldienstes. Selbst

³² Vgl. zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an Kontrahierungszwänge *Barczak*, in: Dreier, 4. Aufl. 2023, GG Art. 2 Abs. 1 Rn. 41 m.w.N. aus der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung.

³³ *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 106. EL Oktober 2024, Art. 3 Abs. 3 Rn. 94 m.w.N.

³⁴ Dazu unten III.

bei diesem besteht allerdings keine Sonderverantwortung marktmächtiger Unternehmen für die Versorgung mit Telekommunikationsdiensten.

Da marktmächtige Unternehmen daher nicht in rechtlich zulässiger Weise dazu verpflichtet werden können in einem Gebiet, in dem sie über keine eigene Infrastruktur verfügen, Vorleistungen anzubieten, ist § 81 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK und in der Folge § 34 Abs. 4 S. 3 und 4 TKG teleologisch dahingehend zu reduzieren, dass daraus auch keine Verpflichtung marktmächtiger Unternehmen erwachsen kann, die Verfügbarkeit von Vorleistungen auch in Gebieten zu gewährleisten, in denen sie über keine eigene Infrastruktur zur Realisierung dieser Vorleistungen verfügen. In einem solchen Fall kann die BNetzA daher die Aufhebung einer Regulierungsverpflichtung nach § 34 Abs. 5 TKG auch nicht von der Verfügbarkeit alternativer Glasfaservorleistungsprodukte des marktmächtigen Unternehmens abhängig machen. Ggf. muss sie vielmehr selbst regulatorisch dafür sorgen, dass auch nach der Abschaltung des Kupfernetzes ein lokaler Glasfaserinfrastrukturmonopolist Vorleistungen anbietet und Endnutzer angemessen versorgt.³⁵

dd) Zwischenergebnis

Eine Verpflichtung für ein marktmächtiges Unternehmen, den Anforderungen des § 34 Abs. 4 S. 2 und 3 TKG entsprechende Glasfaservorleistungen bereitzustellen, kann von vorneherein nur in solchen Gebieten bestehen, in denen das marktmächtige Unternehmen selbst über eine Glasfaserinfrastruktur verfügt, über die es eigene Vorleistungen anbieten kann. Eine darüber hinausgehende Verantwortung des Unternehmens, ohne eigenes Netz Endnutzer weiter zu versorgen bzw. die Verfügbarkeit von Glasfaservorleistungen zu gewährleisten, kann nicht in rechtlich zulässiger Weise konstruiert werden. Sollten Vorleistungen in diesem Fall nicht vom Markt bereitgestellt werden, ist zu prüfen, ob ein vorhandener Glasfasernetzbetreiber entweder im Rahmen einer Regulierungsverfügung seinerseits zur Gewährung des Vorleistungszugangs verpflichtet werden kann oder ob eine Auferlegung marktmachtunabhängiger Zugangsverpflichtungen nach §§ 21 f. TKG in Betracht kommt.³⁶ Werden Endnutzer nach der Abschaltung eines Kupfernetzes nicht angemessen auf Grundlage des bestehenden Glasfasernetzes versorgt, ist ggf. das Universaldienstregime der §§ 151 ff. TKG zu aktivieren.

c) Rechtsfolge

Die Festlegung alternativer Glasfaservorleistungsprodukte für ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht im Rahmen des § 34 Abs. 4 TKG durch die BNetzA wird sich dementsprechend tatbestandlich auf solche Fälle beschränken, in denen ein marktmächtiges

³⁵ Dazu unten III.

³⁶ Dazu unten III.

Unternehmen ein reguliertes Kupfernetz in einem Gebiet außer Betrieb nehmen möchte, in dem es über eine eigene Glasfaserinfrastruktur verfügt. In Fällen, in denen das marktmächtige Unternehmen keine Glasfaservorleistungen über eine eigene Glasfaserinfrastruktur erbringen kann, wird demgegenüber regelmäßig die Festlegung eines transparenten und angemessenen Zeitplans der Migration i.S.d. § 34 Abs. 4 TKG im Vordergrund einer Entscheidung der BNetzA stehen.

Fraglich ist aber unabhängig davon, welche Rechtsfolgen sich nach § 34 Abs. 5 TKG ergeben, wenn ein Unternehmen die Anforderungen des § 34 Abs. 4 S. 2 und 3 TKG erfüllt.

aa) Wirkung einer Entscheidung nach § 34 Abs. 5 TKG

In einem ersten Schritt ist festzuhalten, dass die BNetzA auf Grundlage von § 34 TKG keine Genehmigung für die Außerbetriebnahme einer herkömmlichen Infrastruktur erteilen muss, sondern nach § 34 Abs. 5 TKG ausschließlich eine Entscheidung über die Aufhebung von Verpflichtungen aus einer bestehenden Regulierungsverfügung trifft. Es spricht daher sehr viel dafür, dass die BNetzA die Außerbetriebnahme einer herkömmlichen Infrastruktur als solche nicht verhindern könnte. Allerdings wäre das Unternehmen jedenfalls weiterhin aus der Regulierungsverfügung zur Gewährleistung des Vorleistungszugangs verpflichtet und deren Nichterfüllung könnte die BNetzA im Wege des Verwaltungszwangs durchsetzen.³⁷ Wenn auch nicht rechtlich, so entsteht dadurch doch faktisch über das Verfahren des § 34 TKG ein Genehmigungsvorbehalt für die Außerbetriebnahme eines regulierten Kupfernetzes.

bb) Ermessensentscheidung

Erfüllt ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Voraussetzungen des § 34 Abs. 4 TKG, kann die BNetzA gemäß § 34 Abs. 5 TKG Verpflichtungen aus einer Regulierungsverfügung für die Kupferinfrastruktur aufheben. Ausweislich des Wortlauts von § 34 Abs. 5 TKG verfügt die Behörde bei dieser Entscheidung über Ermessen. Dies deckt sich insoweit auch mit der zugrundeliegenden sekundärrechtlichen Norm des Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK, die ebenfalls eine „Kann-Vorschrift“ ist.

Es stellt sich die Frage, welche Gesichtspunkte die Behörde bei der Ausübung dieses Ermessens zu berücksichtigen hat. Grundsätzlich muss die BNetzA bei allen Ermessensentscheidungen nach dem TKG, insbesondere die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG in den Blick nehmen.³⁸ Vorrangig ist jedoch zu prüfen, ob spezielle Normen des TKG spezifische Wertungen für Ermessensentscheidungen enthalten, die den allgemeinen Regulierungszielen insoweit

³⁷ Vgl. dazu *Geppert*, in: *Geppert/Schütz, TKG*, 5. Aufl. 2023, § 35 Rn. 73 ff.; sowie zum insofern vergleichbaren § 25 TKG-alt *Scherer*, in: *Fetzer/Scherer/Graulich*, 3. Aufl. 2021, § 25 Rn. 27 ff.

³⁸ Vgl. *Cornils*, in: *Geppert/Schütz, TKG*, 5. Aufl. 2023, § 2 Rn. 27 f.

vorgehen bzw. diese konkretisieren. Für Entscheidungen nach § 34 TKG ist insofern zu bedenken, dass die BNetzA gem. § 34 Abs. 4 S. 2 TKG die Verfügbarkeit von alternativen Glasfaser- vorleistungsprodukten grundsätzlich nur dann festlegen darf, wenn dies für die Wahrung des Wettbewerbs und die Rechte der Endnutzer erforderlich ist. Dementsprechend sind diese Aspekte, die sich auch in § 2 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 TKG wiederfinden, von der BNetzA bei ihrer Ermessensentscheidung gegenüber anderen Regulierungszielen, die nicht nochmals ausdrücklich in § 34 TKG aufgegriffen werden, besonders zu berücksichtigen. Hätte der Gesetzgeber eine solche herausgehobene Stellung genau dieser beiden Regulierungsziele im Rahmen von Entscheidungen nach § 34 TKG nicht beabsichtigt, hätte insofern nämlich auch ein allgemeiner Verweis auf die Regulierungsziele des § 2 TKG genügt, wie er sich an anderen Stellen des TKG auch findet.³⁹

Zum Teil wird dabei die Auffassung vertreten, dass diese beiden Aspekte so verstanden werden müssten, dass sie nicht nur den Wettbewerb und die Interessen der Endnutzer in dem Gebiet betreffen, das unmittelbar von der Außerbetriebnahme einer Infrastruktur betroffen ist.⁴⁰ Vielmehr soll die Behörde auch berücksichtigen, welche Migrationsstrategie ein marktmächtiges Unternehmen jenseits dieses Gebiets verfolgt und ob diese Gesamtstrategie insgesamt kollektiven Endnutzerinteressen und dem Wettbewerb im Glasfasermarkt insgesamt dient.⁴¹ Insbesondere soll die Behörde dabei auch in den Blick nehmen, ob die Auswahl von Abschaltgebieten durch ein marktmächtiges Unternehmen diskriminierend dahingehend ist, dass das Unternehmen nur in solchen Gebieten sein Kupfernetz abschaltet, in denen es über ein eigenes Glasfasernetz verfügt. Davon ausgehend soll die BNetzA bei ihrer Ermessensentscheidung dann gebietsübergreifend berücksichtigen, ob ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sein Kupfernetz auch außerhalb des eigenen Glasfaserausbaugebiets außer Betrieb nimmt oder nur dort, wo es über eine eigene Glasfaserinfrastruktur verfügt, auf die es seine Endnutzer migrieren kann.

Eine derartige gebietsübergreifende Betrachtungsweise ist allerdings de lege lata nicht zulässig. Vielmehr darf die BNetzA bei ihrer Ermessensausübung ausschließlich die Interessen der unmittelbar von einer Abschaltung betroffenen Endnutzer und die Auswirkungen auf den Wettbewerb im konkret von der Migration betroffenen Gebiet berücksichtigen.

³⁹ Vgl. etwa § 10 Abs. 1 TKG, § 13 Abs. 3 Nr. 1 TKG für die Marktregulierung; § 26 Abs. 2 S. 1 TKG spezifisch für Zugangsverpflichtungen.

⁴⁰ BREKO, Konzeptpapier Kupfer-Glasfaser-Migration, S. 3 f., abrufbar unter <https://brekoverband.de/2024/04/11/breko-konzept-zur-kupfer-glasfaser-migration/>, zuletzt abgerufen am 5.7.2025.

⁴¹ BREKO, Konzeptpapier Kupfer-Glasfaser-Migration, S. 3 f., abrufbar unter <https://brekoverband.de/2024/04/11/breko-konzept-zur-kupfer-glasfaser-migration/>, zuletzt abgerufen am 5.7.2025.

Für diese gebietsbezogene Auslegung von § 34 TKG finden sich bereits in dessen Normtext starke Anhaltspunkte: So kann die BNetzA Verpflichtungen aus einer Regulierungsverfügung gemäß § 34 Abs. 5 TKG nur für solche Telekommunikationsnetzteile widerrufen, die außer Betrieb genommen oder ersetzt werden. § 34 TKG schafft also keine Grundlage für den Widerruf einer gesamten (traditionell bundesweiten) Regulierungsverfügung bzw. darin enthaltener Zugangsverpflichtungen, sondern bezieht sich im Ausgangspunkt nur auf den Widerruf derartiger Verpflichtungen für das Gebiet, in dem eine Infrastruktur außer Betrieb genommen werden soll. In Gebieten, die nicht von der Migration betroffen sind, kommt eine Aufhebung von Verpflichtungen nach § 34 TKG nicht in Betracht. Sie richtete sich nach § 13 Abs. 1 TKG, bedürfte also eines von § 34 TKG losgelösten eigenständigen Verfahrens. Dieser Gebietsbezug auf der Rechtsfolgenseite spricht aber dafür, dass sich auch die Ermessensausübung im Rahmen des § 34 Abs. 5 TKG nur auf Aspekte beziehen kann, die im Hinblick auf dieses Gebiet von Relevanz sind.

Dieses Verständnis kommt sehr deutlich auch in Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 lit. a) EKEK zum Ausdruck: Demnach muss das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht im Falle der Außerbetriebnahme eines herkömmlichen Netzes nämlich alternative Zugangsprodukte bereitstellen, mit denen „*dieselben* Endnutzer“ erreicht werden können. Geschützter Personenkreis der sekundärrechtlichen Migrationsvorschrift ist damit schon nach deren Wortlaut die konkrete und von der Allgemeinheit abgrenzbare Gruppe der Endnutzer, die unmittelbar von einer Migration betroffen sind, nicht aber alle Endnutzer bzw. generelle Endnutzerinteressen. Auch wenn der Wortlaut des § 34 Abs. 4 S. 4 TKG etwas weiter ist, wenn dort eine „vergleichbaren Endnutzerreichweite“, also keine personenidentische Reichweite verlangt wird, ist die nationale Norm doch im Lichte des ihr zugrundeliegenden Art. 81 EKEK auszulegen, sofern das nationale Recht auslegungsoffen ist.⁴² Das bedeutet aber, dass bei der Ausübung des Ermessens nach § 34 Abs. 5 TKG aufgrund der eindeutigen unionsrechtlichen Wertung des Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 lit. a) EKEK ausschließlich Interessen der Endnutzer in einem konkreten Migrationsgebiet und nicht allgemeine Endnutzerinteressen zu berücksichtigen sind. Daraus folgt dann aber auch, dass die BNetzA bei ihrer Entscheidung nach § 34 Abs. 5 TKG keine Aspekte berücksichtigen kann, die die Migrationsstrategie eines marktmächtigen Unternehmens jenseits des von einer konkreten Anzeige nach § 34 Abs. 1 TKG betroffenen Gebiets betreffen. Insbesondere darf eine Entscheidung nach § 34 Abs. 5 TKG nicht davon abhängig gemacht werden, ob das Unternehmen auch in anderen Gebieten eine Anzeige nach § 34 Abs. 1 TKG vornimmt, wenn für das Migrationsgebiet die Voraussetzungen des § 34 Abs. 4 S. 2 und S. 3 TKG vorliegen. Es würde in sachfremder Weise mit dem Konnektivitätsziel des § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG

⁴² Zum Gebot der richtlinienkonformen Auslegung m.w.N. *Franzius*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/CRC/AEUV, 2. Aufl. 2023, Art. 4 EUV Rn. 145 ff.

konfligieren, wenn einem Unternehmen die Abschaltung seines Kupfernetzes und die Migration der Endnutzer auf ein Glasfasernetz faktisch untersagt würde, weil es in einem vollständig anderen Gebiet sein Kupfernetz nicht abschalten will, obwohl für das Abschaltgebiet alle Voraussetzungen des § 34 TKG erfüllt sind. Vielmehr ist auch das Regulierungsziel des § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG im Kontext der Entscheidung nach § 34 Abs. 5 TKG gebietsbezogen zu verstehen. Dies ist dem speziellen Gebietsbezug des § 34 TKG bzw. Art. 81 EKEK geschuldet.

Hält man sich zudem vor Augen, dass der EKEK explizit fordert, dass eine unternehmerische Entscheidung zum Abschalten grundsätzlich möglich sein muss,⁴³ ist auch dies ein Argument dafür, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 34 Abs. 4 S. 3 und S. 4 TKG bezogen auf ein konkretes Migrationsgebiet regelmäßig das Ermessen der BNetzA zugunsten der Aufhebung von Verpflichtungen für die Telekommunikationsnetze, die außer Betrieb oder ersetzt werden sollen, ausgeübt werden muss, ohne dass dabei von Relevanz ist, ob das Unternehmen in einem gänzlich anderen Gebiet ebenfalls eine Abschaltung seines Netzes anstrebt.

Von Befürwortern einer gebietsübergreifenden Betrachtung wird demgegenüber auf die Gigabit-Empfehlung der Europäischen Kommission verwiesen, die diese Möglichkeit jedenfalls implizit vorsehe.⁴⁴ Nummer 79 der Gigabit-Empfehlung lautet vollständig:

„Die NRB sollten bei der Gestaltung und Durchführung des Prozesses und des Zeitplans für die Außerbetriebnahme für volle Transparenz gegenüber allen Interessenträgern sorgen und diese einbeziehen. Die NRB sollten auch dafür sorgen, dass der Prozess der Außerbetriebnahme nicht zu diskriminierendem Verhalten führt. Dazu gehört auch eine potenzielle Diskriminierung zwischen der Endkundensparte des Betreibers mit beträchtlicher Marktmacht (wenn dieser vertikal integriert ist) und Zugangsnachfragern bei den Zugangsbedingungen zum Kupferkabelnetz während der Migrations- und Außerbetriebnahmephase. Insbesondere sollte der Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht, nachdem er die Erbringung von Diensten für Zugangsnachfrager infolge der Aufhebung der Zugangsverpflichtungen durch die NRB eingestellt hat, um die Außerbetriebnahme gemäß Artikel 81 Absatz 2 Unterabsatz 2 der Richtlinie (EU) 2018/1972 zu ermöglichen, seiner eigenen Endkundensparte nicht weiter Zugang gewähren. Dies betrifft auch Unterschiede, die nicht auf der Grundlage objektiver Kriterien in Bezug auf den Zeitpunkt der Außerbetriebnahme zwischen Gebieten, in denen das VHC-Netz von dem Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht im herkömmlichen Netz eingeführt wurde, und Gebieten, in denen das VHC-Netz von einem anderen Betreiber eingeführt wurde, gerechtfertigt sind.“

Aus dem letzten Satz wird teilweise gefolgert, dass die nationale Regulierungsbehörde bei ihrer Entscheidung nach Art. 81 EKEK auch gebietsübergreifende Aspekte berücksichtigen

⁴³ Vgl. Erwägungsgrund 209 EKEK, dazu oben ausführlich B II. 1.

⁴⁴ BREKO, Konzeptpapier Kupfer-Glasfaser-Migration, S. 4., abrufbar unter <https://brekover-band.de/2024/04/11/breko-konzept-zur-kupfer-glasfaser-migration/>, zuletzt abgerufen am 5.7.2025.

müsse, insbesondere das generelle Abschaltverhalten eines marktmächtigen Unternehmens außerhalb des eigenen Glasfaserausbaugebiets. Sei hier eine Differenz zwischen dem Abschaltverhalten in Gebieten mit eigenem VHC-Netz und ohne eigenes VHC-Netz festzustellen, müsse die nationale Regulierungsbehörde einschreiten, sofern es keine sachliche Rechtfertigung für diese Differenzierung gebe.

Es stellt sich unter dem Gesichtspunkt der Normhierarchie bereits die Frage, ob Art. 81 EKEK, der nach hier vertretener Auffassung ja eine gebietsübergreifende Betrachtung gerade nicht zulässt, auf Grundlage einer Empfehlung, die gemäß Art. 288 AEUV nicht rechtsverbindlich ist, überhaupt in diesem Sinne ausgelegt werden könnte.

Hierauf kommt es allerdings deshalb nicht an, weil ein solches Verständnis bei systematischer Betrachtung der Regelung der Gigabit-Empfehlung auch materiell nicht überzeugend wäre: Zum einen stellt auch die Gigabit-Empfehlung in S. 1 von Nummer 79 ja schon allgemein ausdrücklich auf den „Prozess“ der Außerbetriebnahme ab, nicht aber auf die Außerbetriebnahmeentscheidung an sich. Dies entspricht aber letztlich Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK. Zum anderen bezieht sich der zur Begründung herangezogene Satz 5 von Nummer 79 der Empfehlung systematisch auf den voranstehenden Satz 4. Diesem zufolge soll ein vertikal integrierter Kupfernetzbetreiber, nachdem er aufgrund der Aufhebung einer Zugangsverpflichtung nicht mehr zur Gewährung des Vorleistungszugangs an Dritte verpflichtet ist, auch der eigenen Endkundensparte keinen Zugang mehr gewähren. Satz 5 besagt daran anknüpfend, dass der vertikal integrierte Betreiber ohne sachlichen Rechtfertigungsgrund im Hinblick auf die Weiterversorgung seiner eigenen Endkundensparte nicht zwischen Gebieten differenzieren darf, in denen er über ein eigenes Glasfasernetz verfügt, und solchen Gebieten, in denen das VHC-Netz von einem anderen Betreiber zur Verfügung gestellt wird. Mit anderen Worten: Wenn eine Zugangsverpflichtung aufgehoben wurde, darf ein vertikal integrierter Kupfernetzbetreiber ohne sachliche Rechtfertigung bei der Weiterversorgung von Endnutzern nicht zwischen Gebieten differenzieren, in denen er ein Glasfasernetz betreibt, und solchen Gebieten, in denen er kein eigenes Glasfasernetz hat. Dies bezieht sich aber stets auf das konkrete Gebiet, für das die Zugangsverpflichtung aufgehoben wurde. Hierauf beschränkt sich der Regelungsgehalt von Nummer 79 der Gigabit-Empfehlung. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Zugangsverpflichtung gem. Art. 81 EKEK aufgehoben werden soll, und insbesondere, ob hierfür gebietsübergreifende Aspekte berücksichtigt werden müssen, wird demgegenüber in Nummer 79 Satz 5 nicht adressiert. Die Gigabit-Empfehlung kann daher auch nicht als Argument für ein gebietsübergreifendes Verständnis von Art. 81 EKEK herangezogen werden.

Dass vielmehr auch die Gigabit-Empfehlung ebenso von einer gebietsbezogenen Prüfung der Voraussetzungen des Art. 81 EKEK ausgeht, zeigt sich daran, dass sie in Erwägungsgrund 70 ausdrücklich auf „die Endnutzer und Zugangsnachfrager, auf die sich die Lockerung auswirkt“

als schutzwürdige Personengruppe im Rahmen der Migration abstellt. Allein deren Interessen sind im Rahmen einer Migration von Relevanz. Dies stellt aber keine Abweichung zu Art. 81 EKEK dar, sondern ist konsistent mit Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 lit. a) EKEK, der sich ebenso eindeutig auf die Migrationsbedingungen in dem von einer Außerbetriebnahme betroffenen Ausbaugebiet bezieht.⁴⁵

Dieses Auslegungsergebnis wird auch durch die so sogenannte „Explanatory Note“ zur Gigabit-Empfehlung nicht in Frage gestellt.⁴⁶ In dieser wird – in gleicher Weise wie in der Gigabit-Empfehlung selbst – ausgeführt, dass ein vertikal integrierter Kupfernetzbetreiber im Rahmen des Migrationsprozesses seinen Endkundenvertrieb in eigenen Glasfaserausbaugebieten und Ausbaugebieten Dritter nicht ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandeln darf.⁴⁷ Da es sich bei einer Explanatory Note nicht um eine Rechtsquelle, sondern allenfalls um eine Rechtskenntnisquelle handelt, kann sie das – insofern eindeutige – Auslegungsergebnis der Gigabit-Empfehlung, die ja normhierarchisch ihrerseits unterhalb des EKEK steht,⁴⁸ von vorneherein nicht ändern. Unabhängig davon bezieht sich aber die Aussage in der Explanatory Note, wonach ein marktmächtiges Unternehmen in Glasfaserausbaugebieten Dritter die Migration und Kupfernetzabschaltung nicht verzögern soll, wiederum ausschließlich darauf, dass im Falle vertikaler Integration der eigene Endkundenvertrieb in diesen Gebieten ohne sachliche Rechtfertigung nicht länger beliefert werden darf als in eigenen Glasfaserausbaugebieten. Dieses Verständnis folgt ausgehend von einer systematischen Betrachtung daraus, dass im vorangehenden Absatz der Explanatory Note ausdrücklich auf das Verhältnis zwischen Vorleistungs- und Endkundenprodukten abgestellt wird. Zusätzlich bestätigt wird dieses Ergebnis auch dadurch, dass zum Abschluss des entsprechenden Teils der Explanatory Note eine graphische Darstellung des Abschaltprozesses eingefügt ist, in der sich zum einen keine Anhaltspunkte dafür finden, dass im Rahmen des Migrationsprozesses gebietsübergreifende Erwägungen Bedeutung haben sollen. Zum anderen – und wichtiger – wird in dieser Prozessgraphik unter Verfahrensschritt 6 nochmals explizit auf das Verhältnis zwischen dem Angebot von Vorleistungen einerseits und von Endkundenleistungen andererseits durch das marktmächtige Unternehmen abgestellt.

⁴⁵ Dazu oben B I. 2. b).

⁴⁶ *Europäische Kommission*, Commission Staff Working Document – Explanatory Note Accompanying the document Commission Recommendation on the regulatory promotion of gigabit connectivity, 6.2.2024, SWD(2024) 18 final.

⁴⁷ *Europäische Kommission*, Commission Staff Working Document – Explanatory Note Accompanying the document Commission Recommendation on the regulatory promotion of gigabit connectivity, 6.2.2024, SWD(2024) 18 final, S. 132.

⁴⁸ Dazu oben S. 26.

cc) Zwischenergebnis

Die BNetzA entscheidet im Rahmen eines Verfahrens nach § 34 TKG gemäß § 34 Abs. 5 TKG ausschließlich über die Aufhebung von auferlegten Zugangsleistungen, genehmigt hingegen nicht eine Außerbetriebnahme an sich. Der Behörde kommt bei ihrer Aufhebungsentscheidung Ermessen zu, das bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 34 Abs. 4 S. 2 und 3 TKG regelmäßig zugunsten einer Aufhebung bestehender Zugangsverpflichtungen für das Kupfernetz ausgeübt werden muss. Im Rahmen der Ermessensentscheidung muss die Behörde die Endnutzerinteressen sowie die Auswirkungen einer Migration auf den Wettbewerb in dem von der Migration konkret betroffenen Gebiet in den Blick zu nehmen. Dies folgt daraus, dass die von § 34 TKG geschützte Gruppen allein Endnutzer und Kupfervorleistungsnachfrager in dem betroffenen Gebiet sind. Dies schließt es de lege lata insbesondere aus, die Entscheidung nach § 34 Abs. 5 TKG von der Abschaltung von Kupfernetzen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht in anderen Gebieten direkt oder indirekt abhängig zu machen. § 2 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 TKG sind vielmehr im Falle eines Verfahrens nach § 34 TKG im Lichte des Art. 81 EKEK ausschließlich gebietsbezogen zu interpretieren, so dass die Berücksichtigung gebietsübergreifender Belange nicht zulässig ist.

d) Möglichkeiten zur Verfahrensabschichtung

Das Verfahren des § 34 TKG bezieht sich auf ein konkretes geographisch abgrenzbares Gebiet, in dem ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sein Kupfernetz außer Betrieb nehmen möchte. Dies folgt aus § 34 Abs. 1 TKG, der eine Antragspflicht für die Außerbetriebnahme bzw. Ersetzung von „Teilen“ eines Telekommunikationsnetzes normiert. Dies bedeutet, dass ein marktmächtiges Unternehmen für jedes Gebiet, in dem es die Außerbetriebnahme bzw. Ersetzung seines Kupfernetzes beabsichtigt, eine eigenständige Anzeige vornehmen muss. Damit geht einher, dass die BNetzA auch für jeden angezeigten Fall eine gesonderte Entscheidung nach § 34 Abs. 5 TKG treffen muss, in der sie insbesondere auch über die Erfüllung der Anforderungen des § 34 Abs. 4 S. 2 und 3 TKG entscheiden muss. Angesichts der Tatsache, dass sich voraussichtlich viele dieser Einzelfälle in wesentlichen Punkten sehr ähnlich sein werden, stellt sich die Frage, ob die Behörde eine Verfahrensabschichtung dergestalt vornehmen kann, dass sie insbesondere allgemeine Maßstäbe für einen angemessenen und transparenten Zeitplan i. S. d. § 34 Abs. 3 S. 2 TKG sowie für die Angemessenheit und Transparenz von alternativen Zugangsprodukte i. S. d. § 34 Abs. 4 S. 3 TKG vorab festlegt. Eine solche Verfahrensabschichtung könnte nicht nur die Verfahrenseffizienz erhöhen, sondern auch die Vorhersehbarkeit der Regulierung i. S. d. § 3 Abs. 3 Nr. 1 TKG und damit die Planungssicherheit für alle Marktakteure erhöhen. Dies könnte auch positive Effekte für den Glasfaserausbau und damit für die Kupfer-Glasfaser-Migration haben.

Anknüpfungspunkte für eine Verfahrensabschichtung könnten zum einen das Standardangebotsverfahren gemäß § 29 TKG und zum anderen die Veröffentlichung eines Regulierungskonzepts i. S. d. § 17 TKG durch die BNetzA sein. Da sowohl ein Standardangebot als auch ein Regulierungskonzept veröffentlicht werden müssen und – wenn auch aus rechtlicher Perspektive in unterschiedlicher Art und Weise – eine gewisse Allgemeingültigkeit aufweisen, kommen sie prinzipiell als Instrumente in Betracht, um die Vorhersehbarkeit der Regulierung über den Kreis der an einem konkreten Verfahren nach § 34 TKG Beteiligten hinaus zu erhöhen.

aa) Standardangebotsverfahren, § 29 TKG

Sofern ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gem. § 29 TKG verpflichtet worden ist, ein Standardangebot für auferlegte Zugangsprodukte zu veröffentlichen, muss das Unternehmen nach § 34 Abs. 2 Nr. 3 TKG zugleich mit der Anzeige nach § 34 Abs. 1 TKG einen Antrag auf Änderung des betroffenen Standardangebots – bzw. der betroffenen Standardangebote, sofern es mehrere gibt – stellen. Aufgrund der zeitlichen Dimension – das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht muss den Antrag auf Änderung des Standardangebots ausweislich des eindeutigen Wortlauts von § 34 Abs. 2 TKG gemeinsam mit der Anzeige nach § 34 Abs. 1 TKG stellen – kann die BNetzA das Standardangebotsverfahren nicht allgemein nutzen, um von sich aus bereits vor einem ersten Verfahren nach § 34 TKG einzelne Aspekte des Migrationsprozesses festzulegen.

bb) Regulierungskonzept, § 17 TKG⁴⁹

Eine denkbare Möglichkeit zur Vorabbeschäftigung mit einzelnen Aspekten der Kupfer-Glasfaser-Migration bzw. von Verfahren nach § 34 TKG wäre die Veröffentlichung eines Regulierungskonzepts durch die BNetzA nach § 17 TKG. Die Norm gibt der Behörde die Möglichkeit, Verwaltungsvorschriften über grundsätzliche Herangehensweisen und Methoden der Marktregulierung zu erlassen. Im Rahmen einer solchen Verwaltungsvorschrift kann die Behörde schon vor Durchführung des ersten Verfahrens nach § 34 TKG abstrakt-generell darlegen, welche Maßstäbe sie insbesondere an die Voraussetzungen des § 34 Abs. 4 S. 2 und 3 TKG anlegen wird.⁵⁰ Darüber hinaus könnte die Behörde auch aufzeigen, welche Aspekte sie bei der

⁴⁹ Zum folgenden schon *Fetzer*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Digitales zum „TK-Netzausbau-Beschleunigungsgesetz“ am 16.10.2024, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/1024348/9932c1495e7229c476c3aac979e86a3e/Stellungnahme-Prof-Dr-Fetzer-Uni-Mannheim.pdf>.

⁵⁰ So genannte „normkonkretisierende bzw. norminterpretierende Verwaltungsvorschriften“, *Geis*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Stand 6. EL November 2024, § 40 VwVfG, Rn. 182 ff.

Ausübung ihres Ermessens nach § 34 Abs. 5 TKG im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben wie berücksichtigen wird.⁵¹

Auch wenn § 17 TKG Festlegungen nach § 34 Abs. 4 TKG nicht ausdrücklich erwähnt, wäre der Erlass eines Regulierungskonzepts auf dieser Rechtsgrundlage zulässig. Hierfür spricht, dass Festlegungen im Zusammenhang mit einem Verfahren nach § 34 TKG Auswirkungen auf eine bestehende Regulierungsverfügung bzw. deren (zumindest teilweise) Aufhebung haben können, also den in § 17 Abs. 1 Nr. 3 TKG ausdrücklich genannten Fall. Selbst wenn man der Auffassung sein sollte, dass § 17 TKG seinem Wortlaut nach nicht Festlegungen zu Verfahren nach § 34 TKG umfasst, könnte die Behörde gleichwohl entsprechende Verwaltungsvorschriften erlassen. Verwaltungsvorschriften setzen als Innenrecht regelmäßig keine besondere gesetzliche Ermächtigungsgrundlage voraus.⁵²

Verwaltungsvorschriften bzw. ein Regulierungskonzept nach § 17 TKG haben grundsätzlich keine Außenrechtswirkung.⁵³ Sie würden die Behörde jedoch im Wege der so genannten Selbstbindung der Verwaltung binden.⁵⁴ Dies würde freilich die Befugnis der Behörde unberührt lassen, in Fällen, die nicht exakt von der Verwaltungsvorschrift antizipiert werden, eine abweichende Entscheidung im konkreten Einzelfall zu treffen.

Aus dem Rechtscharakter als Innenrecht der Verwaltung folgt auch, dass Verwaltungsvorschriften auf der Ebene des Tatbestandes die Voraussetzungen des § 34 TKG nicht ändern können. Sie können lediglich im Falle unbestimmter Rechtsbegriffe deren Auslegung konkretisieren. Auf der Ebene der Rechtsfolgen kann die Behörde in den Verwaltungsvorschriften darlegen, welche Gesichtspunkte sie im Rahmen ihrer Ermessensentscheidung berücksichtigen wird, wobei sie auch hier von den gesetzlichen Wertungen nicht abweichen kann. Das bedeutet insbesondere auch, dass sie wie oben dargelegt keine Verknüpfung verschiedener Abschaltgebiete vornehmen kann, sondern eine gebietsbezogene Betrachtungsweise anlegen muss.

Grundsätzlich könnte also die BNetzA das Verfahren des § 17 TKG zu einer Verfahrensabschichtung ohne weiteres nutzen.

⁵¹ So genannte „ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften“ dazu *Geis*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Stand 6. EL November 2024, § 40 VwVfG, Rn. 180 f.

⁵² Vgl. *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz/, GG, 104. EL April 2024, Art. 20 Abs. 3, Rn. 132.

⁵³ Dazu *Geis*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Stand 6. EL November 2024, § 40 VwVfG, Rn. 172 ff. m.w.N.

⁵⁴ Dazu *Geis*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Stand 6. EL November 2024, § 40 VwVfG, Rn. 180.

d) Zwischenergebnis

§ 34 TKG regelt den Prozess der Außerbetriebnahme eines regulierten Kupfernetzes durch ein marktmächtiges Unternehmen, sofern sich das Unternehmen autonom zu einer Außerbetriebnahme entschließt. Auf Grundlage von § 34 TKG kann ein Unternehmen gegen seinen Willen weder zur Außerbetriebnahme eines Kupfernetzes verpflichtet werden noch kann ihm eine solche untersagt werden. Regelungsgegenstand der Norm ist vielmehr nach § 34 Abs. 5 TKG allein der Umgang mit auferlegten Zugangsverpflichtungen nach § 26 TKG, die das Kupfernetz betreffen, das außer Betrieb genommen werden soll.

Sofern ein marktmächtiges Unternehmen sein Kupfernetz in einem Gebiet außer Betrieb nehmen will, in dem es selbst über ein Glasfasernetz verfügt, kann die BNetzA gemäß § 34 Abs. 4 S. 2 und 3 TKG dem Unternehmen Vorgaben im Hinblick auf den Zeitplan der Außerbetriebnahme sowie deren Bedingungen machen. Dies umfasst grundsätzlich auch die Möglichkeit zur Festlegung alternativer Vorleistungsprodukte, mit denen dieselben Endnutzer erreicht werden können wie mit dem bestehenden Kupfernetz.⁵⁵ Eine solche Festlegung setzt allerdings voraus, dass sie kumulativ für die Wahrung des Wettbewerbs und im Interesse der unmittelbar von der Abschaltung betroffenen Endnutzer erforderlich ist.

Sofern ein marktmächtiges Unternehmen ein Kupfernetz in einem Gebiet außer Betrieb nimmt, in dem es selbst über kein Glasfasernetz verfügt, beschränkt sich die Festlegung der BNetzA nach § 34 Abs. 4 TKG regelmäßig auf die Festlegung eines transparenten Migrationszeitplans. Eine Verpflichtung für das marktmächtige Unternehmen, auch ohne eigene Glasfaserinfrastruktur Glasfaservorleistungen anzubieten, wäre demgegenüber *de lege lata* nicht zulässig.

Die BNetzA hat nach § 34 Abs. 5 TKG eine Ermessensentscheidung zu treffen, ob sie bestehende Verpflichtungen nach § 26 TKG aufhebt, wenn die Voraussetzungen des § 34 Abs. 4 TKG erfüllt sind. Hierbei muss sie eine gebietsbezogene Betrachtungsweise anlegen. Dies schließt es *de lege lata* insbesondere aus, im Rahmen des Verfahrens nach § 34 TKG die Migrationsstrategie des marktmächtigen Unternehmens außerhalb des von einem Antrag nach § 34 Abs. 1 TKG betroffenen Gebiets in die Ermessensabwägung einzubeziehen. Erfüllt ein Unternehmen bezogen auf ein konkretes Migrationsgebiet daher die Voraussetzungen des § 34 Abs. 4 TKG reduziert sich das Ermessen der Behörde nach § 34 Abs. 5 TKG regelmäßig zugunsten einer Aufhebung bestehender Zugangsverpflichtungen für das Kupfernetz, das außer Betrieb

⁵⁵ § 34 Abs. 4 S. 3 TKG ist insofern im Lichte des Art. 81 Abs. 2 EKEK auszulegen, der von „den selben“ Endnutzern spricht.

genommen werden soll. Unberührt davon bleibt nach § 34 Abs. 6 TKG eine Regulierungsverfügung für die aufgerüstete bzw. neue Infrastruktur.

3. Möglichkeiten zur Schärfung von § 34 TKG de lege ferenda?

Angesichts des eindeutigen Regelungsgehalts von § 34 TKG als reine Migrationsprozessnorm wird teilweise die Forderung nach einer Schärfung der Vorschrift erhoben. Im Vordergrund der Debatte stehen dabei im Wesentlichen zwei Schärfungen, die teilweise alternativ, teilweise kumulativ vom Gesetzgeber umgesetzt werden sollen.⁵⁶

Zum einen wird gefordert, dass nicht nur das marktmächtige Unternehmen ein Initiativrecht für die Einleitung eines Verfahrens nach § 34 TKG haben sollte. Zum anderen wird vorgeschlagen, im Rahmen der Ermessensentscheidung nach § 34 Abs. 5 TKG sollten nicht nur Belange berücksichtigt werden, die sich auf ein konkretes Ausbaugbiet beziehen. Vielmehr solle die BNetzA bei der Ausübung ihres Ermessens auch in den Blick nehmen, welche Abschaltstrategie das marktmächtige Unternehmen in anderen Gebieten verfolge, insbesondere in solchen, in denen es selbst über keine Glasfaserinfrastruktur verfügt.⁵⁷ Da das nationale Recht sekundärrechtlich durch den EKEK harmonisiert ist, soll in einem ersten Schritt untersucht werden, ob der nationale Gesetzgeber auf Grundlage von Art. 81 EKEK einen Umsetzungsspielraum hätte, um die vorgeschlagenen Schärfungen in § 34 TKG umzusetzen.

a) Ausgestaltung als Verfahren von Amts wegen?

§ 34 Abs. 1 TKG sieht vor, dass das Verfahren ausschließlich von einem regulierten Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingeleitet werden kann. Eine Verfahrenseinleitung von Amts wegen ist de lege lata nicht zulässig.⁵⁸ Sie könnte allerdings auch nicht in unionsrechtlich zulässiger Weise in das TKG aufgenommen werden. Art. 81 Abs. 1 EKEK als zugrundeliegende Sekundärrechtsnorm sieht nämlich ebenfalls explizit vor, dass allein das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu einer Anzeige verpflichtet ist, ein Verfahren aber nicht von Dritten, also auch nicht von Amts wegen eingeleitet werden kann. Der nationale Gesetzgeber verfügt hier auch über keinen Umsetzungsspielraum. Vielmehr hat der EKEK insofern eine abschließende Regelung getroffen. Dies folgt zwar nicht ausdrücklich aus Art. 81 EKEK, zeigt sich aber in Erwägungsgrund 209 EKEK. Demnach „beobachten“ die nationalen Regulierungsbehörden die „Eigeninitiativen der Netzbetreiber“. Durch die Verwendung des Begriffs „Eigeninitiative“ wird deutlich, dass im Rahmen des Art. 81 EKEK ein Initiativrecht Dritter,

⁵⁶ BREKO, Konzeptpapier Kupfer-Glasfaser-Migration, S. 4, abrufbar unter <https://brekoverband.de/2024/04/11/breko-konzept-zur-kupfer-glasfaser-migration/>, zuletzt abgerufen am 5.7.2025.

⁵⁷ Neumann, Gesetzgeberische Spielräume zur Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration, Gutachten im Auftrag des Bundesverbandes Breitbandkommunikation e.V., 10.04.2024.

⁵⁸ Dazu oben B II. 1. bzw. B II. 2. a).

insbesondere auch der nationalen Regulierungsbehörden nicht zulässig wäre. Demnach kann auch der nationale Gesetzgeber § 34 TKG nicht in sekundärrechtskonformer Weise dahingehend erweitern, dass eine Verfahrenseinleitung von Amts wegen möglich wäre. Das Sekundärrecht sieht vielmehr eine reagierende Rolle der nationalen Regulierungsbehörden vor.

b) Antragsrecht Dritter?

Teilweise wird gefordert, dass in § 34 TKG ein Antragsrecht Dritter auf Einleitung eines Verfahrens nach § 34 TKG verankert werden sollte, um ein vermutetes „strategisches Abschaltverhalten“⁵⁹ der Deutsche Telekom zu verhindern, das darin bestehen könnte, dass das Unternehmen nur für solche Gebiete eine Anzeige nach § 34 TKG tätigt, in denen es über eine eigene Glasfaserinfrastruktur verfügt, auf die es seine Kupferkunden migrieren kann.⁶⁰

Ausgehend von Art. 81 EKEK und Erwägungsgrund 209 EKEK käme dabei von vorneherein allenfalls ein Antragsrecht von Endnutzern und Kupfervorleistungsnachfragern des marktmächtigen Unternehmens in einem konkreten Ausbaugebiet in Betracht, da die Norm allein bezogen auf diese Personengruppen drittschützend ist.⁶¹ Dies ergibt sich wie bereits ausgeführt unmittelbar aus Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 lit. a) EKEK. Demgemäß müssen alternative (Glasfaser-) Zugangsprodukte, die ein marktmächtiges Unternehmen ggf. im Rahmen der Migration auf ein Kupfernetz anbieten muss, es ermöglichen, dass „Zugangsnachfrager *dieselben* Endnutzer erreichen können.“ Dem Schutz dieser Zugangsnachfrager und dieser Endnutzer allein dient also Art. 81 EKEK. Daraus folgt aber auch, dass allenfalls diese beiden Gruppen ein subjektives Recht auf Einschreiten der nationalen Regulierungsbehörde haben könnten.⁶² Andere Glasfaseranbieter und sonstige Personengruppen könnten daher von vornherein kein subjektives Antragsrecht zur Einleitung eines Verfahrens nach Art. 81 EKEK erhalten.

Aus den gleichen Gründen, aus denen Art. 81 EKEK der Einführung einer Verfahrenseinleitung von Amts wegen in § 34 TKG entgegensteht, belässt die Norm dem nationalen Gesetzgeber auch keinen Umsetzungsspielraum, ein Antragsrecht für Dritte im TKG zu etablieren. Dies gilt jedenfalls für Glasfasernetzbetreiber, letztendlich aber auch für Kupferzugangsnachfrager und Endnutzer des marktmächtigen Unternehmens in einem konkreten Migrationsgebiet. Ein solches Antragsrecht würde nämlich im Ergebnis dazu führen, dass die nationale Regulierungsbehörde bei Vorliegen eines entsprechenden Antrages ein Verfahren einleiten müsste. Dies würde aber – ebenso wie bei einem Verfahren von Amts wegen – damit konfliktieren, dass

⁵⁹ BREKO, Konzeptpapier Kupfer-Glasfaser-Migration, S. 1, abrufbar unter <https://brekoverband.de/2024/04/11/breko-konzept-zur-kupfer-glasfaser-migration/>, zuletzt abgerufen am 5.7.2025.

⁶⁰ Franz, N&R 2020, 86.

⁶¹ Dazu ausführlich oben B I. 2. b).

⁶² Zu den Voraussetzungen einfachgesetzlicher subjektiver Rechte m.w.N. Schmitt/Kötters, in: Posser/Wolff/Decker, VwGO BeckOK, Stand 01.01.24, § 42 VwGO, Rn. 143 ff.

nationale Regulierungsbehörden nach der in Erwägungsgrund 209 EKEK deutlich zum Ausdruck kommenden Ratio des Art. 81 EKEK keine aktive Rolle beim „Ob“ der Migration haben sollen, sondern lediglich den Migrationsablauf mitgestalten können sollen, wenn sich ein Unternehmen hierzu vorab aus eigener Initiative entschieden hat.

c) Gebietsübergreifende Erwägungen im Rahmen der Ermessensausübung nach § 34 Abs. 5 TKG?

Zum Teil wird gefordert, dass die BNetzA bei der Ausübung ihres Ermessens nach § 34 Abs. 5 TKG auch berücksichtigen müsse, ob die Deutsche Telekom Anträge nach § 34 TKG nur für solche Gebiete stellt, in denen sie selbst über ein eigenes Glasfasernetz betreibt, oder auch für Gebiete, in denen nur Wettbewerber über Glasfaserinfrastrukturen verfügen, auf die dann auch die Endnutzer der Deutsche Telekom migriert werden müssten.⁶³ Begründet wird diese Forderung im Wesentlichen damit, dass die Behörde bei der Ausübung ihres Ermessens alle Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG berücksichtigen müsse. Hierzu zählen nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs sowie nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG die Wahrung der Nutzerinteressen, in deren Rahmen gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 3 lit. a) TKG explizit auch der beschleunigte Ausbau und die Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität von Bedeutung ist. Befürworter einer gebietsübergreifenden Betrachtungsweise argumentieren nun, dass es sowohl dem (bundesweiten) Wettbewerb, insbesondere aber den Nutzerinteressen schade, wenn ein marktmächtiges Unternehmen in Gebieten, in denen es selbst über keine Glasfaserinfrastruktur verfüge, sein Kupfernetz weiterbetreibe und so Anreize für eine Migration von Endnutzern auf alternative Glasfasernetze zerstöre.

Wie bereits aufgezeigt kann die BNetzA bei ihrer Entscheidung nach § 34 Abs. 5 TKG de lege lata zwar Endnutzer- und Wettbewerbsinteressen berücksichtigen. Dies aber jeweils ausschließlich bezogen auf Endnutzer und Vorleistungsnachfrager in dem konkreten Ausbaugebiet, das von der Außerbetriebnahme eines Kupfernetzes betroffen ist.⁶⁴

Fraglich ist, ob § 34 Abs. 5 TKG in unionsrechtskonformer Weise dahingehend geändert werden könnte, dass die BNetzA auch gebietsübergreifende generelle Aspekte der Kupfer-Glasfaser-Migration bei ihrer Ermessensentscheidung dergestalt berücksichtigen kann, dass die Aufhebung einer Zugangsverpflichtung nach § 34 Abs. 5 TKG in einem Gebiet davon abhängig gemacht wird, dass das marktmächtige Unternehmen nicht nur in eigenen Glasfaserausbaugebieten Anträge nach § 34 TKG stellt. Dass den Mitgliedstaaten kein Umsetzungsspielraum

⁶³ Neumann, Gesetzgeberische Spielräume zur Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration, Gutachten im Auftrag des Bundesverbandes Breitbandkommunikation e.V., 10.04.2024; BREKO, Konzeptpapier Kupfer-Glasfaser-Migration, S. 1, abrufbar unter <https://brekoverband.de/2024/04/11/breko-konzept-zur-kupfer-glasfaser-migration/>, zuletzt abgerufen am 5.7.2025.

⁶⁴ Dazu oben B II. 2. b).

zukommt, von der dem entgegenstehenden sekundärrechtlichen Wertung abzuweichen, zeigt sich allerdings deutlich wiederum in Erwägungsgrund 209 EKEK im Zusammenspiel mit Art. 81 Abs. 2 EKEK, die jeweils im Indikativ formuliert sind und keine Öffnungsklauseln für die Mitgliedstaaten vorsehen. Demnach sollen die nationalen Regulierungsbehörden befugt sein, eine Regulierungsverpflichtung aufzuheben, sobald ein „angemessener Migrationsablauf“ feststeht. Aus Satz 2 des Erwägungsgrundes 209 EKEK folgt dabei, dass sich die Angemessenheit an den Interessen der Endnutzer bemessen soll, die von der Migration unmittelbar betroffen sind.⁶⁵

Es wäre auch mit der Intention des europäischen Gesetzgebers nicht zu vereinbaren, wenn eine Regulierungsverpflichtung in einem Gebiet allein deshalb nicht aufgehoben würde, weil ein Unternehmen in einem vollkommen anderen Gebiet keinen Antrag nach Art. 81 EKEK stellt. Zum einen bestätigt Erwägungsgrund 209 EKEK explizit, dass Netzeigentümer grundsätzlich die Möglichkeit haben müssen, herkömmliche Netze außer Betrieb zu nehmen. Diese Möglichkeit würde erheblich beschränkt, wenn sie von gebietsübergreifenden Erwägungen abhängig gemacht würde. Zum anderen sieht Erwägungsgrund 209 EKEK ausdrücklich vor, dass es Ziel des Verfahrens nach Art. 81 EKEK ist, unnötige Verzögerungen bei der Migration zu vermeiden. Wenn aber für ein Migrationsgebiet die Voraussetzungen des Art. 81 EKEK erfüllt sind, die entsprechenden Zugangsverpflichtungen dann aber allein deshalb nicht aufgehoben würden, weil das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht in einem anderen Gebiet keinen Antrag nach Art. 81 EKEK stellt, würde dies die Migration der Endnutzer im erstgenannten Gebiet in sachwidriger Weise verzögern.

Angesichts der unionsrechtlichen Wertungen des Art. 81 EKEK sowie deren Formulierung belässt Art. 81 EKEK keinen Umsetzungsspielraum für den nationalen Gesetzgeber, § 34 Abs. 5 TKG dahingehend zu erweitern, dass die BNetzA bei ihrer Ermessensentscheidung nicht nur Endnutzer- und Wettbewerbsinteressen in einem konkreten Ausbaugbiet berücksichtigen muss, sondern die Entscheidung mit der Außerbetriebnahme von herkömmlichen Infrastrukturen durch das marktmächtige Unternehmen auch in anderen Gebieten verknüpfen kann. Auch die Gigabit-Empfehlung rechtfertigt insofern keine andere Betrachtungsweise.⁶⁶

d) Abschaltspflicht?

Die weitestgehende Schärfung von § 34 TKG würde es darstellen, wenn die BNetzA ein Unternehmen zum Stellen eines Antrags auf Migration verpflichten könnte, in dessen Folge das Unternehmen eine bestehende Kupferinfrastruktur außer Betrieb nehmen müsste. Aus den

⁶⁵ Dazu ausführlich oben B I. 2. b).

⁶⁶ Dazu oben ausführlich B II. 2. c) bb).

vorherigen Ausführungen folgt jedoch schon, dass auch die Einführung einer nationalen Abschaltspflicht auf Grundlage des geltenden Sekundärrechtsrahmens nicht zulässig wäre.

Zum einen kann Art. 81 EKEK schon ausgehend vom seinem Wortlaut nur als Grundlage für Regelungen über den Migrationsablauf herangezogen werden, nicht hingegen eine Migrationspflicht begründen.⁶⁷ Zum anderen enthält Art. 81 EKEK insofern auch eine abschließende Regelung für die Migration, wonach allein die Eigeninitiative der Netzbetreiber als auslösendes Element für die Außerbetriebnahme herkömmlicher Infrastrukturen in Frage kommt.⁶⁸ Eine hoheitlich auferlegte Abschaltspflicht würde jedoch die Eigeninitiative zugunsten einer staatlich auferlegten Migration aufgeben und insofern vom europäischen Leitbild einer wettbewerblichen und marktgetriebenen Migration abweichen.

Gegen die sekundärrechtliche Zulässigkeit einer nationalen Abschaltspflicht spricht zudem, dass eine solche Verpflichtung sogar negative Auswirkungen auf das Regulierungsziel des Art. 3 Abs. 2 lit. b) EKEK (Förderung des Wettbewerbs) haben könnte:

Selbst Kupfernetze basieren spätestens im Anschluss an das Ausrollen der Vectoring-Technologie nämlich vielfach nur noch im Bereich der Teilnehmeranschlussleitung vom Hausabschlusspunkt bis zum Kabelverzweiger (KVz) auf Kupferkabeln.⁶⁹ Die KVz sind demgegenüber vielfach mit Glasfaser angeschlossen (FTTC – Fibre to the cabinet). FTTC-Netze können aber grundsätzlich ohne weiteres auf FTTH-Netze aufgerüstet werden, wenn für die letzte Meile Glasfaserkabel verlegt werden.⁷⁰ FTTC-Netze können damit eine wichtige Grundlage zur Stärkung des infrastrukturbasierten Wettbewerbs i.S.d. Art. 3 Abs. 2 lit. b) EKEK bilden. Würde ein FTTC-Betreiber zur Außerbetriebnahme seines Netzes verpflichtet, sobald es ein konkurrierendes Glasfasernetz gibt, würde dies nicht nur die bereits getätigten Glasfaserinvestitionen des FTTC-Netzbetreibers entwerten, sondern auch den infrastrukturbasierten Wettbewerb schwächen. Denn wenn man auch FTTC-Netze selbst bei hohen Bandbreiten (> 250 Mbit/s im Downstream) nicht als aktuelle Wettbewerber von FTTH-Netzen ansehen kann, weil sie nicht die Voraussetzungen eines VHC-Netzes erfüllen, sind sie doch zumindest potenzielle Wettbewerber, weil sie jederzeit auf ein FTTH-Netz aufgerüstet werden könnten. Als solche können sie aber ebenfalls marktmachtdisziplinierende Wirkung entfalten und damit das

⁶⁷ Dazu ausführlich oben B II. 1.

⁶⁸ So ausdrücklich Erwägungsgrund 209 EKEK.

⁶⁹ Vgl. <https://www.telekom.com/de/blog/netz/artikel/warum-glasfaser-und-vectoring-sich-nicht-widersprechen-65524>, zuletzt abgerufen am 11.07.2025.

⁷⁰ Vgl. <https://www.telekom.com/de/blog/netz/artikel/warum-glasfaser-und-vectoring-sich-nicht-widersprechen-65524>, zuletzt abgerufen am 11.07.2025.

Regulierungsziel des Art. 3 Abs. 2 lit. b) EKEK fördern.⁷¹ Auch dies spricht dagegen, dass die Mitgliedstaaten einen Umsetzungsspielraum haben, über die Vorgaben des Art. 81 EKEK hinaus Regelungen über eine Migrationspflicht zu schaffen.⁷²

e) Zwischenergebnis

Art. 81 EKEK stellt eine abschließende unionsrechtliche Regelung für die Migration von Kupfernetzen auf Glasfasernetze dar. Damit kann der nationale Gesetzgeber nicht über die Vorgaben des Art. 81 EKEK hinausgehen. Die verschiedentlich geforderten Verschärfungen des § 34 TKG sind aus unionsrechtlichen Gründen nicht umsetzbar. Dies gilt sowohl für eine mögliche Verfahrenseinleitung von Amts wegen bzw. ein Antragsrecht Dritter für das Verfahren nach § 34 TKG als auch für die teilweise geforderte gebietsübergreifende Betrachtung der Abschaltstrategie eines marktmächtigen Unternehmens bei der Ermessensentscheidung nach § 34 Abs. 5 TKG. Ebenso wäre es nicht zulässig, wenn der nationale Gesetzgeber eine Migrationspflicht gesetzlich verankern wollte. Auch ihr stünde die insofern abschließende Regelung des Art. 81 EKEK entgegen.

4. Möglichkeiten zur Schärfung von Art. 81 EKEK de lege ferenda?

Die Europäische Kommission hat im Februar 2024 das Weißbuch „How to master Europe’s digital infrastructure needs“ veröffentlicht.⁷³ Darin schlägt die Kommission ein Zieldatum für die Kupfer-Glasfaser-Migration vor. Dies könnte nach Vorstellung der Kommission das Jahr 2030 sein. Ausgehend davon stellt sich die Frage, ob der Europäische Gesetzgeber den europäischen Sekundärrechtsrahmen dahingehend weiterentwickeln könnte, dass – anders als bisher – nicht nur der Migrationsprozess geregelt wird, sondern den Mitgliedstaaten auch eine Migrationspflicht vorgegeben wird.

Zwar ist schon fraglich, ob das Weißbuch der Kommission tatsächlich im Sinne eines Petitums für ein festes Abschaltdatum zu verstehen ist. Betrachtet man den Wortlaut des Weißbuchs fällt auf, dass dort nur ein „recommended date“ für eine vollständige Kupfer-Glasfaser-Migration vorgeschlagen wird, also kein verpflichtendes, konkretes Abschaltdatum. Die Formulierung im Weißbuch könnte man allerdings auch so verstehen, dass die Europäische Kommission den Mitgliedstaaten in Abhängigkeit von den jeweiligen nationalen Besonderheiten zwar die Festlegung eines konkreten Abschaltdatums überlassen will, die Tatsache, dass es ein

⁷¹ Zum potenziellen Wettbewerb allgemein *Bosch*, in: Bechtold/Bosch, *GWB*, 11. Aufl. 2025, § 18 *GWB*, Rn. 38 f.

⁷² Selbst wenn man allerdings einen solchen nationalen sekundärrechtlichen Umsetzungsspielraum bejahen wollte, würden schwerwiegende grundrechtliche Argumente gegen die Zulässigkeit einer solchen nationalen Regelung sprechen. Auf sie wird unter B II. 4. b) ausführlich eingegangen werden.

⁷³ COM(2024) 81 final.

solches Datum geben muss, aber unionsrechtlich vorgeben möchte. Dies wirft die Frage auf, ob die Europäische Union den Mitgliedstaaten eine solche Migrationspflicht überhaupt in rechtlich zulässiger Weise vorgeben könnte.

a) Zulässigkeit einer europäischen Migrationspflicht?

Wollte der Europäische Gesetzgeber eine europaweite Migrationspflicht normieren, könnte er dies zum einen dadurch erreichen, dass er den Telekommunikationsrechtsrahmen künftig nicht mehr mittels des Instruments einer Richtlinie harmonisiert, sondern dafür den Weg einer Verordnung i.S.d. Art. 288 AEUV wählt und eine unmittelbar rechtsverbindliche Migrationspflicht schafft. Ein solches Vorgehen würde es allerdings ggf. erschweren, nationalen Besonderheiten beim Glasfaserausbau fortschritt angemessen Rechnung zu tragen, da eine Verordnung grundsätzlich unionsweite einheitliche Regelungen trifft. Zum anderen könnte der europäische Gesetzgeber eine entsprechende Migrationspflicht in einer Richtlinie verankern, die dann von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umgesetzt werden müsste.

In beiden Fällen würde sich die Zulässigkeit entsprechender sekundärrechtlicher Regelungen am europäischen Primärrecht messen lassen müssen.⁷⁴ Sofern der europäische Gesetzgeber eine zwingende Migrationspflicht normieren würde, die im Ergebnis unmittelbar oder mittelbar zu einer Abschaltspflicht für bestehende Kupfernetze führen würde, würde dies unter zwei Gesichtspunkten ganz erhebliche primärrechtliche Bedenken hervorrufen:

Zum einen schützt Art. 17 Grundrechte-Charta das Eigentumsgrundrecht auf europäischer Ebene, das von einer unionsrechtlichen Abschaltspflicht für bestehende Kupfernetze unmittelbar betroffen wäre.

Zum anderen sieht Art. 345 AEUV vor, dass das Unionsrecht die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten unberührt lässt. Bei einer unionsrechtlich zwingend vorgegebenen Abschaltspflicht würde aber unmittelbar die Nutzungsbefugnis der Kupfernetzeigentümer am bestehenden Kupfernetz und damit ihr national konturiertes Eigentumsrecht eingeschränkt, so dass sich die Frage stellt, ob damit ein unionsrechtlich unzulässiger Eingriff in die nationale Eigentumsordnung einhergehen würde.

⁷⁴ Etwas anderes würde nur gelten, wenn der europäische Gesetzgeber den Mitgliedstaaten keine Migrationspflicht auferlegen würde, sondern den Mitgliedstaaten einen entsprechenden Umsetzungsspielraum einräumen würde. In diesem Fall würde sich das Ausfüllen des Umsetzungsspielraums in Deutschland am Verfassungsrecht, insbesondere an den Grundrechten messen lassen müssen.

aa) *Eigentumsschutz, Art. 17 Grundrechte-Charta*

Art. 17 S. 1 Grundrechte-Charta bestimmt:

„Jede Person hat das Recht, ihr rechtmäßig erworbenes Eigentum zu besitzen, zu nutzen, darüber zu verfügen und es zu vererben. Niemandem darf sein Eigentum entzogen werden, es sei denn aus Gründen des öffentlichen Interesses in den Fällen und unter den Bedingungen, die in einem Gesetz vorgesehen sind, sowie gegen eine rechtzeitige angemessene Entschädigung für den Verlust des Eigentums.“

Wollte die Europäische Union in einem Sekundärrechtsakt eine verbindliche Migrationspflicht regeln, müsste sich diese angesichts der mit einer solchen Pflicht einhergehenden Auswirkungen auf das Netzeigentum bzw. dessen Nutzbarkeit an Art. 17 Grundrechte-Charta messen lassen.

Der persönliche Schutzbereich des Art. 17 Grundrechte-Charta umfasst sowohl natürliche Personen als auch juristische Personen des Privatrechts.⁷⁵ Damit fallen die privatwirtschaftlichen Betreiber von Kupfernetzen, die von einer Migrationspflicht betroffen wären, ohne weiteres in den persönlichen Schutzbereich des Art. 17 Grundrechte-Charta.

Im Hinblick auf den sachlichen Schutzbereich wäre durch eine Migrationspflicht, die Netzbetreiber im Ergebnis zu einer Außerbetriebnahme von bestehenden Kupfernetzen zwingen würde, in erster Linie das Sacheigentum an der Kupfernetzinfrastruktur betroffen. Das Sacheigentum wird vom sachlichen Schutzbereich des Art. 17 Grundrechte-Charta erfasst.⁷⁶

Durch eine Migrationspflicht, aufgrund derer ein bestehendes Kupfernetz nicht mehr wie geplant weiterbetrieben werden kann, wird die mit dem Eigentum grundsätzlich verbundene Befugnis zu einer zweckgemäßen Nutzung des Kupfernetzes erheblich verkürzt. Eine solche Nutzungsbeschränkung erfüllt grundsätzlich die Voraussetzungen eines Eingriffs in den Schutzbereich des Art. 17 Grundrechte-Charta.⁷⁷ Fraglich ist, ob diese Nutzungsbeschränkung die Qualität einer Eigentumsentziehung i.S.d. Art. 17 S. 2 Grundrechte-Charta erreicht oder ob es sich um eine bloße Eigentumsbeschränkung i.S.d. Art. 17 S. 1 Grundrechte-Charta handelt. Wäre ersteres der Fall, wäre eine Migrationspflicht nur gegen eine Entschädigung zulässig.

Da es bisher – soweit ersichtlich – noch keine ständige Rechtsprechung des EuGH zu den Voraussetzungen einer Enteignung gibt, wird von der Literatur zur Bestimmung des Bedeutungsgehalts einer Enteignung vielfach auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für

⁷⁵ Vgl. m.W.N. *Calliess*, in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 17 EU-GRCharta, Rn. 5.

⁷⁶ Vgl. m.W.N. *Calliess*, in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 17 EU-GRCharta, Rn. 6.

⁷⁷ Vgl. m.W.N. *Calliess*, in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 17 EU-GRCharta, Rn. 13.

Menschenrechte zur Eigentumsfreiheit zurückgegriffen.⁷⁸ Demnach setzt eine Enteignung grundsätzlich den vollen und dauerhaften Verlust der Eigentümerstellung voraus.⁷⁹ Dies deckt sich insoweit auch mit dem Verständnis des Bundesverfassungsgerichts, das als ein konstituierendes Element einer Enteignung i.S.d. Art. 14 Abs. 3 GG ebenfalls auf die vollständige Entziehung der Eigentümerstellung abstellt.⁸⁰ Betrachtet man eine mögliche Migrationspflicht ausgehend von dieser Definition, läge in der damit einhergehenden Nutzungsbeschränkung für ein vorhandenes Kupfernetz keine Enteignung. Kupfernetzeigentümer würde ja nicht aus ihrer formalen Eigentümerstellung am Sacheigentum gedrängt.

Bisher nicht geklärt ist, ob der EuGH auf Grundlage von Art. 17 Grundrechte-Charta neben der Enteignung im dargestellten Sinne auch vollständige Beschränkungen der Eigentumsnutzung als Eigentumsentziehung im Sinne des Grundrechts ansehen würde, wenn die formale Eigentümerstellung unangetastet bleibt. Dies ist vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte für den Eigentumsschutz durch die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte grundsätzlich als so genannte „de-facto-Enteignung“ anerkannt.⁸¹ Von der europarechtlichen Literatur wird daher überwiegend davon ausgegangen, dass unter den Begriff der Eigentumsentziehung i.S.d. Art. 17 Grundrechte-Charta auch solche de-facto-Enteignungen fallen können, bei denen die Verwendungsmöglichkeit einer Sache so weitreichend beschränkt sind, dass keine vernünftige Nutzung mehr möglich ist oder das Eigentum seinen wirtschaftlichen Wert verliert.⁸² Diese Betrachtungsweise überzeugt deshalb, weil Art. 52 Abs. 3 Grundrechte-Charta ausdrücklich bestimmt, dass die Grundrechte der Grundrechte-Charta die gleiche Bedeutung und Tragweite wie die der EMRK haben sollen.⁸³ Insofern liegt es auch nahe, dass die für die EMRK anerkannte Konstruktion einer de-facto-Enteignung durch einen vollständigen Entzug der Nutzungsbefugnis für einen Eigentumsgegenstand auch im Rahmen des Art. 17 Grundrechte-Charta herangezogen wird. Ausgehend davon wäre auch eine Migrationspflicht, in deren Folge bestehende Kupfernetze nicht mehr für das Angebot von Telekommunikationsdiensten genutzt werden könnten, als Eigentumsentziehung i.S.d. Art. 17 S. 2 Grundrechte-Charta zu qualifizieren.

Eine solche Eigentumsentziehung ist nach Art. 17 S. 2 Grundrechte-Charta nur dann zulässig, wenn sie zum einen im öffentlichen Interesse liegt und zum anderen ausdrücklich eine

⁷⁸ *Calliess*, in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 17 EU-GRCharta, Rn. 15.

⁷⁹ *Calliess*, in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 17 EU-GRCharta, Rn. 15.

⁸⁰ Dazu unten B II. 2 b) aa) α).

⁸¹ *Calliess*, in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 17 EU-GRCharta, Rn. 19 m.w.N.

⁸² *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, 4. Aufl. 2021, Art. 17 EU-Grundrechte-Charta, Rn. 17; *Kühling*, in: *Pechtstein/Nowak/Häde*, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 2. Aufl. 2023, Art. 17 GRC, Rn. 25.

⁸³ *Kühling*, in: *Pechtstein/Nowak/Häde*, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 2. Aufl. 2023, Art. 17 GRC, Rn. 25.

Entschädigung für die Entziehung der Nutzungsbefugnis gewährt wird. Soweit es darum geht, ob die mit einer Migrationspflicht einhergehende de-facto-Enteignung bestehender Kupfernetze im öffentlichen Interesse liegt, könnte einerseits auf das derzeit im EKEK verankerte Konnektivitätsziel abgestellt werden. Andererseits läge es hier nahe, auf Art. 37 Grundrechte-Charta – Umweltschutz – abzustellen, da eine Migration ja auch dazu dienen soll, dass energieeffizientere Glasfasernetze die bestehenden Kupfernetze ablösen. Ausgehend hiervon spricht viel dafür, dass die Rechtsprechung eine Migrationspflicht bzw. eine damit einhergehende Abschaltspflicht für Kupfernetze nicht per se als europarechtlich unzulässig einstufen würde, auch wenn sie zu einer Eigentumsentziehung i.S.d. Art. 17 S. 2 Grundrechte-Charta führt.

Selbst wenn man allerdings die grundsätzliche Zulässigkeit einer Migrationspflicht bejahen sollte, folgt aus Art. 17 S. 2 Grundrechte-Charta zwingend eine unmittelbare Verpflichtung, für den damit einhergehenden Eigentumsentzug eine Entschädigung zu gewähren.

Zusammenfassend lässt sich daher feststellen, dass sehr gute Gründe dafürsprechen, dass eine europarechtlich vorgegebene Migrationspflicht aufgrund der damit einhergehenden weitreichenden Nutzungsbeschränkung für bestehende Kupfernetze eine Eigentumsentziehung i.S.d. Art. 17 S. 2 Grundrechte-Charta in Form einer de-facto-Enteignung darstellen würde. Sie wäre daher nach Art. 17 S. 2 Grundrechte-Charta allenfalls gegen eine Entschädigung der Kupfernetzbetreiber zulässig.

bb) Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten, Art. 345 AEUV

Art. 345 AEUV sieht vor, dass das Unionsrecht die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten unberührt lässt. Auch wenn Anwendungsbereich und Bedeutungsgehalt des Art. 345 AEUV nicht abschließend geklärt sind, bestünde jedenfalls potenziell zusätzlich zum Eingriff in Art. 17 Grundrechte-Charta auch ein Spannungsverhältnis einer unionsrechtlich vorgeschriebenen Migrationspflicht mit Art. 345 AEUV. Durch die mit einer Migrationspflicht verursachte Nutzungsbeschränkung für vorhandene Kupfernetze werden die Rechte, die aus dem Sacheigentum am Netz folgen, in weitreichender Weise beschränkt. Versteht man mit Teilen der Literatur Art. 345 AEUV so, dass die Bestimmung von Inhalt und Schranken des Privateigentums den Mitgliedstaaten obliegt, dass also Art. 345 AEUV eine Kompetenzschranke für die Europäische Union enthält,⁸⁴ läge eine europarechtlich zwingend vorgegebene Migrationspflicht außerhalb des Kompetenzbereichs der Union und wäre allein deshalb schon unionsrechtlich unzulässig.

⁸⁴ Vgl. dazu *Wernicke*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 84. EL Januar 2025, Art. 345 AEUV, Rn. 10 f.

cc) *Zwischenergebnis*

Es bestehen erhebliche Bedenken, ob der Unionsgesetzgeber eine zwingende Migrationspflicht sekundärrechtlich vorgeben könnte. Es sprechen sehr gute Gründe dafür, dass eine solche sekundärrechtlich verordnete Migrationspflicht nach Art. 17 S. 2 Grundrechte-Charta jedenfalls nur gegen eine Entschädigung der von ihr betroffenen Kupfernetzbetreiber zulässig wäre.

b) ***Zulässigkeit einer nationalen Migrationspflicht bei Einräumung eines entsprechenden Umsetzungsspielraums durch das Unionsrecht***

Auch wenn sehr gute Gründe dafürsprechen, dass der Europäische Gesetzgeber keine Migrationspflicht im Sekundärrecht verankern könnte, wäre aus unionsrechtlicher Sicht kaum etwas dagegen einzuwenden, den Mitgliedstaaten einen entsprechenden nationalen Umsetzungsspielraum einzuräumen bzw. keine Regelungen zu treffen, die nationale Migrationspflichten ausschließen. Nutzen die Mitgliedstaaten diesen Umsetzungsspielraum und schaffen eine nationale Migrationspflicht, muss sich deren Rechtmäßigkeit – anders als bei einer unionsrechtlich verbindlich vorgegebenen Migrationspflicht – nicht an den europäischen Grundrechten messen lassen. Sie müsste zwar ebenfalls mit dem europäischen Primärrecht in Einklang stehen. Für ihre grundrechtliche Zulässigkeit wären aber die nationalen Grundrechte Prüfungsmaßstab. Für die Bundesrepublik wäre daher zu prüfen, ob eine entsprechende Migrationspflicht mit den Vorgaben des Grundgesetzes zu vereinbaren wäre.

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Zulässigkeit einer Migrationspflicht und einer damit verbundenen – jedenfalls faktischen – Pflicht zur Außerbetriebnahme bestehender Kupfernetze, ergeben sich dabei zum einen aus den entsprechenden nationalen Grundrechten der betroffenen Kupfernetzbetreiber, insbesondere der Eigentumsfreiheit des Art. 14 GG sowie ggf. der Berufsfreiheit des Art. 12 GG. Zum anderen stellt sich die Frage, inwieweit eine staatlich auferlegte Migrationspflicht mit den Vorgaben des Art. 87f GG in Einklang stünde, wonach Telekommunikation grundsätzlich im Wettbewerb durch privatwirtschaftlich handelnde Unternehmen erbracht werden soll.

aa) *Grundrechtliche Zulässigkeit einer nationalen Migrationspflicht*

Durch eine Verpflichtung von Netzbetreibern zur Migration von Endnutzern von einem bestehenden Kupfernetz auf ein Glasfasernetz würde faktisch eine Pflicht zur Außerbetriebnahme des Kupfernetzes geschaffen werden. Wenn ein Kupfernetz nicht mehr zur Erbringung von Telekommunikationsdiensten genutzt werden kann, wird sein Weiterbetrieb wirtschaftlich sinnlos. Damit ginge auch ein erheblicher Wertverlust bis hin zu einem wirtschaftlichen Totalverlust des Kupfernetzes einher. Von einer solchen Migrationspflicht wären daher vorrangig das Grundrecht aus Art. 14 GG der Kupfernetzbetreiber betroffen, da der Schwerpunkt der

grundrechtlichen Beeinträchtigung einer Migrationspflicht auf der Nutzungsbeschränkung für ein bestehendes Kupfernetz liegen würde. Im Anschluss soll auf die Vereinbarkeit einer Migrationspflicht mit der Berufsfreiheit des Art. 12 GG eingegangen werden. Hierbei wird zu unterscheiden sein, ob die Migrationspflicht nur für Gebiete gelten soll, in denen der Kupfernetzbetreiber auch über ein Glasfasernetz verfügt, oder ob ein Zwang zur Migration von Endnutzern auch in Gebieten ohne eigenes Glasfasernetz bestehen soll. Denn je nach Ausbaugesbiet sind die Auswirkungen auf das bestehende Geschäftsmodell eines Unternehmens ganz erheblich: Ohne eigenes Glasfasernetz ist ein Kupfernetzbetreiber darauf angewiesen, Vorleistungen Dritter einzukaufen, wenn er auch nach der Außerbetriebnahme seines Kupfernetzes weiterhin Endnutzer mit Telekommunikationsdiensten versorgen will.

α) Eigentumsfreiheit, Art. 14 GG

Obwohl Art. 17 Grundrechte-Charta in vielfacher Hinsicht dem durch Art. 14 GG verbürgten Eigentumsschutz grundsätzlich ähnlich ist, bestehen im Hinblick auf die Vereinbarkeit einer gesetzlichen Migrationspflicht – zwar nicht im Ergebnis, aber im Hinblick auf die dogmatische Begründung – durchaus Unterschiede.

Eigentumsrechtlicher Anknüpfungspunkt einer Migrationspflicht, die im Ergebnis die Abschaltung eines bestehenden Kupfernetzes nach sich zieht, ist vorrangig das Sacheigentum an den betroffenen Kupfernetzen, die in Folge einer staatlich vorgegebenen Migration nicht mehr betriebswirtschaftlich sinnvoll weiterbetrieben werden könnten. Dies gilt zunächst einmal unabhängig davon, ob sich die Migrationspflicht auf ein Gebiet bezieht, in dem ein Kupfernetzbetreiber über ein eigenes Glasfasernetz verfügt, auf das er seine Kupferkunden migrieren kann, oder ob eine Migrationspflicht faktisch eine Einstellung der unmittelbaren Endnutzerversorgung in einem betroffenen Gebiet nach sich zieht, da kein eigenes Glasfasernetz vorhanden ist, auf das Endnutzer migriert werden können. Da das hier ggf. neben dem Sacheigentum am Kupfernetz in Betracht kommende Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb – so es denn eigenständigen eigentumsrechtlichen Schutz genießt – keinen weitergehenden Schutz als der Schutz des ihm zugrundeliegenden Sacheigentums vermitteln kann,⁸⁵ soll in der Folge auch nur darauf eingegangen werden, ob die Beschränkungen des Sacheigentums, die von einer Migrationspflicht ausgehen, verfassungsrechtlich zulässig wären.

Während sich im Hinblick auf die Eröffnung des persönlichen und sachlichen Schutzbereichs des Eigentumsgrundrechts aus Art. 14 GG insofern keine Unterschiede zum europäischen

⁸⁵ Dazu m.w.N. *Wendt*, in: Sachs, Grundgesetz, 10. Aufl. 2024, Art. 14 GG Rn. 47 ff.

Grundrechtsschutz durch Art. 17 Grundrechte-Charta ergeben,⁸⁶ kann nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – anders als auf Grundlage von Art. 17 Grundrechte-Charta – in einem faktischen Ausschluss der künftigen Nutzungsmöglichkeit von Kupfernetzen keine Enteignung i.S.d. Art. 14 Abs. 3 GG liegen, sondern eine Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S.d. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG. Dies gilt selbst dann, wenn mit der Nutzungsbeschränkung eine weitgehende wirtschaftliche Entwertung des Netzeigentums einhergeht.⁸⁷ Das Bundesverfassungsgericht nimmt die Abgrenzung zwischen Enteignung und Inhalts- und Schrankenbestimmung nämlich traditionell nicht anhand der Schwere einer Eigentumsbeschränkung vor. Die Schwere eines Eigentumseingriffs spielt vielmehr erst im Rahmen seiner verfassungsrechtlichen Rechtfertigung und einer möglicherweise verfassungsrechtlich gebotenen Ausgleichspflicht ggf. eine Rolle.⁸⁸ Für die Definition einer Enteignung i.S.d. Art. 14 Abs. 3 GG stellt das Gericht ausschließlich eine formale Betrachtungsweise dergestalt an, dass eine Enteignung nur dann vorliegt, wenn kumulativ zum einen dem bisherigen Eigentümer das privatnützige Eigentum vollständig entzogen wird und dies zum anderen zum Zwecke der staatlichen Güterbeschaffung erfolgt.⁸⁹ Weder die eine noch die andere Voraussetzung wären aber im Falle einer Migrationspflicht erfüllt: Formal würden Kupfernetzbetreiber weiter Inhaber des zivilrechtlichen Eigentums an den Kupfernetzen bleiben. Zudem würde die Migrationspflicht nicht dazu dienen, dem Staat das Eigentum an den Kupfernetzen zu verschaffen. Beides wären konstitutive Voraussetzungen für eine Enteignung i.S.d. Art. 14 Abs. 3 GG.⁹⁰

Eine staatliche Migrationspflicht würde sich vielmehr als Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums am Kupfernetz i.S.d. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG darstellen, da sie die Art und Weise betrifft, wie ein Kupfernetzbetreiber sein Netzeigentum nutzen kann. Wesentliche Zulässigkeitsvoraussetzung für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieser Inhalts- und Schrankenbestimmung ist, dass ein verfassungsrechtlich legitimes Ziel verfolgt würde und die Migrationspflicht zur Erreichung dieses Ziels verhältnismäßig wäre.⁹¹

Als mögliche Ziele einer Migrationspflicht, die zu einer Abschaltung bestehender Kupfernetze führt, werden regelmäßig zwei benannt:

Zum einen sei es gesamtwohlfahrtssteigernd, wenn Endnutzer wo immer möglich Glasfaser- und keine Kupfernetze mehr nutzen würden. Da die individuelle Nachfrage allerdings nicht in ausreichendem Umfang zu einem Wechsel von Kupfer- zu Glasfaseranschlüssen führe, müsse

⁸⁶ Dazu oben B II. 4. a) aa).

⁸⁷ Dazu m.w.N. *Kempny*, in: Dreier, GG, 4. Aufl. 2023, Art. 14 GG Rn. 118 ff.

⁸⁸ *BVerfG*, BVerfGE 143, 246 (338).

⁸⁹ Ständige Rspr. dazu ausführlich m.w.N. *BVerfG*, BVerfGE 143, 246 (333 f.).

⁹⁰ *BVerfG*, BVerfGE 143, 246 (334).

⁹¹ *Kempny*, in: Dreier, GG, 4. Aufl. 2023, Art. 14 GG Rn. 185 ff.

ein solcher durch eine Abschaltung der bestehender Kupfernetze forciert werden. Im Kern geht es bei diesem Argument also aus ökonomischer Sicht darum, dass eine Migration positive Externalitäten aufweist, die ausgeschöpft werden sollen. Rechtlich zielt dieser Begründungsstrang auf das europäische Konnektivitätsziel des Art. 3 Abs. 3 lit. a) EKEK ab.

Zum anderen wird darauf hingewiesen, dass Kupfernetze einen höheren Energieverbrauch als Glasfasernetzen haben, so dass ihre Außerbetriebnahme auch unter dem Gesichtspunkt des in Art. 20a GG verankerten Staatsziels des Umweltschutzes geboten sei.

Das das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber grundsätzlich einen weiten Beurteilungsspielraum bei der Benennung gesetzgeberischer Ziele einräumt,⁹² ist davon auszugehen, dass das Gericht diese beiden Gesichtspunkte grundsätzlich als legitime Ziele gesetzgeberischen Handelns und der damit einhergehenden Beschränkungen der Nutzungsmöglichkeiten von Kupfernetzen anerkennen würde.

Fraglich ist aber, ob eine Migrationspflicht auch verhältnismäßig zur Erreichung dieser gesetzgeberischen Ziele wäre. Das Bundesverfassungsgericht schließt auf dieser Prüfungsstufe nur solche Maßnahmen aus, die „schlechthin oder objektiv“ untauglich sind.⁹³ Dies wird man bei einer Migrationspflicht kaum bejahen können. Dies gilt jedenfalls im Hinblick auf das Ziel einer Energieeinsparung aus Gründen des Umweltschutzes: Wenn parallel zu Glasfasernetzen bestehende Kupfernetze nicht mehr zur Versorgung von Endnutzern genutzt werden dürfen, führt dies unweigerlich zu einem Rückgang des Gesamtenergiebedarfs von Telekommunikationsnetzen.

Im Hinblick auf das Konnektivitätsziel könnten demgegenüber durchaus schon Zweifel im Hinblick auf die Geeignetheit einer Migrationspflicht bestehen. Dies gilt jedenfalls in solchen Gebieten, in denen entweder neben dem Kupfernetz der Deutsche Telekom noch ein weiteres Kupfernetz oder ein HFC-Netz vorhanden ist. In einem solchen Fall ist es nämlich keine Zwangsläufigkeit, dass bei einer Außerbetriebnahme des Kupfernetzes der Deutsche Telekom deren Endnutzer auf das vorhandene Glasfasernetz migrieren. Denkbar ist es auch, dass sie auf ein Kupfernetz oder ein HFC-Netz eines nicht marktmächtigen Unternehmens wechseln, so dass die Abschaltung des Kupfernetzes der Deutsche Telekom auch keine unmittelbar positiven Auswirkungen auf das Konnektivitätsziel des Art. 3 Abs. 3 lit. a) EKEK hätte. Auch im Hinblick auf die Verbesserung der Energieeffizienz wäre damit letztlich nichts gewonnen, da HFC-Netze sechs Mal mehr Strom verbrauchen als reine Glasfasernetze, Kupfernetze hingegen

⁹² BVerfG, BVerfGE 143, 246 (347).

⁹³ BVerfG, BVerfGE 143, 246 (348).

„nur“ drei Mal so viel.⁹⁴ Unter diesem Gesichtspunkt ist eine Migrationspflicht allein daher auch nur in solchen Gebieten geeignet, zur Erreichung des Konnektivitätsziels sowie zur Energieeffizienz beizutragen, in denen neben dem Kupfernetz der Deutsche Telekom nur Glasfasernetze ausgebaut sind, aber keine anderen Kupfer- bzw. HFC-Netze mehr zur Verfügung stehen.

Selbst für solche Gebiete bestünden aber ganz erhebliche Zweifel im Hinblick auf die Erforderlichkeit und insbesondere auch die Angemessenheit einer Migrationspflicht. Auf der letztgenannten Prüfungsstufe geht es darum, die besondere Bedeutung des Eigentums in ein angemessenes Verhältnis zu dessen Sozialpflichtigkeit zu setzen. Dabei ist im Falle einer Migrationspflicht zu bedenken, dass hiervon nicht das ursprüngliche Kupfernetz der Bundespost betroffen wäre, sondern dass die Deutsche Telekom in den vergangenen Jahren in ganz erheblichem Umfang in den Ausbau und die Aufrüstung ihres Netzes mit Glasfaser zu FTTC-Netzen investiert hat, die zu FTTH-Netzen aufgerüstet werden können. Das Bundesverfassungsgericht hat in der Vergangenheit ausdrücklich entschieden, dass das Eigentumsrecht das berechtigte Vertrauen in eine Rechtslage als Grundlage von Investitionen und eine sich daran anschließende Nutzbarkeit der Investitionen besonders schützt:

„In Art. 14 Abs. 1 GG hat der rechtsstaatliche Grundsatz des Vertrauensschutzes für die vermögenswerten Güter eine eigene Ausprägung gefunden (vgl. BVerfGE 58, 81 [120]). Geschützt ist das Vertrauen in die Verlässlichkeit und Berechenbarkeit der unter der Geltung des Grundgesetzes geschaffenen Rechtsordnung und der auf ihrer Grundlage erworbenen Rechte (vgl. BVerfGE 101, 239 [262]; 132, 302 [317]; 135, 1 [21 Rn. 60]). Das Eigentumsgrundrecht schützt damit auch berechtigtes Vertrauen in den Bestand der Rechtslage als Grundlage von Investitionen in das Eigentum und seiner Nutzbarkeit; ob und inwieweit ein solches Vertrauen berechtigt ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Eine Garantie der Erfüllung aller Investitionserwartungen besteht nicht. Insbesondere schützt Art. 14 Abs. 1 GG grundsätzlich nicht gegen Änderungen der rechtlichen Rahmenbedingungen wirtschaftlichen Handelns und deren Auswirkungen auf die Marktchancen. Die in berechtigtem Vertrauen auf eine Gesetzeslage getätigten Investitionen ins Eigentum erfordern jedoch nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sowohl hinsichtlich des Ob als auch hinsichtlich des Wie eines Ausgleichs angemessene Berücksichtigung, wenn der Gesetzgeber die weitere Verwertbarkeit des Eigentums direkt unterbindet oder erheblich einschränkt. Dabei bleibt dem Gesetzgeber für die Überleitung bestehender Rechtslagen, Berechtigungen und Rechtsverhältnisse ein breiter Gestaltungsspielraum. Insbesondere ist der Gesetzgeber von Verfassungs wegen nicht gehalten, bei Systemwechseln und der Umstellung von Rechtslagen die Betroffenen von jeder Belastung zu verschonen oder jeglicher Sonderlast mit einer

⁹⁴ BREKO, <https://brekoverband.de/2022/05/05/glasfaser-ist-die-digitale-infrastruktur-mit-dem-geringsten-stromverbrauch/>, der auf eine Studie von Prof. Dr.-Ing. Kristof Obermann von der Technischen Hochschule Mittelhessen Bezug nimmt, zuletzt abgerufen am 5.7.2025. Hiervon ausgehend würde eine differenzierende Verpflichtung zur Netzabschaltung von Kupfer- und HFC-Netzen auch gleichheitsrechtliche Fragen aufwerfen.

*Übergangsregelung zu begegnen (vgl. BVerfGE 131, 47 [57f.]). Ein Ausgleich hinsichtlich entwerteter Investitionen in das Eigentum ist jedenfalls dann nicht erforderlich, wenn der Gesetzgeber die Einschränkung der Verwertbarkeit des Eigentums anderweitig ausgleicht; eine Doppelkompensation ist ausgeschlossen.*⁹⁵

Hält man sich vor Augen, dass die Investitionen der Deutsche Telekom in den Ausbau von FTTC-Netzen nicht nur im allgemeinen Vertrauen auf die langfristige Nutzbarkeit der entsprechenden Netze getätigt wurden, sondern sogar teilweise auf regulatorischen Investitionspflichten des Unternehmens im Zusammenhang mit den Vectoring-Entscheidungen der BNetzA beruhen,⁹⁶ wird deutlich, dass ein jetzt verfügbarer Ausschluss der künftigen Nutzbarkeit dieser Infrastrukturinvestitionen zu einem schwerwiegenden Grundrechtseingriff in Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG führen würde. Dies gilt auch deshalb, weil das BVerfG bei der Frage der Zumutbarkeit einer Inhalts- und Schrankenbestimmung auch darauf abstellt,

*„inwieweit der Eigentümer die den Entzug des Eigentums legitimierenden Gründe zu verantworten hat oder sie ihm jedenfalls zuzurechnen sind (vgl. dazu BVerfGE 102, 1 [17f., 21]).“*⁹⁷

Nun könnte man zwar die Auffassung vertreten, dass der Betreiber eines Kupfernetzes es jederzeit in der Hand hätte, einer Migrationspflicht durch eine freiwillige Abschaltung zuvorzukommen, so dass er die Ursache für eine staatlich auferlegte Migration zu verantworten habe. Eine solche Argumentationsweise würde aber in unzulässiger Weise außer Betracht lassen, dass eine Migrationspflicht ja insbesondere für solche Gebiete gefordert wird, in denen ein Kupfernetzbetreiber über keine eigene Glasfaserinfrastruktur verfügt. Die freiwillige Migration käme in diesen Gebieten daher einer grundsätzlichen Aufgabe des bisherigen Geschäftsmodells gleich. Damit verbietet es sich aber, eine Nichtmigration als legitimen Zurechnungsgrund für den Eigentumseingriff zu werten. Niemand kann dazu verpflichtet werden, sein – grundsätzlich ja nicht sozialschädliches – Geschäftsmodell vollständig aufzugeben, indem er die hierfür erforderliche Infrastruktur „freiwillig“ aufgibt.

Es sprechen daher bereits sehr starke Argumente dafür, dass eine Migrationspflicht nicht angemessen wäre, weil sie mit einer weitgehenden wirtschaftlichen Entwertung des privatwirtschaftlichen Eigentums einherginge, zugleich aber die damit einhergehenden positiven Effekte für das Konnektivitätsziel – jedenfalls in Gebieten mit weiteren Kupfer- bzw. HFC-Netzen – zweifelhaft sind.

⁹⁵ BVerfG, BVerfGE 143, 246 (348).

⁹⁶ Vgl. BNetzA, Beschl. v. 30.08.2013, Az. BK3d-12/131 (Vectoring außerhalb der Nahbereiche) und BNetzA, Beschl. v. 1.9.2016, Az. BK3g-15/004 (Vectoring im Nahbereich).

⁹⁷ BVerfG, BVerfGE 146, 246 (339).

Selbst wenn man gleichwohl eine Migrationspflicht als angemessenen Eingriff in die Eigentumsfreiheit der hiervon betroffenen Kupfernetzbetreiber ansehen wollte, wäre sie aber im Anschluss an die Rechtsprechung des BVerfG zum Atomausstieg⁹⁸ nicht ohne Ausgleichsregelungen zulässig – zumindest für die Investitionen der Deutsche Telekom in den Ausbau von reinen Kupfernetzen zu FTTC-Netzen: Durch eine Migrationspflicht würde ein schwerwiegender Eingriff in die Eigentümerbefugnisse der Deutsche Telekom verursacht. Ihr verbliebe im Grundsatz nur noch das formale Eigentum am Kupfernetz, die Nutzungsbefugnis hierfür würde hingegen vollständig verloren gehen. Auch die mit der Eigentümerstellung einhergehende Möglichkeit, das Sacheigentum am Netz zu veräußern, würde erheblich beeinträchtigt: Auch ein Erwerber wäre ja voraussichtlich mit vergleichbaren Nutzungsbeschränkungen konfrontiert. Bei der Abwägung zwischen Eigentumsrecht der Deutsche Telekom und Sozialpflichtigkeit des Eigentums ist zudem zu bedenken, dass das Ziel eines FTTH-Ausbaus erst im Rahmen der TKG-Novelle 2021 explizit in das Gesetz aufgenommen wurde. Noch in der Breitbandstrategie 2014-2017 hatte die Bundesregierung eine flächendeckende Breitbandverfügbarkeit von 50 Mbit/s im Downstream auf Grundlage eines „effizienten Technologiemies“ politisch vorgegeben.⁹⁹ Jedenfalls bis Ende der 2020 vorgenommene Investitionen in FTTC-Netze genießen daher besonderen verfassungsrechtlichen Schutz. Aber selbst nach diesem Zeitpunkt vorgenommene Investitionen in FTTC-Netze sind nicht ohne verfassungsrechtliche Bedeutung, da sie als Zwischenschritt zum Ausbau von FTTH-Netzen angesehen werden können. Würde sich der Gesetzgeber nunmehr dazu entschließen, dass solche FTTC-Netze künftig außer Betrieb genommen werden müssen, könnte er dies in verfassungsrechtlich zulässiger Weise daher allenfalls dann vorschreiben, wenn er für solche Investitionen einen angemessenen Ausgleich vorsehen würde, sofern er nicht einen so langen Übergangszeitraum festlegt, der es Netzbetreibern ermöglicht, bestehende FTTC-Netze in wirtschaftlicher Weise zu FTTH-Netzen aufzurüsten. Denn grundsätzlich ist der Gesetzgeber von Verfassungs wegen gehalten, eigentumsbelastende Regelungen vorrangig ohne kompensatorische Ausgleichszahlungen verhältnismäßig auszugestalten, etwa durch Übergangsregelungen.¹⁰⁰ Kommt eine derartig lange Übergangsfrist nicht in Betracht, weil damit insbesondere das Ziel der Energiereduktion aus Sicht des Gesetzgebers in unangemessener Weise verzögert wird, muss der Gesetzgeber zwingend mit der Migrationspflicht zugleich eine gesetzliche Grundlage für eine Entschädigung der damit einhergehenden Eigentumsbeschränkungen schaffen.¹⁰¹

⁹⁸ BVerfG, BVerfGE 143, 246.

⁹⁹ BT-Drucks. 18/2390, S. 10.

¹⁰⁰ BVerfGE 143, 246 (339).

¹⁰¹ BVerfGE 100, 226 (245f.).

Eine Migrationspflicht könnte als solche daher ggf. so ausgestaltet werden, dass die damit verbundene Verpflichtung zur Außerbetriebnahme von Kupfernetzen nicht grundsätzlich gegen die Eigentumsfreiheit des Art. 14 GG verstößt. Allerdings setzt dies entweder eine so lange Übergangsfrist voraus, dass Kupfernetzbetreiber ihre Netze auf Glasfasernetze aufrüsten können oder es muss zwingend eine Ausgleichspflicht gesetzlich vorgesehen werden, die sich zumindest auf die Investitionen bezieht, die die Deutsche Telekom in die Aufrüstung bestehender Kupfernetze zu FTTC-Netzen getätigt hat.

β) Berufsfreiheit, Art. 12 GG

Im Grundsatz reicht der Schutz der Berufsfreiheit des Art. 12 GG für den Fall einer hoheitlich auferlegten Migrationspflicht nicht weiter als der durch die Eigentumsfreiheit vermittelte Schutz. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass der Eingriff in die Berufsfreiheit von Kupfernetzbetreibern gerade in den Gebieten besonders schwerwiegend wäre, die vorrangiger Gegenstand der Forderungen nach einer solchen Pflicht sind: Gebiete, in denen die Deutsche Telekom kein eigenes Glasfasernetz ausgebaut hat. Die besondere Schwere des Eingriffs in die Berufsfreiheit resultiert dabei daraus, dass in diesen Fällen eine Verpflichtung zur Nichtweiternutzung der vorhandenen Kupferinfrastruktur zu einer fundamentalen Umstellung des eigenen Geschäftsmodells zwingen würde. Während man für Gebiete mit eigenem Glasfasernetz noch argumentieren könnte, dass auch nach einer Migration die Versorgung der eigenen Endnutzer ebenso wie eine berufliche Betätigung als Anbieter von (Glasfaser-) Vorleistungen statt der bisherigen (Kupfer-) Vorleistungen möglich wäre, wäre dies außerhalb des eigenen Glasfaserausbaugebiets gerade nicht mehr möglich. Das Unternehmen müsste sich vielmehr entweder aus dem Endkundenmarkt zurückziehen oder sein Geschäftsmodell auf das eines Vorleistungsnachfragers umstellen.

Eine Migrationspflicht wäre dabei als Berufsausübungsregelung i.S.d. Art. 12 GG zu qualifizieren, da sie die Art und Weise der Ausübung der Tätigkeit von Telekommunikationsdiensteanbietern betreffen würde. Insbesondere in Fällen, in denen ein marktmächtiges Unternehmen über keine eigene Glasfaserinfrastruktur verfügt, auf die es seine Endkunden migrieren kann, läge allerdings ein besonders schwerwiegender Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit vor, der in seiner Tragweite einer Berufszulassungsschranke gleichkäme. Denn: Im Grundsatz wäre ein marktmächtiges Unternehmen in diesen Gebieten daran gehindert, auch weiterhin Telekommunikationsdienste an Endnutzer zu erbringen, wenn es nicht sein Geschäftsmodell so umstellen will, dass es hierfür Glasfaservorleistungen Dritter einkauft.

Wie bereits oben ausgeführt, wäre bereits zweifelhaft, ob ein solch schwerwiegender Eingriff allein geeignet zur Erreichung des Konnektivitätsziels wäre, wenn Gebiete betroffen sind, in denen neben dem Kupfernetz der Deutsche Telekom noch andere Netze vorhanden sind, die

nicht FTTH-Netze sind. Denn hier könnten bei einer Außerbetriebnahme des Netzes der Deutsche Telekom deren Endnutzer auch auf diese (nicht FTTH-) Netze wechseln, so dass die Abschaltung des Kupfernetzes der Deutsche Telekom nicht auf das Konnektivitätsziel einzahlen würde. Die Geeignetheit einer Migrationspflicht wäre daher allenfalls dann gegeben, wenn es flankierende Maßnahmen gäbe, mit denen eine solche „Kupfer-Kupfer-Migration“ verhindert würde. Denkbare wären hier ggf. – allerdings ihrerseits erhebliche Grundrechtseingriffe darstellende – Regelungen, die es anderen Betreibern herkömmlicher Netze untersagen, neue Endnutzerverträge abzuschließen.

Aber selbst, wenn mit Hilfe solch flankierender Regelungen die Geeignetheit einer Migrationspflicht sichergestellt werden könnte, bestünden jedenfalls gegen ihre Angemessenheit gerade dann erhebliche Bedenken, wenn Gebiete betroffen sind, in denen die Deutsche Telekom über kein eigenes Glasfasernetz verfügt, auf das sie ihre Kupferend- und -vorleistungskunden migrieren könnte. In diesen Gebieten könnte das Unternehmen als Endnutzerversorger und Vorleistungsanbieter ja nur noch dann weiter am Markt tätig sein, wenn es Glasfaservorleistungen Dritter in Anspruch nehmen würde. Da insbesondere bei einem (lokalen) Glasfaserinfrastrukturmonopol nicht zwangsläufig sichergestellt wäre, dass das Unternehmen auch zu wettbewerblichen Konditionen solche Vorleistungen erwerben kann, müsste entweder regulatorisch sichergestellt werden, dass das Unternehmen nach der Abschaltung des eigenen Kupfernetzes Vorleistungszugang zu einem bestehenden Glasfasernetz erhält. Alternativ wäre auch hier die Einräumung eines so langen Übergangszeitraums denkbar, der es dem Unternehmen erlaubt, ein bestehendes FTTC-Netz zu einem FTTH-Netz auszubauen, um so weiterhin Endnutzer versorgen zu können und ggf. Vorleistungen an Dritte vermarkten zu können.

bb) Vereinbarkeit mit Art. 87f GG

Eine gesetzlich auferlegte Migrationspflicht würde auch mit dem verfassungsrechtlichen Gebot des Art. 87f Abs. 2 GG in Konflikt geraten, wonach Telekommunikationsdienste grundsätzlich durch private Unternehmen im Wettbewerb erbracht werden müssen. Bei einer Migrationspflicht würde jedenfalls die Entscheidung, ob Endnutzer einen Kupferanschluss oder einen Glasfaseranschluss buchen können, nicht mehr anhand der entsprechenden Nachfrage und dem damit korrespondierenden Angebot entschieden. Vielmehr würde eine staatliche Entscheidung zugunsten einer bestimmten Technologie getroffen werden. Eine Rechtfertigung hierfür könnte allein unter dem Gesichtspunkt der Energieeinsparung gefunden werden. Die Gewährleistungsverantwortung des Staates aus Art. 87f Abs. 1 GG kann als Rechtfertigungsgrund jedenfalls so lange nicht herangezogen werden, solange FTTH-Anschlüsse nicht den Status einer Universaldienstleistung erreicht haben. Es bestehen daher durchaus Bedenken gegen eine staatlich angeordnete Migration im Hinblick darauf, dass damit eine

verfassungsrechtliche Grundentscheidung des Art. 87f GG für eine wettbewerbliche Gestaltung des Telekommunikationsmarktes deutlich relativiert würde.

cc) Zwischenergebnis

Sofern der europäische Gesetzgeber den Mitgliedstaaten einen Umsetzungsspielraum zur Einführung nationaler Migrationspflichten einräumen würde, müsste sich eine entsprechende Regelung in der Bundesrepublik am Grundgesetz messen lassen. Es bestehen erhebliche Bedenken, ob eine Migrationspflicht, die mit einem (zumindest faktischen) Zwang zur Außerbetriebnahme bestehender Kupfernetze einhergeht, mit den Grundrechten der betroffenen Netzbetreiber vereinbar wäre.

Im Vordergrund der grundrechtlichen Bedenken steht dabei eine mögliche Verletzung des Eigentumsgrundrechts aus Art. 14 GG. Bei einer Migrationspflicht würde es sich um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S.d. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG handeln. Sie wäre nur dann zulässig, wenn sie zur Erreichung eines legitimen Ziels, in dem sich insbesondere die Sozialpflichtigkeit des Eigentums widerspiegelt, geeignet, erforderlich und angemessen wäre.

Selbst wenn man die grundsätzliche Zulässigkeit einer Migrationspflicht bejahen wollte, wäre sie allerdings ausgehend von der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung jedenfalls als ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung einzuordnen. Sie wäre damit nur zulässig, wenn der Gesetzgeber für Kupfernetzbetreiber entweder eine ausreichend lange Übergangsfrist einräumen würde, damit sie ihre Netze auf FTTH-Netze aufrüsten können, oder ihnen eine angemessene Entschädigung für den Verlust der Nutzungsmöglichkeit des Kupfernetzes gewähren würde.

Soweit eine Migrationspflicht auch für Gebiete gilt, in denen ein Kupfernetzbetreiber über keine eigene Glasfaserinfrastruktur verfügt, würde darin ein besonders schwerer Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit des Kupfernetzbetreibers aus Art. 12 GG liegen. Er müsste sein gesamtes Geschäft mit Endnutzern entweder einstellen oder sein Geschäftsmodell komplett umstellen. Hier sprechen sehr gute Gründe dafür, dass dies nur dann verhältnismäßig wäre, wenn entweder regulatorisch der Vorleistungszugang zu einem alternativen Glasfasernetz abgesichert wäre oder eine erhebliche Übergangsfrist eingeräumt würde.

Schließlich würde eine Migrationspflicht auch in einem Spannungsverhältnis zum in Art. 87f Abs. 2 GG verankerten Prinzip der privatwirtschaftlichen Leistungserbringung von Telekommunikationsdiensten im Wettbewerb stehen.

III. Regulierung in der Post-Migrationsphase

Die Regulierung von Glasfasernetzen in der Post-Migrationsphase hat erheblichen Einfluss bereits auf die Prämigrationsphase und die Migrationsphase.

Im Hinblick auf die Prämigrationsphase ist die Regulierung von Glasfasernetzen nach einer Kupfernetzabschaltung von Bedeutung für die Ausbaustrategie von Unternehmen. Zum einen beeinflusst die Regulierung von Glasfasernetzen unmittelbar deren Rentabilität und damit schon die initiale Investitionsentscheidung. Zum anderen hat es Einfluss auf die Ausbaustrategie aller Unternehmen, ob sie und ggf. zu welchen Konditionen Vorleistungszugang zu Glasfasernetzen bekommen. Je restriktiver Zugangsrechte sind und je schlechter die Konditionen für Zugangsnachfrager ausgestaltet werden, um so größer ist der Anreiz, durch den Ausbau eigener Glasfasernetze unabhängig von Vorleistungen Dritter zu werden.

In der Migrationsphase spielt die Glasfaserregulierung bereits *de lege lata* eine wesentliche Rolle: Die Aufhebung einer Regulierungsverfügung nach § 34 Abs. 5 TKG kommt nur dann überhaupt in Betracht, wenn gemäß § 34 Abs. 4 S. 2 TKG die Rechte der Endnutzer sowie die Wahrung des Wettbewerbs gesichert sind. Soweit erforderlich, kann die BNetzA dabei insbesondere alternative Vorleistungsprodukte festlegen, die das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nach der Migration anbieten muss. § 34 Abs. 4 TKG sieht damit für Fälle, in denen die Deutsche Telekom ihr Kupfernetz in einem eigenen Glasfaserausbaugbiet abschaltet, insofern vor, dass das Unternehmen erforderlichenfalls weiterhin zum Angebot von Vorleistungen verpflichtet ist, die den zuvor verfügbaren Kupferleistungen vergleichbar sind, soweit dies im Interesse der Endnutzer und zur Wahrung des Wettbewerbs erforderlich ist. Hinzu kommt, dass durch eine Migration gemäß § 34 Abs. 6 TKG eine Regulierungsverfügung für die aufgerüstete bzw. neue Netzinfrastruktur unberührt bleibt. D.h., dass Zugangsverpflichtungen, die dem marktmächtigen Unternehmen für Glasfasernetze auferlegt wurden, unabhängig von der Migration zunächst Fortbestand haben und der regelmäßigen Überprüfung nach § 15 Abs. 1 TKG unterliegen.

Offen lässt § 34 TKG allerdings die Frage, wie der Wettbewerb und die Endnutzerinteressen bewahrt werden können, wenn die Deutsche Telekom in einem Ausbaugbiet ihr Kupfernetz außer Betrieb nimmt, in dem sie über kein eigenes Glasfasernetz verfügt.

Die Norm des § 34 Abs. 6 TKG läuft hier – jedenfalls, solange alternative Glasfasernetzbetreiber nicht als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft worden sind – ebenso ins Leere wie die Festlegungsbefugnis nach § 34 Abs. 4 TKG, da – wie oben gezeigt – das marktmächtige Unternehmen nur dann zur weiteren Bereitstellung von Vorleistungen verpflichtet

werden kann, wenn es diese über ein eigenes Glasfasernetz erbringen kann.¹⁰² Ausgehend vom Wortlaut des § 34 Abs. 4 TKG könnte man zwar der Auffassung sein, dass die BNetzA auch Wettbewerbern die Bereitstellung alternativer Vorleistungsprodukte auf Grundlage von § 34 Abs. 4 TKG auferlegen könnte. Hiergegen spricht aber zum einen aus systematischer Sicht, dass § 34 TKG im Kapitel über die marktmachtabhängigen Zugangsverpflichtungen zu finden ist, so dass eine Verpflichtung von Wettbewerbern, ohne dass zuvor im Rahmen einer Marktanalyse deren beträchtliche Marktmacht förmlich festgestellt worden ist, systemwidrig wäre. Zum anderen ergibt sich aus Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK, dass Verpflichtungen im Rahmen der Migration nur dem bisherigen Zugangsanbieter auferlegt werden können.

Sofern also die Deutsche Telekom ihr Kupfernetz in einem Gebiet außer Betrieb nehmen möchte, in dem sie über kein eigenes Kupfernetz verfügt, muss auf andere Weise sichergestellt werden, dass die Interessen der Endnutzer und die Wahrung des Wettbewerbs i.S.d. § 34 Abs. 4 S. 2 TKG sichergestellt werden. Dies gilt in besonderer Weise dann, wenn es in einem betroffenen Gebiet ein Glasfasernetzmonopol gibt und der Monopolist kein Wholesale-Only-Anbieter ist, der nicht im Endnutzermarkt aktiv ist und dessen Geschäftsmodell auf der diskriminierungsfreien Vermarktung von Vorleistungen beruht.

Um auch im Falle von vertikal integrierten Glasfasernetzmonopolen den Wettbewerb im Interesse der Endnutzer sicherzustellen, stehen der BNetzA prinzipiell zwei alternative Vorgehensweisen zur Verfügung. Zum einen kann sie nach Durchführung von Marktdefinition und Marktanalyse einem alternativen Glasfasernetzbetreiber nach § 26 TKG für dieses Gebiet eine Zugangsverpflichtung, eine Standardangebotsverpflichtung nach § 29 TKG und ggf. auch eine Entgeltregulierungsverpflichtung nach § 38 ff. TKG auferlegen. Dabei kann von einer Entgeltregulierung nach § 38 Abs. 2 TKG – wie es bei der Telekom und den mit ihr verbundenen Unternehmen der Fall ist – abgesehen werden, wenn der Glasfasermonopolist die Voraussetzungen des § 38 Abs. 2 TKG erfüllt, d. h. insbesondere eine technische und wirtschaftliche Nachbildbarkeit seiner eigenen Endkundenprodukte gewährleistet ist. Zum anderen kommt eine Auferlegung von marktmachtunabhängigen Zugangsverpflichtungen nach § 22 Abs. 1 TKG in Betracht. Während der erste Weg zu einer stärkeren Regionalisierung der marktmachtabhängigen Vorleistungsregulierung führt, bedeutet der zweite Weg voraussichtlich eine signifikante Ausweitung der marktmachtunabhängigen Zugangsregulierung. Da sich zudem die Verfahren und die Maßstäbe für die Vorleistungsbedingungen zwischen den beiden Wegen unterscheiden – nach § 22 Abs. 3 TKG gilt im Rahmen der symmetrischen Regulierung grundsätzlich der Maßstab „fair, objektiv, transparent, verhältnismäßig und nichtdiskriminierend“, wohingegen bei der marktmachtabhängigen Regulierung auch eine kostenbasierte

¹⁰² Dazu oben B II. 2. b).

Entgeltregulierung angeordnet werden kann. Vor diesem Hintergrund wäre es sinnvoll, wenn die BNetzA – idealerweise im Rahmen des nächsten Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens zu Markt 1 oder im Rahmen eines Regulierungskonzepts nach § 17 TKG¹⁰³ – frühzeitig Rechtssicherheit schaffen würde und aufzeigen würde, welchen der beiden Wege (Regionalisierung der asymmetrischen Regulierung oder Ausweitung der symmetrischen Regulierung) sie unter welchen Voraussetzungen grundsätzlich einschlagen würde.

¹⁰³ Dazu oben B II. 2.

C Executive Summary

I. 1. Essentielle Voraussetzung für eine erfolgreiche Kupfer-Glasfaser-Migration ist der Ausbau flächendeckender FTTH-/B-Netze. Dieser muss auch aus verfassungsrechtlichen Gründen vorrangig durch private Anbieter im Wettbewerb erfolgen. Der Staat ist im Wesentlichen darauf beschränkt, Rahmenbedingungen zu schaffen, die diesen privatwirtschaftlichen Ausbau stärken.

I. 2. Da Ende 2024 erst rund 19% aller Haushalte als Homes Connected und rund 47% als Homes Passed eingestuft werden können, nach einer Untersuchung des WIK aber mindestens 97% aller Haushalte in einem Migrationsgebiet zumindest Homes Passed sein sollten, um eine systematische Kupfer-Glasfaser-Migration erfolgreich durchführen zu können, ist der Weg zu einer großflächigen Migration noch weit. Gleichwohl ist es im Sinne der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit der Regulierung wichtig, möglichst frühzeitig Klarheit über den Migrationsprozess, aber auch die Post-Migrations-Regulierung von Glasfasernetzen zu schaffen.

II. 1. Ausschließliches Ziel von Art. 81 EKEK ist der Schutz der Endnutzer und der Vorleistungsnachfrager eines marktmächtigen Unternehmens, dem im Rahmen einer Regulierungsverfügung Verpflichtungen auferlegt worden sind und das eine regulierte herkömmliche Infrastruktur außer Betrieb nehmen will. Geschützte Personengruppe sind dabei ausschließlich die Endnutzer und die Vorleistungsnachfrager des konkreten Migrationsgebietes. Art. 81 EKEK enthält zu ihrem Schutz bestimmte Verfahrensvorgaben für den Migrationsablauf. Art. 81 EKEK liefert dagegen keine unionsrechtliche Grundlage für eine direkte oder indirekte Migrationspflicht für Kupfernetzbetreiber.

II. 2. § 34 TKG ist dementsprechend ebenfalls eine reine Migrationsprozessvorschrift. Weder Dritte noch die BNetzA können ein marktmächtiges Unternehmen unmittelbar oder mittelbar zur Stellung eines Antrags nach § 34 TKG zwingen.

II. 3. In Gebieten, in denen es parallele Glasfaserinfrastrukturen gibt, über die Endnutzer versorgt werden können, bei denen also das Wettbewerbsniveau und die Versorgung der Endnutzer auch nach der Außerbetriebnahme des Kupfernetzes über mehrere Infrastrukturen gewährleistet werden können, dürfte regelmäßig keine Verpflichtung des marktmächtigen Unternehmens zur Bereitstellung alternativer Glasfaservorleistungsprodukte in Frage kommen.

II. 4. Eine Verpflichtung für ein marktmächtiges Unternehmen, nach Abschaltung seines Kupfernetzes den Anforderungen des § 34 Abs. 4 S. 2 und 3 TKG entsprechende Glasfaservorleistungen bereitzustellen, kann von vorneherein nur in solchen Gebieten bestehen, in denen das marktmächtige Unternehmen selbst über eine Glasfaserinfrastruktur verfügt, über die es eigene Vorleistungen anbieten kann. Eine darüberhinausgehende Verantwortung des

Unternehmens, ohne eigenes Netz Endnutzer weiter zu versorgen bzw. die Verfügbarkeit von Glasfaservorleistungen zu gewährleisten, ist de lege lata nicht zulässig.

II. 5. Die BNetzA entscheidet im Rahmen eines Verfahrens nach § 34 TKG gemäß § 34 Abs. 5 TKG ausschließlich über die Aufhebung von auferlegten Zugangsleistungen. Der Behörde kommt dabei Ermessen zu, das aber bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 34 Abs. 4 S. 2 und 3 TKG regelmäßig zugunsten der Aufhebung bestehender Zugangsverpflichtungen für das Kupfernetz ausgeübt werden muss.

II. 6. Im Rahmen der Ermessensentscheidung nach § 34 Abs. 5 TKG hat die Behörde vorrangig die Endnutzerinteressen sowie die Auswirkungen einer Migration auf den Wettbewerb in dem von der Migration konkret betroffenen Gebiet in den Blick zu nehmen. Dies folgt daraus, dass die von § 34 TKG geschützte Gruppen allein Endnutzer und Kupferdienstleistungsnachfrager in dem betroffenen Gebiet sind. Dies schließt es de lege lata insbesondere aus, die Entscheidung nach § 34 Abs. 5 TKG von der Abschaltung von Kupfernetzen in anderen Gebieten direkt oder indirekt abhängig zu machen. § 2 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 TKG sind dementsprechend ausschließlich gebietsbezogen zu interpretieren. Die Berücksichtigung diesbezüglicher gebietsübergreifender Belange bei der Ermessensausübung ist dagegen grundsätzlich unzulässig. Auch die Wertungen der Gigabit-Empfehlung der Europäischen Kommission rechtfertigen insofern kein anderes Auslegungsergebnis.

II. 7. Art. 81 EKEK stellt eine abschließende sekundärrechtliche Regelung dar, so dass die Mitgliedstaaten keine hiervon abweichenden bzw. darüberhinausgehenden nationalen Regelungen treffen können. Dies schließt insbesondere Schärfungen des § 34 TKG aus, deren Ziel die Erweiterung der Antragsberechtigten oder die Einbeziehung gebietsübergreifender Aspekte bei der Entscheidung nach § 34 Abs. 5 TKG ist.

II. 8. Sofern der europäische Gesetzgeber eine verbindliche Migrationspflicht sekundärrechtlich regeln wollte, würden damit erhebliche Grundrechtseingriffe für betroffene Kupfernetzbetreiber einhergehen. Es sprechen sehr gute Argumente dafür, dass diese ohne angemessenen finanziellen Ausgleich für den Verlust der weitreichenden Nutzungsbefugnis am Netzeigentum gegen Art. 17 Grundrechte-Charta verstoßen würden.

II. 9. Primärrechtliche Zweifel bestünden bei einer unionsrechtlichen Migrationspflicht auch im Hinblick darauf, ob die Union für eine solche Regelung angesichts der Bestimmung des Art. 345 AEUV überhaupt eine Kompetenz hätte.

II. 10. Sofern der nationale Gesetzgeber eine – unmittelbare oder mittelbare – Migrationspflicht schaffen würde, müsste sich deren Rechtmäßigkeit am Grundgesetz messen lassen. Es bestehen erhebliche Bedenken, ob eine solche Pflicht mit Art. 14 GG vereinbar wäre. Zudem kommt ein Verstoß gegen Art. 12 GG insbesondere in den Fällen in Betracht, in denen ein

Unternehmen zur Abschaltung seiner Kupferinfrastruktur in einem Gebiet verpflichtet werden soll, in dem es selbst über keine Glasfaserinfrastruktur verfügt. Da hiermit die Notwendigkeit zur grundsätzlichen Umstellung des eigenen Geschäftsmodells einherginge, würde es sich um eine Berufsausübungsregelung haben, die aber in ihrer Intensität einer Berufszulassungsbeschränkung gleichkäme.

II. 11. Selbst wenn man die grundsätzliche Vereinbarkeit einer Migrationspflicht insbesondere mit Art. 14 GG bejaht, handelt es sich bei einer solchen Pflicht angesichts der Intensität der von ihr ausgehenden Eigentumsbeschränkung um eine ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung. Kupfernetzbetreiber, die ihr Netz in Folge einer Migrationspflicht nicht mehr zweckentsprechend nutzen könnten, müssten für den Verlust der Nutzungsbefugnis einen Geldausgleich erhalten.

III. 1. Es wird auch bei Glasfasernetzen regionale und lokale Infrastrukturmonopole geben, bei denen oftmals nicht die Deutsche Telekom der Monopolist sein wird. Es ist daher erforderlich, dass möglichst heute schon darüber nachgedacht wird, wie diese Monopole künftig reguliert werden, um den Wettbewerb im Interesse der Endnutzer zu sichern.

III. 2. Grundsätzlich stehen hierfür zwei Wege zur Verfügung: Zum einen kann durch eine stärker lokale oder regionale Betrachtung von Glasfasermärkten der Kreis der Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht erweitert werden, so dass ihnen im Rahmen der marktmachtabhängigen Marktregulierung Regulierungsverpflichtungen auferlegt werden können. Zum anderen kommt eine Ausweitung der symmetrischen Regulierung in Betracht. Da für beide Wege unterschiedliche Verfahren und Maßstäbe zur Anwendung kommen, könnte die BNetzA die Vorhersehbarkeit der Regulierung erhöhen und damit Investitionsrisiken verringern, wenn sie schon heute einen konkreten Ausblick auf die mögliche Postmigrationsregulierung gibt.

Mannheim, den 17. Juli 2025

Prof. Dr. Thomas Fetzer