

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

Universitätsprofessor an der Universität Mannheim

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Regulierungsrecht und Steuerrecht

**Vereinbarkeit der Regelungen zur Kupfer-Glasfaser-Migration
im TKG-Gesetzesentwurf vom 10. Juni 2026 mit höherrangigem Recht**

EXECUTIVE SUMMARY.....	4
A GUTACHTENAUFTRAG.....	8
B GUTACHTERLICHE STELLUNGNAHME.....	10
I. VEREINBARKEIT DER REGELUNGEN ZUR KUPFER-GLASFASER-MIGRATION IM TKG-E MIT HÖHERRANGIGEM RECHT	10
1. <i>Prüfungsgegenstand</i>	11
2. <i>Unions- und verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab</i>	12
II. UNIONSRECHTLICHE BEWERTUNG VON § 34 ABS. 6 TKG-E.....	13
1. <i>Erweiterung des Drittschutzes durch § 34 Abs. 6 S. 1 TKG-E</i>	14
a) Umsetzungsspielraum für eine Erweiterung des Drittschutzes auf glasfaserausbauende Drittunternehmen?.....	14
b) Unzulässige Beschränkung der Entscheidungsautonomie der BNetzA?.....	16
2. <i>Gebietsübergreifende Betrachtungsweise, § 34 Abs. 6 S. 2 TKG-E</i>	17
a) Umsetzungsspielraum für eine gebietsübergreifende Betrachtungsweise? ..	18
b) Unzulässige Beschränkung der Entscheidungsautonomie der BNetzA.....	23
3. <i>Unzulässige Rechtsfolge?</i>	25
4. <i>Zwischenergebnis</i>	26
III. HILFSWEISE: VERFASSUNGSRECHTLICHE BEWERTUNG VON § 34 ABS. 6 TKG-E	27
1. <i>Verfassungsmäßigkeit eines Kupfernetzabschaltverbots in eigenen Glasfaserausbaugebieten</i>	28
a) Vereinbarkeit eines Abschaltverbots mit Art. 14 Abs. 1 GG.....	28
b) Vereinbarkeit eines Abschaltverbots mit Art. 12 Abs. 1 GG.....	31
c) Zwischenergebnis.....	32
2. <i>Verfassungsmäßigkeit eines faktischen Kupfernetzabschaltgebots für Glasfaserausbaugebiete Dritter</i>	32
a) Grundrechtsrelevanz	33
b) Eigentumsfreiheit, Art. 14 GG.....	35
aa) Schutzbereich	35
bb) Eingriff.....	35
cc) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	36
c) Berufsfreiheit, Art. 12 GG	41
3. <i>Zwischenergebnis</i>	43
IV. § 22A TKG-E ALS VERFASSUNGSRECHTLICH GEBOTENE ZUGANGSREGELUNG.....	44
1. <i>Hinreichend effektiver Vorleistungszugang durch § 22a TKG-E?</i>	44
2. <i>Unionsrechtskonformität von § 22a TKG-E?</i>	47
3. <i>Zwischenergebnis</i>	51
V. UNIONSRECHTLICHE BEWERTUNG DER REGELUNGEN ZUR GEBÄUDEINFRASTRUKTUR.....	52

1.	<i>Vollausbaurecht, § 144 TKG-E</i>	52
a)	Vereinbarkeit von § 144 TKG-E mit höherrangigem Recht	53
aa)	Vereinbarkeit von § 144 TKG-E mit dem Unionsrecht.....	53
bb)	Vereinbarkeit von § 144 TKG-E mit Grundrechten der Gebäudeeigentümer	54
b)	Zwischenergebnis.....	57
2.	<i>Zugang zur Gebäudeverkabelung, § 22b TKG-E</i>	58
a)	Vereinbarkeit von § 22b TKG-E mit dem GIA.....	58
b)	Vereinbarkeit von § 22b TKG-E mit dem EKEK	59
3.	<i>Zwischenergebnis</i>	61
VI.	UNIONSRECHTLICHE BEWERTUNG VON § 25 ABS. 1 NR. 6 TKG-E	61
1.	<i>Zulässigkeit einer Vorlagepflicht für bestehende Migrationspläne?</i>	62
2.	<i>Zulässigkeit einer Verpflichtung zur erstmaligen Erstellung eines Migrationsplans?</i>	65
3.	<i>Zwischenergebnis</i>	68
VII.	UNIONSRECHTLICHE BEWERTUNG VON § 50 ABS. 4 TKG-E ALS GRUNDLAGE FÜR EINE MIGRATIONSPFLICHT	68

Executive Summary

- I. Unionsrechtlicher Maßstab für die Zulässigkeit des TKG-E ist allein der Europäische Kodex für die Elektronische Kommunikation (EKEK). Der Vorschlag für einen Digital Networks Act der Europäischen Kommission vom 21. Januar 2026 entfaltet demgegenüber keinerlei rechtliche Vorwirkung.
- II. § 34 Abs. 6 S. 1 TKG-E würde den Drittschutz auf glasfaserausbauende Drittunternehmen erweitern und damit über den unionsrechtlich durch Art. 81 EKEK determinierten persönlichen Schutzbereich der Migrationsvorschrift hinausgehen. Es sprechen sehr gute Gründe dafür, dass § 34 Abs. 6 S. 1 TKG-E deshalb unionsrechtswidrig wäre, da Art. 81 EKEK den durch das Migrationsverfahren geschützten Personenkreis abschließend auf Endnutzer und Vorleistungsnachfrager in einem konkreten Migrationsgebiet begrenzt. Zudem würde durch § 34 Abs. 6 S. 1 TKG-E die unionsrechtlich durch Art. 81 EKEK gebotene Entscheidungsautonomie der nationalen Regulierungsbehörde in unzulässiger Weise verkürzt.
- III. § 34 Abs. 6 S. 2 TKG-E würde die bisher streng gebietsbezogene Betrachtung des § 34 TKG hin zu einer gebietsübergreifenden Betrachtungsweise erweitern. Hierfür steht dem nationalen Gesetzgeber nach Art. 81 EKEK kein entsprechender Umsetzungsspielraum zu. Auch würde dadurch die unionsrechtlich zu gewährleistende Entscheidungsautonomie der BNetzA in unzulässiger Weise verkürzt.
- IV. Das durch § 34 Abs. 6 TKG-E vorgesehene Abschaltverbot für ein Kupfernetz im Falle einer von der BNetzA als diskriminierend eingestuften Abschaltpraxis eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht würde die durch den EKEK gewährleistete unternehmerische Befugnis, den Zeitpunkt einer Netzabschaltung autonom zu bestimmen, in unzulässiger Weise beschränken.
- V. Soweit vertreten wird, Art. 81 EKEK eröffne den Mitgliedstaaten einen Umsetzungsspielraum für eine gebietsübergreifende Diskriminierungskontrolle sowie für eine Ausweitung des durch das Migrationsverfahren geschützten Personenkreises, überzeugt dies auf Grundlage von Wortlaut, Systematik und Telos der Vorschrift nicht. Art. 81 EKEK regelt vielmehr abschließend sowohl ein auf ein konkretes Migrationsgebiet bezogenes Verfahren als auch die hierbei geschützten Personengruppen.
- VI. Sofern man demgegenüber – in schwer vertretbarer Weise – § 34 Abs. 6 TKG-E als unionsrechtlich zulässig ansieht, bemisst sich die Zulässigkeit der Regelung am nationalen Verfassungsrecht.
- VII. Das durch § 34 Abs. 6 TKG-E ermöglichte Abschaltverbot für ein bestehendes Kupfernetz innerhalb des Glasfaserausbaugebiets der Deutsche Telekom verletzt das betroffene

Unternehmen sowohl in seiner verfassungsrechtlich geschützten Eigentumsfreiheit als auch in seiner Berufsfreiheit. Es greift in nicht verhältnismäßiger Weise in die Grundrechte ein, da es in sachwidriger Weise die Kupfernetzabschaltung in Glasfaserausbaugebieten der Deutsche Telekom mit der Abschaltung außerhalb solcher Gebiete verknüpft.

VIII. Zugleich bewirkt § 34 Abs. 6 TKG-E einen faktischen Abschaltzwang für das Kupfernetz der Deutsche Telekom außerhalb ihrer Glasfaserausbaugebiete. Dieser faktische Abschaltzwang würde zu einem erheblichen Eingriff in das Netzeigentum führen. Er wäre nur dann verfassungsrechtlich zulässig, wenn der Gesetzgeber entweder einen erheblichen Übergangszeitraum vorsehen würde, der es dem Unternehmen ermöglicht, seine FTTC-Infrastruktur zu einem FTTB-/H-Netz auszubauen. Oder es muss ein finanzieller Ausgleich für die Aufgabe des Netzeigentums und den Ausschluss seiner bestimmungsgemäßen Nutzbarkeit gesetzlich geregelt werden.

IX. Durch das faktische Abschaltgebot wird auch erheblich in die Berufsfreiheit der Deutsche Telekom aus Art. 12 Abs. 1 GG eingegriffen, weil das Unternehmen gezwungen wird, außerhalb seines Glasfaserausbaugebiets sein Geschäftsmodell grundlegend umzustellen, sofern es seine Kupferbestandskunden auch weiterhin mit Telekommunikationsdiensten versorgen will. Es ist daher verfassungsrechtlich geboten, regulatorisch sicherzustellen, dass das Unternehmen seine Bestandskunden unterbrechungsfrei und mit mindestens gleicher Produktqualität weiter versorgen kann, indem es den hierfür erforderlichen Vorleistungszugang zu einem bestehenden Glasfasernetz erhält.

X. § 22a TKG-E ist grundsätzlich geeignet, regulatorisch einen Vorleistungszugang für die Deutsche Telekom nach einer erfolgten Kupfernetzabschaltung zu ermöglichen, genügt allerdings in der vorgeschlagenen Form den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht. § 22a TKG-E muss zum einen dahingehend nachgeschärft werden, dass ein Vorleistungszugang der Deutsche Telekom zu einem bestehenden alternativen Glasfasernetz auch sichergestellt ist, ohne dass zuvor die Möglichkeit einer Duplizierung des vorhandenen Glasfasernetzes geprüft wird. Zum anderen muss sichergestellt werden, dass die Deutsche Telekom jedenfalls ihre Bestandskunden auch nach Abschaltung des Kupfernetzes unterbrechungsfrei und mit mindestens gleicher Produktqualität weiter versorgen kann.

XI. § 22a TKG-E muss daher im Sinne der Wettbewerbssymmetrie dahingehend ergänzt werden, dass die Deutsche Telekom zumindest einen Vorleistungszugang zu einem Glasfasernetz Dritter erhalten muss, den sie selbst im Falle der Abschaltung ihres Kupfernetzes nach § 34 TKG ihren Vorleistungskunden zu ihrem Glasfasernetz gewähren muss.

XII. Es sprechen sehr gute Gründe dafür, dass Art. 61 Abs. 3 EKEK einen Umsetzungsspielraum belässt, § 22a TKG-E nicht nur in der vorgeschlagenen Form im nationalen Recht zu

verankern, sondern auch mit den verfassungsrechtlich gebotenen Schärfungen zur Sicherstellung einer unterbrechungsfreien und gleichwertigen Weiterversorgung von Endnutzern der Deutsche Telekom nach einer erzwungenen Kupfernetzabschaltung.

XIII. Um das Ziel einer möglichst flächendeckenden FTTH-Netzabdeckung zu erreichen, ist es geboten, dass der Gesetzgeber Regelungen trifft, um den Ausbau neuer sowie den Zugang zu vorhandenen Glasfasergebäudenetzen regulatorisch abzusichern.

XIV. § 144 TKG-E ist weder europarechtlich noch verfassungsrechtlich zu beanstanden. Das europäische Richtlinienrecht belässt dem nationalen Gesetzgeber einen Umsetzungsspielraum, der es ihm ermöglicht, das Vollausbaurecht des § 144 TKG-E im nationalen Recht zu etablieren.

XV. Entscheidend für die Vereinbarkeit mit den nationalen Grundrechten ist, dass das Vollausbaurecht zum einen subsidiär zu einem Eigenausbau durch den Gebäudeeigentümer ausgestaltet ist. Zum anderen stellt die Anforderung des § 144 Abs. 3 S. 1 TKG-E, dass Eigentumseingriffe so gering wie möglich erfolgen müssen, die Verhältnismäßigkeit der gesetzlichen Regelungen sicher. Hierbei ist auch die gesetzliche Wertung des § 1 Abs. 1 S. 2 TKG in die Abwägung einzubeziehen, wonach der FTTH-Ausbau im überragend öffentlichen Interesse liegt, also auch gegenüber Eigentümerinteressen vorrangig sein kann.

XVI. Es ist eine gesetzliche Klarstellung zu empfehlen, wonach zum einen auch bei einem (Fremd- oder Eigen-)Ausbau nach § 144 TKG-E die Anforderungen des § 145 Abs. 2 bzw. Abs. 3 TKG-E erfüllt werden müssen. Zum anderen sollte festgelegt werden, dass der Eingriff in das Eigentum eines Gebäudeeigentümers als „geringstmöglich“ i.S.d. § 144 Abs. 1 S. 3 TKG-E gilt, wenn diese Voraussetzungen eingehalten werden.

XVII. § 22b TKG-E ist ebenfalls mit höherrangigem Recht vereinbar. Es sprechen sehr gute Gründe dafür, dass sowohl der GIA als auch der EKEK den Mitgliedstaaten einen Umsetzungsspielraum belassen, um neben den zwingenden behördlichen Befugnissen zur Zugangsauferlegung auch gesetzlich vorstrukturierte Zugangsregelungen zu treffen.

XVIII. Es bestehen erhebliche unionsrechtliche Bedenken, ob es zulässig ist, von Unternehmen die Vorlage eines bestehenden Gesamtmigrationsplans gemäß § 25 Abs. 1 Nr. 6 TKG-E anzufordern. Der EKEK enthält bereits umfangreiche Informationspflichten im Zusammenhang mit der Kupfer-Glasfaser-Migration, was für einen abschließenden Charakter des Unionsrechts spricht.

XIX. Soweit durch § 25 Abs. 1 Nr. 6 TKG-E eine Verpflichtung für das marktmächtige Unternehmen begründet werden soll, erstmals einen Migrationsplan neu zu erstellen, ist dies unionsrechtlich nicht zulässig. Art. 81 EKEK legt abschließend fest, dass die Entscheidung über

das Ob einer Netzabschaltung und den Abschaltzeitpunkt allein dem betroffenen Unternehmen obliegt. Dies schließt auch aus, ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zur erstmaligen Erstellung und Veröffentlichung eines entsprechenden umfassenden Migrationsplans zu verpflichten, wenn dem keine autonome unternehmerische Entscheidung zugrunde liegt. Dies gilt auch dann, wenn ein solcher Plan nicht rechtsverbindlich ist.

XX. § 50 Abs. 4 TKG-E kann nicht als Grundlage dafür dienen, einem Unternehmen verbindlich die Abschaltung seines Kupfernetzes vorzugeben. Selbst wenn die BNetzA die Abschaltpraxis eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht als diskriminierend einstufen sollte, ist es unionsrechtlich ausgeschlossen, dieses Verhalten zugleich als missbräuchlich anzusehen, mit der Folge, dass die Behörde dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Abschaltung seines Kupfernetzes außerhalb seines Glasfaserausbaugebietes verbindlich auferlegen könnte. Dies würde der gesetzlichen Wertung des Art. 81 EKEK widersprechen, dass die Abschaltung eines Kupfernetzes eine unternehmerische Entscheidung darstellt, die hoheitlich begleitet, aber nicht forciert werden kann.

Mannheim, den 10. August 2026



Prof. Dr. Thomas Fetzer

A Gutachtenauftrag

Die Bundesregierung hat im Juni 2026 den Entwurf für ein Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes und zur Verbesserung der telekommunikationsrechtlichen Rahmenbedingungen für den Ausbau von Telekommunikationsnetzen (TKG-E) veröffentlicht.¹ Einer der zentralen Regelungsbereiche des Entwurfs betrifft die Migration von Kupfernetzen auf FTTH-Infrastrukturen. Demnach sollen für diesen Technologieübergang bestehende Hindernisse beseitigt, die Diskriminierungsfreiheit sichergestellt und die Transparenz des Prozesses erhöht werden.² Der Entwurf folgt zeitlich einem von der Bundesnetzagentur (BNetzA) veröffentlichten Regulierungskonzept zur Kupfer-Glasfaser-Migration, mit dem die Behörde ihre Einschätzung und ihre Vorstellungen von einer wettbewerbs- und verbraucherorientierten Kupfer-Glasfaser-Migration – auch *de lege ferenda* – darlegt.³ Die BNetzA plädiert in dem Regulierungskonzept insbesondere für die gesetzliche Verankerung eines sogenannten „regelgebundenen Verfahrens zur Abschaltung der Kupfernetze“, das auch von der Behörde initiiert werden können soll, sofern in einem konkreten Ausbaugebiet bestimmte „Migrationsbedingungen“ erfüllt sind.⁴

Das TKG-E greift das Petitum für ein regelbasiertes Abschaltverfahren in dieser Form nicht auf. Es soll aber einerseits durch eine Anpassung bestehender Normen – namentlich § 34 Abs. 6 TKG sowie § 25 Abs. 1 Nr. 5 TKG – und andererseits durch neue Regelungen – insbesondere §§ 22a, 22b und 144 TKG-E – die Grundlage dafür schaffen, um die Kupfer-Glasfaser-Migration regulatorisch zu forcieren. Dies würde insofern einen Paradigmenwechsel darstellen, als *de lege lata* weder der europäische noch der nationale Rechtsrahmen den Übergang von Kupfer auf Glasfasernetze materiell determinieren, sondern die Entscheidung über das Ob und das Wann der Abschaltung eines Kupfernetzes allein dem jeweiligen Netzbetreiber überlassen.⁵ Vielmehr werden lediglich Kupfernetzbetreibern mit beträchtlicher Marktmacht durch Art. 81 EKEK bzw. § 34 TKG Transparenz- und Verfahrensverpflichtungen zum Schutz von Vorleistungsnachfragern und Endkunden auferlegt, deren Erfüllung Voraussetzung dafür ist, dass die nationale Regulierungsbehörde bestehende Zugangsverpflichtungen zum Kupfernetz aufheben kann.

¹ BMDS, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes und zur Verbesserung der telekommunikationsrechtlichen Rahmenbedingungen für den Ausbau von Telekommunikationsnetzen, v. 10. Juni 2026.

² BMDS, oben Fußnote 1, S. 2.

³ BNetzA, Regulierungskonzept der Bundesnetzagentur zur Kupfer-Glas-Migration, Januar 2026, K4.

⁴ BNetzA, oben Fußnote 3, K10.

⁵ Dazu ausführlich Fetzer, Kupfer-Glasfaser-Migration – Unions-, verfassungs- und telekommunikationsrechtlicher Rahmen, Gutachterliche Stellungnahme im Auftrag der Deutsche Telekom, Juli 2025.

Ich bin von der Deutsche Telekom gebeten worden, die Regelungen zur Kupfer-Glasfaser-Migration im TKG-E auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht hin zu untersuchen. Dabei soll in einem ersten Schritt darauf eingegangen werden, ob die im TKG-E enthaltene spezifische Regelung zur Kupfer-Glasfaser-Migration in § 34 Abs. 6 TKG-E mit dem europäischen Sekundärrecht einerseits sowie mit dem nationalen Verfassungsrecht andererseits in Einklang steht (dazu II.). Da diese Regelung aber nur ein – wenn auch wesentlicher – Baustein im regulatorischen Gesamtkonzept des TKG-E zur Forcierung der Kupfer-Glasfaser-Migration ist, werden auch §§ 22a, 22b, 25 Abs. 1 Nr. 5, § 50 Abs. 4 TKG-E sowie § 144 TKG-E auf ihre jeweilige Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht hin überprüft. Die Normen adressieren Fragen, die von wesentlicher Bedeutung für einen flächendeckenden FTTH-Ausbau einerseits sowie für die Sicherstellung des Wettbewerbs auch nach einer möglichen Kupfernetzabschaltung andererseits sind. (dazu III. - VII.).⁶

⁶ Die gutachterliche Stellungnahme basiert auf *Fetzer*, Kupfer-Glasfaser-Migration – Unions-, verfassungs- und telekommunikationsrechtlicher Rahmen, Gutachterliche Stellungnahme im Auftrag der Deutsche Telekom, Juli 2025 sowie auf *Fetzer*, Gesetzgeberische Handlungsbedarfe und -optionen zur Beschleunigung des Glasfaserausbaus auf der Netzebene 4, Rechtsgutachten im Auftrag der Deutsche Telekom, September 2025) und misst u.a. den Gesetzesentwurf der Bundesregierung an den dort herausgearbeiteten Maßstäben.

B Gutachterliche Stellungnahme

I. Vereinbarkeit der Regelungen zur Kupfer-Glasfaser-Migration im TKG-E mit höherrangigem Recht

Im Einklang mit dem politischen Ziel der Bundesregierung⁷ eines flächendeckenden FTTH-Ausbaus soll ausweislich der Begründung zum Regierungsentwurf des TKG-E unter anderem „die vollständige Migration auf Glasfasernetze“ beschleunigt werden.⁸ Im Regelfall soll dabei „am Ende dieses Migrationsprozesses [...] eine ununterbrochene Versorgung der Verbraucherinnen und Verbraucher mit Glasfaser“ stehen.⁹ Aus der Entwurfsbegründung wird dabei deutlich, dass es sich bei der Migration von Kupfernetzen auf Glasfasernetze um einen Prozess handelt, in dessen Verlauf zum einen Glasfasernetze von Wettbewerbern der Deutsche Telekom errichtet werden. Zum anderen baut auch die Deutsche Telekom ein FTTH-Glasfasernetz auf, indem die auf der letzten Meile vorhandenen Kupfernetzbestandteile durch Glasfaser ersetzt werden. Denn das Netz der Deutsche Telekom basiert spätestens mit dem Ausrollen der Vectoring-Technologie aufgrund erheblicher Netzinvestitionen in der Regel nur noch im Bereich der Teilnehmeranschlussleitung vom Hausabschlusspunkt bis zum Kabelverzweiger (KVz) auf Kupferkabeln.¹⁰ Die KVz sind demgegenüber weitgehend mit Glasfaser angeschlossen (FTTC – Fibre to the cabinet). Das FTTC-Netz der Deutsche Telekom hat daher mit dem ursprünglichen Kupfernetz der Bundespost – und auch mit Kupfernetzen in anderen Mitgliedstaaten – nur noch wenig gemeinsam.

Zu prüfen ist, ob die zur Beschleunigung der Migration auf FTTH-Netze und des flächendeckenden Glasfaserausbaus bis in jede (Miet-)Wohnung mit dem TKG-E vorgeschlagenen Regelungen mit höherrangigem Recht vereinbar sind. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit dem europäischen Sekundärrecht, das für das Telekommunikationsrecht in wesentlichen Teilen zwar keine Vollharmonisierung, aber doch eine sehr weitreichende Harmonisierung bewirkt.

⁷ Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD für die 21. Legislaturperiode, Verantwortung für Deutschland, Zeile 2202.

⁸ *BMDS*, oben Fußnote 1, S. 1.

⁹ *BMDS*, oben Fußnote 1, S. 1.

¹⁰ Vgl. <https://www.telekom.com/de/blog/netz/artikel/warum-glasfaser-und-vectoring-sich-nicht-wider-sprechen-65524>, zuletzt abgerufen am 11.07.2025.

1. Prüfungsgegenstand

Im Zentrum der für die Kupfer-Glasfaser-Migration relevanten Gesetzesänderungen steht die vorgesehene Neuregelung des § 34 Abs. 6 TKG-E. Sie ist daher vorrangiger Gegenstand der folgenden Untersuchung.

Zudem ist § 22a TKG-E zu betrachten. Er enthält Regelungen über den Zugang zu Netzbestandteilen auch jenseits des ersten Verteiler- bzw. Konzentrationspunktes am Ort der Nutzung. Ein solcher Vorleistungszugang ist für das Angebot von FTTH-Anschlüssen in solchen Gebieten notwendig, in denen ein Netzanbieter über kein eigenes Glasfasernetz verfügt. Sofern darüber nachgedacht wird, dass Kupfernetzbetreiber mit beträchtlicher Marktmacht außerhalb eigener Glasfaserausbaugebiete zumindest faktisch dazu gezwungen werden können, ihr bestehendes Kupfernetz abzuschalten, ist ein effektiver Netzzugang zu alternativen Glasfasernetzen für sie von essenzieller Bedeutung, wenn sie ihre Bestandskunden (und neue Kunden) auch nach der Kupfernetzabschaltung mit elektronischen Kommunikationsdiensten versorgen wollen. Auch für dritte Unternehmen, die bisher vom Kupfernetzbetreiber Vorleistungen genutzt haben, die dieser nach der Kupfernetzabschaltung nicht mehr erbringen kann, ist ein solcher Vorleistungszugang von wesentlicher Bedeutung, um sicherzustellen, dass ein im Kupfernetz erreichtes Wettbewerbsniveau auch nach der Migration aufrechterhalten werden kann.

Da die mit dem TKG-E angestrebte flächendeckende Verfügbarkeit von FTTH-Anschlüssen voraussetzt, dass auch auf der Netzebene 4 (NE4) Glasfasernetze zum Einsatz kommen, ist zudem zu prüfen, ob § 22b TKG-E ein effektives Zugangsregime zur NE4 schafft bzw. ob es § 144 TKG-E Unternehmen hinreichend ermöglicht, eine eigene Glasfaserinfrastruktur auf der NE4 zu errichten, um tatsächlich echte FTTH-Anschlüsse anbieten zu können.

In die Untersuchung ebenfalls mit einbezogen wird § 25 TKG-E, der Informationspflichten für Netzbetreiber über ihre Migrationspläne statuieren soll. Dies soll sogar so weit gehen, dass Netzbetreiber auch dazu verpflichtet werden können, einen Gesamtmigrationsplan erstmalig zu erstellen.¹¹

Ergänzend wird auch ein Blick auf § 50 TKG-E geworfen, da dieser potenziell als ein scharfes Eingriffsinstrumentarium gegen von der BNetzA als diskriminierend eingestufte Migrationspraktiken eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht angesehen werden könnte.

¹¹ BMDS, oben Fußnote 1, S. 81.

2. Unions- und verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab

Der Prüfungsmaßstab für die Regelungen des TKG-E ergibt sich in erster Linie aus dem Unionsrecht und hier konkret aus dem Europäischen Kodex für die Elektronische Kommunikation (EKEK¹²), der insoweit als sekundärrechtlicher Harmonisierungsrechtsakt vorrangig vor dem Primärrecht zu prüfen ist.¹³ Für einzelne Regelungen kann zudem die Gigabit-Infrastrukturverordnung (GIA)¹⁴ Relevanz entfalten, die als Verordnung unmittelbar anwendbar ist und – von Einzelbereichen abgesehen – keiner nationalen Umsetzung bedarf. Aus unionsrechtlicher Sicht bemisst sich die Zulässigkeit der vorgeschlagenen Änderungen zur Kupfer-Glasfaser-Migration im TKG-E danach, ob diese Regelungen entweder unionsrechtlich vorgegeben werden oder, falls dies nicht der Fall ist, der EKEK bzw. der GIA den Mitgliedstaaten einen Umsetzungsspielraum belässt, entsprechende nationale Regelungen zu schaffen.

Keine Bedeutung für die unionsrechtliche Zulässigkeit der TKG-E-Regelungen hat hingegen der DNA-E, für den zwar seit dem 21. Januar 2026 ein konkreter Entwurf vorliegt, dessen Gesetzgebungsverfahren aber gerade erst formal initiiert worden ist. Zwar ist anerkannt, dass auch Sekundärrechtsakte der Europäischen Union eine sogenannte „Vorwirkung“ entfalten können, die es den Mitgliedstaaten noch vor der nationalen Umsetzung des Sekundärrechtsaktes verbietet, anderweitiges Recht zu erlassen, das dem europäischen Rechtsakt zuwiderläuft.¹⁵ Unstrittig tritt aber eine solche Vorwirkung frühestens dann ein, wenn ein Unionsrechtsakt bereits verabschiedet worden ist.¹⁶ Ebenso unstrittig bildet damit der EKEK solange die unionsrechtliche Grundlage für nationale Umsetzungsakte, solange der EKEK nicht durch einen nachfolgenden Rechtsakt modifiziert bzw. aufgehoben worden ist.¹⁷ Auch dies ist frühestens mit der Verabschiedung des DNA oder eines anderen entsprechenden europäischen Sekundärrechtsakts der Fall.

¹² 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.

¹³ Vgl. dazu m.w.N. aus der Rechtsprechung *Forsthoff/Eisendle*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV, Art. 45 AEUV, Rn. 358, Stand 87. EL Januar 2026.

¹⁴ Verordnung (EU) 2024/1309 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2024 über Maßnahmen zur Reduzierung der Kosten des Aufbaus von Gigabit-Netzen für die elektronische Kommunikation zur Änderung der Verordnung (EU) 2015/2120 und zur Aufhebung der Richtlinie 2014/61/EU, Abl. EU Nr. L 1, 40 vom 8.5.2024.

¹⁵ Vgl. dazu m.w.N. aus der Rechtsprechung *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV, Art. 288 AEUV, Rn. 118, Stand 87. EL Januar 2026.

¹⁶ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV, Art. 288 AEUV, Stand 87. EL Januar 2026, Rn. 118; Schroeder, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 Rn. 68, 3. Aufl. 2018; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 288 Rn. 81.

¹⁷ So ausdrücklich auch der Gesetzentwurf des *BMDs*, oben Fußnote 1, S. 1.

Neben dem EKEK und GIA kann als Zulässigkeitsmaßstab der Regelungen des TKG-E auch das Verfassungsrecht heranzuziehen sein. Insbesondere die Grundrechte des Grundgesetzes können dann eigenständige Bedeutung erlangen, wenn die vorgeschlagenen Änderungen des TKG-E zwar nicht unionsrechtlich vorgegeben sind, der nationale Gesetzgeber aber befugt ist, sie autonom in Ausübung eines ihm unionsrechtlich eingeräumten Umsetzungsspielraums zu erlassen.¹⁸

Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass die Regelungen des TKG-E zur Kupfer-Glasfaser-Migration nur dann zulässig sind, wenn mit ihnen entweder Vorgaben des EKEK umgesetzt werden oder der EKEK und der GIA Deutschland einen entsprechenden Umsetzungsspielraum belassen. Im letztgenannten Fall müssen die Regelungen des TKG-E zudem mit dem nationalen Verfassungsrecht vereinbar sein.

II. Unionsrechtliche Bewertung von § 34 Abs. 6 TKG-E

Gemäß § 34 Abs. 6 S. 1 TKG-E soll die BNetzA bei Entscheidungen nach § 34 Abs. 4 TKG (Festlegungen zum Migrationsprozess) und nach § 34 Abs. 5 TKG (Aufhebung von Zugangsverpflichtungen) künftig sicherstellen, dass die Interessen von anderen Unternehmen, die ein Netz errichtet haben, das komplett aus Glasfaserkomponenten bis zum Verteilerpunkt am Ort der Nutzung besteht, bei der Migration von herkömmlichen Infrastrukturen durch das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht angemessen berücksichtigt werden. Dabei kann die Behörde gemäß § 34 Abs. 6 S. 2 TKG-E insbesondere auch die Abschaltpraxis eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht außerhalb des konkreten Abschaltgebiets berücksichtigen, auf das sich ein Verfahren nach § 34 TKG bezieht.

Die vorgeschlagenen Regelungen würden im Vergleich zur aktuellen Gesetzeslage zu zwei wesentlichen Änderungen führen: Zum einen würde der bisher durch § 34 TKG ausschließlich gewährleistete Schutz von Zugangsnachfragern und Endnutzern in einem konkreten Migrationsgebiet ausgeweitet auf glasfaserausbauende Drittunternehmen, also auf Wettbewerber des Netzbetreibers mit beträchtlicher Marktmacht auf der Ebene der physischen Infrastruktur. Zum anderen soll die BNetzA künftig die Abschaltpraxis eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht auch jenseits des konkreten Migrationsgebiets berücksichtigen können, auf das sich ein Verfahren nach § 34 TKG bezieht. Die Behörde soll demnach insbesondere die Abschaltpraxis in anderen Gebieten in den Blick nehmen, in denen das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht kein eigenes Glasfasernetz ausgebaut hat.¹⁹

¹⁸ Ständige Rspr. vgl. *EuGH*, Urt. v. 29.7.2019, C-476/17, Rn. 80 ff., ECLI:EU:C:2019:624.

¹⁹ *BMDS*, oben Fußnote 1, S. 82.

Für beide vorgeschlagenen Änderungen kann vorab festgehalten werden, dass sie durch den EKEK, namentlich Art. 81 EKEK, nicht zwingend vorgegeben werden. Es stellt sich daher die Frage, inwieweit Art. 81 EKEK für die Ausweitung des drittschützenden Charakters eines Verfahrens nach § 34 TKG einerseits und für die Weiterung von einer gebietsbezogenen hin zu einer gebietsübergreifenden Betrachtung der Migration herkömmlicher Infrastrukturen durch ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht andererseits einen Umsetzungsspielraum belässt.

1. Erweiterung des Drittschutzes durch § 34 Abs. 6 S. 1 TKG-E

Durch § 34 Abs. 6 S. 1 TKG-E würde die BNetzA verpflichtet, sicherzustellen, dass die Interessen von Drittunternehmen, die zumindest ein FTTB-Netz errichtet haben, bei der Migration von herkömmlichen Infrastrukturen durch das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht angemessen berücksichtigt werden.

Dies wirft, erstens, die Frage auf, ob eine solche Ausweitung des durch die Norm geschützten Personenkreises unionsrechtlich überhaupt zulässig ist. Zweitens ist – sofern man dies als grundsätzlich zulässig ansieht – zu fragen, ob durch die in § 34 Abs. 6 S. 1 TKG-E vorgesehene Pflicht zur Berücksichtigung der Interessen ausbauender Drittunternehmen die Entscheidungsautonomie der nationalen Regulierungsbehörde in unzulässiger Weise beschränkt würde. Drittens ist schließlich zu prüfen, ob durch die ausweislich der Entwurfsbegründung zum TKG-E explizit eingeräumte Möglichkeit, ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht daran zu hindern, sein Kupfernetz abzuschalten, weil von der BNetzA die Gefahr einer diskriminierenden gebietsübergreifenden Abschaltpraxis des Unternehmens gesehen wird, eine unionsrechtswidrige Rechtsfolge geschaffen würde.

a) Umsetzungsspielraum für eine Erweiterung des Drittschutzes auf glasfaserausbauende Drittunternehmen?

Ausgangspunkt der Erwägungen, ob Art. 81 EKEK die durch § 34 Abs. 6 S. 1 TKG-E vorgesehene Erweiterung des persönlichen Schutzbereichs eines Migrationsverfahrens nach § 34 TKG zulässt, ist der Wortlaut von Art. 81 EKEK. Dieser enthält keinen Hinweis darauf, dass durch das mit der Norm vorgezeichnete Migrationsverfahren auch die Interessen von glasfaserausbauenden Drittunternehmen geschützt werden sollen. Im Gegenteil werden ausdrücklich als Personengruppen, deren Schutz das durch die Norm etablierte Migrationsverfahren zu dienen bestimmt ist, in Art. 81 Abs. 2 UAbs. 1 und UAbs. 2 lit. a) EKEK allein Zugangsnachfrager und Endnutzer des Betreibers einer herkömmlichen Infrastruktur im Migrationsgebiet genannt. Allerdings ist festzustellen, dass sich allein aus dem Wortlaut der Norm auch nicht zwingend ein abschließender Charakter der unionsrechtlichen Regelung dahingehend ableiten lässt, dass nur diese Personengruppen geschützt werden dürfen. Zumindest scheint der Wortlaut

der Norm hier einer Auslegung nicht grundsätzlich entgegenzustehen, die glasfaserausbauende Drittunternehmen in den Schutz mit einbezieht. Grammatikalischer Anknüpfungspunkt wäre insofern Art. 81 Abs. 2 UAbs. 1 EKEK, wonach Migrationsbedingungen auch zur „Wahrung des Wettbewerbs“ erforderlich sein müssen.

Der Wortlaut einer Norm bildet allerdings nur den Ausgangspunkt ihrer Auslegung. Schließt eine reine Wortlautbetrachtung einen entsprechenden Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten nicht kategorisch aus, die durch ein Migrationsverfahren geschützte Personengruppe über die in Art. 81 EKEK ausdrücklich genannten Zugangsnachfrager und Endnutzer hinaus zu erweitern, sprechen Sinn und Zweck der Norm, wie sie sich ausdrücklich aus dem EKEK ergeben, allerdings sehr deutlich gegen eine solche Befugnis des nationalen Gesetzgebers.²⁰ So dient Art. 81 EKEK dazu, die nationale Regulierungsbehörde frühzeitig über eine geplante Abschaltung eines Kupfernetzes zu informieren, für das eine Zugangsverpflichtung besteht.²¹ Damit soll gewährleistet werden, dass die nationale Regulierungsbehörde dem marktmächtigen Unternehmen ggf. einen bestimmten Migrationsprozess aufgeben kann, der sicherstellt, dass die von einer Netzabschaltung betroffenen Endnutzer und Zugangsnachfrager sich entsprechend darauf einstellen können.²²

Dieses Telos zeigt sich auch in Art. 81 Abs. 2 UAbs. 1 EKEK, wonach die nationalen Regulierungsbehörden einen transparenten Zeitplan und transparente Migrationsbedingungen vorgeben müssen, „soweit dies für die Wahrung des Wettbewerbs und der Rechte der Endnutzer erforderlich ist“. Dieser Bedeutungsgehalt von Art. 81 EKEK kommt zudem auch in Erwägungsgrund 209 EKEK zum Ausdruck. Demnach sollen die nationalen Regulierungsbehörden bei der Kupfer-Glasfaser-Migration „im Interesse der Endnutzer“ Maßnahmen ergreifen können. Dass es dabei nicht allgemein um den Wettbewerb im Glasfasermarkt und nicht allgemein um Rechte aller Endnutzer geht, sondern nur um die derjenigen Endnutzer und Vorleistungsnachfrager, die konkret von einer Abschaltung betroffen sind, und damit auch nur um den Wettbewerb in diesem konkreten Migrationsgebiet, zeigt sich eindeutig an Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 lit. a) EKEK. Danach muss sich die nationale Regulierungsbehörde 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 ausschließlich diese konkreten Endnutzer sowie die Vorleistungsnachfrager der Kupferinfrastruktur, die außer Betrieb genommen werden soll, die eben diese

²⁰ Vgl. zum Folgenden bereits ausführlich *Fetzer*, oben Fußnote 5, S. 11 ff.

²¹ Vgl. Erwägungsgrund 209 EKEK.

²² Vgl. Erwägungsgrund 209 EKEK.

Endnutzer mit elektronischen Kommunikationsdiensten versorgen, nicht aber andere glasfaserausbauende Unternehmen.

Angesichts dieses eindeutigen Telos von Art. 81 EKEK sprechen klare Gründe dafür, dass die Norm eine abschließende Regelung darstellt, die es für die Mitgliedstaaten ausschließt, im nationalen Recht den geschützten Personenkreis autonom zu erweitern. Dies bedeutet auch, dass die Regelung des § 34 Abs. 6 S. 1 TKG-E bereits deshalb unionsrechtlich unzulässig wäre, weil sie den geschützten Personenkreis des auf Art. 81 EKEK basierenden Migrationsverfahrens in unzulässiger Weise erweitert.

b) *Unzulässige Beschränkung der Entscheidungsautonomie der BNetzA?*

Darüber hinaus spricht viel dafür, dass die Norm jedenfalls deshalb unionsrechtswidrig wäre, weil sie die Entscheidungsautonomie der BNetzA in unzulässiger Weise beschränken würde. Art. 81 Abs. 2 EKEK weist den nationalen Regulierungsbehörden die exklusive Zuständigkeit zu, einen ordnungsgemäßen Migrationsprozess sicherzustellen („Die nationale Regulierungsbehörde sorgt dafür“) und gibt der Behörde die dabei zu berücksichtigenden Belange vor. Demgegenüber ist § 34 Abs. 6 S. 1 TKG-E aufgrund der gewählten Formulierung als gebundene Entscheidung („stellt sicher“) konzipiert. Der Gesetzgeber gibt der BNetzA also zwingend vor, dass sie die Interessen von glasfaserausbauenden Drittunternehmen berücksichtigen muss, wenn sie nach § 34 Abs. 4 TKG Migrationsprozessbedingungen festlegt und gemäß § 34 Abs. 5 TKG über die Aufhebung einer Zugangsverpflichtung entscheidet. Aufgrund der ausdrücklichen Nennung dieses Belangs hätte er im Normprogramm jedenfalls gegenüber den allgemeinen Regulierungszielen des § 2 TKG auch eine hervorgehobene Stellung, da diese allgemeinen Ziele gerade nicht ausdrücklich wiederholt werden bzw. auf sie verwiesen wird. Ein Ermessen, ob die Behörde die Interessen von ausbauenden Drittunternehmen überhaupt berücksichtigt, käme der Behörde ausgehend vom Wortlaut des § 34 Abs. 6 S. 1 TKG-E insoweit nicht zu. Dies wird bestätigt durch die Entwurfsbegründung zum TKG-E. Demnach gilt: „Der Entscheidung der Bundesnetzagentur wird dies als Belang in die Abwägung eingestellt“.²³ Unerheblich ist insofern, dass damit nicht „in die Befugnisse der Bundesnetzagentur eingegriffen oder sie in ihrem Ermessen eingeschränkt wird“.²⁴ Denn allein die Tatsache, dass der Behörde ein neuer Belang vorgegeben wird, den sie bei ihrer Ermessensausübung berücksichtigen muss, schränkt ausgehend von der europarechtlichen Rechtsprechung schon die Entscheidungsautonomie der Behörde in unzulässiger Weise ein.

²³ BMDS, oben Fußnote 1, S. 82.

²⁴ BMDS, oben Fußnote 1, S. 82.

Zwar ist es nicht grundsätzlich ausgeschlossen, dass der nationale Gesetzgeber Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörde vorzeichnet. Allerdings hat der EuGH deutliche Grenzen für eine solche gesetzliche Vorstrukturierung des behördlichen Entscheidungsprogramms durch den Gesetzgeber formuliert. So hat das Gericht ausdrücklich entschieden, dass schon die Vorgabe der vorrangigen Berücksichtigung eines vom europäischen Sekundärrecht anerkannten Ziels durch den nationalen Gesetzgeber unionsrechtswidrig ist, da dies nach Auffassung des Gerichts eine unzulässige gesetzliche Abwägung begründet. Die Abwägung unionsrechtlich vorgegebener Belange im Rahmen regulatorischer Verfahren kommt demnach nämlich ausschließlich den nationalen Regulierungsbehörden und nicht dem nationalen Gesetzgeber zu.²⁵ Durch § 34 Abs. 6 S. 1 TKG-E würde der nationale Gesetzgeber die Abwägungsautonomie der nationalen Regulierungsbehörde im Vergleich zu der vom EuGH entschiedenen Konstellation sogar noch weitergehend beschneiden, als nicht nur die besondere Berücksichtigung eines unionsrechtlich vorgegebenen Ziels gesetzlich vorgegeben werden soll, sondern der BNetzA sogar die Berücksichtigung eines unionsrechtlich gerade nicht vorgegebenen Ziels aufgeben würde. Damit würde die durch Art. 81 EKEK zwingend vorgegebene Abwägungsautonomie der nationalen Regulierungsbehörde ausgehend von der unionsgerichtlichen Rechtsprechung durch § 34 Abs. 6 S. 1 TKG-E in unionsrechtlich unzulässiger Weise beschränkt.

2. Gebietsübergreifende Betrachtungsweise, § 34 Abs. 6 S. 2 TKG-E

§ 34 Abs. 6 S. 2 TKG-E würde die von der BNetzA bei ihren Entscheidungen nach § 34 TKG zu berücksichtigende Belange sogar noch erheblich weiter ausdehnen als § 34 Abs. 6 S. 1 TKG-E. Die Behörde soll demnach künftig nicht nur die gebietsbezogenen Auswirkungen einer Kupfernetzabschaltung auf die Endnutzer und Zugangsnachfrager in dem verfahrensgegenständlichen Migrationsgebiet berücksichtigen, sondern auch die Abschaltpraxis des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht außerhalb des verfahrensgegenständlichen Migrationsgebiets. Insbesondere soll die BNetzA demnach die Abschaltpraxis eines marktmächtigen Kupfernetzbetreibers in anderen Gebieten als dem Abschaltgebiet bei ihrer Entscheidung nach § 34 Abs. 5 S. 1 TKG berücksichtigen können berücksichtigen, in denen andere Unternehmen als das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht ein Glasfasernetz errichtet haben.²⁶ Hier geht es also nicht nur um die Ausweitung des persönlichen Schutzbereichs der Vorschrift auf andere glasfaserausbauende Unternehmen, sondern um eine Erweiterung des sachlich-räumlichen Betrachtungsgegenstands weg von einem konkreten Migrationsgebiet hin zu einer gebietsübergreifenden Betrachtung.

²⁵ EuGH, Urteil v. 3.12.2009, Az. C-424/07, ECLI:EU:C:2009:749, Rn. 93.

²⁶ BMDS, oben Fußnote 1, S. 82.

Fraglich ist zum einen, ob eine derart gebietsübergreifende Betrachtungsweise unionsrechtlich überhaupt zulässig ist. Zum anderen ist von Bedeutung, ob – sofern man eine solch gebietsübergreifende Betrachtungsweise als grundsätzlich unionsrechtskonform ansieht – die vorgesehene Pflicht zur besonderen Berücksichtigung dieses Belangs nicht ebenso wie § 34 Abs. 6 S. 1 TKG-E die unionsrechtlich zu gewährleistende Entscheidungsautonomie der BNetzA in unzulässiger Weise beschränken würde.

a) *Umsetzungsspielraum für eine gebietsübergreifende Betrachtungsweise?*²⁷

Während im Rahmen eines Migrationsverfahrens nach § 34 TKG *de lege lata* ausschließlich die Auswirkungen einer Netzabschaltung auf das konkrete Migrationsgebiet bei Entscheidungen über die Aufhebung von Zugangsverpflichtungen von der BNetzA zu berücksichtigen sind, soll durch § 34 Abs. 6 S. 2 TKG-E erreicht werden, dass auch die generelle Abschaltpraxis eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht von der Behörde zu berücksichtigen ist – und zwar insbesondere die Abschaltpraxis in solchen Gebieten, in denen das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht kein eigenes Glasfasernetz errichtet hat, sondern andere Unternehmen.

Da durch Art. 81 EKEK eine solch gebietsübergreifende Betrachtung nicht ausdrücklich vorgegeben wird, stellt sich die Frage, ob der nationale Gesetzgeber über einen entsprechenden Umsetzungsspielraum verfügt, um der nationalen Regulierungsbehörde die Berücksichtigung gebietsübergreifender Aspekte vorzugeben.

Ausgangspunkt der Auslegung von Art. 81 EKEK ist auch in dieser Hinsicht wieder der Wortlaut der Norm. Bereits dieser spricht gegen einen entsprechenden Umsetzungsspielraum für den nationalen Gesetzgeber. Gemäß Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 lit. a) EKEK muss ein 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 des Art. 81 EKEK sind also Endnutzer, die sich geographisch in dem konkreten Migrationsgebiet befinden. Das spricht aber dafür, dass bei der Ausübung des Ermessens nach Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 S. 1 EKEK ausgehend von Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 lit. a) EKEK auch ausschließlich Interessen der Endnutzer in dem konkreten Migrationsgebiet und nicht allgemein Endnutzerinteressen zu berücksichtigen sind. Für die Interessen der Endnutzer in einem Migrationsgebiet spielt das Abschaltverhalten des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht außerhalb dieses Migrationsgebiets aber keine Rolle. Daraus lässt sich dann aber auch folgern, dass der

²⁷ Die folgenden Ausführungen basieren auf *Fetzer, Kupfer-Glasfaser-Migration – Unions-, verfassungs- und telekommunikationsrechtlicher Rahmen*, Gutachterliche Stellungnahme im Auftrag der Deutsche Telekom, Juli 2025, und stellen eine Aktualisierung im Hinblick auf § 34 Abs. 6 TKG-E dar.

ationale Gesetzgeber der BNetzA für ihre Entscheidung nach § 34 Abs. 5 TKG keine Aspekte vorgeben kann, die die Migrationsstrategie eines marktmächtigen Unternehmens jenseits des von einer konkreten Anzeige nach § 34 Abs. 1 TKG betroffenen Gebiets betreffen, eben weil diese für die geschützten Endnutzer in einem Migrationsgebiet keine Bedeutung entfalten.²⁸

Für eine streng gebietsbezogene Betrachtung sprechen neben dem Wortlaut von Art. 81 EKEK auch systematische Gesichtspunkte. So können die nationalen Regulierungsbehörden Verpflichtungen aus einer Regulierungsverfügung gemäß Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 S. 1 EKEK nur in Bezug auf die zur Außerbetriebnahme oder Ersetzung vorgeschlagenen Anlagen widerrufen. Art. 81 EKEK sieht also nicht den vollständigen Widerruf einer Regulierungsverfügung vor, sondern beschränkt einen solchen Widerruf geographisch auf das Gebiet, in dem herkömmliche Anlagen außer Betrieb genommen werden sollen. In Gebieten, die nicht von der Migration betroffen sind, kommt eine Aufhebung von Verpflichtungen nur nach Art. 68 EKEK in Betracht. Der Gebietsbezug auf der Rechtsfolgenseite des Art. 81 EKEK legt es aber nahe, dass sich auch die Tatbestandsseite bzw. die Ermessensausübung im Rahmen des Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK nur auf Aspekte beziehen kann, die im Hinblick auf das konkrete Migrationsgebiet von Relevanz sind.

Demgegenüber wird von Befürwortern einer gebietsübergreifenden Betrachtung unter Verweis auf die Gigabit-Empfehlung²⁹ der Europäischen Kommission die Auffassung vertreten, diese sehe eine gebietsübergreifende Betrachtung der Abschaltpraxis eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht vor.³⁰ Konkret wird ein solches Verständnis an Nummer 79 der Gigabit-Empfehlung festgemacht. Diese lautet:

„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

²⁸ Demgegenüber will *Neumann*, Gesetzgeberische Spielräume zur Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration, Gutachten im Auftrag des Bundesverbands Breitbandkommunikation e.V., 2024, S. 26 aus der Tatsache, dass Art. 81 EKEK der nationalen Regulierungsbehörde ein Ermessen einräumt, ableiten, dass die Behörde bei der Ausübung ihres Ermessens alle Regulierungsziele des Art. 3 EKEK berücksichtigen kann und damit auch den Wettbewerb insgesamt. Im Anschluss daran auch *Kühling/Gastroph*, Unions- und verfassungsrechtlicher Rahmen für eine diskriminierungsfreie und regelbasierte Abschaltung des Kupfernetzes, Gutachten im Auftrag des BREKO Bundesverband Breitbandkommunikation e.V., 5. März 2026, S. 91 ff. Zwar ist es grundsätzlich zutreffend, dass eine nationale Regulierungsbehörde bei der Ausübung des ihr eingeräumten Ermessens alle Regulierungsziele zu berücksichtigen hat. Da allerdings Art. 81 EKEK hier eine spezifische Wertung vornimmt, wonach für Entscheidungen nach Art. 81 EKEK nur die Interessen der Endnutzer und der Zugangsnachfrager in einem bestimmten Migrationsgebiet relevant sind, gehen diese spezifischen Wertungen auch den allgemeinen Zielen des Art. 3 EKEK vor.

²⁹ BREKO, Konzeptpapier Kupfer-Glasfaser-Migration, S. 4., abrufbar unter <https://breko-verband.de/2024/04/11/breko-konzept-zur-kupfer-glasfaser-migration/>, zuletzt abgerufen am 17.7.2026.

³⁰ BREKO, Konzeptpapier Kupfer-Glasfaser-Migration, S. 4., abrufbar unter <https://breko-verband.de/2024/04/11/breko-konzept-zur-kupfer-glasfaser-migration/>, zuletzt abgerufen am 17.7.2026.

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.“

Der EKEK müsse nun – so die Befürworter dieser Auffassung – im Lichte der Gigabit-Empfehlung ausgelegt werden, so dass die nationale Regulierungsbehörde bei ihrer Entscheidung nach Art. 81 EKEK auch gebietsübergreifende Aspekte berücksichtigen dürfe, insbesondere das generelle Abschaltverhalten eines marktmächtigen Unternehmens außerhalb des eigenen Glasfaserausbaugebiets.³¹ Sei hier eine Differenz zwischen dem Abschaltverhalten in Gebieten mit eigenem VHC-Netz und solchen ohne eigenes VHC-Netz festzustellen, dürfe die nationale Regulierungsbehörde einschreiten, sofern es keine sachliche Rechtfertigung für diese Differenzierung gebe. Dies soll auch die Möglichkeit umfassen, in einem Gebiet, das isoliert betrachtet die Voraussetzungen des Art. 81 EKEK für die Kupfernetzabschaltung und die Aufhebung von Zugangsverpflichtungen erfüllt, die Zugangsverpflichtungen so lange nicht aufzuheben bis auch außerhalb des eigenen Glasfaserausbaugebiets eine Kupfernetzabschaltung erfolgt.

Ein solches Verständnis überzeugt allerdings unter verschiedenen Gesichtspunkten nicht:

So ist bereits eine Auslegung des EKEK im Lichte der Gigabit-Empfehlung aus dogmatischer Sicht dann nicht geboten, wenn der EKEK selbst in einem bestimmten Punkt eindeutig ist, also keine Auslegungsoffenheit festgestellt werden kann. Die Gigabit-Empfehlung ist nach Art. 288 AEUV nämlich eine nicht rechtsverbindliche sekundärrechtliche Maßnahme der Europäischen Kommission. Der EKEK hingegen ist als Richtlinie ein Sekundärrechtsakt des Europäischen Parlaments und des Europäischen Rates. Es ist daher normhierarchisch nicht zulässig, dass durch die Gigabit-Empfehlung Regelungen des EKEK *de lege ferenda* erweitert, modifiziert oder eingeengt werden. Eine gebietsübergreifende Betrachtungsweise des Abschaltverhaltens eines

³¹ So insbesondere auch *Kühling/Gastroph*, Unions- und verfassungsrechtlicher Rahmen für eine diskriminierungsfreie und regelbasierte Abschaltung des Kupfernetzes, Gutachten im Auftrag des BREKO Bundesverband Breitbandkommunikation e.V., 5. März 2026, S. 92 ff.

Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht kann sich daher auch nur unmittelbar aus dem EKEK ergeben und kann nicht auf die Gigabit-Empfehlung gestützt werden. Der EKEK schließt aber wie ausgeführt eine solche gebietsübergreifende Betrachtung gerade aus. Damit verbleibt auch kein Raum für eine Auslegung des Art. 81 EKEK im Lichte der Gigabit-Empfehlung. Selbst wenn man dies – in schwer vertretbarer Weise – anders sehen wollte, überzeugt ein Verständnis der Gigabit-Empfehlung, wonach die nationalen Regulierungsbehörden bei der Kupfer-Glasfaser-Migration grundsätzlich eine gebietsübergreifende Betrachtung anstellen müssen, nicht:

So stellt die Gigabit-Empfehlung in Satz 1 von Nummer 79 ausdrücklich auf den „Prozess“ der Außerbetriebnahme einer herkömmlichen Infrastruktur ab, nicht aber auf die Entscheidung, ob und wann eine Infrastruktur außer Betrieb genommen werden soll. Damit ist Regelungsgegenstand der Empfehlung auch nur, einen diskriminierungsfreien Außerbetriebnahmeprozess sicherzustellen, also das Wie der Außerbetriebnahme in einem bestimmten Gebiet, nicht aber um Beschränkungen der unternehmerischen Freiheit, ob und wann eine Infrastruktur überhaupt außer Betrieb genommen werden soll. Dies kommt auch darin zum Ausdruck, dass nach Nummer 79 Satz 4 der Gigabit-Empfehlung explizit nur verhindert werden soll, dass ein Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht, „*nachdem*“ er die Erbringung von Zugangsleistungen eingestellt hat, zwischen unternehmensinternen und unternehmensexternen Zugangsnachfragern differenziert. Das durch Nummer 79 Gigabit-Empfehlung beschriebene Diskriminierungsverbot postuliert damit keine Diskriminierungsfreiheit im Hinblick auf die generelle Abschaltstrategie eines Unternehmens, sondern bezieht sich allein darauf, wie sich ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht *nach* der Abschaltung einer ganz konkreten herkömmlichen Infrastruktur und der diesbezüglichen Aufhebung von Zugangsverpflichtungen in diesem Abschaltgebiet verhalten darf bzw. muss. Dies entspricht aber genau dem Regelungsgehalt von Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK.

Darüber hinaus gibt Nummer 79 Gigabit-Empfehlung selbst einen strengen Gebietsbezug der Betrachtung vor. Dies spiegelt sich deutlich in Nummer 79 Satz 4 der Gigabit-Empfehlung wider. Demnach soll ein diskriminierendes Verhalten des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht verhindert werden, nachdem Verpflichtungen im Verfahren nach Art. 81 EKEK aufgehoben worden sind. Wie bereits ausgeführt lässt Art. 81 EKEK aber die Aufhebung von Zugangsverpflichtungen nur für ein konkretes Migrationsgebiet, nicht aber außerhalb dieses Migrationsgebiets zu.

Wenn sich aber Nummer 79 Satz 4 der Gigabit-Empfehlung nur auf ein konkretes Migrationsgebiet bezieht, muss das auch für die Aussagen des Satzes 5 gelten, der ausdrücklich auf den vorangegangenen Satz 4 referenziert („*Dies betrifft*“). Satz 5 besagt an Satz 4 anknüpfend

damit, dass ein vertikal integrierter Betreiber im Hinblick auf die Weiterversorgung seiner eigenen Endkundensparte nach der Aufhebung von Zugangsverpflichtungen für ein konkretes Migrationsgebiet im Verfahren nach Art. 81 EKEK ohne sachlichen Rechtfertigungsgrund nicht zwischen Migrationsgebieten differenzieren darf, in denen er über ein eigenes Glasfasernetz verfügt, und solchen Gebieten, in denen ein VHC-Netz von einem anderen Betreiber errichtet worden ist. Mit anderen Worten: Wenn eine Zugangsverpflichtung aufgehoben wurde, darf ein vertikal integrierter Kupfernetzbetreiber bei der Weiterversorgung von Endnutzern ohne sachlichen Grund nicht zwischen einerseits Gebieten differenzieren, in denen er ein Glasfasernetz betreibt, und andererseits solchen Gebieten, in denen er kein eigenes Glasfasernetz ausgebaut hat. Er muss vielmehr entweder in eigenen Ausbaugebieten nach der Aufhebung einer Zugangsverpflichtung die Bereitstellung von Vorleistungen auch an die eigene Endkundensparte einstellen. Macht er dies nicht, muss er auch dritten Zugangsnachfragern (freiwillig) weiterhin Zugang gewähren, sofern es keinen sachlichen Grund für eine Ungleichbehandlung gibt. Hierauf beschränkt sich der Regelungsgehalt der Nummer 79 der Gigabit-Empfehlung. Selbst wenn man Art. 81 EKEK also im Lichte der Gigabit-Empfehlung auslegen wollte, folgt daraus kein gebietsübergreifendes Verständnis, da die Gigabit-Empfehlung selbst eine solch gebietsübergreifende Betrachtung bezogen auf das Ob und das Wann einer Netzabschaltung nicht normiert.

Dass vielmehr auch die Gigabit-Empfehlung ebenso von einer gebietsbezogenen Prüfung der Voraussetzungen des Art. 81 EKEK ausgeht, zeigt sich zudem daran, dass sie in Erwägungsgrund 70 ausdrücklich „die Endnutzer und Zugangsnachfrager, auf die sich die Lockerung auswirkt“ als schutzwürdige Personengruppe einer Kupfer-Glasfaser-Migration benennt. Die Lockerung einer Zugangsverpflichtung ist aber auf Grundlage von Art. 81 EKEK nur für ein bestimmtes Migrationsgebiet überhaupt möglich. Allein die Interessen von Endnutzern und Zugangsnachfragern in diesem Gebiet sind daher auch von den nationalen Regulierungsbehörden bei Entscheidungen nach Art. 81 EKEK zu berücksichtigen. Auch dies 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.³²

Dieses Auslegungsergebnis der Gigabit-Empfehlung wird auch nicht durch die „Explanatory Note“ zur Gigabit-Empfehlung in Frage gestellt.³³ Da es sich bei einer Explanatory Note nicht um eine Rechtsquelle, sondern allenfalls um eine Rechtserkenntnisquelle handelt, könnte sie das – insofern eindeutige – Auslegungsergebnis der Gigabit-Empfehlung, die ja ihrerseits

³² Dazu oben B II.

³³ *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.

normhierarchisch unterhalb des EKEK steht, von vornherein nicht ändern. Sie weicht allerdings inhaltlich auch nicht von der Gigabit-Empfehlung und insofern dann auch nicht von Art. 81 EKEK ab, als in der Explanatory Note nur ausgeführt wird, dass ein vertikal integrierter Kupfernetzbetreiber im Rahmen des Migrationsprozesses seinen Endkundenvertrieb in eigenen Glasfaserausbaugebieten und in Ausbaugebieten Dritter nicht ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandeln darf.³⁴ Dementsprechend bezieht sich auch 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 in einem Migrationsgebiet abgestellt wird.

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass Art. 81 EKEK den Mitgliedstaaten nicht nur keinen Umsetzungsspielraum dahingehend belässt, die Interessen glasfaserausbauender Drittunternehmen bei Entscheidungen nach § 34 TKG zu berücksichtigen, sondern zudem eine streng gebietsbezogene Betrachtungsweise des Verfahrens normiert. Die durch § 34 Abs. 6 S. 2 TKG-E vorgesehene Berücksichtigung der gebietsübergreifenden Abschaltstrategie eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht im Rahmen von Entscheidungen nach § 34 Abs. 5 TKG ist hiermit nicht vereinbar.

b) *Unzulässige Beschränkung der Entscheidungsautonomie der BNetzA*

Selbst wenn man der Auffassung wäre, dass das Unionsrecht den Mitgliedstaaten einen Umsetzungsspielraum dahingehend belässt, bei Entscheidungen nach Art. 81 EKEK auch die Berücksichtigung gebietsübergreifender Aspekte im nationalen Recht zu normieren, stellt sich die Frage, ob die Regelung des § 34 Abs. 6 S. 2 TKG-E nicht deshalb unionsrechtswidrig wäre, weil durch die gesetzliche Vorgabe einer gebietsübergreifenden Betrachtung die Entscheidungsautonomie der nationalen Regulierungsbehörde in unzulässiger Weise beschränkt würde.

Wie bereits ausgeführt, sieht der EuGH eine unzulässige Beschränkung der Entscheidungsautonomie der nationalen Regulierungsbehörde bereits dann als gegeben an, wenn der nationale Gesetzgeber ausdrücklich die Berücksichtigung eines unionsrechtlich vorgegebenen Ziels

³⁴ *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.*

vorschreibt.³⁵ Im Falle des § 34 Abs. 6 S. 2 TKG-E würde sogar eine vorrangige Berücksichtigung („insbesondere“) der unionsrechtlich nicht vorgegebenen gebietsübergreifenden Abschaltpraxis eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht gesetzlich vorgeschrieben werden. Es sprechen sehr starke Argumente dafür, dass allein hierdurch die unionsrechtlich geforderte Entscheidungsautonomie der nationalen Regulierungsbehörde in unzulässiger Weise eingeschränkt würde. Denn wie bereits oben ausgeführt wurde, sieht das Gericht eine unzulässige Beschränkung allein in der Vorgabe eines bestimmten Belangs, selbst wenn der Gesetzgeber keine spezifischen Vorgaben zur Gewichtung des Belangs normiert.³⁶

Hinzu kommt, dass der EuGH eine unionsrechtswidrige Beschränkung der Entscheidungsautonomie der nationalen Regulierungsbehörde auch bejaht, wenn der nationale Gesetzgeber für eine Entscheidung der Regulierungsbehörde restriktivere Voraussetzungen aufstellt als die unionsrechtlich vorgegebenen.³⁷ Genau dies würde durch § 34 Abs. 6 S. 2 TKG-E aber geschehen: Während durch Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK für eine Aufhebung von Zugangsverpflichtungen nur vorgesehen ist, dass die nationale Regulierungsbehörde prüft, ob ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Voraussetzungen für eine Migration in einem Migrationsgebiet geschaffen hat und ob die diesbezüglichen Bedingungen und Verfahren eingehalten worden sind, soll durch § 34 Abs. 6 S. 2 TKG-E auch die Migrationspraxis außerhalb des Migrationsgebiets von der nationalen Regulierungsbehörde zu prüfen sein. Ausweislich der Entwurfsbegründung zu § 34 Abs. 6 TKG-E soll dadurch als zusätzliche Voraussetzung für eine Aufhebung von Zugangsverpflichtungen durch die nationale Regulierungsbehörde die diskriminierungsfreie Abschaltpraxis auch außerhalb des konkreten Migrationsgebiets geprüft werden.³⁸ Die Voraussetzungen für eine Aufhebung von Zugangsverpflichtungen durch die BNetzA nach § 34 Abs. 6 TKG-E wären damit künftig restriktiver als dies nach Art. 81 EKEK vorgesehen ist. Ausgehend von der Rechtsprechung des EuGH würde dies zu einer Verletzung der unionsrechtlich zu gewährenden Entscheidungsautonomie der nationalen Regulierungsbehörde führen.

³⁵ *EuGH*, Urteil v. 3.12.2009, Az. C-424/07, ECLI:EU:C:2009:749, Rn. 93.

³⁶ Jedenfalls eine unzulässige Beschränkung der Entscheidungsautonomie der nationalen Regulierungsbehörde würde es darstellen, wenn die Behörde das Kupfernetzabschaltverhalten eines marktmächtigen Unternehmens außerhalb eigener Glasfaserausbaugebiete nicht nur berücksichtigen könnte, sondern sogar müsste, wie dies teilweise vorgeschlagen wird. Vgl. dazu *BREKO*, Stellungnahme zur Gesetzesentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes und zur Verbesserung der telekommunikationsrechtlichen Rahmenbedingungen für den Ausbau von Telekommunikationsnetzes, 31.7.2026, S. 14 f.

³⁷ *EuGH*, Urteil v. 3.12.2009, Az. C-424/07, ECLI:EU:C:2009:749, Rn. 99.

³⁸ *BMDs*, oben Fußnote 1, S. 82.

3. Unzulässige Rechtsfolge?

Selbst wenn man schließlich der Auffassung sein wollte, dass der EKEK den Mitgliedsstaaten grundsätzlich die Möglichkeit einräumt, gebietsübergreifende Erwägungen in Migrationsverfahren auf Grundlage von Art. 81 EKEK im nationalen Recht zu normieren, stellt sich die Frage, ob es unionsrechtlich auch zulässig wäre, wenn – wie es das TKG-E ausweislich der Entwurfsbegründung vorsieht³⁹ – einem Unternehmen die Abschaltung eines Kupfernetzes in einem Gebiet allein deshalb unmöglich gemacht würde, weil es in anderen Gebieten eine solche Abschaltung nicht bzw. noch nicht vornehmen will, obwohl bezogen auf das konkrete Migrationsgebiet selbst die Voraussetzungen des Art. 81 EKEK vorliegen.

Problematisch an einem solchen Abschaltverbot wäre zum einen, dass ausweislich Erwägungsgrund 209 des EKEK Netzeigentümer die Möglichkeit haben sollen, herkömmliche Netze außer Betrieb zu nehmen. Diese Möglichkeit würde beschränkt, wenn die BNetzA eine Netzabschaltung „untersagen“ könnte bzw. diese verhindern könnte, indem sie bestehende Zugangsverpflichtungen nicht aufhebt, weil sie die gebietsübergreifende Abschaltpraxis des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht als diskriminierend einstuft. Dies ist deshalb unionsrechtlich bedenklich, weil – wie Erwägungsgrund 209 EKEK auch explizit deutlich macht – die Frage des Ob und des Wann der Migration, also insbesondere, ob eine bestehende herkömmliche Infrastruktur außer Betrieb genommen werden soll, allein der unternehmerischen Entscheidung der Netzeigentümer unterliegt. Aus Sicht des EKEK sollen die nationalen Regulierungsbehörden nämlich die „*Eigeninitiativen* der Netzbetreiber“ nur „*beobachten*“. Die nationalen Regulierungsbehörden müssen dabei lediglich einen angemessenen „*Migrationsablauf*“ sicherstellen, wenn zuvor ein Netzeigentümer seine „*Absicht und Bereitschaft*“ erklärt hat, auf ein modernisiertes Netz umzuschalten. Mit anderen Worten: Ebenso wenig wie ein Netzbetreiber zu einer Kupfernetzabschaltung gezwungen werden kann, kann ihm eine solche verboten werden, wenn er die Absicht dazu hat und er die Bedingungen des Art. 81 EKEK erfüllt. Dies schließt es unionsrechtlich auch aus, dass die BNetzA die Abschaltung eines Kupfernetzes von Amts wegen einleiten können soll, wie dies teilweise gefordert wird.⁴⁰

Insofern würde durch § 34 Abs. 6 S. 2 TKG-E, mit dem ausweislich der Entwurfsbegründung auch ein Abschaltverbot für den Fall etabliert werden soll, dass zwar in einem konkreten Migrationsgebiet die Voraussetzungen für eine Abschaltung vorliegen, aber eine diskriminierende Gesamtabstaltstrategie des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht durch die BNetzA

³⁹ BMDS, oben Fußnote 1, S. 82.

⁴⁰ Vgl. BREKO, Stellungnahme zur Gesetzesentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes und zur Verbesserung der telekommunikationsrechtlichen Rahmenbedingungen für den Ausbau von Telekommunikationsnetzes, 31.7.2026, S. 15.

festgestellt wird, eine unionsrechtlich nicht zulässige Rechtsfolge etabliert. Auch aus diesem Grund wäre § 34 Abs. 6 S. 2 TKG-E nicht unionsrechtskonform.

4. Zwischenergebnis

Sowohl § 34 Abs. 6 S. 1 TKG-E als auch § 34 Abs. 6 S. 2 TKG-E begegnen schwerwiegenden Bedenken im Hinblick auf ihre Unionsrechtskonformität.

§ 34 Abs. 6 S. 1 TKG-E würde den geschützten Personenkreis des Verfahrens nach § 34 TKG auf glasfaserausbauende Drittunternehmen erweitern und damit über den unionsrechtlich durch Art. 81 EKEK determinierten persönlichen Schutzbereich der Migrationsvorschrift hinausgehen. Dieser erfasst ausschließlich Endnutzer und Zugangsnachfrager in einem konkreten Migrationsgebiet. Es sprechen sehr gute Gründe dafür, dass für eine solche Erweiterung kein Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten besteht, so dass eine entsprechende nationale Norm sekundärrechtswidrig wäre. Jedenfalls aber würde durch die gesetzliche Vorgabe des § 34 Abs. 6 S. 1 TKG-E, wonach die BNetzA verpflichtet wäre, die Belange von glasfaserausbauenden Drittunternehmen bei Entscheidungen nach § 34 Abs. 4 und 5 TKG zu berücksichtigen, die unionsrechtlich durch Art. 81 EKEK gebotene Entscheidungsautonomie der Behörde in unzulässiger Weise verkürzt.

§ 34 Abs. 6 S. 2 TKG-E würde die bisher streng gebietsbezogene Betrachtung des § 34 TKG hin zu einer gebietsübergreifenden Betrachtungsweise erweitern. Auch hierfür steht dem nationalen Gesetzgeber nach Art. 81 EKEK kein Umsetzungsspielraum zu. Selbst wenn man dies anders sehen wollte, würde durch die gesetzliche Vorgabe „insbesondere“ die Abschaltpraxis eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht außerhalb eines konkreten Abschaltgebiets bei Entscheidungen nach § 34 Abs. 5 TKG zu berücksichtigen, die durch Art. 81 EKEK vorgegebene Entscheidungsautonomie der BNetzA in unzulässiger Weise verkürzt.

Darüber hinaus würde mit dem durch § 34 Abs. 6 TKG-E statuierten Abschaltverbot im Falle einer von der BNetzA als diskriminierend eingestuften Abschaltpraxis eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht die unionsrechtlich gewährleistete unternehmerische Freiheit, über das Ob einer Abschaltung und den Abschaltzeitpunkt frei zu entscheiden, solange nur die verfahrensrechtlichen Vorgaben des Art. 81 EKEK erfüllt sind, in unzulässiger Weise beschränkt.

Zusammenfassend lässt sich daher feststellen, dass sehr gute Gründe dafür sprechen, dass § 34 Abs. 6 TKG-E insgesamt unionsrechtswidrig wäre.

III. Hilfsweise: Verfassungsrechtliche Bewertung von § 34 Abs. 6 TKG-E

Sollte man trotz der aufgezeigten unionsrechtlichen Bedenken der Auffassung sein, dass der nationale Gesetzgeber § 34 Abs. 6 TKG-E in europarechtskonformer Weise einführen könnte, wäre § 34 Abs. 6 TKG-E am nationalen Verfassungsrecht, namentlich an den Grundrechten des Grundgesetzes zu messen. Sie gelten insoweit auch für die Deutsche Telekom als von der Norm vorrangig betroffenes Unternehmen. Auf die Grundrechte können sich gemäß Art. 19 Abs. 3 GG nämlich auch juristische Personen des Privatrechts berufen, wenn es sich zum einen um eine inländische juristische Person handelt und wenn zum anderen die Grundrechte auf diese juristischen Personen ihrem Wesen nach anwendbar sind. Die vorliegend primär in Rede stehenden Grundrechte aus Art. 12 und 14 GG sind ohne Weiteres ihrem Wesen nach auf juristische Personen anwendbar.⁴¹ Soweit an der Grundrechtsberechtigung der Deutsche Telekom früher Zweifel angemeldet worden sind, weil der Bund unmittelbar und mittelbar Anteilseigner der Deutschen Telekom ist, ist zwischenzeitlich auch verfassungsgerichtlich geklärt, dass das Unternehmen grundrechtsberechtigt ist.⁴²

Aus grundrechtlicher Sicht sind im Hinblick auf § 34 Abs. 6 TKG-E zwei Konstellationen in den Blick zu nehmen:

Zum einen kann insbesondere § 34 Abs. 6 S. 2 TKG-E dazu führen, dass einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Abschaltung eines Kupfernetzes trotz Erfüllens der Voraussetzungen des § 34 TKG für eine Abschaltung in einem konkreten Abschaltgebiet deshalb verwehrt wird, weil die BNetzA zur Einschätzung gelangt, dass die Abschaltpraxis dieses Unternehmens außerhalb dieses Gebietes diskriminierend sei (dazu 1.). Faktisch würde das Unternehmen damit gezwungen, ein Kupfernetz weiter zu betreiben, obwohl es eine unternehmerische Abschaltentscheidung gibt und obwohl jedenfalls die unionsrechtlich vorgesehenen Voraussetzungen für die Aufhebung von diesbezüglichen Zugangsverpflichtungen erfüllt sind. Das wirft insbesondere die Frage der Vereinbarkeit von § 34 Abs. 6 S. 2 TKG mit Art. 14 GG und Art. 12 GG auf.

Zum anderen kann § 34 Abs. 6 S. 2 TKG-E dazu führen, dass die Deutsche Telekom faktisch dazu gezwungen ist, ein Kupfernetz außerhalb des eigenen Glasfaserausbaugebiets abzuschalten, um in eigenen Glasfaserausbaugebieten ihr Kupfernetz abschalten zu dürfen. Dies wirft nicht nur die Frage auf, inwieweit ein derartiger Abschaltedruck das durch Art. 14 GG geschützte Netzeigentum der Deutsche Telekom verletzt. Darüber hinaus ist auch zu prüfen, ob es mit Art. 12 GG vereinbar ist, dass das Unternehmen, das bisher Endnutzer außerhalb seines

⁴¹ Dazu statt aller m.w.N. *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, 99. EL September 2022, GG Art. 19 Abs. 3, Rn. 101 ff.

⁴² Vgl. nur BVerfGE 115, 205 (227); BVerwGE 114, 160 (189).

Glasfaserausbaugebietes über ein eigenes Kupfernetz versorgt hat, künftig diese Endkunden nur noch dann versorgen kann, wenn es entsprechende Glasfaservorleistungen von Dritten einkauft. Zudem ist zu fragen, ob es gerechtfertigt werden kann, dass nach § 34 Abs. 6 S. 2 TKG-E auch Gebiete in den Blick genommen werden, in denen Endnutzer bei einer Abschaltung des Kupfernetzes nicht nur auf ein FTTH-Netz wechseln können, sondern auch auf ein anderes Netz (dazu insgesamt 2.).

1. Verfassungsmäßigkeit eines Kupfernetzabschaltverbots in eigenen Glasfaserausbaugebieten

Ausweislich der Entwurfsbegründung zu § 34 Abs. 6 TKG-E soll die BNetzA ein marktmächtiges Unternehmen daran hindern können, seine Kupferinfrastruktur in eigenen Glasfaserausbaugebieten außer Betrieb zu nehmen, bis das Unternehmen auch außerhalb der eigenen Glasfasergebiete aus Sicht der Behörde eine diskriminierungsfreie Abschaltpraxis etabliert.⁴³ Rechtstechnisch soll dies dadurch geschehen, dass so lange eine bestehende Zugangsverpflichtung für das Kupfernetz nicht aufgehoben würde. Damit wäre der Netzeigentümer faktisch daran gehindert, sein Kupfernetz abzuschalten. In Rede steht hier also, dass ein Unternehmen zum Weiterbetrieb von Produktionsanlagen – seinem Kupfernetz – verpflichtet werden soll, obwohl ein solcher Betrieb nicht mehr wirtschaftlich ist und es deshalb auch eine unternehmerische Entscheidung zur Außerbetriebnahme gibt.

Dies wirft zum einen die Frage der Vereinbarkeit einer solchen Betriebspflicht mit Art. 14 Abs. 1 GG auf, da die Deutsche Telekom dazu verpflichtet werden könnte, ihr Netzeigentum in eigenen Glasfaserausbaugebieten in bestimmter Weise zu nutzen. Zum anderen ist im Falle einer solchen Betriebspflicht ein möglicher Konflikt mit der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG evident, da das Unternehmen zu einer gewissen beruflichen Betätigung – dem Betreiben eines Kupfernetzes – verpflichtet wäre, obwohl es aus unternehmerischer Sicht eine Abschaltentscheidung gibt.

a) Vereinbarkeit eines Abschaltverbots mit Art. 14 Abs. 1 GG

Art. 14 Abs. 1 GG schützt als einen Aspekt der Eigentumsfreiheit das Sacheigentum.⁴⁴ Hiervon ist auch das Eigentum eines marktmächtigen Unternehmens an seinem Kupfernetz umfasst. Die Eigentumsfreiheit gewährleistet dem Eigentümer das Recht, Sacheigentum zu haben, zu nutzen, zu verwalten und darüber zu verfügen.⁴⁵ Grundsätzlich wird von Art. 14 Abs. 1 GG

⁴³ BMDS, oben Fußnote 1, S. 82.

⁴⁴ Allgemein zum Schutz des Sacheigentums durch Art. 14 Abs. 1 GG BVerfGE 149, 86 (112); BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 18. Juli 2019 – 1 BvL 1/18 u. a. –, Rn. 53 f. m. w. N.

⁴⁵ Vgl. BVerfGE 115, 97 (111) m. w. N.

auch die negative Eigentumsfreiheit geschützt, also die Freiheit, sein Eigentum nicht zu nutzen.⁴⁶ Die faktische Verpflichtung eines Unternehmens, ein bestehendes Kupfernetz weiterzubetreiben, obwohl es eine unternehmerische Abschaltentscheidung gibt, greift jedenfalls in diese negative Eigentumsfreiheit ein.

Ein solches Abschaltverbot betrifft die Art und Weise, wie der Netzeigentümer mit seinem Kupfernetz verfährt. Der mit einem Abschaltverbot einhergehende Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG ist daher als Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S.d. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG zu qualifizieren. Als Inhalts- und Schrankenbestimmung ist ein Abschaltverbot nur dann verfassungsgemäß, wenn es auf einer gesetzlichen Grundlage erfolgt, die insbesondere den Vorgaben des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nach Art. 14 Abs. 2 GG die private Eigentumsnutzung zugleich dem Wohl der Allgemeinheit dienen soll.

Misst man das durch § 34 Abs. 6 S. 2 TKG-E ermöglichte Abschaltverbot an diesen Vorgaben, sprechen sehr gute Gründe dafür, dass es nicht mit Art. 14 Abs. 1 GG vereinbar wäre. Ausweislich der Entwurfsbegründung zu § 34 Abs. 6 TKG-E soll die Regelung zu einer diskriminierungsfreien Abschaltpraxis eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht führen, bei dem das Unternehmen sein Kupfernetz nicht nur in eigenen Glasfaserausbaugebieten abschaltet, sondern auch in solchen seiner Wettbewerber.⁴⁷ Gesetzeszweck ist es demnach primär, die Migration von Endnutzern auf Glasfasernetze zu beschleunigen, indem bestehende Kupfernetze möglichst flächendeckend abgeschaltet werden und damit als Alternative für Endnutzer wegfallen. Jedenfalls mittelbar sollen damit auch Investitionsanreize in den Glasfaserausbau geschaffen werden, um so die mit einem flächendeckenden Netz einhergehende Gesamtwohlfahrt zu steigern: Wettbewerber sollen eine größere Planungssicherheit für ihre Investitionen erhalten. Die Deutsche Telekom soll einen zusätzlichen Anreiz bekommen, ihr Glasfaserausbaugebiet zu vergrößern.⁴⁸ Regelmäßig wird in diesem Zusammenhang zudem vorgebracht, dass Glasfasernetze eine höhere Energieeffizienz aufweisen, so dass ihre Abschaltung auch dem in Art. 20a GG verankerten Staatsziel Umweltschutz diene.⁴⁹

Selbst wenn es sich bei all diesen Gesichtspunkten um legitime Gesetzeszwecke handelt, ist doch zweifelhaft, ob ein Abschaltverbot geeignet ist, um diese Gesetzeszwecke zu fördern. Jedenfalls ist ein Abschaltverbot aber weder erforderlich noch angemessen hierzu.

⁴⁶ Axer, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 65. Edition, Stand 1.3.2026, Art. 14 GG Rn. 72.

⁴⁷ BMDS, oben Fußnote 1, S. 82.

⁴⁸ BMDS, oben Fußnote 1, S. 1.

⁴⁹ Neumann, Gesetzgeberische Spielräume zur Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration, Gutachten im Auftrag des Bundesverbands Breitbandkommunikation e.V., 2024, S. 40.

Es bestehen bereits Zweifel an der Geeignetheit eines Abschaltverbots, weil durch ein solches Verbot bei einer Gesamtbetrachtung genau das Gegenteil dessen erreicht würde, was eigentlich bezweckt ist: Ein Kupfernetz, das aus betriebswirtschaftlicher Sicht abgeschaltet werden soll und kann, darf aber nicht abgeschaltet werden, muss also weiterbetrieben werden, obwohl es ein Glasfasernetz gibt, auf das Endnutzer migrieren könnten. Weder ist klar, wie dies die Kupfer-Glasfaser-Migration in Gebieten fördert, die von einem solchen Abschaltverbot betroffen sind. Noch wird durch die Verpflichtung, ein aus betriebswirtschaftlicher Sicht nicht mehr erforderliches Netz weiterzubetreiben, die Gesamtenergieeffizienz der Telekommunikationsinfrastruktur verbessert.

Selbst wenn man die generelle Geeignetheit eines faktischen Abschaltgebots zur Erreichung der verfolgten Ziele noch bejahen wollte, ist ein Abschaltverbot für Kupfernetze in eigenen Glasfaserausbaugebieten der Deutsche Telekom jedenfalls nicht erforderlich zur Erreichung der mit ihm verfolgten Ziele. Eine Maßnahme ist nur dann erforderlich, wenn es keine ebenso oder sogar besser geeignete Maßnahmen gibt, die den Betroffenen – das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht – aber weniger belasten. Eine deutlich zielgenauere Maßnahme, um die Abschaltung eines Kupfernetzes durch ein marktmächtiges Unternehmen außerhalb seines eigenen Glasfaserausbaugebiets zu erreichen, wäre eine direkte Verpflichtung des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht für konkrete Gebiete außerhalb der eigenen Glasfaserausbaugebiete, sein Kupfernetz abzuschalten. Allein die Tatsache, dass eine solche Verpflichtung rechtlichen Grenzen unterliegt, macht sie noch nicht weniger geeignet. Entscheidend ist vielmehr, dass durch ein gebietsscharfes Abschaltgebot zielgenau die Gebiete adressiert werden können, für die die BNetzA eine diskriminierende Abschaltpraxis bejaht hat. Allein dadurch, dass das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht in einem bestimmten Gebiet sein Kupfernetz nicht abschalten darf, folgt demgegenüber nicht mit derselben Sicherheit, dass es sein Netz in anderen Gebieten abschaltet, die von der BNetzA als problematisch angesehen werden.

Schließlich ist ein Abschaltverbot für das Kupfernetz des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht in eigenen Glasfaserausbaugebieten mit dem Zweck, eine Abschaltentscheidung des Unternehmens für das Kupfernetz außerhalb eigener Glasfaserausbaugebiete zu erzwingen, nicht angemessen, also verhältnismäßig im engeren Sinne. Bei der Frage der Angemessenheit einer Maßnahme sind das betroffene Rechtsgut – namentlich das Netzeigentum am Kupfernetz, das von einem Abschaltgebot betroffen ist – und das geschützte Rechtsgut – die Förderung der Kupfer-Glasfaser-Migration von Endnutzern aus Gründen der Gesamtwohlfahrt sowie der damit jedenfalls mittelbar verfolgte Umweltschutz durch eine Verbesserung der Energieeffizienz der Telekommunikationsinfrastruktur – miteinander abzuwägen. Dabei ist zum einen zu berücksichtigen, dass auf der Seite des betroffenen Unternehmens erheblich in

seine verfassungsrechtlich geschützten Eigentumsrechte eingegriffen werden soll, um ein Ziel zu befördern, das seinerseits keinen Verfassungsrang besitzt. Denn nach wie vor kann nicht davon ausgegangen werden, dass vom Gewährleistungsauftrag des Art. 87f. GG eine flächen-deckende FTTH-Versorgung umfasst ist.⁵⁰ Zum anderen erscheint es sachwidrig vor dem Hintergrund der angestrebten Verbesserung der Energieeffizienz von Telekommunikationsnetzen, wenn das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichtet werden soll, ein nicht energieeffizientes Kupfernetz weiterzubetreiben, obwohl es dafür weder betriebswirtschaftlich noch unter dem Gesichtspunkt der Versorgung von Endnutzern mit Telekommunikationsdiensten einen sachlichen Grund gibt. § 34 Abs. 6 S. 2 TKG-E stellt vielmehr einen sachwidrigen Zusammenhang zwischen verschiedenen Ausbaugebieten her und ist daher nicht verhältnismäßig im engeren Sinn.

Insgesamt ist daher festzustellen, dass ein Abschaltverbot für Kupfernetze in den eigenen Glasfaserausbaugebieten eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht gegen Art. 14 Abs. 1 GG verstoßen würde, da es zu einem unverhältnismäßigen Eingriff in das verfassungsrechtlich geschützte Netzeigentum der Deutsche Telekom führen würde.

b) Vereinbarkeit eines Abschaltverbots mit Art. 12 Abs. 1 GG

Ein faktisches Abschaltverbot für Kupfernetze in den Glasfaserausbaugebieten der Deutsche Telekom würde nicht nur in ihr durch Art. 14 Abs. 1 GG geschütztes Netzeigentum, sondern auch in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit eingreifen. Das Unternehmen wäre gezwungen, ein Kupfernetz in Gebieten weiterzubetreiben, für das eine unternehmerische Abschaltentscheidung getroffen worden ist, weil die BNetzA nicht nach § 34 Abs. 1 TKG eine bestehende Zugangsverpflichtung aufhebt, da nach Auffassung der Behörde außerhalb des eigenen Glasfaserausbaugebiets eine diskriminierende Abschaltpraxis der Deutsche Telekom festgestellt werden kann.

Ein solches faktisches Abschaltverbot würde zwar bei formaler Betrachtungsweise lediglich eine Berufsausübungsregelung i.S.d. Art. 12 Abs. 1 GG darstellen. Denn geregelt würde damit die Art und Weise, wie die Deutsche Telekom Telekommunikationsdienste an Dritte erbringt. Bei einer materiellen Bewertung der Norm ist allerdings festzustellen, dass der mit ihr einhergehende Grundrechtseingriff ein erhebliches Gewicht hätte. Das faktische Verbot zur Abschaltung des Kupfernetzes in einem eigenen Glasfaserausbaugebiet würde dazu führen, dass die Deutsche Telekom parallel zwei Netze betreiben müsste (das Kupfernetz, das abgeschaltet

⁵⁰ Zur Reichweite des Gewährleistungsauftrags als Grundversorgungsauftrag *Gersdorf*, in: Huber/Voßkuhle, GG, 8. Aufl. 2024, Art. 87f GG, Rn. 23 ff.

werden soll, und das eigene Glasfasernetz), obwohl dies betriebswirtschaftlich nicht rentabel ist.

Dieser Eingriff in die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG wäre nur dann verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn er auf einer gesetzlichen Grundlage erfolgt, die insbesondere dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügt.

§ 34 Abs. 6 TKG-E würde als gesetzliche Grundlage dienen. Für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der Norm bezogen auf den Eingriff in die Berufsfreiheit der Deutsche Telekom gelten vergleichbare Erwägungen wie bezogen auf den mit einem Abschaltverbot einhergehenden Eingriff in die Eigentumsfreiheit des Unternehmens: Es ist demnach bereits zweifelhaft, ob ein faktisches Abschaltverbot geeignet ist, um die damit verfolgten Ziele zu befördern. Jedenfalls in dem Gebiet, das von dem Abschaltverbot betroffen wäre, wären noch nicht einmal Endnutzer der Deutsche Telekom gezwungen, auf das alternative Glasfasernetz der Deutsche Telekom zu wechseln. Auch wird durch eine Pflicht zum parallelen Weiterbetrieb eines Kupfernetzes die Gesamtenergieeffizienz der Telekommunikationsinfrastruktur nicht erhöht.

Jedenfalls ist ein Abschaltverbot nicht erforderlich und angemessen zur Erreichung der mit ihm verfolgten Ziele. Ebenso wie bei der Prüfung der Vereinbarkeit mit Art. 14 Abs. 1 GG kann hier festgestellt werden, dass ein gebietsscharfes Abschaltgebot für ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht für sein Kupfernetz außerhalb des eigenen Glasfaserausbaugebiets deutlich zielgenauer, also besser geeignet zur Zielerreichung wäre als ein allgemeiner Abschaltdruck, der durch ein Abschaltverbot in eigenen Glasfaserausbaugebieten erzeugt wird. Dies bedeutet, dass das mit § 34 Abs. 6 TKG-E bewirkte Abschaltverbot nicht verhältnismäßig zur Zielerreichung wäre und damit die Deutsche Telekom auch in Art. 12 Abs. 1 GG verletzen würde.

c) Zwischenergebnis

Ein faktisches Abschaltverbot für das Kupfernetz in einem eigenem Glasfaserausbaugebiet, um das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu einer Abschaltung seines Kupfernetzes in Glasfaserausbaugebieten Dritter zu zwingen, verletzt das betroffene Unternehmen nicht nur in seiner Eigentums-, sondern auch in seiner Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG.

2. Verfassungsmäßigkeit eines faktischen Kupfernetzabschaltgebots für Glasfaserausbaugebiete Dritter

Nach § 34 Abs. 6 TKG-E soll die BNetzA die Abschaltung eines Kupfernetzes durch ein marktmächtiges Unternehmen in einem eigenen Glasfaserausbaugebiet so lange verhindern können, solange das Unternehmen nicht in anderen Gebieten, in denen es kein eigenes Glasfasernetz ausgebaut hat, eine diskriminierungsfreie Abschaltpraxis etabliert. § 34 Abs. 6 TKG-E

erlaubt es der Behörde zwar nicht, das Unternehmen verbindlich dazu zu verpflichten, sein Kupfernetz in konkreten Glasfaserausbaugebieten Dritter abzuschalten. Dennoch soll durch die Verkopplung verschiedener Ausbaugebiete ein faktischer Zwang für das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht erzeugt werden, sein Kupfernetz in fremden Glasfaserausbaugebieten abzuschalten, um den Weiterbetrieb eines nicht mehr rentablen Kupfernetzes in einem eigenen Glasfaserausbaugebiet zu vermeiden.

a) Grundrechtsrelevanz

Fraglich ist, ob dieses faktische Kupfernetzabschaltgebot für Glasfaserausbaugebiete Dritter verfassungsgemäß wäre. Zum einen könnte ein derartiges Gebot zu einer Verletzung der Deutsche Telekom in ihrem Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG führen, weil das Unternehmen gehindert wäre, sein Sacheigentum am Kupfernetz in Glasfaserausbaugebieten Dritter weiter zu nutzen, wenn es nicht zu einem unrentablen Weiterbetrieb seines Kupfernetzes in eigenen Glasfaserausbaugebieten gezwungen sein will. Zum anderen ist eine Verletzung der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG zu prüfen, da die Deutsche Telekom bei einer erzwungenen Außerbetriebnahme ihres Kupfernetzes außerhalb eines eigenen Glasfaserausbaugebietes ihre Endnutzer in diesem Gebiet nicht mehr über eine eigene Infrastruktur mit Telekommunikationsdiensten versorgen könnte (und als Vorleistungsanbieter agieren könnte), sondern hierfür Glasfaservorleistungen von Dritten beziehen müsste. Das Unternehmen wäre also gezwungen, sein bisheriges Geschäftsmodell entsprechend grundlegend umzustellen.

Auch wenn sowohl der Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG als auch der des Art. 12 Abs. 1 GG durch ein faktisches Kupfernetzabschaltgebot für Glasfaserausbaugebiete Dritter betroffen wären, ist fraglich, inwieweit ein solch faktisches Gebot zu einem grundrechtsrelevanten Eingriff in Grundrechte der Deutsche Telekom führen würde. Das Unternehmen könnte die Kupfernetzabschaltung außerhalb ihres Glasfaserausbaugebiets ohne Weiteres durch eine freiwillige Abschaltung bzw. eine – nach Einschätzung der BNetzA – diskriminierungsfreie Abschaltpraxis verhindern. Das Unternehmen wäre also nicht rechtlich, sondern lediglich faktisch aufgrund von Wirtschaftlichkeitserwägungen zu einer Kupfernetzabschaltung außerhalb seiner Glasfaserausbaugebiete gezwungen. Ein Grundrechtseingriff im klassischen Sinn liegt darin nicht. Ein klassischer Grundrechtseingriff setzt vielmehr voraus, dass der Staat final und imperativ, also durch ein Ge- oder Verbot, grundrechtliche Freiheiten verkürzt.⁵¹

Allerdings ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkannt, dass insbesondere der Grundrechtsschutz nach Art. 12 Abs. 1 GG sich nicht auf derart klassische Eingriffe beschränkt. So hat das Gericht ausgeführt:

⁵¹ Vgl. BVerfGE 105, 279 (300).

„Der Abwehrgehalt der Grundrechte kann auch bei mittelbaren und faktischen Beeinträchtigungen betroffen sein, wenn diese in Zielsetzung und Wirkung Eingriffen im herkömmlichen Sinne funktional gleichkommen (vgl. BVerfGE 105, 279 (303); 110, 188 (191); 113, 63 (76); 148, 40 (50f. Rn. 27f)). Auch staatliche Maßnahmen, die eine mittelbare oder faktische Wirkung entfalten, können Grundrechte beeinträchtigen und müssen daher von Verfassungs wegen hinreichend gerechtfertigt sein. Entscheidend ist, ob die faktische oder mittelbare Beeinträchtigung mit Blick auf die Zielsetzung der staatlichen Maßnahme (Finalität), deren Auswirkungen auf den Grundrechtsträger (Intensität) und den Kausalzusammenhang zwischen staatlichem Handeln und Grundrechtsbeeinträchtigung (Unmittelbarkeit) mit einem Eingriff im herkömmlichen Sinne vergleichbar ist (vgl. Wollenschläger, VerwArch 102 [2011], S. 20(37); ders., JZ 2018, S. 980 (984); Dreier, in: ders., GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Vorb. v. Art. 1 Rn. 125; Müller-Franken, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Vorb. v. Art. 1 Rn. 44; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 265). Im Grundsatz gilt, dass dem Staat zurechenbare Nachteile als Eingriffe anzusehen sind (vgl. Dreier, in: ders., GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Vorb. v. Art. 1 Rn. 126).“⁵²

Ausgehend von dieser Rechtsprechung stellt auch der durch § 34 Abs. 6 TKG-E vermittelte faktische Zwang für die Deutsche Telekom, ihr Kupfernetz in Glasfaserausbaubereichen Dritter abzuschalten, sofern das Unternehmen nicht einen unwirtschaftlichen Weiterbetrieb seines Kupfernetzes in eigenen Glasfaserausbaubereichen hinnehmen möchte, ein Eingriff in grundrechtlich geschützte Freiheiten dar. Gestützt wird dieser Befund dadurch, dass das Bundesverfassungsgericht an anderer Stelle explizit ausgeführt hat:

„Als Freiheitsbeschränkung kommen nicht allein Gebote und Verbote in Betracht; es genügt, daß durch staatliche Maßnahmen der Wettbewerb beeinflußt und die Ausübung einer beruflichen Tätigkeit dadurch behindert wird (vgl. zuletzt BVerfGE 82 209 (223f.)).“⁵³

Eben eine solche Wettbewerbsbeeinflussung wird durch § 34 Abs. 6 TKG-E bewirkt – und zwar nicht nur kollateral, sondern vom Gesetzgeber intendiert: Sofern ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht faktisch dazu gezwungen wird, ein funktionsfähiges Kupfernetz in einem Glasfaserausbaubereich Dritter außer Betrieb zu nehmen, wirkt sich dies unmittelbar auf den Wettbewerb in dem betroffenen Gebiet aus und behindert die Ausübung der beruflichen Tätigkeit des marktmächtigen Unternehmens: Das Unternehmen wird vom infrastrukturbasierten Wettbewerber zu einem dienstebasierten Wettbewerber, der hierfür Glasfaservorleistungen Dritter beziehen muss.⁵⁴

⁵² BVerfGE 158, 1 (29 f.).

⁵³ BVerfGE 86, 28 (37).

⁵⁴ Die nachfolgenden Erwägungen basieren auf Fetzer, Kupfer-Glasfaser-Migration – Unions-, verfassungs- und telekommunikationsrechtlicher Rahmen, Gutachterliche Stellungnahme im Auftrag der Deutsche Telekom, Juli 2025.

Insgesamt sprechen daher sehr gute Gründe dafür, dass durch das faktische Gebot zum Abschalten des Kupfernetzes außerhalb eigener Glasfaserausbaugebiete sowohl in die durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Eigentumsfreiheit des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht als auch in dessen Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG in grundrechtsrelevanter Weise eingegriffen würde.

b) Eigentumsfreiheit, Art. 14 GG

aa) Schutzbereich

Die faktische Verpflichtung des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht, sein Kupfernetz außerhalb seines Glasfaserausbaugebiets abzuschalten, um dem Zwang zum unwirtschaftlichen Weiterbetrieb seines Kupfernetzes in seinem Glasfaserausbaugebiet zu entgegen, greift in das durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Sacheigentum am betroffenen Kupfernetz ein. Das Unternehmen kann sein Sacheigentum am Kupfernetz nicht mehr bestimmungsgemäß nutzen.

Da das hier ggf. neben dem Sacheigentum am Kupfernetz in Betracht kommende Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb keinen weitergehenden Schutz als der Schutz des ihm zugrundeliegenden Sacheigentums vermitteln kann,⁵⁵ soll im Folgenden nur betrachtet werden, ob der von einem faktischen Abschaltgebot ausgehende Eingriff in das Sacheigentum an dem Kupfernetz verfassungsrechtlich zulässig wäre. Im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit eines möglichen parallelen Eingriffs in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb würden insofern vergleichbare Erwägungen gelten.

bb) Eingriff

Während ein Eingriff in den sachlichen Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG durch ein faktisches Abschaltgebot grundsätzlich bejaht werden kann, stellt sich die Frage, welche Qualität dieser Grundrechtseingriff hätte. Grundsätzlich ist bei Eingriffen in die Eigentumsfreiheit aus Art. 14 Abs. 1 GG zwischen Enteignungen i.S.d. Art. 14 Abs. 3 GG einerseits und Inhalts- und Schrankenbestimmungen i.S.d. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG andererseits zu unterscheiden.

Zwar wird durch ein faktisches Abschaltgebot bewirkt, dass das Sacheigentum am Kupfernetz nicht mehr zweckentsprechend genutzt werden kann. Es erfolgt also ein erheblicher Eingriff in die durch Art. 14 Abs. 1 GG grundsätzlich geschützte Befugnis des Eigentümers, mit seinem Sacheigentum nach Belieben zu verfahren. Das Bundesverfassungsgericht nimmt die Abgrenzung zwischen Enteignung einerseits und Inhalts- und Schrankenbestimmung andererseits allerdings in ständiger Rechtsprechung nicht anhand der Schwere der fraglichen

⁵⁵ Dazu m.w.N. *Wendt*, in: Sachs, Grundgesetz, 10. Aufl. 2024, Art. 14 GG Rn. 47 ff.

Eigentumsbeschränkung vor. Dies gilt selbst dann, wenn mit einer Nutzungsbeschränkung eine weitgehende wirtschaftliche Entwertung des Eigentums einhergeht.⁵⁶ Die Schwere eines Eigentumseingriffs spielt demnach erst im Rahmen seiner verfassungsrechtlichen Rechtfertigung und einer möglicherweise verfassungsrechtlich gebotenen Ausgleichspflicht ggf. eine Rolle.⁵⁷

Für die Definition einer Enteignung i.S.d. Art. 14 Abs. 3 GG stellt das Gericht vielmehr eine formale Betrachtungsweise dergestalt an, dass eine Enteignung nur dann bejaht werden kann, wenn kumulativ zum einen dem bisherigen Eigentümer sein privatnütziges Eigentum vollständig entzogen wird und dieser Entzug zum anderen zum Zwecke der staatlichen Güterbeschaffung erfolgt.⁵⁸ Weder die eine noch die andere Voraussetzung wäre im Falle einer faktischen Abschaltspflicht für ein Kupfernetz der Deutsche Telekom außerhalb ihres Glasfaserausbaugebiets erfüllt: Formal würde das Unternehmen weiter Inhaber des Sacheigentums an dem abgeschalteten Kupfernetz bleiben, es würde also kein vollständiger Eigentumsentzug stattfinden. Zudem dient der Zwang zur Kupfernetzabschaltung auch nicht dazu, dem Staat das Eigentum an dem Kupfernetz zu verschaffen, um dieses seinerseits für einen öffentlichen Zweck zu nutzen. Beides wäre nach der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung aber konstitutiv für eine Enteignung i.S.d. Art. 14 Abs. 3 GG.⁵⁹

Der faktische Zwang zur Abschaltung eines Kupfernetzes außerhalb des eigenen Glasfaserausbaugebietes würde vielmehr eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums am Kupfernetz i.S.d. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG darstellen, da die Art und Weise, wie die Deutsche Telekom ihr Netzeigentum nutzen kann, betroffen wäre, ohne dass sie aus ihrer (formalen) Eigentümerstellung gedrängt würde.

cc) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Als Inhalts- und Schrankenbestimmung des Sacheigentums am Kupfernetz ist ein faktisches Abschaltgebot nur dann zulässig, wenn damit ein verfassungsrechtlich legitimes Ziel verfolgt wird und die Abschaltspflicht zur Erreichung dieses Ziels verhältnismäßig ist.⁶⁰

Wie bereits ausgeführt soll mit dem faktischen Zwang zur Abschaltung von Kupfernetzen außerhalb von Glasfaserausbaugebieten der Deutsche Telekom zweierlei erreicht werden:

⁵⁶ Dazu m.w.N. *Kempny*, in: Dreier, GG, 4. Aufl. 2023, Art. 14 GG Rn. 118 ff.

⁵⁷ *BVerfG*, BVerfGE 143, 246 (338).

⁵⁸ Ständige Rspr. dazu ausführlich m.w.N. *BVerfG*, BVerfGE 143, 246 (333 f.).

⁵⁹ *BVerfG*, BVerfGE 143, 246 (334).

⁶⁰ *Kempny*, in: Dreier, GG, 4. Aufl. 2023, Art. 14 GG Rn. 185 ff.

Zum einen sollen Endnutzer, wo immer dies möglich ist, von Kupfernetzen auf Glasfasernetze migrieren, um so die Nachfrage nach Glasfaseranschlüssen zu erhöhen und den FTTH-Ausbau voranzubringen, indem Investitionsanreize für ausbauende Unternehmen gestärkt werden.⁶¹ Zum anderen wird darauf hingewiesen, dass Kupfernetze einen höheren Energieverbrauch als Glasfasernetze haben, so dass ihre Außerbetriebnahme auch unter dem Gesichtspunkt des in Art. 20a GG verankerten Staatsziels des Umweltschutzes erstrebenswert sei.⁶²

Da das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber grundsätzlich einen weiten Beurteilungsspielraum bei der Benennung gesetzgeberischer Ziele einräumt,⁶³ ist nicht davon auszugehen, dass das Gericht diese beiden Gesetzesziele grundsätzlich nicht als legitime Ziele gesetzgeberischen Handelns und der damit einhergehenden Beschränkungen der Nutzungsmöglichkeiten von Kupfernetzen anerkennen würde.

Fraglich ist aber, ob eine faktische Abschaltspflicht für Kupfernetze außerhalb des eigenen Glasfaserausbaugebiets auch verhältnismäßig zur Erreichung dieser Ziele wäre, ob die Regelung des § 34 Abs. 6 TKG-E mithin geeignet, erforderlich und angemessen ist.

Auf der Stufe der Geeignetheit scheiden dabei nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung nur solche Maßnahmen aus, die „schlechthin oder objektiv“ untauglich sind.⁶⁴ Dies kann bei einer faktischen Pflicht zur Abschaltung bestehender Kupfernetze kaum bejaht werden. Wenn parallel zu Glasfasernetzen bestehende Kupfernetze nicht mehr zur Versorgung von Endnutzern genutzt werden dürfen, führt dies sowohl dazu, dass diese Endnutzer auf ein Glasfasernetz wechseln müssen, sofern sie weiter über einen Netzanschluss verfügen wollen. Auch wird bei einer Abschaltung des Kupfernetzes zwangsläufig die Gesamtenergieeffizienz der Telekommunikationsinfrastruktur verbessert.

Eine Einschränkung ist hier allerdings zu machen: An der grundsätzlichen Geeignetheit einer Abschaltspflicht zu Erreichung der verfolgten Gesetzesziele bestehen nur dann kaum Zweifel, wenn sichergestellt wird, dass es kein anderes Kupfernetz oder ein HFC-Netz in dem Gebiet gibt, das von einer Kupfernetzabschaltung der Deutsche Telekom betroffen ist. Ist in einem Gebiet neben dem Kupfernetz des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht nämlich noch ein anderes Kupfernetz oder ein HFC-Netz vorhanden, ist nicht gewährleistet, dass bei einer Außerbetriebnahme des Kupfernetzes der Deutsche Telekom deren Endnutzer auf ein (energieeffizienteres) Glasfasernetz migrieren. Denkbar ist es vielmehr auch, dass sie auf das

⁶¹ *BMDS*, oben Fußnote 1, S. 82.

⁶² *Neumann*, Gesetzgeberische Spielräume zur Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration, Gutachten im Auftrag des Bundesverbands Breitbandkommunikation e.V., 2024, S. 40.

⁶³ Ständige Rechtsprechung vgl. nur *BVerfG*, BVerfGE 143, 246 (347).

⁶⁴ *BVerfG*, BVerfGE 143, 246 (348).

alternative Kupfer- oder HFC-Netz wechseln. In diesem Fall hätte die Abschaltung des Kupfernetzes der Deutsche Telekom weder unmittelbar positive Auswirkungen auf die Kupfer-Glasfaser-Migration von Endnutzern noch bezogen auf die Verbesserung der Energieeffizienz: HFC-Netze verbrauchen sechs Mal mehr Strom als reine Glasfasernetze, Kupfernetze immerhin noch drei Mal so viel.⁶⁵ Eine faktische Pflicht zur Abschaltung eines Kupfernetzes außerhalb des eigenen Glasfasergebietes der Deutsche Telekom ist daher zur Förderung der Kupfer-Glasfaser-Migration von Endnutzern ebenso wie für eine Verbesserung der Energieeffizienz von vornherein nur dann geeignet, wenn sie sich nicht auf solche Gebiete bezieht, in denen es auch ein HFC-Netz oder ein weiteres Kupfernetz als Alternative zum Kupfernetz gibt, auf das Endnutzer wechseln können.

Selbst für reine Glasfaserausbaugebiete bestünden allerdings Zweifel im Hinblick auf die Erforderlichkeit und insbesondere auch die Angemessenheit einer faktischen Abschaltspflicht für das Kupfernetz der Deutschen Telekom. Dabei ist zu bedenken, dass von der Abschaltspflicht nicht das ursprüngliche Kupfernetz der Bundespost betroffen wäre. Die Deutsche Telekom hat in den vergangenen Jahren in erheblichem Umfang in den Ausbau und die Aufrüstung ihres Netzes mit Glasfaser zu FTTC-Netzen investiert, die ein Zwischenschritt zu FTTH-Netzen sein können. Das Unternehmen hat damit erhebliche Investitionen nicht nur in den Erhalt, sondern auch in die Weiterentwicklung des Kupfernetzes hin zu einem Glasfasernetz getätigt. Art. 14 GG schützt aber nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts besonders auch das berechnete Vertrauen in eine bestehende Rechtslage als Grundlage von Investitionen und eine sich daran anschließende Nutzbarkeit der Investitionen:

„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

⁶⁵ 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.

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 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.“⁶⁶

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,⁶⁷ wird deutlich, dass ein jetzt bewirkter faktischer Zwang zur Stilllegung der Netze zu einem schwerwiegenden Grundrechtseingriff in Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG führen würde, gerade weil der Netzeigentümer auch politisch flankiert in diese Netze erhebliche Investitionen getätigt hat, um sie zukunftsfähig zu machen.

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht es jederzeit in der Hand hätte, durch eine von der BNetzA als diskriminierungsfrei eingestufte Abschaltpraxis den faktischen Zwang zur Abschaltung zu verhindern. Eine solche Argumentationsweise würde in unzulässiger Weise außer Betracht lassen, dass eine freiwillige Abschaltung in Gebieten ohne eigenes Glasfasernetz gleichbedeutend mit einer grundsätzlichen Aufgabe des bisherigen Geschäftsmodells des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht weg von einem infrastrukturbasierten hin zu einem rein dienstebasierten Anbieter wäre.

Selbst wenn man der Auffassung sein wollte, dass dieser Eingriff als solcher zulässig sein kann, folgt aus seiner erheblichen Eingriffsintensität eines faktischen Abschaltzwangs im Anschluss an die Rechtsprechung des BVerfG zum Atomausstieg,⁶⁸ dass er nicht ohne Ausgleichsregelungen jedenfalls bezogen auf die Glasfaserinvestitionen in das bestehende Kupfernetz zulässig wäre.⁶⁹ Aufgrund des faktischen Abschaltgebots für ein Kupfernetz verbliebe der Deutsche Telekom im Grundsatz nur noch das formale Eigentum am Kupfernetz, die

⁶⁶ BVerfG, BVerfGE 143, 246 (348).

⁶⁷ 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).

⁶⁸ BVerfG, BVerfGE 143, 246.

⁶⁹ Dazu ausführlich Fetzer, Kupfer-Glas-Migration, oben Fußnote 6.

verfassungsrechtlich geschütztes Nutzungsbefugnis⁷⁰ hierfür würde hingegen vollständig verloren gehen. Auch die mit der Eigentümerstellung einhergehende Möglichkeit, das Sacheigentum am Netz zu veräußern, würde erheblich beeinträchtigt: Ein Erwerber wäre ja voraussichtlich mit vergleichbaren Nutzungsbeschränkungen konfrontiert. Bei der Abwägung zwischen dem Eigentumsrecht der Deutsche Telekom einerseits und den mit dem Eingriff verfolgten Zielen andererseits ist auch in Rechnung zu stellen, dass das Ziel des flächendeckenden FTTH-Ausbaus erst im Rahmen der TKG-Novelle 2021 explizit in das TKG aufgenommen wurde. Noch in der Breitbandstrategie 2014-2017 hatte die Bundesregierung eine flächendeckende Breitbandverfügbarkeit von 50 Mbit/s im Downstream auf Grundlage eines „effizienten Technologiemixes“ politisch vorgegeben.⁷¹ Jedenfalls bis Ende der 2020 in Erwartung ihrer langfristigen Nutzbarkeit vorgenommene Investitionen in FTTC-Netze genießen daher besonderen verfassungsrechtlichen Schutz. 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. Hierbei wäre ausgehend von der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung nicht nur der reine Sachwert der Netzinfrastruktur zu berücksichtigen, sondern auch die konkreten finanziellen Nachteile, die sich aus der mangelnden Nutzbarkeit des Kupfernetzes zur Erbringung von Telekommunikationsdiensten bzw. für den Ausbau von FTTH-Netzen ergeben.⁷²

Vorrangig vor einem finanziellen Ausgleich müsste der Gesetzgeber allerdings einen Übergangszeitraum festlegen, der es der Deutsche Telekom ermöglicht, bestehende FTTC-Netze in wirtschaftlicher Weise zu FTTH-Netzen aufzurüsten. Denn grundsätzlich ist der Gesetzgeber von Verfassungs wegen gehalten, eigentumsbelastende Regelungen in erster Linie ohne kompensatorische Ausgleichszahlungen verhältnismäßig auszugestalten, etwa durch Übergangsregelungen.⁷³

Kommt aus Sicht des Gesetzgebers ein entsprechend langer Übergangszeitraum nicht in Betracht, muss der Gesetzgeber zwingend eine gesetzliche Grundlage für eine Entschädigung der mit einem faktischen Abschaltgebot einhergehenden Eigentumsbeschränkungen schaffen.⁷⁴

Ein faktisches Abschaltgebot für Kupfernetze außerhalb des eigenen Glasfaserausbaugebiets der Deutsche Telekom könnte daher zwar ggf. so ausgestaltet werden, dass es nicht von

⁷⁰ Vgl. zur durch Art. 14 Abs. 1 GG weitreichend geschützten Nutzungsbefugnis *Papier/Shirvani*, in: Dürrig/Herzog/Scholz, GG, Stand Januar 2026, Art. 14 Rn. 146 m.w.N.

⁷¹ BT-Drucks. 18/2390, S. 10.

⁷² BVerfG, BVerfGE 143, 246, Rn. 372.

⁷³ BVerfGE 143, 246 (339).

⁷⁴ BVerfGE 100, 226 (245f.).

vornherein gegen die Eigentumsfreiheit des Unternehmens aus Art. 14 GG verstößt. Allerdings setzt dies entweder eine ausreichend lange Übergangsfrist voraus, die es der Deutsche Telekom ermöglichen würde, ein bestehendes FTTC-Netz zu einem FTTB/H-Netz aufzurüsten. Sollte dies aus Sicht des Gesetzgebers nicht möglich sein, muss er zwingend eine Ausgleichspflicht für das Abschaltgebot vorsehen, die zumindest einen Ausgleich für die Investitionen vorsieht, die die Deutsche Telekom in die Aufrüstung bestehender Kupfernetze zu FTTC-Netzen getätigt hat, die sie infolge der Abschaltspflicht nicht mehr nutzen kann.

c) *Berufsfreiheit, Art. 12 GG*

Durch ein faktisches Gebot zur Abschaltung eines Kupfernetzes außerhalb des eigenen Glasfaserausbaugebiets würde auch in die Berufsfreiheit der Deutsche Telekom eingegriffen. Ebenso wie bei einem Weiterbetriebsgebot für das Kupfernetz in einem eigenen Glasfaserausbaugebiet würde es sich auch bei diesem Eingriff formal um eine Berufsausübungsregelung i.S.d. Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG handeln. Allerdings würde eine rein formale Betrachtungsweise der materiellen Reichweite der Beschränkung der Berufsfreiheit nicht gerecht werden. Das Abschaltgebot soll sich ja vorrangig auf solche Gebiete beziehen, in denen die Deutsche Telekom kein alternatives (Glasfaser-)Netz hat, über das sie nach einer Kupfernetzabschaltung eine Bestandskunden weiter versorgen könnte. Die besondere Schwere des Eingriffs in die Berufsfreiheit resultiert also gerade daraus, dass in diesen Fällen eine Verpflichtung zur Nichtweiternutzung der vorhandenen Kupferinfrastruktur zu einer fundamentalen Umstellung des eigenen Geschäftsmodells zwingen würde. Das Unternehmen müsste sich nämlich entweder aus dem Endkundenmarkt (und dem Vorleistungsmarkt) zurückziehen oder sein Geschäftsmodell auf das eines reinen Vorleistungsnachfragers umstellen, der auf dieser Grundlage Telekommunikationsdienste an Dritte erbringt. Im Grundsatz wäre die Deutsche Telekom also daran gehindert, auch weiterhin Telekommunikationsdienste an Endnutzer zu erbringen, wenn sie nicht ihr Geschäftsmodell in einem Drittausbaugbiet so umstellt, dass sie Glasfaservorleistungen Dritter einkauft.

Wie bereits oben ausgeführt, ist bereits die Geeignetheit der Maßnahme zur Förderung der Kupfer-Glasfaser-Migration zweifelhaft, sofern von einem faktischen Abschaltgebot ein Gebiet betroffen ist, in dem 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 weder auf das Migrationsziel noch die Verbesserung der Energieeffizienz einzahlen würde. Die Geeignetheit einer Abschaltung des Kupfernetzes zur Förderung der Kupfer-Glasfaser-Migration ebenso wie zur Verbesserung der Energieeffizienz könnte in solchen Gebieten allenfalls dann bejaht werden,

wenn flankierende Maßnahmen getroffen würden, 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 des § 34 Abs. 6 TKG-E sichergestellt werden könnte, bestünden gegen die Angemessenheit eines faktischen Abschaltgebots erhebliche Bedenken: In Gebieten ohne eigenes Glasfasernetz könnte das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, das sein Kupfernetz abschalten muss, nur dann überhaupt weiter am Markt tätig sein, wenn es effektiven Zugang zu Glasfaservorleistungen Dritter erhält. Da insbesondere bei einem (lokalen) Glasfaserinfrastrukturmonopol nicht zwangsläufig gewährleistet wäre, dass die Deutsche Telekom auch zu wettbewerblichen Konditionen die erforderlichen Vorleistungen erwerben kann, um nach einer Abschaltung ihres Kupfernetzes weiterhin ihre Endnutzer versorgen zu können, ist es verfassungsrechtlich geboten, dass die Deutsche Telekom nach der Abschaltung des Kupfernetzes einen regulatorisch abgesicherten Vorleistungszugang zu einem alternative Glasfasernetz erhält, um nicht vollkommen von der Ausübung ihrer Berufsfreiheit als Telekommunikationsdiensteanbieter in dem betroffenen Gebiet ausgeschlossen zu werden.

Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Deutsche Telekom bei einer erzwungenen Kupfernetzabschaltung außerhalb ihres eigenen Glasfaserausbaugebiets nicht mehr dazu in der Lage ist – noch auf Grundlage § 34 TKG-E dazu verpflichtet werden könnte –, ihren Kupferdienstleistungen nachfragern weiterhin Vorleistungsprodukte anzubieten, da es in einer solchen Konstellation nicht um einen Fall der Kupfer-Glasfaser-Migration i.S.d. Art. 34 Abs. 1 TKG geht. Wird daher kein effektiver Vorleistungszugang zu einem bestehenden Glasfasernetz Dritter regulatorisch sichergestellt, bedeutet dies nicht nur einen schwerwiegenden Eingriff in grundrechtlich geschützte Freiheiten der Deutsche Telekom, sondern gefährdet auch das Geschäftsmodell anderer dienstebasierter Wettbewerber und damit den Wettbewerb insgesamt.

Wird regulatorisch kein gleichwertiger Vorleistungszugang zum Glasfasernetz Dritter sichergestellt, der es der Deutsche Telekom (und anderen Vorleistungsnachfragern) ermöglicht, nach einer Kupfernetzabschaltung unterbrechungsfrei und auf einem mindestens vergleichbaren Niveau wie bisher sämtliche ihrer Endkunden, also nicht nur die Massenmarktkunden, weiter zu versorgen, entfaltet der mit einem faktischen Abschaltgebot einhergehende Eingriff in die Berufsfreiheit des Unternehmens die Intensität einer objektiven Zulassungsschranke, die jedenfalls nicht angemessen und damit als unverhältnismäßiger Grundrechtseingriff verfassungswidrig wäre.

3. Zwischenergebnis

Sofern man § 34 Abs. 6 TKG-E – trotz erheblicher Bedenken – als unionsrechtlich zulässig ansieht, bemisst sich die Zulässigkeit der Regelung am nationalen Verfassungsrecht. Dabei ist zwischen zwei Wirkungen der vorgeschlagenen Regelungen zu unterscheiden:

Zum einen kann § 34 Abs. 6 TKG-E dazu führen, dass einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht faktisch die Abschaltung eines Kupfernetzes in einem eigenen Glasfaserausbaugebiet verboten wird, obwohl der Weiterbetrieb des Netzes für das Unternehmen unwirtschaftlich ist und das Unternehmen die Migrationsbedingungen erfüllt, die unionsrechtlich durch Art. 81 EKEK vorgegeben sind. Dies ist dann möglich, wenn die BNetzA zu dem Ergebnis kommt, dass die Abschaltpraxis des Unternehmens insgesamt nicht diskriminierungsfrei ist. Dieses faktische Abschaltverbot verletzt das betroffene Unternehmen sowohl in seiner durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Eigentumsfreiheit als auch in seiner Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG. Es greift in nicht verhältnismäßiger Weise in Grundrechte ein, da es in sachwidriger Weise die Abschaltung in Glasfaserausbaugebieten der Deutsche Telekom mit der Abschaltung außerhalb solcher Gebiete verknüpft.

Zum anderen kann durch § 34 Abs. 6 TKG-E ein faktischer Zwang für die Deutsche Telekom geschaffen werden, ihr Kupfernetz außerhalb ihres Glasfaserausbaugebiets abzuschalten, wenn sie nicht Gefahr laufen will, ihr Kupfernetz in ihrem Ausbaugebiet unwirtschaftlich weiterbetreiben zu müssen. Dieser faktische Abschaltzwang würde zu einem schwerwiegenden Eingriff in das Netzeigentum der Deutsche Telekom führen, für den der Gesetzgeber einen erheblichen Übergangszeitraum vorsehen müsste, um es dem Unternehmen zu ermöglichen, jedenfalls eine bestehende FTTC-Infrastruktur zu einem FTTB-/H-Netz auszubauen. Sofern der Gesetzgeber dies nicht als möglich erachtet, ist ein finanzieller Ausgleich für die Aufgabe des Netzeigentums gesetzlich zu regeln, da es sich dann um eine ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung handelt. Dabei ist nicht nur der reine Sachwert des Netzeigentums für den Ausgleich zu berücksichtigen, sondern auch die konkreten finanziellen Nachteile, die sich aus der mangelnden Verwertbarkeit des Kupfernetzes infolge eines faktischen Zwangs zur Abschaltung ergeben.

Durch ein faktisches Abschaltgebot wird zudem auch in die Berufsfreiheit der Deutsche Telekom aus Art. 12 Abs. 1 GG eingegriffen. Auch dieser Grundrechtseingriff ist von erheblicher Intensität, weil er das Unternehmen zwingt, sein Geschäftsmodell grundlegend umzustellen, wenn es auch nach einer Kupfernetzabschaltung weiter als Telekommunikationsdiensteanbieter tätig sein will. Der Grundrechtseingriff ist nur dann verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn regulatorisch sichergestellt wird, dass das Unternehmen jedenfalls seine Bestandskunden unterbrechungsfrei und mit mindestens gleicher Produktqualität wie bisher weiter

versorgen kann, indem es einen regulatorisch abgesicherten Vorleistungszugang zu einem bestehenden Glasfasernetz erhält.

IV. § 22a TKG-E als verfassungsrechtlich gebotene Zugangsregelung

Die bestehenden Zugangsregelungen des TKG genügen diesen Anforderungen nicht. Sie setzen im Falle der §§ 20 f. TKG voraus, dass alternative Glasfasernetzbetreiber ihrerseits über beträchtliche Marktmacht verfügen. Das dürfte gerade bei regionalen Netzbetreibern regelmäßig (noch) nicht der Fall sein.⁷⁵ Selbst wenn die materiellen Voraussetzungen beträchtlicher Marktmacht in einem Fall vorliegen, müssten diese zunächst nach §§ 13 ff. TKG in einem förmlichen Verfahren durch die BNetzA festgestellt werden.

Eine grundsätzlich denkbare Alternative ist die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen nach § 22 TKG. Die Norm ist allerdings voraussetzungsvoll und hat daher bisher – soweit ersichtlich – noch keine Rolle in der Regulierungspraxis gespielt. Dies sieht auch die Bundesregierung offensichtlich so und schlägt mit § 22a TKG-E die Schaffung einer neuen Ermächtigungsgrundlage vor, auf deren Grundlage auch Unternehmen ohne beträchtliche Marktmacht zur Gewährung des Vorleistungszugangs auch jenseits des ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkts am Ort der Nutzung verpflichtet werden können.⁷⁶

§ 22a TKG-E kann allerdings nur dann den verfassungsrechtlich gebotenen Netzzugang der Deutsche Telekom zu Glasfasernetzen Dritter sicherstellen, wenn die Norm zum einen tatsächlich einen so effektiven Netzzugang gewährleistet, der es dem Unternehmen erlaubt, zumindest seine bisherigen Kupfernetzkunden in vergleichbarer Weise und unterbrechungsfrei auch über das Glasfasernetz Dritter zu versorgen, nachdem es faktisch zur Abschaltung seines Kupfernetzes gezwungen war (dazu 1.). Zum anderen muss § 22a TKG-E mit höherrangigem Recht, insbesondere dem EKEK vereinbar sein. Andernfalls wäre die Norm wegen des Vorrangs des Unionsrechts unanwendbar und könnte damit den verfassungsrechtlich gebotenen Netzzugang nicht gewährleisten (dazu 2.).

1. Hinreichend effektiver Vorleistungszugang durch § 22a TKG-E?

Die Norm erscheint ihrer Grundkonzeption nach geeignet, einen effektiven Netzzugang zugunsten eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht sicherzustellen, der es ihm erlaubt, seine Endnutzer auch nach einer erzwungenen Kupfernetzabschaltung in vergleichbarer Weise und unterbrechungsfrei weiter zu versorgen.

⁷⁵ Dies hängt entscheidend davon ab, wie stark die Regulierung künftig regionalisiert wird.

⁷⁶ *BMDS*, oben Fußnote 1, S. 78.

Allerdings gibt es unter mindestens zwei Gesichtspunkten Bedenken, ob durch § 22a TKG-E in der Fassung des Regierungsentwurfs auch konkret ein effektiver Vorleistungszugang für die Deutsche Telekom sichergestellt werden kann, wie er verfassungsrechtlich geboten ist, um den mit einem faktischen Abschaltverbot für das Kupfernetz einhergehenden Eingriff in die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG rechtfertigen zu können.

Zum einen muss § 22a Abs. 3 TKG-E so ausgestaltet werden, dass jedenfalls in solchen Gebieten, in denen die Deutsche Telekom ein bestehendes Kupfernetz abgeschaltet hat und in denen sie über kein eigenes Glasfasernetz verfügt, ihr Netzzugang zum Glasfasernetz Dritter grundsätzlich nicht von zusätzlichen Tatbestandsvoraussetzungen abhängt. Denn: Ohne einen solchen Netzzugang ist ihr die Ausübung ihrer Berufsfreiheit in dem Gebiet allein aufgrund des regulatorischen Zwangs zur Kupfernetzabschaltung nicht länger möglich und gerade bei einem monopolistischen Glasfasernetz eines Drittanbieters ist nicht sichergestellt, dass das Unternehmen allein auf privatautonomen Weg den erforderlichen Netzzugang erhält. Insofern ist es zwar folgerichtig, wenn § 22a Abs. 1 TKG vorsieht, dass es zunächst einmal zu privatautonomen Verhandlungen kommen muss. § 22a Abs. 3 TKG-E stellt allerdings darüberhinausgehende zusätzlichen Voraussetzungen auf.

Die Verhandlungspflicht nach § 22a Abs. 1 TKG verdichtet sich nämlich nur unter einer bestimmten Voraussetzung zu einem echten Zugangsanspruch zugunsten der Deutsche Telekom: Die BNetzA muss gemäß § 22a Abs. 3 S. 1 TKG zuvor festgestellt haben, dass in dem betreffenden Gebiet beträchtliche und anhaltende wirtschaftliche oder physische Hindernisse einer Replizierbarkeit der betroffenen Netzelemente entgegenstehen. Doch auch in Gebieten, in denen solche Hindernisse nicht vorliegen, muss der Deutsche Telekom – zumindest bis zum Abschluss des eigenen Netzausbaus – ein effektiver Zugang zu einem bestehenden Glasfasernetz gewährt werden. Nur so lässt sich sicherstellen, dass das Unternehmen seine bisherigen Kupfernetzkunden auch nach Abschaltung des Kupfernetzes unterbrechungsfrei weiterversorgen kann. Wird die Deutsche Telekom nämlich auf Grundlage von § 34 Abs. 6 TKG-E faktisch dazu gezwungen, ihr Kupfernetz auch außerhalb der eigenen Glasfaserausbaugebiete abzuschalten, muss ihr im Gegenzug ein unterbrechungsfreier Zugang zu Glasfaservorleistungen Dritter offenstehen, um ihre Bestandskunden weiterhin versorgen zu können. Würde dieser Vorleistungszugang hingegen von einer vorherigen Entscheidung der BNetzA über die fehlende Replizierbarkeit des vorhandenen Glasfasernetzes abhängig gemacht, wäre der ohnehin gravierende Eingriff in die Grundrechte der Deutschen Telekom, der bereits mit dem faktischen Abschaltzwang nach § 34 Abs. 6 TKG-E einhergeht, nicht mehr angemessen. Denn ohne unterbrechungsfreien Vorleistungszugang zu einem bestehenden Glasfasernetz wäre das Unternehmen nicht lediglich zu einer Anpassung seines Geschäftsmodells gezwungen, sondern müsste die Versorgung des betreffenden Gebiets vollständig einstellen. In seiner Wirkung

käme dies einer objektiven Berufszulassungsschranke für das jeweilige Gebiet gleich – ein Ergebnis, das dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht genügen würde. Es ist daher aus verfassungsrechtlicher Perspektive geboten, dass die BNetzA auch unmittelbar einen Netzzugang nach § 22a Abs. 3 TKG-E einschließlich der Zugangsbedingungen anordnen kann, sobald eine Partei einen entsprechenden Antrag stellt, da aus ihrer Sicht die Verhandlungen nach § 22a Abs. 1 TKG-E gescheitert sind.

Zum anderen muss § 22a TKG-E sicherstellen, dass die Deutsche Telekom einen effektiven Netzzugang erhält, der es ihr nicht nur ermöglicht, ihre Bestandskunden unterbrechungsfrei zu versorgen, sondern dies auch zumindest mit der bisherigen Produktqualität. Hier erscheint es nicht ausreichend, wenn § 22a Abs. 2 S. 2 TKG lediglich festlegt, dass die Bedingungen für einen auferlegten Vorleistungszugang zugunsten der Deutsche Telekom lediglich „fair, objektiv, transparent, verhältnismäßig und nichtdiskriminierend“ sein müssen. Dieser Maßstab stellt gerade nicht sicher, dass die Deutsche Telekom auch nach einer erzwungenen Kupfernetzabschaltung ihren Endnutzern Produkte mit mindestens der Qualität und Differenzierung anbieten kann, die sie ihnen über das abgeschaltete Kupfernetz anbieten konnte.

Auch liegt hier ein Wertungswiderspruch zu Art. 81 EKEK vor: Möchte die Deutsche Telekom ihr Kupfernetz abschalten, so ist ihr dies nur gestattet, wenn sichergestellt ist, dass sie den bisherigen Kupfervorleistungsnachfragern alternative Vorleistungsprodukte von mindestens vergleichbarer Qualität zur Glasfaserinfrastruktur anbietet – Produkte, mit denen diese dieselben Endnutzer erreichen können, die sie zuvor über Kupfernetzvorleistungsprodukte versorgt haben. In diesem Sinne führt auch Erwägungsgrund 209 aus, dass Zugangsnachfrager mindestens die Qualität der Vorleistungsprodukte erhalten sollen, die sie zuvor hatten. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass Endnutzer durch die Abschaltung eines Kupfernetzes und die Migration auf ein Glasfasernetz nicht schlechter gestellt werden dürfen als dies vor der Abschaltung des Kupfernetzes der Fall gewesen ist. Zudem soll die Wettbewerbsintensität nicht verringert werden.

Aus der Endnutzerperspektive macht es indes keinen Unterschied, ob das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sein Kupfernetz im eigenen Glasfaserausbaugebiet abschaltet oder in einem Drittausbaugebiet. In beiden Fällen muss sichergestellt sein, dass die Endnutzer von ihrem bisherigen Telekommunikationsdiensteanbieter unterbrechungsfrei und mit mindestens derselben Produktqualität weiterversorgt werden. Auch aus Sicht des Wettbewerbs ist es geboten, dass ein Vorleistungsnachfrager solche Vorleistungsprodukte erhält, die es ihm erlauben, mit dem Inhaber der Glasfaserinfrastruktur in einen echten Qualitätswettbewerb einzutreten und nicht nur in einen Preiswettbewerb, indem etwa ausschließlich ein Bitstreamzugang eingeräumt wird, der kaum Möglichkeiten zur Produktdifferenzierung bietet. Dies schließt es auch aus, dass – wie dies § 22a Abs. 3 S. 3 TKG-E vorsieht – von den allgemeinen

Zugangsbedingungen im Einzelfall abgewichen werden können soll. Denn: Aus Sicht der Endnutzer und des Wettbewerbs macht es keinen Unterschied, ob die Deutsche Telekom zur Abschaltung ihres Kupfernetzes in einem Gebiet gezwungen ist, in dem das drittausbauende Glasfaserunternehmen lediglich ein kleines lokales Projekt verwirklicht oder ein überregionaler Anbieter ist.

Vielmehr ist es im Sinne einer Symmetriethese geboten, dass die Deutsche Telekom unterschiedslos denselben Vorleistungszugang zu einem alternativen Glasfasernetz erhalten muss, wenn sie außerhalb eines eigenen Glasfaserausbaugebiets faktisch zu einer Netzabschaltung gezwungen wird, den sie ihren Wettbewerbern in eigenen Glasfaserausbaugebieten nach einer Kupfernetzabschaltung einräumen muss. Ebenso wie sie im Falle einer Kupfernetzabschaltung im eigenen Glasfaserausbaugebiet Glasfaservorleistungsprodukte anbieten muss, die es den bisherigen Kupfernetzvorleistungsnachfragern ermöglichen, ihre Endnutzer mit mindestens denselben Produkten wie bisher zu versorgen, muss ihr umgekehrt außerhalb eigener Ausbaugebiete ein entsprechender Vorleistungszugang offenstehen, um auch ihre Endnutzer mit mindestens der bisherigen Produktqualität weiter versorgen zu können.

Dementsprechend könnte § 22a Abs. 2 TKG – analog zu Art. 81 EKEK – vorschreiben, dass die „Bedingungen nach Satz 1 es einem Vorleistungsnachfrager, der zuvor Endnutzer über ein eigenes Kupfernetz versorgt hat, das er im Zusammenhang mit einem Verfahren nach § 34 TKG außer Betrieb genommen hat, erlauben, dieselben Endnutzer mit mindestens den gleichen Endnutzerprodukten bei mindestens gleicher Qualität zu versorgen“.

2. Unionsrechtskonformität von § 22a TKG-E?

Auch mit den aufgezeigten notwendigen Änderungen kann § 22a TKG nur dann einen verfassungsrechtlich gebotenen effektiven Netzzugang sicherstellen, wenn die Norm ihrerseits unionsrechtskonform ist. Ist dies nämlich nicht der Fall, wäre sie wegen des Vorrangs des Unionsrechts unanwendbar. Mit anderen Worten: Ein Vorleistungszugangsanspruch der Deutsche Telekom (ebenso wie der anderer Vorleistungsnachfrager) zu einem Glasfasernetz Dritter nach der Abschaltung des Kupfernetzes der Deutsche Telekom außerhalb ihres Glasfaserausbaugebiets könnte dann nicht auf § 22a TKG-E gestützt werden.

Ausweislich der Gesetzesentwurfsbegründung soll § 22a TKG-E Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 EKEK weiter konkretisieren.⁷⁷ Zu fragen ist, inwieweit die Norm mit Art. 61 Abs. 3 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK in Einklang steht, da dieser davon ausgeht, dass von der nationalen Regulierungsbehörde bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen ein Vorleistungszugang zu einem Glasfasernetz

⁷⁷ BMDS, oben Fußnote 1, S. 78.

angeordnet werden kann. § 22a Abs. 3 TKG-E sieht hingegen einen gewissen gesetzlichen Automatismus vor, wonach im Falle des Scheiterns privatautonomer Verhandlungen zwischen Glasfasernetzbetreiber und Zugangspetenten die BNetzA verpflichtet sein kann, eine verbindliche Entscheidung über die Zugangsbedingungen zu treffen, sofern sie zuvor festgestellt hat, dass eine Infrastruktur nicht ohne Weiteres dupliziert werden kann.

§ 22a TKG ist allerdings gleichwohl dann unionsrechtlich zulässig, wenn Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 EKEK dem nationalen Gesetzgeber einen entsprechenden Umsetzungsspielraum einräumt, neben den Auferlegungsbefugnissen für die BNetzA, wie sie derzeit in § 22 TKG verankert sind, auch gesetzliche Regelungen für den symmetrischen Netzzugang zu treffen.⁷⁸

Art. 61 EKEK selbst enthält keine ausdrückliche Vorgabe zu der Frage, ob parallele bzw. ergänzende gesetzliche symmetrische Mitnutzungsrechte durch ihn ausgeschlossen sein sollen. Allerdings sprechen bei einer Auslegung des Art. 61 Abs. 3 EKEK sehr gute Gründe dafür, dass er nur das Mindestmaß an symmetrischen Zugangsregelungen trifft, ohne dadurch weitergehende gesetzliche Zugangsregelungen per se auszuschließen.

Einen ersten Anhaltspunkt für ein solches Verständnis liefert bereits der Wortlaut der Norm. Demnach müssen die nationalen Regulierungsbehörden unter bestimmten Voraussetzungen auch marktmachtunabhängige Zugangsverpflichtungen auferlegen „können“, die auch Netzabschnitte jenseits des ersten Verteiler- bzw. Konzentrationspunktes am Ort der Nutzung einbeziehen. In diesem Sinne verlangt auch Erwägungsgrund 152 EKEK, dass die nationalen Regulierungsbehörden „befugt“ sein sollten, Unternehmen unabhängig von ihrer Marktposition Zugangsverpflichtungen aufzuerlegen. Klar ist damit, dass der nationale Gesetzgeber zur Umsetzung des Kodex sicherstellen muss, dass die nationalen Regulierungsbehörden über solche Auferlegungsbefugnisse verfügen. Der Normtext liefert demgegenüber keinen Hinweis darauf, dass es sich hierbei um eine exklusive Befugnis der nationalen Regulierungsbehörden handeln muss. Hätte der europäische Gesetzgeber eine solche Exklusivität intendiert, hätte er dies durchaus klarer formulieren können, indem er beispielsweise die nationalen Regulierungsbehörden für „zuständig“ erklärt oder ihnen die „Verantwortung“ für solche Maßnahmen überträgt. So ist die grammatikalische Auslegung des Art. 61 Abs. 3 EKEK zumindest offen dafür, dass zwar in jedem Fall die nationalen Regulierungsbehörden über entsprechende Befugnisse verfügen müssen, zugleich aber auch bestimmte gesetzliche symmetrische Zugangsregeln bestehen können.

⁷⁸ Die folgenden Ausführungen beruhen auf *Fetzer*, Gesetzgeberische Handlungsbedarfe und -optionen zur Beschleunigung des Glasfaserausbaus auf der Netzebene 4, Rechtsgutachten im Auftrag der Deutsche Telekom, September 2025.

Betrachtet man Art. 61 Abs. 3 EKEK unter systematischen Gesichtspunkten, so sprechen diese sehr deutlich dafür, dass die Norm keine ausschließliche Zuständigkeit nationaler Regulierungsbehörden für marktmachtunabhängige Zugangsverpflichtungen schafft, sondern Raum für strukturierende gesetzliche Regelungen belässt: Während Art. 61 Abs. 3 EKEK nämlich vorsieht, dass die nationalen Regulierungsbehörden bestimmte Zugangsverpflichtungen auferlegen „können“, sieht Art. 68 Abs. 1 EKEK für marktmachtabhängige Zugangsverpflichtungen vor, dass „die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die nationalen Regulierungsbehörden befugt sind [...] Verpflichtungen aufzuerlegen“. Art. 68 Abs. 1 EKEK weist damit den Mitgliedstaaten – also im Regelfall dem nationalen Gesetzgeber – ausdrücklich und ausschließlich die Aufgabe zu, ihrerseits den nationalen Regulierungsbehörden bestimmte Aufgaben bzw. Befugnisse zuzuweisen. Dies schließt es im Bereich der marktmachtabhängigen Regulierung tatsächlich aus, dass der nationale Gesetzgeber weitere gesetzliche Zugangsregelungen schafft, da seine Aufgabe allein darin besteht, die nationalen Regulierungsbehörden entsprechend mit Befugnissen auszustatten. Diese Unterscheidung zwischen „Aufgaben der Mitgliedstaaten“ einerseits und Aufgaben „der nationalen Regulierungsbehörden“ andererseits sieht Art. 61 Abs. 3 EKEK anders als Art. 68 Abs. 1 EKEK ausdrücklich nicht vor. Es wird also nicht beschränkend ausgeführt, was Aufgabe der Mitgliedstaaten allgemein ist und welche Befugnisse diese den nationalen Regulierungsbehörden zuweisen müssen. Die Norm lässt vielmehr Raum für Zuständigkeiten „der Mitgliedstaaten“ und damit auch der nationalen Gesetzgeber.

Die Regelung des Art. 68 Abs. 1 EKEK stimmt insofern auch wörtlich mit Art. 8 Abs. 1 der Zugangs-RL⁷⁹ überein, der seinerzeit im EuGH-Verfahren zu § 9a TKG a.F. von Relevanz war, in dem der EuGH gerade eine exklusive Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörden für bestimmte Aufgaben der Marktregulierung bejaht und der gesetzlichen Vorstrukturierungen behördlicher Entscheidungen Grenzen gesetzt hat.⁸⁰ Wenn der europäische Gesetzgeber aber in Kenntnis dieser Rechtsprechung in Art. 68 Abs. 1 EKEK eine Formulierung verwendet, die eine exklusive Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörden begründet, in Art. 61 Abs. 3 EKEK aber bewusst eine andere Formulierung wählt, ist dies ein sehr starkes Argument dafür, dass damit auch unterschiedliche Zuständigkeitsregelungen getroffen werden sollten: Während Art. 68 Abs. 1 EKEK – in Einklang mit der Rechtsprechung zu § 9a TKG a.F. – eine ausschließliche Befugnis der nationalen Regulierungsbehörden schafft, Zugangsverpflichtungen aufzuerlegen, normiert Art. 61 Abs. 3 EKEK eine Erweiterung des Handlungsspielraums für

⁷⁹ Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung, ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 7 ff., abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:108:0007:0020:DE:PDF>.

⁸⁰ *EuGH*, Urt. v. 3.12.2009 – C-424/07, BeckRS 2009, 71355.

ationale Regulierungsbehörden zur Auferlegung von Zugangsverpflichtungen an nicht marktmächtige Unternehmen, nicht aber eine exklusive Zuständigkeit nationaler Regulierungsbehörden für derartige Maßnahmen. Dass diese Differenzierung zwischen Art. 68 Abs. 1 EKEK und Art. 61 Abs. 3 EKEK nicht lediglich ein Redaktionsversehen bzw. eine Übersetzungsunschärfe ist, lässt sich daran erkennen, dass auch die englische und die französische Sprachfassung des EKEK eine entsprechende Differenzierung enthalten.

Aus historischer Sicht spricht schließlich gegen einen abschließenden Charakter von Art. 61 Abs. 3 EKEK, dass er erst mit dem EKEK neu geschaffen wurde. Dies bedeutet, dass die Mitgliedstaaten jedenfalls bis zur Einführung des EKEK frei waren, symmetrische Zugangsverpflichtungen auch gesetzlich zu verankern, sofern es aufgrund nationaler Besonderheiten ein Bedürfnis dafür gab. Dies war etwa in Frankreich seit 2009 der Fall.⁸¹ Art. 61 Abs. 3 EKEK soll ausweislich Erwägungsgrund 152 des EKEK im Vergleich zur vorherigen Rechtslage sicherstellen, dass die nationalen Regulierungsbehörden auch symmetrische Zugangsverpflichtungen auferlegen können, sofern dies zum Schutz des Wettbewerbs im Endnutzermarkt erforderlich ist. Es lassen sich dem EKEK insofern aber keine Hinweise entnehmen, dass zuvor bestehende gesetzliche symmetrische Zugangsregelungen damit unwirksam bzw. nur noch für eine Übergangsfrist wirksam sein sollen. Wenn aber existierende gesetzliche Zugangsregelungen Bestand haben dürfen, ist nicht erkennbar, warum entsprechende künftige Regelungen ausgeschlossen sein sollen.

Die wörtliche, systematische und historische Auslegung des Art. 61 EKEK sprechen damit sehr deutlich dafür, dass neben den Eingriffsbefugnissen der nationalen Regulierungsbehörden zur Auferlegung von symmetrischen Zugangsverpflichtungen in konkret-individuellen Fällen auch gesetzliche Mitnutzungsrechte zulässig sind, Art. 61 EKEK also insofern keinen abschließenden Charakter besitzt.

Einem solchen Verständnis kann auch nicht entgegengehalten werden, dass dadurch die in Art. 61 Abs. 3 EKEK vorgegebene Möglichkeit für nationale Regulierungsbehörden, marktmachtunabhängige Zugangsverpflichtungen aufzuerlegen, ihres praktischen Anwendungsbereichs beraubt wäre. Hiergegen spricht zum einen, dass der nationale Gesetzgeber ja keinesfalls gezwungen ist, ein symmetrisches Mitnutzungsrecht gesetzunmittelbar zu regeln. Entschließt er sich dagegen, ist es umso bedeutsamer, dass er die nationalen Regulierungsbehörden mit entsprechenden Befugnissen ausstattet. Zum anderen wird die Eingriffsbefugnis der nationalen Regulierungsbehörde selbst dann nicht redundant, wenn der nationale Gesetzgeber ein symmetrisches Vorleistungszugangsrecht schafft. Selbst dann, wenn es ein

⁸¹ Vgl. dazu WIK, Kupfer-Glas-Migration in Frankreich und im Vereinigten Königreich, WIK-Diskussionsbeitrag 482, 2022, S. 4.

gesetzliches Zugangsrecht gibt, hat die nationale Regulierungsbehörde – wie sich auch an § 22a Abs. 2 und Abs. 3 TKG zeigt – noch eine wesentliche Funktion für die konkrete Um- und Durchsetzung des Vorleistungszugangs.

§ 22a TKG-E wäre daher unionsrechtlich zulässig, da sehr gute Gründe dafürsprechen, dass Art. 61 Abs. 3 EKEK dem nationalen Gesetzgeber einen entsprechenden Umsetzungsspielraum belässt.

Dieser Umsetzungsspielraum würde es auch zulassen, dass der nationale Gesetzgeber eine aus verfassungsrechtlicher Perspektive angezeigte Schärfung des § 22a TKG-E in zweifacher Hinsicht vornimmt: Zum einen sollte die Anordnungsbefugnis der BNetzA so geschärft werden, dass sie unmittelbar eingreift, wenn die Deutsche Telekom nach einer erzwungenen Kupfernetzabschaltung außerhalb ihres eigenen Glasfaserausbaugebiets und dem Scheitern privatautonomer Verhandlungen einen entsprechenden Antrag stellt, um eine unterbrechungsfreie Weiterversorgung von Endnutzern auch nach der Kupfernetzabschaltung zu gewährleisten. Zum anderen müsste klargestellt werden, dass die Vorleistungszugangsbedingungen so ausgestaltet sein müssen, dass die Deutsche Telekom auch nach der Kupfernetzabschaltung dieselben Endnutzer wie bisher zumindest mit der gleichen Qualität weiterversorgen kann. Dies bedeutet, dass sie zumindest die Vorleistungsbedingungen erhalten muss, die sie ihrerseits ihren Vorleistungsnachfragern nach § 34 Abs. 4 TKG einräumen muss.

3. Zwischenergebnis

Es sprechen sehr gute Gründe dafür, dass Art. 61 Abs. 3 EKEK dem nationalen Gesetzgeber nicht nur einen Umsetzungsspielraum für § 22a TKG-E belässt, sondern es ihm auch ermöglicht, § 22a TKG-E weiter zu schärfen, um die dargelegten verfassungsrechtlichen Vorgaben für einen effektiven Vorleistungszugang nach einer erzwungenen Kupfernetzabschaltung gesetzlich abzubilden.

§ 22a TKG-E sollte zur Erfüllung dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben dahingehend nachgeschärft werden, dass ein Vorleistungszugang zum Glasfasernetz Dritter jedenfalls in solchen Gebieten, in denen die Deutsche Telekom bisher Endnutzer über ihr abgeschaltetes Kupfernetz versorgt hat, gewährleistet wird, ohne dass zuvor von der BNetzA festgestellt werden muss, ob eine Duplizierung des vorhandenen Glasfasernetzes möglich wäre. Die BNetzA muss in die Lage versetzt werden, auf Antrag der Deutsche Telekom unmittelbar einen Vorleistungszugang anzuordnen, um eine unterbrechungsfreie Weiterversorgung von Endnutzern der Deutsche Telekom auch nach einer erzwungenen Kupfernetzabschaltung zu gewährleisten. Zudem muss sichergestellt werden, dass die Vorleistungsbedingungen so ausgestaltet sind, dass die Deutsche Telekom auch nach einer Kupfernetzabschaltung ihre bisherigen Kunden

unterbrechungsfrei und mit mindestens der gleichen Produktqualität und -differenzierung versorgen kann wie zuvor. Dies bedeutet, dass die Vorleistungsbedingungen mindestens denen entsprechen müssen, die die Deutsche Telekom Vorleistungsnachfragern nach einer Abschaltung ihres Kupfernetzes nach § 34 TKG einräumen muss.

V. Unionsrechtliche Bewertung der Regelungen zur Gebäudeinfrastruktur

Politisches und regulatorisches Zielbild der Kupfer-Glasfaser-Migration sind flächendeckende FTTH-Netze.⁸² Ein FTTH-Anschluss setzt voraus, dass auch die Gebäudeinfrastruktur mittels Glasfaser realisiert wird, so dass das TKG-E ausgehend von dem selbstgesteckten Ziel, eine ununterbrochene Versorgung von Verbraucherinnen und Verbrauchern mit Glasfaser regulatorisch zu flankieren,⁸³ auch daran zu messen ist, inwieweit die hierzu vorgeschlagenen Regelungen des TKG-E mit höherrangigem Recht vereinbar und zudem problemadäquat sind.

Insbesondere in solchen Gebieten, in denen die Deutsche Telekom über kein eigenes Kupferanschlussnetz und damit regelmäßig auch über kein eigenes Glasfasernetz auf der NE4 verfügt, ist hierfür entscheidend, ob regulatorische sichergestellt ist, dass sie entweder ein solches Netz selbst errichten kann (dazu 1.) oder bestehende Glasfasernetze Dritter auf der NE4 effektiv mitnutzen kann (dazu 2.).

1. Vollausbau, § 144 TKG-E

Bereits heute haben Telekommunikationsnetzbetreiber nach § 145 Abs. 1 TKG das Recht, ihr Netz in den Räumen eines Endnutzers abzuschließen. Die geltende Regelung hat sich allerdings unter mindestens zwei Gesichtspunkten als in der Praxis nicht hinreichend effektiv gezeigt:

Zum einen können Gebäudeeigentümer nach § 145 Abs. 1 TKG einen Netzausbau faktisch verhindern, weil es keine klar definierte Duldungspflicht (anders als beim Gebäudestich nach § 134 TKG) gibt. Zum anderen darf ein Netzanschluss am Ort der Nutzung (also z.B. in einer Wohnung) nur mit Einwilligung des Endnutzers erfolgen. Dies bedeutet nicht nur einen zusätzlichen bürokratischen Aufwand für das Einholen der Einwilligungen aller Endnutzer durch einen Netzbetreiber, sondern führt auch dazu, dass Gebäude nur punktuell ausgebaut werden können, wenn nicht alle Endnutzer in den Einbau eingewilligt haben. Am kosteneffizientesten ist aber ein vollständiger Netzausbau, der keine Nachverdichtung erfordert.⁸⁴ Das TKG-E setzt

⁸² Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD für die 21. Legislaturperiode, Verantwortung für Deutschland, Zeile 2202; *BMDS*, oben Fußnote 1, S. 1.

⁸³ *BMDS*, oben Fußnote 1, S. 1.

⁸⁴ *WIK*, Gebäudeinterne Infrastruktur – ein notwendiger Schritt zur Entwicklung von FTTH, Diskussionsbeitrag Nr. 499, 2023, S. 28.

an beiden Defiziten an und sieht in § 144 TKG-E ein so genanntes Vollausbaurecht vor. Dieses soll es Netzbetreibern unter bestimmten Voraussetzungen ermöglichen, ein gesamtes Gebäude mit einer Glasfaserinfrastruktur zu erschließen, auch wenn nicht alle Endnutzer in einen solchen Ausbau eingewilligt haben. Mit diesem Ausbaurecht würde dann eine entsprechende Duldungspflicht des Gebäudeeigentümers korrespondieren.

Ob § 144 TKG-E das mit ihm verfolgte Ziel fördert, Anreize für einen flächendeckenden Glasfaserausbau auf der NE3 und NE4 zu schaffen,⁸⁵ hängt zum einen davon ab, ob die Norm mit höherrangigem Recht vereinbar ist. Nur dann kann sie als Rechtsgrundlage für einen Vollausbau dienen (dazu a)). Zum anderen ist zu prüfen, ob § 144 TKG-E tatsächlich einen problemadäquaten Rollout auf allen Netzebenen ermöglicht⁸⁶ (dazu b)).

a) Vereinbarkeit von § 144 TKG-E mit höherrangigem Recht⁸⁷

Vorrangiger Prüfungsmaßstab für die Zulässigkeit von § 144 TKG-E ist das europäische Sekundärrecht, namentlich der GIA, der gegenüber dem EKEK spezielle Regelungen insbesondere auch zur Gebäudeinfrastruktur geschaffen hat. Sofern der GIA keine solchen Regelungen trifft, ist zu prüfen, ob der EKEK diesbezügliche Regelungen enthält und § 144 TKG-E mit diesen vereinbar ist.

aa) Vereinbarkeit von § 144 TKG-E mit dem Unionsrecht

Der GIA enthält auch Regelungen zum gebäudeinternen Netzabschluss. So sieht Art. 11 Abs. 4 GIA vor, dass Netzbetreiber ihr Netz auf eigene Kosten bis in die Räume des Teilnehmers ausbauen dürfen, sofern es noch keine glasfaserfähige gebäudeinterne physische Infrastruktur gibt. Der Ausbau hängt allerdings von der Zustimmung des Eigentümers „und/oder“ Teilnehmers. Problematisch ist hierbei, dass nach einer aktuellen Entscheidung des OLG Karlsruhe im Rahmen des Art. 11 Abs. 4 GIA in jedem Fall eine Zustimmung des Eigentümers erforderlich sein soll, also gerade keine unbedingte Duldungspflicht für Eigentümer statuiert wird.⁸⁸

Selbst wenn es gute Gründe dafür gibt, dies – wie auch die Vorinstanz⁸⁹ – anders als das OLG Karlsruhe zu sehen, führt seine Entscheidung jedenfalls zur Rechtsunsicherheit und bestätigt, dass auch nach Inkrafttreten des GIA für eine Effektivierung des Gebäudenetzausbaus eine Regelung wie § 144 TKG-E geboten ist, die dem Eigentümer unter gewissen Voraussetzungen eine Duldungspflicht auferlegt. Einer solch weitergehenden nationalen Regelungen steht der

⁸⁵ BMDS, oben Fußnote 1, S. 110.

⁸⁶ BMDS, oben Fußnote 1, S. 110.

⁸⁷ Die folgenden Ausführungen basieren auf Fetzer, NE4.

⁸⁸ OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.6.2026, Az. 6 W 15/26.

⁸⁹ LG Heidelberg, Beschl. v. 18.3.2026, Az. O 53/26.

GIA auch nicht entgegen. So weist Erwägungsgrund 11 des GIA ausdrücklich darauf hin, dass die Mitgliedstaaten die Befugnis haben, „die in dieser Verordnung festgelegten Rechte und Pflichten [zu] ergänzen oder über sie hinauszugehen“, soweit dies mit anderweitigem Unionsrecht in Einklang steht. Der GIA führt also insofern zu einer Mindestharmonisierung, ohne damit eine abschließende Regelung zu schaffen, die einem gesetzlichen Vollausbaurecht nebst korrespondierender Duldungspflicht des Gebäudeeigentümers entgegenstehen würde. Dies wird auch vom OLG Karlsruhe in seiner Entscheidung zur aktuellen Gesetzeslage ausdrücklich als Handlungsoption für den nationalen Gesetzgeber anerkannt.⁹⁰

Da sich auch aus dem EKEK keine Wertung entnehmen lässt, dass die Mitgliedstaaten grundsätzlich kein Vollausbaurecht normieren können, ist davon auszugehen, dass das Unionsrecht einen Umsetzungsspielraum zur Schaffung eines solchen nationalen Vollausbaurechts einräumt.

bb) Vereinbarkeit von § 144 TKG-E mit Grundrechten der Gebäudeeigentümer

Sofern der nationale Gesetzgeber in Ausfüllung dieses Umsetzungsspielraums mit § 144 TKG-E ein Vollausbaurecht für die Gebäudeverkabelung schaffen will, bemisst sich dessen Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht daher an den nationalen Grundrechten. Denn: Das Recht eines Netzbetreibers, in einem fremden Gebäude eine Infrastruktur auszubauen, hat offensichtlich aus Sicht des betroffenen Gebäudeeigentümers erhebliche Grundrechtsrelevanz.

§ 144 Abs. 1 S. 1 TKG, der die Berechtigung von Netzbetreibern normiert, unter bestimmten Voraussetzungen Glasfasernetze in Gebäuden Dritter auszubauen, bzw. die damit korrespondierende Pflicht von Gebäudeeigentümern, einen solchen Ausbau zu dulden, berührt ohne Weiteres den Schutzbereich der durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Eigentumsfreiheit von Gebäudeeigentümern. Diese umfasst das Eigentum an unbeweglichen Gegenständen, also auch Grundstücken und darauf befindlichen Gebäuden und gewährleistet dem Eigentümer das Recht, sein Grundeigentum im Rahmen der geltenden Gesetze nach seinen Vorstellungen zu nutzen und auch zu bebauen.⁹¹ Die mit dem Vollausbaurecht korrespondierende Duldungspflicht greift in diese grundrechtlich geschützte Eigentumsfreiheit ein: Der Eigentümer wird hierdurch verpflichtet, unter bestimmten Voraussetzungen die Einbringung eines Glasfasernetzes in sein Gebäudeeigentum durch einen Dritten zuzulassen, also Veränderungen an seinem Privateigentum zuzulassen.

⁹⁰ OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.6.2026, Az. 6 W 15/26, S. 37 des amtlichen Umdrucks.

⁹¹ Wendt, in: Sachs, GG, 10. Aufl. 2024, Art. 14 Rn. 46 m.w.N.

Es handelt sich bei dem Vollausbaurecht um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S.d. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG, da es eine besondere Pflicht des Gebäudeeigentümers normiert, welche Art der Nutzung er zulassen muss.⁹²

Als Inhalts- und Schrankenbestimmung ist § 144 TKG-E verfassungsgemäß, wenn mit ihm ein verfassungsrechtlich legitimes Ziel verfolgt wird und das Vollausbaurecht zur Erreichung dieses Ziels verhältnismäßig ist.⁹³

§ 144 TKG verfolgt ausweislich der Entwurfsbegründung mehrere Ziele: Zum einen soll damit der flächendeckende Glasfaserausbau vorangebracht werden.⁹⁴ § 144 TKG-E dient damit der Umsetzung des Ziels aus dem Koalitionsvertrag, Glasfaser bis in jede Mietwohnung auszubauen.⁹⁵ Zum anderen soll – und eng mit dem ersten Ziel zusammenhängend – die Planungssicherheit für ausbauende Unternehmen erhöht werden, da ein Ausbau bis zu allen Endkunden ermöglicht wird.⁹⁶ Bei beiden Zielen bestehen keine Bedenken, dass sie verfassungsrechtlich legitim sind.

§ 144 TKG-E ist dann verfassungsgemäß, wenn er auch verhältnismäßig zur Erreichung der mit ihm verfolgten Ziele ist. Das Vollausbaurecht muss also geeignet, erforderlich und angemessen sein, um den Glasfaserausbau voranzubringen und Investitionssicherheit für ausbauende Unternehmen zu schaffen.

An der Geeignetheit des § 144 TKG-E zur Erreichung der mit ihm verfolgten Zwecke bestehen keine Zweifel. Das BVerfG schließt auf dieser Prüfungsstufe nur solche Maßnahmen aus, die „schlechthin oder objektiv“ untauglich sind.⁹⁷ Dies lässt sich im Hinblick auf ein Vollausbaurecht nicht konstatieren.

Unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit der Regelungen des § 144 TKG-E stellt sich die Frage, ob es andere Maßnahmen gibt, die den verfolgten Zweck ebenso gut fördern würden wie das Vollausbaurecht, die den Grundrechtsträger aber weniger belasten würden. Dabei ist festzustellen, dass eine Verpflichtung, Baumaßnahmen durch Dritte in einem eigenen Gebäude zuzulassen, einen erheblichen Eingriff in das Grundeigentum darstellt, selbst wenn die Kosten für den Vollausbau vom ausbauenden Telekommunikationsunternehmen getragen werden müssen. Der Gesetzesentwurf trägt dem dadurch Rechnung, dass nach § 144 Abs. 3

⁹² Allgemein zur Definition der Inhalts- und Schrankenbestimmung m.w.N. aus der Rechtsprechung *Axer*, in: BeckOK GG, Stand 1.3.2026, Art. 14 Rn. 80.

⁹³ *Kempny*, in: Dreier, GG, 4. Aufl. 2023, Art. 14 GG Rn. 185 ff.

⁹⁴ *BMDS*, oben Fußnote 1, S. 110.

⁹⁵ Dazu oben B I.

⁹⁶ *BMDS*, oben Fußnote 1, S. 110.

⁹⁷ *BVerfG*, BVerfGE 143, 246 (348).

TKG-E grundsätzlich ein Vorrang des Eigenausbaus gilt. Mit anderen Worten: Wenn der Gebäudeeigentümer erklärt, dass er bzw. ein Dritter eine gebäudeinterne Glasfaserinfrastruktur innerhalb von 24 Monaten ausbaut, besteht keine Pflicht, den Ausbau durch einen Netzbetreiber zu dulden. Der Fremdausbau stellt insofern eine *ultima ratio* dar, die auch seine Erforderlichkeit gewährleistet, weil er nur dann zur Anwendung kommt, wenn die mit ihm verfolgten Ziele nicht durch einen Eigenausbau des Gebäudeeigentümers erreicht werden können.

Um zu verhindern, dass Gebäudeeigentümer ein solches Abwendungsrecht nutzen, um – zu lasten der mit dem NE4-Netzausbau verfolgten Ziele – den Ausbau zu verhindern bzw. zu verzögern, erscheint es sachgerecht, dass ein Hauseigentümer innerhalb einer bestimmten Frist erklären muss, ob er einen Eigenausbau vornimmt.

Empfehlenswert wäre hier allerdings noch, dass § 144 TKG-E im Hinblick auf die Art und Weise der Gebäudeverkabelung ausdrücklich auf § 145 Abs. 2 TKG-E verweist. Bei der derzeitigen Regelungskonzeption ließe sich argumentieren, dass die Vorgaben des § 145 Abs. 2 TKG-E nur für die Errichtung gebäudeinterner Glasfaserinfrastrukturen nach § 145 Abs. 1 TKG-E gelten. Es ist aber kein Sachgrund ersichtlich, weshalb für diesen Ausbau andere Ausbaustandards gelten sollen als für einen Vollausbau nach § 144 TKG-E. Dies gilt insbesondere für die Erschließung mit mehreren Fasern nach § 145 Abs. 2 S. 2 TKG-E, auf deren Grundlage nicht nur leistungsfähigere Anschlüsse bereitgestellt werden können, sondern auch die wettbewerbsfördernde Mitnutzung durch andere Diensteanbieter erleichtert wird.⁹⁸

Insgesamt lässt sich aber feststellen, dass durch § 144 TKG-E ein sachgerechter und verfassungsgemäßer Ausgleich zwischen den Eigentümerinteressen einerseits und dem Ziel einer möglichst flächendeckenden FTTH-Infrastruktur andererseits hergestellt wird.

Darüberhinausgehende Einschränkungen sind aus verfassungsrechtlicher Sicht auch deshalb nicht geboten, weil durch § 144 Abs. 1 S. 3 und S. 4 TKG sichergestellt wird, dass die mit einem Vollausbau einhergehenden Belastungen für den Gebäudeeigentümer so gering wie möglich gehalten werden, also dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen müssen. Um aber zu verhindern, dass die durch § 144 TKG-E intendierte Duldungspflicht faktisch dadurch ihrer praktischen Wirksamkeit beraubt wird, dass Gebäudeeigentümer und Netzbetreiber darüber streiten, unter welchen Voraussetzungen ein Eingriff „geringstmöglich“ erfolgt ist, empfiehlt es sich, dass hier gesetzlich klargestellt wird, dass ein Eingriff dann als „geringstmöglich“ gilt, wenn ein Netzbetreiber beim Ausbau die Voraussetzungen des § 145 Abs. 2 sowie ggf. Abs. 3 TKG-E erfüllt hat. Hierfür spricht auch die gesetzliche Wertung des § 1 Abs. 1 S. 2 TKG, wonach die Verlegung und Änderung von Telekommunikationslinien im überragend öffentlichen

⁹⁸ Dazu WIK, Gebäudeinterne Infrastruktur – ein notwendiger Schritt zur Entwicklung von FTTH, Diskussionsbeitrag Nr. 499, 2023, S. 12.

Interesse liegt. Dies rechtfertigt es, dass bei Einhaltung der Voraussetzungen des § 145 Abs. 2 sowie ggf. Abs. 3 TKG-E Eigentümerinteressen nicht mehr einem Glasfaserausbau auf der NE4 durch einen dritten Netzbetreiber entgegengehalten werden können.

Soweit teilweise gefordert wird, dass als zusätzliches Erfordernis für eine Duldungspflicht des Eigentümers zumindest mit einem Endnutzer in einem Gebäude – ggf. auch mittelbar – eine Vertragsbeziehung bestehen muss, überzeugt dies demgegenüber nicht.⁹⁹ Dies ist weder inhaltlich noch rechtlich geboten. Aus inhaltlicher Perspektive ist festzustellen, dass damit eine zusätzliche Hürde für einen Vollausbau geschaffen wird, deren Mehrwert nicht klar zutage tritt: Denn soweit dadurch ein tatsächlicher Bedarf für einen Netzausbau identifiziert werden soll, erscheint es zweifelhaft, ob ein solcher mittels des Bestehens einer einzelnen Vertragsbeziehung festgestellt werden kann. Aus rechtlicher Perspektive ist festzustellen, dass das Bestehen eines solch tatsächlichen Endnutzerbedarfs weder aus unions- noch aus verfassungsrechtlicher Perspektive geboten ist. Wie bereits ausgeführt räumen sowohl der GIA als auch der EKEK dem nationalen Gesetzgeber einen Umsetzungsspielraum zur Einführung eines Vollausbaurechts ein. Verfassungsrechtlich wird die Angemessenheit des Eingriffs in die Eigentumsfreiheit von Gebäudeeigentümern, die mit § 144 TKG-E einhergeht, bereits dadurch sichergestellt, dass der Eigenausbau grundsätzlichen Vorrang genießt und im Falle eines Drittausbaus der damit einhergehende Eigentumseingriff so gering wie möglich gehalten werden muss. Ein zusätzliches Erfordernis bestehender Vertragsbeziehungen würde vielmehr sogar dem gesetzgeberischen Ziel zuwiderlaufen, den FTTH-Ausbau gerade nicht nur in Abhängigkeit von einer konkreten Nachfrage, sondern flächendeckend voranzubringen.

b) Zwischenergebnis

§ 144 TKG-E ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Zwar greift die damit konstatierte Duldungspflicht für Gebäudeeigentümer, den Netzausbau durch einen Dritten unter bestimmten Voraussetzungen hinzunehmen, erheblich in das Eigentum der Gebäudeeigentümer ein. Aufgrund der Regelungskonzeption der Norm, wonach ein solcher Fremdausbau nur subsidiär zu einem Eigenausbau durch den Gebäudeeigentümer zulässig ist, ist dieser Eingriff jedoch verfassungsgemäß. Die Verhältnismäßigkeit der Norm wird auch dadurch abgesichert, dass die Belastungen des Gebäudeeigentümers nach § 144 Abs. 1 S. 3 und S. 4 TKG so gering wie möglich gehalten werden müssen. Hier sollte gesetzgeberisch klargestellt werden, dass dies dann als erfüllt gilt, wenn die Anforderungen des § 145 Abs. 2 sowie ggf. Abs. 3 TKG-E

⁹⁹ BREKO, Stellungnahme zur Gesetzesentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes und zur Verbesserung der telekommunikationsrechtlichen Rahmenbedingungen für den Ausbau von Telekommunikationsnetzes, 31.7.2026, S. 25.

eingehalten werden, um langwierige Rechtsstreitigkeiten, die zur Rechtsunsicherheit führen, so weit wie möglich auszuschließen.

2. Zugang zur Gebäudeverkabelung, § 22b TKG-E

Ist ein Gebäude bereits mit einer gebäudeinternen Glasfaserverkabelung ausgestattet, kommt ein Recht zum Ausbau nach § 144 Abs. 1 S. 1 TKG-E nicht mehr in Betracht. In diesem Fall ist es entscheidend, ob an der bestehenden gebäudeinternen Glasfaserinfrastruktur ein hinreichend effektives Mitnutzungsrecht besteht, das es Netzbetreibern, die ihr Netz nur bis zum Verteiler- bzw. Konzentrationspunkt am Ort der Nutzung ausgebaut haben, gleichwohl erlaubt, einen echten FTTH-Anschluss zu realisieren.

Derzeit enthalten § 145 Abs. 2 und Abs. 3 TKG ein derartiges Recht zur Mitnutzung von gebäudeinternen Infrastrukturen, für dessen Konditionen § 149 Abs. 5 TKG Vorgaben enthält. Diese Vorschriften sollen in § 22b TKG-konsolidiert werden, auch um regelungssystematisch zum Ausdruck zu bringen, dass es sich hierbei um eine symmetrische Zugangsregelung handelt.¹⁰⁰ Auch im Hinblick auf diese Norm ist zu prüfen, ob sie mit höherrangigem Recht vereinbar ist, da sie nur dann überhaupt eine taugliche Rechtsgrundlage für eine Mitnutzung einer vorhandenen gebäudeinternen Glasfaserverkabelung sein kann.

a) Vereinbarkeit von § 22b TKG-E mit dem GIA

Da der GIA spezifische Regelungen zur gebäudeinternen Infrastruktur enthält, ist zunächst zu prüfen, ob § 22b TKG-E hiermit vereinbar ist. Der GIA selbst beinhaltet allerdings kein Mitnutzungsrecht an Glasfasern, sondern schafft in Art. 11 GIA lediglich Zugangsrechte zur gebäudeinternen physischen Infrastruktur, die nach Art. 2 Nr. 4 GIA gerade nicht die Verkabelung umfasst. Würde der GIA den Zugang zu gebäudeinternen Glasfaserkabeln vollharmonisieren, könnte auch der nationale Gesetzgeber ein entsprechendes Nutzungsrecht wegen des dann abschließenden Charakters des Unionsrechts nicht schaffen.

Eine solche Vollharmonisierung geht vom GIA allerdings nicht aus. Ausweislich Erwägungsgrund 57 des GIA soll der GIA selbst lediglich den Zugang zu gebäudeinternen physischen Infrastrukturen regeln. Der Zugang zur Glasfaserverkabelung soll sich demzufolge nach dem EKEK richten. Damit kann der GIA § 22b TKG-E schon deshalb nicht entgegenstehen, weil der Regelungsbereich des § 22b TKG-E nicht in den Anwendungsbereich des GIA fällt.

¹⁰⁰ BMDS, oben Fußnote 1, S. 79.

b) Vereinbarkeit von § 22b TKG-E mit dem EKEK

Zu prüfen ist im nächsten Schritt, ob § 22b TKG-E mit den Regelungen des EKEK vereinbar ist. § 22b TKG-E ist – wie heute auch § 145 Abs. 2 und 3 TKG – marktmachtunabhängig ausgestaltet. Dies ist folgerichtig, da die Kontrolle über eine NE4-Glasfaserinfrastruktur und das damit einhergehende Missbrauchspotential unabhängig davon besteht, ob der Betreiber der Gebäudeinfrastruktur über Marktmacht verfügt oder nicht.¹⁰¹ Regelungen zu marktmachtunabhängigen Zugangsverpflichtungen finden sich vorrangig in Art. 61 EKEK. Von Bedeutung ist dabei zum einen Art. 61 Abs. 2 lit. a) EKEK, der die Möglichkeit vorsieht, dass nationale Regulierungsbehörden Unternehmen, die den Zugang zu Teilnehmern kontrollieren, unabhängig von Marktmacht Verpflichtungen auferlegen können. Zum anderen ist besonders Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 EKEK in den Blick zu nehmen, der spezifisch den Zugang zur gebäudeinternen Verkabelung als Regelungsgegenstand hat und den der Gesetzesentwurf umsetzen will.¹⁰²

Zu prüfen ist, ob insbesondere Art. 61 Abs. 3 EKEK eine abschließende Regelung dergestalt enthält, dass der Zugang zur gebäudeinternen Glasfaserinfrastruktur ausschließlich durch die nationalen Regulierungsbehörden im Rahmen konkret-individueller Entscheidungen angeordnet werden kann. Sowohl Art. 61 Abs. 2 lit. a) EKEK als auch Art. 61 Abs. 3 EKEK sehen nämlich vor, dass die nationalen Regulierungsbehörden Maßnahmen ergreifen bzw. Verpflichtungen auferlegen „können“. § 22b Abs. 1 S. 1 TKG-E normiert demgegenüber unter bestimmten Voraussetzungen einen Zugangsanspruch bzw. Kontrahierungszwang bezogen auf eine bestehende Gebäudeverkabelung, bei dem die BNetzA im Streitfall die Zugangskonditionen nach § 22b Abs. 3 TKG-E festlegen muss.

Fraglich ist allerdings, ob vom europäischen Gesetzgeber eine ausschließliche Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörden für den symmetrischen Zugang zu Gebäudenetzen geschaffen werden sollte, sodass eine gesetzliche Regelung eines Mitnutzungsrechts bzw. eine gesetzliche Vorstrukturierung der behördlichen Entscheidung, wie § 22b Abs. 1 TKG vornimmt, durch Art. 61 EKEK ausgeschlossen ist. Für die Fragestellung besteht in Deutschland eine besondere Sensibilität, weil der Europäische Gerichtshof (EuGH) im Jahr 2009 die telekommunikationsgesetzliche Regelung des § 9a TKG a.F. zur Regulierung neuer Märkte unter anderem deshalb für unionsrechtswidrig erklärt hat, weil der Gesetzgeber nach Auffassung des Gerichts die unionsrechtlichen Entscheidungsbefugnisse der nationalen Regulierungsbehörde in unzulässiger Weise beschränkt hatte.¹⁰³

¹⁰¹ Eine marktmachtabhängige Ausgestaltung käme nur dann in Betracht, wenn man jedes Gebäudenetz als eigenen Markt definieren würde, bei dem der jeweilige Netzeigentümer zwangsläufig marktmächtig wäre. Dies erscheint jedoch wenig praktikabel.

¹⁰² BMDS, oben Fußnote 1, S. 79.

¹⁰³ EuGH, Urt. v. 3.12.2009 – C-424/07, BeckRS 2009, 71355.

Ausgangspunkt für die Frage, ob Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 EKEK eine abschließende Regelung enthält, ist die Auslegung der Norm. Hier gelten vergleichbare Erwägungen wie bei der Prüfung, ob der nationale Gesetzgeber einen Umsetzungsspielraum besitzt, um § 22a TKG-E in unionsrechtskonformer Weise in das TKG einfügen zu können.¹⁰⁴ Demnach zeigen die wörtliche, systematische und historische Auslegung von Art. 61 EKEK, dass insbesondere Art. 61 Abs. 3 EKEK ein gesetzliches Mitnutzungsrecht für die gebäudeinterne Glasfaserinfrastruktur nicht grundsätzlich ausschließt.

Insbesondere gilt ebenso wie im Hinblick auf § 22a TKG-E, dass ein Vergleich der marktmachtabhängigen Regelungen im EKEK mit Art. 61 Abs. 3 EKEK deutlich dafür spricht, dass Art. 61 Abs. 3 EKEK gerade keine ausschließliche Zuständigkeit nationaler Regulierungsbehörden für marktmachtunabhängige Zugangsverpflichtungen fordern und damit entsprechende gesetzliche Regelungen ausschließen würde: Während Art. 61 Abs. 3 EKEK nämlich vorsieht, dass die nationalen Regulierungsbehörden bestimmte Zugangsverpflichtungen auferlegen „können“, sieht Art. 68 Abs. 1 EKEK für marktmachtabhängige Zugangsverpflichtungen vor, dass „die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die nationalen Regulierungsbehörden befugt sind [...] Verpflichtungen aufzuerlegen“. Art. 68 Abs. 1 EKEK adressiert damit auf einer ersten Ebene die Mitgliedstaaten und verpflichtet sie, auf einer zweiten Ebene ausschließlich den nationalen Regulierungsbehörden bestimmte Aufgaben bzw. Befugnisse zuzuweisen. Diese Zweiteilung sieht Art. 61 Abs. 3 EKEK gerade nicht vor. Es wird also nicht beschränkend ausgeführt, was Aufgabe der Mitgliedstaaten allgemein ist und welche Befugnisse sie den nationalen Regulierungsbehörden zuweisen müssen. Die Norm lässt also Raum für Zuständigkeiten „der Mitgliedstaaten“ und damit auch der nationalen Gesetzgeber. Die Regelung des Art. 68 Abs. 1 EKEK stimmt insofern auch wörtlich mit Art. 8 Abs. 1 der Zugangs-RL überein, der seinerzeit im EuGH-Verfahren zu § 9a TKG a.F. von Relevanz war, in dem der EuGH gerade eine exklusive Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörden für bestimmte Aufgaben der Marktregulierung bejaht hatte. Wenn der europäische Gesetzgeber aber in Kenntnis dieser Rechtsprechung in Art. 68 Abs. 1 EKEK eine Formulierung einsetzt, die eine exklusive Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörden bedeutet, in Art. 61 Abs. 3 EKEK aber bewusst eine andere Formulierung wählt, ist dies ein sehr starkes Argument dafür, dass damit auch unterschiedliche Zuständigkeitsregelungen getroffen werden sollten.

Die wörtliche, systematische und historische Auslegung des Art. 61 EKEK sprechen damit sehr deutlich dafür, dass neben den Eingriffsbefugnissen der nationalen Regulierungsbehörden zur Auferlegung von symmetrischen Zugangsverpflichtungen in konkret-individuellen Fällen auch gesetzliche Mitnutzungsrechte zulässig sind, Art. 61 EKEK also insofern keinen abschließenden

¹⁰⁴ Dazu ausführlich oben B I. 4 c).

Charakter besitzt, so dass sowohl für § 22b TKG-E ebenso wie auch § 22a TKG-E ein sekundär-rechtlicher Umsetzungsspielraum besteht.

3. Zwischenergebnis

Der nationale Gesetzgeber kann auch nach Inkrafttreten des GIA ein gesetzliches Mitnutzungsrecht an der gebäudeinternen Glasfaserverkabelung normieren. Dem steht weder der GIA selbst noch Art. 61 Abs. 3 EKEK entgegen, da beide keine insofern abschließende exklusive Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörde statuieren.

Gegen § 22b TKG-E bestehen insofern keine grundsätzlichen unionsrechtlichen Bedenken.

VI. Unionsrechtliche Bewertung von § 25 Abs. 1 Nr. 6 TKG-E

§ 25 TKG ermächtigt die BNetzA, marktmächtigen Unternehmen Transparenzverpflichtungen bezogen auf solche Informationen aufzuerlegen, die für den Zugang zu ihrem Netz benötigt werden. Dabei besteht nach § 25 Abs. 1 Nr. 5 TKG auch die Möglichkeit, Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zur Veröffentlichung von Informationen zu verpflichten, soweit sich in Folge der Migration von herkömmlichen Infrastrukturen Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen ändern. § 25 Abs. 1 Nr. 5 TKG ergänzt insofern § 34 Abs. 2 TKG, der sich auf einen konkreten Migrationsprozess bezieht, dahingehend, dass ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auch unabhängig von einem konkreten Migrationsvorhaben zur Veröffentlichung von Informationen verpflichtet werden kann, die Veränderungen von Zugangsbedingungen aufgrund der Migration von herkömmlichen Infrastrukturen betreffen. Dabei müssen allerdings nur solche Informationen veröffentlicht werden, die für den Netzzugang erforderlich sind.¹⁰⁵ Nicht von § 25 Abs. 1 Nr. 5 TKG erfasst werden daher Informationen, über allgemeine Migrationspläne eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht.

§ 25 Abs. 1 Nr. 6 TKG-E soll eine deutliche Weiterung dieser bestehenden Regelungen in zweierlei Hinsicht herbeiführen.¹⁰⁶

Zum einen soll die BNetzA künftig die Möglichkeit haben, Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zur Vorlage eines umfassenden Migrationsplans zu verpflichten, der eine Prognose hinsichtlich des Migrationsvorgehens in zeitlicher und geographischer Hinsicht beinhalten soll. Hier geht es also um eine Ausweitung der Informationen, die zur Verfügung gestellt werden müssen.

¹⁰⁵ Geppert, in: Geppert/Schütz, TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2023, § 25 Rn. 57.

¹⁰⁶ BMDS, oben Fußnote 1, S. 81.

Zum anderen – und erheblich weitreichender – soll durch die Gesetzesänderung das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nicht nur zur Vorlage eines bestehenden Migrationsplans, sondern auch zur erstmaligen Entwicklung eines Migrationsplans sowie eines Gesamtplans für die Migration verpflichtet werden können.¹⁰⁷

Das geltende europäische Sekundärrecht sieht die Vorlage bzw. Erstellung eines umfassenden Migrationsplans auf Verlangen der nationalen Regulierungsbehörde nicht explizit vor. Art. 81 EKEK, der § 34 TKG zugrunde liegt, weist Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Aufgabe zu, rechtzeitig vor der geplanten Außerbetriebnahme einer konkreten herkömmlichen Infrastruktur die nationale Regulierungsbehörde über den beabsichtigten Migrationsprozess zu unterrichten. Eine korrespondierende Befugnis der nationalen Regulierungsbehörde, Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht aktiv zur Vorlage entsprechender Informationen zu verpflichten, sieht der Normtext demgegenüber nicht vor. Art. 69 EKEK, der die unionsrechtliche Grundlage für § 25 TKG bildet, sieht zwar eine Befugnis der nationalen Regulierungsbehörde vor, Unternehmen zur Veröffentlichung zugangsrelevanter Informationen zu verpflichten. Die Veröffentlichung eines umfassenden Migrationskonzepts wird dort allerdings ebenfalls nicht erwähnt.

Es stellt sich daher die Frage, ob das europäische Sekundärrecht dem nationalen Gesetzgeber einen Umsetzungsspielraum einräumt, innerhalb dessen sich die geplante Neuregelung des § 25 Abs. 1 Nr. 6 TKG-E hält. Dabei ist zum einen zu fragen, ob der nationale Gesetzgeber die Befugnis hat, von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Vorlage eines (bestehenden) Gesamtmigrationsplans zu verlangen (dazu 1.). Zum anderen ist zu prüfen, ob es das Unionsrecht zulässt, dass Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht ggf. zur Erstellung eines Gesamtmigrationsplans verpflichtet werden, wenn sie einen solchen Plan (noch) nicht haben (dazu 2.).

Maßgeblich für die unionsrechtliche Zulässigkeit einer Regelung ist ausschließlich der EKEK. Der DNA-E enthält zwar in Art. 56 DNA-E eine Regelung zur Erstellung nationaler Migrationspläne, die allerdings keinerlei Vorwirkung entfaltet und daher bei der Betrachtung der Zulässigkeit nationaler Regelungen zu Migrationsplänen außer Betracht zu bleiben hat.¹⁰⁸

1. Zulässigkeit einer Vorlagepflicht für bestehende Migrationspläne?

Ausweislich des Wortlauts von § 25 Abs. 1 Nr. 6 TKG soll die BNetzA künftig befugt sein, von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Veröffentlichung eines umfassenden

¹⁰⁷ Dies ergibt sich zwar nicht explizit aus dem Gesetzesentwurfstext, aber so ausdrücklich die Begründung *BMDS*, oben Fußnote. 1, S. 81.

¹⁰⁸ Dazu oben B I. 2.

Migrationsplans zu verlangen, der eine Prognose hinsichtlich des Vorgehens in zeitlicher und geographischer Hinsicht enthält. An dem Zusatz „sowie der nach § 34 Absatz 2 vorzulegenden Informationen“ zeigt sich, dass mit der Regelung nicht nur eine Transparenzintensivierung erreicht werden soll, indem die nach § 34 Abs. 2 TKG vorzulegenden Unterlagen nicht nur bei der Behörde vorgelegt, sondern sogar veröffentlicht werden müssen. Vielmehr soll es der Behörde künftig möglich sein, umfassende und vollständige Informationen zur Migration auch unabhängig von einem konkreten Migrationsvorhaben von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu erhalten.¹⁰⁹

Fraglich ist, ob der deutsche Gesetzgeber einen Umsetzungsspielraum besitzt, eine nationale Regelung zu schaffen, die die BNetzA zur Anforderung eines bestehenden Migrationskonzepts befugt, da der EKEK selbst keine entsprechenden Vorgaben zur Vorlage von Migrationskonzepten enthält.

Zwar schließen weder Art. 81 EKEK noch Art. 69 EKEK dies ihrem jeweiligen Wortlaut nach ausdrücklich aus. Allerdings ist aus systematischer Sicht zu bedenken, dass sowohl Art. 81 EKEK – bezogen auf den Migrationsprozess – als auch Art. 69 EKEK – bezogen auf konkrete Zugangsfragen – Regelungen über die Vorlage von Informationen beinhalten, die in Zusammenhang mit der Migration von herkömmlichen Infrastrukturen stehen. Dem europäischen Gesetzgeber war also offensichtlich bewusst, dass es im Rahmen der Migration von herkömmlichen Infrastrukturen zu Informationsasymmetrien zwischen einerseits dem Unternehmen, das eine herkömmliche Infrastruktur außer Betrieb nehmen möchte, und andererseits der nationalen Regulierungsbehörde kommen kann, denen regulatorisch begegnet werden soll. Gleichwohl hat sich der europäische Gesetzgeber dazu entschlossen, Informations- bzw. Transparenzverpflichtungen nur insoweit vorzusehen, als diese für einen geordneten Migrationsprozess im Sinne der Vorleistungsnachfrager und Endnutzer bezogen auf ein konkretes Migrationsvorhaben erforderlich sind.¹¹⁰ Dies ist zumindest ein starkes Indiz dafür, dass der europäische Gesetzgeber auch nur diese Informationsasymmetrien regulatorisch beseitigen wollte, die Informationsasymmetrien zwischen marktmächtigem Unternehmen und infrastrukturenbauenden Wettbewerbern hingegen nicht.

Hierfür spricht auch, dass es sich bei den Ausbauplänen von Unternehmen um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handelt, die grundrechtlich geschützt sind und deren Offenlegung daher besonders rechtfertigungsbedürftig wäre.¹¹¹ Zudem ist zu bedenken, dass eine vollständige Transparenz über die Migrationspläne von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht

¹⁰⁹ BMDs, oben Fußnote 1, S. 80 f.

¹¹⁰ Zur geschützten Personengruppe insbesondere von Art. 81 EKEK oben B II. 1.

¹¹¹ Vgl. m.w.N. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 19. Aufl. 2026, Art. 14 Rn. 8.

auch negative Auswirkungen auf den Wettbewerb und damit das Regulierungsziel des Art. 3 Abs. 2 lit. b) EKEK (Förderung des Wettbewerbs) haben kann. In Gebieten, in denen eine Abschaltung des bestehenden Kupfernetzes geplant ist, ist es naheliegend, dass die Ausbaum Bemühungen von Wettbewerbern jedenfalls vorläufig reduziert werden. Dies reduziert den Wettbewerbsdruck auf das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sowohl im Kupfernetz als auch bezogen auf die Notwendigkeit zum Ausbau eines eigenen Glasfasernetzes.

Ein weiteres Indiz dafür, dass der europäische Gesetzgeber eine verpflichtende Veröffentlichung von Migrationsplänen als nicht geboten angesehen hat, liefert auch Art. 22 EKEK. Nach Art. 22 Abs. 1 UAbs. 3 EKEK können die nationalen Regulierungsbehörden eine Vorausschau des Netzausbaus vornehmen. Hierfür können sie nach Art. 21 Abs. 1 lit. i) EKEK von Unternehmen auch die zur Erstellung erforderlichen Informationen anfordern. Ausdrücklich bezieht sich die Regelung aber nur auf die Netzausbaupläne, wohingegen eine Offenlegung von Abschalt- bzw. Migrationsplänen nicht gefordert wird. Wenn aber der europäische Gesetzgeber in Art. 22 EKEK eine Regelung zur Veröffentlichung zukunftsgerichteter Ausbauprognosen getroffen hat, die ausdrücklich nur die Netzausbaupläne erfasst, so spricht dies dafür, dass eine Verpflichtung zur Mitwirkung von Unternehmen an Prognosen über andere Pläne nicht begründet werden sollte.

Schließlich ist auch zu bedenken, dass auf Grundlage von Art. 20 Abs. 1 EKEK Unternehmen nur dazu verpflichtet werden können, die Informationen bereitzustellen, die die nationalen Regulierungsbehörden benötigen, um die Einhaltung der Bestimmungen des EKEK bzw. der VO (EU) 2018/1971 zu gewährleisten. Es stellt sich daher die Frage, für welche Aufgabe nach dem EKEK die nationale Regulierungsbehörde die Vorlage eines Gesamtmigrationsplans benötigt. Die Entwurfsbegründung zu § 25 TKG-E lässt es weitgehend offen, für welche konkreten Aufgaben der BNetzA die Vorlage eines Migrationsplans erforderlich sein soll. Soweit damit die Informationsasymmetrien zwischen Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht einerseits und ausbauenden Wettbewerbsunternehmen andererseits beseitigt werden sollen,¹¹² ist dies gerade keine Aufgabe, die der EKEK den nationalen Regulierungsbehörden zuweisen würde. Ihnen kommt vielmehr ausschließlich die Aufgabe zu, die entsprechenden Migrationsbemühungen von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu beobachten, wie sich eindeutig aus Erwägungsgrund 209 EKEK ergibt. Darüber hinaus müssen die nationalen Regulierungsbehörden allein sicherstellen, dass die Interessen der Zugangsnachfrager und Endnutzer der von einer Migration betroffenen Infrastruktur nach den Vorgaben des Art. 81 EKEK berücksichtigt werden. Die Interessen von ausbauenden Wettbewerbsunternehmen

¹¹² BMDS, oben Fußnote 1, S. 81.

spielen demgegenüber im Rahmen des Migrationsprozesses nach Art. 81 EKEK gerade keine Rolle.

Es sprechen daher sehr gute Gründe dafür, dass der europäische Gesetzgeber nicht nur keine Pflicht zur Vorlage von Migrationsplänen geschaffen hat, sondern mit den Transparenzregelungen von Art. 20, 21, 69 und 81 EKEK abschließende Regelungen über die Informationen getroffen hat, die von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht bei der Migration von herkömmlichen Infrastrukturen dem Markt bzw. der nationalen Regulierungsbehörde zur Verfügung gestellt werden müssen. Die Vorlage umfassender Migrationspläne zählt nicht hierzu. Angesichts der erheblichen Regelungsdichte des EKEK bezogen auf Transparenzverpflichtungen spricht viel dafür, dass der europäische Gesetzgeber keinen Raum für darüberhinausgehende Veröffentlichungspflichten gelassen hat.

2. Zulässigkeit einer Verpflichtung zur erstmaligen Erstellung eines Migrationsplans?

Es bestehen daher bereits Zweifel daran, ob eine nationale Regelung unionsrechtlich zulässig ist, mit der ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichtet werden kann, ein bestehendes Migrationskonzept vorzulegen. § 25 Abs. 1 TKG-E soll über eine solche Pflicht jedoch noch deutlich hinausgehen, als nach der Entwurfsbegründung

„das Unternehmen im Falle von Untätigkeit einen Migrationsplan und einen Gesamtplan für die Migration entwickeln müsste. Dieser Migrationsplan sollte eine Prognose hinsichtlich des weiteren Vorgehens in zeitlicher und geographischer Hinsicht enthalten.“¹¹³

Mit anderen Worten: Das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht soll dazu gezwungen werden können, auch erstmalig einen neuen Migrationsplan zu entwickeln, der sich nicht nur auf konkrete Migrationsgebiete bezieht, für die ein Verfahren nach § 34 TKG eingeleitet werden soll, sondern auf das gesamte Kupfernetz des marktmächtigen Unternehmens.

Selbst wenn man trotz der dargestellten Bedenken der Auffassung sein sollte, dass es der EKEK grundsätzlich nicht ausschließt, dass die Mitgliedstaaten Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nationalrechtlich dazu verpflichten, einen bereits existierenden Migrationsplan zu veröffentlichen, stehen einer solch weitergehenden Verpflichtung zur erstmaligen Erstellung eines neuen Migrationsplans schwerwiegende unionsrechtliche Bedenken entgegen.

Das Unionsrecht weist den nationalen Regulierungsbehörden bei der Kupfer-Glasfaser-Migration nämlich sehr deutlich lediglich eine beobachtende Rolle zu, soweit es um das Ob der Migration und den Migrationszeitpunkt geht. Im Ausgangspunkt obliegt die Frage, ob ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eine bestehende Kupferinfrastruktur abschalten

¹¹³ BMDS, oben Fußnote 1, S. 81.

möchte, nämlich allein seiner unternehmerischen Entscheidung. Dies kommt am deutlichsten in Erwägungsgrund 209 zum Ausdruck:

*„Um — im Interesse der Endnutzer — die Migration von herkömmlichen Kupferkabelnetzen zu Netzen der nächsten Generation zu begünstigen, sollten die nationalen Regulierungsbehörden die Möglichkeit haben, **die Eigeninitiativen der Netzbetreiber in diesem Bereich zu beobachten** und nötigenfalls die Bedingungen für einen angemessenen Migrationsablauf (z. B. durch Vorankündigungen, Transparenz und die Verfügbarkeit alternativer Zugangsprodukte mindestens vergleichbarer Qualität) zu schaffen, **sobald der Netzeigentümer die Absicht und die Bereitschaft erklärt hat**, auf modernisierte Netze umzuschalten. Um unnötige Verzögerungen bei der Migration zu vermeiden, sollten die nationalen Regulierungsbehörden befugt sein, Zugangsverpflichtungen im Zusammenhang mit dem Kupferkabelnetz aufzuheben, sobald ein angemessener Migrationsablauf feststeht und sichergestellt ist, dass die Bedingungen und der Prozess für die Migration von herkömmlichen Infrastrukturen eingehalten werden. Netzeigentümer sollten jedoch die Möglichkeit haben, herkömmliche Netze außer Betrieb zu nehmen. Zugangsnachfrager, die von einem Zugangsprodukt auf der Grundlage herkömmlicher Infrastruktur zu einem Zugangsprodukt auf der Grundlage einer fortschrittlicheren Technologie oder eines fortschrittlicheren Mediums migrieren, sollten in der Lage sein, ihren Zugang auf eigenen Wunsch durch ein beliebiges reguliertes Produkt mit höherer Kapazität zu verbessern, aber nicht dazu verpflichtet sein. Im Fall einer Verbesserung sollten Zugangsnachfrager die Vorschriften für den Zugang zu dem Zugangsprodukt mit höherer Kapazität einhalten, die von der nationalen Regulierungsbehörde in ihrer Marktanalyse festgelegt worden sind.“*

Aber nicht nur die Erwägungsgründe sprechen eindeutig dafür, dass es allein der unternehmerischen Entscheidung des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht unterliegt, das Ob einer Abschaltung und den Abschaltzeitpunkt für eine herkömmliche Infrastruktur zu bestimmen. Entsprechend deutliche Hinweise enthält auch Art. 81 Abs. 1 EKEK, wenn er vorsieht, dass das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die nationale Regulierungsbehörde von „seiner Absicht“ unterrichten muss, herkömmliche Netzbestandteile außer Betrieb zu nehmen. Gibt es eine solche Absicht nicht bzw. hat sich diese noch nicht hinreichend konkretisiert, kann es auch keine korrespondierende Unterrichtungspflicht bzw. eine Befugnis der nationalen Regulierungsbehörde geben, eine solche Unterrichtung einzufordern. Art. 81 EKEK sieht gerade kein Verfahren von Amts wegen vor. Vielmehr steht am Anfang des behördlichen Verfahrens die sich autonom bildende Absicht des Unternehmens zur Migration. Dieses unionsrechtliche Regelungskonzept würde fundamental unterlaufen, wenn ein Unternehmen aufgrund von § 25 Abs. 1 Nr. 6 TKG durch die nationale Regulierungsbehörde gezwungen werden könnte, ohne unternehmerische Indikation Entscheidungen über die Abschaltung von herkömmlichen Infrastrukturen bezogen auf das geographische und zeitliche Vorgehen zu treffen und zu kommunizieren.

Schließlich spricht auch Art. 69 Abs. 1 EKEK gegen die Befugnis der Mitgliedstaaten, im nationalen Recht eine Verpflichtung für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu verankern, erstmalig ein Gesamtmigrationskonzept zu erstellen, aus dem sich das geographische und zeitliche Vorgehen bei der Migration ergeben soll. Art. 69 Abs. 1 EKEK beschränkt die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zur Veröffentlichung von Informationen zu verpflichten darauf, dass diese Informationen einen Bezug zur Netzzusammenschaltung oder zum Netzzugang haben. Wie sich aus Erwägungsgrund 182 EKEK ergibt, soll die damit verfolgte Transparenz über Zugangs- und Zusammenschaltungsbedingungen insbesondere Verhandlungsprozesse über den Netzzugang beschleunigen. Die sekundärrechtlich geforderte Transparenz ist insofern eng an den konkreten Netzzugang geknüpft. Dieser Konnex würde aufgebrochen, wenn ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht ohne konkreten Netzzugangsbezug zur Erstellung eines Migrationskonzepts gezwungen werden könnte. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil Art. 81 EKEK seinerseits ja schon eine spezielle Vorschrift enthält, die sicherstellt, dass Zugangsnachfrager und Endnutzer bei einem Migrationsvorgang hinreichend geschützt werden.

An diesem Befund ändert sich auch nichts dadurch, dass im Gesetzesentwurf der Bundesregierung – im Gegensatz zum Referentenentwurf – nunmehr darauf verwiesen wird, dass der Migrationsplan nicht verbindlich sei.¹¹⁴ Eine solche Unverbindlichkeit ist zwar zum einen unionsrechtlich deshalb geboten, weil die nationalen Regulierungsbehörden nach Art. 81 EKEK Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gerade nicht zwingen können, Festlegungen über das Ob und den Abschaltzeitpunkt für eine herkömmliche Infrastruktur zu treffen. Zum anderen wirft dies aber umso mehr die Frage auf, ob § 25 Abs. 1 Nr. 6 TKG-E überhaupt geeignet ist, das mit ihm verfolgte Ziel zu erreichen. Ausweislich der Gesetzesentwurfsbegründung soll die BNetzA durch die Transparenzverpflichtung „möglichst umfassende und vollständige Informationen zur Migration erhalten“. Wenn ein Migrationsplan allerdings völlig unverbindlich ist, kann dieses Ziel nicht erreicht werden. Wichtiger ist aber in diesem Zusammenhang, dass nach Art. 20 Abs. 1 EKEK die nationalen Regulierungsbehörden nur solche Informationen von Unternehmen erheben dürfen, die die Behörden benötigen, um insbesondere die Einhaltung des EKEK zu gewährleisten. Art. 69 Abs. 1 EKEK erlaubt die Erhebung von Informationen im Zusammenhang mit Zugang und Netzzusammenschaltung. Unklar bleibt, wozu die BNetzA einen Migrationsplan bzw. die Erstellung eines solchen benötigt, um Vorgaben des EKEK zu erfüllen bzw. um den Netzzugang bzw. die Netzzusammenschaltung zu fördern.

¹¹⁴ BMDS, oben Fußnote 1, S. 81.

3. Zwischenergebnis

§ 25 Abs. 1 Nr. 6 TKG-E ist nicht unionsrechtlich determiniert. Das Sekundärrecht enthält umfangreiche Transparenzpflichten im Zusammenhang mit dem Netzzugang und der Kupfer-Glasfaser-Migration, die allerdings nicht die Vorlage eines Gesamtmigrationsplans durch das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht beinhalten.

Es bestehen erhebliche Bedenken, ob es unionsrechtlich zulässig ist, von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht einen vorhandenen Gesamtmigrationsplan anzufordern, wie dies in § 25 Abs. 1 Nr. 6 TKG-E vorgesehen ist. Es ist insofern zweifelhaft, ob neben den unionsrechtlichen Transparenzpflichten noch Raum für darüberhinausgehende nationale Transparenzpflichten besteht.

Soweit durch § 25 Abs. 1 Nr. 6 TKG-E eine Verpflichtung für das marktmächtige Unternehmen begründet werden soll, einen Migrationsplan erstmalig aktiv zu erstellen, ist dies unionsrechtlich nicht zulässig. Art. 81 EKEK legt abschließend fest, dass die Entscheidung über das Ob einer Netzabschaltung und den Abschaltzeitpunkt allein dem betroffenen Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht obliegt und die nationalen Regulierungsbehörden das Unternehmen hierzu nicht verpflichten können. Dies schließt es auch aus, ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zur erstmaligen Erstellung und Veröffentlichung eines entsprechenden umfassenden Migrationsplans zu verpflichten, dem keine autonome unternehmerische Entscheidung zugrunde liegt. Dies gilt selbst dann, wenn ein solcher Plan nicht rechtsverbindlich ist. Hier stellt sich umso mehr die Frage, zu welchem konkreten Zweck er eigentlich angefordert werden soll.

VII. Unionsrechtliche Bewertung von § 50 Abs. 4 TKG-E als Grundlage für eine Migrationspflicht

Durch § 50 Abs. 4 TKG-E soll die BNetzA die Möglichkeit erhalten, ein missbräuchliches Verhalten auch nach dessen Beendigung festzustellen und die Folgen des Missbrauchs zu beseitigen oder einen künftigen Missbrauch zu verhindern. Ausweislich der Begründung zu § 34 Abs. 6 TKG-E soll die BNetzA in die Lage versetzt werden, die Gesamtabschaltstrategie eines Unternehmens als diskriminierend einzustufen, wenn das Unternehmen außerhalb eigener Glasfaserausbaugebiete sein Kupfernetz nicht bzw. nicht ebenso wie in eigenen Glasfaserausbaugebieten abschaltet. Es stellt sich daher die Frage, ob die BNetzA auf dieser Grundlage eine von ihr als diskriminierend eingestufte Nichtabschaltung eines Kupfernetzes außerhalb des Glasfaserausbaugebiets zum Anlass nehmen könnte, um damit ein missbräuchliches

Verhalten i.S.d. § 50 TKG festzustellen und auf Grundlage von § 50 Abs. 4 TKG-E die Abschaltung des betroffenen Kupfernetzes der Deutsche Telekom anordnen zu können.

Ein solches Verständnis wäre allerdings nicht mit den unionsrechtlichen Vorgaben des Art. 81 EKEK vereinbar, der insofern auch eine abschließende Regelung darstellt. Art. 81 Abs. 1 EKEK sieht explizit vor, dass allein das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht über die Außerbetriebnahme einer herkömmlichen Infrastruktur entscheiden können muss. Dies kommt zweifelsfrei in Erwägungsgrund 209 EKEK zum Ausdruck: Demnach „beobachten“ die nationalen Regulierungsbehörden die „Eigeninitiativen der Netzbetreiber“. Durch die Verwendung des Begriffs „Eigeninitiative“ wird deutlich, dass im Rahmen des Art. 81 EKEK eine hoheitliche Verpflichtung zur Netzabschaltung nicht zulässig wäre, sofern es keine dementsprechende unternehmerische Entscheidung gibt. Das Sekundärrecht sieht vielmehr eine reagierende Rolle der nationalen Regulierungsbehörden vor, die es ausschließt, dass eine entsprechende Abschaltanordnung getroffen wird. § 50 Abs. 4 TKG-E muss im Lichte dieser unionsrechtlichen Vorgaben ausgelegt werden, so dass er nicht als Grundlage für eine Anordnung zur Abschaltung des Kupfernetzes durch die Deutsche Telekom dienen könnte. Wenn nämlich die Entscheidung über die Abschaltung einer Kupferinfrastruktur durch das europäische Richtlinienrecht ausschließlich dem Betreiber dieser Infrastruktur überantwortet wird, so verbietet es sich, eine in Ausübung dieser Autonomie getroffene Entscheidung – die zudem grundrechtlichen Schutz genießt –, ein Kupfernetz nicht abzuschalten, als missbräuchliches Verhalten einzustufen, in dessen Konsequenz ein Netzbetreiber den Vorgaben des Art. 81 EKEK zuwiderlaufend doch zu einer Abschaltung gezwungen werden könnte.