

Gesetzgeberische Spielräume zur Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration

Gutachten

im Auftrag des Bundesverbands
Breitbandkommunikation e. V.



Endfassung

Bonn, 10. April 2024



Andreas Neumann

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

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

Kontaktperson:

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

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	I
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse (Executive Summary).....	III
Gutachten	1
A. Ausgangssituation	1
B. Ausgestaltungsmodelle für eine gesetzgeberische Reaktion auf	
die nachteiligen Effekte einer selektiven Außerbetriebnahmepraxis.....	5
C. Unionsrechtliche Spielräume für gesetzgeberische Maßnahmen	
zur Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration	9
I. Spezifische Vorgaben für die Migration von	
herkömmlichen Infrastrukturen (Art. 81 des Kommunikationskodex)	9
1. Ermessensspielraum bei der Entscheidung über	
die Aufhebung der Vorabverpflichtungen?	11
a) Grammatikalische Auslegung (Wortlaut)	11
b) Systematische Auslegung (Regelungszusammenhang)	12
aa) Norminterne Systematik	12
bb) Normexterne Systematik	13
c) Genetische Auslegung (Entstehungsgeschichte)	15
d) Teleologische Auslegung (Ziel)	17
aa) Erwägungsgrund 209	17
aaa) Spezifische Aussagen zur Aufhebung der	
Zugangsverpflichtungen (S. 2)	18
bbb) Möglichkeit zur Außerbetriebnahme herkömmlicher Netze (S. 3)	21
ccc) Interesse der Endnutzer (S. 1)	22
bb) Allgemeine Regulierungsziele (Art. 3 des Kommunikationskodex)	22
e) Zwischenergebnis	23
2. Ausrichtungsvorgaben für die Ermessensbetätigung	24
II. Allgemeine Vorgaben für die Ausgestaltung von Vorabverpflichtungen gegenüber	
marktmächtigen Unternehmen (Art. 3, 32, 33, 68, 81 des Kommunikationskodex)	26
1. Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs	27
a) Kompetenzielle Zuweisung an die nationalen Regulierungsbehörden	27

II	Spielräume zur Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration	<u>IRNIK</u>
	b) Prozedurale Einbindung der nationalen Regulierungsbehörden	
	in den Regulierungsverbund	29
	2. Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts	29
	a) Kompetenzielle Zuweisung an die nationalen Regulierungsbehörden.....	29
	b) Prozedurale Einbindung der nationalen Regulierungsbehörden	
	in den Regulierungsverbund	31
	3. Zwischenergebnis	31
III.	Unionsrechtliche Bewertung der Ausgestaltungsmodelle	33
	1. Gleichbehandlungsmodell	33
	2. Anreizmodell	34
D.	Verfassungsrechtliche Spielräume für gesetzgeberische Maßnahmen zur	
	Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration	36
	I. Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)	36
	1. Schutzbereich	36
	2. Eingriff.....	37
	3. Rechtfertigung.....	39
	a) Gründe des Allgemeinwohls als Regelungszweck	40
	b) Eignung	40
	c) Erforderlichkeit.....	42
	d) Zumutbarkeit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne).....	44
	aa) Schwere des Eingriffs.....	44
	bb) Gewicht der Gemeinwohlinteressen	46
	cc) Abwägung	47
	e) Zwischenergebnis.....	49
	II. Eigentum (Art. 14 Abs. 1 GG)	50
	1. Schutzbereich	51
	2. Eingriff.....	51
	3. Rechtfertigung.....	52
	4. Zwischenergebnis	54
	Literaturverzeichnis.....	55

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse (Executive Summary)

Der Glasfaserausbau in Deutschland ist durch ein besonders starkes Engagement von Wettbewerbern der marktmächtigen Telekom Deutschland GmbH (TDG) geprägt. Das hat dazu geführt, dass es sowohl Gebiete gibt, in denen die TDG eine Glasfaserinfrastruktur errichtet hat, als auch Gebiete, in denen Wettbewerbsunternehmen der TDG das Glasfasernetz ausgebaut haben. Unabhängig davon ist ab einem gewissen Ausbaugrad der parallele Weiterbetrieb des Kupfernetzes volkswirtschaftlich nicht mehr sinnvoll und zur Versorgung der Nutzer auch nicht mehr erforderlich. Allerdings hat die TDG erheblich **unterschiedliche betriebswirtschaftliche Anreize**, die letztlich überflüssig gewordene Altinfrastruktur auch tatsächlich abzuschalten: In ihren eigenen Glasfaserausbaugebieten kann sie durch eine möglichst zügige Migration auf das Glasfasernetz und die anschließende Abschaltung des Kupfernetzes erhebliche Kosteneinsparungen verwirklichen und zugleich die Auslastung und damit Rentabilität ihres Glasfasernetzes erhöhen. In den Ausbaugebieten ihrer Wettbewerber hat sie dagegen ein starkes strategisches Interesse daran, über die bereits weitgehend abgeschriebene Kupferinfrastruktur so lange wie möglich noch Umsätze zu erzielen und zugleich durch die damit einhergehende Verzögerung des Migrationsprozesses die Auslastung der Glasfasernetze ihrer Wettbewerber so gering wie möglich zu halten.

Mit dieser Ausgangssituation gehen **erhebliche Nachteile für die Sicherstellung der Regulierungsziele** einher. So läuft ein Weiterbetrieb des Kupfernetzes in den Glasfaserausbaugebieten der Wettbewerber der „Förderung ... der Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität durch alle Bürger und Unternehmen“ (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG) und der „Wahrung der Nutzer-, insbesondere der Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation“ (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG) zuwider. Aber auch der chancengleiche Wettbewerb und die Förderung eines effizienten infrastrukturbasierten Wettbewerbs (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG) und in der Folge das Konnektivitätsziel aus § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG mit Blick auf seine Zugangskomponente sowie erneut die Nutzerinteressen nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG sind potentiell beeinträchtigt, wenn allein das marktmächtige Unternehmen über einen wesentlichen Parameter für die Auslastung der Glasfasernetze und damit für die Rentabilität der diesbezüglichen Investitionen entscheiden kann. Bestätigt wird diese Einschätzung durch entsprechende Hinweise in der neuen Gigabit-Empfehlung der EU-Kommission und in ihrem aktuellen Weißbuch zu den Anforderungen an die digitale Infrastruktur. Darüber hinaus wirken sich diese negativen Folgen insbesondere für das Wettbewerbsziel und die Verbraucherinteressen zugleich negativ auf die telekommunikationspolitischen Zielsetzungen aus, die in der Gigabitstrategie der Bundesregierung und im Koalitionsvertrag der Regierungsparteien niedergelegt sind. Überdies weist eine durch strategisches Verhalten des marktmächtigen Unternehmens verzögerte Kupfer-Glasfaser-Migration wegen des damit einhergehenden Weiterbetriebs der energieverbrauchsintensiven Kupferinfrastruktur schließlich auch erheblich nachteilige ökologische Implikationen auf.

Vor diesem Hintergrund erscheint es sinnvoll und angesichts der hier in Rede stehende Gefahren für die Regulierungs- und Nachhaltigkeitsziele letztlich angezeigt, eine wettbewerbskonforme Kupfer-Glasfaser-Migration auch in den Gebieten zu fördern, in denen Wettbewerbsunternehmen der TDG die Glasfaserinfrastruktur ausgebaut haben. Vor diesem Hintergrund werden in diesem

Gutachten die unions- und verfassungsrechtlichen Spielräume für entsprechende Maßnahmen des deutschen Gesetzgebers ausgeleuchtet, mit denen die Bundesnetzagentur hierbei unterstützt werden könnte und zugleich die Marktteilnehmer die für ihre Rechts- und Planungssicherheit relevanten Signale für weitere Investitionsanreize erhielten. Dabei werden namentlich zwei denkbare Ausgestaltungen betrachtet:

Das sog. **Gleichbehandlungsmodell** knüpft an die in § 34 Abs. 5 TKG geregelte Aufhebung der Verpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche (Kupfer-) Infrastruktur in den Glasfaserausbaugebieten des marktmächtigen Unternehmens an. Eine solche Aufhebung der bestehenden Zugangsverpflichtungen ist Voraussetzung für die Außerbetriebnahme dieser Kupferaltinfrastruktur. Bei der Entscheidung über die Aufhebung könnte die Bundesnetzagentur verpflichtet werden, die Abschaltpraxis in den Glasfaserausbaugebieten der Wettbewerbsunternehmen zu berücksichtigen. Stellt die Bundesnetzagentur hier die Gefahr einer diskriminierenden – die Migration in den Wettbewerbsgebieten verzögernden – Vorgehensweise des marktmächtigen Unternehmens fest, könnte sie in letzter Konsequenz das Unternehmen daran hindern, seine Kupferinfrastruktur in den eigenen Glasfaserausbaugebieten außer Betrieb zu nehmen, bis es zu einer diskriminierungsfreien Praxis übergeht.

Das sog. **Anreizmodell** setzt demgegenüber darauf, dass die Bundesnetzagentur zur Vermeidung einer uneinheitlichen Abschaltpraxis die bestehenden Regulierungsverpflichtungen in den Glasfaserausbaugebieten der Wettbewerbsunternehmen in den Blick nimmt. Durch eine Anpassung dieser Verpflichtungen könnte der regulierungszielwidrige Weiterbetrieb der dortigen Kupferinfrastruktur für das marktmächtige Unternehmen zunehmend unlukrativ gemacht werden.

Während das Anreizmodell damit ein eher zurückhaltendes Lösungsmodell ist, besteht im Gleichbehandlungsmodell durch die unmittelbare Verknüpfung mit dem „Kupferausstieg“ in den eigenen Glasfaserausbaugebieten des marktmächtigen Unternehmens ein sehr wirksamer Anreizhebel, der überdies vergleichsweise einfach einzusetzen wäre. Es erweist sich daher als dasjenige Modell, mit dem sich die Nachteile einer nicht wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration deutlich effektiver vermeiden lassen. Denkbar ist es schließlich, dass der Gesetzgeber beide Modelle umsetzt. Regelungstechnisch könnte eine Umsetzung etwa durch eine Ergänzung von § 34 TKG oder durch Schaffung eines neuen § 34a TKG erfolgen.

Spielraum für gesetzgeberische Maßnahmen zur Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration besteht allerdings von vornherein nur im Rahmen des unionsrechtlich Zulässigen.

Ausgangspunkt beider Lösungsmodelle ist die Aufhebung der bestehenden Zugangsverpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur anlässlich der Durchführung einer Kupfer-Glasfaser-Migration durch das marktmächtige Unternehmen. Der damit in erster Linie einschlägige Art. 81 des Kommunikationskodex sieht bei der Frage, ob die Verpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche (Kupfer-) Infrastruktur aufzuheben sind, ein **Ermessen** der nationalen Regulierungsbehörden vor. Bei dessen Betätigung können und müssen ggf. auch die Auswirkungen berücksichtigt werden, die sich aus einer asymmetrischen Abschaltung der Kupferinfrastruktur auf die Regulierungsziele in anderen Gebieten ergeben würden. Das Gleichbehandlungsmodell entspricht als solches somit den unionsrechtlichen Vorgaben.

Das Anreizmodell bewegt sich unionsrechtlich demgegenüber im Bereich des Regelungsprogramms der allgemeinen Überprüfungsvorgabe aus Art. 68 Abs. 6 des Kodex. Diese sieht ebenfalls ein (Regulierungs-) Ermessen der nationalen Regulierungsbehörden vor, bestehende Vorabverpflichtungen zur Sicherstellung der Regulierungsziele anzupassen, wenn neue Marktentwicklungen die Wettbewerbsdynamik beeinflussen. Diese unionsrechtliche Vorgabe würde im Anreizmodell anlassbezogen aufgegriffen, ohne dass ein solcher Rückgriff durch Art. 81 des Kodex gesperrt würde.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesverwaltungsgerichts sind die Möglichkeiten des nationalen Gesetzgebers, auf das Ermessen der nationalen Regulierungsbehörde steuernd einzuwirken, allerdings begrenzt. Möglich bleiben jedoch prozedurale Ausgestaltungen und die Vorgabe eines mit den unionalen Regulierungszielen übereinstimmenden Abwägungsbelangs durch den nationalen Gesetzgeber. In den damit eröffneten **unionsrechtlichen Umsetzungsspielraum** lassen sich sowohl das Gleichbehandlungs- als auch das Anreizmodell einpassen.

Soweit etwaige Ergänzungen des TKG unionsrechtlich möglich sind, müssen sie aber auch den **verfassungsrechtlichen Anforderungen** genügen. Grenzen könnten sich vorliegend vor allem aus der Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG und dem Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG ergeben.

In beiden Modellen sind die Schutzbereiche dieser Grundrechte berührt. Die im Rahmen der vorliegenden Untersuchung diskutierten Maßnahmen des Gesetzgebers würden jedoch, schon aus den genannten unionsrechtlichen Gründen, selbst nicht unmittelbar in diese Schutzbereiche eingreifen, sondern lediglich eine entsprechende Entscheidung der Bundesnetzagentur unterstützen. Da aber jedenfalls diese regulierungsbehördliche Maßnahme den grundrechtlichen Vorgaben genügen muss, wurde hier, wie im Rahmen der unionsrechtlichen Analyse, eine besonders vorsichtige Perspektive eingenommen und für die Zwecke der weiteren Prüfung davon ausgegangen, dass bereits in den gesetzgeberischen Berücksichtigungsvorgaben diesbezügliche Grundrechtseingriffe zu sehen seien.

Diese erweisen sich sowohl im Gleichbehandlungs- als auch im Anreizmodell als geeignet und erforderlich, um die mit ihnen bezweckte Sicherstellung der Regulierungsziele und ergänzend auch der Klimaschutzvorgaben aus Art. 20a GG zu erreichen. Schlussendlich sind die entsprechenden Eingriffe aber auch zumutbar: Während die im Anreizmodell möglichen Eingriffe überschaubar und letzten Endes Konsequenz der ohnehin festgestellten Regulierungsbedürftigkeit sind, ist für das Gleichbehandlungsmodell zwar nicht zu verkennen, dass hier – gewissermaßen als Kehrseite seiner größeren Wirksamkeit – nicht unerhebliche Grundrechtseingriffe in Rede stehen können. Diesen stehen aber – wie auch im Anreizmodell – mit der Sicherstellung zahlreicher Regulierungsziele rechtfertigende Gründe gegenüber, die Bundesverfassungs- und Bundesverwaltungsgericht bereits als besonders wichtige Gemeinschaftsgüter bzw. gewichtige Gemeinwohlziele anerkannt haben. Hinzu kommt mit dem ökologischen Nutzen, den eine beschleunigte Abschaltung der Kupferaltinfrastruktur auch in den Glasfaserausbaugebieten der Wettbewerber hat, ein weiteres, in Art. 20a GG verfassungsrechtlich fundiertes Gemeinwohlinteresse. Schon vor diesem Hintergrund stehen im Anreiz-, aber auch im Gleichbehandlungsmodell Eingriffsgrund und -schwere in einem angemessenen Verhältnis zueinander.

Die im Gleichbehandlungs- und Anreizmodell möglichen Grundrechtseingriffe sind daher **verfassungsrechtlich gerechtfertigt**. Das gilt jedenfalls, wenn durch eine entsprechende Ausgestaltung sichergestellt wird, dass das marktmächtige Unternehmen seine Kunden bei der Abschaltung seiner Kupferaltinfrastruktur in den Glasfaserausbaubereichen seiner Wettbewerber auf das betreffende Glasfasernetz migrieren und damit über diese Infrastruktur weiter versorgen kann, wie es § 34 TKG auch für die umgekehrte Konstellation vorsieht. Damit lassen sich die gesetzlichen Ergänzungen zur Implementierung des Gleichbehandlungs- und des Anreizmodells auch verfassungskonform umsetzen.

Gutachten

A. Ausgangssituation

Der Glasfaserausbau in Deutschland hat an Fahrt aufgenommen. Zwar entfällt der größere Teil des Zuwachses an erschlossenen Haushalten nach wie vor auf die Wettbewerber der Telekom Deutschland GmbH (TDG).¹ Aber auch die TDG erschließt mittlerweile in erheblichem Umfang Haushalte mit Glasfaserinfrastrukturen bis zum Gebäude oder bis in die Wohnung („Fiber To The Building/Home“, FTTB/H).² Anders als die meisten ihrer Wettbewerber betreibt die TDG in ihren Glasfaserausbaugebieten – jedenfalls in aller Regel³ – allerdings auch noch die bisherige Kupferinfrastruktur weiter.

Das führt aus der betriebswirtschaftlichen Perspektive der TDG zu einem dazu, dass sie im selben Anschlussgebiet den Betrieb zweier Netzinfrastrukturen finanzieren muss.⁴ Dabei verhalten sich gerade im Kupfernetz die Kosten z. T. sprunghaft und nicht proportional zu der Zahl der erschlossenen Haushalte.⁵ Die Migration einzelner Kunden aus dem Kupfer- in das Glasfasernetz führt daher nicht automatisch zu entsprechenden Kosteneinsparungen beim Betrieb des Kupfernetzes. Zum anderen stellen die über das „vectorisierte“ Kupfernetz bereitgestellten Anschlussprodukte aus Sicht vieler Endkunden noch bedarfsgemäße Angebote dar, die sie von einem Umstieg auf das Glasfasernetz der TDG (und ggf. von der Inanspruchnahme leistungsfähigerer Produkte) abhalten. Die TDG hat daher einen starken betriebswirtschaftlichen Anreiz, in einem bestimmten Anschlussbereich ihr dortiges Kupfernetz abzuschalten und die bisher über dieses Netz versorgten (End- und Vorleistungs-) Kunden auf ihr Glasfasernetz zu migrieren (sog. „Kupferausstieg“⁶), sobald sie dieses Netz zumindest nahezu vollständig ausgebaut hat.⁷ Hierzu muss sie das in § 34 TKG geregelte Verfahren einhalten.

¹ Böcker, BREKO Marktanalyse 2023, 2023, S. 16: Die Zahl der von den Wettbewerbern erschlossenen Haushalte ist danach zwischen 2020 und Mitte 2023 von 6,2 Millionen auf 11,6 Millionen, also um 5,4 Millionen, gestiegen. Entsprechend Dialog Consult/Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten (VATM), 25. TK-Marktanalyse Deutschland 2023, 2023, S. 21, wonach die Zahl der von den Wettbewerbern erschlossenen Haushalte zwischen 2020 und 2023 von 3,8 auf (geschätzt) 9,0 Millionen, also um 5,2 Millionen, gestiegen ist. Die absoluten Unterschiede dürften sich auch durch abweichende Bezugsgrößen erklären. So bezieht sich Böcker auf „Wohneinheiten, Unternehmen, Behörden“, siehe a. a. O., S. 15, während Dialog Consult/VATM etwas enger nur private Haushalte und kleine und mittlere Unternehmen im Blick haben dürften, siehe a. a. O., S. 19.

² Siehe Böcker (Fn. 1), S. 16. Danach ist die Zahl der von der TDG erschlossenen Haushalte zwischen 2020 und Mitte 2023 von 2,1 Millionen auf 5,7 Millionen gestiegen, also um 3,6 Millionen.

³ Ausnahmen bestehen insbesondere in Neubaugebieten, die erstmalig – und dann direkt mit Glasfaser – erschlossen werden.

⁴ Siehe auch Wolfram, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. A., 2023, § 34 Rn. 5.

⁵ Insbesondere erzeugt die aktive Technik im Multifunktionsgehäuse (MFG) eines „Vectoring“-Anschlussnetzes mit multifunktionalem Zugangsknoten („Multi-Service Access Node“, MSAN) und Klimatechnik eine Grundlast, die unabhängig von der Zahl der aktiven Kunden auf dem Anschlussnetz ist. Siehe auch Franz, N&R 2020, 86, 91.

⁶ Franz, N&R 2020, 86; Neumann, Telekommunikationsrecht kompakt, 2022, S. 66.

⁷ Kommission, White Paper „How to master Europe's digital infrastructure needs?“, COM (2024) 81 final, S. 31; Monopolkommission, 12. Sektorgutachten Telekommunikation, BT-Drs. 20/1620, 331, 361 Tz. 39; Franz, N&R 2020, 86, 93; Kühling/Bulowski/Hildebrandt, N&R 2022, 194, 194 f.; allgemein auch

Gerade gegensätzlich stellt sich die Anreizsituation in den Gebieten dar, in denen – ausschließlich – ein Wettbewerbsunternehmen eine FTTB/H-Anschlussinfrastruktur errichtet hat. Hier hätte ein Abschalten des Kupfernetzes und eine Migration der Kunden auf die Glasfaserinfrastruktur zur Folge, dass die TDG ihre bisherigen Kunden nur noch auf der Grundlage eines Vorleistungszugangs zu diesem Glasfasernetz eines Wettbewerbers versorgen könnte.⁸ Die TDG hat daher einen betriebswirtschaftlichen Anreiz, in diesen Anschlussgebieten ihr Kupfernetz weiterhin zu betreiben.⁹ Zugleich hat sie einen starken Anreiz, durch das Angebot entsprechender, insbesondere entsprechend besserer Produkte einen Wechsel ihrer (End- und Vorleistungs-) Kunden auf das Glasfasernetz ihres Wettbewerbers so lange wie möglich zu verhindern.¹⁰

Das führt zu einer ungleichen Ausgangssituation: Durch die Entscheidung über das Abschalten ihrer überkommenen Kupferinfrastruktur kann die TDG die Auslastung ihrer eigenen Glasfasernetze erhöhen, während sie zugleich in anderen Ausbaugebieten die Auslastung und damit die Wirtschaftlichkeit der Glasfasernetze ihrer Wettbewerber erschweren kann.¹¹ Damit gehen erhebliche Nachteile für die Sicherstellung der Regulierungsziele einher.

Ohne dass an dieser Stelle eine abschließende Würdigung insbesondere unter Einbeziehung gegenläufiger Effekte erfolgen kann, läuft ein Weiterbetrieb des Kupfernetzes in den Glasfaserausbaugebieten der Wettbewerber trotz eines (weitgehend) flächendeckend verfügbaren Glasfasernetzes der „Förderung ... der Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität durch alle Bürger und Unternehmen“ (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG) und der „Wahrung der Nutzer-, insbesondere der Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation“ (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG) zuwider. Diese Nachteile ergeben sich insbesondere daraus, dass das fortbestehende Angebot von kupferbasierten Anschlussprodukten Nutzer davon abhalten kann, auf ein leistungsfähigeres Glasfaseranschlussprodukt zu wechseln. Unabhängig von den Gründen hierfür werden damit entgegen § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG die vorhandenen Netze mit sehr hoher Kapazität nicht in dem Umfang genutzt, in dem das ohne parallele Kupferinfrastruktur der Fall wäre. Damit sind zugleich die Nutzerinteressen nachteilig betroffen, da zu diesen nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 lit. a TKG auch gehört, dass die Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität gefördert wird. Zwar würde die Nutzung leistungsfähigerer Anschlussprodukte vermutlich jedenfalls mittelfristig höhere Entgelte zur Folge haben,¹² was prima facie dem Nutzerinteresse an größtmöglichen Vorteilen in Bezug auf Preise (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 lit. b Var. 2 TKG) zuwiderliefe. Dieser Nachteil wäre aber jedenfalls weitestgehend vermieden, wenn – wie es etwa § 34 Abs. 4 TKG in Bezug auf die Zugangsprodukte voraussetzt – über das Glasfasernetz jedenfalls auch Anschlussprodukte angeboten werden, die denen auf Kupferbasis (sowohl von der Leistungsfähigkeit als auch preislich) vergleichbar sind. Durch die Migration auf das Glasfasernetz könnten

Tenbrock/Knips/Wernick, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 459, 2020, S. 4 und 8 f.; zu den kostenseitigen Anreizen *Neumann/Plückebaum/Strube Martins/Schwarz-Schilling*, Übergang von Kupfer- auf Glasfasernetze: Interessen, Spannungsfelder und mögliche Schnittmengen, 2021, S. 47.

⁸ *Fischer/Franz*, in: Säcker/Körper, TKG – TDDSG, 4. A., 2023, § 34 TKG Rn. 11; *Wolfram* (Fn. 4), § 34 Rn. 6.

⁹ Monopolkommission (Fn. 7), BT-Drs. 20/1620, 331, 361 Tz. 40; *Franz*, N&R 2020, 86, 93; *Kühling/Bulowski/Hildebrandt*, N&R 2022, 194, 195; *Wolfram* (Fn. 4), § 34 Rn. 22 f.; allgemein auch *Tenbrock/Knips/Wernick* (Fn. 7), S. 4.

¹⁰ *Franz*, N&R 2020, 86, 89 und 93 f.; so allgemein wohl auch *Tenbrock/Knips/Wernick* (Fn. 7), S. 4.

¹¹ So auch die Monopolkommission, 13. Sektorgutachten Telekommunikation, BT-Drs. 20/9837 (Vorabfassung), 295, 349 Tz. 98; *Fischer/Franz* (Fn. 8), § 34 TKG Rn. 11; *Franz*, N&R 2020, 86, 94.

¹² *Fischer/Franz* (Fn. 8), § 34 TKG Rn. 32.

vielmehr (etwa durch Bequemlichkeit, Unkenntnis, Bekanntheitsvorsprünge des marktmächtigen Unternehmens oder die befürchteten Aufwendungen eines Technologiewechsels bedingte¹³) Nutzungshindernisse beseitigt werden, die Kunden mit höherer Zahlungsbereitschaft bisher vom Umstieg auf leistungsfähigere Anschlussprodukte abgehalten haben, die nur auf Grundlage eines Glasfasernetzes angeboten werden können. Dementsprechend geht auch die EU-Kommission in ihrem aktuellen Weißbuch zu den Anforderungen an die digitale Infrastruktur davon aus, dass die Kupfer-Glasfaser-Migration die Nutzung neuer (glasfaserbasierter) Dienste fördern wird.¹⁴ Auch insoweit hat ein Weiterbetrieb der Kupferinfrastruktur in den Glasfaserausbaugebieten von Wettbewerbsunternehmen daher negative Auswirkungen auf die Nutzerinteressen an größtmöglichen Vorteilen in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 lit. b TKG).

Darüber hinaus sind der chancengleiche Wettbewerb und die Förderung eines effizienten infrastrukturbasierten Wettbewerbs (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG) und in der Folge auch das Konnektivitätsziel aus § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG mit Blick auf seine Zugangskomponente sowie erneut die Nutzerinteressen nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG potentiell beeinträchtigt, wenn allein das marktmächtige Unternehmen über einen wesentlichen Parameter für die Auslastung der Glasfasernetze und damit für die Rentabilität der diesbezüglichen Investitionen entscheiden kann.¹⁵ Denn es kann durch die Migration der (Zugangs- und End-) Kunden die Auslastung seiner eigenen Glasfasernetze deutlich erhöhen. Das wiederum macht entsprechende Investitionen in den weiteren Glasfaserausbau prospektiv lukrativer und damit auch aus Investorensicht attraktiver. Zugleich kann das marktmächtige Unternehmen durch den Weiterbetrieb seiner Kupferinfrastruktur in den Glasfaserausbaugebieten seiner Wettbewerber die weitere Auslastung ihrer dortigen Glasfasernetze erheblich verzögern und damit die Finanzierung des weiteren Glasfaserausbaus durch die Wettbewerber erschweren. Diese Möglichkeit hat das marktmächtige Unternehmen nicht durch überlegene unternehmerische Leistung erlangt, sondern durch die Übernahme des flächendeckenden Kupferanschlussnetzes, das im Wesentlichen zu Zeiten des Staatsmonopols errichtet worden ist und letzten Endes gerade den spezifischen Regulierungsbedarf auf dem Markt für den lokalen Zugang an festen Standorten begründet.

Die daraus folgenden Ungleichgewichte in Bezug auf die Auslastung der jeweiligen lokalen Glasfaserinfrastrukturen beeinträchtigen, erstens, das Ausmaß des Infrastrukturausbaus, bei dem Investoren auf der Grundlage angemessener Erwartungen im Hinblick auf die Entwicklung der Marktanteile mit einer angemessenen Rendite rechnen können und damit den effizienten Infrastrukturwettbewerb i. S. v. § 2 Abs. 2 Nr. 2 Var. 2 TKG (vgl. Erwägungsgrund 27 des Kommunikationskodex). Die unterschiedlichen Möglichkeiten, die Auslastung der lokalen Glasfaserinfrastrukturen zu beeinflussen, haben, zweitens, ungleiche Refinanzierungs-, Ausbau- und damit letzten Endes Wettbewerbsmöglichkeiten zur Folge. Das beeinträchtigt den chancengleichen Wettbewerb auf den Infrastruktur-, Zugangs- und Endkundenmärkten zwischen dem marktmächtigen Unternehmen und seinen glasfaserausbauenden Wettbewerbern i. S. v. § 2 Abs. 2 Nr. 2 Var. 1 TKG (sowie das in § 2 Abs. 2 Nr. 3 lit. e TKG erfasste Nutzerinteresse an der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen). Dementsprechend spricht auch die EU-Kommission in Ziff. 79 der Gigabit-Empfehlung (EU)

¹³ Zu solchen Wechselhindernissen siehe etwa Monopolkommission, 2. Sektorgutachten Telekommunikation, BT-Drs. 14/7901, 211, 222 Tz. 28 f.; *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann*, Funktionsfähiger Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten, 2002, S. 93.

¹⁴ Kommission (Fn. 7), COM (2024) 81 final, S. 31.

¹⁵ Siehe auch *Franz*, N&R 2020, 86, 94; *Wolfram* (Fn. 4), § 34 Rn. 22 f.

2024/539¹⁶ Unterschieden, die nicht auf der Grundlage objektiver Kriterien in Bezug auf den Zeitpunkt der Außerbetriebnahme zwischen Ausbaugebieten des marktmächtigen Betreibers und Ausbaugebieten anderer Betreiber gerechtfertigt sind, Diskriminierungspotential zu. Und auch in ihrem aktuellen Weißbuch zu den Anforderungen an die digitale Infrastruktur weist die EU-Kommission auf diese Gefahr eines wettbewerbsschädigenden strategischen Verhaltens des marktmächtigen Unternehmens bei der Außerbetriebnahme seiner Kupferinfrastruktur hin.¹⁷ Beides führt schließlich in Kombination dazu, dass es den Wettbewerbsunternehmen, drittens, erschwert wird, in einem solchen Umfang in den weiteren Glasfaserausbau zu investieren, wie es dem marktmächtigen Unternehmen auf der Grundlage einer gesichert hohen Auslastung seiner Glasfaserinfrastrukturen möglich ist. Damit werden entgegen § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG der Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität (die sog. Zugangskomponente des Konnektivitätsziels) und korrespondierend auch die Förderung der Nutzerinteressen nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG beeinträchtigt. Denn den Nutzerinteressen wird u. a. gerade dadurch gedient, dass die breite Verfügbarkeit sowie der beschleunigte Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität gefördert (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 lit. a TKG) und auf größtmögliche Vorteile der Nutzer gerade auch in Bezug auf Auswahl und Qualität hingewirkt wird (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 lit. b Var. 1 und 3 TKG). Diese negativen Auswirkungen eines verzögerten „Kupferausstiegs“ auf die Investitionsfähigkeit betont auch die EU-Kommission in ihrem aktuellen Weißbuch zu den Anforderungen an die digitale Infrastruktur.¹⁸ Und die Monopolkommission weist ebenfalls auf die Gefahr eines hierdurch verzögerten Glasfaserausbaus hin.¹⁹

Diese negativen Folgen insbesondere für das Wettbewerbsziel und die Verbraucherinteressen wirken sich zugleich negativ auf die telekommunikationspolitischen Zielsetzungen aus, die in der Gigabitstrategie der Bundesregierung niedergelegt sind. Diesen zufolge soll der „Übergang von Kupfer- auf Glasfasernetze zügig, wettbewerbskonform, verbraucherfreundlich und ökologisch nachhaltig“ gestaltet werden.²⁰ Jedenfalls in den Glasfaserausbaugebieten der Wettbewerber des marktmächtigen Unternehmens ist die Erreichung dieser Zielsetzungen gefährdet, wenn die starken Verzögerungsanreize für das marktmächtige Unternehmen nicht regulatorisch kompensiert werden. Entsprechendes gilt für das im Koalitionsvertrag der Regierungsparteien verankerte Ziel einer „flächendeckende[n] Versorgung mit Glasfaser“.²¹ Dieses Ziel ließe sich in großen Teilen des Bundesgebiets ohne regulatorische Intervention jedenfalls nur deutlich später, wenn überhaupt erreichen. Dementsprechend betont etwa auch die EU-Kommission in ihrem neuen Weißbuch zu den Anforderungen an die digitale Infrastruktur, dass u. a. insbesondere auch Anreize für den Übergang von alten Kupfernetzen zu Glasfasernetzen gefördert werden sollen, damit Europa über die fortschrittliche und sichere Kommunikationsinfrastruktur verfügt, die es benötigt.²²

¹⁶ ABI. EU 2024 L 539.

¹⁷ Kommission (Fn. 7), COM (2024) 81 final, S. 31 f.

¹⁸ Kommission (Fn. 7), COM (2024) 81 final, S. 31.

¹⁹ Monopolkommission (Fn. 7), BT-Drs. 20/1620, 331, 361 Tz. 40, 366 Tz. 53; siehe auch *Kühling/Bulowski/Hildebrandt*, N&R 2022, 194, 195, 200.

²⁰ Bundesministerium für Digitales und Verkehr (BMDV), Gigabitstrategie der Bundesregierung v. 13.7.2022, S. 8.

²¹ SPD/BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN/FDP, Mehr Fortschritt wagen, Koalitionsvertrag v. 7.12.2021, S. 7 und 16.

²² Kommission (Fn. 7), COM (2024) 81 final, S. 4.

Über die telekommunikationsrechtliche Regulierung und die Telekommunikationspolitik hinaus reichen schließlich die ökologischen Implikationen eines Doppelbetriebs von herkömmlicher Kupferinfrastruktur und neuem Glasfasernetz.²³ So ist Glasfaser die deutlich klimaschonendere Anschlussnetztechnologie, da der Internetzugang über ein Kupferkabel (VDSL) deutlich mehr an Energie benötigt als der Netzzugang mit Glasfaserkabel.²⁴ Diese Energieeffizienz wird sich insbesondere bei hoher Auslastung des Netzanschlusses positiv auswirken,²⁵ was durch eine Behinderung der Kupfer-Glasfaser-Migration verzögert wird. Völlig unabhängig von der relativen Klimabilanz führt der Betrieb von zwei Netzinfrastrukturen im selben Versorgungsgebiet aber stets zu einer höheren Umweltbelastung als der Betrieb nur einer solchen Infrastruktur.

Angesichts dieser Ausgangslage wird überdies erkennbar, dass es bislang an einer Antwort auf die Frage fehlt, wie eine sowohl regulatorisch als auch klimapolitisch wünschenswerte Migration von Kupfer- auf Glasfaserinfrastrukturen in Fällen vollzogen werden kann, in denen das vorhandene Kupfernetz des marktmächtigen Unternehmens durch neue Glasfaserinfrastruktur eines Wettbewerbers ersetzt werden kann.

B. Ausgestaltungsmodelle für eine gesetzgeberische Reaktion auf die nachteiligen Effekte einer selektiven Außerbetriebnahmepraxis

Zur Sicherstellung der Regulierungsziele wäre es angesichts der potentiellen Beeinträchtigung der Regulierungsziele durch eine selektive Außerbetriebnahmepraxis geboten, diesen Konsequenzen regulatorisch Rechnung zu tragen. Es spricht viel dafür, dass dies angesichts des weiten Regulierungsermessens der Bundesnetzagentur schon de lege lata möglich ist. Eine klare Regelung enthält das TKG hierzu jedoch nicht. Insbesondere ist § 34 TKG selbst nicht ausdrücklich zu entnehmen, dass die im Rahmen des dort geregelten Verfahrens zu treffenden Entscheidungen von Umständen abhängig gemacht werden können, die gerade nicht dasjenige Gebiet betreffen, in dem das marktmächtige Unternehmen seine Altinfrastruktur außer Betrieb nehmen möchte. Das schließt eine Einbeziehung derartiger externer Umstände zwar nicht aus. Im Gegenteil hat die Bundesnetzagentur in anderen Regelungszusammenhängen bereits eine entsprechend über den konkreten Regelungsanlass hinaus erweiterte Perspektive eingenommen.²⁶ Dennoch erscheint es sinnvoll und angesichts der hier in Rede stehende Gefahren für die Regulierungs- und Nachhaltigkeitsziele letztlich angezeigt, die diesbezügliche Rechtssicherheit für die Marktteilnehmer, aber auch für die

²³ Siehe auch Kommission (Fn. 7), COM (2024) 81 final, S. 16. Das betrifft nicht den ökologisch nachhaltigen Übergang von Kupfer- auf Glasfasernetze, der in der Gigabitstrategie der Bundesregierung angesprochen ist (vgl. soeben, in und bei Fn. 20), sondern die ökologischen Konsequenzen eines verzögerten Übergangs.

²⁴ Obermann, Nachhaltigkeitsvergleich Internet-Zugangnetz-Technologien, 2022, S. 2 (Gesamtstromverbrauch bei VDSL bis zu dreimal höher als bei FTTH); Umweltbundesamt, Energie- und Ressourceneffizienz digitaler Infrastrukturen, 2020, S. 6 (Energiebedarf bei VDSL rund fünfmal höher als bei Glasfaser); siehe auch Kommission (Fn. 7), COM (2024) 81 final, S. 31; Tenbrock/Knips/Wernick (Fn. 7), S. 9.

²⁵ Gröger u. a., Umweltbundesamt-TEXTE 94/2021, S. 103.

²⁶ Siehe etwa zur Etablierung symmetrischer Terminierungsentgelte durch darauf gerichtete Auflagen in Zugangsanordnungen nach § 25 TKG 2004 die Nachweise bei Kühling/Neumann, in: Säcker, TKG, 3. A., 2013, § 25 Rn. 47.

Regulierungsbehörde zu erhöhen. Hiermit würde zugleich die Forderung der EU-Kommission in ihrem aktuellen Weißbuch nach einem Signal für weitere Investitionsanreize²⁷ aufgegriffen.

Denkbar wären vor allem zwei gesetzgeberische Ergänzungen:

Zum einen könnte durch eine Ergänzung von § 34 Abs. 5 TKG darauf hingewirkt werden, dass die Bundesnetzagentur bei der Entscheidung, ob sie bestehende Zugangsverpflichtungen für die Altinfrastruktur als Voraussetzung für deren Außerbetriebnahme aufhebt, berücksichtigt, wie sich das marktmächtige Unternehmen insoweit in Ausbaubereichen von Wettbewerbsunternehmen verhält. Bei einem solchen **Gleichbehandlungsmodell** könnte also ein Weiterbetrieb der Kupferinfrastruktur in den Ausbaugebieten von Wettbewerbern bei ansonsten vergleichbarer Ausgangslage (etwa in Bezug auf das Ausmaß des Glasfaserausbaus) dazu führen, dass die Bundesnetzagentur die in den Ausbaugebieten des marktmächtigen Unternehmens bestehenden Zugangsverpflichtungen zur Kupferinfrastruktur nicht aufhebt. Ohne eine solche Aufhebung besteht die Verpflichtung zur Zugangsgewährung grundsätzlich zeitlich unbegrenzt weiter.²⁸ Dieser Verpflichtung kann das marktmächtige Unternehmen aber nur nachkommen, indem es die herkömmliche Infrastruktur, auf die sich die Zugangsverpflichtung bezieht, weiterbetreibt.²⁹ Das marktmächtige Unternehmen wäre auf diese Weise daran gehindert, nur in den eigenen Ausbaugebieten die Kupferinfrastruktur außer Betrieb zu nehmen. Eine Umsetzung des Gleichbehandlungsmodells könnte entweder direkt in § 34 (Abs. 5) TKG selbst oder in einer eigenen Vorschrift wie etwa § 34a TKG erfolgen. Sie könnte beispielsweise wie folgt lauten, ohne dass die nachfolgende Untersuchung sich auf eine solche konkrete Regelung beschränken würde:³⁰

„Die Bundesnetzagentur berücksichtigt im Rahmen ihrer Ermessensentscheidung nach [§ 34 Absatz 5] Satz 1 das Vorliegen eines Mechanismus, der eine diskriminierungsfreie Abschaltpraxis des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht auch in Gebieten, in denen andere Unternehmen ein Netz mit sehr hoher Kapazität errichtet haben, sicherstellt, wenn diese Netzbetreiber angemessene Bedingungen erfüllen und eine Abschaltung erbitten.“

Zum anderen könnte – ggf. ergänzend – eine Regelung geschaffen werden, mit der die Bundesnetzagentur bei Entscheidungen nach § 34 TKG angehalten wird, eine Beeinflussung der Wettbewerbsdynamik zu prüfen, in deren Folge ggf. die bestehenden Vorabverpflichtungen auch jenseits der betroffenen Gebiete angepasst werden müssten. Das könnte es ermöglichen, bei einer deutlich abweichenden Abschaltpraxis jedenfalls ab einem gewissen Zeitpunkt regulatorische Anreize für das marktmächtige Unternehmen zu setzen, seine Kupferinfrastrukturen auch in den Ausbaugebieten seiner Wettbewerber abzuschalten und seine (End- und Vorleistungs-) Kunden auf die dortigen

²⁷ Kommission (Fn. 7), COM (2024) 81 final, S. 31.

²⁸ Siehe am Beispiel der Carrier-Festverbindungen: Bundesnetzagentur, Beschl. v. 16.4.2021 – Az. BK2b-20/024, S. 24 Rn. 113, S. 38 Rn. 174 und S. 50 Rn. 223.

²⁹ Vgl. auch *Fischer/Franz* (Fn. 8), § 34 TKG Rn. 17; *Franz*, N&R 2020, 86, 89.

³⁰ Die Formulierung entspricht im Wesentlichen einem Vorschlag, den der Bundesverband Breitbandkommunikation (BREKO) entwickelt hat, siehe dazu BREKO, Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Digitales und Verkehr eines Gesetzes zur Beschleunigung des Ausbaus von Telekommunikationsnetzen (TK-Netzausbau-Beschleunigungs-Gesetz), 2023, S. 4.

Glasfasernetze zu migrieren.³¹ Auch könnten durch ein solches **Anreizmodell** z. B. über § 34 Abs. 5 S. 3 TKG hinausgehend Änderungen in bestehenden Standardangeboten angestoßen werden. Auch hier soll allein zu Illustrationszwecken eine denkbare Implementierungsmöglichkeit beispielhaft aufgezeigt werden:

„Nach der Aufhebung von Verpflichtungen gemäß [§ 34] Absatz 5 prüft die Bundesnetzagentur unverzüglich, ob durch die Migration insgesamt die Wettbewerbsdynamik beeinflusst wird. Sie berücksichtigt dabei auch die Gebiete, in denen andere Unternehmen ein Netz mit sehr hoher Kapazität errichtet haben. Im Falle einer solchen Beeinflussung prüft die Bundesnetzagentur nach § 15, ob Anpassungen von Marktdefinition, Marktanalyse oder Regulierungsverfügung erforderlich sind. Hierbei berücksichtigt sie, ob in den genannten Gebieten angemessene Bedingungen für eine Migration auf die dortigen Netze mit sehr hoher Kapazität sichergestellt sind.“

Auch eine solche Regelung könnte in § 34 TKG selbst, in einer eigenen Vorschrift (etwa § 34a TKG) oder aber auch wegen des Sachzusammenhangs mit der Überprüfung bestehender Regulierungsverpflichtungen durch eine Ergänzung von § 15 TKG umgesetzt werden.

Im Gleichbehandlungsmodell kann die Außerbetriebnahme der Kupferinfrastruktur in den Glasfaserausbaugebieten des marktmächtigen Unternehmens davon abhängig gemacht werden, ob dieses Unternehmen seine Kupferinfrastruktur auch in den Glasfaserausbaugebieten seiner Wettbewerber unter zumindest vergleichbaren Bedingungen außer Betrieb nimmt. Das ist angesichts der betriebswirtschaftlichen Anreize, den Betrieb der nicht mehr benötigten Kupferinfrastruktur in den eigenen Glasfaserausbaugebieten zu beenden, ein sehr starker Hebel, um das marktmächtige Unternehmen dazu anzuhalten, diese Altinfrastruktur auch in den Glasfaserausbaugebieten seiner Wettbewerber außer Betrieb zu nehmen.

Das Anreizmodell würde dagegen subtiler wirken: Das marktmächtige Unternehmen könnte die Kupferinfrastruktur in seinen eigenen Glasfaserausbaugebieten unabhängig davon außer Betrieb

³¹ Auch die Monopolkommission (Fn. 7), BT-Drs. 20/1620, 331, 361 Tz. 41, hat auf die Möglichkeit einer Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen im Zuge der Kupfer-Glasfaser-Migration durch regulatorische Anreizsetzung hingewiesen, siehe auch *Kühling/Bulowski/Hildebrandt*, N&R 2022, 194, 195, sich hierbei aber auf einen eher rudimentären Vorschlag beschränkt. Denkbar wäre eine Setzung solcher Anreize z. B. dadurch, dass (nur) einem Unternehmen, das einen Kabelverzweigerbereich (weitgehend) flächendeckend mit einem FTTB/H-Netz ausgebaut hat, der Zugang zum Kupfernetz des marktmächtigen Unternehmens zu rein historischen Kosten gewährt wird, ggf. durch Gewährung des physischen Zugangs, durch Bereitstellung eines virtuellen (Bitstrom-) Zugangs oder sogar im Wege des bloßen Wiederverkaufs („Resale“). Das lässt sich regulierungsökonomisch damit rechtfertigen, dass ein solcher Betreiber, der in dem betreffenden Gebiet bereits ein eigenes (Glasfaser-) Netz errichtet hat, keine weiteren Anreize hierzu durch eine Zugangspreissetzung anhand von Wiederbeschaffungskosten benötigt. Hierdurch könnte ein solches Unternehmen die Produkte des marktmächtigen Unternehmens preislich unterbieten, so dass das marktmächtige Unternehmen bei einem Weiterbetrieb der Altinfrastruktur mit einer spürbaren Abwanderung seiner Kunden rechnen müsste. Dabei soll nicht verkannt werden, dass der Wettbewerber den ihm so eröffneten Preissetzungsspielraum auch nicht beliebig nutzen könnte, will er das auf seinem Glasfasernetz basierende Angebot nicht kannibalisieren. Denkbar wären natürlich auch (evtl. ergänzend) andere Anpassungen des regulatorischen Rahmens in den Glasfaserausbaugebieten der Wettbewerber, etwa eine Absenkung der Zugangsentgelte für Kabelkanäle für das dort glasfaserausbauende Wettbewerbsunternehmen.

nehmen, wie es mit seiner Kupferinfrastruktur in den Glasfaserausbaugebieten der Wettbewerber umgeht. Die Bundesnetzagentur würde lediglich in die Lage versetzt, den Weiterbetrieb dieser Altinfrastruktur in den Ausbaugebieten der Wettbewerber für das marktmächtige Unternehmen unattraktiver zu gestalten, so dass die bestehenden Anreize zum Weiterbetrieb der Kupferinfrastruktur reduziert würden. Das Anreizmodell setzt insoweit darauf, dass diese Anreize so weit abgesenkt werden, dass die positiven Anreize zur Außerbetriebnahme der Altinfrastruktur für das marktmächtige Unternehmen – insbesondere mit Blick auf die potentiellen Kosteneinsparungen und die Erweiterung des eigenen Produktportfolios um glasfaserbasierte Endkundenprodukte – überwiegen. Das marktmächtige Unternehmen würde die Altinfrastruktur insoweit aus eigenem unternehmerischem Kalkül außer Betrieb nehmen, wenn auch aufgrund entsprechender regulatorischer Anreizsetzung.

Das markiert zugleich den relativen Nachteil der Anreizlösung: Es müssten die *richtigen* Anreize gesetzt werden. Das ist zum einen eine regulierungstechnisch durchaus anspruchsvolle Aufgabe. So hat jede Veränderung der regulatorischen Verpflichtungen komplexe Folgewirkungen. Darüber hinaus verfolgen die jeweils glasfaserausbauenden Unternehmen auch z. T. unterschiedliche Geschäftsstrategien,³² so dass nicht alle Änderungen in allen Ausbaugebieten die gleichen Auswirkungen hätten. Zum anderen ist auch schwer prognostizierbar, wie stark solche Anreize das marktmächtige Unternehmen motivieren. Das Gleichbehandlungsmodell hat insoweit den Vorteil eines gleichermaßen sehr wirkmächtigen wie verhältnismäßig einfach zu implementierenden Anreizhebels, der den Wettbewerbern des marktmächtigen Unternehmens damit auch höhere Rechts- und Planungssicherheit gibt.

Das Anreizmodell hat demgegenüber den Vorteil, dass es sich ohne weiteres in das bestehende Regulierungssystem einfügt, das ohnehin eine regulierungszielgesteuerte Anpassung des regulatorischen Rahmens vorsieht. Darüber hinaus kann das Gleichbehandlungsmodell zur Folge haben, dass das marktmächtige Unternehmen die stromverbrauchsintensive Kupferinfrastruktur in seinen eigenen Glasfaserausbaugebieten weiter betreibt, obwohl die (Zugangs- und End-) Kunden bereits migriert wurden bzw. jederzeit migriert werden könnten.

Insgesamt ist das Gleichbehandlungsmodell damit das **wirksamere Mittel zur Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration**. Es geht zwar spiegelbildlich auch potentiell mit höheren Belastungen insbesondere für das marktmächtige Unternehmen einher, wäre aber überdies vergleichsweise einfach und zielgenau einzusetzen. Es erweist sich daher als dasjenige Modell, mit dem sich die Nachteile einer nicht wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration deutlich effektiver vermeiden lassen.

Denkbar ist schließlich eine kombinierte Implementierung beider Modelle, ggf. in zwei Absätzen eines dann neu zu schaffenden § 34a TKG („Sicherstellung einer wettbewerbskonformen Migrationspraxis“): Die Bundesnetzagentur könnte so entscheiden, welchen der beiden Anreizhebel sie für regulatorisch sinnvoller erachtet – oder ob die Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-

³² So haben manche glasfaserausbauenden Unternehmen ihre Kundenbasis und z. T. auch ihre Infrastruktur ursprünglich auf Grundlage eines Zugangs zum Kupfernetz der TDG ausgebaut, während andere glasfaserausbauenden Unternehmen (etwa aus dem Bereich der Stadtwerke oder solche mit „Private Equity“-Investoren) direkt mit eigenen Glasfaseranschlussnetzen in den Markt eingetreten sind.

Glasfaser-Migration angesichts bestehender Verzögerungen vielleicht sogar den Einsatz beider Hebel erfordert.

Rechtlich werden derartige gesetzgeberische Maßnahmen vor allem in zweierlei Hinsicht beschränkt. Der deutsche Gesetzgeber darf zum einen keine Bestimmungen erlassen, die gegen die Umsetzungsvorgaben des richtlinienrechtlichen Rechtsrahmens für die elektronische Kommunikation verstoßen. Diese ergeben sich gegenwärtig in erster Linie aus der Richtlinie (EU) 2018/1972 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation,³³ dem sog. Kommunikationskodex. Zum anderen setzt innerhalb des unionsrechtlich eröffneten Gestaltungskorridors auch das deutsche Verfassungsrecht, insbesondere in Form der Grundrechte, gesetzlichen Maßnahmen, mit denen der Gesetzgeber das Verhalten des marktmächtigen Unternehmens steuern kann, Grenzen. Im Rahmen des vorliegenden Gutachtens sollen diese Grenzen vermessen und geklärt werden, ob und inwieweit insbesondere eine Gleichbehandlungs- und eine Anreizlösung in das TKG implementiert werden könnten.

C. Unionsrechtliche Spielräume für gesetzgeberische Maßnahmen zur Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration

Die unionsrechtlichen Spielräume für etwaige Maßnahmen des Gesetzgebers zur Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration ergeben sich einerseits aus den Bestimmungen, die sich konkret auf den Prozess der Außerbetriebnahme bzw. Ersetzung von Altinfrastrukturen beziehen. Andererseits sind auch allgemeine Vorgaben zur Ausgestaltung der Vorabverpflichtungen gegenüber marktmächtigen Unternehmen zu beachten.

I. Spezifische Vorgaben für die Migration von herkömmlichen Infrastrukturen (Art. 81 des Kommunikationskodex)

Die spezifischen unionsrechtlichen Vorgaben für die Migration von herkömmlichen Infrastrukturen finden sich in Art. 81 des Kommunikationskodex. Danach „unterrichten“ marktmächtige Unternehmen „die nationale Regulierungsbehörde im Voraus und rechtzeitig von ihrer Absicht, Teile des Netzes, die Verpflichtungen gemäß den Artikeln 68 bis 80 unterliegen, außer Betrieb zu nehmen oder durch neue Infrastrukturen zu ersetzen“ (Art. 81 Abs. 1 Hs. 1 des Kodex).

Die nationale Regulierungsbehörde „sorgt“ daraufhin „dafür, dass der Prozess der Außerbetriebnahme oder Ersetzung einen transparenten Zeitplan und transparente Bedingungen einschließlich einer angemessenen Kündigungsfrist für den Übergang vorsieht, und ermittelt die Verfügbarkeit von Alternativprodukten mindestens vergleichbarer Qualität, die den Zugang zu aufgerüsteter Netzinfrastruktur ermöglichen, die die entfernten Elemente ersetzt, soweit dies für die Wahrung des Wettbewerbs und der Rechte der Endnutzer erforderlich ist“ (Art. 81 Abs. 2 UAbs. 1 des Kommunikationskodex). Dieser Verfahrensschritt ist jedenfalls dem Richtlinienwortlaut zufolge allein darauf ausgerichtet, einen transparenten Migrationsprozess³⁴ sicherzustellen und Zugangsprodukte zu

³³ ABI. EU 2018 L 321, 36.

³⁴ Mit diesem Begriff sollen hier im Folgenden die Außerbetriebnahme und die Ersetzung der herkömmlichen Infrastruktur als die beiden Anwendungsfälle von Art. 81 des Kodex zusammengefasst werden.

identifizieren, auf deren Grundlage Unternehmen, denen bisher Zugang zur Altinfrastruktur gewährt wurde, ihre Endkundenangebote künftig über die neu errichtete³⁵ Infrastruktur bereitstellen können. Bei deren Ausgestaltung können zwar u. U. auch die Regulierungsziele zu berücksichtigen sein. Eine Steuerung des Migrationsprozesses selbst erscheint auf dieser prozeduralen Ebene demgegenüber nicht angelegt zu sein. Normative Anhaltspunkte hierfür sind der Vorschrift jedenfalls nicht zu entnehmen.

Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 des Kodex sieht dann jedoch folgende Regelung vor:

„In Bezug auf die zur Außerbetriebnahme oder Ersetzung vorgeschlagenen Anlagen kann die nationale Regulierungsbehörde die Verpflichtungen aufheben, nachdem sie sich vergewissert hat, dass der Zugangsanbieter:

- a) geeignete Voraussetzungen für die Migration geschaffen hat, einschließlich der Bereitstellung eines alternativen Zugangsprodukts mindestens vergleichbarer Qualität wie mit der herkömmlichen Infrastruktur, mit dem Zugangsnachfrager dieselben Endnutzer erreichen können, und*
- b) die Bedingungen und das Verfahren, die der nationalen Regulierungsbehörde gemäß diesem Artikel mitgeteilt wurden, eingehalten hat.“*

Bei den potentiell aufzuhebenden Verpflichtungen kann es sich dabei mit Blick auf die Regelungssystematik sinnvollerweise nur um die in Abs. 1 genannten „Verpflichtungen gemäß den Artikeln 68 bis 80“ handeln, denen die Teile des Netzes unterliegen, die außer Betrieb genommen oder durch neue Infrastrukturen ersetzt werden sollen, also um die marktmachtabhängigen Vorabverpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur. Deren Aufhebung selbst „erfolgt“ schließlich Art. 81 Abs. 2 UAbs. 3 des Kommunikationskodex zufolge „nach den Verfahren gemäß den Artikeln 23, 32 und 33“, also nach dem Konsultations- (Art. 23 des Kodex) und dem Konsolidierungsverfahren (Art. 32, 33 des Kodex).³⁶

Insoweit stellen sich damit in Bezug auf den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung zwei Fragen: Räumt Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 des Kommunikationskodex der nationalen Regulierungsbehörde einen Entscheidungsspielraum (in Form eines Ermessens im Sinne der deutschen Verwaltungsrechtsterminologie) ein, ob sie die bestehenden Vorabverpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur aufhebt, oder handelt es sich um eine gebundene Entscheidung, wenn die in Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 lit. a und b des Kodex genannten Voraussetzungen vorliegen (dazu sogleich, unter 1.). Und welche Gesichtspunkte können bei einer solchen Entscheidung berücksichtigt werden,

³⁵ Die Richtlinie spricht hier etwas unklar von „aufgerüsteter“ Netzinfrastruktur, was den Weiterbetrieb der bisherigen und lediglich technisch optimierten Netzinfrastruktur zu implizieren scheint. Zugleich ist aber auch von „entfernten Elemente[n]“ die Rede, was deutlich macht, dass es hier in systematischer Übereinstimmung mit Art. 81 Abs. 1 des Kodex um die Ersetzung von Teilen des Netzes durch neue Infrastruktur geht.

³⁶ Siehe auch *Kühling*, in: Ruffert, Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, 2. A., 2020, § 4 Rn. 133 (S. 192); *Wolfram* (Fn. 4), § 34 Rn. 41.

sollte hier ein diesbezüglicher Spielraum der nationalen Regulierungsbehörde bestehen (dazu unten, unter 2.)?

1. Ermessensspielraum bei der Entscheidung über die Aufhebung der Vorabverpflichtungen?

Zu klären ist also zunächst, ob Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 des Kommunikationskodex einen Ermessensspielraum der nationalen Regulierungsbehörde bei der Entscheidung über die Aufhebung der Vorabverpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur vorsieht. Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist der genaue Regelungsgehalt von Bestimmungen des Unionsrechts dabei unter Berücksichtigung nicht nur ihres Wortlauts, sondern auch ihres Regelungszusammenhangs und der mit ihnen verfolgten Ziele zu ermitteln.³⁷ Auch die Entstehungsgeschichte einer Vorschrift des Unionsrechts kann relevante Anhaltspunkte für deren Auslegung liefern.³⁸

a) Grammatikalische Auslegung (Wortlaut)

Dem Richtlinienwortlaut zufolge setzt eine Aufhebung der Verpflichtungen zur Gewährung des Zugangs zur Altinfrastruktur voraus, dass ein geeigneter Alternativzugang bereitgestellt wird und der transparente Migrationsprozess ankündigungsgemäß durchgeführt wurde. Wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, werden Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 des Kommunikationskodex zufolge die Zugangsverpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur aber nicht etwa automatisch aufgehoben. Vielmehr sieht der Richtlinienwortlaut vor, dass die nationale Regulierungsbehörde die Zugangsverpflichtungen aufheben „kann“.

Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs kann wegen des Erfordernisses einer einheitlichen Anwendung des Unionsrechts die in einer der Sprachfassungen einer unionsrechtlichen Vorschrift verwendete Formulierung nicht als alleinige Grundlage für die Auslegung dieser Vorschrift herangezogen werden oder insoweit Vorrang vor den anderen sprachlichen Fassungen beanspruchen.³⁹ Die maßgebliche Bedeutung der Richtlinie ist daher grundsätzlich einer vergleichenden Betrachtung ihrer Fassungen in allen Amtssprachen der EU zu entnehmen.⁴⁰ Betrachtet man die anderen Sprachfassungen, ergibt sich jedoch kein von der deutschen Sprachfassung abweichendes Bild: Wie die deutsche Sprachfassung sehen etwa auch die englische („may withdraw“), die französische („peut retirer“), die italienische („può revocare“), die spanische („podrá retirar“), die niederländische („kan intrekken“), die schwedische („får ... upphäva“) und die polnische („może

³⁷ EuGH, MMR 2023, 267, 268 = ECLI:EU:C:2022:889, Rn. 36 (Urt. v. 17.11.2022 – Rs. C-243/21) – *TOYA*; ECLI:EU:C:2016:880, Rn. 19 (Urt. v. 16.11.2016 – Rs. C-2/15) – *DHL Express (Austria)*; ECLI:EU:C:2015:522, Rn. 28 (Urt. v. 2.9.2015 – Rs. C-127/14) – *Surmačs*; EWS 2009, 527, 531 = ECLI:EU:C:2009:716, Rn. 41 (Urt. v. 19.11.2009 – verb. Rs. C-402/07 und C-432/07) – *Sturgeon u. a.*; 2008, 483, 485 = ECLI:EU:C:2008:572, Rn. 15 (Urt. v. 16.10.2008 – Rs. C-298/07) – *deutsche internet versicherung*.

³⁸ EuGH, ECLI:EU:C:2016:880, Rn. 19 (Urt. v. 16.11.2016 – Rs. C-2/15) – *DHL Express (Austria)*; ECLI:EU:C:2015:522, Rn. 28 (Urt. v. 2.9.2015 – Rs. C-127/14) – *Surmačs*.

³⁹ EuGH, WRP 2023, 296, 297 f. = ECLI:EU:C:2022:949, Rn. 23 (Urt. v. 1.12.2022 – Rs. C-595/21) – *LSI – Germany*; EWS 2021, 234, 237 = ECLI:EU:C:2021:230, Rn. 37 (Urt. v. 24.3.2021 – Rs. C-950/19) – *A*; NJW 2009, 165, 167 = ECLI:EU:C:2008:551, Rn. 38 (Urt. v. 9.10.2008 – Rs. C-239/07) – *Sabatauskas u. a.*

⁴⁰ BVerwG, Buchholz 400 IFG Nr. 4, Rn. 25 (Urt. v. 24.5.2011 – Az. 7 C 6.10).

uchylí“) Sprachfassung vor, dass die nationale Regulierungsbehörde Verpflichtungen aufheben „kann“.

Der Begriff „kann“ deutet im juristischen Sprachgebrauch üblicherweise auf einen Entscheidungsspielraum der zuständigen Stelle, in der Regel in Form eines Ermessens, hin.⁴¹ Zwingend ist dies zwar nicht, da „kann“ auch im Sinne eines rechtlichen Dürfens („ist befugt“ oder „ist ermächtigt“)⁴² verstanden werden kann und dann zu einer rechtlich gebundenen Entscheidung ermächtigen könnte.⁴³ Dem Begriff kommt insoweit jedoch jedenfalls eine starke, nur durch gegenteilige Anhaltspunkte zu entkräftigende⁴⁴ Indizwirkung zu, was auch in der Unionsrechtsprechung Bestätigung findet.⁴⁵

b) Systematische Auslegung (Regelungszusammenhang)

Der für die Auslegung relevante Regelungszusammenhang bezieht sich zum einen auf den Artikel des Rechtsakts selbst, der die auslegungsbedürftige Regelung enthält (norminterne Systematik), vorliegend also auf die Vorschrift in Art. 81 des Kommunikationskodex zur Migration von herkömmlichen Infrastrukturen (siehe sogleich, unter aa)). Zum anderen bezieht sich der Regelungszusammenhang aber auch auf das Gesamtgefüge des betreffenden Rechtsakts und ggf. auch der Rechtsordnung insgesamt (normexterne Systematik), vorliegend also jedenfalls auf den Kommunikationskodex als solchen (siehe unten, unter bb)).

aa) Norminterne Systematik

Blickt man zunächst auf die norminterne Systematik von Art. 81 des Kodex, so steht die Entscheidung über die Aufhebung der Verpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur am Ende eines gestuften Prozesses. Dieser stellt sich jedenfalls bei bloßer Betrachtung des Wortlauts folgendermaßen dar:

⁴¹ Siehe etwa GA *Roemer*, Slg. 1972, 383, 385 = ECLI:EU:C:1972:41 (Schlussanträge v. 18.5.1972 – Rs. 46/71) – *Brandau/Rat*; BFH, Beschl. v. 27.9.2012 – Az. III R 40/09, Rn. 17 (juris); BSG, Urt. v. 18.10.2007 – Az. B 4 RS 25/07 R, Rn. 50 (juris); VG Bayreuth, Urt. v. 8.11.1995 – Az. B 1 K 95.298, Rn. 14 (juris); VG Weimar, Urt. v. 13.7.2005 – Az. 6 K 938/02.We, Rn. 27 (juris); siehe überdies zu Tarifverträgen BAG, Urt. v. 14.5.2019 – Az. 3 AZR 150/17, Rn. 27, wonach „Die Formulierung ‚kann‘ ... die Standardformulierung bei Einräumung von Ermessensspielräumen dar[stellt]“; vgl. auch entsprechende Ableitungen etwa bei BVerwG, Buchholz 402.242 § 11 AufenthG Nr. 15, Rn. 14 (Urt. v. 22.2.2017 – Az. 1 C 27.16); Buchholz 436.511 § 23 KJHG/SGB VIII Nr. 2 = Rn. 18 (juris) (Urt. v. 5.12.1996 – Az. 5 C 51.95).

⁴² BFH, Beschl. v. 27.9.2012 – Az. III R 40/09, Rn. 17 (juris).

⁴³ Siehe etwa BVerwG, Buchholz 406.11 § 35 BBauG Nr. 9, Rn. 10 (Urt. v. 29.4.1964 – Az. I C 30.62); BFH, Beschl. v. 27.9.2012 – Az. III R 40/09, Rn. 17 (juris); Urt. v. 13.11.1985 – Az. II R 208/82, Rn. 24 (juris); VG Weimar, Urt. v. 13.7.2005 – Az. 6 K 938/02.We, Rn. 27 (juris).

⁴⁴ Vgl. BFH, Beschl. v. 27.9.2012 – Az. III R 40/09, Rn. 17 (juris).

⁴⁵ Vgl. EuGH, ECLI:EU:C:2018:1016, Rn. 33 (Urt. v. 13.12.2018 – Rs. C-514/17) – *Sut*; ECLI:EU:C:2013:482, Rn. 43 f. (Urt. v. 18.7.2013 – Rs. C-499/11 P) – *Dow Chemical u. a. / Kommission*; entsprechend GA *Trstenjak*, ECLI:EU:C:2009:677, Tz. 208 (Schlussanträge v. 29.10.2009 – Rs. C-414/08 P) – *Sviluppo Italia Basilicata/Kommission*; siehe überdies GA *Wathelet*, ECLI:EU:C:2014:262, Tz. 47 (Schlussanträge v. 10.4.2014 – Rs. C-4/13) – *Fassbender-Firman*, dem zufolge „die Verwendung des Wortes ‚kann‘ ... klar anzeige[], dass die [vorgesehene Rechtsfolge] nicht zwingend ist“, die Vorschrift also zu ihr „ermächtigt, aber nicht verpflichtet“; siehe auch GA *Roemer*, Slg. 1972, 383, 385 = ECLI:EU:C:1972:41 (Schlussanträge v. 18.5.1972 – Rs. 46/71) – *Brandau/Rat*, dem zufolge das Wort „kann“ „in der Regel auf eine Ermessensbefugnis hin[deutet]“.

1. Zunächst unterrichtet das marktmächtige Unternehmen die nationale Regulierungsbehörde über seine Absicht, die herkömmliche Infrastruktur außer Betrieb zu nehmen oder zu ersetzen.
2. Daraufhin sorgt die nationale Regulierungsbehörde für einen transparenten Migrationsprozess und ermittelt alternative Zugangsprodukte in Bezug auf die neue Infrastruktur.
3. Dieser Migrationsprozess muss dann auch durchgeführt worden sei. Das ergibt sich aus Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 lit. b des Kodex. Danach hat sich die nationale Regulierungsbehörde vor der Entscheidung über die Aufhebung der Verpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur nämlich zu vergewissern, dass der Zugangsanbieter die Bedingungen und das Verfahren für den Migrationsprozess *eingehalten hat*.
4. Unter den in Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 des Kodex aufgeführten Bedingungen kann die nationale Regulierungsbehörde nun die Verpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur aufheben.

Wenn die nationale Regulierungsbehörde am Ende dieses gestuften Verfahrens entscheiden sollte, die Verpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur *nicht* aufzuheben, wäre damit eine deutliche Entwertung der vorherigen Verfahrensschritte verbunden.⁴⁶ Trotz Entwicklung geeigneter Alternativprodukte und Migration der Zugangsnachfrager in einem transparenten Prozess würde es dann bei den Zugangsverpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur bleiben. Um diesen entsprechen zu können, müsste das marktmächtige Unternehmen die herkömmliche Infrastruktur weiterbetreiben,⁴⁷ ggf. parallel zu einer neuen Infrastruktur,⁴⁸ obwohl jedenfalls die bisherigen Zugangsnachfrager zumindest grundsätzlich bereits auf diese migriert worden sind.

Das scheint zumindest auf den ersten Blick in einem Spannungsverhältnis zu der regulatorischen Einhegung der Außerbetriebnahme und Ersetzung von herkömmlichen Infrastrukturen zu stehen.⁴⁹ Der norminterne Regelungszusammenhang deutet daher eher darauf hin, dass es sich bei Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 des Kommunikationskodex um eine bloße rechtliche Ermächtigung zur Aufhebung der Vorabverpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur und damit um eine gebundene Entscheidung handelt.

bb) Normexterne Systematik

Betrachtet man Art. 81 des Kommunikationskodex demgegenüber im Gesamtgefüge der Richtlinie, verweist schon sein Abs. 1 auf den Zusammenhang mit den Art. 68 bis 80. Flankiert wird diese

⁴⁶ Vgl. auch *Fischer/Franz* (Fn. 8), § 34 TKG Rn. 42, denen zufolge die Aufhebung der bisherigen Regulierungsvorgabe aus Sicht des marktmächtigen Unternehmens gerade Zielsetzung des Migrationsprozesses ist.

⁴⁷ Siehe dazu oben, unter B. (S. 6).

⁴⁸ Etwas anderes würde vor allem in dem Fall gelten, dass das marktmächtige Unternehmen die herkömmliche Infrastruktur ersatzlos außer Betrieb nehmen will, was etwa in Glasfaserausbaugebieten von Wettbewerbsunternehmen zumindest theoretisch in Betracht kommen könnte.

⁴⁹ Siehe auch *Wolfram* (Fn. 4), § 34 Rn. 41 (Ausgestaltung als Kann-Bestimmung „überrascht“).

ausdrückliche Bezugnahme auf weitere Bestimmungen des Kodex durch die Vorgabe in Abs. 2 UAbs. 3, dass das Verfahren der Aufhebung gemäß den Art. 23, 32 und 33 zu erfolgen hat.

Art. 68 des Kommunikationskodex enthält die zentrale Bestimmung über die Auferlegung von markt-machtabhängigen Vorabverpflichtungen. Sie legt – gewissermaßen „vor die Klammer gezogen“ – allgemeine Grundsätze fest, die bei jeder Auferlegung von Verpflichtungen nach Art. 69 bis 80 des Kodex⁵⁰ zu beachten sind. Wesentliche Steuerungsvorgabe ist dabei nach Art. 68 Abs. 4 lit. a bis c des Kodex, dass die von den nationalen Regulierungsbehörden auferlegten Verpflichtungen problemsprechend, angemessen und im Hinblick auf die Regulierungsziele nach Art. 3 des Kodex gerechtfertigt sein müssen. Hiermit wird den nationalen Regulierungsbehörden ein weiter Abwägungsspielraum eingeräumt, innerhalb dessen sie die im konkreten Fall aufzuerlegenden Vorabverpflichtungen auswählen und ausgestalten können. Dieser im deutschen Telekommunikationsrecht als „Regulierungsermessen“ bezeichnete Spielraum schließt insbesondere auch die Entscheidung über die Auferlegung und Aufhebung von Vorabverpflichtungen angesichts neuer Marktentwicklungen mit ein, wie durch Art. 68 Abs. 6 UAbs. 2 S. 1 des Kommunikationskodex noch einmal bestätigt wird. Die in Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 des Kodex als Rechtsfolge vorgesehene Aufhebung der Vorabverpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur unterfällt daher regelungssystematisch eigentlich dem Regulierungsermessen der nationalen Regulierungsbehörde. Das spricht tendenziell für die Annahme, dass dieser Ermessensspielraum auch hier jedenfalls grundsätzlich gewahrt bleiben soll.

Diese Annahme ist freilich nicht zwingend. Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 des Kommunikationskodex könnte vielmehr gerade eine Einschränkung des (Regulierungs-) Ermessens bezwecken. Eine solche Regelung findet sich insbesondere in Art. 76 Abs. 2 UAbs. 1 des Kodex. Danach darf die nationale Regulierungsbehörde unter bestimmten Voraussetzungen keine zusätzlichen Verpflichtungen gemäß Art. 68 des Kodex in Bezug auf die von Verpflichtungszusagen für Ko-Investitionen betroffenen Elemente eines neuen Netzes mit sehr hoher Kapazität auferlegen. Allerdings spricht gerade diese Vorschrift regelungssystematisch letzten Endes gegen die Annahme, bei der Aufhebungsentscheidung in Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 des Kodex könnte es sich um eine gebundene Entscheidung handeln. Denn im Gegensatz zu der dort vorgesehenen „kann“-Formulierung enthält Art. 76 Abs. 2 UAbs. 1 des Kodex gerade ein ausdrücklich als solches gefasstes Gebot (bzw. Verbot). Und selbst im Anwendungsbereich dieser eigentlich bindenden Regelung werden ausnahmsweise Abhilfemaßnahmen im Falle erheblicher Wettbewerbsprobleme zugelassen, die anderenfalls nicht gelöst werden könnten (Art. 76 Abs. 2 UAbs. 3 des Kodex). Eine solche Ausnahmeregelung enthält Art. 81 Abs. 2 des Kommunikationskodex nicht. Dann wäre aber umso eher eine ausdrückliche Verpflichtung zur Aufhebung der Verpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur zu erwarten gewesen.

Auch die in Art. 81 Abs. 2 UAbs. 3 des Kodex enthaltenen Verfahrensregelungen sprechen gegen die Annahme einer gebundenen Aufhebungsentscheidung. Eine Konsultation der interessierten Kreise auf nationaler Ebene nach Art. 23 des Kodex und das unionale Konsolidierungsverfahren nach Art. 32 f. des Kodex ergeben nur Sinn, wenn die jeweils erfolgenden Stellungnahmen

⁵⁰ Ausgeklammert sind die spezifischen Regelungen über Zustellungsentgelte in Art. 75 des Kodex. Diese Differenzierung soll vorliegend allein aus Gründen der Komplexitätsreduktion und in Einklang mit der pauschalen Bezugnahme auf Art. 68 bis 80 in Art. 81 Abs. 1 des Kodex ausgeblendet bleiben.

inhaltlichen Einfluss auf die beabsichtigte Entscheidung haben können. Sāhe Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 des Kodex eine gebundene Entscheidung vor, dann wāre der Inhalt der Entscheidung – die Aufhebung der Verpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur – aber bindend vorgegeben. Die Stellungnahmen auf nationaler und unionaler Ebene kōnnten dann nur noch als Rechtmāẓigkeitskontrolle dienen, also zur Beurteilung der Frage, ob der Zugangsanbieter geeignete Voraussetzungen fūr die Migration geschaffen und die Bedingungen und das Verfahren fūr den Migrationsprozess eingehalten hat. Das entspricht aber nicht ihrer eigentlichen Funktion. Diese besteht im Falle des Konsultationsverfahrens vielmehr darin, die Ansichten der interessierten Kreise in die Entscheidungsfindung einzubeziehen.⁵¹ Und das Konsolidierungsverfahren zielt darauf, eine kohārente Regulierungspraxis und die einheitliche Anwendung der unionsrechtlichen Vorgaben sicherzustellen.⁵² Beides reicht ūber eine reine Rechtmāẓigkeitskontrolle hinaus und wāre bei einer gebundenen Aufhebungsentscheidung ohne Bedeutung. Dementsprechend hat gerade auch der deutsche Gesetzgeber fūr die Beurteilung, ob die Migrationsvoraussetzungen angemessen sind, eine vorgelagerte Stellungnahmemōglichkeit der interessierten Parteien geschaffen (§ 34 Abs. 3 TKG), die ausdrūcklich von der Durchfōhrung des Konsultations- und Konsolidierungsverfahrens fūr den Widerruf der Verpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur (§ 34 Abs. 5 S. 2 TKG) unterschieden wird.

Die normexterne Systematik spricht daher gegen die Annahme, dass die nationalen Regulierungsbehōrden bei Vorliegen der Voraussetzungen verpflichtet sind, die Verpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur aufzuheben, und deutlich fūr ein entsprechendes Ermessen.

c) Genetische Auslegung (Entstehungsgeschichte)

Im Rahmen der genetischen Auslegung⁵³ kōnnen zunāchst die von der EU-Kommission – jenseits der Erwāgungsgrūnde – gegebenen Begrūndungen zu ihrem ursprūnglichen Vorschlag berūcksichtigt werden, da sie Grundlage fūr die Meinungsbildung im Rat und im Europāischen Parlament sind.⁵⁴ Ihnen ist daher zu entnehmen, was die EU-Kommission als Initiatorin des Rechtssetzungsverfahrens beabsichtigte⁵⁵ und was mōglicherweise auch der Rat und das Europāische Parlament in Ūbernahme des Kommissionsvorschlags bezweckten.⁵⁶ Aber auch die jeweiligen Stellungnahmen der am Rechtssetzungsprozess beteiligten Unionsorgane kōnnen bei der Norminterpretation anhand der Entstehungsgeschichte berūcksichtigt werden.⁵⁷

Die nunmehr in Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 des Kommunikationskodex enthaltene Regelung war im ursprūnglichen Kommissionsvorschlag⁵⁸ – dort als Art. 78 Abs. 2 UAbs. 2 – weitgehend bereits so

⁵¹ Siehe Erwāgungsgrund 81 S. 1 des Kodex.

⁵² Siehe Erwāgungsgrūnde 85 f. des Kodex; *Gurlit*, in: Sācker/Kōrber (Fn. 8), § 12 TKG Rn. 19.

⁵³ Die folgenden Ausfōhrungen beruhen z. T. auf *Koenig/Loetz/Neumann*, Die Novellierung des Telekommunikationsgesetzes, 2003, S. 28.

⁵⁴ *Lutter*, JZ 1992, 593, 600.

⁵⁵ *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. A., 2022, Art. 19 EUV Rn. 29; *Lutter*, JZ 1992, 593, 600.

⁵⁶ Sogar noch weitergehend *Lutter*, JZ 1992, 593, 600.

⁵⁷ Vgl. EuGH, ECLI:EU:C:1977:175, Rn. 7/12 (Urt. v. 8.11.1977 – Rs. 36/77) – *AIMA*; siehe auch (z. T. einschrānkend) *Wegener* (Fn. 55), Art. 19 EUV Rn. 29.

⁵⁸ Kommission, Vorschlag fūr eine Richtlinie ūber den europāischen Kodex fūr die elektronische Kommunikation (Neufassung), COM (2016) 590 final.

formuliert wie in der dann verabschiedeten Fassung. Insbesondere war auch vorgesehen, dass die nationale Regulierungsbehörde die Verpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur aufheben „kann“, nachdem sie sich vergewissert hat, dass die diesbezüglichen Voraussetzungen vorliegen.

Die weitergehende Begründung weist lediglich darauf hin, dass die Vorschrift „klar[stelle], welche Rolle die nationalen Regulierungsbehörden bei der Begleitung von Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht spielen, die von herkömmlichen Netzen zu neuen Netzen übergehen (z. B. bei der Aufgabe herkömmlicher Kupferkabelnetze), als Mittel zur weiteren Unterstützung des Übergangs zu neuen Netzen“.⁵⁹ Wie diese Rolle im Einzelnen ausgestaltet werden sollte, ist der zusätzlichen Begründung des Kommissionsentwurfs nicht zu entnehmen.

Im weiteren Rechtssetzungsverfahren ging es dem Rat der EU in erster Linie darum, den zuvor auf die „Außerbetriebnahme“ von Anlagen beschränkten Anwendungsbereich auf deren Ersetzung durch neuere Netzelemente zu erweitern.⁶⁰ Hierzu ist es dann auch gekommen. Die Diskussion im Europäischen Parlament drehte sich demgegenüber vor allem um die Auswahlmöglichkeiten der Zugangsnachfrager bei einer Migration auf die neue Netzinfrastruktur.⁶¹ Auch die in diesem Zusammenhang geforderte Klarstellung, dass die Qualität des Alternativprodukts mindestens mit der des bisherigen Zugangsprodukts übereinstimmen muss, wurde in den finalen Richtlinienentwurf übernommen.

Erst im Trilogverfahren wurde der auf den jetzigen Art. 81 des Kommunikationskodex bezogene Erwägungsgrund um folgenden Satz (3) ergänzt:⁶²

„Netzeigentümer sollten jedoch die Möglichkeit haben, herkömmliche Netze außer Betrieb zu nehmen.“

Dieser Satz könnte dafür sprechen, dass die Entscheidung über die Außerbetriebnahme der herkömmlichen Netze letzten Endes bei den Netzeigentümern liegen soll. Ein Ermessen der nationalen Regulierungsbehörde in Bezug auf die Aufhebung der diese Infrastruktur betreffenden Vorabverpflichtungen stünde hierzu jedenfalls in einem gewissen Spannungsverhältnis. Zwingend ist ein solches Verständnis jedoch nicht. Denn diese Möglichkeit besteht ohnehin nur unter bestimmten Voraussetzungen, insbesondere der Einhaltung eines transparenten Migrationsprozesses und der Verfügbarkeit geeigneter Alternativzugangserzeugnisse. Der eingefügte Satz kann daher von vornherein nur so verstanden werden, dass diese Möglichkeit nur nach Maßgabe bestimmter telekommunikationsrechtlicher Vorgaben besteht. Hierzu kann dann ohne weiteres auch eine entsprechende Ermessensausübung der nationalen Regulierungsbehörde gehören. Der genaue Hintergrund der Ergänzung ist in den Materialien zum Rechtssetzungsprozess jedenfalls – soweit ersichtlich – nicht

⁵⁹ Kommission (Fn. 58), COM (2016) 590 final, S. 19.

⁶⁰ Siehe etwa Vorsitz des Rates der EU, Examination of the Presidency text v. 22.9.2017 – 12290/1/17 REV 1, S. 10 Rn. 65 und S. 307 f.; Examination of the Presidency text (Access) v. 1.9.2017 – 11777/17, S. 80 f.; Examination of the Presidency text (Access) v. 16.5.2017 – 9325/17, S. 79 f.; Examination of the Presidency text (Access) v. 5.5.2017 – 8751/17, S. 78 f.; Examination of the Presidency text v. 31.3.2017 – 7721/17, S. 71.

⁶¹ Ausschuss für Industrie, Forschung und Energie, Bericht v. 19.10.2017 – A8-0318/2017, S. 84 und 231.

⁶² Generalsekretariat des Rates, Outcome of proceedings v. 29.6.2018 – 10692/18, S. 110.

dokumentiert. Zu spezifischen Änderungen am Normtext von Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 des Kodex führte sie nicht.⁶³ Letzten Endes dürfte der Satz mit der Betonung der Interessen der Netzeigentümer (als Gegenpunkt zu den im Anschluss betonten Interessen der Zugangsnachfrager) Ausdruck des besonderen Kompromiss- und Verhandlungscharakters sein, der den unionalen Rechtssetzungsprozess prägt und zur Folge hat, dass der genetischen Auslegung im Unionsrecht bisweilen eine nur untergeordnete Bedeutung beigemessen wird.⁶⁴

Im Ergebnis bleibt die Entstehungsgeschichte von Art. 81 des Kodex damit ohne größeren Erkenntniswert für die hier auslegungsrelevante Frage, ob dessen Abs. 2 UAbs. 2 einen Entscheidungsspielraum der nationalen Regulierungsbehörden vorsieht.

d) Teleologische Auslegung (Ziel)

In seiner Rechtsprechung betont der Europäische Gerichtshof schließlich, dass die Begriffe einer Bestimmung des Unionsrechts so ausgelegt werden müssen, dass sie zur Erreichung der mit ihr und dem jeweiligen Rechtsakt verfolgten Ziele tatsächlich beitragen können.⁶⁵

aa) Erwägungsgrund 209

Bei der Ermittlung des jeweiligen Regelungszwecks kommt vor allem den Erwägungsgründen große Bedeutung zu.⁶⁶ Dabei geben die Erwägungsgründe in geraffter Form Aufschluss über die Zielorientierung und die Hintergründe des Rechtssetzungsvorhabens und verdienen daher bei der Ermittlung von Sinn und Zweck einer Vorschrift des Sekundärrechts besondere Beachtung.⁶⁷ Die Begründungserwägungen sind aber als solche rechtlich nicht verbindlich und können daher weder herangezogen werden, um von den Bestimmungen des betreffenden Rechtsakts abzuweichen, noch, um diese Bestimmungen in einem Sinne auszulegen, der ihrem Wortlaut offensichtlich widerspricht.⁶⁸ Auch können sie Aussagen enthalten, die lediglich der Beschreibung und Klarstellung dienen.⁶⁹

Die in Art. 81 des Kommunikationskodex enthaltene Bestimmung wird in Erwägungsgrund 209 näher erläutert:

„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

⁶³ Siehe Generalsekretariat des Rates, Outcome of proceedings v. 29.6.2018 – 10692/18, S. 110 und 329 f.

⁶⁴ Vgl. dazu insgesamt Wegener (Fn. 55), Art. 19 EUV Rn. 29.

⁶⁵ EuGH, ECLI:EU:C:1988:424, Rn. 27 (Urt. v. 20.9.1988 – Rs. 190/87) – *Oberkreisdirektor des Kreises Borken u. a./Moormann*; ECLI:EU:C:1988:422, Rn. 11 (Urt. v. 20.9.1988 – Rs. 31/87) – *Beentjes/Niederländischer Staat*.

⁶⁶ Gärditz, N&R-Beilage 2/2011, 1, 18; Wegener (Fn. 55), Art. 19 EUV Rn. 32.

⁶⁷ BVerwG, Buchholz 442.066 § 47 TKG Nr. 3, Rn. 38 (Urt. v. 25.7.2012 – Az. 6 C 14.11); siehe etwa EuGH, EWS 2009, 527, 531 = ECLI:EU:C:2009:716, Rn. 42 (Urt. v. 19.11.2009 – verb. Rs. C-402/07 und C-432/07) – *Sturgeon u. a.*; ECLI:EU:C:1997:241, Rn. 21 (Urt. v. 15.5.1997 – Rs. C-355/95 P) – *TWD/Kommission*.

⁶⁸ EuGH, ECLI:EU:C:2014:2013, Rn. 31 (Urt. v. 19.6.2014 – Rs. C-345/13) – *Karen Millen Fashions*; ECLI:EU:C:2005:716, Rn. 32 (Urt. v. 24.11.2005 – Rs. C-136/04) – *Deutsches Milch-Kontor*.

⁶⁹ BVerwG, Buchholz 442.066 § 47 TKG Nr. 3, Rn. 38 (Urt. v. 25.7.2012 – Az. 6 C 14.11).

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.“

Dieser Erwägungsgrund enthält mehrere potentiell relevante Auslegungshinweise.

aaa) Spezifische Aussagen zur Aufhebung der Zugangsverpflichtungen (S. 2)

Insbesondere bezieht sich Satz 2 ausdrücklich auf die hier in Rede stehende Aufhebung der Zugangsverpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur.

Er spricht, erstens, von einer diesbezüglichen Befugnis der nationalen Regulierungsbehörden, und zwar unabhängig von der jeweiligen Sprachfassung.⁷⁰ Das deutet wie schon der Wortlaut der Vorschrift selbst („kann“) darauf hin, dass den nationalen Regulierungsbehörden hier eine rechtliche Gestaltungsmacht eingeräumt und keine zwingende Rechtsfolge normiert werden sollte. Ebenfalls wie beim Wortlaut von Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 des Kodex selbst ist dieses Verständnis aber nicht zwingend. Denn gerade auch in den Fällen, in denen das „kann“ ausnahmsweise als Vorgabe einer gebundenen Entscheidung gelesen wird, verweist die Rechtsprechung bisweilen explizit darauf, dass es sich um die Einräumung einer Befugnis (in Abgrenzung zu einem weitergehenden Ermessen) handele.⁷¹

Des Weiteren besteht S. 2 des Erwägungsgrunds zufolge diese Befugnis zur Aufhebung der Vorabverpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur, „sobald ein angemessener Migrationsablauf feststeht und sichergestellt ist, dass die Bedingungen und der Prozess für die Migration von

⁷⁰ Siehe die englische („should be empowered“), die französische („devraient être habilitées“), die italienische („dovrebbero avere la facoltà“), die spanische („deben estar facultadas“), die niederländische („moeten ... de bevoegdheid“), die schwedische („bör ... ha befogenhet“) und die polnische („być uprawnione“) Sprachfassung.

⁷¹ Siehe den Nachweis in Fn. 42.

herkömmlichen Infrastrukturen eingehalten werden“. Das deckt sich in seinem zweiten Teil nicht ohne weiteres mit dem Wortlaut der Richtlinienvorschrift selbst. Diesem zufolge muss sich die nationale Regulierungsbehörde nämlich vergewissert haben, dass der Zugangsnachfrager „die Bedingungen und das Verfahren, die der nationalen Regulierungsbehörde gemäß diesem Artikel mitgeteilt wurden, eingehalten hat“. Während der Erwägungsgrund hier eine eher aus der Gegenwart blickende Perspektive einnimmt („eingehalten werden“), ist Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 lit. b des Kodex eher im Rückblick formuliert („eingehalten hat“).

Vor allem aber benennt S. 2 des Erwägungsgrunds, drittens, ausdrücklich das Ziel, das mit der Befugnis zur Aufhebung der Verpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur verfolgt wird. Sie soll nämlich dazu dienen, „unnötige Verzögerungen bei der Migration zu vermeiden“. Woraus sich dieser spezifische Verzögerungsvermeidungseffekt ergeben soll, wird dabei jedoch nicht näher erläutert. Auch diese Zielvorgabe selbst bedarf daher der Auslegung.

Grundsätzlich würde es dem marktmächtigen Unternehmen erschwert, alle Zugangsnachfrager (und die von diesen versorgten Endnutzer) auf die neue Infrastruktur zu migrieren, solange es noch verpflichtet ist, Zugang zu der herkömmlichen Infrastruktur zu gewähren. Die Aufhebung der Zugangsverpflichtungen beseitigt dieses Migrationshindernis. Es spricht daher prima facie viel dafür, dass es sich hierbei um den Verzögerungsvermeidungseffekt handelt, der in S. 2 des Erwägungsgrunds angesprochen ist. Allerdings bleibt bei einer solchen Lesart dunkel, warum es dafür der Regelung in Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 des Kommunikationskodex bedurfte. Denn nach Art. 68 Abs. 6 des Kodex ist die nationale Regulierungsbehörde ohnehin befugt (und verpflichtet), die Auswirkungen neuer Marktentwicklungen von Bedeutung für die Wettbewerbsdynamik zu berücksichtigen (UAbs. 1) und ggf. unverzüglich die bestehenden Vorabverpflichtungen im Lichte dieser Entwicklungen anzupassen (UAbs. 2). Insoweit dürfte es im Übrigen auch keine Rolle spielen, ob man S. 2 des Erwägungsgrunds mit Blick auf die zeitliche Perspektive, die in ihm zum Ausdruck kommt, als Hinweis darauf verstehen will, dass die Aufhebung der Verpflichtungen bereits vor Vollendung des Migrationsprozesses erfolgen kann.⁷² Schon der Abschluss entsprechender Migrationsverträge kann eine neue Marktentwicklung i. S. v. Art. 68 Abs. 6 UAbs. 1 des Kodex sein, wie die ausdrückliche Bezugnahme auf Entwicklungen „im Zusammenhang mit kommerziellen Vereinbarungen“ bestätigt. Abhängig von ihrer Ausgestaltung und Belastbarkeit können also bereits solche Vereinbarungen und nicht erst ihre vollständige Umsetzung Anlass für Änderungen des regulatorischen Rahmens sein.

Bedürfte es also überhaupt keiner zusätzlichen Regelung, um durch eine Aufhebung bestehender Verpflichtungen zur Gewährung des Zugangs zur herkömmlichen Infrastruktur bestehende Migrationshindernisse zu beseitigen, stellt sich die Frage, wie S. 2 des Erwägungsgrunds und die Bestimmung in Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 des Kommunikationskodex in der Zusammenschau zu verstehen sind.

Nicht von vornherein ausgeschlossen wäre zunächst, dass Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 des Kodex rein *deklaratorische Wirkung* hat. Zwar kann einerseits nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber in sinnwidriger Weise etwas weithin Überflüssiges normiert.⁷³ Andererseits ist es dem Gesetzgeber aber auch unbenommen, rein klarstellende Regelungen zu erlassen. Für eine solche

⁷² So namentlich *Franz*, N&R 2020, 86, 88 f.

⁷³ BGH, NJW 2009, 2120, 2122 Rn. 22 (Urt. v. 27.3.2009 – Az. V ZR 30/08).

rein deklaratorische Bestimmung könnte insbesondere auch sprechen, dass in der Begründung des Kommissionsentwurfs die Regelung in Art. 81 des Kodex ausdrücklich als Klarstellung der regulierungsbehördlichen Rolle bei der Migration von herkömmlichen zu neuen Netzen bezeichnet wurde.⁷⁴ Die Annahme einer nur klarstellenden Funktion könnte allerdings nicht erklären, warum die Befugnis zur Aufhebung der Verpflichtungen an die in Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 lit. b des Kodex normierten Voraussetzungen geknüpft ist. Diese gehen vielmehr über das Entscheidungsprogramm aus Art. 68 (Abs. 6) des Kodex hinaus.

Stellt Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 des Kommunikationskodex also nicht lediglich die bereits bestehenden Befugnisse der nationalen Regulierungsbehörden klar, könnte die Regelung in gerade umgekehrter Stoßrichtung auch als *Verpflichtung* zu verstehen sein, die Verpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur aufzuheben, sofern die tatbestandlichen Voraussetzungen gegeben sind. Hiermit würde sichergestellt, dass die in S. 2 des Erwägungsgrunds avisierte Vermeidung von Verzögerungen stets erreicht wird. Das wäre prima facie ein aus dem „effet utile“-Gedanken gespeistes teleologisches Argument gegen die Annahme eines Ermessensspielraums. Ein solches Verständnis könnte aber nicht die Widersprüche im Regelungszusammenhang erklären, die sich bei einer bindenden Rechtsfolge ergeben würden, insbesondere den systematischen Bruch zu dem ansonsten von Entscheidungsspielräumen der nationalen Regulierungsbehörden geprägten Rechtsrahmen und die praktisch vollständige Entwertung der nationalen und transnationalen Einhegung der Entscheidungsfindung durch die ausdrückliche Bezugnahme auf die Verfahren nach Art. 23, 32 und 33 des Kodex in Art. 81 Abs. 2 UAbs. 3 des Kodex.⁷⁵

Der erklärte Regelungszweck und die Regelungssystematik lassen sich aber in Einklang bringen, wenn man Art. 81 des Kommunikationskodex als Spezialregelung für die regulatorische Behandlung der Migration von herkömmlichen Infrastrukturen versteht, die das allgemeine System ergänzt und insoweit als *lex specialis* teilweise verdrängt.⁷⁶ Eine solche Sichtweise spiegelt sich letzten Endes auch in der Begründung des ursprünglichen Kommissionsentwurfs wider, wenn es dort heißt, dass die Vorschrift die Rolle der nationalen Regulierungsbehörden bei der Migration von herkömmlichen Netzen zu neuen Netzen klarstelle.⁷⁷

Art. 81 Abs. 2 UAbs. 1 des Kodex enthält bei einem solchen Verständnis eine spezifische Befugnis der nationalen Regulierungsbehörden. Diese ist durch die Besonderheiten des vom Initiativrecht des Netzbetreibers abhängigen Migrationsverfahrens bedingt und spiegelt sich so nicht in den Vorschriften der Art. 68 ff. des Kodex wider.

Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 des Kodex greift dann die allgemein in Art. 68 Abs. 6 des Kodex geregelte Befugnis der Bundesnetzagentur zur Änderung der bestehenden Vorabverpflichtungen des markt-mächtigen Unternehmens auf. Die Vorschrift stellt dabei aber zum einen mit Bindungswirkung für die Regulierungsbehörden klar, dass – unabhängig von der Anwendung der allgemeinen Bestimmung in Art. 68 Abs. 6 UAbs. 1 des Kodex – die Ankündigung und Durchführung eines Migrationsprozesses eine Marktentwicklung ist, die zu Änderung des regulatorischen Rahmens führen kann.

⁷⁴ Siehe oben, unter c) (S. 16).

⁷⁵ Vgl. hierzu ausführlich oben, unter b) bb) (S. 13 ff.).

⁷⁶ Im Ergebnis in diese Richtung wohl auch das Gremium europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK), Report on a consistent approach to migration and copper switch-off, BoR (22) 69, S. 25.

⁷⁷ Siehe erneut oben, unter c) (S. 16).

Die ausdrückliche Eröffnung der Änderungsmöglichkeit in diesen Fällen dient somit dem in Erwägungsgrund 209 S. 2 des Kodex erklärten Ziel, unnötige Verzögerungen des Migrationsprozesses zu verhindern. Zum anderen stellt Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 des Kodex mit Bindungswirkung für die Regulierungsbehörden aber eben auch klar, dass – wiederum unabhängig von der Anwendung der allgemeinen Bestimmung in Art. 68 Abs. 6 UAbs. 2 des Kodex – eine Änderung nur in Betracht kommt, wenn die in Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 lit. a und b des Kodex normierten Voraussetzungen erfüllt sind. Damit wird sichergestellt, dass der angemessene Migrationsablauf, auf den die nationalen Regulierungsbehörden nach Erwägungsgrund 209 S. 1 zu achten haben, den vom Richtliniengesetzgeber für erforderlich erachteten Anforderungen genügt. Die Vorschrift konditioniert mithin das Regulierungsermessen bei der Entscheidung über die Aufhebung von Vorabverpflichtungen in Bezug auf herkömmliche Infrastruktur und sperrt insoweit auch den Rückgriff auf Art. 68 Abs. 6 des Kodex, beseitigt es aber eben nicht. In ein solches Verständnis fügt sich dann auch zwanglos die prozedurale Verweisung auf die Verfahren nach Art. 23, 32 und 33 des Kodex in Art. 81 Abs. 2 UAbs. 3 des Kodex. Diese erweist sich insoweit als Spezialregelung gegenüber Art. 68 Abs. 6 UAbs. 2 S. 2 des Kodex. Legt eine nationale Regulierungsbehörde die Regeln für die Kupfer-Glasfaser-Migration entsprechend einer in der EU verbreiteten Praxis ohnehin im Rahmen eines allgemeinen Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens fest,⁷⁸ erfolgt die Ermessenskonditionierung durch Art. 81 des Kodex entsprechend auf dieser Ebene.

bbb) Möglichkeit zur Außerbetriebnahme herkömmlicher Netze (S. 3)

Fraglich ist, ob sich weitere Rückschlüsse auf den Regelungszweck von Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 des Kommunikationskodex aus dem unmittelbar an den vorstehend analysierten Satz anschließenden S. 3 des 209. Erwägungsgrunds ziehen lassen. Diesem zufolge „sollten“ „Netzeigentümer ... jedoch die Möglichkeit haben, herkömmliche Netze außer Betrieb zu nehmen“. Es wurde bereits im Rahmen der genetischen Auslegung dargelegt, dass dieser Satz einerseits in einem gewissen Spannungsverhältnis zu Entscheidungsspielräumen der nationalen Regulierungsbehörde steht, auf deren Grundlage eine solche Außerbetriebnahme verhindert werden könnte.⁷⁹ Andererseits ergibt sich aber aus dem Normtext des Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 des Kodex, dass jedenfalls die Aufhebung von Zugangsverpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur und damit letzten Endes auch die Möglichkeit zur Außerbetriebnahme dieser Infrastruktur nur unter den dort in lit. a und b normierten Voraussetzungen in Betracht kommt. S. 3 von Erwägungsgrund 209 kann also nicht entnommen werden, dass die Außerbetriebnahme der herkömmlichen Netze allein vom Willen der Netzeigentümer abhängen soll. So verstanden stünde die Aussage in dem Erwägungsgrund vielmehr nicht im Einklang mit der eigentlichen Richtlinienbestimmung und wäre daher für deren Interpretation unbeachtlich.⁸⁰ Er könnte lediglich darauf hindeuten, dass es der Netzeigentümer letzten Endes durch sein eigenes Verhalten in der Hand haben muss, die Außerbetriebnahme der herkömmlichen Netze herbeizuführen. Dem stünden regulatorische Maßnahmen entgegen, auf deren Grundlage die Außerbetriebnahme absolut ausgeschlossen oder vom Verhalten Dritter abhängig wäre.

⁷⁸ Siehe dazu GEREK (Fn. 76), BoR (22) 69, S. 11.

⁷⁹ Vgl. hierzu und zum Folgenden oben, unter c) (S. 16).

⁸⁰ Siehe die Nachweise in Fn. 68.

ccc) *Interesse der Endnutzer (S. 1)*

Von Bedeutung für die teleologische Auslegung könnte schließlich noch S. 1 von Erwägungsgrund 209 des Kommunikationskodex sein. Dort wird zum Ausdruck gebracht, dass die Einbindung der nationalen Regulierungsbehörden in den Migrationsprozess diesen begünstigen soll, um damit wiederum dem Interesse der Endnutzer zu dienen. Diese finale Ausrichtung an den Endnutzerinteressen spricht dafür, ihnen bei der Auslegung und Umsetzung von Art. 81 des Kodex ein entsprechend hohes Gewicht beizumessen.⁸¹ Die in Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 des Kodex normierten Voraussetzungen für eine Aufhebung der Vorabverpflichtungen beziehen sich aber – und das auch nur eher indirekt – lediglich auf die Interessen derjenigen Endnutzer, die an die herkömmliche Infrastruktur angeschlossen sind und so unmittelbar von der Migration betroffen wären. Das Ziel, den Migrationsprozess zu begünstigen und auf diese Weise dem Interesse der Endnutzer zu dienen, kann es aber – je nach den mitgliedstaatlichen Marktgegebenheiten – erforderlich oder zumindest zweckmäßig machen, den Umgang des marktmächtigen Unternehmens mit der herkömmlichen Infrastruktur auch *jenseits* der Gebiete zu betrachten, in denen es die Migration selbst anstrebt. Das zeigt sich gerade in der vorliegend betrachteten Konstellation in Deutschland, in der das marktmächtige Unternehmen in den Glasfaserausbaugebieten seiner Wettbewerber einen starken Anreiz hat, die Migration auf diese neue Netzinfrastruktur so lange wie möglich hinauszuzögern.⁸²

Sollte es möglich sein, durch die Entscheidung über die Aufhebung der Verpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur den Migrationsprozess auch in anderen Gebieten zu begünstigen, könnte das – je nach Ausgestaltung – dem Interesse der Endnutzer und damit der in Erwägungsgrund 209 S. 1 zum Ausdruck gebrachten generellen Zielsetzung von Art. 81 des Kodex dienen. Diese Möglichkeit würde von vornherein ausgeschlossen, wenn man davon ausgehen würde, dass es sich bei dieser Aufhebungsentscheidung um eine – bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen – gebundene Entscheidung handelt. Auch der auf die Förderung des Endnutzerinteresses gerichtete Regelungszweck von Art. 81 des Kodex spricht damit für die Annahme eines Spielraums der nationalen Regulierungsbehörden bei der Entscheidung über die Aufhebung der Verpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur, in dessen Rahmen auch der Migrationsprozess jenseits der unmittelbar betroffenen Infrastruktureile berücksichtigt werden kann.

bb) *Allgemeine Regulierungsziele (Art. 3 des Kommunikationskodex)*

Neben die spezifischen Zielsetzungen einer konkreten Rechtsvorschrift treten regelmäßig allgemeine Zielsetzungen, die mit dem Rechtsakt verfolgt werden. Diese werden von den spezifischen Zielsetzungen der Vorschrift überlagert, nicht aber zwingend vollständig verdrängt. Vielmehr lassen sich ihnen in aller Regel nicht nur Steuerungsdirektiven für die Ausfüllung von Handlungsspielräumen bei der Rechtsanwendung entnehmen, sondern bereits teleologische Hinweise für die der Anwendung vorgelagerte Auslegung der Vorschrift. Denn nur wenn Vorschriften bereits im Lichte teleologischer Steuerungsvorgaben ausgelegt werden, ist sichergestellt, dass sie auf Anwendungsebene hinreichende Spielräume für die Berücksichtigung dieser Steuerungsvorgaben eröffnen. Das schließt es allerdings auch nicht aus, dass in manchen Fällen allgemeine Zielsetzungen des

⁸¹ Franz, N&R 2020, 86, 88.

⁸² Ausführlich dazu oben, unter A. (S. 2).

Rechtsakts vollständig hinter die spezifischen Zielsetzungen einer konkreten Vorschrift zurücktreten oder für deren Normprogramm schlichtweg ohne Bedeutung sind.

Art. 81 des Kodex hat ausweislich der Regelung in Abs. 2 UAbs. 1 vor allem „die Wahrung des Wettbewerbs und der Rechte der Endnutzer“ im Blick. Das sind Zielsetzungen, die sich allgemein auch in Art. 3 Abs. 2 lit. b und d des Kodex finden. Darüber hinaus soll Art. 81 des Kodex – wiederum im Interesse der Endnutzer – die Migration zu Netzen der nächsten Generation begünstigen (Erwägungsgrund 209 S. 1 des Kodex) und bewegt sich damit im Bereich der Zugangskomponente des Konnektivitätsziels aus Art. 3 Abs. 2 lit. a des Kodex. Instrumental beschränkt sich die Vorschrift allerdings darauf, die Bedingungen für den konkreten Migrationsprozess regulatorisch zu umhegen und die Aufhebung der Zugangsverpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur zu ermöglichen. Hierdurch soll einerseits die Umstellung auf neue Netzinfrastrukturen im Sinne des Konnektivitätsziels gefördert und andererseits der Wettbewerb durch die Zugangsnachfrager und die Kontinuität der Endnutzerversorgung sichergestellt werden, jeweils bezogen allerdings nur auf die Teile der Infrastruktur, die von dem konkreten Migrationsvorgang betroffen sind. Das ist grundsätzlich auch sinnvoll, da sich die regulatorischen Auswirkungen einer Migration von herkömmlichen Infrastrukturen natürlich am deutlichsten im Bereich der unmittelbar betroffenen Infrastruktur zeigen.

Wie bereits dargelegt, kann die Entscheidung des marktmächtigen Unternehmens, nur bestimmte Teile der herkömmlichen Infrastruktur – nämlich in den eigenen Glasfaserausbaugebieten – außer Betrieb zu nehmen, die Regulierungsziele aber auch jenseits dieser Bereiche beeinträchtigen, die unmittelbar von der erfolgenden Migration betroffen sind.⁸³ Würde man Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 des Kodex so verstehen, dass die Verpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur zwingend aufzuheben sind, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Vorschrift (in Bezug auf einen angemessenen Migrationsablauf) vorliegen, könnten solche Konsequenzen einer selektiven Außerbetriebnahmepraxis jedenfalls nicht auf Grundlage von Art. 81 des Kodex berücksichtigt werden. Dass der Richtlinien gesetzgeber eine solche Verdrängung der allgemeinen Regulierungszielsetzungen beabsichtigt haben könnte, ist jedoch nicht ersichtlich. Vielmehr hat er Art. 81 des Kodex durch die Bezugnahme auf die Verfahren nach Art. 23, 32 und 33 des Kodex (Art. 81 Abs. 2 UAbs. 3 des Kodex) in das allgemeine System der Marktregulierung eingebunden, das die Bedeutung der Regulierungsziele nach Art. 3 des Kodex ausdrücklich betont (Art. 32 Abs. 1 des Kodex). Bei einer Auslegung, die zu einem Ermessen der nationalen Regulierungsbehörden bei Aufhebung der Verpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur führt, könnten solche Folgen demgegenüber berücksichtigt werden. Die allgemeinen Regulierungsziele sprechen daher ebenfalls für ein Verständnis, auf dessen Grundlage die „kann“-Regelung in Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 des Kodex ein solches Ermessen eröffnet.

e) Zwischenergebnis

Spielraum für gesetzgeberische Maßnahmen zur Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration besteht von vornherein nur, soweit das Unionsrecht hier überhaupt einen Entscheidungsfreiraum einräumt. Ausgangspunkt der Lösungsmodelle, die Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind, ist dabei die Aufhebung der bestehenden Zugangsverpflichtungen in Bezug

⁸³ Siehe erneut oben, unter A. (S. 2 ff.).

auf die herkömmliche Infrastruktur anlässlich der Durchführung einer Kupfer-Glasfaser-Migration durch das marktmächtige Unternehmen. Einschlägig ist damit Art. 81 des Kommunikationskodex, der die unionrechtlichen Vorgaben zur Rolle der nationalen Regulierungsbehörden bei der Außerbetriebnahme herkömmlicher Infrastrukturen durch das marktmächtige Unternehmen und ihrer Ersetzung durch neue Netzbestandteile enthält. Gemäß Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 des Kodex „kann“ die nationale Regulierungsbehörde die Verpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur aufheben, wenn die Voraussetzungen für einen angemessenen Migrationsprozess erfüllt sind. Dieser Wortlaut deutet bereits sehr stark auf ein diesbezügliches Ermessen der nationalen Regulierungsbehörde und damit auf einen entsprechenden Entscheidungsspielraum hin, zwingt aber auch noch nicht zu einer solchen Annahme. Auch der Regelungszusammenhang spricht im Ergebnis jedoch für ein Ermessen der nationalen Regulierungsbehörde. Zwar blickt Art. 81 des Kodex selbst nur auf die (Wettbewerbs-) Verhältnisse in dem von der geplanten Außerbetriebnahme betroffenen Gebiet, nicht aber auf die Auswirkungen auf die Ausbaugebiete anderer Unternehmen. Angesichts des diesbezüglichen Normprogramms könnte zweifelhaft erscheinen, dass trotz der tatbestandlichen Absicherungen die daran anknüpfende Entscheidung über die Aufhebung der Zugangsverpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur in das Ermessen der nationalen Regulierungsbehörde gestellt werden soll. Betrachtet man jedoch den gesamten Regelungszusammenhang – insbesondere die Verknüpfung mit dem System der marktmachtabhängigen, in das Regulierungsermessen der nationalen Regulierungsbehörde gestellten Vorabverpflichtungen, andere Vorgaben zur Regulierungsfreistellung und die ausdrückliche Einbindung in ein Konsultations- und Konsolidierungsverfahren – spricht die systematische Norminterpretation deutlich für ein Ermessen. Das wird letztlich auch durch eine Betrachtung von Sinn und Zweck der Regelung über die Migration von herkömmlichen Infrastrukturen bestätigt: Das in Erwägungsgrund 209 des Kodex betonte Interesse an einer verzögerungsfreien Migration im besonderen Interesse der Endnutzer wird nur bei einem Verständnis gewahrt, bei dem die nationale Regulierungsbehörde auch bei der Anwendung von Art. 81 des Kodex den Regulierungszielen aus Art. 3 des Kodex verpflichtet bleibt und ihr Entscheidungsprogramm nicht auf die Verhältnisse in dem Gebiet eingeengt wird, in dem das marktmächtige Unternehmen seine herkömmliche Infrastruktur außer Betrieb nehmen möchte.

Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 des Kommunikationskodex stellt somit die Entscheidung, ob die Verpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur aufgehoben werden, in das Ermessen der nationalen Regulierungsbehörden.⁸⁴

2. Ausrichtungsvorgaben für die Ermessensbetätigung

Bei einer strikt rechtsdogmatischen Analyse ist auf einer weiteren Ebene zu klären, woran die nationalen Regulierungsbehörden die Ausübung dieses Ermessens auszurichten haben. Hierfür können – trotz der Unterschiede zwischen beiden Rechtssphären – in Ermangelung einer substantiellen unionsrechtlichen Ermessenslehre⁸⁵ die Prinzipien des deutschen Verwaltungsrechts fruchtbar gemacht werden. Denn in beiden Fällen geht es um die Frage, inwieweit und auf welche Weise der

⁸⁴ So auch *Franz*, N&R 2020, 86, 89; für die deutsche Umsetzungsnorm in § 34 Abs. 5 TKG wohl auch *Stamm*, MMR 2022, 357, 363 (allerdings in Abgrenzung zu einem Regulierungsermessen nur auf ein normales Ermessen bezogen); *Wolfram* (Fn. 4), § 34 Rn. 41.

⁸⁵ *Schönenbroicher*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 2. A., 2019, § 40 Rn. 18.

Gesetzgeber die Verwaltung bei Ausübung der ihr eingeräumten Spielräume inhaltlich programmiert.

Maßgeblich ist danach die Ausrichtung der Ermessensausübung am Zweck der Ermächtigung (vgl. § 40 VwVfG). Der Zweck der Ermächtigung richtet sich dabei grundsätzlich nicht nur nach der isolierten Zielsetzung der konkreten Ermächtigungsgrundlage, sondern auch nach dem Ermächtigungszweck im weiteren Sinne.⁸⁶ Für diesen ist wiederum der Zweck des jeweiligen Gesetzes unter Beachtung der Grundrechte maßgeblich.⁸⁷ Ein solcher „Ermessensraum“⁸⁸ bzw. „Ermessensrahmen“⁸⁹ kann allerdings durch gesetzliche „Ermessenseinengungen“⁹⁰ eingeschränkt werden, so dass im konkreten Regelungszusammenhang die Ermessensbetätigung nur an einzelnen oder gar einem einzigen Ermächtigungszweck ausgerichtet werden darf.⁹¹ Neben den Zweck der Ermächtigung treten weitere Belange, die bei der Ermessensausübung zu berücksichtigen sind. Sie sind ebenfalls der Ermessensnorm sowie Sinn und Zweck des zu vollziehenden Gesetzes zu entnehmen.⁹² Auch die Grundrechte wirken auf die Ermessensausübung ein,⁹³ die überdies durch rechtliche Gebote und Verbote begrenzt wird.⁹⁴

Hinsichtlich der Ausübung des in Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 des Kommunikationskodex angelegten Ermessens bei der Entscheidung über die Aufhebung der Verpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur dürfte sich eine gewisse Vorprägung ergeben. So wird zum einen bereits durch die Tatbestandsvoraussetzungen in lit. a und b jedenfalls weitgehend sichergestellt, dass den Wettbewerbsinteressen und dem Schutz der Endnutzer jeweils in Bezug auf die konkret von der Migration betroffenen Teile der Infrastruktur hinreichend Rechnung getragen wird. Insoweit wird das Ermessen also grundsätzlich in Richtung einer Aufhebung der diesbezüglichen Verpflichtung vorgeprägt sein. Auch die Förderung der Migration auf neue Netzinfrastrukturen und die grundrechtlich geschützte Verfügungsfreiheit des Netzeigentümers, die in Erwägungsgrund 209 S. 3 des Kodex aufgegriffen wird, deuten auf eine entsprechende Ermessenslenkung hin.

Diese Vorprägung beschränkt sich allerdings – jenseits der grundrechtlich geschützten Interessen des Netzeigentümers – auf das unmittelbar von dem konkreten Migrationsprozess betroffene Netzgebiet. Es wurde bereits gezeigt, dass sich eine selektive Migrationspraxis eines marktmächtigen Unternehmens unter bestimmten (in Deutschland aufgrund des sukzessiven Glasfaserausbaus gegebenen) Umständen auf die Erreichung der allgemeinen Regulierungsziele aus Art. 3 Abs. 2 des Kodex auch in anderen geographischen Gebieten auswirken kann.⁹⁵ Diesbezüglich ist keine

⁸⁶ *Schönenbroicher* (Fn. 85), § 40 Rn. 182; *Wolff*, in: *Sodan/Ziekow, VwGO*, 5. A., 2018, § 114 Rn. 165.

⁸⁷ *Schönenbroicher* (Fn. 85), § 40 Rn. 182; siehe auch *Wolff* (Fn. 86), § 114 Rn. 165.

⁸⁸ *Wolff* (Fn. 86), § 114 Rn. 170.

⁸⁹ BVerwG, Buchholz 402.24 § 8 AuslG Nr. 9 = Rn. 14 und 24 (juris) (Urt. v. 9.4.1987 – Az. 1 C 36.85).

⁹⁰ BVerwG, NJW 1987, 856, 858 = Rn. 24 (juris) (Urt. v. 21.10.1986 – Az. 1 C 44.84); OVG Münster, Beschl. v. 9.5.2007 – Az. 12 A 2322/05, Rn. 6 und 11 (NRWE); *Schönenbroicher* (Fn. 85), § 40 Rn. 182. Bisweilen wird der Begriff der „Ermessenseinengung“ allerdings auch für eine Ermessensreduzierung auf null oder auf Konstellationen einer vollständigen gerichtlichen Kontrolle bezogen, siehe zu Ersterem etwa BFH, Urt. v. 6.2.1985 – Az. I ZR 206/80, Rn. 15 (juris), sowie zu Letzterem z. B. BFH, Urt. v. 3.8.1983 – Az. II R 144/80, Rn. 12 (juris).

⁹¹ *Schönenbroicher* (Fn. 85), § 40 Rn. 182; *Wolff* (Fn. 86), § 114 Rn. 171.

⁹² *Schönenbroicher* (Fn. 85), § 40 Rn. 185; *Wolff* (Fn. 86), § 114 Rn. 172.

⁹³ *Schönenbroicher* (Fn. 85), § 40 Rn. 192; *Wolff* (Fn. 86), § 114 Rn. 176.

⁹⁴ *Schönenbroicher* (Fn. 85), § 40 Rn. 190.

⁹⁵ Siehe einmal mehr oben, unter A. (S. 2 ff.).

Vorprägung durch Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 des Kodex anzunehmen, da entsprechende Effekte schlichtweg nicht zum Normprogramm dieser Vorschrift gehören. Zugleich gibt es keine Hinweise darauf, dass Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 des Kodex eine „Ermessenseinengung“ des die allgemeinen Regulierungsziele einbeziehenden „Ermessensraums“ bewirkt.⁹⁶ Damit können und müssen ggf. solche Auswirkungen – wie insbesondere eine Beeinträchtigung des chancengleichen Wettbewerbs und des Konnektivitätsziels jenseits des konkreten Migrationsgebiets – bei der Ausübung des Ermessens berücksichtigt werden.⁹⁷ Bei entsprechendem Gewicht können sie folglich trotz der Vorprägung durch die isolierte Zwecksetzung der konkreten Ermächtigungsnorm in Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 des Kodex eine Entscheidung gegen eine Aufhebung der bestehenden Verpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur treffen.

Im Ergebnis kann daher festgehalten werden, dass die nationalen Regulierungsbehörden berechtigt und u. U. verpflichtet sind, die Auswirkungen zu berücksichtigen, die sich aus einer Aufhebung der Verpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur – und aus der dadurch ermöglichten Außerbetriebnahme dieser Infrastruktur – auf die Regulierungsziele auch in Bezug auf andere Netzgebiete ergeben. Kommen die Regulierungsbehörden dabei zu dem Schluss, dass beispielsweise eine selektive Außerbetriebnahmepraxis zu überwiegenden Nachteilen für die Regulierungsziele (insbesondere der Konnektivität, des chancengleichen Wettbewerbs und des Endnutzerinteresses) in den Gebieten führt, in denen das marktmächtige Unternehmen seine Altinfrastruktur weiterbetreibt, können sie ermessensfehlerfrei die Aufhebung der Vorabverpflichtungen in den Migrationsgebieten ablehnen.

II. Allgemeine Vorgaben für die Ausgestaltung von Vorabverpflichtungen gegenüber marktmächtigen Unternehmen (Art. 3, 32, 33, 68, 81 des Kommunikationskodex)

Damit ist aber noch nicht gesagt, ob und ggf. in welcher Form der *nationale Gesetzgeber* auf eine solche Berücksichtigung der Auswirkungen auf andere Netzgebiete hinwirken kann, ohne gegen unionsrechtliche Vorgaben zu verstoßen. Solche gesetzlichen Ermessensvorstrukturierungen können insbesondere mit der Einbindung der nationalen Regulierungsbehörden in den unionalen Regulierungsverbund nach Art. 32 und 33 des Kodex in Konflikt geraten. Aber auch die kompetenzielle Zuweisung des Ermessens an die nationalen Regulierungsbehörden, wie sie sich allgemein aus Art. 3 und 68 des Kodes sowie spezifisch für die Entscheidung über die Aufhebung von Verpflichtungen im Rahmen eines Migrationsprozesses aus Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 des Kodex ergibt, kann hier gesetzgeberischen Vorgaben entgegenstehen. Zu den diesbezüglichen Möglichkeiten und Grenzen einer normativen Vorsteuerung des regulierungsbehördlichen Ermessens haben sich sowohl der Europäische Gerichtshof als auch das Bundesverwaltungsgericht bereits geäußert. Dabei soll es nachfolgend allein um Einschränkungen des regulierungsbehördlichen Entscheidungsspielraums gehen, die nicht bereits durch das Richtlinienrecht vorgegeben oder zumindest vorgezeichnet

⁹⁶ Siehe oben, unter 1. d) bb) (S. 23).

⁹⁷ Es spricht lediglich mit Blick auf Erwägungsgrund 209 S. 3 des Kodex einiges dafür, dass nur solche Beeinträchtigungen der Regulierungsziele berücksichtigt werden dürfen, auf die das marktmächtige Unternehmen durch sein eigenes Verhalten Einfluss nehmen kann, um ihm so die Möglichkeit der Außerbetriebnahme der Altinfrastruktur zu belassen, siehe oben, unter 1. d) aa) bbb) (S. 21).

sind. Solche gesetzlichen Vorgaben dürften zwar unionsrechtlich unproblematisch sein,⁹⁸ bestehen aber nur in engen Grenzen⁹⁹ und stehen vorliegend mangels entsprechender Vorgaben – insbesondere in Art. 81 des Kodex – nicht in Rede.

1. Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

Die Aussagen des Europäischen Gerichtshofs zu den Möglichkeiten und Grenzen der Einflussnahme des nationalen Gesetzgebers auf die Regulierungstätigkeit der nationalen Regulierungsbehörde lassen sich in die beiden bereits genannten Kategorien unterteilen.

a) Kompetenzielle Zuweisung an die nationalen Regulierungsbehörden

Der Europäische Gerichtshof hat insoweit zunächst betont, dass der Rechtsrahmen im Bereich der elektronischen Kommunikation bestimmte Regulierungsaufgaben den nationalen Regulierungsbehörden und gerade nicht den nationalen Gesetzgebern überträgt.¹⁰⁰ Dabei hat er u. a. darauf hingewiesen, dass die betreffenden Richtlinienvorschriften ausdrücklich an die nationalen Regulierungsbehörden gerichtet sind.¹⁰¹ Diese erhielten bei ihrer Regulierungstätigkeit durch die im Richtlinienrecht vorgesehenen Harmonisierungsmaßnahmen des tertiären Rechts (Leitlinien, Empfehlungen) Orientierung.¹⁰² Hinter diesem Hinweis dürfte der Gedanke stehen, dass auch dieser unionale Harmonisierungseinfluss durch mitgliedstaatliche Rechtsvorschriften beeinträchtigt werden kann.¹⁰³ Auf diesen Überlegungen aufbauend hat der Gerichtshof eine gesetzliche Vorschrift für unionsrechtswidrig erklärt, mit der die nationale Regulierungsbehörde daran gehindert wurde, auf den Einzelfall abgestimmte Regulierungsmaßnahmen zu ergreifen.¹⁰⁴

Entsprechend hat der Europäische Gerichtshof den Fall bewertet, in dem der nationale Gesetzgeber die richtlinienrechtlich vorgesehene Wahrnehmung von Regulierungsaufgaben durch die nationale Regulierungsbehörde von restriktiveren Voraussetzungen abhängig macht, als es der EU-Rechtsrahmen vorsieht.¹⁰⁵ Das ist konsequent, da durch solche zusätzlichen Anforderungen die nationalen Regulierungsbehörden u. U. schon gar nicht die Gelegenheit erhalten, in einer bestimmten Situation ihr Ermessen auszuüben.

⁹⁸ Siehe BVerwG, Buchholz 442.066 § 21 TKG Nr. 3, Rn. 41 f. (Urt. v. 12.6.2013 – Az. 6 C 10.12); *Broemel*, in: Geppert/Schütz (Fn. 4), Einl B Rn. 23; *Hahn*, in: Säcker/Körber (Fn. 8), Vor § 217 TKG Rn. 22.

⁹⁹ *Wendel*, Verwaltungsermessen als Mehrebenenproblem, 2019, S. 241.

¹⁰⁰ EuGH, ECLI:EU:C:2009:749, Rn. 74 (Urt. v. 3.12.2009 – Rs. C-424/07) – *Kommission/Deutschland*. Grund dafür ist nach Auffassung des Generalanwalts, dass die nationalen Regulierungsbehörden von individuellen Interessen unbeeinflusst sein und ihre Entscheidungen ausschließlich anhand der durch den Rechtsrahmen geschaffenen Kriterien treffen sollen, siehe GA *Maduro*, ECLI:EU:C:2009:252, Tz. 63 (Schlussanträge v. 23.4.2009 – Rs. C-424/07) – *Kommission/Deutschland*. Der EuGH hat sich dazu, soweit ersichtlich, nicht explizit geäußert.

¹⁰¹ EuGH, ECLI:EU:C:2009:749, Rn. 75 (Urt. v. 3.12.2009 – Rs. C-424/07) – *Kommission/Deutschland*.

¹⁰² EuGH, N&R 2016, 307, 308 = ECLI:EU:C:2016:692, Rn. 38 (Urt. v. 15.9.2016 – Rs. C-28/15) – *Koninklijke KPN u. a.*; ECLI:EU:C:2009:749, Rn. 73 (Urt. v. 3.12.2009 – Rs. C-424/07) – *Kommission/Deutschland*.

¹⁰³ Siehe insoweit auch *Kühling* (Fn. 36), § 4 Rn. 142 (S. 195).

¹⁰⁴ EuGH, ECLI:EU:C:2009:749, Rn. 78 (Urt. v. 3.12.2009 – Rs. C-424/07) – *Kommission/Deutschland*. Schon angesichts dieses allgemeinen Begründungsansatzes ist diese Rechtsprechung ohne weiteres auch auf die Auferlegung von Abhilfemaßnahmen übertragbar, siehe insoweit im Ergebnis auch *Kühling* (Fn. 36), § 4 Rn. 140 (S. 195).

¹⁰⁵ EuGH, ECLI:EU:C:2009:749, Rn. 98 f. (Urt. v. 3.12.2009 – Rs. C-424/07) – *Kommission/Deutschland*.

Des Weiteren hat der Gerichtshof entschieden, dass solche Vorgaben des nationalen Gesetzgebers wegen einer richtlinienwidrigen Einschränkung des regulierungsbehördlichen Ermessens¹⁰⁶ unionsrechtswidrig sind, mit denen die der nationalen Regulierungsbehörde überantwortete Abwägung zwischen den einzelnen Regulierungszielen durch Priorisierung eines dieser Ziele¹⁰⁷ vorweggenommen wird.¹⁰⁸ Auch hierfür war maßgeblich, dass die relevanten Richtlinienvorschriften die Abwägung der Regulierungsziele den nationalen Regulierungsbehörden und nicht dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber zuordnet.¹⁰⁹

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist daher von einer unionsrechtlich vorgegebenen Gewaltenzuordnung an die nationalen Regulierungsbehörden auszugehen, die spiegelbildlich die Möglichkeit zur gesetzgeberischen Vorstrukturierung der Regelungsmaterie durch den nationalen Gesetzgeber einschränkt.¹¹⁰ Generalanwalt *Bot* hat diese Anforderungen prägnant dahingehend zusammengefasst, dass „ein Eingreifen eines Gesetzgebungsorgans, damit sein Handeln im Einklang mit [dem Richtlinienrahmen] steht, die Aufgaben, die durch [das Richtlinienrecht] ausdrücklich den [nationalen Regulierungsbehörden] übertragen wurden, weder begrenzen noch beseitigen darf“.¹¹¹ Der Gerichtshof selbst hat seine diesbezügliche Rechtsprechung dahingehend resümierend präzisiert, dass nationale Regelungen nicht in die Befugnisse eingreifen dürfen, die den nationalen Regulierungsbehörden unmittelbar aufgrund der Bestimmungen des unionsrechtlichen Rahmens für die elektronische Kommunikation zustehen.¹¹²

Im Ergebnis ergibt sich somit aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, dass die kompetenzielle Aufgabenzuweisung an die nationalen Regulierungsbehörden Maßnahmen des nationalen Gesetzgebers entgegensteht, die in die Befugnisse eingreifen, die diesen Behörden unmittelbar aufgrund des Kommunikationskodex zustehen, was insbesondere der Fall ist, wenn sie

- die nationalen Regulierungsbehörden daran hindern, auf den Einzelfall abgestimmte Regulierungsmaßnahmen zu treffen,
- die Abwägung der Regulierungsziele vorwegnehmen oder
- strengere Voraussetzungen für Maßnahmen der nationalen Regulierungsbehörden vorgeben als das Unionsrecht.

¹⁰⁶ EuGH, ECLI:EU:C:2009:749, Rn. 94 (Urt. v. 3.12.2009 – Rs. C-424/07) – *Kommission/Deutschland*.

¹⁰⁷ Die gesetzliche Regelung sah vor, dass die nationale Regulierungsbehörde in bestimmten Fällen „insbesondere“ eines der Regulierungsziele berücksichtigen sollte, siehe EuGH, ECLI:EU:C:2009:749, Rn. 86 (Urt. v. 3.12.2009 – Rs. C-424/07) – *Kommission/Deutschland*.

¹⁰⁸ EuGH, ECLI:EU:C:2009:749, Rn. 93 (Urt. v. 3.12.2009 – Rs. C-424/07) – *Kommission/Deutschland*.

¹⁰⁹ EuGH, ECLI:EU:C:2009:749, Rn. 88 ff. (Urt. v. 3.12.2009 – Rs. C-424/07) – *Kommission/Deutschland*.

¹¹⁰ So *Wendel* (Fn. 99), S. 228 und 239; differenzierend demgegenüber *Gärditz*, N&R-Beilage 2/2011, 1, 12.

¹¹¹ GA *Bot*, ECLI:EU:C:2015:245, Tz. 112 (Schlussanträge v. 16.4.2015 – Rs. C-85/14) – *KPN*.

¹¹² EuGH, ECLI:EU:C:2011:279, Rn. 43 (Urt. v. 5.5.2011 – Rs. C-543/09) – *Deutsche Telekom*; siehe auch EuGH, ECLI:EU:C:2010:135, Rn. 27 (Urt. v. 11.3.2010 – Rs. C-522/08) – *Telekomunikacja Polska*. Damit dürfte die Interpretation nur schwer zu vereinbaren sein, wonach die EuGH-Rechtsprechung lediglich „hinreichende Entscheidungsspielräume“ der nationalen Regulierungsbehörden vor gesetzgeberischen Vorstrukturierungen abschirme, so aber *Gärditz*, N&R-Beilage 2/2011, 1, 13.

b) Prozedurale Einbindung der nationalen Regulierungsbehörden in den Regulierungsverbund

Weniger klar hat sich der Europäische Gerichtshof demgegenüber zur Bedeutung der prozeduralen Einbindung der nationalen Regulierungsbehörden in den unionalen Regulierungsverbund geäußert. Er hat zwar gesetzliche Beschränkungen des regulierungsbehördlichen Ermessens auch als Verstoß gegen die Vorschriften über das Konsultations- und Konsolidierungsverfahren gewertet.¹¹³ Die diesbezügliche Begründung deutet jedoch eher darauf hin, dass er zumindest in dem konkreten Fall den Verstoß darin sah, dass diese Verfahren wegen der Vorgaben durch den nationalen Gesetzgeber u. U. *überhaupt nicht durchgeführt* würden.¹¹⁴ Damit bleibt offen, ob und unter welchen Voraussetzungen nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs auch eine dahinter zurückbleibende Einschränkung der Beteiligungsmöglichkeiten im Regulierungsverbund zur Richtlinienwidrigkeit einer mitgliedstaatlichen Ermessensvorstrukturierung auf Gesetzesebene führen würde.

2. Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

Weitere Orientierungspunkte zu den Möglichkeiten und Grenzen einer gesetzgeberischen Einflussnahme auf die Ausübung des regulierungsbehördlichen Ermessens ergeben sich aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts.

a) Kompetenzielle Zuweisung an die nationalen Regulierungsbehörden

Dieses geht ebenfalls von einer weitreichenden Absicherung der auf Richtlinienebene vorgesehenen Kompetenzen der nationalen Regulierungsbehörde vor einer gesetzgeberischen Entscheidungsvorsteuerung aus. So hat das Bundesverwaltungsgericht bereits früh entschieden, dass der EU-Rechtsrahmen die Entscheidung über das Ob und das Wie der Auferlegung marktmachtabhängiger Vorabverpflichtungen der nationalen Regulierungsbehörde überträgt, so dass der nationale Gesetzgeber unionsrechtswidrig handelt, wenn er diese Entscheidung durch eine gesetzliche Regelung an sich zieht.¹¹⁵ Hieran ändere sich auch nichts, wenn die nationale Regulierungsbehörde ausnahmsweise in bestimmten Fällen von dieser gesetzgeberischen Entscheidung abweichen kann.¹¹⁶

Darüber hinaus hat das Gericht den Fall betrachtet, dass der Gesetzgeber der nationalen Regulierungsbehörde zwar die Entscheidung überlässt, ihr für diese aber steuernde Vorgaben macht. Hier hat das Bundesverwaltungsgericht den generellen gesetzlichen Ausschluss des regulierungsbehördlichen Ermessens für bestimmte Fallgruppen für richtlinienwidrig erklärt.¹¹⁷ Es hat darüber hinausgehend einen Verstoß gegen die richtlinienrechtlich vorgesehene Einräumung eines

¹¹³ EuGH, ECLI:EU:C:2009:749, Rn. 107 f. (Urt. v. 3.12.2009 – Rs. C-424/07) – *Kommission/Deutschland*.

¹¹⁴ EuGH, ECLI:EU:C:2009:749, Rn. 106 (Urt. v. 3.12.2009 – Rs. C-424/07) – *Kommission/Deutschland*. Siehe außerdem etwa EuGH, N&R 2016, 178, 180 = ECLI:EU:C:2016:9, Rn. 50 (Urt. v. 14.1.2016 – Rs. C-395/14) – *Vodafone*. Auch der Generalanwalt hatte sich zu dieser Frage nicht im Einzelnen geäußert, siehe GA *Maduro*, ECLI:EU:C:2009:252, Tz. 70 (Schlussanträge v. 23.4.2009 – Rs. C-424/07) – *Kommission/Deutschland*.

¹¹⁵ BVerwG, N&R 2009, 130, 133 Rn. 38 (Urt. v. 28.1.2009 – Az. 6 C 39.07); Buchholz 442.066 § 10 TKG Nr. 2, Rn. 58 (Urt. v. 29.10.2008 – Az. 6 C 38.07); Buchholz 442.066 § 10 TKG Nr. 1 Rn. 63 (Urt. v. 2.4.2008 – Az. 6 C 15.07); siehe auch *Broemel* (Fn. 98), Einl B Rn. 23.

¹¹⁶ BVerwG, N&R 2009, 130, 133 Rn. 38 (Urt. v. 28.1.2009 – Az. 6 C 39.07); Buchholz 442.066 § 10 TKG Nr. 2, Rn. 58 (Urt. v. 29.10.2008 – Az. 6 C 38.07).

¹¹⁷ BVerwG, N&R 2009, 130, 133 Rn. 39 (Urt. v. 28.1.2009 – Az. 6 C 39.07).

Einzelfallermessens bei verbindlichen Vorgaben des nationalen Gesetzgebers auch dann bejaht, wenn der Regulierungsbehörde wie etwa beim intendierten Ermessen die Möglichkeit verbleibt, ausnahmsweise von diesen Vorgaben abzuweichen.¹¹⁸

In seiner späteren Judikatur hat das Bundesverwaltungsgericht die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs dahingehend verstanden, dass der nationale Gesetzgeber nicht berechtigt ist, ein durch die Bestimmungen des EU-Rechtsrahmens zur elektronischen Kommunikation eingeräumtes Ermessen der nationalen Regulierungsbehörde bei der Wahrnehmung der ihnen übertragenen regulatorischen Aufgaben einzuschränken.¹¹⁹ Verfahrensrechtliche Ausgestaltungsvorgaben des nationalen Gesetzgebers seien insoweit zulässig, wenn diese nicht mit einer Einschränkung des der nationalen Regulierungsbehörde eingeräumten Ermessens verbunden sind.¹²⁰

Offengelassen hat das Bundesverwaltungsgericht darüber hinaus jedoch bereits in seiner grundlegenden Rechtsprechung zu den gesetzgeberischen Gestaltungsspielräumen, ob der nationale Gesetzgeber bloße Abwägungsdirektiven normieren kann, die in jedem Einzelfall planerisch bzw. abwägend überwunden werden können.¹²¹ In einer späteren Entscheidung hat das Gericht darüber hinaus eine (bloße) „Verstärkung“ einzelner unionsrechtlicher Regulierungsziele oder -grundsätze ausdrücklich für zulässig erachtet, wenn hierdurch das unionsrechtlich vorgeschriebene Ermessen der nationalen Regulierungsbehörde nicht eingeschränkt wird.¹²² Eine solche Einschränkung liege nicht vor, wenn der Gesetzgeber der nationalen Regulierungsbehörde lediglich einen – mit den unionsrechtlichen Regulierungszielen übereinstimmenden – Abwägungsbelang vorgibt, ohne ihm ein vorrangiges Abwägungsgewicht beizumessen.¹²³

Fasst man die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zusammen, so sind danach Maßnahmen des nationalen Gesetzgebers unionsrechtswidrig, mit denen er ein den nationalen Regulierungsbehörden bei der Wahrnehmung der ihnen übertragenen regulatorischen Aufgaben eingeräumtes Ermessen einschränkt, etwa indem er

- eine der nationalen Regulierungsbehörde übertragene Entscheidung über das Ob und Wie der Auferlegung einer marktmachtabhängigen Verpflichtung an sich zieht oder
- das richtlinienrechtlich vorgesehene Ermessen der Regulierungsbehörde für bestimmte Fallgruppen generell oder zumindest regelmäßig ausschließt.

Sofern sich hieraus keine Einschränkung des der Regulierungsbehörde eingeräumten Ermessens ergibt, kann der nationale Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts jedoch

- verfahrensrechtliche Ausgestaltungsvorgaben treffen,
- einzelne unionsrechtlicher Regulierungsziele oder -grundsätze verstärken (ohne sie zu priorisieren) oder

¹¹⁸ BVerwG, CR 2010, 440, 441 Rn. 15 (Urt. v. 27.1.2010 – Az. 6 C 22.08); N&R 2009, 130, 133 f. Rn. 42 f. (Urt. v. 28.1.2009 – Az. 6 C 39.07); siehe auch *Broemel* (Fn. 98), Einl B Rn. 23.

¹¹⁹ BVerwG, N&R 2018, 307, 312 Rn. 42 (Urt. v. 30.5.2018 – Az. 6 C 4.17).

¹²⁰ BVerwG, N&R 2018, 307, 313 Rn. 43 (Urt. v. 30.5.2018 – Az. 6 C 4.17).

¹²¹ BVerwG, N&R 2009, 130, 133 f. Rn. 39 und 43 (Urt. v. 28.1.2009 – Az. 6 C 39.07).

¹²² BVerwG, N&R 2019, 97, 102 Rn. 50 (Urt. v. 21.9.2018 – Az. 6 C 50.16).

¹²³ BVerwG, N&R 2019, 97, 102 Rn. 50 (Urt. v. 21.9.2018 – Az. 6 C 50.16).

- einen – mit den unionalen Regulierungszielen übereinstimmenden – Abwägungsbelang vorgeben (ohne ihm Vorrang einzuräumen).

b) Prozedurale Einbindung der nationalen Regulierungsbehörden in den Regulierungsverbund

Das Bundesverwaltungsgericht hat seine Rechtsprechung zu den Möglichkeiten und Grenzen einer gesetzgeberischen Einflussnahme auf die Ausübung des Ermessens der Regulierungsbehörde aber nicht nur auf die kompetenziellen Anforderungen des unionalen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation gestützt. Es hat sie zusätzlich mit einem ansonsten drohenden Widerspruch zu dem (mittlerweile in Art. 32 f. des Kommunikationskodex vorgesehenen) Konsolidierungsverfahren und der in seinem Rahmen bestehenden Pflicht zur weitestgehenden Berücksichtigung von Stellungnahmen der EU-Kommission und der anderen nationalen Regulierungsbehörden (inzwischen Art. 32 Abs. 8 des Kodex)¹²⁴ begründet.¹²⁵ Allerdings führte in dem betreffenden Fall die gesetzliche Regelung dazu, dass dieses Konsolidierungsverfahren überhaupt nicht zur Anwendung kam. Es ist daher unklar, ob es dem Bundesverwaltungsgericht um eine Absicherung der Einflussnahmemöglichkeiten im Regulierungsverbund ging oder ob es sich – letztlich wie auch der Europäische Gerichtshof¹²⁶ – lediglich auf die vollständige Ausschaltung des Konsolidierungsverfahrens beziehen wollte. Für Ersteres könnte sprechen, dass das Bundesverwaltungsgericht die Einbindung der Bundesnetzagentur in den unionalen Regulierungsverbund belastet hat, um aus der erforderlichen Offenheit für transnationale Kooperations- und Koordinierungseffekte auf einer nachgelagerten Ebene die Notwendigkeit eines behördlichen Entscheidungsspielraums zu begründen.¹²⁷ Diese Argumentation trägt letzten Endes nicht nur im Verhältnis zu der nachträglichen gerichtlichen Kontrolle, sondern auch gegenüber Vorabbeschränkungen des behördlichen Entscheidungsspielraums durch den nationalen Gesetzgeber.¹²⁸ Muss allerdings schon aufgrund der kompetenziellen Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts der Ermessensspielraum der nationalen Regulierungsbehörden uneingeschränkt erhalten bleiben, können diese ohne weiteres auch etwaigen Stellungnahmen im Regulierungsverbund weitestgehend Rechnung tragen. Es ist daher nicht ersichtlich, dass sich aus der prozeduralen Einbindung in den Regulierungsverbund weitergehende Grenzen für die gesetzgeberische Einflussnahme auf das regulierungsbehördliche Ermessen ergeben würden.

3. Zwischenergebnis

Auf Grundlage der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesverwaltungsgerichts ergibt sich daher folgendes Bild: Der nationale Gesetzgeber darf nicht in die Befugnisse eingreifen, die den nationalen Regulierungsbehörden unmittelbar aufgrund des Kommunikationskodex zustehen. Insbesondere darf er das Ermessen, das den Regulierungsbehörden bei der

¹²⁴ Mittlerweile wären hierin auch die Stellungnahmen des GEREK einzubeziehen.

¹²⁵ BVerwG, Buchholz 442.066 § 10 TKG Nr. 2, Rn. 59 (Urt. v. 29.10.2008 – Az. 6 C 38.07); in diese Richtung auch BVerwG, N&R 2009, 130, 133 Rn. 37 (Urt. v. 28.1.2009 – Az. 6 C 39.07).

¹²⁶ Siehe dazu oben, unter 1. b) (S. 29).

¹²⁷ BVerwG, Buchholz 442.066 § 10 TKG Nr. 2, Rn. 17 (Urt. v. 29.10.2008 – Az. 6 C 38.07); Buchholz 442.066 § 10 TKG Nr. 1, Rn. 63 (Urt. v. 2.4.2008 – Az. 6 C 15.07), Rn. 18; grundlegend *Ladeur/Möllers*, DVBl 2005, 525, 533 f.; siehe auch *Wendel* (Fn. 99), S. 234 ff.

¹²⁸ Entsprechend für die Auswirkungen auf die Möglichkeit, Empfehlungen der Kommission „weitestgehend Rechnung“ zu tragen, *Kühling* (Fn. 36), § 4 Rn. 142 (S. 195).

Wahrnehmung der ihnen übertragenen regulatorischen Aufgaben durch den Kodex eingeräumt wird, nicht einschränken. Eine solche Einschränkung liegt insbesondere vor, wenn Vorgaben des nationalen Gesetzgebers

- die nationalen Regulierungsbehörden daran hindern, auf den Einzelfall abgestimmte Regulierungsmaßnahmen zu treffen, etwa indem die Entscheidung für eine Maßnahme in bestimmten Fällen durch den Gesetzgeber selbst bindend getroffen oder vorgegeben wird, selbst wenn der nationalen Regulierungsbehörde die Möglichkeit bleibt, in Ausnahmefällen von dieser Vorgabe abzuweichen,
- die Abwägung der Regulierungsziele vorwegnehmen oder
- strengere Voraussetzungen für Maßnahmen der nationalen Regulierungsbehörden vorgeben als das Unionsrecht.

Unter der Voraussetzung, dass sich hieraus keine Einschränkung des der Regulierungsbehörde eingeräumten Ermessens ergibt, kann der nationale Gesetzgeber jedoch

- verfahrensrechtliche Ausgestaltungsvorgaben treffen,
- einzelne unionsrechtlicher Regulierungsziele oder -grundsätze verstärken (ohne sie zu priorisieren) oder
- einen – mit den unionalen Regulierungszielen übereinstimmenden – Abwägungsbelang vorgeben (ohne ihm Vorrang einzuräumen).

Insoweit verbleibt also auf Grundlage der europäischen und deutschen Rechtsprechung ein Ausgestaltungsspielraum, in den gesetzgeberische Maßnahmen zur Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration eingepasst werden können.

Diese Rechtsprechung wird im wissenschaftlichen Schrifttum zwar als zu einengend gegenüber den mitgliedstaatlichen Gestaltungsmöglichkeiten kritisiert.¹²⁹ Stattdessen werden z. T. primärrechtliche Möglichkeiten und Pflichten zu einer weitergehenden gesetzlichen Vorsteuerung der regulierungsbehördlichen Entscheidungen gesehen.¹³⁰ Auf Grundlage dieser Literaturmeinungen wären daher u. U. gesetzliche Vorgaben denkbar (oder sogar geboten), mit denen die Bundesnetzagentur noch stärker angehalten würde, für eine wettbewerbskonforme Abschaltpraxis in den Glasfaserausbaugebieten der Wettbewerber des marktmächtigen Unternehmens zu sorgen, etwa durch entsprechende Sollvorschriften oder ggf. auch durch verbindliche Vorgaben. Angesichts der bisherigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesverwaltungsgerichts erscheinen die diesbezüglichen Ansätze jedoch mit erheblichen unionsrechtlichen Risiken verbunden. Sie sind daher keine hinreichende Grundlage für eine möglichst rechts- und planungssichere Ergänzung des deutschen Telekommunikationsrechts und sollen daher im Folgenden nicht vertieft werden.

¹²⁹ In diesem Sinne etwa insbesondere *Gärditz*, N&R-Beilage 2/2011, 1, 10 ff., und aus verfassungsrechtlicher Sicht *Kühling* (Fn. 36), § 4 Rn. 139 (S. 194); *Kühling/Bulowski/Schall*, Telekommunikationsrecht, 3. A., 2023, S. 28 ff. Rn. 60 ff. Ebenso unmittelbar nach Inkrafttreten des neuen Rechtsrahmens vor über 20 Jahren und vor Entfaltung der dargestellten Rechtsprechung auch noch *Koenig/Loetz/Neumann* (Fn. 53), S. 3 ff.

¹³⁰ *Gärditz*, N&R-Beilage 2/2011, 1, 9 und 11 ff.

III. Unionsrechtliche Bewertung der Ausgestaltungsmodelle

Anhand der vorstehend aufgezeigten unionsrechtlichen Maßstäbe lässt sich nun ermesen, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen die in Betracht kommenden Ausgestaltungsmodelle für eine gesetzgeberische Reaktion auf die nachteiligen Effekte einer selektiven Außerbetriebnahmepraxis unionsrechtlich zulässig sind.

1. Gleichbehandlungsmodell

Das Gleichbehandlungsmodell setzt voraus, dass der nationalen Regulierungsbehörde bei der Entscheidung über die Aufhebung der Verpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur nach Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 des Kommunikationskodex ein Entscheidungsspielraum zusteht. Denn nur dann kann die Regulierungsbehörde diese Aufhebung ablehnen, obwohl die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Aufhebungsentscheidung vorliegen, also ein angemessener Migrationsablauf eingehalten wird. Die Auslegung von Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 des Kodex hat gezeigt, dass der nationalen Regulierungsbehörde insoweit ein Ermessen zusteht, das strukturell dem Regulierungsermessen für Änderungsentscheidungen nach Art. 68 Abs. 6 des Kodex entspricht.¹³¹ Insoweit sind also die unionsrechtlichen Voraussetzungen für die gesetzgeberische Implementierung eines Gleichbehandlungsmodells gegeben.

Des Weiteren müssten bei einem Gleichbehandlungsmodell im Rahmen dieses regulierungsbehördlichen Ermessens aber gerade auch die Auswirkungen berücksichtigt werden können, die sich aus einer Außerbetriebnahme der herkömmlichen Infrastruktur in den Migrationsgebieten des marktmächtigen Unternehmens auf die Regulierungsziele in Bezug auf andere Netzgebiete ergeben. Wie eine Analyse des von Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 des Kommunikationskodex eröffneten Ermessensraums gezeigt hat, schließt dieser Ermessensraum solche Auswirkungen ein.¹³² Die nationalen Regulierungsbehörden können daher aus unionsrechtlicher Sicht ermessensfehlerfrei die Aufhebung der Verpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur ablehnen, wenn ihres Erachtens eine selektive Außerbetriebnahmepraxis zu überwiegenden Nachteilen für die Regulierungsziele (insbesondere der Konnektivität, des chancengleichen Wettbewerbs und des Endnutzerinteresses) in den Gebieten führt, in denen das marktmächtige Unternehmen seine Altinfrastruktur weiterbetreibt.

Zu guter Letzt müsste eine gesetzliche Umsetzung eines Gleichbehandlungsmodells die Grenzen wahren, die der unionale Rechtsrahmen für die elektronische Kommunikation dem nationalen Gesetzgeber bei der Einflussnahme auf das Ermessen der nationalen Regulierungsbehörde zieht,¹³³ das hier, wie gezeigt, gegeben ist. Die gesetzliche Regelung dürfte insbesondere dieses regulierungsbehördliche Ermessen nicht einschränken. Es darf also weder für bestimmte Konstellationen eine Verpflichtung vorgesehen werden, die Aufhebung der Verpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur abzulehnen, noch eine diesbezügliche Ermessensintendierung normiert werden. Auch darf die Aufhebung der Verpflichtungen nicht an eine weitere, über Art. 81 Abs. 2

¹³¹ Siehe ausführlich oben, unter I. 1. (S. 11 ff.).

¹³² Siehe ausführlich oben, unter I. 2. (S. 24 ff.).

¹³³ Dazu ausführlich oben, unter II. (S. 26 ff.).

UAbs. 2 lit. a und des Kommunikationskodex hinausgehende Verpflichtung geknüpft werden. Aber auch darüber hinausgehend müsste eine gesetzgeberische Vorsteuerung dafür Sorge tragen, das Ermessen der Regulierungsbehörde nicht einzuschränken.

Das wäre ohne weiteres durch eine Regelung gewahrt, die darauf hinweist, dass bei der Entscheidung über die Aufhebung von Verpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur auch die Auswirkungen einer solchen Aufhebung auf die Regulierungsziele jenseits des konkreten Migrationsgebietes berücksichtigt werden können. Noch weitergehend ergibt sich aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, dass der nationale Gesetzgeber einen solchen Abwägungsbelang vorgeben darf. Voraussetzung hierfür ist lediglich, dass er mit den unionalen Regulierungszielen übereinstimmt und keinen (auch nur grundsätzlichen) Vorrang vor anderen Belangen beansprucht. Erstere Anforderung wäre angesichts der ausdrücklichen Ableitung aus den Regulierungszielen ohne weiteres erfüllt, Letzteres durch eine entsprechende Formulierung umzusetzen.

Ein Gleichbehandlungsmodell zur Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration kann damit in unionsrechtskonformer Weise implementiert werden. Das gilt insbesondere auch für die oben dargestellte Beispielformulierung, der zufolge die Bundesnetzagentur das Vorliegen eines Mechanismus berücksichtigt, der eine diskriminierungsfreie Abschaltpraxis des marktmächtigen Unternehmens auch in den Glasfaserausbaugebieten seiner Wettbewerber sicherstellt.¹³⁴ Diese Formulierung gibt zwar einen Abwägungsbelang vor. Dieser beansprucht aber bei der Ausübung des regulierungsbehördlichen Ermessens keinen Vorrang vor anderen Belangen. In der Sache adressiert er die regulierungszielwidrige Ausgangsasymmetrie und soll die Bundesnetzagentur darauf hinweisen, dass vor deren Hintergrund eine diskriminierende Abschaltpraxis des marktmächtigen Unternehmen Anlass dafür sein könnte, die (bedingungslose) Aufhebung der Zugangsverpflichtungen in dessen Ausbaugebieten jedenfalls vorübergehend zu verweigern. Die Beispielformulierung bewegt sich daher innerhalb des unionsrechtlichen Umsetzungsspielraums.

2. Anreizmodell

Zu prüfen ist damit aus unionsrechtlicher Sicht nur noch, ob auch ein Anreizmodell ohne Verstoß gegen den Kommunikationskodex umgesetzt werden könnte.

Hier liegen die Dinge strukturell anders als beim Gleichbehandlungsmodell, da die Einflussnahme auf das regulierungsbehördliche Ermessen beim Anreizmodell nicht auf Ebene der Entscheidung über die Aufhebung der Verpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur ansetzen würde, sondern auf einer nachgelagerten Ebene. Ob Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 des Kodex ein regulierungsbehördliches Ermessen eröffnet und welche Zwecksetzungen dessen Ausübung steuern können, spielt für das Anreizmodell daher von vornherein keine Rolle. Selbst wenn man das in dieser Untersuchung herausgearbeitete Verständnis von Art. 81 (Abs. 2 UAbs. 2) des Kodex nicht teilen wollte und ein Gleichbehandlungsmodell von vornherein für unionsrechtswidrig hielte, bliebe die Möglichkeit der Umsetzung eines Anreizmodells hiervon unberührt.

¹³⁴ Siehe oben, unter B. (S. 6).

Fraglich ist allerdings, ob die Aufhebung von Verpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur in der Folge einer Migration auf eine neue Infrastruktur in unionsrechtlich zulässiger Weise zum Anlass für eine Überprüfung der in anderen Netzgebieten bestehenden Vorabverpflichtungen genommen werden könnte. Zweifel hieran könnten gerade bei dem hier entwickelten Verständnis von Art. 81 des Kodex bestehen. Wenn es sich um eine spezifische Ergänzung der Regelung in Art. 68 Abs. 6 des Kodex handelt, die diese teilweise verdrängt, dann könnte ein solcher Rückgriff ausgeschlossen sein. Allerdings wurde auch gezeigt, dass das Normprogramm von Art. 81 des Kodex ausschließlich die Situation in dem betreffenden Migrationsgebiet verarbeitet. Die Vorschrift hat lediglich den Schutz des Wettbewerbs und der Endnutzerinteresse sowie die Förderung des Konnektivitätsziels in Hinsicht auf die Netzgebiete im Blick, in denen das marktmächtige Unternehmen einen Migrationsprozess durchführt. In einem Anreizmodell ginge es demgegenüber gerade darum, die Auswirkungen einer selektiven Außerbetriebnahmepraxis auf die Regulierungsziele *jenseits* dieser Migrationsgebiete zu untersuchen und ggf. auch dort Anreize für eine stärkere Kupfer-Glasfaser-Migration im Interesse der Endnutzer, des Wettbewerbs und des Konnektivitätsziels zu setzen. Damit besteht jedenfalls insoweit keine Sperrwirkung gegenüber Art. 68 Abs. 6 des Kodex, so dass die Implementierung eines Anreizmodells unionsrechtlich nicht ausgeschlossen ist.

Zu guter Letzt würde auch ein solches Modell die Ausübung des regulierungsbehördlichen Ermessens (im Rahmen einer Überprüfung des regulatorischen Rahmens nach Art. 68 Abs. 6 des Kodex) berühren. Damit müssten hier ebenfalls die dargestellten Grenzen für eine Einflussnahme des nationalen Gesetzgebers auf das regulierungsbehördliche Ermessen gewahrt werden. Erneut scheiden also insbesondere Vorgaben aus, denen zufolge die Bundesnetzagentur unter bestimmten Voraussetzungen – etwa bei einer selektiven Außerbetriebnahmepraxis – jedenfalls grundsätzlich verpflichtet würde, den regulatorischen Rahmen um Anreize für eine stärkere Kupfer-Glasfaser-Migration auch jenseits der Migrationsgebiete zu ergänzen. Richtlinienrechtlich unbedenklich ist demgegenüber auch im Rahmen eines Anreizmodells, wenn der Gesetzgeber auf die Möglichkeit entsprechender Prüfungen hinweist („kann zum Anlass nehmen“, „kann prüfen“) oder auch einen diesbezüglichen Abwägungsbelang vorgibt („ist zu berücksichtigen“), ohne für diesen einen Vorrang vorzusehen. Denn auch die Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration in den Glasfaserausbaugebieten von Wettbewerbern des marktmächtigen Unternehmens dient, wie gezeigt, den unionalen Regulierungszielen.

Damit kann auch ein Anreizmodell zur Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration in unionsrechtskonformer Weise gesetzgeberisch umgesetzt werden. Das gilt ebenfalls insbesondere für die eingangs dargestellte Beispielformulierung.¹³⁵ Diese lehnt sich ausdrücklich an die unionsrechtliche Vorgabe in Art. 68 Abs. 6 des Kodex selbst an und belässt sowohl die Beurteilung, ob durch die Migration in den Glasfaserausbaugebieten des marktmächtigen Unternehmens die Wettbewerbsdynamik überhaupt beeinflusst wird, als auch die hieran ggf. anknüpfende Entscheidung über eine Änderung der Regulierungsverpflichtungen in den Ausbaugebieten der Wettbewerber (sowohl dem Grunde nach als auch inhaltlich) der Bundesnetzagentur. Es werden dabei zwar Beurteilungsgesichtspunkte vorgegeben – insbesondere der Blick auf die Ausbaugebiete der Wettbewerber. Diese Gesichtspunkte sind jedoch wiederum aus den Regulierungszielen abgeleitet, da es um die Frage geht, ob eine u. U. asymmetrische Migrationspraxis die Wettbewerbsdynamik

¹³⁵ Siehe oben, unter B. (S. 7).

gerade auch mit Blick auf diese Ausbaugelände beeinflusst. Darüber hinaus ist durch die Formulierung einer bloßen Berücksichtigungsvorgabe sichergestellt, dass die Bundesnetzagentur diese Gesichtspunkte nur zur Kenntnis nehmen und auf ihre Bedeutung für die jeweils zu treffende Entscheidung hin untersuchen muss, ohne dass damit ein Vorrang vor anderen Aspekten beansprucht würde.

D. Verfassungsrechtliche Spielräume für gesetzgeberische Maßnahmen zur Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration

Soweit etwaige Ergänzungen des TKG unionsrechtlich möglich sind, müssen sie aber auch den grundrechtlichen Anforderungen genügen. Grenzen könnten sich vorliegend vor allem aus den Grundrechten des marktmächtigen Unternehmens ergeben,¹³⁶ insbesondere der Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG und dem Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG, jeweils i. V. m. Art. 19 Abs. 3 GG.

I. Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

Möglich erscheint zunächst, dass Beschränkungen des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums aus dem Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG folgen könnten.

1. Schutzbereich

Dieses Grundrecht schützt vor staatlichen Beeinträchtigungen, die gerade auf die berufliche Betätigung bezogen sind.¹³⁷ Es umfasst sowohl die Freiheit, sich überhaupt für oder gegen die Ausübung eines bestimmten Berufs¹³⁸ zu entscheiden, als auch die Freiheit, über die Art und Weise der Ausübung des gewählten Berufs selbst zu entscheiden. Der Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG umfasst damit zum einen nicht nur die Freiheit, eine bestimmte Tätigkeit zu ergreifen, sondern auch die Freiheit, eine bestimmte Tätigkeit *nicht* auszuüben.¹³⁹ Er umfasst zum anderen aber auch die Freiheit der Entscheidung darüber, welche Produktionsmittel ein Unternehmen in welcher Weise

¹³⁶ Zur Grundrechtsfähigkeit der Deutschen Telekom AG schon BVerfGE 115, 205, 227 f. Rn. 72 (Beschl. v. 14.3.2006 – Az. 1 BvR 2087/03 und 1 BvR 2111/03) – *Betriebs- und Geschäftsgeheimnis*; BVerwGE 114, 160, 193 (Urt. v. 25.4.2001 – Az. 6 C 6.00); BVerwG, Buchholz 442.066 § 33 TKG Nr. 3 = Rn. 36 (juris) (Urt. v. 21.1.2004 – Az. 6 C 1.03).

¹³⁷ BVerfGE 116, 202, 221 Rn. 78 (Beschl. v. 11.7.2006 – Az. 1 BvL 4/00) – *Tariftreueerklärung*.

¹³⁸ Dabei soll hier im Folgenden ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die Tätigkeit des Betreibers eines Telekommunikationsnetzes ein Beruf i. S. v. Art. 12 Abs. 1 GG ist, also eine Tätigkeit, die auf Dauer berechnet ist und der Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage dient (BVerfGE 105, 252, 265 Rn. 39 [Beschl. v. 26.6.2002 – Az. 1 BvR 558/91 und 1 BvR 1428/91] – *Glykol*).

¹³⁹ *Wolfers/Wollenschläger*, N&R 2013, 251, 253; vgl. (wenn auch zum Zwang, einen bestimmten Beruf als solchen auszuüben) BVerfG, NJW 1985, 1211 = Rn. 41 (juris) (Beschl. v. 14.11.1984 – Az. 1 BvR 14/82 und 1 BvR 1642/82) – *Unterhaltungspflicht*; 1982, 323 = Rn. 35 f. (juris) (Beschl. v. 21.10.1981 – Az. 1 BvR 52/81) – *Bewährungsaufgabe*.

einsetzt, das berufsbezogene Verhalten einzelner Unternehmen am Markt¹⁴⁰ und den Einsatz von Eigentum zu Erwerbszwecken¹⁴¹.

Im Gleichbehandlungsmodell wird die Entscheidung über die Aufhebung der Verpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur – und damit letzten Endes auch über die Außerbetriebnahme dieser Infrastruktur – inhaltlich mit dem Weiterbetrieb der herkömmlichen Infrastruktur in den Glasfaserausbaugebieten des marktmächtigen Unternehmens verknüpft. Sowohl die Entscheidung, die herkömmliche Infrastruktur im eigenen Glasfaserausbaugebiet außer Betrieb zu nehmen, als auch die Entscheidung, diese Infrastruktur in den Ausbaugebieten der Wettbewerber weiterzubetreiben, ist Ausdruck der Freiheit des marktmächtigen Unternehmens, über den Einsatz der eigenen Produktionsmittel zu bestimmen. Der Schutzbereich der Berufsfreiheit ist damit grundsätzlich berührt. Das gilt darüber hinaus in Bezug darauf, dass das marktmächtige Unternehmen im Gleichbehandlungsmodell weiterhin der Verpflichtung unterworfen bleiben könnte, Zugang zu der herkömmlichen Infrastruktur im eigenen Glasfaserausbaugebiet zu gewähren. Auch diese Verpflichtung berührt den Schutzbereich der Berufsfreiheit.

Das Anreizmodell nimmt demgegenüber eine Aufhebung der Verpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur im Ausbaugebiet des marktmächtigen Unternehmens zum Anlass, um ggf. durch eine Änderung der regulatorischen Rahmenbedingungen in den Ausbaugebieten der Wettbewerber Anreize für das marktmächtige Unternehmen zu setzen, seine herkömmliche Infrastruktur auch in diesen Gebieten außer Betrieb zu nehmen. Damit ist ebenfalls seine Freiheit, über den Einsatz seiner Produktionsmittel zu entscheiden, berührt. Aber auch die Freiheit, über die Außerbetriebnahme der herkömmlichen Infrastruktur in den eigenen Ausbaugebieten zu entscheiden, kann berührt sein, wenn das marktmächtige Unternehmen hierbei mit einer daran anknüpfenden Änderung der regulatorischen Rahmenbedingungen in anderen Teilen seines Netzgebiets rechnen muss.

2. Eingriff

Fraglich ist aber, ob in diesen Schutzbereich durch entsprechende gesetzgeberische Maßnahmen auch eingegriffen würde. Unter einem Eingriff ist (nach dem modernen Eingriffsbegriff der Grundrechtsdogmatik) jedes staatliche Handeln zu verstehen, das dem Einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht. Von diesem Eingriffsverständnis sind nicht nur imperative Grundrechtseingriffe umfasst, also Maßnahmen, die unmittelbar und gezielt (final) durch ein vom Staat verfügbares, erforderlichenfalls zwangsweise durchzusetzendes Ge- oder Verbot zu einer Verkürzung grundrechtlich geschützter Interessen führen.¹⁴² Vielmehr erfasst es überdies sowohl hoheitliche Maßnahmen, die eine nur faktische Grundrechtsbeeinträchtigung bewirken, als auch solche, die lediglich zu einer mittelbaren Verkürzung des Schutzbereichs eines Grundrechts führen, wenn diese in der Zielsetzung und in ihren Wirkungen

¹⁴⁰ BVerfGE 115, 205, 229 Rn. 82 (Beschl. v. 14.3.2006 – Az. 1 BvR 2087/03 und 1 BvR 2111/03) – *Betriebs- und Geschäftsgeheimnis*; BVerfG, NVwZ 2018, 51, 58 Rn. 235 (Urt. v. 7.11.2017 – Az. 2 BvE 2/11) – *Parlamentarischer Informationsanspruch*.

¹⁴¹ BVerfGE 145, 20, 71 Rn. 129 (Beschl. v. 7.3.2017 – Az. 1 BvR 1314/12, 1 BvR 1630/12, 1 BvR 1694/13 und 1 BvR 1874/13) – *Spielhallen*.

¹⁴² Siehe zu diesem klassischen Eingriffsbegriff BVerfGE 105, 279, 300 f. Rn. 68 (Beschl. v. 26.6.2002 – Az. 1 BvR 670/91) – *Osho*; BVerfG, NJW 2018, 2312, 2313 = Rn. 29 (juris) (Beschl. v. 15.3.2018 – Az. 2 BvR 1371/13) – *Atomwaffenstationierung*.

imperativen Eingriffen gleichkommen.¹⁴³ Dahinter steht der Gedanke, dass die Grundrechtsbindung des Staats nicht entfallen soll, wenn er auf ein solches funktionales Äquivalent eines (klassischen) Eingriffs zurückgreift.¹⁴⁴ Eine Beschränkung des Freiheitsrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG liegt daher insbesondere auch dann vor, wenn eine den Wettbewerb beeinflussende staatliche Maßnahme eine juristische Person in ihrer beruflichen Tätigkeit behindert.¹⁴⁵ Begrenzt wird der Eingriffsbegriff nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dabei insbesondere in zweierlei Hinsicht: Sind mittelbare Folgen einer staatlichen Maßnahme ein bloßer Reflex einer nicht entsprechend ausgeprägten gesetzlichen Regelung, fehlt es an ihrer für die Grundrechtsbindung maßgebenden eingriffsgleichen Wirkung.¹⁴⁶ Und hängt die Beeinträchtigung grundrechtlich geschützter Interessen vom Verhalten anderer Personen ab oder beruht sie auf einem komplexen Geschehensablauf, so setzt die Bejahung eines Eingriffs voraus, dass der Staat diese als für ihn vorhersehbare Folge zumindest in Kauf nimmt.¹⁴⁷

Die hier diskutierten gesetzgeberischen Maßnahmen zur Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration würden schon angesichts des unionsrechtlich eingegengten Gestaltungsspielraums ausschließlich auf die Ausübung des Ermessens der Bundesnetzagentur einwirken.¹⁴⁸ Weder im Gleichbehandlungs- noch im Anreizmodell würde der Gesetzgeber unmittelbar Rechtspositionen des marktmächtigen Unternehmens verkürzen. Zu einer solchen Verkürzung käme es vielmehr erst mittelbar durch eine Entscheidung der Bundesnetzagentur, wenn diese (im Gleichbehandlungsmodell) die Aufhebung der Verpflichtungen des marktmächtigen Unternehmens in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur ablehnt oder (im Anreizmodell) die Verpflichtungen des marktmächtigen Unternehmens jenseits der Migrationsgebiete verändert, um die Anreize zur Außerbetriebnahme auch der dortigen Infrastruktur zu erhöhen.¹⁴⁹ Um hier einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG anzunehmen, müsste entsprechenden gesetzlichen Regelungen also eine eingriffsgleiche Wirkung zukommen. Die durch die gesetzgeberischen Ergänzungen unterstützten Maßnahmen der Bundesnetzagentur wären dabei nicht lediglich ein bloßer Reflex dieser gesetzlichen Regelung. Vielmehr wären diese gesetzgeberischen Ergänzungen gerade darauf ausgerichtet, der Bundesnetzagentur die nötige Rechtssicherheit für solche Entscheidungen zu vermitteln. Und trotz der Komplexität der jeweiligen Regulierungszusammenhänge wären

¹⁴³ BVerfGE 116, 202, 222 Rn. 82 (Beschl. v. 11.7.2006 – Az. 1 BvL 4/00) – *Tariftreueerklärung*; BVerfG, NJW 2018, 2312, 2313 = Rn. 29 (juris) (Beschl. v. 15.3.2018 – Az. 2 BvR 1371/13) – *Atomwaffenstationierung*.

¹⁴⁴ BVerfGE 116, 202, 222 Rn. 82 (Beschl. v. 11.7.2006 – Az. 1 BvL 4/00) – *Tariftreueerklärung*; 105, 279, 303 Rn. 76 (Beschl. v. 26.6.2002 – Az. 1 BvR 670/91) – *Osho*; 252, 273 Rn. 60 (Beschl. v. 26.6.2002 – Az. 1 BvR 558/91 und 1 BvR 1428/91) – *Glykol*.

¹⁴⁵ BVerfGE 115, 205, 230 Rn. 84 (Beschl. v. 14.3.2006 – Az. 1 BvR 2087/03 und 1 BvR 2111/03) – *Betriebs- und Geschäftsgeheimnis*; BVerfG, NVwZ 2018, 51, 58 Rn. 235 (Urt. v. 7.11.2017 – Az. 2 BvE 2/11) – *Parlamentarischer Informationsanspruch*.

¹⁴⁶ BVerfGE 116, 202, 222 Rn. 82 (Beschl. v. 11.7.2006 – Az. 1 BvL 4/00) – *Tariftreueerklärung*.

¹⁴⁷ BVerfG, NJW 2018, 2312, 2313 = Rn. 29 (juris) (Beschl. v. 15.3.2018 – Az. 2 BvR 1371/13) – *Atomwaffenstationierung*.

¹⁴⁸ Siehe dazu oben, unter C. II. (S. 26 ff.) und III. (S. 33 ff.).

¹⁴⁹ Nicht weiter vertieft werden soll hier die Frage, ob neben einer solchen mittelbaren Wirkung auch faktische Wirkungen den Eingriffscharakter begründen könnten. Hierfür könnte die Signalwirkung sprechen, die von entsprechenden Maßnahmen des Gesetzgebers ausgehen und das Verhalten des marktmächtigen Unternehmens evtl. bereits faktisch beeinflussen würde. Denn jedenfalls käme diese Wirkung weitaus weniger einem klassischen Eingriff nahe als die über eine verbindliche Entscheidung der Bundesnetzagentur vermittelte Wirkung. Wenn sich jene als verfassungsrechtlich unproblematisch erweisen sollte, würde das auch für eine solche – sehr schwache – faktische Wirkung gelten.

die grundrechtseingreifenden Maßnahmen für den Gesetzgeber doch vorhersehbar und von ihm nicht lediglich in Kauf genommen gewesen, sondern ausdrücklich als potentiell regulatorisch sinnvolle Handlungsoptionen gefördert worden. Es liegt damit keine der anerkannten Konstellationen vor, in denen nicht von einer eingriffsgleichen Regelung auszugehen ist.

Letzten Endes muss die Frage, ob die Schwelle zu einer eingriffsgleichen Maßnahme vorliegend durch gesetzliche Regelungen im Sinne des Gleichbehandlungs- und Anreizmodells überschritten würde, hier aber nicht abschließend geklärt werden. Denn jedenfalls wären die Entscheidungen, die von der Bundesnetzagentur im Einklang mit der jeweiligen gesetzlichen Zwecksetzung getroffen würden, als (sogar klassische) Grundrechtseingriffe anzusehen. Spätestens diese müssen damit den grundrechtlichen Anforderungen genügen. Selbst wenn die hier angedachte niederschwellige Einflussnahme durch den Gesetzgeber noch nicht die Intensität erreichen sollte, derer es für die Annahme einer eingriffsgleichen Maßnahme bedarf, wären diesbezügliche Ergänzungen des TKG zumindest sinnlos, sollten hieran anknüpfende Entscheidungen der Bundesnetzagentur die Grundrechte des marktmächtigen Unternehmens verletzen. Es kann und soll daher für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung davon ausgegangen werden, dass bereits die gesetzgeberischen Maßnahmen, zu denen es bei Umsetzung eines Gleichbehandlungs- oder Anreizmodells kommt, (mittelbar) in die Berufsausübungsfreiheit des marktmächtigen Unternehmens eingreifen.

3. Rechtfertigung

In die Berufsausübungsfreiheit eingreifende Regelungen sind verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn sie durch hinreichende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden, wenn die gewählten Mittel zur Erreichung des verfolgten Zweckes geeignet und auch erforderlich sind und wenn die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt wird,¹⁵⁰ wenn die Regelung also den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügt.¹⁵¹

Zwar ist die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers noch weiter, wenn die betreffende Regelung keinen unmittelbar berufsregelnden Charakter hat.¹⁵² Das ist hier grundsätzlich der Fall.¹⁵³ Allerdings erfolgt die grundrechtliche Prüfung vorliegend gerade mit Blick auf die nachfolgende – unmittelbar berufsregelnde – Entscheidung der Bundesnetzagentur. Von daher soll im Folgenden nicht von einer besonders weiten Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ausgegangen werden, die bei einem bloß mittelbaren Grundrechtseingriff eigentlich bestünde. Vielmehr soll für die weitere Untersuchung die übliche Gestaltungsfreiheit zugrundegelegt werden, die dem Gesetzgeber bei klassischen Eingriffen in das Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit zukommt.

¹⁵⁰ BVerfGE 101, 331, 347 Rn. 74 (Beschl. v. 15.12.1999 – Az. 1 BvR 1904/95 u. a.) – *Berufsbetreuer*; 77, 308, 332 Rn. 107 (Beschl. v. 15.12.1987 – Az. 1 BvR 563/86 u. a.) – *Arbeitnehmerweiterbildung*; 68, 155, 171 Rn. 37 (Beschl. v. 17.10.1984 – Az. 1 BvL 18/82 u. a.) – *Beförderung Schwerbehinderter*; BVerfG, ZNER 2010, 160, 164 Rn. 37 (Beschl. v. 14.8.2008 – Az. 1 BvR 2738/08) – *Mehrerlössaldierung*.

¹⁵¹ BVerfGE 83, 1, 16 Rn. 44 (Beschl. v. 17.10.1990 – Az. 1 BvR 283/85) – *Betragsrahmengebühren*. Siehe auch BVerwG, Buchholz 442.066 § 33 TKG Nr. 3 = Rn. 39 (juris) (Urt. v. 21.1.2004 – Az. 6 C 1.03).

¹⁵² BVerfGE 77, 308, 332 Rn. 107 (Beschl. v. 15.12.1987 – Az. 1 BvR 563/85 u. a.) – *Arbeitnehmerweiterbildung*.

¹⁵³ Siehe oben, unter 2. (S. 37 f.).

a) Gründe des Allgemeinwohls als Regelungszweck

Die hier diskutierten gesetzgeberischen Maßnahmen zur Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration auch jenseits der Ausbaugelände des marktmächtigen Unternehmens sollen dazu beitragen, die Nutzung von und den Zugang zu Netzen mit sehr hoher Kapazität zu fördern, die Nutzerinteressen zu wahren, einen chancengleichen Wettbewerb sicherzustellen und einen effizienten infrastrukturbasierten Wettbewerb zu fördern.¹⁵⁴ Bei den Regulierungszielen der Wahrung der Endnutzerinteressen (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG) und der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 TKG) handelt es sich schon nach der zustimmungswürdigen Rechtsprechung des Bundesverfassungs- und des Bundesverwaltungsgerichts um im verfassungsrechtlichen Sinn vernünftige Gründe des Allgemeinwohls.¹⁵⁵ Für die Förderung eines effizienten infrastrukturbasierten Wettbewerbs (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 TKG) kann mit Blick auf dessen Funktion als nachhaltige Basis für chancengleichen Wettbewerb und wegen seines Nutzens für die Endnutzer im Ergebnis nichts anderes gelten.¹⁵⁶

Und auch mit dem erst 2021 explizit im Gesetz verankerten Konnektivitätsziel (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG) besteht wegen der volkswirtschaftlichen und gesamtgesellschaftlichen Bedeutung einer flächendeckenden hochleistungsfähigen Telekommunikationsinfrastruktur ohne weiteres ein vernünftiger Grund des Allgemeinwohls, dem solche gesetzgeberischen Maßnahmen dienen würden.

Flankiert werden die telekommunikationsrechtlichen Allgemeinwohlziele schließlich durch den ökologischen Nutzen, den eine Abschaltung der Kupferaltinfrastruktur bei erfolgtem Glasfaserausbau erzielen könnte.¹⁵⁷ Insbesondere trägt die Einsparung von Treibhausgasemissionen zur Begrenzung des Klimawandels und damit i. S. v. Art. 20a GG zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen bei. Dieses verfassungsrechtliche Umweltschutzziel soll gerade ökologisch motivierte Grundrechtseingriffe legitimieren.¹⁵⁸

b) Eignung

Entsprechende gesetzliche Regelungen müssten geeignet sein, den so umrissenen Regelungszweck zu erreichen. Ein Gesetz ist geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann.¹⁵⁹ Dabei reicht die Möglichkeit der Zweckerreichung aus und ist es nicht erforderlich, dass der Erfolg in jedem Einzelfall auch tatsächlich erreicht wird oder jedenfalls erreichbar ist.¹⁶⁰

¹⁵⁴ Siehe dazu oben, unter A. (S. 2 ff.).

¹⁵⁵ BVerfG, ZNER 2012, 65, 68 Rn. 47 (Beschl. v. 8.12.2011 – Az. 1 BvR 1932/08) – *Telekommunikationsregulierung*; BVerwG, Buchholz 442.066 § 61 TKG Nr. 4, Rn. 101 (Urt. v. 20.10.2021 – Az. 6 C 8.20).

¹⁵⁶ Insgesamt zur Einstufung des Wettbewerbsziels als Allgemeinwohlbelang siehe BVerwG, Buchholz 442.066 § 63 TKG Nr. 1, Rn. 33 f. (Urt. v. 17.8.2011 – Az. 6 C 9.10); Buchholz 442.066 § 33 TKG Nr. 3 = Rn. 39 (juris) (Urt. v. 21.1.2004 – Az. 6 C 1.03).

¹⁵⁷ Siehe oben, unter A. (S. 5).

¹⁵⁸ Rux, in: Beck'scher Online-Kommentar zum GG, 53. Edition (11/2022), Art. 20a Rn. 43; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Bd. 1, 3. A., 2015, Art. 20a Rn. 87; siehe dementsprechend etwa BVerfG, NJW 2017, 217, 228 Rn. 283 (Urt. v. 6.12.2016 – Az. 1 BvR 2821/11 u. a.) – *Atomausstieg*.

¹⁵⁹ BVerfGE 160, 284, 334 Rn. 126 (Beschl. v. 9.2.2022 – Az. 2 BvL 1/20) – *Verbotene Kraftfahrzeugrennen*; 159, 355, 406 Rn. 114 (Beschl. v. 19.11.2021 – Az. 1 BvR 971/21 und 1 BvR 1069/21) – *Schulschließungen*; 39, 210, 230 Rn. 63 (Beschl. v. 19.3.1975 – Az. 1 BvL 20/73 u. a.) – *Mühlenstrukturgesetz*; BVerfG, NJW 2023, 3072, 3077 Rn. 72 (Beschl. v. 14.6.2023 – Az. 2 BvL 3/20 u. a.) – *Cannabisverbot*.

¹⁶⁰ BVerfGE 160, 284, 334 Rn. 126 (Beschl. v. 9.2.2022 – Az. 2 BvL 1/20) – *Verbotene Kraftfahrzeugrennen*; 158, 282, 336 Rn. 131 (Beschl. v. 8.7.2021 – Az. 1 BvR 2237/14 und 1 BvR 2422/17) – *Vollverzinsung*; BVerfG, NJW 2023, 3072, 3077 Rn. 72 (Beschl. v. 14.6.2023 – Az. 2 BvL 3/20 u. a.) – *Cannabisverbot*.

Eine Regelung ist erst dann nicht mehr geeignet, wenn sie die Erreichung des Gesetzeszwecks in keiner Weise fördern kann oder sich sogar gegenläufig auswirkt.¹⁶¹

Das Gleichbehandlungsmodell zielt auf die Möglichkeit, die Aufhebung der Verpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur in den Glasfaserausbaugebieten des marktmächtigen Unternehmens so lange zu verweigern, bis das Unternehmen auch in den Ausbaugebieten seiner Wettbewerber unter insoweit vergleichbaren Rahmenbedingungen eine Migration vom Kupfer- auf das Glasfasernetz vornimmt. Ob eine solche Weigerung das marktmächtige Unternehmen tatsächlich zu einer diskriminierungsfreien Abschaltpraxis anhält, hängt allerdings letzten Endes von seiner eigenen Entscheidung ab. Es ist daher nicht im naturwissenschaftlichen Sinne sicher, ob die Implementierung des Gleichbehandlungsmodells die beabsichtigte Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration zur Folge hat. Das ist aber verfassungsrechtlich eben auch nicht erforderlich. Angesichts der deutlichen Kosteneinsparungen, die mit einer Abschaltung der herkömmlichen Infrastruktur in den eigenen Glasfaserausbaugebieten einhergehen, hat das marktmächtige Unternehmen jedenfalls einen starken Anreiz, sich so zu verhalten, dass es zu einer solchen Abschaltung kommen kann. Damit ist die Möglichkeit gegeben, dass das Gleichbehandlungsmodell zur Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration in den Ausbaugebieten der Wettbewerber des marktmächtigen Unternehmens und damit zur Erreichung der Regulierungsziele führt.

Allerdings könnte sich die Frage stellen, ob die drohende Verweigerung im Ergebnis nicht sogar gegenläufige Auswirkungen auf die Regulierungsziele haben könnte. Hierzu könnte es kommen, wenn aus Sicht des marktmächtigen Unternehmens die Nachteile einer Kupfer-Glasfaser-Migration in den Ausbaugebieten seiner Wettbewerber die Vorteile einer Abschaltung der herkömmlichen Infrastruktur in den eigenen Ausbaugebieten überwiegen. Dann könnte das marktmächtige Unternehmen davon absehen, auch in den eigenen Ausbaugebieten die Kupfer-Glasfaser-Migration voranzutreiben, wodurch am Ende die Regulierungsziele gegenüber einer Situation ohne entsprechende Gleichbehandlungsanforderung nicht gefördert, sondern beeinträchtigt würden. Schon angesichts der deutlichen Kosten- und Ressourceneinsparungen, die durch eine Abschaltung der herkömmlichen Infrastruktur erreicht werden können, erscheint eine solche Gefahr allerdings theoretischer Natur. Jedenfalls ist es wahrscheinlicher, dass das Gleichbehandlungsmodell die wettbewerbskonforme Kupfer-Glasfaser-Migration in den Ausbaugebieten der Wettbewerbsunternehmen fördert, als dass es die Kupfer-Glasfaser-Migration in den Ausbaugebieten des marktmächtigen Unternehmens ausbremst. Mit Blick auf den verfassungsrechtlichen Möglichkeitsmaßstab reicht das aber aus, um die Eignung des Gleichbehandlungsmodells zu bejahen.

Im Anreizmodell würde die Bundesnetzagentur gesetzgeberisch darauf hingewiesen, dass sie den regulatorischen Rahmen in den Glasfaserausbaugebieten anpassen kann und ggf. bei entsprechender regulatorischer Bewertung auch anpassen sollte, um dort Anreize für das marktmächtige Unternehmen zu setzen, auch in diesen Gebieten einen Migrationsprozess anzustoßen. Ob und in welcher Form das marktmächtige Unternehmen auf entsprechende Anreize reagiert, hängt somit hier ebenfalls von seiner eigenen Entscheidung ab. Es kann trotz der Anreize davon absehen, seine

¹⁶¹ BVerfGE 159, 355, 406 f. Rn. 114 (Beschl. v. 19.11.2021 – Az. 1 BvR 971/21 und 1 BvR 1069/21) – *Schulschließungen*; 158, 282, 336 Rn. 131 (Beschl. v. 8.7.2021 – Az. 1 BvR 2237/14 und 1 BvR 2422/17) – *Vollverzinsung*.

eigenen Zugangs- und Endkunden auf das Glasfasernetz seines Wettbewerbers zu migrieren. Im Anreizmodell ist demzufolge ebenfalls nicht im naturwissenschaftlichen Sinne sicher, ob der Regelungszweck erreicht wird. Das ist aber eben auch nicht notwendig, um die Eignung einer Maßnahme zu bejahen. Da es auch für das marktmächtige Unternehmen letzten Endes eine betriebswirtschaftliche Frage ist, wie lange sich der Weiterbetrieb der herkömmlichen Infrastruktur noch lohnt und ab wann es lukrativer ist, die eigenen Endkunden in einem Netzgebiet nur noch als Zugangsnachfrager eines anderen Glasfasernetzbetreibers zu versorgen, erscheint es jedenfalls möglich, durch die Setzung entsprechender Anreize diese unternehmerische Abwägung zu beeinflussen. Das Anreizmodell kann damit die wettbewerbskonforme Kupfer-Glasfaser-Migration in den Ausbaugebieten der Wettbewerber des marktmächtigen Unternehmens und hierüber die Erreichung der Regulierungsziele fördern. Es handelt sich demzufolge um ein geeignetes Mittel, wobei hinsichtlich des Risikos eines nachteiligen Effekts auf die Regulierungsziele auf die diesbezüglichen Ausführungen zum Gleichbehandlungsmodell verwiesen werden kann.

c) Erforderlichkeit

Etwaige gesetzgeberische Maßnahmen müssten zur Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration in den Ausbaugebieten der Wettbewerbsunternehmen darüber hinaus erforderlich sein. Die Erforderlichkeit ist gegeben, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht oder weniger stark einschränkendes Mittel hätte wählen können.¹⁶² Dabei scheidet die Erforderlichkeit nur aus, wenn in jeder Hinsicht eindeutig feststeht, dass die alternativen Mittel zur Zweckerreichung sachlich mindestens gleichwertig sind.¹⁶³

Weder im Gleichbehandlungs- noch im Anreizmodell würde das marktmächtige Unternehmen dazu verpflichtet, den Migrationsprozess in den Ausbaugebieten seiner Wettbewerber einzuleiten. Ob die negativen Anreize für das marktmächtige Unternehmen schwer genug wiegen, um hier eine (ohne diese Anreize) eigentlich nicht gewünschte unternehmerische Entscheidung für die Abschaltung seiner herkömmlichen Infrastruktur in den Ausbaugebieten seiner Wettbewerber zu treffen, bliebe letztlich seiner eigenen Bewertung vorbehalten. Alternativ wären verbindliche Vorgaben denkbar, die das marktmächtige Unternehmen unmittelbar zur Durchführung des Migrationsprozesses und/oder zur Abschaltung der herkömmlichen Infrastruktur in den Ausbaugebieten seiner Wettbewerber verpflichten. Solche Maßnahmen wären zwar wirksamer als die hier diskutierten gesetzgeberischen Einflussnahmen. Sie wären aber eben auch eingriffsintensiver, so dass sie die Erforderlichkeit weder des Gleichbehandlungs- noch des Anreizmodells in Zweifel ziehen können. (Damit ist zugleich aber auch nicht gesagt, dass solche Verpflichtungen verfassungsrechtlich ausgeschlossen wären. Denn sie wären als eingriffsintensivere Maßnahmen zugleich wirksamer, würden also ebenfalls den Anforderungen an die Erforderlichkeit genügen. Sie wären jedoch als spezifische Maßnahmen

¹⁶² BVerfGE 160, 284, 334 Rn. 126 (Beschl. v. 9.2.2022 – Az. 2 BvL 1/20) – *Verbotene Kraftfahrzeugrennen*; 159, 355, 409 Rn. 122 (Beschl. v. 19.11.2021 – Az. 1 BvR 971/21 und 1 BvR 1069/21) – *Schulschließungen*; 39, 210, 230 Rn. 63 (Beschl. v. 19.3.1975 – Az. 1 BvL 20/73 u. a.) – *Mühlenstrukturgesetz*; BVerfG, NJW 2023, 3072, 3077 Rn. 72 (Beschl. v. 14.6.2023 – Az. 2 BvL 3/20 u. a.) – *Cannabisverbot*; siehe auch BVerfGE 83, 1, 18 Rn. 50 (Beschl. v. 17.10.1990 – Az. 1 BvR 283/85) – *Betragsrahmengebühren*.

¹⁶³ BVerfGE 159, 355, 409 Rn. 122 (Beschl. v. 19.11.2021 – Az. 1 BvR 971/21 und 1 BvR 1069/21) – *Schulschließungen*; 81, 80, 91 Rn. 64 (Beschl. v. 14.11.1989 – Az. 1 BvL 14/85 und 1 BvR 1276/84) – *Rückkehrgebot für Mietwagen*.

zumindest nicht explizit im Kommunikationskodex vorgesehen und nicht ohne weiteres als Verpflichtungen i. S. v. Art. 68 ff. des Kodex einzustufen.)

In gerade umgekehrter Stoßrichtung könnte eine alternative Maßnahme jedenfalls zum Anreizmodell darin bestehen, auf eine (prozedurale) Verknüpfung mit der Aufhebung von Verpflichtungen nach § 34 Abs. 5 TKG zu verzichten. Damit entfielen die spezifische Gefahr, dass durch diese Verknüpfung das marktmächtige Unternehmen von der Durchführung einer Kupfer-Glasfaser-Migration in den eigenen Ausbaugebieten abgeschreckt werden könnte. Hierin könnte man u. U. eine weniger eingriffsintensive Regelung sehen. Es ist aber schon zweifelhaft, ob diese Wertung berechtigt wäre. Zum einen würde durch eine Implementierung des Anreizmodells letzten Endes ohnehin nur die geltende Rechtslage nach Art. 68 Abs. 6 des Kodex aufgegriffen. Und zum anderen könnte es ohne eine solche Verknüpfung naheliegen, die Kupfer-Glasfaser-Migration in den Ausbaugebieten anderer Unternehmen sogar völlig losgelöst von dem Migrationsprozess in den Ausbaugebieten des marktmächtigen Unternehmens durch das Setzen entsprechender regulatorischer Anreize voranzutreiben (was natürlich auch bei Implementierung des Anreizmodells nicht ausgeschlossen wäre). Aber selbst wenn man im Anreizmodell hier die eingriffsintensivere Maßnahme (gegenüber einer Anpassung des regulatorischen Rahmens in den Glasfaserausbaugebieten der Wettbewerber unabhängig von der Abschaltpraxis in den Glasfaserausbaugebieten des marktmächtigen Unternehmens) sehen würde, wäre sie eben gerade wegen der Verknüpfung jedenfalls auch das wirksamere Mittel. Denn es würde sicherstellen, dass die Bundesnetzagentur gerade in der potentiell wettbewerbsverfälschten Situation einer asymmetrischen Kupfer-Glasfaser-Migration den Vorgaben von Art. 68 Abs. 6 des Kodex entsprechend dafür Sorge trägt, auf Änderungen der Wettbewerbsdynamik hin den regulatorischen Rahmen ggf. zur bestmöglichen Sicherstellung der Regulierungsziele anzupassen. Damit bleibt das Anreizmodell auch unter der Prämisse einer etwas höheren Eingriffswirkung ein erforderliches Mittel zur Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration.

Zu guter Letzt wird die Erforderlichkeit des Gleichbehandlungsmodells nicht dadurch in Zweifel gezogen, dass der Gesetzgeber auch (nur) ein Anreizmodell umsetzen könnte. Zwar wird es dem marktmächtigen Unternehmen im Anreizmodell *rechtlich* nicht erschwert, die herkömmliche Infrastruktur in seinen eigenen Glasfaserausbaugebieten außer Betrieb zu nehmen, während das Gleichbehandlungsmodell der Bundesnetzagentur einen entsprechenden Hebel zur Förderung der Regulierungsziele aufzeigt. Das Anreizmodell ist daher nicht so grundrechtsbeeinträchtigend wie das Gleichbehandlungsmodell. Allerdings ist gerade diese Einschränkung der Möglichkeiten des marktmächtigen Unternehmens, eine letzten Endes nicht mehr benötigte Infrastruktur außer Betrieb zu nehmen und so deutliche Kosten- und Ressourceneinsparungen zu realisieren, eben ein besonders starker Hebel, um das marktmächtige Unternehmen dazu anzuhalten, die Migration auch in den Ausbaugebieten seiner Wettbewerber voranzutreiben. Es erweist sich damit als das wirksamere Mittel als das Anreizmodell, das der Bundesnetzagentur lediglich die Möglichkeit aufzeigt, durch eine Anpassung des regulatorischen Rahmens den Weiterbetrieb der herkömmlichen Infrastruktur des marktmächtigen Unternehmens in den Glasfaserausbaugebieten seiner Wettbewerber unattraktiver zu machen und so auf seine betriebswirtschaftliche Kosten-Nutzen-Rechnung Einfluss zu nehmen. Die negativen Migrationsanreize bleiben dabei hinter dem vollständigen rechtlichen Ausschluss eines „Kupferausstiegs“ in den Glasfaserausbaugebieten des marktmächtigen Unternehmens zurück, der Gegenstand des Gleichbehandlungsmodells ist. Das Anreizmodell ist daher zwar das mildere,

aber eben auch das weniger wirksamere Mittel zur Erreichung des Regelungszwecks. Damit genügt auch das Gleichbehandlungsmodell den Anforderungen der Erforderlichkeit.

d) Zumutbarkeit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne)

Zu guter Letzt müssten sich die im Rahmen dieser Untersuchung diskutierten gesetzgeberischen Maßnahmen auch als verhältnismäßig im engeren Sinne und damit als zumutbar erweisen. Die Grenze der Zumutbarkeit ist gewahrt, wenn die Betroffenen nicht übermäßig belastet werden, was wiederum anhand einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe zu bestimmen ist.¹⁶⁴ Die Interessen des Gemeinwohls müssen dabei umso gewichtiger sein, je empfindlicher der Einzelne in seiner Freiheit beeinträchtigt wird.¹⁶⁵ Umgekehrt wird gesetzgeberisches Handeln umso dringlicher, je größer die Nachteile und Gefahren sind, die aus gänzlich freier Grundrechtsausübung erwachsen können.¹⁶⁶

aa) Schwere des Eingriffs

Betrachtet man zunächst die Schwere des Eingriffs, so ist sowohl beim Gleichbehandlungs- als auch beim Anreizmodell in Rechnung zu stellen, dass die staatliche Steuerung letzten Endes darauf zielt, das marktmächtige Unternehmen dazu zu bringen, seine (Zugangs- und End-) Kunden in den Glasfaserausbaugebieten seiner Wettbewerber auf ein (Glasfaser-) Netz eines Wettbewerbers zu migrieren und seine eigene Altinfrastruktur dort außer Betrieb zu nehmen. Hinsichtlich seiner eigenen Endkunden würde das marktmächtige Unternehmen damit nur noch als Diensteanbieter auf der Grundlage des Zugangs zum Netz eines Wettbewerbers tätig sein, mit entsprechend geringerem Wertschöpfungsanteil und zugleich (Zugangs-) Entgeltzahlungen an diesen Wettbewerber.¹⁶⁷ Seine Zugangsnachfrager würde das marktmächtige Unternehmen u. U. vollständig an seinen Wettbewerber verlieren¹⁶⁸ oder müsste sie zumindest wie auch seine eigenen Endkunden über einen vorgelagerten Zugang zu dessen Netz versorgen. Beide Modelle sind somit darauf gerichtet, das Leistungsangebot des marktmächtigen Unternehmens deutlich und zunächst einmal zu dessen Ungunsten zu beeinflussen. Hierin liegt ein potentiell nicht unerheblicher Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit des marktmächtigen Unternehmens.

Es sind allerdings auch gegenläufige Aspekte zu berücksichtigen. So entfielen ganz unmittelbar die durchaus relevanten Kosten für den Weiterbetrieb der herkömmlichen Infrastruktur des marktmächtigen Unternehmens in den Glasfaserausbaugebieten seiner Wettbewerber. Hierdurch würde der finanzielle Nachteil, der dadurch entsteht, dass das marktmächtige Unternehmen nach Abschluss des Migrationsprozesses nun seinerseits Zugangsentgelte zahlen muss, jedenfalls partiell

¹⁶⁴ BVerfGE 160, 284, 334 Rn. 126 (Beschl. v. 9.2.2022 – Az. 2 BvL 1/20) – *Verbotene Kraftfahrzeugrennen*; 101, 331, 350 Rn. 84 (Beschl. v. 15.12.1999 – Az. 1 BvR 1904/95 u. a.) – *Berufsbetreuer*; 83, 1, 19 Rn. 51 (Beschl. v. 17.10.1990 – Az. 1 BvR 283/85) – *Betragsrahmengebühren*; 39, 210, 234 Rn. 68 (Beschl. v. 19.3.1975 – Az. 1 BvL 20/73 u. a.) – *Mühlenstrukturgesetz*.

¹⁶⁵ BVerfGE 160, 284, 334 Rn. 126 (Beschl. v. 9.2.2022 – Az. 2 BvL 1/20) – *Verbotene Kraftfahrzeugrennen*; 159, 355, 413 Rn. 134 (Beschl. v. 19.11.2021 – Az. 1 BvR 971/21 und 1 BvR 1069/21) – *Schulschließungen*.

¹⁶⁶ BVerfGE 160, 284, 334 Rn. 126 (Beschl. v. 9.2.2022 – Az. 2 BvL 1/20) – *Verbotene Kraftfahrzeugrennen*; 159, 355, 413 Rn. 134 (Beschl. v. 19.11.2021 – Az. 1 BvR 971/21 und 1 BvR 1069/21) – *Schulschließungen*.

¹⁶⁷ *Fischer/Franz* (Fn. 8), § 34 TKG Rn. 11.

¹⁶⁸ So wohl *Fischer/Franz* (Fn. 8), § 34 TKG Rn. 11.

kompensiert. Ein vollständiger Ausgleich träte demgegenüber schon deshalb nicht ein, weil die Zugangsentgelte auch Gewinnanteile zugunsten des Wettbewerbers enthalten und die Kosten nun unmittelbar zu Einnahmen eines Wettbewerbers (und damit zu Nachteilen im Wettbewerb) führen. Darüber hinaus hätte die Kupfer-Glasfaser-Migration aber auch zur Folge, dass das marktmächtige Unternehmen nun seinerseits ohne eigenen Netzausbau auch im Glasfaserausbaugebiet seinen Endkunden (und Dritten) glasfaserbasierte Produkte anbieten und so eine höhere Wertschöpfung erzielen könnte. Diese Möglichkeit kann zwar auch ohne eine solche Migration bestehen, wenn das Wettbewerbsunternehmen ohnehin einen offenen, diskriminierungsfreien Zugang anbieten sollte. Zwingend ist das aber gerade in eigenwirtschaftlich ausgebauten Gebieten nicht. Die betriebswirtschaftlichen Nachteile, die für das marktmächtige Unternehmen mit einer Kupfer-Glasfaser-Migration einhergehen, werden also jedenfalls z. T. durch betriebswirtschaftliche Vorteile ausgeglichen. Zumindest gehören glasfaserbasierte Angebote auf der Grundlage von Vorleistungsprodukten anderer Netzbetreiber – wenn bislang auch in einem eher überschaubaren Ausmaß – schon jetzt ohnehin zum Netzausbauportfolio des marktmächtigen Unternehmens,¹⁶⁹ so dass es hier nicht in ein für ihn bisher fremdes Geschäftsmodell gezwungen würde.

Darüber hinaus wird das Gewicht eines Eingriffs gemindert, wenn es erst infolge einer eigenen Entscheidung des Grundrechtsträgers zu der grundrechtlichen Beeinträchtigung kommt.¹⁷⁰ Das ist hier der Fall. Keines der beiden Modelle würde das marktmächtige Unternehmen im Sinne eines vollstreckbaren Gebots dazu zwingen, eine Kupfer-Glasfaser-Migration in den Ausbaugebieten seiner Wettbewerber vorzunehmen. Ob es zu einer solchen Migration mit den genannten Folgen kommt, hängt davon ab, ob das marktmächtige Unternehmen den Nutzen dieser Migration angesichts der staatlich gesetzten Anreize höher bewertet als die mit ihr einhergehenden Nachteile. Das marktmächtige Unternehmen kann den Eintritt der Folgen einer Kupfer-Glasfaser-Migration in den Ausbaugebieten seiner Wettbewerber also verhindern, indem es die von den negativen Anreizen ausgehenden Nachteile dauerhaft hinnimmt.

Hierbei wären dann allerdings gerade wieder – das Gewicht des Eingriffs verstärkend – die Folgen eines solchen Verhaltens zu berücksichtigen.

Im Anreizmodell bestünden sie lediglich darin, die – zulasten des marktmächtigen Unternehmens – geänderten regulatorischen Rahmenbedingungen hinzunehmen. Dieser Nachteil wiegt nicht schwer, da das ganze System der marktmachtabhängigen Regulierung ohnehin auf eine fortwährende Anpassung der Vorabverpflichtungen des marktmächtigen Unternehmens an geänderte Marktverhältnisse gerichtet ist. Das marktmächtige Unternehmen muss also ohnehin stets damit rechnen, ggf. strengeren Verpflichtungen unterworfen zu werden, wenn es die Bundesnetzagentur zur Erreichung der Regulierungsziele für geboten erachtet. Die Schwere des Eingriffs wird daher bei diesem Modell vorrangig durch die Folgen bestimmt, auf die sich die Anreizsetzung richtet, also auf die mit entsprechenden gesetzgeberischen Maßnahmen bezweckte Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration in den Ausbaugebieten der Wettbewerbsunternehmen.

¹⁶⁹ Vgl. DTAG, Position und Fakten zur aktuellen Debatte um angeblich „unsinnige“ und „schädliche“ Investitionen der Deutschen Telekom in die Modernisierung ihres Netzes und in den Glasfaserausbau bis in die Häuser und Wohnungen (FTTH), 2023, S. 5 („Die Telekom setzt gerade nicht auf den behaupteten „Überbau“, sondern auf Kooperationen unterschiedlicher Art. ... Dies sind ... der Einkauf von Bitstrom-Vorleistungen (sog. Wholebuy).“).

¹⁷⁰ Siehe BVerfGE 116, 202, 226 Rn. 101 (Beschl. v. 11.7.2006 – Az. 1 BvL 4/00) – *Tarifreueerklärung*.

Anders verhält es sich im Gleichbehandlungsmodell. Hier droht dem marktmächtigen Unternehmen als Konsequenz eines Verweigerungsverhaltens, dass es auch bei wettbewerbskonformer Kupfer-Glasfaser-Migration in seinen eigenen Ausbaugebieten nicht zu einer Aufhebung der Verpflichtungen in Bezug auf die herkömmliche Infrastruktur kommt und es deshalb auch daran gehindert wird, diese Infrastruktur außer Betrieb zu nehmen. Es müsste also eine eigentlich nicht mehr benötigte Infrastruktur weiterbetreiben und bliebe mit den Kosten für den Betrieb belastet. Eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung der Berufsausübungsfreiheit kann hier demzufolge nur durch Inkaufnahme einer anderen nicht unerheblichen Beeinträchtigung vermieden werden. Hierin liegt die eingriffsinintensivere Wirkung des Gleichbehandlungsmodells gegenüber dem Anreizmodell.¹⁷¹

Im Ergebnis können damit sowohl das Anreizmodell als auch das Gleichbehandlungsmodell Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit des marktmächtigen Unternehmens von durchaus spürbarem Gewicht zur Folge haben. Dabei stehen den Beeinträchtigungen in Bezug auf die Kupfer-Glasfaser-Migration, die durch entsprechende gesetzgeberische Maßnahmen in den Ausbaugebieten der Wettbewerber dieses Unternehmens gefördert werden soll, auch Vorteile für das marktmächtige Unternehmen gegenüber. Darüber hinaus hat es das marktmächtige Unternehmen selbst in der Hand, ob es zu diesen Beeinträchtigungen kommt. Insoweit sind also die Grundrechtseingriffe insbesondere im Anreizmodell zwar von nicht unerheblichem, aber im Ergebnis noch überschaubarem Gewicht. Das gilt im Ausgangspunkt auch für das Gleichbehandlungsmodell. Angesichts des hier vorgesehenen Druckmittels, dem marktmächtigen Unternehmen die Außerbetriebnahme der herkömmlichen Infrastruktur in seinen eigenen Glasfaserausbaugebieten zu untersagen, sind im Gleichbehandlungsmodell aber durchaus gewichtigere Grundrechtseingriffe möglich, aus denen allerdings spiegelbildlich gerade seine größere Wirksamkeit folgt.

bb) Gewicht der Gemeinwohlinteressen

Neben der Schwere des Eingriffs kommt für die Frage der Zumutbarkeit eines Grundrechtseingriffs auf der anderen Waagschale dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe entscheidende Bedeutung zu. Es wurde hier bereits dargelegt, dass durch die diskutierten gesetzgeberischen Einflussnahmen die Kupfer-Glasfaser-Migration in den Glasfaserausbaugebieten der Wettbewerber des marktmächtigen Unternehmens gefördert werden soll, um hierdurch verschiedenen Regulierungszielen nach § 2 Abs. 2 TKG zu dienen: dem Konnektivitätsziel sowohl in seiner Zugangs- als auch in seiner Nutzungsdimension (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG), dem Regulierungsziel der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 TKG) und der Förderung eines effizienten infrastrukturbasierten Wettbewerbs (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 TKG) sowie dem Regulierungsziel der Wahrung der Endnutzerinteressen (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG).¹⁷²

Hinsichtlich der Regulierungsziele der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Wahrung der Endnutzerinteressen hat das Bundesverwaltungsgericht bereits entschieden, dass es sich jeweils um ein „besonders wichtiges“ Gemeinschaftsgut handelt.¹⁷³ Das Gericht sieht insoweit

¹⁷¹ Siehe dazu bereits unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit oben, unter c) (S. 43).

¹⁷² Siehe zum Ganzen bereits oben, unter a) (S. 40).

¹⁷³ BVerwG, Buchholz 442.066 § 61 TKG Nr. 4, Rn. 101 (Urt. v. 20.10.2021 – Az. 6 C 8.20).

eine verfassungsrechtliche Verankerung dieser Regulierungsziele in Art. 87f GG.¹⁷⁴ Auch das Bundesverfassungsgericht hat in der Sicherstellung chancengleichen Wettbewerbs und der Wahrung der Verbraucherinteressen „gewichtige“ Gemeinwohlziele erkannt.¹⁷⁵ Für die Förderung eines effizienten infrastrukturbasierten Wettbewerbs kann im Ergebnis nichts anderes gelten, da dieses Regulierungsziel in engem Zusammenhang mit der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Wahrung der Endnutzerinteressen steht.¹⁷⁶

Aber auch dem Konnektivitätsziel kommt ein vergleichbar hohes Gewicht zu. Das ergibt sich schon aus den unionsrechtlichen Vorgaben, die das „enorm[e] Potenzial“ dieser Netze betonen, „Vorteile für Verbraucher und die Wirtschaft in der gesamten Union zu schaffen“, und ihnen eine Stärkung der „internationale[n] Wettbewerbsfähigkeit der Union“ zuschreiben (Erwägungsgrund 28 S. 1 des Kodex). In ihrer Gigabitstrategie betont die Bundesregierung ebenfalls die zentrale Bedeutung des Glasfaserausbaus, der erforderlich sei, damit die Telekommunikationsinfrastruktur den „Anforderungen von Bürgerinnen und Bürgern, Verwaltung, Wissenschaft und Wirtschaft auch künftig gerecht werden“ könne.¹⁷⁷

Ergänzt werden diese telekommunikationsrechtlichen Regulierungsziele durch die positiven ökologischen Implikationen, die eine Abschaltung der Kupferaltinfrastruktur hätte. Diese sind in Art. 20a GG ebenfalls verfassungsrechtlich fundiert¹⁷⁸ und damit auch von erheblichem Gewicht, wenn es um die Rechtfertigung korrespondierender Grundrechtseingriffe geht.¹⁷⁹

Die hier untersuchten gesetzgeberischen Maßnahmen zur Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration dienen daher insgesamt Gemeinwohlinteressen von besonderem Gewicht.

cc) Abwägung

In der Abwägung der Schwere des – erst durch eine entsprechende Entscheidung der Bundesnetzagentur vermittelten – Eingriffs mit den dadurch geförderten Gemeinwohlinteressen finden sich auf beiden Seiten der Waagschale verfassungsrechtlich geschützte Belange. Den Gemeinwohlinteressen von besonderem Gewicht stehen (potentiell) nicht unerhebliche Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit des marktmächtigen Unternehmens gegenüber. Das gilt für das Gleichbehandlungsmodell und in etwas abgeschwächterem Maße auch für das Anreizmodell. Angesichts der verfassungsrechtlichen Fundierung des ganz überwiegenden Teils der verfolgten Gemeinwohlinteressen spricht allerdings schon bei bloßer Betrachtung dieser Gegenüberstellung alles dafür, dass hier Eingriffsgrund und -schwere jedenfalls noch in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen, der

¹⁷⁴ BVerwG, Buchholz 442.066 § 63 TKG Nr. 1, Rn. 33 (Urt. v. 17.8.2011 – Az. 6 C 9.10); für die Gewährleistung des Wettbewerbs auch BVerwG, Buchholz 442.066 § 61 TKG Nr. 4, Rn. 101 (Urt. v. 20.10.2021 – Az. 6 C 8.20).

¹⁷⁵ BVerfG, ZNER 2012, 65, 68 Rn. 47 (Beschl. v. 8.12.2011 – Az. 1 BvR 1932/08) – *Telekommunikationsregulierung*.

¹⁷⁶ Siehe bereits oben, unter a) (S. 40).

¹⁷⁷ BMDV (Fn. 20), S. 6.

¹⁷⁸ Siehe bereits oben, unter a) (S. 40).

¹⁷⁹ Vgl. BVerfG, NJW 2017, 217, 230 Rn. 303 (Urt. v. 6.12.2016 – Az. 1 BvR 2821/11 u. a.) – *Atomausstieg*, wonach es sich beim Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen nach Art. 20a GG um ein verfassungsrechtliches Gut von hohem Wert handelt.

Eingriff also als angemessen und dem marktmächtigen Unternehmen zumutbar zu qualifizieren ist. Diese Wertung wird aber jedenfalls durch weitere Überlegungen gestützt.

So ist die unterschiedliche Ausgangssituation, in der das marktmächtige Unternehmen starke Anreize hat, die Kupfer-Glasfaser-Migration in den Ausbaugebieten seiner Wettbewerber so lange wie möglich zu behindern und zu verzögern, von erheblichem Gewicht. Aktuell haben die Wettbewerber rund 11 Millionen Haushalte (sowie Unternehmen und sonstige Stellen) mit Glasfaser erschlossen.¹⁸⁰ Diese Zahl wird sich in den nächsten Jahren mit fortschreitendem Glasfaserausbau durch die Wettbewerber weiter deutlich erhöhen, insbesondere wenn die drohenden Hemmnisse durch eine diskriminierende Abschaltpraxis regulatorisch proaktiv beseitigt werden. Das verdeutlicht bei etwas über 40 Millionen Haushalten in Deutschland¹⁸¹ die erhebliche quantitative Dimension der hier diskutierten Förderung von Gemeinwohlinteressen, was deren besonders hohes Gewicht zusätzlich unterstreicht.

Demgegenüber geht es mit der Kupferinfrastruktur um ein Betriebsmittel, welches ursprünglich zumindest in wesentlichen Teilen durch die Deutsche Bundespost errichtet und dann auf die TDG übertragen wurde. Weder die Errichtung noch die Übertragung erfolgten daher in Ausübung grundrechtlich geschützter Berufsausübungsfreiheit. Es ist zwar nicht zu verkennen, dass das Kupferanschlussnetz mittlerweile durch die grundrechtlich geschützte Betätigung des marktmächtigen Unternehmens deutlich ertüchtigt wurde, insbesondere durch den Glasfaserausbau zu den Kabelverzweigern.¹⁸² Dennoch hat das marktmächtige Unternehmen die hier im Fokus stehende Möglichkeit, durch eine asymmetrische Abschaltpraxis die Regulierungsziele zu beeinträchtigen, gerade nur aufgrund der in den Zeiten des Staatsmonopols begründeten Kontrolle über eine flächendeckende Kupferinfrastruktur. Insoweit besteht der historisch begründete Vorteil also gerade *trotz* konkurrierender (Glasfaser-) Investitionen der Wettbewerber fort.¹⁸³ Das spricht dafür, dass hoheitliche Maßnahmen, die auf die Entscheidung über den Weiterbetrieb dieser weitgehend übernommenen Altinfrastruktur einwirken, nur mit entsprechend reduziertem Gewicht in die Abwägung einzustellen sind. Der Eingriff ist also in der Abwägung leichter zu rechtfertigen, soweit er gerade die aus Monopolzeiten übernommene Altinfrastruktur betrifft. Etwas anderes gilt zwar für die Folgen auf den Glasfaserausbau bis zu den Kabelverzweigern. Dieser sollte aber nach eigener Darstellung der TDG nur ein Zwischenschritt zum vollständigen Glasfaserausbau bis zu den Haushalten sein.¹⁸⁴ Es oblag und obliegt – gerade auch im Lichte einer anstehenden oder bereits erfolgten Abschaltung der Kupferaltinfrastruktur – ihrer unternehmerischen Entscheidung, ob und wann sie diesen Glasfaserausbau durchführt. Soweit sie in den Glasfaserausbaugebieten ihrer Wettbewerber hiervon etwa aufgrund der anhaltenden und

¹⁸⁰ Siehe die Nachweise in Fn. 1 und 2.

¹⁸¹ Ende 2023 gab es in der Bundesrepublik nach Angaben des Statistischen Bundesamts (Destatis) insgesamt 41,330 Millionen Haushalte, siehe die Destatis-Informationseite „Haushalte und Haushaltsmitglieder“, abrufbar unter <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Haushalte-Familien/Tabellen/1-1-privathaushalte-haushaltsmitglieder.html> (zuletzt abgerufen am 10.4.2024).

¹⁸² Siehe auch BVerfGE 115, 205, 242 Rn. 120 (Beschl. v. 14.3.2006 – Az. 1 BvR 2087/03 und 1 BvR 2111/03) – *Betriebs- und Geschäftsgeheimnis*; BVerwG, Buchholz 442.066 § 21 Nr. 1, Rn. 49 (Urt. v. 27.1.2010 – Az. 6 C 22.08).

¹⁸³ Es besteht im vorliegenden Kontext also gerade kein Anlass, die fortschreitenden Investitionen der Wettbewerber als einen Aspekt zu werten, der den Vorteil der übernommenen Netzinfrastruktur verringert, so im dortigen Zusammenhang aber BVerfGE 115, 205, 242 Rn. 120 (Beschl. v. 14.3.2006 – Az. 1 BvR 2087/03 und 1 BvR 2111/03) – *Betriebs- und Geschäftsgeheimnis*.

¹⁸⁴ Siehe DTAG (Fn. 169), S. 1 f.

auch regulatorisch abgesicherten Profitabilität des Kupfernetzes abgesehen hat, kann sie aus dieser Entscheidung nun keine erhöhte Schutzwürdigkeit ableiten.

Zu guter Letzt ist zugunsten der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung zu berücksichtigen, dass gerade in den eingangs formulierten Anschauungsbeispielen sowohl für das Gleichbehandlungs- als auch für das Anreizmodell Vorkehrungen enthalten sind, mit denen sichergestellt wird, dass dem marktmächtigen Unternehmen eine weitere Versorgung seiner (Vorleistungs- und End-) Kunden auch in den Glasfaserausbaugebieten seiner Wettbewerber möglich bleibt.¹⁸⁵ Denn in beiden Beispielen umfasst die Berücksichtigungsvorgabe auch die Frage, ob die Wettbewerber in diesen Gebieten angemessene Migrationsbedingungen erfüllen, was insbesondere einen offenen, diskriminierungsfreien Netzzugang umfassen wird. Die hier formulierten Beispiele für beide Modelle sind damit um eine weitestgehende Reduktion der Belastungen für das marktmächtige Unternehmen bemüht. Diese entspricht den Schutzvorkehrungen, die das Gesetz zugunsten der Wettbewerber in den Migrationsgebieten des marktmächtigen Unternehmens selbst vorsieht. Jedenfalls mit diesen Vorkehrungen genügen sowohl das Gleichbehandlungs- als auch das Anreizmodell den Anforderungen aus Art. 12 Abs. 1 GG.

e) Zwischenergebnis

Die Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit der marktmächtigen Unternehmen, zu denen es – vermittelt durch entsprechende Entscheidungen der Bundesnetzagentur – auf Grundlage gesetzgeberischer Eingriffe zur Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration kommen kann, sind von durchaus nicht unbeachtlichem Gewicht. Das gilt für das Anreizmodell und noch etwas mehr für das Gleichbehandlungsmodell. Beide Modelle zielen darauf, das marktmächtige Unternehmen durch die Setzung negativer Anreize zu der von ihm eigentlich nicht beabsichtigten Aufgabe seiner herkömmlichen Infrastruktur in den Glasfaserausbaugebieten seiner Wettbewerber zu bewegen. Diese Anreize sind auch im Anreizmodell spürbar, wirken im Gleichbehandlungsmodell aber noch stärker, da sich das marktmächtige Unternehmen hier entscheiden muss, ob es entweder seine herkömmliche Infrastruktur in den Glasfaserausbaugebieten seiner Wettbewerber außer Betrieb nimmt und seine Kunden auf das Glasfasernetz seiner Wettbewerber migriert oder trotz Errichtung einer eigenen Glasfaserinfrastruktur die herkömmliche Infrastruktur in seinen Ausbaugebieten weiterbetreibt. Beide Alternativen schränken an sich die von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte unternehmerische Dispositionsbefugnis in durchaus spürbarer Weise ein.

Diese Eingriffe dienen jedoch auch besonders wichtigen Gemeinschaftsgütern. Insbesondere handelt es sich bei ihnen um geeignete und erforderliche Maßnahmen, um angesichts einer asymmetrischen Abschaltpraxis des marktmächtigen Unternehmens den Zugang zu und die Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität durch alle Bürger und Unternehmen zu fördern, einen chancengleichen Wettbewerb sicherzustellen, die Endnutzerinteressen zu wahren und einen effizienten Infrastrukturwettbewerb zu fördern. Damit verfolgen die Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit des marktmächtigen Unternehmens zentrale Regulierungsziele des TKG und des unionalen Rechtsrahmens, die überdies jedenfalls in weiten Teilen durch Art. 87f GG verfassungsrechtlich fundiert sind und dadurch noch zusätzliches Gewicht erhalten. Hinzu kommt der erhebliche ökologische Nutzen,

¹⁸⁵ Siehe oben, unter B. (S. 6 f.).

der einer Abschaltung der Kupferaltinfrastruktur zukommt und der dem Umweltschutzauftrag aus Art. 20a GG dient.

Zu diesen besonders gewichtigen Gemeinwohlbelangen steht die Schwere der potentiellen Eingriffe schon angesichts ihrer ebenfalls im Verfassungsrecht verankerten Fundierung nicht außer Verhältnis. Sie erweisen sich somit auch als verhältnismäßig im engeren Sinne und mithin als zumutbar. Das wird noch durch die erhebliche praktische Bedeutung einer Kupfer-Glasfaser-Migration in den Ausbaugebieten der Wettbewerber zusätzlich abgestützt. Etwa jeder vierte Haushalt in der Bundesrepublik ist Ende 2023 von einem Wettbewerber des marktmächtigen Unternehmens mit Glasfaser erschlossen worden. Das verdeutlicht den erheblichen Schaden für die genannten Belange des Gemeinwohls, der mit einer durch das Verhalten des marktmächtigen Unternehmens verzögerten Kupfer-Glasfaser-Migration in den Ausbaugebieten dieser Wettbewerbsunternehmen einherginge. Darüber hinaus fällt – ohne dass es hierauf im Ergebnis noch entscheidend ankäme – die Abwägung weiter zulasten des marktmächtigen Unternehmens aus, weil das flächendeckende Kupfernetz als dasjenige Produktionsmittel, um dessen weiteren Betrieb bzw. Außerbetriebnahme es vorliegend geht, jedenfalls weitgehend von der Deutschen Bundespost übernommen wurde. Es wurde insoweit also gerade nicht in Ausübung grundrechtlicher Freiheiten (und der mit ihnen einhergehenden Risiken) errichtet und übertragen. Dementsprechend geringer sind Beeinträchtigungen in Bezug auf den unternehmerischen Umgang mit diesem Produktionsmittel zu gewichten. Zu guter Letzt stellen beide Modelle jedenfalls in den hier ausformulierten Anschauungsbeispielen sicher, dass die Belastungen für die berufliche Tätigkeit des marktmächtigen Unternehmens minimiert werden, indem sie ihm eine weitere Betätigung in den Glasfaserausbaugebieten seiner Wettbewerber zu wettbewerbskonformen Bedingungen ermöglichen. Sowohl das Gleichbehandlungs- als auch das Anreizmodell entsprechen mit diesen Beispielformulierungen insoweit den Schutzvorkehrungen zugunsten der Wettbewerbsunternehmen, wie sie § 34 TKG für die Glasfaserausbaugebiete des marktmächtigen Unternehmens vorsieht. Sie genügen daher auch unter diesem Gesichtspunkt den verfassungsrechtlichen Anforderungen aus Art. 12 Abs. 1 GG.

II. Eigentum (Art. 14 Abs. 1 GG)

Neben der Berufsausübungsfreiheit kann aber auch das Grundrecht auf Eigentum nach Art. 14 Abs. 1 GG durch gesetzgeberische Maßnahmen zur Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration betroffen sein. Das liegt insbesondere deshalb nahe, weil es um die Nutzung konkreter Eigentumsgegenstände – nämlich der Kupfernetze in den eigenen Glasfaserausbaugebieten und den Ausbaugebieten der Wettbewerbsunternehmen – geht. Die Eigentumsfreiheit kann in einem solchen Fall gemeinsam mit der Berufsfreiheit zur Anwendung kommen.¹⁸⁶

¹⁸⁶ Siehe BVerfG, NJW 2017, 217, 241 Rn. 390 (Urt. v. 6.12.2016 – Az. 1 BvR 2821/11 u. a.) – *Atomausstieg*; vgl. auch BVerfGE 128, 1, 37 ff. Rn. 140 ff. (Urt. v. 24.11.2010 – Az. 1 BvF 2/05) – *Gentechnikgesetz*; zur in anderen Konstellationen erfolgenden Abgrenzung nach dem Schwerpunkt der Maßnahme siehe etwa BVerfGE 121, 317, 345 Rn. 91 (Urt. v. 30.7.2008 – Az. 1 BvR 3262/07 u. a.) – *Rauchverbot in Gaststätten*; 84, 133, 157 Rn. 90 (Urt. v. 24.4.1991 – Az. 1 BvR 1341/90) – *Warteschleife*; *Wolfers/Wollenschläger*, N&R 2013, 251, 253.

1. Schutzbereich

Als (verfassungsrechtliches) Eigentum schützt Art. 14 Abs. 1 GG alle vermögenswerten Rechte, die dem Berechtigten von der Rechtsordnung in der Weise zugeordnet sind, dass dieser die damit verbundenen Befugnisse nach eigenverantwortlicher Entscheidung zu seinem privaten Nutzen ausüben darf.¹⁸⁷ Das verfassungsrechtlich gewährleistete Eigentum ist also durch Privatnützigkeit und grundsätzliche Verfügungsbefugnis des Eigentümers über den Eigentumsgegenstand gekennzeichnet.¹⁸⁸ Art. 14 Abs. 1 GG gewährleistet insoweit das Recht, die geschützten vermögenswerten Rechte innezuhaben, zu nutzen, zu verwalten und über sie zu verfügen.¹⁸⁹ Die Eigentumsgarantie aus Art. 14 Abs. 1 GG schützt somit den konkreten Bestand in der Hand der einzelnen Eigentümer gegenüber Maßnahmen der öffentlichen Gewalt.¹⁹⁰

Dem marktmächtigen Unternehmen steht das zivilrechtliche Eigentum an seiner herkömmlichen (Kupfer-) Infrastruktur zu. Damit räumt ihm die Rechtsordnung die Befugnis ein, über diese Infrastruktur eigenverantwortlich zu seinem privaten Nutzen zu verfügen. Das schließt gleichermaßen die Entscheidung über den Betrieb dieser Infrastruktur wie auch die Entscheidung über ihre Außerbetriebnahme ein. Sowohl das Interesse des marktmächtigen Unternehmens am Weiterbetrieb seiner Kupferinfrastruktur in den Ausbaugebieten seiner Wettbewerber als auch das Interesse an der Außerbetriebnahme dieser Infrastruktur in seinen eigenen Ausbaugebieten unterfällt daher dem Schutzbereich des Eigentumsgrundrechts aus Art. 14 Abs. 1 GG.¹⁹¹

2. Eingriff

In diesen Schutzbereich müsste aber auch eingegriffen werden. Ein solcher Eingriff in das Eigentumsgrundrecht liegt im Sinne des modernen Eingriffsbegriffs vor, wenn eine durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Rechtsposition entzogen oder ihre Nutzung, ihre Verwertung oder die Verfügung über sie durch eine imperative Regelung oder durch eine mittelbare oder faktische Einwirkung beeinträchtigt wird.

Die in dieser Untersuchung diskutierten gesetzgeberischen Maßnahmen zur Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration sollen in letzter Konsequenz das marktmächtige Unternehmen dazu anhalten, seine herkömmliche Infrastruktur in den Glasfaserausbaugebieten seiner Wettbewerber außer Betrieb zu nehmen. Dies soll im Gleichbehandlungsmodell gerade dadurch erreicht werden, dass dem marktmächtigen Unternehmen ggf. die Außerbetriebnahme der herkömmlichen Infrastruktur in seinen eigenen Ausbaugebieten unmöglich gemacht wird. Unter beiden

¹⁸⁷ BVerfGE 115, 97, 110 Rn. 33 (Beschl. v. 18.1.2006 – Az. 2 BvR 2194/99) – *Halbteilungsgrundsatz*; 112, 93, 107 Rn. 46 (Beschl. v. 7.12.2004 – Az. 1 BvR 1804/03) – *Stiftung „Erinnerung“*; BVerfG, Beschl. v. 21.11.2023 – Az. 1 BvL 6/21, Rn. 77 – *Contergan II*; NJW 2023, 1419, 1421 Rn. 107 (Beschl. v. 24.11.2022 – Az. 2 BvR 1424/15) – *Körperschaftsteuerminderungspotenzial II*.

¹⁸⁸ BVerfG, NJW 2023, 1419, 1421 Rn. 112 (Beschl. v. 24.11.2022 – Az. 2 BvR 1424/15) – *Körperschaftsteuerminderungspotenzial II*; 2017, 217, 221 Rn. 216 (Urt. v. 6.12.2016 – Az. 1 BvR 2821/11 u. a.) – *Atomausstieg*.

¹⁸⁹ BVerfGE 115, 97, 110 Rn. 33 (Beschl. v. 18.1.2006 – Az. 2 BvR 2194/99) – *Halbteilungsgrundsatz*; BVerfG, NJW 2023, 1419, 1421 Rn. 107 (Beschl. v. 24.11.2022 – Az. 2 BvR 1424/15) – *Körperschaftsteuerminderungspotenzial II*; siehe auch BVerfGE 105, 17, 30 Rn. 43 (Beschl. v. 5.2.2002 – Az. 2 BvR 305/93 und 2 BvR 348/93) – *Sozialpfandbriefe*.

¹⁹⁰ BVerfGE 38, 175, 181 Rn. 19 (Beschl. v. 12.11.1974 – Az. 1 BvR 32/68) – *Rückenteignung*; BVerfG, NJW 2017, 217, 221 Rn. 217 (Urt. v. 6.12.2016 – Az. 1 BvR 2821/11 u. a.) – *Atomausstieg*.

¹⁹¹ *Wolfram* (Fn. 4), § 34 Rn. 5.

Aspekten steht daher im Raum, dass die Nutzungsmöglichkeiten der Kupferaltinfrastruktur durch das marktmächtige Unternehmen hoheitlich beeinträchtigt werden.

Wie bei der Berufsausübungsfreiheit stellt sich allerdings auch hier die Frage, ob nicht erst die späteren (imperativen) Entscheidungen der Bundesnetzagentur oder doch bereits – vermittelt über diese regulatorischen Maßnahmen – die in vorliegender Untersuchung diskutierten gesetzgeberischen Maßnahmen zu einer Beeinträchtigung der geschützten Rechtspositionen führen und damit als Eingriffe anzusehen sind. Wie dort soll die Frage aber auch in Bezug auf das Eigentumsgrundrecht nicht abschließend geklärt werden.¹⁹² Denn jedenfalls die Entscheidungen der Bundesnetzagentur wären als Eingriffe zu qualifizieren und müssten den grundrechtlichen Anforderungen genügen. Gesetzgeberische Maßnahmen zur Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration, die entsprechende Eingriffe der Bundesnetzagentur unterstützen sollen, ergeben daher von vornherein nur Sinn, wenn jene regulierungsbehördlichen Eingriffe verfassungskonform sind. Vor diesem Hintergrund soll daher im Folgenden davon ausgegangen werden, dass bereits die gesetzgeberischen Maßnahmen auch als (mittelbare) Eingriffe in den Schutzbereich des Eigentumsgrundrechts anzusehen wären.

3. Rechtfertigung

Zu prüfen ist damit, ob diese Eingriffe verfassungsrechtlich gerechtfertigt wären. Dabei ist für die Anforderungen an die Rechtfertigung eines Eingriffs in Art. 14 Abs. 1 GG die Unterscheidung zwischen einer bloßen Inhalts- und Schrankenbestimmung und einer Enteignung, die nur unter engen Voraussetzungen zulässig ist, von weichenstellender Bedeutung.

Die Enteignung ist auf die vollständige oder teilweise Entziehung konkreter subjektiver, durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG gewährleisteter Rechtspositionen zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben gerichtet.¹⁹³ Eine – zwingend entschädigungspflichtige – Enteignung nach Art. 14 Abs. 3 GG liegt in der Abgrenzung zur grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmenden Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG nur vor, wenn Eigentumspositionen vollständig oder teilweise entzogen werden und dadurch ein Rechts- und Vermögensverlust bewirkt wird.¹⁹⁴ Nutzungs- und Verfügungsbeschränkungen von Eigentümerbefugnissen können daher keine Enteignung sein.¹⁹⁵ Das gilt auch dann, wenn sie die Nutzung des Eigentums nahezu oder völlig entwerten¹⁹⁶ und der Eingriff so in seinen Auswirkungen für den Betroffenen einer Enteignung nahe- oder gleichkommt.¹⁹⁷ Durch die Außerbetriebnahme der herkömmlichen Infrastruktur in den Glasfaserausbaugebieten seiner Wettbewerber, die mit der gesetzgeberischen Einflussnahme zur Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration letzten Endes bezweckt ist, geht eine – sogar sehr deutliche

¹⁹² Siehe hierzu und zum Folgenden oben, unter I. 2. (S. 39).

¹⁹³ BVerfGE 134, 242, 289 Rn. 161 (Urt. v. 17.12.2013 – Az. 1 BvR 3139/08 und 1 BvR 3386/08) – *Garzweiler*; 104, 1, 9 Rn. 30 (Beschl. v. 22.5.2001 – Az. 1 BvR 1512/97 und 1 BvR 1677/97) – *Baulandumlegung*; BVerfG, NJW 2017, 217, 224 Rn. 245 (Urt. v. 6.12.2016 – Az. 1 BvR 2821/11 u. a.) – *Atomausstieg*.

¹⁹⁴ BVerfGE 83, 201, 211 Rn. 45 (Beschl. v. 9.1.1991 – Az. 1 BvR 929/89) – *Bundesberggesetz*; 24, 367, 394 Rn. 110 (Urt. v. 18.12.1968 – Az. 1 BvR 638/64 u. a.) – *Hamburgisches Deichordnungsgesetz*; BVerfG, NJW 2017, 217, 224 Rn. 245 (Urt. v. 6.12.2016 – Az. 1 BvR 2821/11 u. a.) – *Atomausstieg*.

¹⁹⁵ BVerfG, NJW 2017, 217, 224 Rn. 245 (Urt. v. 6.12.2016 – Az. 1 BvR 2821/11 u. a.) – *Atomausstieg*.

¹⁹⁶ BVerfGE 102, 1, 16 Rn. 43 (Beschl. v. 16.2.2000 – Az. 1 BvR 242/91 und 1 BvR 315/99) – *Altlasten*; BVerfG, NJW 2017, 217, 224 Rn. 245 (Urt. v. 6.12.2016 – Az. 1 BvR 2821/11 u. a.) – *Atomausstieg*.

¹⁹⁷ BVerfGE 100, 226, 240 Rn. 81 (Beschl. v. 2.3.1999 – Az. 1 BvL 7/91) – *Denkmalschutz*.

– Beschränkung der Nutzungsmöglichkeiten einher, die für das marktmächtige Unternehmen in Bezug auf diese Kupferinfrastruktur bestehen. Die Eigentumsposition als solche wird dem marktmächtigen Unternehmen allerdings nicht und auch nicht nur teilweise entzogen. Es liegt damit schon aus diesem Grund auch keine Enteignung vor.¹⁹⁸ Entsprechend hat das Bundesverfassungsgericht in Bezug auf den Atomausstieg entschieden: Der mit Einführung fester Abschalttermine verbundene Verlust von Nutzungsmöglichkeiten an den Kernkraftwerken stelle keinen Entzug von Eigentumsrechten dar, sondern die Konkretisierung der mit dem Anlageneigentum verbundenen Nutzungsmöglichkeiten.¹⁹⁹

Handelt es sich damit bei dem Eingriff um eine – über entsprechende Entscheidungen der Bundesnetzagentur vermittelte – Inhalts- und Schrankenbestimmung, muss er zu seiner verfassungsrechtlichen Rechtfertigung ein legitimes Ziel verfolgen, geeignet und erforderlich sein, dieses Ziel zu erreichen, und die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne einschließlich der an sie unter Vertrauensschutz- und Gleichheitsgesichtspunkten zu stellenden Anforderungen wahren.²⁰⁰ Die Rechtfertigungsanforderungen entsprechen damit im Kern den Anforderungen, die an die Rechtfertigung eines Eingriffs in die Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG zu stellen sind. Die Beschränkungen der Eigentümerrechte des marktbeherrschenden Unternehmens lassen sich daher mit denselben Erwägungen sachlich rechtfertigen, die auch für den Eingriff in ihre Berufsausübungsfreiheit gelten.²⁰¹

Zweifel könnten zwar mit Blick darauf bestehen, dass durch die bezweckte Außerbetriebnahme der Kupferaltinfrastruktur des marktmächtigen Unternehmens in den Glasfaserausbaugebieten der Wettbewerber die Nutzung des Eigentums an dem Kupfernetz weitgehend entwertet würde. Denn in einem solchen Fall bestehen besondere verfassungsrechtliche Anforderungen an die Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs.²⁰² Allerdings bleibt die Entscheidung über die Außerbetriebnahme in beiden Modellen letzten Endes dem marktmächtigen Unternehmen vorbehalten. Darüber hinaus kann jedenfalls die Substanz des Eigentumsgegenstands, das Kupferkabel, aus dem Boden entfernt und für andere Zwecke – angesichts der aktuellen Kupferpreise²⁰³ sogar durchaus lukrativ – verwendet werden.²⁰⁴ Vor allem aber ist unter spezifisch eigentumsrechtlichen Aspekten in gegenläufiger Stoßrichtung zu berücksichtigen, dass die Befugnis des Gesetzgebers zur Inhalts- und Schrankenbestimmung umso weiter ist, je stärker der soziale Bezug des Eigentumsobjekts ist, wofür dessen

¹⁹⁸ Auch die vertraglichen Ansprüche gegenüber den (Zugangs- und End-) Kunden werden dem marktmächtigen Unternehmen nicht entzogen. Es muss diese Verträge lediglich dahingehend anpassen, dass es seine Leistungen diesen Kunden gegenüber nach Abschluss des Migrationsprozesses auf Grundlage von Vorleistungen des Glasfasernetzbetreibers erbringt.

¹⁹⁹ BVerfG, NJW 2017, 217, 226 Rn. 263 (Urt. v. 6.12.2016 – Az. 1 BvR 2821/11 u. a.) – *Atomausstieg*.

²⁰⁰ BVerfG, NJW 2017, 217, 228 Rn. 281 (Urt. v. 6.12.2016 – Az. 1 BvR 2821/11 u. a.) – *Atomausstieg*.

²⁰¹ Siehe ausführlich oben, unter I. 3. (S. 39 ff.). Vgl. zu einem solchen Rechtfertigungsgleichlauf beispielsweise auch BVerfGE 128, 1, 40 Rn. 144 (Urt. v. 24.11.2010 – Az. 1 BvF 2/05) – *Gentechnikgesetz*; 110, 141, 167 Rn. 90 (Urt. v. 16.3.2004 – Az. 1 BvR 1778/01) – *Kampfhunde*; BVerwG, K&R 2004, 500, 504 = Rn. 41 (juris) (Urt. v. 31.3.2004 – Az. 6 C 11.03); 296, 304 = Rn. 68 (juris) (Urt. v. 3.12.2003 – Az. 6 C 20.02).

²⁰² BVerfGE 102, 1, 16 Rn. 43 (Beschl. v. 16.2.2000 – Az. 1 BvR 242/91 und 1 BvR 315/99) – *Altlasten*.

²⁰³ Der Kupferpreis ist seit dem Jahr 2003 um etwa 500 % gestiegen, siehe die *finanzen.net*-Übersicht zum Kupferpreis, abrufbar unter <https://www.finanzen.net/rohstoffe/kupferpreis> (zuletzt abgerufen am 10.4.2024).

²⁰⁴ Zu diesbezüglichen Hindernissen allerdings *Tenbrock/Knips/Wernick* (Fn. 7), S. 18, und zu weitergehenden Nutzungs- und Verwertungsmöglichkeiten etwa freiwerdender Flächen a. a. O., S. 9 und 18.

Eigenart und Funktion von entscheidender Bedeutung sind.²⁰⁵ Die hier in erster Linie betroffene Kupferaltinfrastruktur weist insoweit einen sehr starken sozialen Bezug auf. Das gilt zunächst in Bezug darauf, dass sie im Wesentlichen zu Zeiten des Staatsmonopols aus öffentlichen Mitteln finanziert wurde. Darüber hinaus dient sie der telekommunikativen Versorgung der Bevölkerung,²⁰⁶ wofür das marktmächtige Unternehmen die öffentlichen Verkehrsflächen unentgeltlich nutzen darf. Dieser starke soziale Bezug verschafft dem Gesetzgeber gerade auch im Hinblick auf nach Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Rechtspositionen einen besonders weiten Gestaltungsspielraum.

4. Zwischenergebnis

Neben der Berufsausübungsfreiheit kann durch gesetzgeberische Maßnahmen zur Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration auch das Eigentumsgrundrecht des marktbeherrschenden Unternehmens nach Art. 14 Abs. 1 GG betroffen sein. Diese Maßnahmen bezwecken letzten Endes die – über entsprechende Entscheidungen der Bundesnetzagentur vermittelte – Außerbetriebnahme der herkömmlichen Infrastruktur in den Glasfaserausbaugebieten der Wettbewerber dieses Unternehmens und beschränken hierfür im Gleichstellungsmodell potentiell auch die Verfügungsbefugnis des marktmächtigen Unternehmens über die herkömmliche Infrastruktur in seinen eigenen Ausbaugebieten. Auch mit Blick auf die Außerbetriebnahme der Kupferaltinfrastruktur in den Ausbaugebieten der Wettbewerbsunternehmen handelt es sich jedoch nicht um eine Enteignung, sondern um eine bloße Konkretisierung der mit dem Anlageneigentum verbundenen Nutzungsmöglichkeiten. Diese ist aus denselben Gründen verfassungsrechtlich gerechtfertigt wie der (potentielle) Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit.

²⁰⁵ BVerfGE 100, 226, 241 Rn. 84 (Beschl. v. 2.3.1999 – Az. 1 BvL 7/91) – *Denkmalschutz*; 53, 292, 257 Rn. 150 (Urt. v. 28.2.1980 – Az. 1 BvL 17/77 u. a.) – *Versorgungsausgleich I*; BVerfG, NJW 2017, 217, 221 Rn. 218 (Urt. v. 6.12.2016 – Az. 1 BvR 2821/11 u. a.) – *Atomausstieg*.

²⁰⁶ Zur Prägung eines intensiven sozialen Bezugs aufgrund der Versorgung der Bevölkerung durch die Nutzung des Eigentums siehe am Beispiel der Kernenergie BVerfG, NJW 2017, 217, 229 Rn. 297 (Urt. v. 6.12.2016 – Az. 1 BvR 2821/11 u. a.) – *Atomausstieg*.

Literaturverzeichnis

Böcker, Jens, BREKO Marktanalyse 2023, 2023

Broemel, Roland, Bearbeiter, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. A., 2023

Bundesministerium für Digitales und Verkehr, Gigabitstrategie der Bundesregierung v. 13.7.2022

Bundesverband Breitbandkommunikation, Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Digitales und Verkehr eines Gesetzes zur Beschleunigung des Ausbaus von Telekommunikationsnetzen (TK-Netzausbau-Beschleunigungs-Gesetz), 2023

Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. A., 2022

Deutsche Telekom AG, Position und Fakten zur aktuellen Debatte um angeblich „unsinnige“ und „schädliche“ Investitionen der Deutschen Telekom in die Modernisierung ihres Netzes und in den Glasfaserausbau bis in die Häuser und Wohnungen (FTTH), 2023

Dialog Consult/Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten, 25. TK-Marktanalyse Deutschland 2023, 2023

Dreier, Horst (Hrsg.), GG, Bd. 1, 3. A., 2015

Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum GG, 53. Edition (11/2022)

Fischer, Julian, Bearbeiter, in: Säcker/Körber, TKG – TDDSG, 4. A., 2023

Franz, Oliver Helge, Bearbeiter, in: Säcker/Körber, TKG – TDDSG, 4. A., 2023

Franz, Oliver Helge, Die Regelungen zur Migration von herkömmlichen Infrastrukturen nach Art. 81 des Kommunikationskodex, N&R 2020, 86

Gärditz, Klaus Ferdinand, Gestaltungsspielräume und Gestaltungsverantwortung des nationalen Gesetzgebers im europäischen Telekommunikationsregulierungsrecht, N&R-Beilage 2/2011, 1

Geppert, Martin/Schütz, Raimund (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 5. A., 2023

Gremium europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation, Report on a consistent approach to migration and copper switch-off, BoR (22) 69

Gröger, Jens/Liu, Ran/Stobbe, Lutz/Druschke, Jan/Richter, Nikolai, Green Cloud Computing, Umweltbundesamt-TEXTE 94/2021

Gurlit, Elke, Bearbeiterin, in: Säcker/Körber, TKG – TDDSG, 4. A., 2023

Hahn, Carsten, Bearbeiter, in: Säcker/Körber, TKG – TDDSG, 4. A., 2023

Koenig, Christian/Loetz, Sascha/Neumann, Andreas, Die Novellierung des Telekommunikationsgesetzes, 2003

Koenig, Christian/Vogelsang, Ingo/Kühling, Jürgen/Loetz, Sascha/Neumann, Andreas, Funktionsfähiger Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten, 2002

Kommission, White Paper „How to master Europe's digital infrastructure needs?“, COM (2024) 81 final

Kühling, Jürgen, Bearbeiter, in: Ruffert, Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, 2. A., 2020

Kühling, Jürgen, Bearbeiter, in: Säcker, TKG, 3. A., 2013

Kühling, Jürgen/Bulowski, Stefan/Hildebrandt, Christian, Herausforderungen für die Regulierung des Festnetzes, N&R 2022, 194

Kühling, Jürgen/Bulowski, Stefan/Schall, Tobias, Telekommunikationsrecht, 3. A., 2023

Ladeur, Karl-Heinz/Möllers, Christoph, Der europäische Regulierungsverbund der Telekommunikation im deutschen Verwaltungsrecht, DVBl 2005, 525

Lutter, Marcus, Die Auslegung angeglichenen Rechts, JZ 1992, 593

Mann, Thomas/Sennekamp, Christoph/Uechtritz, Michael (Hrsg.), VwVfG, 2. A., 2019

Monopolkommission, Gigabit-Ziele durch Wettbewerb erreichen!, 13. Sektorgutachten Telekommunikation, BT-Drs. 20/9837 (Vorabfassung), 295

Monopolkommission, Unsicherheit und Stillstand, 2. Sektorgutachten Telekommunikation, BT-Drs. 14/7901, 211

Monopolkommission, Wettbewerb im Umbruch, 12. Sektorgutachten Telekommunikation, BT-Drs. 20/1620, 331

Neumann, Andreas, Bearbeiter, in: Säcker, TKG, 3. A., 2013

Neumann, Andreas, Telekommunikationsrecht kompakt, 2022

Neumann, Karl-Heinz/Plückebaum, Thomas/Strube Martins, Sonja/Schwarz-Schilling, Cara, Übergang von Kupfer- auf Glasfasernetze: Interessen, Spannungsfelder und mögliche Schnittmengen, 2021

Obermann, Kristof, Nachhaltigkeitsvergleich Internet-Zugangsnetz-Technologien, 2022

Ruffert, Matthias (Hrsg.), Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, 2. A., 2020

Rux, Johannes, Bearbeiter, in: Beck'scher Online-Kommentar zum GG, 53. Edition (11/2022)

Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.), TKG, 3. A., 2013

Säcker, Franz Jürgen/Körber, Torsten (Hrsg.), TKG – TDDSG, 4. A., 2023

Schönenbroicher, Klaus, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 2. A., 2019

Schulze-Fielitz, Helmuth, Bearbeiter, in: Dreier, GG, Bd. 1, 3. A., 2015

Sodan, Helge/Ziekow, Jan (Hrsg.), VwGO, 5. A., 2018

SPD/BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN/FDP, Mehr Fortschritt wagen, Koalitionsvertrag v. 7.12.2021

Stamm, Barbara, Marktmachtabhängige und -unabhängige Zugangsregulierung im neuen TKG, MMR 2022, 357

Tenbrock, Sebastian/Knips, Julian/Wernick, Christian, Status quo der Abschaltung der Kupfernetzinfrastruktur in der EU, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 459, 2020

Umweltbundesamt, Energie- und Ressourceneffizienz digitaler Infrastrukturen, 2020

Wegener, Bernhard W., Bearbeiter, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. A., 2022

Wendel, Mattias, Verwaltungsermessen als Mehrebenenproblem, 2019

Wolfers, Benedikt/Wollenschläger, Burkard, Zwang zum Erhalt von Kraftwerken, N&R 2013, 251

Wolff, Heinrich Amadeus, Bearbeiter, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. A., 2018

Wolfram, Dieter, Bearbeiter, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. A., 2023