

Regulierungskonzept für die Kupfer-Gigabit-Migration

– Rechtsgrundlagen, Regelungsgehalte, Verfahren und Rechtswirkungen –

Executive Summary

- Zur Erreichung der Gigabitziele der Bundesregierung und zur längerfristigen Sicherstellung der Regulierungsziele ist ein erfolgreicher Übergang von der Kupfer- zu Gigabitinfrastrukturen von großer Bedeutung. Die anstehende Migration muss im Verbraucherinteresse und unter Sicherstellung eines nachhaltigen Wettbewerbs ausgestaltet werden.
- Der Gesetzesgeber ermächtigt die Bundesnetzagentur zu abschließenden Vorgaben für die Durchführung und die Bedingungen der Migration nur reaktiv nach einer entsprechenden Anzeige des regulierten Unternehmens – hier Telekom Deutschland GmbH (TDG). Dies ist bisher nicht geschehen. Zur Herstellung von Planungssicherheit und eines einheitlichen regulatorischen Rahmens wäre es aus Sicht des Marktes aber wünschenswert, wenn die Bundesnetzagentur proaktiv von sich aus ein Migrationskonzept entwickeln könnte.
- Dies ist unter dem aktuellen Gesetzesrahmen ebenfalls möglich. Die Bundesnetzagentur kann auf Basis von § 17 TKG proaktiv ein Regulierungskonzept für die Kupfer-Glas-Migration als Verwaltungsvorschrift erlassen. Bei wesentlicher und allgemeiner Marktbedeutung ist die Bundesnetzagentur sogar gehalten, solche Verwaltungsvorschriften zu erlassen, und bei der Abschaltung des Kupfernetzes, das ca. 2/3 der deutschen Haushalte heute noch nutzen, ist eine solche Marktbedeutung evident.
- Gegenstand eines Regulierungskonzepts können insbesondere Anforderungen an Zeitpläne für Migrationsprojekte und an angemessene Vorlaufzeiten für die Ankündigung sowie unterschiedliche Prozessschritte bei der Umsetzung der Migration sowie für die Kündigung von Zugangsverträgen sein. Auch transparente und angemessene Bedingungen für die Kündigung von Zugangsverträgen können festgelegt werden, was etwa auch Festlegungen in Bezug auf automatisierte Prozesse, Vorgaben für die Kommunikation an die Endnutzer im Zuge der Migration sowie zur Angemessenheit der Kostentragung aufgrund des Migrationserfordernis beinhalten kann.
- Das Regulierungskonzept für die Kupfer-Glas-Migration ist einem Konsultations- und Konsolidierungsverfahren zu unterziehen und es ist zu veröffentlichen. Dies dient der Berücksichtigung der Marktbedürfnisse ebenso wie der Erhöhung der Planungssicherheit und der Verbindlichkeit der Verwaltungsvorschriften.
- Als Verwaltungsvorschrift kommt dem Regulierungskonzept für die Migration keine unmittelbare Außenwirkung, aber eine mittelbare Außenwirkung zu, da aufgrund der bewirkten Selbstbindung der Bundesnetzagentur nur in begründeten Einzelfällen von dem Konzept abgewichen werden kann.

1. Ausgangslage und Ziele

Zur Erreichung der Gigabitziele der Bundesregierung und zur längerfristigen Sicherstellung der Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG ist ein erfolgreicher Übergang von der Kupfer- zur Gigabit -Infrastruktur von großer Bedeutung. Die anstehende Abschaltung des Kupfernetzes (nachfolgend *Kupfer-Glas-Migration*) muss vor allem im Verbraucherinteresse und damit einhergehend unter Sicherstellung eines nachhaltigen Wettbewerbs ausgestaltet werden. Dies folgt auch aus Art. 81 und Erwägungsgrund 209 EKEK.

In Umsetzung dieser unionsrechtlichen Vorgaben bestehen in § 34 TKG Regelungen, nach denen die Bundesnetzagentur die Planungen für Migrationsprojekte überprüft, Vorgaben für die Durchführung und die Bedingungen der Migration sowie an Zugangsprodukte aufstellt und die Anpassung regulatorischer Maßnahmen vornimmt. Eine Handlungsermächtigung sieht die Vorschrift allerdings nur reaktiv nach einer entsprechenden Anzeige des regulierten Unternehmens – hier Telekom Deutschland GmbH (*TDG*) – vor. Auf Grundlage von § 34 TKG kann die Bundesnetzagentur kein generelles Konzept für die Kupfer-Glas-Migration proaktiv erlassen. Ein solches wäre aber zur Herstellung von Planungssicherheit und eines einheitlichen regulatorischen Rahmens im Sinne von § 2 Abs. 3 Nr. 1 TKG wünschenswert. Hierfür kommt insbesondere ein Vorgehen nach § 17 TKG in Betracht.

Nachfolgend wird daher untersucht und in Kurzform dargestellt, inwieweit ein Regulierungskonzept für die Kupfer-Glas-Migration von der Bundesnetzagentur als Verwaltungsvorschrift gemäß § 17 TKG erlassen werden kann, welche Verfahrensvorgaben zu berücksichtigen sind, welche Rechtswirkungen sich ergeben und welche Regelungsinhalte als Gegenstand eines solches Konzept möglich sind.

2. Rechtsgrundlage: Eröffnung des Anwendungsbereichs von § 17 TKG

2.1. Regelungsbereiche des § 17 TKG

§ 17 Abs. 1 TKG sieht vor, dass die Bundesnetzagentur Verwaltungsvorschriften erlassen kann, um ein einheitliches Regulierungskonzept im Sinne von § 2 Abs. 3 Nr. 1 TKG zu verfolgen. Konkret soll die Bundesnetzagentur auf dieser Basis Verwaltungsvorschriften zu ihren grundsätzlichen Herangehensweisen und Methoden in Bezug auf Marktdefinition, Marktanalyse und Regulierungsverfügung erlassen.

Gemäß § 17 Abs. 2 TKG kann die Bundesnetzagentur zudem Verwaltungsvorschriften erlassen, die grundsätzliche regulatorische Anforderungen an die Berücksichtigung von Investitionsrisiken bei der Errichtung von Netzen mit sehr hoher Kapazität (*VHC-Netzen*) sowie Vereinbarungen zur Aufteilung dieses Investitionsrisikos zum Gegenstand haben, wozu auch die Ausgestaltung der Zugangs- und Entgeltkonditionen gehört. Bei wesentlicher Marktbedeutung ist die Bundesnetzagentur gemäß § 17 Abs. 2 Satz 3 TKG sogar gehalten, solche Verwaltungsvorschriften zu erlassen.

Nach § 17 Abs. 4 TKG muss die Bundesnetzagentur zudem in Bezug auf konkrete regionale Ausbauvorhaben Auskunft über die dort zu erwartenden regulatorischen Rahmenbedingungen oder Maßnahmen erteilen. Bei diesen Auskünften handelt es sich um feststellende Verwaltungsakte, die sich auf den konkreten Fall beziehen (Kühling, in: Säcker/Körber, TKG, 4. Aufl. 2023, § 17 Rn. 57 m.w.N.; Schönau, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 17 Rn. 87). Abstrakt-generelle Regulierungskonzepte sind somit nicht Gegenstand der Auskünfte gemäß § 17 Abs. 4 TKG. Umgekehrt hingegen kann eine solche Auskunft die Anwendung eines zuvor als Verwaltungsvorschrift gemäß § 17 Abs. 1 und 2 TKG erlassenen Regulierungskonzepts im konkreten Fall feststellen.

2.2. Anwendung auf die Kupfer-Glas-Migration

Vorgaben für die Migration auf neue Infrastrukturen im Sinne von § 34 TKG werden in § 17 TKG nicht ausdrücklich als Regelungsgegenstand genannt. Gleichwohl umfasst der Anwendungsbereich von § 17 Abs. 1 und 2 TKG auch die grundsätzlichen Regulierungsfragen, die sich bei der Kupfer-Glas-Migration stellen.

Die Kupfer-Glas-Migration betrifft zum einen den Anwendungsbereich des § 17 Abs. 1 TKG schon deswegen, weil sie eine Abänderung bestehender Regulierungsverfügungen und nachgelagerter Regulierungsentscheidungen wie vor allem von Entgeltgenehmigungen und Standardangeboten erfordert. Dies ergibt sich auch aus § 34 Abs. 4 und 5 TKG: Diejenigen Regulierungsverpflichtungen, die sich auf die außer Betrieb zu nehmende Kupfer-Infrastruktur beziehen, müssen aufgehoben werden, wobei allerdings die zuvor festzulegenden angemessenen Bedingungen für die Migration und die in ihrer Folge anzubietenden Zugangsprodukte vorliegen müssen. Die Frage, welche grundsätzlichen Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit bestehende Regulierungsverpflichtungen nach der Durchführung der Kupfer-Glas-Migration aufgehoben werden können, betrifft grundsätzliche Herangehensweisen und Methoden für Regulierungsverfügungen und ist damit ein zulässiger Regelungsgegenstand von Verwaltungsvorschriften nach § 17 Abs. 1 Nr. 3 TKG (ebenso Fetzner, Stellungnahme, Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Digitales zum „TK-Netzausbau-Beschleunigungsgesetz“, 16.10.2024, S. 5).

Aber auch allgemeine Rahmenbedingungen für den Aufbau von VHC-Netzen im weiteren Sinne, einschließlich der Zugangsbedingungen, können Gegenstand von Regulierungskonzepten nach § 17 Abs. 1 TKG sein (vgl. BT-Drs. 17/5707, S. 57 zur Vorgängernorm § 15a TKG-2004; Schönau, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 17 Rn. 27). Hierzu zählen auch Grundsätze für die Kupfer-Glas-Migration, wenn diese die hierfür bestehenden gesetzlichen Vorgaben konkretisieren oder für die künftige Anwendung vereinheitlichen, was Aufgabe der Verwaltungsvorschriften nach § 17 TKG ist (Kühling, in: Säcker/Körber, TKG, 4. Aufl. 2023, § 17 Rn. 18 f.). Das betrifft vor allem die von der Bundesnetzagentur festzulegenden Anforderungen nach § 34 Abs. 4 TKG in Bezug auf angemessene Fristen und Bedingungen.

Zum anderen betrifft die Ausgestaltung der Kupfer-Glas-Migration auch den Anwendungsbereich des § 17 Abs. 2 TKG. Denn die Ausgestaltung der Migration und die daran anknüpfenden Verpflichtungen insbesondere in Bezug auf die mittels der Gigabit-Infrastruktur anzubietenden Zugangsprodukte betrifft unmittelbar die Investitionsrisiken für VHC-Netze im Sinne von § 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 TKG. Die gesetzlichen Regelungen hierzu hatten zwar nicht direkt die Kupfer-Glas-Migration im Blick, die regulatorischen Folgen der Außerbetriebnahme der Kupfernetze und deren Ersetzung durch VHC-Netze – der TDG und/oder der Wettbewerber – betreffen aber ebenfalls die Risiken für Investitionen in den Netzausbau. Daher „soll“ die Bundesnetzagentur bei wesentlicher und allgemeiner Bedeutung für den Markt gemäß § 17 Abs. 2 Satz 3 TKG die grundlegenden Anforderungen an die Zugangsbedingungen vorab als Verwaltungsvorschriften erlassen. Bei der Abschaltung des Kupfernetzwerkes, das noch etwa 2/3 der Haushalte in Deutschland und daher auch zahlreiche Wettbewerber der TDG nutzen, ist eine solche Marktbedeutung evident.

Verwaltungsvorschriften zur Festlegung eines Regulierungskonzepts für die Kupfer-Glas-Migration können somit auf § 17 Abs. 1 und 2 TKG gestützt werden und die Bundesnetzagentur ist nach § 17 Abs. 2 Satz 3 TKG sogar gehalten, ein solches zu erlassen.

2.3. Ergänzend: allgemeine Exekutivkompetenz

Selbst wenn man davon ausgehen sollte, dass nicht alle Regelungsgehalte eines Regulierungskonzepts für die Kupfer-Glas-Migration in den Anwendungsbereich von § 17 TKG fallen, kann die Bundesnetzagentur hierzu gleichwohl Verwaltungsvorschriften erlassen. § 17 TKG ist insoweit erstens weit auszulegen und zweitens auch nicht abschließend zu verstehen in dem Sinne, dass Verwaltungsvorschriften zu anderen Regelungsgegenständen als den dort genannten nicht erlassen werden dürften.

Verwaltungsvorschriften als Innenrecht der Verwaltungsbehörden erfordern keine besondere Rechtsgrundlage, denn die Befugnis zu deren Erlass ist der Exekutivgewalt inhärent (Geis, in: Schoch/Schneider, VwVfG, 4. EL November 2023, § 40 Rn. 173 m.w.N.). Sie haben im Regelfall die Funktion, verwaltungsintern ein einheitliches Verfahren, eine bestimmte Ermessensausübung – als ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften – oder eine bestimmte Gesetzesauslegung und -anwendung – als norminterpretierende Verwaltungsvorschriften – vorzugeben und bewirken damit eine Selbstbindung der Verwaltung (vgl. etwa BVerfG, Beschluss vom 31.05.1988, 1 BvR 520/83, NJW 1989, 666, 667). Ihnen kommt jedoch keine unmittelbare Außenwirkung, wie sie Rechtsnormen oder Verwaltungsakte haben, zu. Daher ist auch keine Ermächtigungsgrundlage zu ihrem Erlass notwendig.

Etwas anderes gilt nur für sog. normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften, denen in gewissem Umfang unmittelbare Außenwirkung zukommt und die daher eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage erfordern (dazu BVerwG, Urteil vom 28.10.1998, 8 C 16.96, NJW 1999, S. 1114, 115; Geis, in: Schoch/Schneider, VwVfG, 4. EL November 2023, § 40 Rn. 176 f.). Als solche kommt § 17 TKG grundsätzlich in Betracht (dazu unten 4.1.).

In Bezug auf die Ermächtigung zum Erlass von ermessenslenkenden und norminterpretierenden Verwaltungsvorschriften sind § 17 Abs. 1 und 2 TKG jedoch deklaratorisch (Kühling, in: Säcker/Körber, TKG, 4. Aufl. 2023, § 17 Rn. 40).

Jenseits des Anwendungsbereichs des § 17 TKG kann die Bundesnetzagentur daher zu beliebigen Gesichtspunkten Verwaltungsvorschriften erlassen, sofern diese für den Zweck einer Selbstbindung zukünftiger Ermessensausübung geeignet sind.

Eine nähere Ausgestaltung der gesetzlichen Vorgaben an die Kupfer-Glas-Migration kann von der Bundesnetzagentur daher ohne Weiteres als Verwaltungsvorschrift erlassen werden, ohne dass sie dabei an § 17 Abs. 1 und 2 TKG gebunden wäre (ebenso Fetzer, Stellungnahme, Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Digitales zum „TK-Netzausbau-Beschleunigungsgesetz“, 16.10.2024, S. 5).

3. Verfahren zum Erlass eines Regulierungskonzepts als Verwaltungsvorschrift

Für den Erlass allgemeiner Verwaltungsvorschriften bestehen keine besonderen Verfahrensvorgaben. Es ist auch keine Anhörung erforderlich, wohl aber zweckmäßig.

Für Verwaltungsvorschriften im Anwendungsbereich von § 17 Abs. 1 und 2 TKG hingegen sieht § 17 Abs. 3 TKG vor, dass das Konsultations- und Konsolidierungsverfahren nach § 12 TKG entsprechend durchzuführen ist. Dies dient der Berücksichtigung der Marktbedürfnisse ebenso wie der Erhöhung der Planungssicherheit und der Verbindlichkeit der Verwaltungsvorschriften (Schönau, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 17 Rn. 57 ff.; Mayen, in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. Aufl. 2018, § 15a Rn. 31).

Daraus folgt auch, dass Verwaltungsvorschriften, die nur teilweise Gegenstände im Anwendungsbereich von § 17 Abs. 1 und 2 TKG betreffen, dennoch insgesamt dem Konsultations- und Konsolidierungsverfahren unterliegen. Eine Aufspaltung in Bezug auf das Verfahren kommt nicht in Betracht, da der Zweck des Konsultations- und Konsolidierungsverfahrens nur bei vollständiger Kenntnis der beabsichtigten Vorgaben gewahrt wird. Für ein Regulierungskonzept für die Kupfer-Glas-Migration bedeutet dies, dass für diese in jedem Fall ein Konsultations- und Konsolidierungsverfahren durchzuführen ist, weil es auch Vorgaben zur Abänderung oder Aufhebung von Maßnahmen einer Regulierungsverfügung betrifft und zumindest insoweit unter § 17 Abs. 1 Nr. 3 TKG fällt.

Das Regulierungskonzept für die Kupfer-Glas-Migration ist zudem gemäß § 192 TKG zu veröffentlichen. Eine Pflicht zur Veröffentlichung besteht jedenfalls für normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften und wird ganz überwiegend auch für ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften bejaht (dazu Kiefer, LKRZ 2007, S. 212, 214 ff.). Eine Veröffentlichung ist zudem für Verwaltungsvorschriften im Anwendungsbereich von § 17 TKG auch zur Erfüllung ihres Zweckes, Planungssicherheit durch ein einheitliches Regulierungskonzept im Sinne von § 2 Abs. 3 Nr. 1 TKG herzustellen, weil eine unveröffentlichte Verwaltungsvorschrift in keiner Weise zur Vorhersehbarkeit der Regulierung beitragen würde.

4. Rechtswirkungen eines Regulierungskonzepts als Verwaltungsvorschrift

Als Verwaltungsvorschrift kommt dem Regulierungskonzept für die Kupfer-Glas-Migration keine unmittelbare Außenwirkung vergleichbar mit einer Rechtsnorm oder einem Verwaltungsakt zu. Das Maß an Bindungswirkung der Verwaltungsvorschrift hängt aber von ihrem konkreten Inhalt, ihrer Funktion und ihrer Ermächtigungsgrundlage ab:

4.1. Normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift

§ 17 Abs. 1 und 2 TKG bietet als gesetzliche Ermächtigungsgrundlage die Möglichkeit zum Erlass einer normkonkretisierenden Verwaltungsvorschrift (Kühling, in: Säcker/Körber, TKG, 4. Aufl. 2023, § 17 Rn. 41; Schönau, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 17 Rn. 65; Mayen, in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. Aufl. 2018, § 15a Rn. 10 f.). Eine solche dient dazu, einen gesetzlich eingeräumten Beurteilungsspielraum vorab zu konkretisieren, indem dessen Ausübung im Einzelfall im jeweiligen Verwaltungsakt in einer abstrakt-generalisierenden Weise in die Verwaltungsvorschrift vorverlagert wird (dazu Mayen, in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. Aufl. 2018, § 15a Rn. 9). Anders als bei einer ermessenslenkenden Verwaltungsvorschrift genügt somit kein Ermessensspielraum, sondern es muss die Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe im Rahmen eines behördlichen Beurteilungsspielraumes erfolgen (z.B. Festlegung eines Grenzwerts, Definition des Stands der Technik). Dies ist bei Vorgaben für Maßnahmen im Rahmen von Regulierungsverfügungen, bei denen der Bundesnetzagentur ein Beurteilungsspielraum in Form eines Regulierungsermessens zukommt, grundsätzlich möglich. Ob allerdings eine konkrete Vorgabe einer Verwaltungsvorschrift normkonkretisierenden Charakter haben soll, ist im jeweiligen Einzelfall zu beurteilen.

Es ist daher denkbar, dass die Bundesnetzagentur bestimmte Elemente eines Regulierungskonzepts für die Kupfer-Glas-Migration als normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift ausgestaltet. Dies setzt voraus, dass damit ein unbestimmter Rechtsbegriff gefüllt wird (etwa im Hinblick auf „angemessene“ Fristen oder Bedingungen), dabei die gesetzlich vorgegebenen Grundsätze berücksichtigt werden und die in der Verwaltungsvorschrift getroffenen Festlegungen vorab hinreichend präzise dargestellt und erörtert werden. Damit würde eine unmittelbare Außenwirkung der betreffenden Teile des Regulierungskonzepts dahingehend bewirkt, dass die Festlegungen nur noch einer beschränkten gerichtlichen Kontrolle zugänglich wären (Schönau, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 17 Rn. 65). Ein subjektives Recht Dritter auf eine bestimmte Entscheidung wäre damit jedoch nicht verbunden (Kühling, in: Säcker/Körber, TKG, 4. Aufl. 2023, § 17 Rn. 39).

Inwieweit dies für den Gegenstand eines Regulierungskonzepts für die Kupfer-Glas-Migration zweckdienlich wäre, hängt von den jeweiligen Regelungen ab. Geht man davon aus, dass nicht alle in dem Konzept sinnvollerweise zu treffenden Vorgaben vom Anwendungsbereich von § 17 TKG umfasst sind und der Ausfüllung von in § 34 TKG genannten unbestimmten Rechtsbegriffen dienen, dann ist eine Normkonkretisierung und damit eine

Bindungswirkung gegenüber Gerichten nur für Teile des Regulierungskonzepts zulässig. Diese müssten daher sorgfältig abgegrenzt und als solche eigens begründet werden.

4.2. Ermessenslenkende Verwaltungsvorschrift

Soweit das Regulierungskonzept für die Kupfer-Glas-Migration keine normkonkretisierenden Regelungen enthält, handelt es sich um ermessenslenkende Vorgaben. Als solchen kommt ihnen keine unmittelbare Bindungswirkung gegenüber Dritten – einschließlich Gerichten – zu, aber eine mittelbare Außenwirkung besteht gleichwohl.

Durch ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften wird eine Selbstbindung der Bundesnetzagentur in Bezug auf ihre künftigen Regulierungsentscheidungen bewirkt, wobei gleichzeitig neue Erkenntnisse, Stellungnahmen und Empfehlungen im konkreten Fall berücksichtigt werden können und einen sachlichen Grund darstellen können, von den Festlegungen in der Verwaltungsvorschrift abzuweichen (dazu BT-Drs. 17/5707, S. 56). Das bedeutet im Wesentlichen, dass die Verwaltungsvorschrift stets bei der Ermessensentscheidung zugrunde zu legen ist, dass aber die ordnungsgemäße Ermessensausübung im Einzelfall auch eine Abweichung von einzelnen Vorgaben erfordern kann (dazu Geis, in: Schoch/Schneider, VwVfG, 4. EL November 2023, § 40 Rn. 180 f.). Eine Abweichung kann hingegen nicht damit begründet werden, dass die Bundesnetzagentur in einem Fall eine andere Bewertung vornehmen möchte. Die Einhaltung der ermessenslenkenden Verwaltungsvorschrift ist somit der Regelfall, ein Abweichung hiervon der gesondert auf strikt sachlicher Basis zu begründende Ausnahmefall (Kühling, in: Säcker/Körber, TKG, 4. Aufl. 2023, § 17 Rn. 43).

Die durch ein Regulierungskonzept für die Kupfer-Glas-Migration bewirkte Selbstbindung schafft daher zum einen Transparenz und Vorhersehbarkeit in Bezug auf die künftig anstehenden Entscheidungen zu einzelnen Migrationsprojekten (insbesondere nach § 34 TKG). Sie sorgt zum anderen für Planungssicherheit, da im Regelfall eben keine Abweichung von dem Regulierungskonzept zulässig ist und daher sowohl das regulierte Unternehmen als auch die Wettbewerber mit einer recht hohen Verlässlichkeit in Bezug auf den regulatorischen Rahmen planen können. Das Regulierungskonzept kann vor diesem Hintergrund auch für Auskünfte nach § 17 Abs. 4 TKG in Bezug auf die Regulierung von VHC-Netzen nach erfolgter Netzabschaltung in einem Gebiet dienen.

5. Mögliche Regelungsgehalte eines Regulierungskonzepts für die Kupfer-Glas-Migration

Die zulässigen Regelungsgehalte eines Regulierungskonzepts für die Kupfer-Glas-Migration sind vielfältig. Sie umfassen zum einen die grundlegenden Anforderungen an Entscheidungen, die künftig nach § 34 TKG zu treffen sind, als auch darüber hinausgehende Vorgaben für Migrationsprojekte:

5.1. Anforderungen an Entscheidungen nach § 34 TKG

Möglicher Gegenstand eines Regulierungskonzepts für die Kupfer-Glas-Migration können alle wesentlichen Vorgaben sein, die § 34 TKG an konkrete Migrationsprojekte aufstellt. Die Funktion des Regulierungskonzepts kann insoweit sein, die auf die jeweiligen Anträge der TDG gemäß § 34 Abs. 1 TKG hin zu treffenden Entscheidungen gemäß § 34 Abs. 3 und 4 TKG zu vereinheitlichen und im Voraus Planungssicherheit für die TDG und die Wettbewerber zu bieten. Damit würden insbesondere Vorhersehbarkeit und Diskriminierungsfreiheit des Migrationsprozesses gewährleistet (ebenso Kühling, Stellungnahme, Öffentliche Anhörung zum Gesetzesentwurf „TK-Netzausbau-Beschleunigungsgesetz“, 16.10.2024, S. 7).

Wesentlich für die Festlegungen des Regulierungskonzepts als Verwaltungsvorschrift ist jedoch, dass keine abschließenden Einzelfallentscheidungen getroffen werden können, also keine konkreten Regulierungsverpflichtungen vorgegeben werden können, sondern nur abstrakt-generelle Anforderungen an die künftig zu treffenden Entscheidungen. In Betracht kommt daher vor allem die Festlegung, unter welchen Voraussetzungen bei einem Migrationsprojekt welche Entscheidungen gemäß § 34 Abs. 3 und 4 TKG zu treffen sein werden (siehe Fetzer, Stellungnahme, Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Digitales zum „TK-Netzausbau-Beschleunigungsgesetz“, 16.10.2024, S. 5).

Gegenstand eines Regulierungskonzepts können daher insbesondere Anforderungen an Zeitpläne für Migrationsprojekte und an angemessene Vorlaufzeiten für die Ankündigung sowie unterschiedliche Prozessschritte bei der Umsetzung der Migration sowie für die Kündigung von Zugangsverträgen sein (§ 34 Abs. 4 Satz 2 Hs. 1 TKG). Auch transparente und angemessene Bedingungen für die Kündigung von Zugangsverträgen können festgelegt werden, was etwa auch Festlegungen in Bezug auf automatisierte Prozesse, Vorgaben für die Kommunikation an die Endnutzer im Zuge der Migration (dazu Fischer/Franz, in: Säcker/Körber, TKG, 4. Aufl. 2023, § 34 Rn. 55 ff.) sowie zur Angemessenheit der Kostentragung aufgrund des Migrationserfordernis beinhalten kann (§ 34 Abs. 4 Satz 2 Hs. 2 TKG).

Darüber hinaus können Anforderungen an alternative Zugangsprodukte für Endnutzer (private Endnutzer und Geschäftskunden) festgelegt werden (§ 34 Abs. 4 Satz 3 und 4 TKG). Es dürfte zwar nicht zulässig sein, bereits über konkrete Entgelte und Qualitätsanforderungen, wie sie in einem Standardangebot zu bestimmen sind, zu entscheiden. Allerdings können insoweit Grundzüge und Mindestanforderungen für die anzubietenden glasfaserbasierten Vorleistungsprodukte vorgegeben werden sowie Methoden (z.B. zur Entgeltregulierung) bestimmt und Kriterien für die erforderliche Diskriminierungsfreiheit aufgestellt werden. Auch die ggf. temporär anzubietenden Zwischenlösungen bei Versorgungslücken nach einer Netzabschaltung könnten im Vorhinein geregelt werden.

5.2. Weitere Vorgaben für Migrationsprojekte

Neben den ausdrücklich in § 34 Abs. 3 und 4 TKG genannten Entscheidungen kommen weitere Festlegungen für die Kupfer-Glas-Migration in Betracht. Die Regelungsbefugnis der Bundesnetzagentur ist insoweit nicht auf die ausdrücklich genannten Gesichtspunkte beschränkt, sondern umfasst auch weitere Entscheidungen, die erforderlich sind, um dem Ziel der Wahrung des Wettbewerbs und der Rechte der Endnutzer im Sinne von § 34 Abs. 4 Satz 3 TKG zu dienen.

Dies folgt nicht zuletzt aus Art. 81 EKEK, der die Kompetenzen der nationalen Regulierungsbehörden in Bezug auf die Infrastrukturmigration etwas weiter fasst als in § 34 TKG ausdrücklich umgesetzt wurde. Nach Art. 81 Abs. 2 UAbs. 2 lit. a i.V.m. Erwägungsgrund 209 EKEK müssen die Regulierungsbehörden sich vergewissern, dass geeignete Voraussetzungen für die Migration geschaffen werden, einschließlich der Bereitstellung eines alternativen Zugangsprodukts mindestens vergleichbarer Qualität wie mit der herkömmlichen Infrastruktur, mit dem Zugangsnachfrager dieselben Endnutzer erreichen können. Daraus folgt, dass eine Migration nur dann erfolgen darf, wenn mit der neuen Infrastruktur zumindest wesentliche Teile der zu erreichenden Endnutzer weiterhin versorgt werden können, was deren tatsächliche Erreichbarkeit und die Aufrechterhaltung eines effektiven Wettbewerbs voraussetzt (dazu Fischer/Franz, in: Säcker/Körper, TKG, 4. Aufl. 2023, § 34 Rn. 39 f.). Nach § 34 Abs. 5 TKG ist dies implizit bei der Entscheidung über die Aufhebung von Regulierungsverpflichtungen zu prüfen. Die Anforderungen an das Vorliegen der von der Bundesnetzagentur als ausreichend erachteten Erreichbarkeit der Endnutzer (etwa in Form von zu erreichenden Meilensteinen oder Schwellenwerten) als Voraussetzung für eine Netzabschaltung können im Regulierungskonzept für Kupfer-Glas-Migration festgelegt werden und insoweit Transparenz und Planbarkeit schaffen.

Gleiches gilt für weitere grundsätzliche Erwägungen zur Ausgestaltung einer Netzabschaltung, wie etwa geographische Vorgaben (z.B. Mindestgrößen für Gebiete, dazu Fischer/Franz, in: Säcker/Körper, TKG, 4. Aufl. 2023, § 34 Rn. 49 ff.) oder Regelungen in Bezug auf eine Netzabschaltung bei Vorhandensein alternativer Infrastruktur von Wettbewerbern. Im Grundsatz ist zwar zu berücksichtigen, dass die Netzabschaltung eine Entscheidung des jeweiligen Unternehmen ist und weder eine Migrationspflicht noch ein dauerhaftes Migrationshindernis auferlegt werden darf, wie sich nicht zuletzt aus Erwägungsgrund 209 EKEK ergibt (Fetzer, Stellungnahme, Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Digitales zum „TK-Netzausbau-Beschleunigungsgesetz“, 16.10.2024, S. 5).

Wird diese Grenze berücksichtigt, kann aber ein Regulierungskonzept für Kupfer-Glas-Migration als Verwaltungsvorschrift auch über die Vorgaben des § 34 TKG bzw. Art. 81 EKEK hinausgehende Anforderungen festlegen, die dem Zweck der Vorschriften und den Regulierungszielen entsprechen. Dies gilt insbesondere unter dem Gesichtspunkt, dass die Bundesnetzagentur bei ihrer Entscheidung über die Aufhebung oder Abänderungen von Regulierungsverpflichtungen aufgrund eines Migrationsprojektes zahlreiche Sachverhalte und Kriterien berücksichtigen muss, für die sie schon im Vorhinein diskriminierungsfreie, transparente Vorgaben zur Erhöhung der Planungssicherheit treffen kann. Es

handelt sich dabei um die Kernaufgabe einer ermessenslenkenden Verwaltungsvorschrift, die wie dargelegt gerade keiner gesetzlichen Ermächtigung bedarf.

* * *

Danielle Herrmann

Frankfurt, den 13.11.2024