

N&R

Netzwirtschaften & Recht

Energie, Telekommunikation,
Verkehr und andere Netzwirtschaften



Herausgegeben von
Achim Berg
Wilhelm Eschweiler
Andrees Gentzsch
Barbie Kornelia Haller
Martin Henke
Wolfgang Kopf
Stephan Korehnke
Matthias Kurth
Jochen Mohr
Klaus Müller
Andreas Mundt
Birgit Ortlieb
Stefan Richter
Franz Jürgen Säcker
Christian Seyfert

**Geschäftsführender
Herausgeber**
Christian Koenig

Schriftleitung
Institut für das Recht
der Netzwirtschaften,
Informations- und
Kommunikations-
technologie (IRNIK)
www.nundr.net

3&4/2024

S. 129 –212

21. Jahrgang

- *Christian Koenig*
Happy Birthday, N&R ... und ein Geburtstagswunsch 129
- *Martin Jacob*
Interimsversorgung von Mittelspannungskunden
ohne Liefervertrag 130
- *Thilo Richter*
Ist das Regulierungskunst oder kann das weg? 141
- *Markus Ring*
Die Entstehung des Gesetzes zur Steigerung
der Energieeffizienz in Deutschland 145
- *Danielle Herrmann*
Das Telekommunikationsrecht im Jahr 2023 148
- *Erik Staebe*
Die „Unabhängigkeit“ mitgliedstaatlicher Eisenbahnen 162
- *Johann Ante*
Anmerkung zum Beschluss des BGH:
Auskunftsersuchen im Zusammenhang mit
fusionskontrollrechtlichen Verpflichtungszusagen –
Kartellbehördliche Zuständigkeit 176
- *Christian Miercke/Andreas Schuler*
Anmerkung zum Beschluss des VG Köln:
Festlegung der Nutzungsbedingungen im Rahmen
eines offenen Netzzugangs („open access“) zu
einem öffentlich geförderten Breitbandnetz 184
- *Andreas Neumann*
Anmerkung zum Beschluss des VG Köln:
Zugang zu baulichen Anlagen zum Zweck des
Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen 198
- *Andreas Bremer*
Anmerkung zum Urteil des OLG Rostock: vergabepflichtige
Beauftragung zum Glasfaserausbau auf der Netzebene 4 208

Anlagen der Antragstellerin ohne bleibende (wirtschaftliche) Auswirkung zu beseitigen. Denn der wirtschaftlich relevante Aspekt der Zugangsgewährung ist aus Sicht der Kammer das auf längere Dauer angelegte Einbringen von Glasfasern o. ä. der Wettbewerber in die baulichen Anlagen der Antragstellerin. Dieser Vorgang dürfte durch das Entnehmen des eingebrachten Materials aus den baulichen Anlagen der Antragstellerin umkehrbar sein, zumal der Zugang soweit ersichtlich nur zum Bestand der baulichen Anlagen gewährt werden muss. Soweit bauliche Maßnahmen erforderlich sein sollten, um den Zugang technisch zu realisieren, dürften, was die Kostentragung angeht, hierzu ohnehin die Wettbewerber berufen sein. Nach alledem dürfte das Hauptrisiko für die

Inanspruchnahme der Zugangsverpflichtung zu baulichen Anlagen bis zu einer abschließenden Entscheidung im Hauptsacheverfahren bei den Wettbewerbern liegen. Zusätzlich erscheint zweifelhaft, ob die Wettbewerber bei der gegebenen offenen Rechtslage überhaupt in relevantem Umfang einen Zugang nachfragen werden. Hinsichtlich Ziffer 4 und 5 der Regulierungsverfügung – soweit sie im Klageverfahren angegriffen werden – geht die Abwägung schon deshalb zu Lasten der Antragstellerin aus, da es sich insoweit nur um Folgeverpflichtungen zu den Ziffern 1 bzw. 1.1 der Regulierungsverfügung handelt.

[...]

Andreas Neumann

Anmerkung zum Beschluss des VG Köln vom 1. März 2024 – Az. 21 L 2013/22

I. Problem

Die EU-Telekommunikationspolitik hat sich die Schaffung einer flächendeckenden Gigabit-Netzanbindung für alle Haushalte bis 2030 auf die Fahnen geschrieben.¹ Angesichts der unterschiedlichen Investitionsstrategien wird der zukünftige Gigabit-Ausbau voraussichtlich nicht durch eine räumliche Erweiterung der Kabelfernsehnetze (mindestens) auf Grundlage des DOCSIS-3.1-Standards erreicht werden können.² Er wird vielmehr im Wesentlichen von dem Ausbau der Glasfasernetze bis zu den Anwesen („Fiber To The Premises“, FTTP) abhängen,³ also von der Errichtung neuer Glasfasernetze bis zu den Gebäuden („Fiber To The Building“, FTTB) oder gar Wohnungen („Fiber To The Home“, FTTH). Für Deutschland sehen die telekommunikationspolitischen Zielsetzungen der Bundesregierung sogar ausdrücklich eine flächendeckende Versorgung mit Glasfaser und zwar bis in die Haushalte (FTTH) vor,⁴ die im selben Zeitraum (bis 2030) erreicht werden soll.⁵

Trotz der Versuche, den Glasfaserausbau durch Maßnahmen zur Reduzierung des Investitionsaufwands – namentlich im Rahmen der Kostensenkungsrichtlinie 2014/61/EU – zu beschleunigen, deuten aktuelle Prognosen darauf hin, dass dieses Ausbauziel möglicherweise nicht erreicht wird.⁶ Hierauf hat der EU-Gesetzgeber mit einer Überarbeitung und Verstärkung der Kostensenkungsvorgaben durch Erlass der Gigabit-Infrastrukturverordnung (EU) 2024/1309, den sog. „Gigabit Infrastructure Act“ (GIA), reagiert.⁷ Ob von diesen Änderungen jedoch maßgebliche Impulse ausgehen werden, die dazu beitragen können, die Gigabit-Ziele für 2030 in Deutschland zu erreichen, erscheint insbesondere angesichts des grundsätzlich auf den 12. November 2025 herausgeschobenen Geltungsbeginns (Art. 19 Abs. 2 der Gigabit-Infrastrukturverordnung [EU] 2024/1309) nicht ganz unzweifelhaft.⁸ Unabhängig von den Entwicklungen auf EU-Ebene hat das Bundesdigitalministerium in Deutschland mit dem „Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung des Ausbaus von Telekommunikationsnetzen (TK-Netzausbau-Beschleunigungsgesetz)“⁹ im Einklang mit der strategischen Ausrichtung der Bundesregierung¹⁰ zwar ebenfalls (ergänzende) gesetzliche Maßnahmen zur Netzausbaubeschleunigung in Betracht gezogen. Diese verharren gegenwärtig jedoch weiterhin im Entwurfsstadium, so dass auch hier unklar ist, inwieweit sie einen nennenswerten Beitrag zum

flächendeckenden Ausbau der Glasfasernetze bis 2030 leisten können.

Vor diesem Hintergrund ruhen nicht unerhebliche Hoffnungen auf einer bereits 2022 erfolgten Entscheidung der Bundesnetzagentur. Die Telekom Deutschland GmbH (TDG) war zwar schon bisher verpflichtet, unter bestimmten Umständen Zugang zu ihrem weitflächigen Netz von Kabelkanälen bzw. Kabelkanalanlagen¹¹ zu gewähren, der den hiervon begünstigten alternativen Netzbetreibern kosten- und zeitaufwendige Grabungsarbeiten ersparen kann.¹² Diese Zugangsverpflichtung bestand (im Rahmen der vorhandenen Leerkapazitäten)

- 1 Erwägungsgrund 13 S. 4 und Art. 4 Abs. 1 Nr. 2 lit. a des Digitalpolitikbeschlusses (EU) 2022/2481; Erwägungsgrund 2 S. 6 und Erwägungsgrund 48 S. 1 der Gigabit-Infrastrukturverordnung (EU) 2024/1309; Kommission, Mitteilung zur Festlegung geplanter Zielwege für die digitalen Ziele auf Unionsebene, C (2023) 7500 final, S. 13; Mitteilung „Digitaler Kompass 2030: der europäische Weg in die digitale Dekade“, COM (2021) 118 final, S. 7.
- 2 Siehe auch Bundesministerium für Digitales und Verkehr (BMDV), Gigabitstrategie der Bundesregierung v. 13.7.2022, S. 11.
- 3 Kommission (Fn. 1), C (2023) 7500 final, S. 14 f.
- 4 BMDV (Fn. 2), S. 6; SPD/BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN/FDP, Mehr Fortschritt wagen, Koalitionsvertrag v. 7.12.2021, S. 7 und 13.
- 5 BMDV (Fn. 2), S. 14.
- 6 So auf EU-Ebene Kommission (Fn. 1), C (2023) 7500 final, S. 14; Weißbuch „Wie kann der Bedarf an digitaler Infrastruktur in Europa gedeckt werden?“, COM (2024) 81 final, S. 5 f.
- 7 Ausführlich dazu *Benczek*, N&R 2024, 87; *Wilmes-Horváth*, N&R 2023, 97.
- 8 *Benczek*, N&R 2024, 87, 96.
- 9 Der Referentenentwurf des Bundesministeriums für Digitales und Verkehr (BMDV) ist abrufbar unter https://bmdv.bund.de/SharedDocs/DE/Anlage/Gesetze/Gesetze-20/gesetz-beschleunigung-ausbau-telekommunikationsnetze.pdf?__blob=publicationFile; siehe Überblickartig *Neumann*, Folien „Der Referentenentwurf zum TK-Netzausbau-Beschleunigungsgesetz“ v. 25.10.2023, abrufbar unter http://www.irnik.de/publikationen/vortraege/2023-10-26_Vortrag_DGRI-TK-Lunchtime.pdf (beide zuletzt abgerufen am 22.5.2024).
- 10 BMDV (Fn. 2), S. 15 ff.
- 11 Hierunter sind sowohl Betonkanäle als auch starre Kunststoffrohre oder flexible Kunststoffschläuche zu verstehen, siehe Bundesnetzagentur, Beschl. v. 1.9.2016 – Az. BK 3g-15/004, S. 279; *Neumann*, in: *Säcker/Körber*, TKG – TDDSG, 4. A., 2023, § 26 TKG Rn. 198. Zu den technischen Einzelheiten ausführlich und mit Abbildungen: Bundesnetzagentur, Beschl. v. 21.7.2022 – Az. BK3i-19/020, S. 108 ff. Beide Regulierungsverfügungen werden hier und im Folgenden ausschließlich in der öffentlichen Fassung zitiert.
- 12 Siehe Bundesnetzagentur, Beschl. v. 1.9.2016 – Az. BK 3g-15/004, S. 291.

allerdings nur für die Strecke zwischen den Hauptverteilern und den Kabelverzweigern, also gerade nicht für den Abschnitt bis zu den einzelnen Gebäuden, und auch nur „zum Zwecke des Zugangs zum Teilnehmeranschluss am Kabelverzweiger“.¹³ Ein Zugangsanspruch zu Kabelkanalanlagen der TDG zum Aufbau eines eigenen FTTB/H-Netzes wurde damit also ausdrücklich nicht geschaffen.¹⁴

Das hat sich mit der aktuellen Regulierungsverfügung aus dem Jahr 2022 geändert. Dieser zufolge ist die TDG nun verpflichtet, Zugang zu vorhandenen Kabelkanalanlagen (KKA) (sowie Masten und Trägersystemen oberirdischer Linien [MToiL]¹⁵) zu gewähren, soweit dies entweder – wie bisher – dem Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung oder – neu – dem Aufbau und Betrieb von Netzen mit sehr hoher Kapazität an festen Standorten dient.¹⁶ Eine räumliche Beschränkung auf eine bestimmte Teilstrecke ist nicht mehr vorgesehen. Sie kann sich aber (lediglich) in Bezug auf den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung daraus ergeben, dass es insoweit weiterhin um den Zugang am Kabelverzweiger bzw. in der VDSL-Welt am multifunktionalen Zugangsknoten („Multi-Service Access Node“, MSAN) geht. Der neu hinzugekommene Zweck der Zugangsgewährung – der Aufbau und Betrieb (namentlich) von Glasfasernetzen – erfordert demgegenüber gerade auch einen Zugang zu den Teilstrecken bis zu den einzelnen Gebäuden. Gestützt wurde die Zugangsverpflichtung auf die mit der TKG-Novelle 2021 neu geschaffene Bestimmung über den Zugang zu baulichen Anlagen nach § 26 Abs. 3 Nr. 10 TKG.¹⁷

Neben der bloßen Zugangsverpflichtung sind in Bezug auf entsprechende Vorleistungen der TDG weitere Vorabverpflichtungen vorgesehen, nämlich eine Gleichbehandlungsverpflichtung, diverse Transparenzverpflichtungen, die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines (regulatorisch zu überprüfenden) Standardangebots und eine Entgeltgenehmigungspflicht.¹⁸ Damit würde ein ex ante regulierter Zugang zu den Leerrohrkapazitäten der TDG möglich, die sich nach den Feststellungen der Bundesnetzagentur über mehrere 100 000 km erstrecken.¹⁹ Es bestand daher die Erwartung, dass der (auf den vom Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung unabhängigen Netzausbau) erweiterte Kabelkanalzugang den Glasfaserausbau durch andere Unternehmen gegenüber den bereits nach §§ 136 ff. TKG bestehenden marktmachtunabhängigen Mitnutzungsmöglichkeiten noch einmal spürbar erleichtern würde,²⁰ zumal diese auf projektbezogene Einzelfälle zugeschnitten und hierdurch auch mit hohen Transaktionskosten sowie geringerer Planungssicherheit belastet sind.²¹

Der vom Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung unabhängige Zugang zu den baulichen Anlagen war jedoch erst für den 1. Januar 2024 und damit einen Zeitpunkt rund anderthalb Jahre nach Inkrafttreten der Regulierungsverfügung vorgesehen, insbesondere auch um der TDG die zur Vorbereitung der Zugangsbedingungen nötige Zeit zu geben.²² Diese nutzte sie jedoch nicht in der erhofften Art und Weise.²³ Stattdessen erhob die TDG Klage (im Wesentlichen) gegen die ihr insoweit auferlegten Verpflichtungen.²⁴ Außerdem beantragte sie bereits Ende 2022 beim VG Köln, die aufschiebende Wirkung dieser Klage anzuordnen, soweit sie sich gegen die wesentlichen Verpflichtungen in Bezug auf den vom Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung unabhängigen Kabelkanalzugang (sowie den entsprechenden Zugang zu Masten und Trägersystemen oberirdischer Leitungen) richtet.

II. Entscheidung

Das VG Köln hat diesen Antrag mit Beschluss vom 1. März 2024 abgelehnt.

1. Keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Vorabverpflichtungen in Bezug auf die baulichen Anlagen

Grundsätzlich hat das VG Köln keine ernstlichen – und damit ein überwiegendes Aussetzungsinteresse der TDG begründenden – Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angegriffenen Verpflichtungen. Insoweit geht das Gericht der Sache nach sogar noch weiter und beschränkt sich in weiten Teilen nicht lediglich darauf, ernstliche Zweifel auszuschließen. Stattdessen verneint es sogar ausdrücklich etwaige Rechtsfehler bzw. stellt insoweit positiv fest, dass die Regulierungsverfügung voraussichtlich rechtmäßig ist.

a) Marktdefinition und -analyse als tragfähige Grundlage der Vorabverpflichtungen

Zunächst bestätigt das VG Köln, dass die Marktdefinition und -analyse taugliche Grundlage für die streitgegenständliche Regulierungsverfügung war. Zweifel hätten daran bestehen können, da die entsprechende Festlegung bereits am 11. Oktober 2019²⁵ und damit fast drei Jahre vor Erlass der Regulierungsverfügung getroffen worden war. Das Gericht prüft unter verschiedenen Aspekten, ob sich daraus rechtliche Bedenken ergeben könnten, und verneint das mit überzeugender Argumentation:

Selbst wenn man die neue Vorgabe in § 14 Abs. 1 TKG, der zufolge die Bundesnetzagentur in der Regel innerhalb von sechs Monaten nach Veröffentlichung der Ergebnisse von Marktdefinition und Marktanalyse einen Entwurf einer Regulierungsverfügung vorlegt, auf die hiesige Konstellation für (rückwirkend) anwendbar hielte, wäre dieser Anforderung Genüge getan. Denn die Festlegung aus dem Jahr 2019 sei (erst) zeitgleich mit dem Konsultationsentwurf der Regulierungsverfügung am 11. Oktober 2021 veröffentlicht worden. Zwar sieht § 12 Abs. 6 S. 1 TKG nunmehr die unverzügliche Veröffentlichung der Ergebnisse von Marktdefinition und -analyse nach Abschluss des entsprechenden Verfahrens vor. Diese Veröffentlichungspflicht wurde jedoch erst mit der TKG-Novelle Ende 2021 „neu eingeführt“,²⁶ so dass die seinerzeitige Verfahrensgestaltung der Bundesnetzagentur unter dem insoweit maßgeblichen Rechtsrahmen rechtmäßig gewesen sei. Wie sich aus § 230 Abs. 3 TKG ergebe, sollte die nach bisherigem TKG getroffene Festlegung vielmehr als eine auf Grundlage des novellierten TKG getroffene Marktfestlegung fortgelten.²⁷

Keine Bedenken folgten des Weiteren aus einer etwaigen Überschreitung des Fristenregimes, das im TKG für die Abfolge zwischen den einzelnen Marktfestlegungen vorgesehen ist. Nach § 15 Abs. 3 S. 1 TKG muss die Bundesnetzagentur zwar

13 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 1.9.2016 – Az. BK 3g-15/004, Ziff. 1.16 des Tenors.

14 Das wurde insbesondere auch von der Kommission kritisiert, siehe Bundesnetzagentur, Beschl. v. 1.9.2016 – Az. BK 3g-15/004, S. 133.

15 Zu den technischen Einzelheiten: Bundesnetzagentur, Beschl. v. 21.7.2022 – Az. BK3i-19/020, S. 110 f.

16 Hierzu und zum Folgenden Bundesnetzagentur, Beschl. v. 21.7.2022 – Az. BK3i-19/020, Ziff. 1.1. des Tenors.

17 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 21.7.2022 – Az. BK3i-19/020, S. 108.

18 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 21.7.2022 – Az. BK3i-19/020, Ziff. 2.1., 2.4., 3.1. 3.3., 4. und 5.1 des Tenors.

19 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 21.7.2022 – Az. BK3i-19/020, S. 122.

20 Siehe etwa Monopolkommission, 12. Sektorgutachten Telekommunikation, BT-Drs. 20/1620, 331, 357 Tz. 26.

21 Vgl. hierzu Bundesnetzagentur, Beschl. v. 21.7.2022 – Az. BK3i-19/020, S. 122.

22 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 21.7.2022 – Az. BK3i-19/020, S. 131 f.

23 Siehe Herrmann, N&R 2024, 148, 152 f. (in diesem Heft).

24 Die Klage ist beim VG Köln anhängig unter dem Az. 21 K 4744/22.

25 Bundesnetzagentur, Festlegung v. 11.10.2019 – Az. BK1-19/001.

26 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26109, 200, 246 (zu § 12 Abs. 6); Meyer, N&R 2022, 283, 293.

27 Vgl. hierzu auch den Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie, BT-Drs. 19/28865, 370, 411 f. (zu § 230 Abs. 3).

(grundsätzlich) spätestens alle fünf Jahre nach Veröffentlichung der Ergebnisse der Marktdefinition und -analyse nach § 12 Abs. 6 TKG einen neuen Entwurf der Ergebnisse der Marktdefinition und -analyse vorlegen. Diese Frist sei jedoch schon nicht verletzt, weil die hier relevante Marktfestlegung aus dem Jahr 2019 gerade nicht nach § 12 Abs. 6 TKG (sondern unter dem vorherigen TKG) veröffentlicht wurde.²⁸ Die Fristvorgaben des bisherigen TKG seien eingehalten worden, da der Entwurf der damaligen Marktfestlegung am 27. Mai 2019 und damit innerhalb von drei Jahren nach Erlass der vorherigen Regulierungsverfügung am 1. September 2016²⁹ vorgelegt worden war (§ 14 Abs. 2 TKG 2004). Zu guter Letzt weist das VG Köln zutreffend auf die – zustimmungswürdige – Rechtsprechung des BVerwG hin, der zufolge ein etwaiges Überschreiten der Regelfristvorgabe ohnehin nichts daran geändert hätte, dass die bestehende Marktfestlegung bis zum Abschluss einer neuen Marktdefinition und -analyse Grundlage für ergänzende Regulierungsmaßnahmen sein kann.³⁰ Hieran habe sich auch unter dem neuen TKG nichts geändert.³¹ Auf die (zu verneinende) Frage, ob ein Verstoß gegen § 15 Abs. 3 S. 1 TKG vorlag, kam es somit letzten Endes überhaupt nicht an.

Etwas anderes könnte evtl. nur dann gelten, wenn sich die der Marktdefinition und -analyse zugrundeliegenden Verhältnisse seit der letzten Marktfestlegung grundlegend gewandelt haben.³² Das VG Köln prüft daher auch, ob hier zum Zeitpunkt des Erlasses der Regulierungsverfügung angesichts tatsächlicher Veränderungen der Marktverhältnisse ein neues Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren durchzuführen gewesen wäre. Die TDG hatte eine entsprechende Forderung bereits im Verwaltungsverfahren erhoben und auf die Entwicklungen beim Glasfaserausbau verwiesen. Die Bundesnetzagentur hatte die Forderung zurückgewiesen und u. a. darauf abgestellt, dass es sich um ihr bekannte Marktentwicklungen handele, die sich letzten Endes im Rahmen ihrer vorausschauenden Prognose bewegten, die ihrer Marktfestlegung zugrunde liege.³³ Das VG Köln setzt sich sehr ausführlich mit dem diesbezüglichen Vorbringen der TDG auseinander und bestätigt letzten Endes die Einschätzung der Bundesnetzagentur sowie die fortbestehende Tragfähigkeit der Marktfestlegung aus dem Jahr 2019.

b) Grundsätzlich rechtmäßige Auferlegung der Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs zu den baulichen Anlagen

Darüber hinaus bestätigt das VG Köln dem Grunde nach auch die Auferlegung der Verpflichtung zur Gewährung des erweiterten Zugangs zu den Kabelkanalanlagen und den anderen baulichen Anlagen.

Das in der Rechtsprechung zu § 21 TKG 2004 entwickelte Erfordernis eines engen funktionalen Zusammenhangs zwischen der Einrichtung, zu der Zugang zu gewährt ist, und dem regulierungsbedürftigen Markt³⁴ sei für § 26 Abs. 3 Nr. 10 TKG ohne Bedeutung. Das ergebe sich aus dem Wortlaut der Vorschrift, dem unionsrechtlichen Hintergrund in Art. 72 des Kommunikationskodex und der regelungssystematischen Überlegung, dass es anderenfalls keiner gesonderten Regelung für bauliche Anlagen bedürft hätte. Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen.³⁵

Entscheidend sei daher insoweit allein, ob die Verpflichtung zur Gewährung von Zugang zu den baulichen Anlagen im Hinblick auf das in der Marktanalyse festgestellte Problem erforderlich und angemessen ist. Bei dieser Bewertung komme der Bundesnetzagentur Regulierungsermessen zu. Hierbei stellt das VG Köln zu Recht auf die Systematik von § 26 TKG ab, aus der sich ein alle Beispielstatbestände des Abs. 3 umfassendes Regulierungsermessen ergibt.³⁶ Davon zu unterscheiden ist allerdings die Frage, ob eine Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs zu nicht marktzugehörigen baulichen Anlagen nur dann in Betracht kommt, wenn sie – wie § 26 Abs. 3 Nr. 10 TKG formuliert – im Hinblick auf das in der

Marktanalyse festgestellte Problem erforderlich und angemessen ist, oder ob es insoweit ausreicht, dass sie – wie es in Art. 72 Abs. 2 des Kommunikationskodex heißt – zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 TDG notwendig und verhältnismäßig ist.³⁷ Das VG Köln folgt im Obersatz der erstgenannten Lesart, geht im Weiteren auf das in der Marktanalyse festgestellte Problem jedoch nicht weiter ein. Stattdessen orientiert es sich bei der Abwägungsfehlerkontrolle an den betroffenen Grundrechtspositionen, den Regulierungszielen und -grundsätzen nach § 2 Abs. 2 und 3 TKG sowie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Inhaltlich konzentriert sich das VG Köln dabei auf zwei Aspekte.

aa) Sicherstellung der Konnektivität und Förderung von Netzen mit sehr hoher Kapazität (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG)

Der erste Einwand der TDG, mit dem sich das Gericht vertieft auseinandersetzt, zielt darauf, dass Wettbewerbsunternehmen durch die Mitnutzung ihrer baulichen Anlagen zum Aufbau und Betrieb eines eigenen Glasfasernetzes das Netz der TDG überbauen würden. Das stelle für die TDG potentiell ein Investitionshindernis dar und laufe damit im Ergebnis dem Ziel des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen zuwider.

Das Argument hatte die TDG bereits im Verwaltungsverfahren – erfolglos – vorgebracht.³⁸ Es steht in einem gewissen Spannungsverhältnis dazu, dass die TDG auf den zuletzt verstärkt von Wettbewerbsunternehmen erhobenen Vorwurf, die TDG würde durch den Überbau anderer Glasfasernetze die Investitionsmöglichkeit ihrer Wettbewerber beeinträchtigen, mit dem Hinweis auf einen vermeintlich sinnhaften Infrastrukturwettbewerb reagiert hat.³⁹ Von diesem will sie sich selbst mit ihrem Widerstand gegen die Zugangsgewährung zu

28 Selbst wenn man aber unter teleologischer Reduktion von § 15 Abs. 3 S. 1 TKG allein auf die Veröffentlichung und nicht ihre Rechtsgrundlage in § 12 Abs. 6 TKG abstellen wollte, wären hier im Übrigen keine rechtlichen Bedenken geboten. Denn die Festlegung aus dem Jahr 2019 wurde – wie dargelegt – erst im Oktober 2021 veröffentlicht. Damit lag zwischen der Veröffentlichung der Festlegung und dem Erlass der Regulierungsverfügung weniger als ein Jahr, war also die Fünf-Jahres-Vorschrift, binnen derer nach § 15 Abs. 3 S. 1 TKG der Entwurf für eine neue Marktdefinition und -analyse vorzulegen wäre, eingehalten. Nichts anderes gilt sogar, wenn man auf das Jahr 2019 selbst abstellen wollte, in dem die Marktfestlegung nach neuem TKG zu veröffentlichen gewesen wäre.

29 Siehe etwa in Fn. 12.

30 BVerwG, N&R 2012, 102, 103 Rn. 19 (Urt. v. 14.12.2011 – Az. 6 C 36.10).

31 Siehe auch Neumann, Telekommunikationsrecht kompakt, 2022, S. 72.

32 BVerwG, N&R 2019, 97, 101 Rn. 35 (Urt. v. 21.9.2018 – Az. 6 C 50.16). Es erscheint allerdings durchaus diskutabel, ob selbst eine solche grundlegende Änderung per se – also ohne Durchführung eines neuen Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens – die bestehende Marktfestlegung insoweit als Grundlage für regulatorische Maßnahmen entwerfen würde. Denn damit würde letztlich das gesetzlich ausgestaltete förmliche Festlegungsverfahren unter Beteiligung der interessierten Kreise auf nationaler Ebene und Einbindung der EU-Ebene unterlaufen. Vielmehr dürften bis zu einer neuen Marktfestlegung auch grundlegende Änderungen der Marktverhältnisse im Rahmen des Regulierungsermessens bei der Entscheidung über das „Ob“ und „Wie“ etwaiger Anpassungen des regulatorischen Rahmens zu verarbeiten sein, solche Änderungen aber nicht per se ausschließen.

33 Siehe die Wiedergabe des entsprechenden Schreibens vom 28.6.2022 bei Bundesnetzagentur, Beschl. v. 21.7.2022 – Az. BK3i-19/020, S. 97.

34 BVerwG, N&R 2013, 272, 273 Rn. 26 (Urt. v. 12.6.2013 – Az. 6 C 11.12); Buchholz 442.066 § 21 TKG Nr. 3 Rn. 26 (Urt. v. 12.6.2013 – Az. 6 C 10.12); CR 2010, 440, 442 Rn. 30 (Urt. v. 27.1.2010 – Az. 6 C 22.08); VG Köln, Urt. v. 25.4.2012 – Az. 21 K 1142/10, S. 11.

35 Siehe auch Neumann (Fn. 11), § 26 TKG Rn. 253.

36 Vgl. auch Neumann (Fn. 11), § 26 TKG Rn. 70 f.

37 Siehe hierzu Neumann (Fn. 11), § 26 TKG Rn. 251.

38 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 21.7.2022 – Az. BK3i-19/020, S. 115 f.

39 Zu der Problematik insgesamt Bundesnetzagentur, Zwischenbericht – Monitoringstelle Doppelausbau v. 11.4.2024; Schwarz-Schilling u. a., Doppelausbau von Glasfasernetzen – Ökonomische Analyse und rechtliche Einordnung, 2023.

den baulichen Anlagen offensichtlich jedenfalls partiell abschirmen.

In beiden Fällen dürfte indes eine differenzierte Sichtweise geboten sein: Der Überbau durch ein marktmächtiges Unternehmen kann unter bestimmten Umständen in der Summe negative Auswirkungen auf die Regulierungsziele haben und sich ggf. sogar als missbräuchlich darstellen, wenn er unter Ausnutzung der mit der marktmächtigen Stellung einhergehenden Ausgangsvorteile den Wettbewerbern einen ineffizienten Infrastrukturwettbewerb aufzwingt.⁴⁰ Hiervon unterscheidet sich der regulatorisch (durch die Zugangsverpflichtung in Bezug auf die baulichen Anlagen) geförderte Überbau durch Wettbewerber des marktmächtigen Unternehmens, der nämlich gerade zu einer Wettbewerbsbelebung auf den vermarkteten Märkten führt. Auch hier sind allerdings nachteilige Investitionsanreize nicht zu verkennen, die im Ergebnis dem Glasfasernetzausbau schaden können – und zwar in erster Linie für das marktmächtige Unternehmen selbst, aber ggf. auch für Wettbewerber, die bislang auf eine vollständige Eigenrealisierung unabhängig von vorhandener Leerrohrinfrastruktur der TDG setzen.⁴¹ Diesen Anreizwirkungen kann jedoch durch eine entsprechende Entgeltbestimmung Rechnung getragen werden. Das hat auch die Bundesnetzagentur zutreffend erkannt.⁴²

Deren Argumentation vollzieht auch das VG Köln nach: Der Gesetzgeber habe keinen Schutz der TDG vor einem Überbau ihrer bereits bestehenden Glasfasernetze vorgesehen.⁴³ Das tatsächliche Investitionsverhalten (auch der TDG) lasse keine nachteiligen Auswirkungen des möglichen Überbaus durch Nutzung ihrer baulichen Anlagen erkennen. Etwaige Investitionsrisiken könnten voraussichtlich im Rahmen der Entgeltregulierung abgefangen werden, wenn, wie geplant, hierbei gemäß § 38 Abs. 5 Nr. 3 TKG insbesondere auch die Folgen einer Zugangsgewährung für den Geschäftsplan des marktmächtigen Unternehmens berücksichtigt werden.⁴⁴

Und mit einer von der TDG nun behaupteten Sogwirkung, mit der die Glasfaserinvestitionen ihrer Wettbewerber auf die bereits ausgebauten Glasfasernetze der TDG gelenkt würden, habe sich die Bundesnetzagentur nicht auseinandersetzen müssen, da sich dieser Gesichtspunkt nicht aufgedrängt habe. Über dieses Argument des VG Köln hinaus erscheint es auch zweifelhaft, ob die TDG hier überhaupt einen angeblichen Abwägungsfehler geltend machen könnte. Denn auf die angeblich abwägungsfehlerhafte Berücksichtigung von Gesichtspunkten kann sich mangels Verletzung in eigenen Rechten derjenige nicht berufen, der hierdurch nicht belastet wird.⁴⁵ Sowohl durch die Nachfrage nach den Leerrohrkapazitäten der TDG als auch durch die (vermeintlich) wegfallende Glasfaserkonkurrenz in ihren reinen Kupfernetzgebieten dürfte gerade alleine sie begünstigt und nicht belastet werden, jedenfalls wenn etwaige Nachteile für ihren Geschäftsplan im Rahmen der Entgeltregulierung kompensiert werden.

bb) Erforderlichkeit und Angemessenheit

Im Anschluss befasst sich das VG Köln mit den Angriffen der TDG gegen die Erwägungen der Bundesnetzagentur zur Erforderlichkeit und Angemessenheit der vom Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung unabhängigen Zugangsverpflichtung in Bezug auf die baulichen Anlagen.

Dabei nimmt das Gericht zunächst die Möglichkeit einer Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen in den Blick, wie sie auch in § 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 TKG vorgesehen ist.⁴⁶ Insoweit sei es insbesondere einleuchtend, dass eine Anbindung der Endkunden über die Kabelkanalanlagen der TDG – bei vorhandenen Leerkapazitäten – am wenigsten zusätzlichen Tiefbau erfordert. Dies gelte gerade auch angesichts des von der Bundesnetzagentur betonten Umstands,

dass die TDG über mehrere 100 000 km Leerrohrtrassen verfügt, während bislang alle Versorgungsunternehmen zusammen bis zum Erlass der Regulierungsverfügung gerade einmal knapp über 16 000 km Leerrohrtrassen an nachfragende Telekommunikationsunternehmen vermietet hatten.⁴⁷

Anschließend wendet sich das VG Köln potentiell mildernden Alternativen zu einer Zugangsverpflichtung nach § 26 TKG zu. Symmetrische Mitnutzungsansprüche nach §§ 138 ff. TKG sind insoweit nach überzeugender Einschätzung des VG Köln kein gleich geeignetes milderes Mittel. Wegen ihrer Einzelfallbezogenheit hätten sie einen deutlich höheren Verhandlungsaufwand zur Folge und gewährleisteten überdies nicht die Planungssicherheit, die mit den vorab geprüften Standardangeboten im Bereich der Marktregulierung erzielt werden kann.⁴⁸ Soweit es um alternative Verpflichtungen i. S. v. § 26 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 TKG geht, sei schon angesichts § 22 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 TKG offensichtlich, dass Zugangsverpflichtungen bei Hindernissen der Replizierbarkeit nach § 22 TKG nicht als mildere Mittel Zugangsverpflichtungen nach § 26 TKG obsolet machen können. Das Gericht bezieht sich hier ersichtlich auf die ausdrücklich angeordnete Subsidiarität solcher marktmachtunabhängigen Verpflichtungen gegenüber marktmachtabhängigen Verpflichtungen (nach § 13 Abs. 1 TKG). Ungeachtet dieser Begründung des VG Köln hätte hier ohnehin keine Verpflichtung der Bundesnetzagentur bestanden, etwaige Verpflichtungen nach § 22 TKG als potentiell mildere Alternativen in Betracht zu ziehen, da sich die Berücksichtigungspflicht bei richtlinienkonformer Auslegung nur auf bereits bestehende Verpflichtungen nach § 22 TKG bezieht,⁴⁹ solche hier aber nicht gegeben waren.

Zweifel hat das VG Köln dann zwar hinsichtlich der weiteren Überlegung der Bundesnetzagentur, dass die von der TDG zum Aufbau des Glasfasernetzes errichteten Kabelkanalanlagen schon nicht als Anfangsinvestition i. S. v. § 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 3

40 Zu den Einzelheiten siehe *Neumann*, in: Schwarz-Schilling u. a. (Fn. 39), S. 45 ff., 101 ff.

41 Letztgenannter Umstand hat die TDG in ihrem Antrag unter dem Aspekt einer diesbezüglichen „Sogwirkung“ thematisiert, die zu einer räumlichen Verlagerung von Investitionen der Wettbewerber in die Gebiete mit vorhandenem Glasfasernetz der TDG führen werde. Diese argumentative Einkleidung erscheint indes von vornherein zweifelhaft, insbesondere soweit es Glasfaserunternehmen mit eng begrenztem räumlichen Tätigkeitsgebiet (wie etwa Stadtwerke) und solche mit auf vollständige Eigenrealisierung gerichtetem Geschäftsmodell betrifft.

42 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 21.7.2022 – Az. BK3i-19/020, S. 115.

43 Interessant ist hier der Hinweis des VG Köln, die von der TDG als vermeintliche Normierung eines Überbauschutzgedankens zu ihren Gunsten bemühten Vorschriften in den §§ 138 ff. TKG dürften „gegen sie selbst gerichtet sein“.

44 Das VG Köln weist darauf hin, dass sich eine solche Entgeltregulierung sowohl von einer Regulierung an einem bloßen Missbrauchsmaßstab als auch von einer klassischen Regulierung am Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung unterscheide, so dass hier eine andere Vorgehensweise i. S. v. § 39 S. 1 Abs. 1 Nr. 3 TKG zu wählen sei. In ihrem mittlerweile vorliegenden Entwurf für eine Entgeltgenehmigung folgt die Bundesnetzagentur diesem Ansatz (nur) für die insoweit besonders betroffenen Entgelte für den Zugang zur Trasse im Verzweigerkabelbereich (zwischen den Kabelverzweigern und den Grundstücken), vgl. Bundesnetzagentur, Konsultationsentwurf v. 10.4.2024 – Az. BK3c-23/079, S. 38 ff.; siehe dazu *Herrmann*, N&R 2024, 148, 153 f. (in diesem Heft).

45 Vgl. BVerwG, Buchholz 442.066 § 61 TKG Nr. 1 Rn. 39 (Urt. v. 22.6.2011 – Az. 6 C 40.10).

46 Siehe allerdings zur Frage, ob § 26 Abs. 2 S. 2 TKG bei richtlinienkonformer Auslegung auf Zugangsverpflichtungen nach § 26 Abs. 3 Nr. 10 TKG überhaupt anwendbar ist, (tendenziell verneinend) *Neumann* (Fn. 11), § 26 TKG Rn. 246; ders. (Fn. 31), S. 36; N&R 2018, 204, 207.

47 Siehe hierzu Bundesnetzagentur, Beschl. v. 21.7.2022 – Az. BK3i-19/020, S. 122.

48 Siehe dazu bereits oben, in und bei Fn. 21.

49 *Neumann* (Fn. 11), § 26 TKG Rn. 92; *Neumann/Sickmann*, N&R 2020, 208, 219.

TKG einzustufen seien. Die Bundesnetzagentur hatte darauf abgestellt, dass Kupfer- und Glasfasernetz demselben Markt angehörten, so dass die Investitionen nicht mit einem Markteintritt verbunden gewesen seien.⁵⁰ Dessen besondere Risiken waren aber jedenfalls unter dem § 21 TKG 2004 noch der tragende Sachgrund hinter dem besonderen Berücksichtigungsgebot.⁵¹ Der Begriff der Anfangsinvestition dürfte nach Einschätzung des Gerichts angesichts der (mit dem TKG 2021 neu geschaffenen) Bezugnahme auf Investitionen in Netze mit sehr hoher Kapazität vielmehr netz- und nicht marktbezogen zu verstehen sein. Diese Erwägung des VG Köln hat viel für sich.⁵² Ungeachtet dieser Zweifel sah das VG Köln jedoch zu Recht keinen Anlass, die Zugangsverpflichtung aus diesem Grund aufzuheben. Denn die Bundesnetzagentur hatte alternativ tragend darauf abgestellt, dass das vorhandene Kupferkabelnetz der TDG ihr auch beim Glasfaserausbau (wegen des bestehenden Kundenstamms und der Möglichkeit des Rückgriffs auf bestehende Infrastruktur) jedenfalls einen so großen Wettbewerbsvorteil einräume, dass der Schutz ihrer Investitionen gegenüber den Wettbewerberinteressen zurückstehen müsse, zumal verbleibenden Risiken bei der Entgeltregulierung Rechnung getragen werden könne.⁵³ Das VG Köln erachtet diese Erwägungen – völlig zu Recht⁵⁴ – als hinreichend tragfähig.

c) Rechtmäßige Standardangebotsverpflichtung und Entgeltgenehmigungspflicht

Keine Bedenken hat das VG Köln auch gegen die flankierenden Vorabverpflichtungen, die der TDG in Bezug auf den vom Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung unabhängigen Zugang zu den baulichen Anlagen auferlegt wurden.

Die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebots nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 TKG scheitert nicht daran, dass die TDG bereits anerkanntermaßen über Standardverträge über den Zugang zu ihren Leerrohrkapazitäten verfügt. Denn diese könnten zwar als Grundlage für das nun vorzulegende Standardangebot dienen, hielten aber nicht zwangsläufig auch der Prüfung nach § 29 Abs. 3 S. 1 TKG und damit anhand der Kriterien der Chancengleichheit, Billigkeit und Rechtzeitigkeit⁵⁵ stand. Und die Unterwerfung der Entgelte unter eine Genehmigungspflicht nach § 38 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 TKG scheitert insbesondere nicht daran, dass eine nachträgliche Missbrauchskontrolle gleichermaßen geeignet sei. Denn diese könne ggf. Brüche in der Preiskontinuität aufgrund nur nachträglicher und nur für die Zukunft wirkender Anpassungen nicht verhindern.

2. Offene Erfolgsaussichten in Bezug auf die gemeinsame Entscheidung über das „Ob“ und „Wie“ einer Zugangsverpflichtung

Zu keinem – auch nur vorläufigen – Wahrscheinlichkeitsurteil sieht sich das VG Köln dann jedoch hinsichtlich eines weitaus grundsätzlicheren Aspekts imstande: Kann die Bundesnetzagentur die Frage, ob und welche Zugangsverpflichtungen sie auferlegt, im Rahmen eines einheitlichen Abwägungsvorgangs nach § 26 Abs. 1 und 2 TKG beantworten oder muss sie zunächst vorab unter alleiniger Anwendung von § 26 Abs. 1 TKG klären, ob es der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung bedarf?

Dem Gericht stellte sich diese Frage überhaupt nur deshalb, weil der deutsche Gesetzgeber den Wortlaut von § 26 Abs. 1 TKG gegenüber der Vorgängerregelung in § 21 Abs. 1 S. 1 TKG 2004 in einem hier potentiell relevanten Punkt geändert hatte. Sah § 21 Abs. 1 S. 1 TKG 2004 – der Sache nach⁵⁶ – noch vor, dass die Bundesnetzagentur eine Zugangsverpflichtung „insbesondere“ dann auferlegen darf, wenn anderenfalls die Entwicklung eines wettbewerblichen Endnutzermarktes behindert und/oder⁵⁷ die Interessen der Endnutzer beeinträchtigt

würden, fehlt es in § 26 Abs. 1 TKG nunmehr an dem das Entscheidungsprogramm öffnenden Begriff „insbesondere“.⁵⁸ Nach Einschätzung des VG Köln ist der Begründung der Regulierungsverfügung aber gerade keine eigenständige Prüfung der Kriterien aus § 26 Abs. 1 TKG zu entnehmen. Die Entscheidung der Bundesnetzagentur wäre daher rechtswidrig, wenn allein anhand dieser Kriterien eine Prüfung erfolgen müsse, „ob“ es überhaupt einer Zugangsverpflichtung bedarf.

Diese Einschätzung erscheint nicht zwingend. Das Gericht argumentiert hier vielmehr sehr streng, etwa wenn es die einheitliche Prüfung der Bundesnetzagentur deshalb für unzureichend erachtet, weil die „Förderung“ wettbewerblicher Endnutzermärkte etwas anderes sei als die „Behinderung“ der Entwicklung eines solchen Markts und die „Wahrung“ von Endnutzerinteressen etwas anderes als der Schutz dieser Interessen vor einer „Beeinträchtigung“. Hier hätte man durchaus auch aus der Notwendigkeit einer „Förderung“ wettbewerblicher Märkte auf die anderenfalls drohende „Behinderung“ ihrer Entwicklung und aus der Erforderlichkeit von Maßnahmen zur „Wahrung“ der Endnutzerinteressen auf die ohne ein regulatorisches Einschreiten zu erwartende „Beeinträchtigung“ dieser Interessen schließen können. Für ein solches komplementäres Verständnis dürfte insbesondere eine richtlinienkonforme Auslegung sprechen. Denn Art. 73 Abs. 1 UAbs. 1 des Kodex stellt nicht etwa darauf ab, ob ohne Auferlegung einer Zugangsverpflichtung die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endkundenmarkts behindert würde und/oder die Interessen der Endnutzer beeinträchtigt würden. Vielmehr kommt es nach dem durch § 26 Abs. 1 TKG umzusetzenden Richtlinienrecht darauf an, ob eine „Verweigerung des Zugangs“ („oder unangemessene Bedingungen mit ähnlicher Wirkung“) solche Folgen hätte(n). Der Verzicht auf eine Zugangsverpflichtung ist aber – insoweit in den Worten des VG Köln – etwas anderes als die Verweigerung eines Zugangs. Legt man diesen im deutschen Recht abweichenden Ausgangspunkt⁵⁹ zugrunde, stellt sich die auferlegte Zugangsverpflichtung, mit der vermieden werden soll, dass es bei einer etwaigen Zugangsverweigerung zu einer Behinderung des Wettbewerbs bzw. zu einer Beeinträchtigung des Endnutzerinteressen kommen würde, eben gerade doch als Maßnahme zur „Förderung“ des Wettbewerbs⁶⁰ bzw. zur „Wahrung“ der Endnutzerinteressen dar. Das kommt auch in Art. 73 Abs. 2 UAbs. 2 des Kodex zum Ausdruck, der im systematischen Zusammenhang mit der entsprechenden Formulierung in Art. 72 Abs. 1 des Kodex steht.

50 Siehe dazu Bundesnetzagentur, Beschl. v. 21.7.2022 – Az. BK3i-19/020, S. 127.

51 Vgl. BVerwG, Buchholz 442.066 § 21 Nr. 1 S. 8 Rn. 22 (Urt. v. 27.1.2010 – Az. 6 C 22.08); VG Köln, N&R 2021, 44, 46 (Urt. v. 12.8.2020 – Az. 21 K 6862/15); Urt. v. 9.4.2014 – Az. 21 K 2251/11, Rn. 62 (NRWE).

52 Demgegenüber noch auf Grundlage der h.M. zum TKG 2004 *Neumann* (Fn. 11), § 26 TKG Rn. 143.

53 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 21.7.2022 – Az. BK3i-19/020, S. 127 f.

54 Siehe zu den aus ihrer überkommenen Marktmacht aus dem Kupfernetzfeld resultierenden Wettbewerbsvorteilen der TDG beim Glasfaserausbau auch etwa *Neumann* (Fn. 40), S. 58 ff.; ders., Gesetzgeberische Spielräume zur Förderung einer wettbewerbskonformen Kupfer-Glasfaser-Migration, 2024, S. 2 f.

55 Dazu ausführlich *Neumann* (Fn. 11), § 29 TKG Rn. 65 ff.

56 Zu der sprachlich unzutreffenden Formulierung des zweiten Eingriffszwecks in § 21 Abs. 1 S. 1 TKG 2004, die dann mit dem TKG 2021 korrigiert wurde, siehe *Neumann/Thomaschki*, in: Säcker, TKG, 3. A., 2013, § 21 Rn. 50.

57 Auch insoweit besteht Unklarheit über das richtige Verständnis der gesetzlichen Vorgaben in § 26 Abs. 1 TKG, siehe *Neumann* (Fn. 11), § 26 TKG Rn. 48 ff.

58 *Neumann* (Fn. 11), § 26 TKG Rn. 31.

59 Siehe dazu auch *Neumann* (Fn. 11), § 26 TKG Rn. 51.

60 Siehe so auch Erwägungsgrund 189 des Kommunikationskodex.

Teilt man jedoch die insoweit strenge Sichtweise des VG Köln, kommt es ohne weiteres auf die von ihm aufgeworfene Frage an. Bei der Suche nach der richtigen Antwort analysiert das Gericht sowohl das deutsche als auch das EU-Recht nach allen Regeln der juristischen Auslegungskunst. Dieses Unterfangen führt im vorliegenden Fall jedoch nicht wirklich weiter. Zwar finden sich einige Gesichtspunkte, die für das eine oder andere Auslegungsergebnis sprechen. So sprechen aus Sicht des Gerichts folgende Punkte für die Notwendigkeit einer eigenständigen Prüfung der Kriterien aus § 26 Abs. 1 TKG:

- Der deutsche Gesetzgeber hat das Wort „insbesondere“ gestrichen, was ausweislich der Gesetzesmaterialien⁶¹ u. a. die Ausrichtung der Zugangsregulierung auf eine Beseitigung der Wettbewerbsprobleme im Endkundenbereich verdeutlichen sollte.⁶²
- Der frühere § 21 Abs. 1 TKG 2004 wurde in nunmehr zwei Absätze unterteilt, was in systematischer Hinsicht auf eine eigenständige Bedeutung der jetzt in § 26 Abs. 1 TKG enthaltenen Regelung hindeuten könnte.
- Art. 72 Abs. 1 des Kommunikationskodex als richtlinienrechtliche Grundlage der Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs zu baulichen Anlagen i. S. v. § 26 Abs. 3 Nr. 10 TKG nennt als möglichen Grund für eine entsprechende Verpflichtung abschließend die Gefahr, dass die Verweigerung des Zugangs zu angemessenen Bedingungen die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes behindern oder den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würde.

Gegen die Notwendigkeit einer eigenständigen Prüfung führt das Gericht insbesondere folgende Umstände an:

- Jedenfalls in der deutschen Sprachfassung der Richtlinienvorgabe in Art. 73 Abs. 1 UAbs. 1 des Kommunikationskodex sind die beiden in § 26 Abs. 1 TKG aufgegriffenen Kriterien nach wie vor nur beispielhaft benannt („unter anderem“), obwohl die Streichung des Worts „insbesondere“ den Gesetzesmaterialien⁶³ zufolge doch gerade „der entsprechenden Streichung“ auf Richtlinienebene Rechnung tragen sollte.⁶⁴
- § 26 Abs. 2 (S. 1) TKG stelle durch die Bezugnahme auf die „Prüfung, ob und welche Zugangsverpflichtungen nach Absatz 1 gerechtfertigt“ sind, trotz der neuen Ergänzung um den sog. Suffizienztest möglicherweise nach wie vor den Zusammenhang mit § 26 Abs. 1 TKG her, aus dem die Einheitlichkeit des Prüfprogramms abgeleitet werden könne.
- Nach Art. 72 Abs. 2 des Kommunikationskodex reicht es für den Erlass einer Zugangsverpflichtung in Bezug auf bauliche Anlagen aus, dass die Verpflichtung mit den Regulierungszielen in Einklang steht, wobei das Verhältnis der beiden Absätze von Art. 72 des Kodex jedoch klärungsbedürftig sei.

Als völlig unklar sieht das Gericht schließlich die Verknüpfung der speziellen Vorschrift über den Zugang zu baulichen Anlagen in Art. 72 des Kommunikationskodex mit der allgemeinen Zugangsvorschrift in Art. 73 des Kodex in dessen Abs. 2 UAbs. 2 an.⁶⁵ Im Ergebnis bedürfe es daher einer Klärung des auch für die Auslegung von § 26 TKG maßgeblichen Unionsrechts, weshalb das Gericht beabsichtige, im Hauptsacheverfahren dem EuGH diesbezügliche Fragen zur Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV vorzulegen. Bis dahin sei die Rechtslage insoweit als offen anzusehen.

Diese Einschätzung ist gut nachvollziehbar. Wieder einmal zeigt sich, dass sich das durch zahlreiche politische Kompromisse gekennzeichnete Richtlinienrecht Versuchen einer rechtsdogmatisch stringenten Systembildung oftmals entzieht. Angesichts der vielen Ungereimtheiten, Formulierungsunterschiede und Systembrüche in Art. 72 und 73 des Kommunikationskodex dürfte auch der EuGH hier am Ende wohl

eher zu einer teleologisch fundierten Rechtsfestlegung als zu einer aus dem Richtlinienrecht im Einklang mit den Anforderungen der Normenklarheit ableitbaren Rechtserkenntnis kommen.

Dabei spricht aus teleologischer Sicht viel für ein Verständnis, dem zufolge die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung in Bezug auf bauliche Anlagen richtlinienrechtlich keine gesonderte Prüfung der in § 26 Abs. 1 TKG genannten Kriterien erforderlich macht. Denn die Auferlegung von Vorabverpflichtungen setzt gemäß Art. 67 Abs. 4 des Kommunikationskodex (und § 13 Abs. 1 TKG) ohnehin generell voraus, dass nach Einschätzung der Regulierungsbehörde die Endnutzer ansonsten nicht in den Genuss der Vorteile eines wirksamen Wettbewerbs kommen würden. Diese Voraussetzung impliziert bereits, dass ohne die jeweilige Vorabverpflichtung jedenfalls die Interessen der Endnutzer beeinträchtigt würden. Der Sinn einer weiteren isolierten Prüfung dieser Frage, mit der spezifisch für die Kernvorschrift der Zugangsregulierung⁶⁶ in Art. 73 des Kommunikationskodex die Eingriffshürden für die Regulierungsbehörde jedenfalls formal erhöht würden, erschließt sich nicht.⁶⁷ Entsprechendes gilt für die besondere Zugangsverpflichtung nach Art. 72 des Kommunikationskodex, die nach der Konzeption des Richtlinienrechtgebers ja gerade eine (zusätzliche) Verpflichtung nach Art. 73 des Kodex entbehrlich machen kann (Art. 73 Abs. 2 UAbs. 2 des Kommunikationskodex).⁶⁸

3. Überwiegendes Vollzugsinteresse

Angesichts der nach Auffassung des VG Köln offenen Erfolgsaussichten (allein) in Bezug auf das Fehlen einer eigenständigen Prüfung der in § 26 Abs. 1 TKG genannten Kriterien muss es seine Entscheidung schließlich auf eine von dem voraussetzlichen Ausgang der Hauptsache unabhängige Interessenabwägung stützen. Hier komme zunächst die normative Wertung zugunsten des Vollzugsinteresses in § 217 Abs. 1 TKG zum Tragen. Darüber hinaus spreche aber auch eine Folgebetrachtung für eine Ablehnung des Antrags auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage: Würde dem Antrag stattgegeben, erwiese sich die Zugangsverpflichtung im Hauptsacheverfahren dann jedoch als rechtmäßig, wäre die hierdurch verursachte Verzögerung beim Netzaufbau faktisch nicht mehr zu beseitigen. Erwiese sich die Verpflichtung demgegenüber später als rechtswidrig, könne der bei weiterem Vollzug der Zugangsverpflichtung ggf. an Wettbewerber gewährte Zugang zu baulichen Anlagen der TDG ohne bleibende (wirtschaftliche) Auswirkung wieder beseitigt werden.

III. Praxisfolgen

Mit Ablehnung des Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz bleibt die Verpflichtung der TDG, auch unabhängig vom Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung anderen Unternehmen Zugang zu ihren baulichen Anlagen zum Aufbau und Betrieb

61 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26109, 200, 263 (zu § 26 Abs. 1).

62 Vgl. auch Neumann (Fn. 11), § 26 TKG Rn. 33 und 36.

63 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26109, 200, 263 (zu § 26 Abs. 1).

64 Siehe auch Neumann (Fn. 11), § 26 TKG Rn. 33 f.

65 Skeptisch zur „weitgehend überflüssigen, schlimmstenfalls schädlichen Regelung“ in Art. 72 des Kommunikationskodex bereits Neumann, N&R 2018, 204, 207.

66 Geppert, in: Geppert/Schütz, Beck'scher Kommentar zum TKG, 5. A., 2023, § 26 Rn. 1; Kühling/Bulowski/Schall, Telekommunikationsrecht, 3. A., 2023, S. 165; Neumann (Fn. 31), S. 34; Offenbacher, Die Regulierung des Vectoring, 2019, S. 182.

67 Siehe auch Neumann (Fn. 11), § 26 TKG Rn. 36.

68 Vgl. Geppert (Fn. 66), § 26 Rn. 68 f.; Neumann (Fn. 11), § 26 TKG Rn. 100.

von Glasfasernetzen zu gewähren, vollziehbar. Ausbauwillige Wettbewerber können daher unter Berufung auf die Verpflichtung die Abgabe eines entsprechenden Zugangsangebots fordern (§ 28 Abs. 1 TKG) und den Zugang ggf. im Wege einer entsprechenden Anordnung nach § 35 TKG von der Bundesnetzagentur durchsetzen lassen. Das Standardangebotsverfahren⁶⁹ und das Entgeltgenehmigungsverfahren⁷⁰ können ebenfalls nicht nur (wegen des auch insoweit fort dauernden Sofortvollzugs) rechtlich, sondern auch tatsächlich fortgeführt werden, da die TDG zum Angebot eines solchen Zugangs als Bezugsgegenstand der jeweiligen Verfahren verpflichtet bleibt.

Was somit eigentlich nach guten Nachrichten für den Glasfaserausbau klingt, erweist sich schon nach der Einschätzung des VG Köln jedoch potentiell als bloßer Pyrrhussieg. Im Rahmen der Folgenabwägung weist das Gericht nämlich – zutreffend – darauf hin, dass angesichts des Vorbehalts einer abweichenden Hauptsacheentscheidung mit der dann potentiell möglichen Beendigung des Zugangs das Hauptrisiko für die nunmehrige Inanspruchnahme der Zugangsverpflichtung zu baulichen Anlagen bei den Wettbewerbern liegen dürfte. Deshalb erscheine es auch zweifelhaft, ob die Wettbewerber jetzt überhaupt in relevantem Umfang einen solchen Zugang nachfragen werden.⁷¹ Damit stellt sich die Frage, ob und wie diese nachteiligen Folgen für den erwünschten Glasfaserausbau vermieden werden könnten, falls die TDG trotz der fort dauernden Vollziehbarkeit und des damit bestenfalls mittel- bis langfristigen Nutzens das Verfahren in der Hauptsache insoweit weiter betreiben sollte.

Eine pragmatische und einfache Lösung mit Wirkung für die Zukunft könnte zunächst durch Erlass einer neuen Regulierungsverfügung anlässlich der Regelüberprüfung des regulatorischen Rahmens erfolgen, mit der den Anforderungen des VG Köln entsprochen wird. Wie eine solche Abwägung dann aussehen könnte, lässt sich den nur wenige Tage nach Ergehen des hier besprochenen Beschlusses veröffentlichten Entwürfen zweier an Gemeinschaftsunternehmen unter Beteiligung der TDG gerichteten Regulierungsverfügungen entnehmen, die ebenfalls eine Zugangsverpflichtung in Bezug auf bauliche Anlagen unabhängig vom Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung vorsehen.⁷² Angesichts der diesbezüglichen Vorgaben aus § 15 Abs. 3 S. 1 TKG ist mit dem Entwurf einer neuen Marktdefinition und -analyse jedoch frühestens mit Ablauf des 11. Oktober 2024 und ggf. sogar erst bis zum 11. Oktober 2026 zu rechnen.⁷³ Der Entwurf einer hierauf aufbauenden Regulierungsverfügung wäre nach § 14 Abs. 1 TKG sogar erst bis zu einem Zeitpunkt von in der Regel sechs Monaten nach Abschluss des Verfahrens der Marktdefinition und -analyse zu erwarten. Je nach Fortgang des verwaltungsgerichtlichen Prozesses und eines etwaigen Vorabentscheidungsverfahrens käme eine solche Lösung daher u. U. zu spät und könnte insbesondere auch nicht die gegenwärtig bereits bestehende Rechtsunsicherheit beseitigen.

Alternativ könnte die Beschlusskammer die Entscheidung über die Auferlegung der Zugangsverpflichtung zu den baulichen Anlagen aber auch komplett neu treffen und damit ggf. die insoweit bestehenden Verpflichtungen noch vor einer etwaigen Aufhebung mit nunmehr den gerichtlichen Anforderungen genügender Begründung ausdrücklich beibehalten (§ 13 Abs. 1 TKG).⁷⁴ Für eine solche Ergänzung dürfte die bestehende Marktanalyse aus dem Jahr 2019 nach wie vor eine hinreichende Grundlage sein, legt man die vom VG Köln insoweit herausgearbeiteten Kriterien an (siehe dazu oben, unter II. 1.). Die Bundesnetzagentur könnte die Beibehaltungsentscheidung mit Wirkung ex nunc vornehmen. Damit bestünden die rechtlichen Unklarheiten in Bezug auf die bisherige Verpflichtungslage zwar fort. Für die Zukunft würden die Zugangsnachfrager jedoch über die nötige Rechtssicherheit verfügen. Da die Verpflichtung ohnehin erst seit dem 1. Januar 2024 gilt, könnte das

bereits ausreichend sein. Nicht von vornherein ausgeschlossen scheint aber auch, dass die Bundesnetzagentur die Beibehaltungsentscheidung rückwirkend auf den Zeitpunkt des Erlasses der Regulierungsverfügung vornehmen könnte. Ob und unter welchen Voraussetzungen Zugangsverpflichtungen – wie es für die Auferlegung einer Entgeltgenehmigungspflicht anerkannt ist⁷⁵ – rückwirkend auferlegt werden können, ist allerdings bislang noch nicht geklärt.⁷⁶ In jedem Fall müsste eine ausdrückliche Beibehaltungsentscheidung zumindest grundsätzlich im Rahmen eines neuen Konsultations- und Konsolidierungsverfahrens ergehen, wäre sie also keine ganz kurzfristige „Reparaturmaßnahme“.

Das lenkt den Blick auf eine weitere Handlungsoption, die der Bundesnetzagentur möglicherweise zur Verfügung steht. Sollte tatsächlich eine gesonderte Prüfung der Kriterien aus § 26 Abs. 1 TKG erforderlich sein (und das VG Köln auch im Hauptsacheverfahren bei seiner strengen Lesart bleiben, dass eine solche Prüfung hier nicht – jedenfalls nicht in hinreichender Weise – erfolgt ist), spricht nämlich viel dafür, hierin (lediglich) ein Defizit der vorhandenen Beurteilungs- oder Ermessenserwägungen zu sehen.⁷⁷ Für einen solchen Fall sieht § 114 S. 2 VwGO – ggf. analog⁷⁸ – die Möglichkeit einer Ergänzung noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren vor.⁷⁹ Zwar ist die gerichtliche Kontrolle solcher Entscheidungen der Bundesnetzagentur, für welche diese über eine Einschätzungsprärogative (insbesondere in Form eines Regulierungsermessens) verfügt, grundsätzlich auf diejenigen Erwägungen zu beschränken, welche die Behörde zur Begründung ihrer Entscheidung dargelegt hat.⁸⁰ Eine defizitäre Abwägung kann daher nicht als durch anderweitige Unterlagen – etwa Einlassungen der Bundesnetzagentur im gerichtlichen Verfahren⁸¹ – geheilt oder ersetzt angesehen werden.⁸² Denkbar ist jedoch, dass die zuständige Beschlusskammer⁸³ die Prüfung der Kriterien aus § 26 Abs. 1 TKG, die nach Auffassung des Gerichts in der Regulierungsverfügung nicht in hinreichender Weise erfolgt ist, im Rahmen ausdrücklicher – ergebnisoffener – Erwägungen nachholt, mit denen die bestehende Regulierungsverfügung ergänzt

69 Das Verfahren wird bei der Bundesnetzagentur unter dem Az. BK3b-23/006 geführt; siehe dazu *Herrmann*, N&R 2024, 148, 152 (in diesem Heft).

70 Das Verfahren wird bei der Bundesnetzagentur unter dem Az. BK3c-23/079 geführt; siehe dazu *Herrmann*, N&R 2024, 148, 152 ff. (in diesem Heft).

71 Vorsichtiger („gewisse Unsicherheit“) *Herrmann*, N&R 2024, 148, 159 (in diesem Heft).

72 Siehe etwa Bundesnetzagentur, Konsultationsentwurf v. 6.3.2024 – Az. BK3h-21/010, S. 22 und 30.

73 *Meyer*, N&R 2022, 283, 294.

74 Zur Möglichkeit einer entsprechenden Nachholung im Falle einer „Neubescheidung“ – also nach einer etwaigen Aufhebung – entsprechend auch *Herrmann*, N&R 2024, 148, 159 (in diesem Heft).

75 BVerwG, N&R 2012, 102, 103 Rn. 13 (Urt. v. 14.12.2011 – Az. 6 C 36.10).

76 Siehe hierzu (die Möglichkeit grundsätzlich bejahend) *Neumann* (Fn. 11), § 26 TKG Rn. 186.

77 Siehe auch *Herrmann*, N&R 2024, 148, 159 (in diesem Heft) („Begründungsmängel“).

78 Zur entsprechenden Anwendung von § 114 S. 2 VwGO bei Entscheidungen, für welche die Behörde über einen gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar Beurteilungsspielraum verfügt, siehe etwa BVerwG, Buchholz 442.066 § 61 TKG Nr. 3 Rn. 20 (Beschl. v. 9.6.2015 – Az. 6 B 60.14); Buchholz 401.61 Zweitwohnungssteuer Nr. 30 Rn. 10 (Beschl. v. 15.5.2014 – Az. 9 B 57.13); *Bader*, NVwZ 1999, 120, 122; *Redeker*, NVwZ 1997, 625, 627.

79 BVerwG, NJW 1999, 2912 (Beschl. v. 14.1.1999 – Az. 6 B 133.98); VG Köln, Urt. v. 25.4.2007 – Az. 21 K 3675/05, Rn. 109 f. (NRWE).

80 BVerwG, N&R 2019, 113, 116 Rn. 45 (Urt. v. 21.9.2018 – Az. 6 C 8.17); 2015, 173, 177 Rn. 43 (Beschl. v. 10.12.2014 – Az. 6 C 16.13).

81 Vgl. BVerwG, N&R 2008, 87, 90 f. Rn. 32 (Urt. v. 28.11.2007 – Az. 6 C 42.06).

82 BVerwG, N&R 2012, 30, 33 Rn. 40 (Urt. v. 23.11.2011 – Az. 6 C 11.10).

83 Siehe zu dieser fortgesetzten Entscheidungszuständigkeit allgemein OVG Münster, Urt. v. 10.7.2003 – Az. 16 A 2822/01, Rn. 65 ff. (NRWE); *Redeker*, NVwZ 1997, 625, 628.

wird. Hierzu bedürfte es wohl auch keiner erneuten Durchführung eines Konsultations- und Konsolidierungsverfahrens, da gerade keine neue Entscheidung getroffen, sondern lediglich die Begründung der bestehenden Entscheidung auf Grundlage des bereits ermittelten Sachverhalts ergänzt würde.⁸⁴ Eine solche Vorgehensweise hat das VG Köln im Bereich der Frequenzregulierung bereits akzeptiert.⁸⁵ Die weiteren Voraussetzungen, dass nur solche Gründe nachgeschoben werden dürfen, die schon bei Erlass des Verwaltungsakts vorlagen, diesen nicht in seinem Wesen verändern dürfen und der Betroffene nicht in seiner Rechtsverteidigung beeinträchtigt werden darf,⁸⁶ dürften vorliegend jedenfalls erfüllt sein.

84 Vgl. allgemein zur Entbehrlichkeit einer erneuten Anhörung VG Köln, Urt. v. 17.9.2014 – Az. 21 K 4414/11, Rn. 139 (NRWE); Bader, NVwZ 1999, 120, 124.

85 VG Köln, Urt. v. 17.9.2014 – Az. 21 K 4414/11, Rn. 121 ff. (NRWE). Das BVerwG hatte gegen die Entscheidung keine prozessrechtlichen Bedenken, sich aber nicht zu der materiell-rechtlichen Zulässigkeit der Ergänzung geäußert, siehe BVerwG, Buchholz 442.066 § 61 TKG Nr. 3 Rn. 15 ff. (Beschl. v. 9.6.2015 – Az. 6 B 60.14).

86 BVerwG, Buchholz 442.066 § 61 TKG Nr. 3 Rn. 21 (Beschl. v. 9.6.2015 – Az. 6 B 60.14).

Vergabepflichtige Beauftragung zum Glasfaserausbau auf der Netzebene 4

OLG Rostock, Urt. v. 22.3.2024 – Az. 2 U 10/23*
(LG Rostock, Urt. v. 25.7.2023 – Az. 6 HK O 12/23)

Art. 3 GG, §§ 823, 1004 BGB, § 99 GWB, § 145 TKG,
§§ 8, 12 UWG, § 1 VgG M-V

1. Privatrechtlich organisierte städtische Wohnungsbaunternehmungen können öffentliche Auftraggeber i. S. d. Vergaberechts sein, so dass sie den Auftrag zum Glasfaserausbau auf Netzebene 4 in ihren Liegenschaften in einem diskriminierungsfreien Auswahlverfahren vergeben müssen.

2. Im Falle einer willkürlichen De-facto-Vergabe muss dem betroffenen Mitbewerber die Chance eröffnet werden, zumindest den weiteren Vollzug des Vertrags zu verhindern und auf die anschließende Durchführung eines fairen Verfahrens hinzuwirken.

[Leitsätze der Schriftleitung]

Die Verfügungsklägerin ist als Telekommunikationsnetzbetreiberin und -dienstleisterin in einer Stadt in Mecklenburg-Vorpommern tätig. 96% der in der Stadt vorhandenen Wohneinheiten sind an das Telekommunikationsnetz der Verfügungsklägerin angeschlossen und können über diese Anschlüsse Fernseh-, Internet- und Telefondienste beziehen. In diesem Zusammenhang betreibt die Verfügungsklägerin sukzessive den Ausbau einer Glasfasernetzinfrastruktur. Die Verfügungsbeklagte ist ein privatrechtlich organisiertes Unternehmen der öffentlichen Hand, dessen alleinige Gesellschafterin die Stadt ist. Sie verfügt über insgesamt 2368 Wohnungen in der Stadt und versorgt damit ca. ein Drittel der Bevölkerung mit Wohnraum. Zu den an das Netz der Verfügungsklägerin angeschlossenen Wohneinheiten zählen u. a. die Wohnungen in den Gebäuden der Verfügungsbeklagten. Nachdem die Verfügungsklägerin mehrfach gegenüber der Verfügungsbeklagten bekundet hatte, an einem Glasfaserausbau der Netzebene 4 in den Gebäuden der Verfügungsbeklagten interessiert zu sein, informierte die Verfügungsbeklagte ihre Mieter mit undatiertem Aushang darüber, dass sie sich mit einem anderen Unternehmen auf den Ausbau der jeweiligen Häuser mit Glasfaser verständigt habe, und kündigte entsprechende Vorbereitungsarbeiten an. Grundlage hierfür waren Vereinbarungen, die von der Verfügungsbeklagten mit diesem anderen Unternehmen im März 2022 getroffen worden waren. Nach Abmahnung und erfolgloser Aufforderung zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung hat die Verfügungsklägerin den Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragt, mit welcher der Verfügungsbeklagten untersagt werden soll, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des

Wettbewerbs (1.) Mitbewerber ohne vorherige Durchführung eines öffentlichen Auswahlverfahrens mit der Errichtung und dem Betrieb einer Glasfasernetzinfrastruktur in der Netzebene 4 zur Versorgung der im Eigentum der Verfügungsbeklagten stehenden und/oder von der Verfügungsbeklagten verwalteten Gebäude mit Telekommunikationsdiensten zu beauftragen und/oder beauftragen zu lassen und (2.) Mitbewerbern aufgrund einer solchen Beauftragung die Errichtung und den Betrieb einer Glasfasernetzinfrastruktur in der Netzebene 4 zu gestatten und/oder gestatten zu lassen. Das LG Rostock hat mit Beschluss vom 22. Februar 2023 die begehrte einstweilige Verfügung erlassen. Auf dagegen gerichteten Widerspruch der Verfügungsbeklagten hat das LG Rostock mit Urteil vom 25. Juli 2023 die einstweilige Verfügung aufgehoben und den Verfügungsantrag abgewiesen. Mit ihrer Berufung verfolgt die Verfügungsklägerin ihr erstinstanzliches Begehren weiter.

Aus den Gründen

[...]

II.

Auf die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung war die angefochtene Entscheidung im tenorierten Umfang abzuändern; im Übrigen blieb das weitergehende Rechtsmittel ohne Erfolg.

Die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Verfügung nach §§ 935, 940 ZPO liegen vor.

1.

Der Antrag ist zulässig. Insbesondere besteht ein Rechtsschutzbedürfnis der Verfügungsklägerin. Ein einfacherer und gleich effektiver Weg steht nicht zur Verfügung. Soweit die Verfügungsbeklagte im Termin vor dem Senat erklärt hat, mit der Verfügungsklägerin eine vergleichbare Vereinbarung schließen zu wollen, wie sie diese mit [dem anderen Unternehmen] geschlossen hat, ist dies nicht gleich effektiv, um ihre Rechte zu wahren. Die Klagepartei hat deutlich gemacht, dass ihr Ziel in der Sicherung ihrer Wettbewerbschancen besteht. Wenn sich die Verfügungsbeklagte dazu entscheidet, ihre Wohnungen insgesamt mit Glasfaser auszustatten und einen eigenen Auftrag über die Herstellung der Netzebene 4 zu vergeben, ist es verständlich, dass die Klagepartei ein Interesse hat, diesen einen Auftrag im Zuge eines fairen Verfahrens zu erhalten. Wie sie zutreffend herausgestellt hat, ist es nicht gleichwertig, wenn ihr lediglich ein paralleler Ausbau der Glasfaser gestattet wird. Zutreffend weist sie daraufhin, dass kein Mieter in seiner Wohnung parallel zwei Anschlüsse nutzen würde und er sich im Zweifel für die Nutzung des zu erst gelegten Anschlusses entscheidet. Die Doppelstrukturen wären zudem für beide Wettbewerber unwirtschaftlich. Zudem ist auch nicht gesichert, dass überall hinreichende Kapazität für Doppelstrukturen bestehen.

Auch die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor.

2.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist im tenorierten Umfang begründet. Verfügungsanspruch (zu a.) und ein Verfügungsgrund (zu b.) liegen vor.

a.

Der Verfügungsanspruch der Klagepartei gerichtet auf Unterlassung der Beauftragung und des Vollzugs einer rechtswidrig erfolgten Beauftragung folgt aus §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1 UWG i. V. m. §§ 1 ff. VgG M-V sowie aus §§ 1004 Abs. 1, 2 (analog), 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG.

(1)

Unter umfassender Würdigung des wechselseitigen Vorbringens spricht die überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Verfügungsklagepartei gegenüber der Verfügungsbeklagten ein Anspruch auf künftige Unterlassung zusteht, soweit die

* Das Urteil wurde eingereicht von Herrn Rechtsanwalt *Andreas Bremer*.