



Veröffentlichte ID	: C-327/24
Nummer des Schriftstücks	: 1
Registernummer	: 1290916
Datum der Einreichung	: 03/05/2024
Datum der Eintragung in das Register	: 03/05/2024
Art des Schriftstücks	: Vorabentscheidungsersuchen

Referenz der Einreichung über e-Curia	: Schriftstück : DC205185
Nummer der Datei	: 3
Einreicher	: Ludwig Falko (J362692)

Beglaubigte Abschrift



Verwaltungsgericht Köln

Beschluss

21 K 4744/22

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

der Telekom Deutschland GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, Landgrabenweg 151, 53227 Bonn,

Klägerin,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Noerr Partnerschaftsgesellschaft mbB Rechtsanwälte Steuerberater
Wirtschaftsprüfer, Charlottenstraße 57, 10117 Berlin,
Gz.: B-1816-2021,

gegen

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, vertreten durch den Präsidenten, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,
Gz.: JPo465/22,

Beklagte,

wegen Telekommunikationsrechts

hat die 21. Kammer des Verwaltungsgerichts Köln
am 2. Mai 2024

durch

den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht
den Richter am Verwaltungsgericht
den Richter

Dr. Ost,
Herzig,
Schwark

beschlossen:

Das Verfahren wird ausgesetzt.

Dem Gerichtshof der Europäischen Union wird im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV folgende Frage vorgelegt:

Sind die Art. 72 und 73 der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rats vom 11. Dezember 2018 dahin auszulegen, dass die nationalen Regulierungsbehörden bei der Prüfung des „Ob“ der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung zu baulichen Anlagen, die nach der Marktanalyse nicht Teil des relevanten Marktes sind,

allein zu prüfen haben, ob ohne die Auferlegung dieser Verpflichtung eine Behinderung der Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes oder Zuwiderlaufen den Interessen der Endnutzer einträte,

oder

ob bei der Prüfung der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung zu solchen Anlagen über die genannten Voraussetzungen hinaus *gleichrangig* in einem „Zielbündel“ auch die weiteren Ziele des Art. 3 der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rats vom 11. Dezember 2018 und ggf. weitere Zielsetzungen eingestellt werden dürfen.

G r ü n d e

I.

Der Rechtsstreit betrifft im Kern die Frage der Rechtmäßigkeit der Auferlegung von Zugangsverpflichtungen gegenüber der Klägerin.

Die Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rats vom 11. Dezember 2018 (EKEK) regelt die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen in den Art. 72 und 73 nach der deutschen Sprachfassung - jedenfalls hinsichtlich Art. 73 existieren abweichende Sprachfassungen - wie folgt:

Artikel 72 Zugang zu baulichen Anlagen

(1) Die nationalen Regulierungsbehörden können gemäß Artikel 68 Unternehmen dazu verpflichten, angemessenen Anträgen auf Zugang zu baulichen Anlagen, wozu unter anderem auch Gebäude oder Gebäudezugänge, Verkabelungen in Gebäuden, Antennen, Türme und andere Trägerstrukturen, Pfähle, Masten, Leitungsrohre, Leerrohre, Kontrollkammern, Einstiegsschächte und Verteilerkästen gehören, und auf deren Nutzung stattzugeben, wenn die nationale Regulierungsbehörde unter Berücksichtigung der Marktanalyse zu dem Schluss gelangt, dass die Verweigerung des Zugangs oder unangemessene Bedingungen mit ähnlicher Wirkung die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes behindern oder den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würden.

(2) Die nationalen Regulierungsbehörden können Unternehmen dazu verpflichten, den Zugang gemäß dem vorliegenden Artikel zu gewähren, unabhängig davon, ob die unter die Verpflichtung fallenden Anlagen gemäß der Marktanalyse Teil des relevanten Marktes sind, sofern die Verpflichtung im Hinblick auf die Erreichung der Ziele des Artikels 3 notwendig und verhältnismäßig ist.

Artikel 73

Verpflichtungen in Bezug auf den Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und deren Nutzung

(1) Die nationalen Regulierungsbehörden können gemäß Artikel 68 Unternehmen dazu verpflichten, angemessenen Anträgen auf Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und auf deren Nutzung stattzugeben, unter anderem wenn die nationale Regulierungsbehörde der Auffassung ist, dass die Verweigerung des Zugangs oder unangemessene Bedingungen mit ähnlicher Wirkung die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes auf Endkundenebene behindern oder den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würden.

Die nationalen Regulierungsbehörden können Unternehmen unter anderem Folgendes auferlegen:

- a) die Verpflichtung, Dritten den Zugang zu bestimmten physischen Netzkomponenten und den zugehörigen Einrichtungen und deren Nutzung zu gewähren, gegebenenfalls einschließlich des entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss und zum Teilabschnitt;
- b) die Verpflichtung, Dritten Zugang zu bestimmten aktiven oder virtuellen Netzkomponenten und -diensten zu gewähren;
- c) die Verpflichtung, mit Unternehmen, die einen Antrag auf Zugang stellen, nach Treu und Glauben zu verhandeln;
- d) die Verpflichtung, den bereits gewährten Zugang zu Einrichtungen nicht nachträglich zu verweigern;
- e) die Verpflichtung, bestimmte Dienste für den Weitervertrieb durch Dritte zu Vorleistungsmarktbedingungen anzubieten;
- f) die Verpflichtung, offenen Zugang zu technischen Schnittstellen, Protokollen oder anderen Schlüsseltechnologien zu gewähren, die für die Interoperabilität von Diensten oder Diensten für virtuelle Netze unverzichtbar sind;
- g) die Verpflichtung, Kollokation oder andere Formen der gemeinsamen Nutzung zugehöriger Einrichtungen zu ermöglichen;
- h) die Verpflichtung, bestimmte für die Interoperabilität durchgehender Nutzerdienste oder für Roaming in Mobilfunknetzen notwendige Voraussetzungen zu schaffen,
- i) die Verpflichtung, Zugang zu Systemen für die Betriebsunterstützung oder ähnlichen Softwaresystemen zu gewähren, die zur Gewährleistung eines fairen Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Diensten notwendig sind;
- j) die Verpflichtung zur Zusammenschaltung von Netzen oder Netzeinrichtungen;
- k) die Verpflichtung, Zugang zu zugehörigen Diensten wie einem Identitäts-, Standort- und Präsenzdienst zu gewähren.

Die nationalen Regulierungsbehörden können diese Verpflichtungen mit Bedingungen in Bezug auf Fairness, Billigkeit und Rechtzeitigkeit verknüpfen.

(2) Wenn die nationalen Regulierungsbehörden prüfen, ob die Auferlegung der nach Absatz 1 dieses Artikels in Frage kommenden besonderen Verpflichtungen angemessen ist — insbesondere wenn sie nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Frage prüfen, ob und wie derartige Verpflichtungen aufzuerlegen sind —, untersuchen sie, ob andere Formen des Zugangs zu bestimmten Vorleistungen entweder auf demselben oder einem damit verbundenen Vorleistungsmarkt ausreichen würden, um das festgestellte Problem im Hinblick auf das Interesse der Endnutzer zu beheben. In dieser Untersuchung werden auch kommerzielle Zugangsangebote, ein regulierter Zugang gemäß Artikel 61 oder ein bestehender oder geplanter regulierter Zugang zu anderen Vorleistungen gemäß dem vorliegenden Artikel einbezogen. Die nationalen Regulierungsbehörden tragen insbesondere den folgenden Faktoren Rechnung:

- a) der technischen und wirtschaftlichen Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen angesichts des Tempos der Marktentwicklung, wobei die Art und der Typ der Zusammenschaltung oder des Zugangs berücksichtigt werden, einschließlich der Tragfähigkeit anderer vorgelagerter Zugangsprodukte, wie etwa des Zugangs zu Leitungsrohren;
- b) der zu erwartenden technischen Entwicklung in Bezug auf Netzgestaltung und Netzmanagement;
- c) dem Erfordernis, für Technologieneutralität zu sorgen, damit die Teilnehmer ihre eigenen Netzwerke konzipieren und verwalten können;
- d) der Möglichkeit der Gewährung des angebotenen Zugangs angesichts der verfügbaren Kapazität;
- e) der Anfangsinvestition des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung etwaiger getätigter öffentlicher Investitionen und der Investitionsrisiken, unter besonderer Berücksichtigung von Investitionen in Netze mit sehr hoher Kapazität und des damit verbundenen Risikoniveaus;
- f) dem Erfordernis der langfristigen Sicherung des Wettbewerbs mit besonderem Augenmerk auf einen wirtschaftlich effizienten infrastrukturbasierten Wettbewerb und innovativer — beispielsweise auf Ko-Investitionen in Netze gestützter — Geschäftsmodelle zur Förderung eines dauerhaften Wettbewerbs;
- g) gegebenenfalls gewerblichen Schutzrechten oder Rechten an geistigem Eigentum;
- h) der Bereitstellung europaweiter Dienste.

Erwägt eine nationale Regulierungsbehörde nach Maßgabe des Artikels 68 Verpflichtungen auf der Grundlage des Artikels 72 oder des vorliegenden Artikels aufzuerlegen, so prüft sie, ob die bloße Auferlegung von Verpflichtungen gemäß Artikel 72 ein verhältnismäßiges Mittel zur Förderung des Wettbewerbs und der Interessen der Endnutzer wäre.

(3) Wenn die nationalen Regulierungsbehörden im Einklang mit dem vorliegenden Artikel einem Unternehmen die Verpflichtung auferlegen, den Zugang bereitzustellen, können sie technische oder betriebliche Bedingungen festlegen, die vom Betreiber oder von den Nutzern dieses Zugangs erfüllt werden müssen, soweit dies erforderlich ist, um den normalen Betrieb des Netzes sicherzustellen. Verpflichtungen, bestimmte technische Normen oder Spezifikationen zugrunde zu legen, müssen mit den gemäß Artikel 39 festgelegten Normen und Spezifikationen übereinstimmen.

Der deutsche Gesetzgeber hat diese beiden Vorschriften in einer Vorschrift, der des § 26 des Telekommunikationsgesetzes vom 23. Juni 2021 in der Fassung vom 10. September 2021, zum hier maßgeblichen Zeitpunkt zuletzt geändert durch Gesetz vom 20. Juli 2022 (BGBl. I S. 1166) - TKG - wie folgt umgebrochen:

§ 26 Zugangsverpflichtungen

(1) Die Bundesnetzagentur kann ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht verpflichten, anderen Unternehmen Zugang zu gewähren, wenn anderenfalls die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endkundenmarktes behindert würde und die Interessen der Endnutzer beeinträchtigt würden.

(2) Bei der Prüfung, ob und welche Zugangsverpflichtungen nach Absatz 1 gerechtfertigt sind und ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen nach § 2 stehen, prüft die Bundesnetzagentur, ob

1. bereits oder absehbar auferlegte Verpflichtungen nach diesem Teil oder bereits abgeschlossene oder angebotene kommerzielle Zugangsvereinbarungen im betreffenden oder in einem verbundenen Vorleistungsmarkt und
2. die bloße Auferlegung von Verpflichtungen nach Absatz 3 Nummer 10

zur Sicherstellung der in § 2 genannten Ziele ausreichen. Dabei berücksichtigt die Bundesnetzagentur insbesondere:

1. die technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen angesichts des Tempos der Marktentwicklung, wobei die Art und der Typ der Zusammenschaltung und des Zugangs berücksichtigt werden, einschließlich der Tragfähigkeit anderer vorgelagerter Zugangsprodukte;
2. die Möglichkeit der Gewährung des vorgeschlagenen Zugangs angesichts der verfügbaren Kapazität;
3. die Anfangsinvestitionen des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung etwaiger getätigter öffentlicher Investitionen und der Investitionsrisiken, insbesondere solcher Risiken, die mit Investitionen in Netze mit sehr hoher Kapazität verbunden sind;
4. die Notwendigkeit zur langfristigen Sicherung des Wettbewerbs unter besonderer Berücksichtigung eines wirtschaftlich effizienten Infrastrukturwettbewerbs und innovativer Geschäftsmodelle;
5. gewerbliche Schutzrechte oder Rechte an geistigem Eigentum;
6. die Bereitstellung unionsweiter Dienste und
7. die zu erwartende technische Entwicklung von Netzgestaltung und Netzmanagement.

(3) Die Bundesnetzagentur kann Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, unter Beachtung von Absatz 1 unter anderem folgende Verpflichtungen auferlegen:

1. Zugang zu bestimmten physischen Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen einschließlich des physisch entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss zu gewähren;
2. bereits gewährten Zugang zu Einrichtungen nicht nachträglich zu verweigern;
3. Zugang zu bestimmten aktiven oder virtuellen Netzkomponenten und -diensten, einschließlich des virtuell entbündelten Breitbandzugangs, zu gewähren;
4. bestimmte notwendige Voraussetzungen für die Interoperabilität durchgehender Nutzerdienste oder für Roaming in Mobilfunknetzen zu schaffen;
5. Zugang zu Systemen für die Betriebsunterstützung oder ähnlichen Softwaresystemen, die zur Gewährleistung eines chancengleichen Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Diensten notwendig sind, unter Sicherstellung der Effizienz bestehender Einrichtungen zu gewähren;
6. Zugang zu zugehörigen Diensten wie einem Identitäts-, Standort- und Präsenzdienst zu gewähren;
7. Zusammenschaltung von öffentlichen Telekommunikationsnetzen zu ermöglichen;
8. offenen Zugang zu technischen Schnittstellen, Protokollen oder anderen Schlüsseltechnologien, die für die Interoperabilität von Diensten oder für Dienste für virtuelle Telekommunikationsnetze unentbehrlich sind, zu gewähren;
9. Kollokation oder andere Formen der gemeinsamen Nutzung von zugehörigen Einrichtungen zu ermöglichen sowie den Nachfragern oder deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren und
10. Zugang zu baulichen Anlagen, wozu unter anderem Gebäude oder Gebäudezugänge, Verkabelungen in Gebäuden, Antennen, Türme und andere Trägerstrukturen, Pfähle, Masten, Leitungsrohre, Leerrohre, Kontrollkammern, Einstiegsschächte und Verteilerkästen gehören, zu gewähren, auch dann, wenn diese nicht Teil des sachlich relevanten Marktes nach § 10 sind, sofern die Zugangsverpflichtung im Hinblick auf das in der Marktanalyse nach § 11 festgestellte Problem erforderlich und angemessen ist.

(4) Weist ein Unternehmen nach, dass durch die Inanspruchnahme der Leistung die Aufrechterhaltung der Netzintegrität oder die Sicherheit des Netzbetriebs gefährdet würde, erlegt die Bundesnetzagentur die betreffende Zugangsverpflichtung nicht oder in anderer Form auf. Die Aufrechterhaltung der Netzintegrität und die Sicherheit des Netzbetriebs sind nach objektiven Maßstäben zu beurteilen.

(5) Wenn die Bundesnetzagentur einem Unternehmen eine Zugangsverpflichtung auferlegt, kann sie technische oder betriebliche Bedingungen festlegen, die vom Betreiber oder von den Nutzern dieses Zugangs erfüllt werden müssen, soweit dies erforderlich ist, um den normalen Betrieb des Telekommunikationsnetzes sicherzustellen. Verpflichtungen, bestimmte technische Normen oder Spezifikationen zugrunde zu legen, müssen mit den nach Artikel 39 der Richtlinie (EU) 2018/1972 festgelegten Normen und Spezifikationen übereinstimmen.

(6) Im Rahmen der Erfüllung der Zugangsverpflichtungen sind Nutzungsmöglichkeiten von Zugangsleistungen sowie Kooperationsmöglichkeiten zwischen den zum Zugang berechtigten Unternehmen zuzulassen, es sei denn, ein Unternehmen weist im Einzelfall nach, dass eine Nutzungsmöglichkeit oder eine Kooperation aus technischen Gründen nicht oder nur eingeschränkt möglich ist.

II.

Die Klägerin ist ein Unternehmen, das Telekommunikationsdienstleistungen anbietet und in diesem Zusammenhang im Rahmen der Marktfestlegung vom 10. Oktober 2019 als marktmächtiges Unternehmen auf dem einheitlichen sachlichen Markt betreffend den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL) an festen Standorten benannt worden ist. Ein Markt betreffend den Zugang zu baulichen Anlagen war jedoch *nicht* Gegenstand der Marktfestlegung.

In der Folge wurde der Klägerin mit Beschluss vom 21. Juli 2022 durch die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Bundesnetzagentur) der Beklagten unter anderem Folgendes auferlegt:

„1.1.: Anderen Unternehmen Zugang zu zum Zeitpunkt der Nachfrage bestehenden Kabelkanalanlagen sowie Masten und Trägersystemen oberirdischer Linien zum Zweck des Aufbaus und Betriebs von Netzen mit sehr hoher Kapazität an festen Standorten oder zum Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung am KVz bzw. MSAN (Ziffer 1.2 oder 1.3) im Rahmen der vorhandenen Kapazitäten zu gewähren, wobei die (Klägerin) eine angemessene Betriebsreserve vorhalten und ihren Eigenbedarf vorrangig befriedigen darf. Soweit der Zugang nicht dem Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung dient, beginnen die Leistungspflicht sowie die sich daran anknüpfenden weiteren Pflichten aus Ziffer 2., 4. und 5. am 01.01.2024.

1.2. Anderen Unternehmen physisch entbündelten Zugang zur Kupfer-Teilnehmeranschlussleitung am Hauptverteiler oder an einem näher an der Teilnehmeranschlusseinheit als dem Hauptverteiler gelegenen Punkt (insbesondere Kabel- bzw. Endverzweiger - APL) zu gewähren, soweit sie den Zugang nicht nach den Bestimmungen der Anlage 1 – Zugangsverweigerung zum Teilnehmeranschluss außerhalb des Hauptverteiler-Nahbereichs – und der Anlage 2 – Zugangsverweigerung zum Teilnehmeranschluss innerhalb des Hauptverteiler-Nahbereichs – zu dieser Ziffer verweigern darf oder muss, ...“

Zur Begründung führt die Bundesnetzagentur unter anderem Folgendes aus:

„Zugangspflichten“

Die Beschlusskammer hat in pflichtgemäßer Ausübung ihres Auswahlermessens die der (Klägerin) auf dem verfahrensgegenständlichen Markt mit der Regulierungsverfügung BK3g-09/085 vom 21.03.2011 (in der Fassung der Regulierungsverfügung BK3g-15/004 vom 01.09.2016) auferlegten Zugangspflichten wie folgt beibehalten bzw. geändert:

1. Prüfprogramm des § 26 TKG

Die Auferlegung von Zugangspflichten folgt aus § 26 TKG.

Nach § 26 Abs. 1 S. 1 TKG kann die Bundesnetzagentur marktmächtige Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze verpflichten, anderen Unternehmen Zugang einschließlich einer nachfragegerechten Entbündelung zu gewähren, insbesondere wenn anderenfalls die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten nachgelagerten Endnutzermarktes behindert oder diese Entwicklung den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würde. Bei der Prüfung, ob und welche Zugangspflichten gerechtfertigt sind und ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen nach § 2 TKG stehen, hat die Bundesnetzagentur insbesondere die in § 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 bis 7 TKG aufgeführten Kriterien zu berücksichtigen. Aus der zitierten Norm und deren Verweis auf die Regulierungsziele (und -grundsätze) nach § 2 TKG ergibt sich, dass die auferlegten Maßnahmen ein umfangreiches Zielbündel zu erfüllen und gleichzeitig gewisse Randbedingungen einzuhalten haben (vgl. zum § 21 TKG2004 BVerwG, Urteil vom 21. September 2018 – 6 C 50/16 –, Rn. 48, BVerwG, Urteil vom 21. September 2018 – 6 C 8/17 –, BVerwGE 163, 181-232, Rn. 51). Das im vorliegenden Zusammenhang relevante Zielbündel besteht aus vier Grundzielen, die teilweise verschiedene weitere Nuancierungen aufweisen.

Das erste Grundziel ist die Sicherstellung der Konnektivität sowie die Förderung des Zugangs zu und der Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität durch alle Bürger und Unternehmen (§ 26 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG). Das zweite Grundziel ist die Wettbewerbsförderung. Von Interesse ist dabei insbesondere der Wettbewerb auf dem Endnutzermarkt (§ 26 Abs. 1 TKG). Gefördert werden sollen nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte der Telekommunikation und die damit verbundenen Infrastrukturinvestitionen und Innovationen (§ 26 Abs. 1; § 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 4; § 26 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 lit. e und Abs. 3 Nr. 4 TKG). Der Wettbewerb soll zudem chancengleich sein (§ 26 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 3 Nr. 2 TKG). Bei der Wettbewerbsförderung sind sowohl die Belange in der Fläche (§ 26 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 2 a.E. TKG) als auch die vielfältigen Bedingungen im Zusammenhang mit dem Wettbewerb gebührend zu berücksichtigen, die in den

verschiedenen geografischen Gebieten innerhalb der Bundesrepublik Deutschland herrschen (§ 26 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 3 Nr. 5 Alt. 2 TKG). Nach dem dritten Grundziel sind die Nutzer, insbesondere die Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation zu wahren (§ 26 Abs. 1 a.E.; § 26 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG). Anzustreben ist ein größtmöglicher Nutzen für die Nutzer in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität (§ 26 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 3 lit. b TKG). Die Nutzer- und Verbraucherinteressen sind insbesondere dadurch zu fördern, dass wiederum die Konnektivität, die breite Verfügbarkeit sowie der beschleunigte Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität sichergestellt und deren Nutzung gefördert wird (§ 26 Abs. 2 S.1 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr.1 und Nr. 3a TKG). Es sind außerdem gleichwertige Lebensverhältnisse in städtischen und ländlichen Räumen sicherzustellen (§ 26 Abs. 2 S 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 3b TKG). Die vielfältigen Bedingungen im Zusammenhang mit Verbrauchern, die in den verschiedenen geografischen Gebieten innerhalb der Bundesrepublik Deutschland herrschen, sind auch hier gebührend zu berücksichtigen (§ 26 Abs. 2 S 1 i.V.m. § 2 Abs. 3 Nr. 5 Alt. 3 TKG). Viertens ist die Entwicklung des Binnenmarktes der Europäischen Union zu fördern (§ 26 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 4 TKG). Hierzu gehört auch die Bereitstellung europaweiter Dienste (§ 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 6 TKG).

Bei der Erfüllung des genannten Zielbündels sind verschiedene Randbedingungen einzuhalten. Allgemein regelt § 2 Abs. 3 TKG, dass die Bundesnetzagentur bei der Verfolgung der in Abs. 2 festgelegten Ziele objektive, transparente, nichtdiskriminierende und verhältnismäßige Regulierungsgrundsätze anwendet. Diese Grundsätze werden in § 2 Abs. 3 sowie in § 26 Abs. 2 S. 2 TKG weiter präzisiert. Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung sind insbesondere die technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen angesichts des Tempos der Marktentwicklung (§ 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 TKG) sowie die Frage zu würdigen, ob bereits auferlegte Verpflichtungen nach dem 2. Teil des TKG oder bereits abgeschlossene oder angebotene kommerzielle Zugangsvereinbarungen im betreffenden oder einem verbundenen Vorleistungsmarkt (§ 26 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 TKG) und die bloße Auferlegung von Zugangsverpflichtungen betreffend KKA und MToiL (§ 26 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG) zur Sicherstellung der in § 2 TKG genannten Regulierungsziele ausreichen (§ 26 Abs. 2 S. 1 TKG).

Bei der Prüfung der Angemessenheit sind die Grundrechte auf Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und auf Schutz des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 GG) der Betroffenen im Blick zu behalten. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Möglichkeiten der Gewährung des Zugangs angesichts der verfügbaren Kapazität (§ 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 TKG) sowie in Bezug auf die Anfangsinvestitionen des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung etwaiger getätigter öffentlicher Investitionen und der Investitionsrisiken (§ 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 TKG) sowie allgemein mit Blick auf Investitionsrisiken des investierenden Unternehmens

und im Rahmen von Kooperationen von Investoren und deren Zugangsnachfragern (§ 26 Abs. 1 S. 1 a.E.; § 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 4; § 26 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 und Abs. 3 Nr. 4 TKG). Ferner können die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit von Relevanz sein. So soll etwa die Vorhersehbarkeit der Regulierung dadurch gefördert werden, dass die Bundesnetzagentur über angemessene Zeiträume ein einheitliches Regulierungskonzept beibehält (§ 26 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 3 Nr. 1 TKG). Auch die Einwirkungen auf weitere Rechtsgüter wie gewerbliche Schutzrechte, Rechte an geistigem Eigentum und die Bereitstellung europaweiter Dienste (§ 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 5 und 6 TKG) sowie das Interesse an der Aufrechterhaltung der Netzintegrität und der Sicherheit des Netzbetriebs (§ 26 Abs. 4 und 5 TKG) können im Einzelfall von Belang sein.“

Anhand dieses Maßstabs prüfte die Bundesnetzagentur im Folgenden die Auferlegung der oben genannten Zugangsverpflichtungen, darunter auch die Zugangsverpflichtung zu den baulichen Anlagen.

Gegen diesen Beschluss der Bundesnetzagentur vom 21. Juli 2022 hat die Klägerin am 19. August 2022 vor dem vorlegenden Gericht Klage erhoben und u. a. Folgendes beantragt:

„1. den Beschluss der Beklagten vom 21. Juli 2022 (BK3i-19/020) teilweise aufzuheben, insoweit der Klägerin die folgenden Verpflichtungen auferlegt werden:

a) Verpflichtung nach Ziff. 1.1 des Tenors, anderen Unternehmen Zugang zu Kabelkanalanlagen sowie Masten und Trägersystemen oberirdischer Leitungen zum Zweck des Ausbaus und Betriebs von Netzen mit sehr hoher Kapazität an festen Standorten zu gewähren;

hilfsweise zu a),

b) Verpflichtung nach Ziff. 1.1 des Tenors, anderen Unternehmen Zugang auch zu solchen Kabelkanalanlagen sowie Masten und Trägersystemen oberirdischer Leitungen zum Zweck des Ausbaus und Betriebs von Netzen mit sehr hoher Kapazität an festen Standorten zu gewähren, die die Klägerin zum Aufbau ihres FTTB/H-Netzes neu errichtet hat,

weiter hilfsweise zu a) und b),

c) Verpflichtung nach Ziff. 1.1 des Tenors, anderen Unternehmen Zugang auch zu solchen Kabelkanalanlagen sowie Masten und Trägersystemen oberirdischer Leitungen zum Zweck des Ausbaus und Betriebs von Netzen mit sehr hoher Kapazität an festen Standorten zu gewähren, die vor weniger als sieben Jahren fertig gestellt worden sind;

d) Verpflichtung nach Ziff. 4 des Tenors, ein Standardangebot für Zugangsleistungen für Kabelkanalanlagen sowie Masten und Trägersystemen oberirdischer Leitungen zum Zweck des Ausbaus und Betriebs von Netzen mit sehr hoher Kapazität an festen Standorten zu veröffentlichen;

e) Verpflichtung nach Ziff. 5.1 des Tenors, die Entgelte für die Gewährung des Zugangs zu Kabelkanalanlagen sowie Masten und Trägersystemen oberirdischer Leitungen zum Zweck des Ausbaus und Betriebs von Netzen mit sehr hoher Kapazität an festen Standorten nach Maßgabe der §§ 39 TKG genehmigen zu lassen;

f) Verpflichtung nach Ziff. 4 des Tenors, ein Standardangebot für Zugangsleistungen für den virtuell entbündelten Zugang in Form eines Layer-2-Zugangsprodukts am Switch/BNG bei massenmarktfähigen FTTB/H-Infrastrukturen zu veröffentlichen;

2. hilfsweise zu den Anträgen zu 1., den Beschluss der Beklagten vom 21.07.2022 (BK3i-19/020) insgesamt aufzuheben, falls das Gericht den Beschluss insoweit für nicht teilbar hält.“

Mit Bezug auf die vorlagerelevante Frage wurde ausgeführt, dass die Bundesnetzagentur der Auferlegung von Zugangsverpflichtungen nach § 26 Abs. 1 TKG ein fehlerhaftes Normverständnis zugrunde lege. Die Begründung der Regulierungsverfügung stelle bei der Darstellung des Prüfprogramms den überholten Wortlaut des § 21 Abs. 1 Satz 1 TKG 2004 dar, tatsächlich hätten sich jedoch im nunmehr geltenden § 26 Abs. 1 TKG Abweichungen ergeben. Namentlich sei das Wort „insbesondere“ aus dem Wortlaut gestrichen und die Voraussetzungen der „Behinderung des Wettbewerbs auf dem Endkundenmarkt“ sowie die „Beeinträchtigung der Endnutzerinteressen“ statt eines „Oders“ nunmehr durch ein „Und“ verknüpft. Beides habe die Bundesnetzagentur in der Folge verkannt und ihrer Entscheidung ein falsches Prüfprogramm zugrunde gelegt. Diese Änderungen seien nicht nur redaktioneller Natur, sondern ausweislich der Gesetzesbegründung bewusste gesetzgeberische Entscheidungen gewesen. Eine richtlinienkonforme Auslegung komme nicht in Betracht. Dies scheitere sowohl am explizit in den Gesetzesmaterialien niedergelegten Willen des deutschen Gesetzgebers. Zum anderen bestehe unter dem Strich keine Differenz zwischen Richtlinienrecht und nationalem Recht. In der Folge habe zunächst im Rahmen des § 26 Abs. 1 TKG festgestellt werden müssen, dass die dort genannten Voraussetzungen kumulativ vorliegen, bevor in die Prüfung des § 26 Abs. 2 TKG und die Ausübung des Auswahlermessens habe eingestiegen werden dürfen. Durch die abweichende Vorgehensweise der Bundesnetzagentur seien die vom Gesetzgeber ausdrücklich in den Vordergrund gerückten zugangsregulatorischen Primärziele in unzulässiger Weise relativiert und die vorgenommene Abwägung in eine Schiefelage

gebracht worden. Schließlich sehe die Regulierungsverfügung von einer kumulativen Prüfung der Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 TKG ab.

Die Beklagte hält dem mit Bezug auf die vorlagerelevanten Fragen entgegen, die Bundesnetzagentur habe der Regulierungsentscheidung kein fehlerhaftes Normverständnis zugrunde gelegt; insbesondere habe sie nicht die Voraussetzungen des vormaligen § 21 Abs. 1 Satz 1 TKG 2004 zugrunde gelegt. § 26 Abs. 1 TKG sei richtlinienkonform dahingehend auszulegen, dass mit dem Wort „und“ zwischen den Voraussetzungen keine kumulative Verbindung, sondern eine Aufzählung gemeint sei. Weiter sei nicht die vor die Klammer gezogene Darstellung des Prüfprogramms für die Rechtmäßigkeit der Abwägungsentscheidung relevant, sondern die tatsächliche Abwägungsentscheidung selbst: Beide Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 TKG seien in die Abwägungsentscheidung miteinbezogen worden. Der Wortlaut des § 26 Abs. 1 TKG lasse keinen Schluss darauf zu, dass die Bundesnetzagentur innerhalb der Prüfung der beiden Voraussetzungen begrenzt sei. Vielmehr könne sie mit Blick auf § 26 Abs. 2 TKG weitere Aspekte in die Abwägung einfließen lassen; die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur „Zielbündelprüfung“ zu § 21 Abs. 1 Satz 1 TKG 2004 sei auf § 26 TKG zu übertragen.

Gleichzeitig - mit der Klageerhebung - hat die Klägerin einen Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gestellt (VG Köln 21 L 2013/22). Diesen Antrag hat das Gericht mit Beschluss vom 1. März 2024 abgelehnt. Auf den Beschluss wird Bezug genommen.

III.

Die vorgelegte gemeinschaftsrechtliche Frage ist für den Ausgang des Rechtsstreits entscheidend. Der Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung ist hier anwendbar (1.). Die Ergebnisse des Rechtsstreits fallen je nach der Auslegung von Art. 72, 73 EKEK unterschiedlich aus (2).

1. Der Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung ist hier anwendbar. Zwar scheidet eine richtlinienkonforme Auslegung dann aus, wenn *eindeutige* nationalstaatliche Regelungen vorliegen. Das ist hier aber nicht der Fall. Im nationalen Recht gibt es sowohl Gesichtspunkte die dafürsprechen, dass § 26 TKG dahingehend auszulegen ist, dass die Beklagte „vorab“ eine Prüfung allein anhand der Tatbestandsmerkmale des § 26 Abs. 1 TKG hätte durchführen müssen (a), als auch Gesichtspunkte die dafürsprechen, dass die Beklagte - nach wie vor - im Rahmen eines „Zielbündels“ über die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen zu entscheiden hat (b).

a) *Dafür*, dass § 26 TKG dahingehend auszulegen ist, dass die Beklagte „vorab“ eine Prüfung allein anhand der Tatbestandsmerkmale des § 21 Abs. 1 TKG hätte durchführen müssen („...wenn anderenfalls die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbs-

orientierten Endkundenmarktes behindert würde und die Interessen der Endnutzer beeinträchtigt würden.“), scheint zunächst einmal der Wortlaut der Vorschrift zu sprechen. Denn in § 26 Abs. 1 TKG wurde - in Abkehr zu § 21 Abs. 1 Satz 1 des Telekommunikationsgesetzes vom 22. Juni 2004, aufgehoben durch Artikel 61 des Gesetzes vom 23.06.2021 (BGBl. I S. 1858) das Wort „insbesondere“ gestrichen. Für dieses Verständnis des § 26 Abs. 1 TKG lässt sich weiter anführen, dass der Gesetzgeber das Wort „insbesondere“ planvoll aus dem Wortlaut gestrichen hat, um die „Ausrichtung der Zugangsregulierung auf der Vorleistungsebene auf eine Beseitigung des Wettbewerbsproblems im Endkundenmarkt“ zu verdeutlichen (Vgl. BT-Drs. 19/26108, S. 263). Hieraus kann ggf. die gesetzgeberische Absicht entnommen werden, die Möglichkeit der Auferlegung von Zugangsverpflichtungen auf der Ebene des „ob“ in Abkehr vom bisherigen Vorgehen auf spezifische Regulierungsanlässe zu beschränken. Hierfür kann auch angeführt werden, dass der Gesetzgeber in systematischer Hinsicht den bisherigen § 21 Abs. 1 TKG 2004 in § 26 TKG auf zwei Absätze verteilt hat. Für die damit suggerierte Eigenständigkeit von § 26 Abs. 1 TKG spricht auch Folgendes: In systematischer Hinsicht bedürfte es nicht des § 26 Abs. 1 TKG, der einzelne Regulierungsanlässe abschließend hervorhebt, wenn über § 26 Abs. 2 TKG letztlich doch eine breit aufgestellte, gemeinsame Prüfung zu erfolgen hätte bzw. erfolgen dürfte. Der eigenständige Anwendungsbereich von § 26 Abs. 1 TKG ist nur bei einer gestuften Prüfung erkennbar.

b) Allerdings sprechen *auch* starke Gesichtspunkte *dafür*, dass die Beklagte im Rahmen eines „Zielbündels“ über die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen zu entscheiden hatte. Zwar war nach der Entstehungsgeschichte die Streichung des Wortes „insbesondere“ damit begründet worden, „die Ausrichtung der Zugangsregulierung auf der Vorleistungsebene auf eine Beseitigung des Wettbewerbsproblems im Endkundenmarkt“ zu verdeutlichen. *Gleichzeitig* wurde die Streichung des Wortes „insbesondere“ aber *auch* damit begründet, dass insoweit der entsprechenden Streichung in Art. 73 Abs. 1 Unterabsatz 1 EKEK Rechnung getragen werde. Diese Bezugnahme ist unverständlich. Denn Art. 73 Abs. 1 UAbs. 1 EKEK enthält zwar nicht das Wort „insbesondere“, öffnet die Aufzählung der Regulierungsanlässe aber auch in der geltenden Fassung durch die Worte „unter anderem wenn“. Diese Öffnung ist auch in anderen Sprachfassungen enthalten: niederländisch („onder andere wanneer“), französisch („notamment lorsqu’elles“), italienisch („in particolare qualora“). In der englischen Sprachfassung ist hingegen wohl keine Öffnung der Aufzählung angelegt („in situations when“). Ob die englische Sprachfassung in der deutschen Gesetzesbegründung zum TKG als „zutreffende Fassung“ in Bezug genommen wurde, kann nur gemutmaßt werden. Damit kann als Fazit der Entstehungsgeschichte des § 26 Abs. 1 TKG nur festgehalten werden, dass die Entstehungsgeschichte mehr Fragen aufwirft, als sie Antworten gibt. Vor allem aber: Für diese zweite Ansicht lässt sich anführen, dass die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Möglichkeit der Bildung eines „Zielbündels“ im Rahmen der Prüfung von § 21 Abs. 1 TKG 2004 nicht auf § 21 Abs. 1 Satz 1 TKG 2004 und das damals darin noch enthaltene Wort „insbesondere“ als Öffnungspunkt zurückgeführt, sondern unmittelbar aus § 21

Abs. 1 Satz 2 TKG 2004 entnommen wurde, der durch die Worte „bei der Prüfung“ einen Bezug zu Satz 1 herstellte (BVerwG, Urteile vom 21. September 2018 - 6 C 8.17 -, juris Rn. 43 und 6 C 50.16 Rn. 41 und 47). Dies zugrunde gelegt, lässt sich § 26 Abs. 2 TKG, der durch die gleichen Worte eingeleitet wird wie § 21 Abs. 1 Satz 2 TKG 2004, möglicherweise nach wie vor als die das (einheitliche und gemeinsame) Prüfungsprogramm vorgebende Vorschrift interpretieren. Hiergegen lässt sich allerdings wiederum anführen, dass § 26 Abs. 2 Satz 1 TKG nunmehr über den alten § 21 Abs. 1 Satz 1 TKG 2004 hinaus (nach dem Wortlaut) zuvorderst den sog. „Suffizienztest“ in § 26 Abs. 2 Satz 1 TKG enthält und sich die eröffnete Prüfung unter Bezugnahme auf die Ziele des § 2 TKG scheinbar allein auf diesen bezieht. Dann benennt jedoch § 26 Abs. 2 Satz 2 TKG weitere Abwägungsgesichtspunkte, deren Bezug zum „Suffizienztest“ einerseits nicht recht deutlich und deren eigenständige Bedeutung (ohne den hinzugelesenen Satz 1 Halbsatz 2) zum anderen nicht verständlich wird.

2. Vor dem Hintergrund der Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung hängt der Ausgang des Rechtsstreits von der Beantwortung der aufgeworfenen Fragen ab. Wenn die Art. 72 oder Art. 73 EKEK einer nationalgesetzlichen Regelung bzw. deren Auslegung entgegenstehen, derzufolge bei der von Amts wegen erfolgenden Prüfung des „Ob“ der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung zu baulichen Anlagen durch die Regulierungsbehörde über die in Art. 72 Abs. 1 genannten Voraussetzungen (Behinderung der Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes oder Zuwiderlaufen den Interessen der Endnutzer) hinaus auch die Ziele des Art. 3 EKEK und ggf. weitere Zielsetzungen in eine gebündelte Prüfung eingestellt werden können, hätte die Klage der Klägerin Erfolg (a). Wenn hingegen die Art. 72 oder Art. 73 EKEK einer nationalgesetzlichen Regelung bzw. deren Auslegung nicht entgegen stehen, derzufolge bei der von Amts wegen erfolgenden Prüfung des „Ob“ der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung zu baulichen Anlagen durch die Regulierungsbehörde über die in Art. 72 Abs. 1 EKEK genannten Voraussetzungen (Behinderung der Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes oder Zuwiderlaufen den Interessen der Endnutzer) hinaus auch die Ziele des Art. 3 EKEK und ggf. weitere Zielsetzungen in eine gebündelte Prüfung eingestellt werden können, hätte die Klage der Klägerin keinen Erfolg (b).

a) Wenn die Art. 72 Abs. 1 oder Art. 72 Abs. 2 EKEK jeweils in Verbindung mit Art. 68 Abs. 1 EKEK einer nationalgesetzlichen Regelung bzw. deren Auslegung entgegen stehen, derzufolge bei der von Amts wegen erfolgenden Prüfung des „Ob“ der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung zu baulichen Anlagen durch die Regulierungsbehörde über die in Art. 72 Abs. 1 genannten Voraussetzungen (Behinderung der Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes oder Zuwiderlaufen den Interessen der Endnutzer) hinaus auch die Ziele des Art. 3 EKEK und ggf. weitere Zielsetzungen in eine gebündelte Prüfung eingestellt werden können, hätte die Klage Erfolg. Denn dann müssten die § 26 Abs. 1 und 2 TKG dahingehend ausgelegt werden, dass die Beklagte „vorab“ eine Prüfung allein anhand der Tatbe-

standsmerkmale des § 21 Abs. 1 TKG hätte durchführen müssen („wenn anderenfalls die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endkundenmarktes behindert würde und die Interessen der Endnutzer beeinträchtigt würden.“). Das hätte zur Folge, dass die angegriffene Entscheidung voraussichtlich rechtswidrig wäre; das gilt ungeachtet der Frage, ob sich die Prüfung des „ob“ der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung zunächst nur „global“ im Sinne von „irgendeiner“ Zugangsverpflichtung im Sinne von § 3 Nr. 74 TKG oder „konkret“ mit Blick auf eine in § 26 Abs. 3 TKG genannte Alternative der Zugangsgewährung stellt. Dies wird schon daran deutlich, dass die Beklagte in der Sache nicht die Vorschrift des § 26 Abs. 1 TKG in ihrer neuen Fassung, sondern die des § 21 TKG in seiner alten Fassung zitiert hat, obschon relevante Änderungen vorliegen; bereits das indiziert das Vorliegen eines Fehlers. Auch in der Sache hat die Beklagte an keiner Stelle eigenständig geprüft, ob ohne die Gewährung des Zugangs generell die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endkundenmarktes behindert und die Interessen der Endnutzer beeinträchtigt würden. Die „versprengten“ Prüfungen der Beklagten dieser Merkmale vermögen diesen Mangel nicht zu heilen: Soweit auf S. 106 f. der angegriffenen Verfügung (öffentliche Fassung) im Rahmen eines „Zielbündels“ auch die Wettbewerbsförderung und die Wahrung der Verbraucherinteressen erwähnt werden, langt dies ersichtlich nicht hin, um den so verstandenen Anforderungen des § 26 Abs. 1 TKG gerecht zu werden. Zum einen wird nicht geprüft, ob ohne die Gewährung des Zugangs die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endkundenmarktes behindert würde und die Interessen der Endnutzer beeinträchtigt würden; „Förderung“ bzw. „Wahrung“ von bestimmten Interessen und deren „Behinderung“ bzw. „Beeinträchtigung“ sind unterschiedliche Maßstäbe. Zum anderen wurden neben den genannten beiden Interessen weitere Interessen in den Blick genommen. Entsprechendes gilt für die Ausführungen auf S. 117, 119, 129 und 134 f. der angegriffenen Verfügung (öffentliche Fassung). An alldem ändert sich auch dann nichts, wenn man in § 26 Abs. 1 TKG aufgrund einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung das Wort „und“ durch das Wort „oder“ (wie in § 21 Abs. 1 TKG a.F.) ersetzen würde. Denn die Beklagte hat weder hinreichend geprüft, ob ohne die Gewährung des Zugangs die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endkundenmarktes behindert würde noch ob die Interessen der Endnutzer beeinträchtigt würden (siehe oben).

b) Wenn hingegen die Art. 72 Abs. 1 oder Art. 73 EKEK einer nationalgesetzlichen Regelung bzw. deren Auslegung nicht entgegen stehen, derzufolge bei der von Amts wegen erfolgenden Prüfung des „Ob“ der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung zu baulichen Anlagen durch die Regulierungsbehörde über die in Art. 72 Abs. 1 EKEK genannten Voraussetzungen (Behinderung der Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes oder Zuwiderlaufen den Interessen der Endnutzer) hinaus auch die Ziele des Art. 3 EKEK und ggf. weitere Zielsetzungen in eine gebündelte Prüfung eingestellt werden können, hätte die Klage der Klägerin keinen Erfolg. Denn dann müssten die § 26 Abs. 1 und Abs. 2 TKG nicht dahingehend ausgelegt werden, dass die Beklagte „vorab“ eine Prüfung allein anhand der Tatbestands-

merkmale des § 21 Abs. 1 TKG hätte durchführen müssen („wenn anderenfalls die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endkundenmarktes behindert würde und die Interessen der Endnutzer beeinträchtigt würden.“). Die angegriffene Entscheidung wäre dann voraussichtlich rechtmäßig, da die Beklagte dann - wie erfolgt - eine „Zielbündelprüfung“ hätte vornehmen dürfen.

Daran, dass der Ausgang des Rechtsstreits von der Beantwortung der genannten Frage abhängig ist, ändert sich auch dadurch nichts, dass die angegriffene Entscheidung aus sonstigen Gründen aufzuheben wäre. Soweit die Klägerin den Beschluss der Bundesnetzagentur mit anderen Argumenten als den eben wiedergegebenen angegriffen hat, greifen diese Argumente voraussichtlich nicht durch (siehe den Beschluss im Eilverfahren).

IV.

Die aufgeworfene Frage kann nicht im Sinne eines „acte claire“ vom vorliegenden Gericht beantwortet werden. Die aufgeworfene Frage wird nach Auffassung des vorliegenden Gerichts zwar nicht unmittelbar durch Art. 73 Abs. 1. UAbs. 1 EKEK (1.) und auch nicht durch Art. 72 Abs. 1 EKEK (2.) beantwortet. Auf welche Art und Weise die Vorschrift des Art. 73 Abs. 2 EKEK anzuwenden ist, ist aber unklar (3).

1. Die aufgeworfene Frage wird nach Auffassung des vorliegenden Gerichts nicht unmittelbar von Art. 73 Abs. 1. UAbs. 1 EKEK beantwortet. Das liegt schon daran, dass nach Auffassung des vorliegenden Gerichts für die Auferlegung des Zugangs zu baulichen Anlagen zunächst einmal allein die Vorschrift des Art. 72 EKEK einschlägig ist (lex specialis). Sähe man dies allerdings anders, wirft Art. 73 EKEK hinsichtlich der aufgeworfenen Frage drei Probleme auf: Zum einen divergieren die Sprachfassungen der Vorschrift (a) zum anderen ist der Gehalt des Art. 73 Abs. 2 EKEK unklar (b). Schließlich ist das Verhältnis zu Art. 68 Abs. 4 Buchst. c) EKEK problematisch (c).

a) Zum einen divergieren die Sprachfassungen des Art. 73 Abs. 1 UAbs. 1 EKEK im Hinblick auf die aufgeworfene Frage: Denn die deutsche Sprachfassung des Art. 73 Abs. 1 UAbs. 1 EKEK enthält zwar nicht das Wort „insbesondere“, öffnet die Aufzählung der Regulierungsanlässe aber auch in der geltenden Fassung durch die Worte „unter anderem wenn“. Diese Öffnung ist auch in anderen Sprachfassungen enthalten: niederländisch („onder andere wanneer“), französisch („notamment lorsqu’elles“), italienisch („in particolare qualora“). In der englischen Sprachfassung ist hingegen wohl keine Öffnung der Aufzählung angelegt („in situations when“). Anders liegt es hingegen bei Art. 72 Abs. 1 EKEK. In sämtlichen von den Kammermitgliedern verstandenen Sprachfassungen hat die Vorschrift den nämlichen Gehalt.

b) Zum anderen wirft die Vorschrift des Art. 73 Abs. 2 EKEK die Frage auf, ob sich aus dieser Vorschrift ergibt, dass neben den in Art. 73 Abs. 1 UAbs. 1 EKEK erwähnten Belangen weitere Abwägungsgesichtspunkte in den Blick zu nehmen sind. Dabei wirft diese Vorschrift zunächst einmal die Frage auf, ob in ihr *mehr* als der sog. „Suffizienztest“ enthalten ist. Für eine Beschränkung auf einen „Suffizienztest“ spricht der unmittelbare Wortlaut des Art. 73 Abs. 2 EKEK, dagegen sprechen allerdings die in Art. 73 Abs. 2 Satz 3 Buchst. d), e), f) und h) EKEK aufgeführten Kriterien, bei denen sich der Bezug zu einem „Suffizienztest“ nicht recht erhellt. Auch die Erwägungsgründe 188 ff. der Richtlinie dürften eher dafürsprechen, dass der Gehalt der Vorschrift nicht auf den „Suffizienztest“ beschränkt ist (so im Ergebnis wohl auch Broemel, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. Auflage 2023, Einleitung B Rn. 30). Geht man davon aus, dass die in Art. 73 Abs. 2 EKEK aufgeführten Maßgaben nicht nur im Rahmen des Suffizienztests zu berücksichtigen sind, wirft die Vorschrift weiter die Frage auf, ob neben den dort in Art. 73 Abs. 2 Satz 3 Buchst. a) bis h) EKEK aufgeführten Kriterien auch die Ziele nach Art. 3 EKEK zu berücksichtigen sind.

c) Schließlich ist das Verhältnis zu Art. 68 Abs. 4 Buchst. c) EKEK problematisch. Nach dieser Vorschrift müssen die nach Art. 68 auferlegten Verpflichtungen im Hinblick auf die Ziele des Art. 3 EKEK gerechtfertigt sein; diese Vorschrift ist auch bei der Auferlegung von Verpflichtungen nach Art. 73 EKEK zu beachten (Art. 68 Abs. 2, Abs. 3 UAbs. 1, Art. 73 Abs. 1 UAbs. 1). Nun enthält Art. 73 Abs. 1 UAbs. 1 ebenso wie Art. 72 Abs. 1 EKEK und anders als Art. 72 Abs. 2 EKEK keinen Verweis auf die Ziele nach Art. 3 EKEK. Sind ungeachtet dieser Systematik die Ziele nach Art. 3 EKEK bereits bei der Prüfung des „Ob“ der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung in den Blick zu nehmen? Oder wird die Systematik von Art. 73 Abs. 1 UAbs. 1 bzw. Art. 72 Abs. 1 EKEK zu Art. 72 Abs. 2 EKEK dahingehend verstanden, dass im Rahmen der beiden erstgenannten Vorschriften zunächst einmal bei der Prüfung des „Ob“ der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung die Ziele nach Art. 3 EKEK nicht in die Prüfung einzustellen sind. Erst wenn in diesem ersten Schritt das „Ob“ der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung bejaht wird, ist dann in einem zweiten Schritt bei der Prüfung der konkreten Maßnahmen auf Art. 68 Abs. 4 Buchst. c) EKEK zu rekurrieren.

2. Die aufgeworfene Frage wird nach Auffassung des vorliegenden Gerichts auch nicht unmittelbar durch Art. 72 Abs. 1 EKEK beantwortet. Denn die genannte Vorschrift dürfte voraussetzen, dass die baulichen Anlagen nach der Marktanalyse Teil des relevanten Marktes sind. Dafür sprechen die Bezugnahme der Vorschrift auf Art. 68 EKEK (so auch Neumann, N&R 2019, 152 <158>) und die Vorschrift des Art. 72 Abs. 2 EKEK (*argumentum e contrario*). Das ist hier nicht der Fall. Damit ist zunächst unbeachtlich, dass die Vorschrift des Art. 72 Abs. 1 EKEK angesichts ihres Wortlautes - in sämtlichen von den Kammermitgliedern verstandenen vorgenannten Sprachfassungen - eine geschlossene bzw. abschließende Aufzählung von Regulierungsanlässen normiert, die gegen die Zulässigkeit einer „Zielbündelprüfung“ spricht. Auch

kann außer Betracht bleiben, dass auch das Verhältnis des Art. 72 Abs. 1 EKEK zu Art. 68 Abs. 4 Buchst. c) EKEK – ebenso wie bei Art. 73 Abs. 1 UAbs. 1 EKEK – unklar ist (IV 1 c).

3. „Sedes materiae“ der Problemlösung dürfte nach Auffassung des vorlegenden Gerichts Art. 72 Abs. 2 EKEK sein. Nach dem Wortlaut der Vorschrift - Bezugnahme auf die Ziele nach Art. 3 EKEK - scheint die aufgeworfene Frage eindeutig dahingehend zu beantworten sein, dass die nationalen Regulierungsbehörden bei der Prüfung des „Ob“ der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung zu baulichen Anlagen, die nach der Marktanalyse nicht Teil des relevanten Marktes sind, jedenfalls auch prüfen dürfen, ob die Verpflichtung im Hinblick auf die Erreichung der Ziele des Artikels 3 notwendig und verhältnismäßig ist; insoweit ist auch ein Gleichlauf mit Art. 68 Abs. 4 Buchst. c) EKEK gegeben. Doch die Vorschrift ist insoweit auch nur scheinbar eindeutig, denn sowohl das Verhältnis zu Art. 72 Abs. 1 EKEK (a) als auch das Verhältnis zu Art. 73 EKEK (b) sind unklar:

a) Zum einen ist unklar, wie das Verhältnis von Art. 72 Abs. 1 und 2 EKEK zu verstehen ist: Einerseits kann Art. 72 Abs. 1 EKEK mit Blick auf Art. 68 EKEK nach dem Wortlaut der Vorschrift allein auf ein auf einem eventuellen Markt für bauliche Anlagen marktmächtiges Unternehmen bezogen verstanden werden (siehe Oben). Dies hätte zur Folge, dass Art. 72 Abs. 2 EKEK als ein separates Regulierungsinstrument mit eigenständigen Voraussetzungen für die Fälle verstanden werden könnte, in denen - wie hier - ein solcher Markt gerade nicht zugrunde gelegt wurde. Das hätte allerdings zur Folge, dass dem auf einem Markt für bauliche Anlagen marktmächtigen Unternehmen nur unter strengeren Voraussetzungen Zugangsverpflichtungen mit Bezug zu baulichen Anlagen auferlegt werden könnten, als dies in den Fällen des Art. 72 Abs. 2 EKEK der Fall wäre; der Sinn einer solchen Differenzierung erhellt sich jedenfalls nicht unmittelbar. Andererseits kann Art. 72 Abs. 1 EKEK ggf. auch als Grundnorm gelesen werden, die durch Art. 72 Abs. 2 EKEK lediglich für einen Spezialfall konkretisiert wird. Für eine solche Auslegung spricht, dass nach dem Wortlaut Art. 72 Abs. 2 EKEK von einem "Zugang gemäß dem vorliegenden Artikel" spricht; offenbar also eine Zugangsgewährung unter einheitlichen Grundvoraussetzungen zugrunde legt und dass bei einer solchen Auslegung ein einheitlicher Gehalt von Art 72 Abs. 1 und 2 EKEK festgehalten werden könnte.

b) Zum anderen ist unklar, wie das Verhältnis von Art. 72 Abs. 2 EKEK zu Art. 73 EKEK zu verstehen ist. Schwierig zu klären ist, ob die Voraussetzungen des Art. 73 Abs. 1 UAbs. 1 EKEK auch dann auf Maßnahmen nach Art. 72 Abs. 2 EKEK anzuwenden sind, wenn im Rahmen eines „Maßnahmenbündels“ entschieden wird (aa). Weitere Probleme ergeben sich, wenn man von einem „einheitlichen“ Verständnis des Art. 72 Abs. 1 und 2 EKEK - wie eben unter IV 3 a) dargelegt - ausginge (bb).

aa) Unklar ist, ob die Voraussetzungen des Art. 73 Abs. 1 UAbs. 1 EKEK auch dann auf Maßnahmen nach Art. 72 Abs. 2 EKEK anzuwenden sind, wenn - wie hier - im

Rahmen eines „Maßnahmenbündels“ entschieden wird. Zwar mag - auch im Verhältnis zu Art. 72 Abs. 1 EKEK - das Fehlen der Prüfungspunkte „Behinderung der Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes auf Endkundenebene behindern oder Zuwiderlaufen gegen die Interessen der Endnutzer“ in Art. 72 Abs. 2 EKEK grundsätzlich dadurch erklärbar sein, dass der Gesetzgeber des Gemeinschaftsrechts davon ausging, dass die Maßnahmen nach Art. 73 und nach Art. 72 EKEK in einem „Maßnahmenbündel“ auferlegt werden, weshalb die Restriktionen nach Art. 73 Abs. 1 UAbs. 1 EKEK auch für die Auferlegung von Verpflichtungen nach Art. 72 Abs. 2 EKEK Geltung beanspruchten; Folge wäre ein „Gleichlauf“ der Voraussetzungen nach Art. 73 Abs. 1 UAbs. 1 und nach Art. 72 Abs. 2 EKEK. Dafür mag auch Art. 73 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK sprechen und dies scheint auch das Verständnis des deutschen Gesetzgebers gewesen zu sein. Folge wäre, dass die Schwierigkeiten der Auslegung des Art. 73 Abs. 1 UAbs. 1 EKEK (IV 1.) auch auf Art. 72 Abs. 2 EKEK „durchschlagen“.

Jedoch ergibt sich aus dem Wortlaut der Normen dieses Verständnis für ein Handeln in einem „Maßnahmenbündel“ - mit der Folge einer Übernahme der Voraussetzungen des Art. 73 Abs. 1 UAbs. 1 für ein Handeln nach Art. 72 Abs. 2 EKEK - nicht. Gegen eine „Gleichläufigkeit“ der Voraussetzungen für ein Handeln nach Art. 72 Abs. 2 und ein Handeln nach Art. 73 EKEK spricht vielmehr, dass in Art. 73 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK und insbesondere die darin in der deutschen Sprachfassung verwendete Formulierung "bloße Auferlegung" darauf hindeutet, dass der Unionsgesetzgeber die Zugangsverpflichtung betreffend baulicher Anlagen prinzipiell für weniger eingriffsintensiv erachtet; in diese Richtung deutet auch Erwägungsgrund Nr. 187 EKEK (vgl. Neumann, N&R 2016, 262 <267> und N&R 2018, 204 <206 f.>; Scherrer/Heinickel, MMR 2017, 71 <75>). Wenn dem so wäre, spräche das dafür, an ein Handeln nach Art. 72 Abs. 2 EKEK geringere - und nicht gleichläufige - Voraussetzungen anzulegen.

bb) Weitere Probleme ergeben sich, wenn man von einem „einheitlichen“ Verständnis des Art. 72 Abs. 1 und 2 EKEK - wie eben unter IV 3 a) dargelegt - ausginge. Betrachtet man dann nämlich das Verhältnis von Art. 72 Abs. 1 zu Art. 73 EKEK wird - möglicherweise, abhängig von den Sprachfassungen des Art. 73 EKEK - durch Art. 72 Abs. 1 EKEK ein gegenüber Art. 73 Abs. 1 UAbs. 1 EKEK enger gezogenes Prüfungsprogramm formuliert. Auf der anderen Seite deutet die Existenz von Art. 73 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK aber darauf hin, dass der Unionsgesetzgeber die Zugangsverpflichtung betreffend baulicher Anlagen prinzipiell für weniger eingriffsintensiv erachtet (siehe Oben). Dies wiederum steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zu Art. 72 Abs. 1 EKEK, der die insofern eröffneten Regulierungsanlässe gegenüber Art. 73 Abs. 1 UAbs. 1 EKEK - in der deutschen Fassung, s.o. - enger fasst und insbesondere möglicherweise nicht für weitere Abwägungsbelange öffnet. Bezeichnenderweise wird im Rahmen des Art. 73 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK nicht danach gefragt, ob die bloße Auferlegung von Verpflichtungen gemäß Art. 72 EKEK ein verhältnismäßiges Mittel zur Vermeidung einer "Behinderung der Entwicklung eines nachhaltig

wettbewerbsorientierten Marktes" ist, sondern ob die Verpflichtung gemäß Art. 72 EKEK ein verhältnismäßiges Mittel zur "Förderung des Wettbewerbs und der Interessen der Endnutzer" wäre. Ob etwas behindert oder lediglich gefördert wird, sind zwei verschiedene Maßstäbe.

Der Beschluss ist unanfechtbar, § 217 Abs. 3 Satz 1 TKG.

Dr. Ost

Herzig

Schwark



Beglaubigt
Urkundsbeamter/in
der Geschäftsstelle des
Verwaltungsgerichts Köln