

# INHALTSVERZEICHNIS

<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>XVII</b>
<b>Abbildungsverzeichnis</b> .....	<b>XLV</b>
<b>Kapitel 1 Einleitung</b> .....	<b>1</b>
A. Ziel der Arbeit.....	3
B. Aufbau der Arbeit und methodische Herangehensweise.....	3
<b>Kapitel 2 Netzarchitektur, Wertschöpfungskette im TK-Sektor und     Geschäftsmodelle im kommunalen NGA-Breitbandausbau</b> .....	<b>5</b>
A. Architektur von elektronischen Kommunikationsnetzen.....	5
I. Next-Generation-Networks (NGN).....	5
1. Wesentliche Merkmale eines NGN.....	6
a) Entkoppelung der Diensteeerbringung vom Datentransport.....	7
b) Unbeschränkter Nutzerzugang zu verschiedenen Diensteanbietern.....	10
c) Verpflichtung zur Umsetzung von regulatorischen Anforderungen.....	11
2. Die Netzebenen eines NGN.....	11
a) Backbone als Rückgrat der Kommunikationsnetze.....	12
b) Konzentrationsnetz als Verbindungsnetz.....	13
c) Anschlussnetz als „letzte Meile“.....	13
II. Next-Generation-Access (NGA).....	14
1. Definition von NGA-Netzen im Lichte des europäischen Beihilferechts.....	14
2. NGA-fähige Zugangstechnologien.....	17
a) Leitungsgebundene Anslusstechologien.....	17
aa) Zugang über das klassische Telefonnetz.....	18
bb) Zugang über das klassische Fernsehkabelnetz.....	22
cc) Zugang über das Glasfasernetz.....	24
b) Drahtlose Zugangstechnologien.....	27
aa) Long Term Evolution – LTE (Advanced).....	29
bb) Wireless Local Area Networks (WLAN).....	31
c) Zusammenfassung und Ausblick.....	32
B. Wertschöpfungskette im Telekommunikationssektor.....	34
I. Errichtung der passiven Netzinfrastruktur und Netzbesitz.....	36
II. Aktivierung der passiven Netzinfrastruktur und Netzbetrieb.....	37
III. Anbieten von Anwendungen und Diensten am Markt.....	38
C. Geschäftsmodelle im kommunalen NGA-Breitbandausbau.....	39
I. Rolle der Kommunen beim Breitbandausbau.....	40
1. Vorliegen eines Marktversagens in ländlichen Regionen.....	41

VII

2.	Beseitigung der Breitbandunterversorgung als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft .....	44
II.	Geschäftsmodelle im geförderten Breitbandsektor unter Beteiligung der öffentlichen Hand .....	48
1.	Bereitstellung eines nichtrückzahlbaren Zuschusses zur Deckung einer Investitionsbeihilfe („Wirtschaftlichkeitslückenmodell“) .....	49
2.	Bereitstellung von kommunalen Leerrohrinfrastrukturen .....	52
3.	Bereitstellung einer passiven NGA-Infrastruktur („Betreibermodell“) .....	54
4.	Infrastruktur, Netzbetrieb (und Dienste) durch PPP .....	57
5.	Infrastruktur, Netzbetrieb und Dienste durch die öffentliche Hand („Komplettanbieter“) .....	59

<b>Kapitel 3</b>	<b>Beihilferechtliche Anforderungen an die Ausgestaltung eines öffentlichen, transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens .....</b>	<b>61</b>
A.	Staatliche Unterstützungsleistungen beim Breitbandausbau als Beihilfen nach Art. 107 Abs. 1 AEUV .....	62
I.	Vorliegen einer staatlichen Beihilfe .....	64
1.	Wirtschaftlicher Vorteil .....	65
a)	Ausnahme 1: „ <i>Market Economy Investor</i> “-Test .....	68
b)	Ausnahme 2: Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse .....	70
aa)	Nachweis eines Marktversagens für einen Zeitraum von drei Jahren .....	72
bb)	Universelle Breitbandanbindung .....	73
cc)	Bereitstellung einer passiven, neutralen und offenen Infrastruktur .....	74
dd)	Zwischenergebnis .....	75
c)	Ausnahme 3: Ausschließlich staatliche Nutzung des Netzes .....	76
2.	Staatliche Mittel .....	77
3.	Selektivität .....	78
4.	Wettbewerbsverfälschung .....	79
5.	Beeinträchtigung des Handels .....	79
6.	Zwischenergebnis .....	80
II.	Schwellenwert .....	80
III.	Rechtfertigung .....	82
1.	Freistellung nach Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV .....	83
a)	Ziel der Beihilfemaßnahme: Beseitigung des Marktversagens .....	84
aa)	Weißer (NGA-)Flecken: Beihilfemaßnahmen grundsätzlich zulässig .....	86

bb) Schwarze (NGA-)Flecken: Beihilfemaßnahmen unzulässig .....	86
cc) Graue (NGA-)Flecken: Einzelfallprüfung erforderlich .....	87
b) Geeignetheit der Beihilfemaßnahme .....	88
c) Verhältnismäßigkeit der Beihilfemaßnahme .....	89
2. Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung .....	90
3. NGA-Rahmenregelung .....	94
IV. Zwischenfazit .....	98
B. Anforderungen des europäischen und nationalen Beihilfe- und Förderrechts an das Auswahlverfahren .....	99
I. Anforderungen des europäischen Beihilferechts an das wettbewerbliche Auswahlverfahren .....	99
1. Breitbandleitlinie .....	100
a) Durchführung eines offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens unter Wahrung des Grundsatzes der Technologieneutralität .....	101
aa) Transparenzgebot .....	104
(1) Veröffentlichungspflicht .....	105
(2) Objektive und qualitative Zuschlagskriterien .....	106
(a) Wirtschaftlich günstigstes Angebot vs. niedrigster Preis .....	107
(b) Geographische Abdeckung .....	109
(c) Nachhaltigkeit des technologischen Ansatzes .....	111
(d) Nutzung bestehender Infrastruktur .....	111
(e) Faire und diskriminierungsfreie Behandlung der konkurrierenden Betreiber .....	111
(f) Höherwertige und erschwingliche Breitbanddienste .....	113
(g) Weitere mögliche Zuschlagskriterien .....	113
(h) Zwischenergebnis .....	116
bb) Diskriminierungsverbot .....	116
(1) Technologieneutralität als besondere Ausgestaltung des Diskriminierungsverbots .....	117
(a) Beihilfeleitlinie 2009: Beschränkung auf leitungsgebundene Technologien .....	118
(b) Beihilfeleitlinien 2013: Technologieneutralität .....	119
(c) Mittelbare Bestimmung der Technologie über Bandbreitenvorgaben .....	120
(2) Sonstige (verdeckte) Formen der Diskriminierung .....	121
(a) Bestimmung des Zielgebiets .....	122
(b) Nutzung bestehender Infrastruktur .....	122
cc) Wettbewerbsoffenheit .....	123
(1) Vereinbarkeit mit dem Geist und den Grundsätzen der EU-Vergaberichtlinien .....	124

(2) Verfahrenswahl zur Umsetzung eines wettbewerbsoffenen Auswahlverfahrens.....	125
(a) Verfahrensarten des GWB-Vergaberechts .....	125
(b) Geeignete Verfahren zur Umsetzung eines wettbewerbsoffenen Auswahlverfahrens.....	127
(c) Zwischenfazit.....	130
b) Zwischenergebnis .....	130
2. Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung .....	131
3. DAWI-Regelungen .....	132
4. Zwischenergebnis .....	133
II. Konkretisierende Anforderungen des nationalen Beihilfe- und Förderrechts an das Auswahlverfahren.....	134
1. NGA-Rahmenregelung .....	135
2. Bundesförderprogramm .....	136
a) Rechtliche Einordnung der Bundesförderrichtlinie .....	137
b) Ausschreibungspflicht als Nebenbestimmung zum Zuwendungsbescheid.....	140
aa) Bundesförderrichtlinie: Sinngemäße Anwendung des Vergaberechts .....	141
bb) ANBest-P: Begründung einer Ausschreibungspflicht als Nebenbestimmung.....	142
3. Zwischenergebnis .....	144
C. Ergebnis.....	145

#### **Kapitel 4 Untersuchung der auf dem Breitbandportal des Bundes**

<b>veröffentlichten Ausschreibungsverfahren .....</b>	<b>147</b>
A. Methodischer Überblick.....	147
I. Ausschreibungsportal und Untersuchungszeitraum.....	147
II. Untersuchungsparameter der veröffentlichten Auswahlverfahren ...	149
III. Ziel der Untersuchung.....	149
B. Untersuchungsergebnisse.....	150
I. Gegenstand der Förderung: Das präferierte Breitbandmodell.....	150
1. Deutschlandweit findet zu 80 % das Wirtschaftlichkeitslückenmodell Anwendung.....	150
2. Förderpolitik bestimmt maßgeblich das gewählte Fördermodell.....	151
a) Baden-Württemberg.....	153
b) Niedersachsen .....	154
c) Rheinland-Pfalz.....	154
II. Anwendbarkeit des Vergaberechts .....	156
1. Kein einheitliches Meinungsbild zur Anwendbarkeit des Vergaberechts.....	156
a) Wirtschaftlichkeitslückenförderung .....	157

b) Betreibermodell.....	157
2. Rechtsauffassung zur Anwendbarkeit des Vergaberechts variiert je nach Bundesland.....	158
3. Entwicklung der Rechtsauffassung zur Anwendbarkeit des Vergaberechts seit Inkrafttreten des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes am 18.04.2016.....	161
a) Wirtschaftlichkeitslückenförderung .....	161
b) Betreibermodell.....	162
III. Einordnung des Fördergegenstandes als Dienstleistungs- (Konzession?).....	163
1. Einordnung als Dienstleistungsauftrag bzw. -konzession .....	163
a) Wirtschaftlichkeitslückenförderung .....	163
b) Betreibermodell.....	164
2. Nach Inkrafttreten des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes wird die Art der Leistung überwiegend als Dienstleistungskonzession qualifiziert .....	164
a) Wirtschaftlichkeitslückenförderung .....	164
b) Betreibermodell.....	166
C. Zusammenfassung und Bewertung der Untersuchungsergebnisse.....	167

**Kapitel 5 Vergaberechtliche Anforderungen an die Ausgestaltung eines  
öffentlichen, transparenten und diskriminierungsfreien**

<b>Auswahlverfahrens .....</b>	<b>169</b>
A. Nationale Rechtsprechung in Bezug auf Fördermaßnahmen für Breitbandinfrastrukturen .....	170
I. Vorliegen einer Dienstleistungskonzession .....	170
1. Beschluss des OLG München vom 25.03.2011.....	171
2. Beschluss des OLG Karlsruhe vom 14.11.2014.....	174
3. Beschluss der Vergabekammer Südbayern vom 27.05.2015 .....	175
4. Beschluss des OLG Brandenburg vom 03.08.2001.....	175
5. Zusammenfassung und Bewertung der Rechtsprechung.....	176
II. Rechtsprechungsprognose unter Berücksichtigung des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes .....	176
B. Anwendbarkeit des (Kartell-)Vergaberechts .....	178
I. Öffentlicher Auftrag- oder Konzessionsgeber nach §§ 98 ff. GWB .....	178
II. Vergabe eines öffentlichen Auftrags nach § 103 GWB oder einer Konzession nach § 105 GWB .....	179
1. Exklusivitätsverhältnis bezüglich der Vergabe eines „öffentlichen Auftrags“ oder einer „Konzession“ .....	179
2. Vorliegen einer Konzession nach § 105 GWB.....	180

a)	Entgeltlicher (Kooperations-)Vertrag zwischen der Kommune und dem privaten Telekommunikationsunternehmen .....	181
aa)	Beschaffungscharakter der einzelnen Förderkonstellationen .....	182
(1)	Bereitstellung eines nicht rückzahlbaren Zuschusses („ <i>Wirtschaftlichkeitslückenmodell</i> “).....	182
(a)	Daseinsvorsorge als Abgrenzungskriterium ungeeignet.....	183
(b)	Errichtung einer Netzinfrastruktur als einklagbare Hauptleistungspflicht.....	186
(c)	Zwischenfazit.....	189
(2)	Bereitstellung einer kommunalen Leerrohrinfrastruktur .....	189
(3)	Bereitstellung einer passiven Netzinfrastruktur („ <i>Betreibermodell</i> “).....	190
bb)	Netzausbau als geldwerte (Gegen-)Leistung .....	191
cc)	Zwischenergebnis .....	191
b)	Nutzungsrecht als Gegenleistung.....	191
aa)	Anbieten von Telekommunikationsdiensten als Nutzungsrecht.....	192
bb)	Ausschließlichkeit des Nutzungsrechts vs. Open Access.....	193
(1)	Angemessenes Entgelt für den Zugang auf Vorleistungsebene.....	194
(2)	Ausschließliches Nutzungsrecht schützt nicht vor Wettbewerb.....	196
(3)	Zwischenergebnis .....	198
c)	Betraugung mit der Erbringung von Bau- oder Dienstleistungen.....	198
aa)	Abgrenzung Baukonzession vs. Dienstleistungskonzession .....	199
(1)	Bereitstellung eines nicht rückzahlbaren Zuschusses zur Errichtung und zum Betrieb einer Netzinfrastruktur („ <i>Wirtschaftlichkeitslückenmodell</i> “).....	200
(a)	Trennung nach Bauauftrag und Verpachtung („ <i>Trennungstheorie</i> “).....	201
(b)	Netzzerrichtung als zwingende Voraussetzung des Netzbetriebs („ <i>Kontaminierungstheorie</i> “).....	202
(c)	Beseitigung der Breitbandunterversorgung als Hauptgegenstand des Kooperationsvertrags („ <i>Schwerpunkttheorie</i> “).....	203
(d)	Zwischenergebnis .....	207

(2) Bereitstellung einer passiven NGA-Infrastruktur zum Betrieb einer Netzinfrastruktur („ <i>Betreibermodell</i> “).....	207
(3) Zwischenergebnis .....	208
bb) „ <i>Betruen</i> “ eines Telekommunikationsunternehmens mit der Beseitigung der Breitbandunterversorgung.....	209
(1) Keine Übertragung einer öffentlichen Aufgabe erforderlich.....	209
(2) Keine Einräumung eines Sonderrechts im Kooperationsvertrag erforderlich .....	211
(3) „ <i>Betruen</i> “ im Sinne eines „ <i>Beschaffens</i> “ .....	212
(4) Zwischenfazit.....	213
cc) Zwischenergebnis .....	213
d) Übergang des Betriebsrisikos auf den Konzessionsnehmer (§ 105 Abs. 2 GWB) .....	213
aa) Amortisationsrisiko bezüglich der Errichtung und/oder des Betriebs der Netzinfrastruktur beim Telekommunikationsunternehmen .....	214
bb) Kundenakquise alleinige Verantwortung des Netzbetreibers.....	217
cc) Zwischenergebnis .....	219
dd) Qualifikation in Einzelfällen.....	220
(1) Investitionszuschuss entspricht nahezu der Höhe der prognostizierten Einnahmen .....	220
(a) Subsidiärer Charakter der Zuzahlung gegenüber dem übertragenen Nutzungsrecht .....	220
(b) Beispiel: Beihilfeintensität von 45 % .....	222
(c) Maximale Höhe der Zuzahlung in der Rechtsprechung .....	223
(d) Gesamtbetrachtung unter Würdigung der Investitionskosten, der Betriebskosten, der Einnahmen sowie der Zuschusshöhe.....	224
(2) Vorvermarktungsquoten und Sonderkündigungsrechte ...	227
ee) Zwischenfazit.....	228
e) Zwischenergebnis .....	229
3. Vorliegen eines öffentlichen Auftrags nach § 103 GWB .....	229
III. Übersteigen des Schwellenwerts nach § 106 GWB.....	229
IV. Bereichsausnahme nach § 149 Nr. 8 GWB .....	231
1. Vorliegen einer Bereichsausnahme nach § 149 GWB .....	231
a) Öffentliche Kommunikationsnetze und Kommunikationsdienste für die Öffentlichkeit .....	232
b) Bereitstellen oder Betrieb solcher Netze bzw. Dienste durch den Konzessionsgeber .....	233

aa)	Kommune vergibt keine Konzession, um das Netz <i>selbst</i> bereitzustellen oder zu betreiben .....	233
bb)	Kommune vergibt keine Konzession, um <i>selbst</i> Telekommunikationsdienste anzubieten.....	234
2.	Zwischenergebnis .....	236
C.	Anwendbarkeit des Primärrechts bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen im Unterschwellenbereich .....	236
D.	Ergebnis.....	238

**Kapitel 6 Rechtsschutz gegen einen Verstoß bei der Durchführung eines öffentlichen, transparenten und diskriminierungsfreien**

	<b>Auswahlverfahrens .....</b>	<b>241</b>
A.	Rechtsschutz gegen das vergaberechtswidrige Auswahlverfahren .....	242
I.	Vorliegen eines Vergaberechtsverstoßes .....	242
1.	Verletzung von vergaberechtlichen Vorschriften als Vergaberechtsverstoß.....	243
2.	Nichtanwendung des Vergaberechts als Vergaberechtsverstoß .....	244
3.	Analoge Anwendung des Vergaberechts als Vergaberechtsverstoß .....	246
4.	Zwischenergebnis .....	249
II.	Nachprüfung von Vergaberechtsverstößen.....	249
1.	Primärrechtsschutz für Vergaben.....	250
a)	Oberhalb der EU-Schwellenwerte .....	250
b)	Unterhalb der EU-Schwellenwerte .....	252
aa)	Primärrechtsschutz vor den Zivilgerichten.....	253
bb)	Keine freiwillige Unterwerfung unter die Zuständigkeit der Vergabekammern.....	255
2.	Sekundärrechtliche Schadensersatzansprüche.....	255
3.	Zwischenergebnis .....	256
B.	Rechtsschutz gegen den (vergabe-)rechtswidrigen Zuwendungsbescheid .....	257
I.	Vergaberechtsverstoß als Verletzung des Zuwendungsbescheids....	258
II.	Drittrechtsschutz gegen den (vergabe-)rechtswidrigen Zuwendungsbescheid .....	260
1.	Drittwidernspruch gegen den Zuwendungsbescheid .....	260
2.	Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten .....	261
a)	Hauptsacheverfahren gegen den Zuwendungsbescheid .....	262
b)	Einstweiliger Rechtsschutz.....	262
3.	Zwischenergebnis .....	263
C.	Rechtsschutz gegen die unionsrechtswidrige Beihilfegewährung.....	264
I.	Rechtsschutz vor den europäischen Gerichten .....	264
1.	Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV .....	264
2.	Untätigkeitsklage nach Art. 265 AEUV .....	268



3.	Schadensersatzklage nach Art. 268, 340 AEUV .....	269
II.	Rechtsschutz vor den nationalen Gerichten .....	269
1.	Hauptsacheverfahren gegen den Beihilfegeber .....	270
a)	Aufhebung, Beseitigung und Unterlassung („ <i>negative Konkurrentenklage</i> “).....	271
b)	Aufhebung, Beseitigung und Begünstigung („ <i>positive Konkurrentenklage</i> “).....	273
c)	Schadensersatzansprüche gegen den Beihilfegeber .....	274
2.	Einstweiliger Rechtsschutz .....	274
III.	Zwischenergebnis.....	275
D.	Rechtsschutz gegen den Beihilfeempfänger .....	275
I.	Rückzahlung der unionsrechtswidrig erhaltenen Beihilfe .....	276
II.	Schadensersatzansprüche .....	276
E.	Ergebnis.....	277
<b>Kapitel 7 Zusammenfassung in Thesen und Gesamtergebnis.....</b>		<b>279</b>