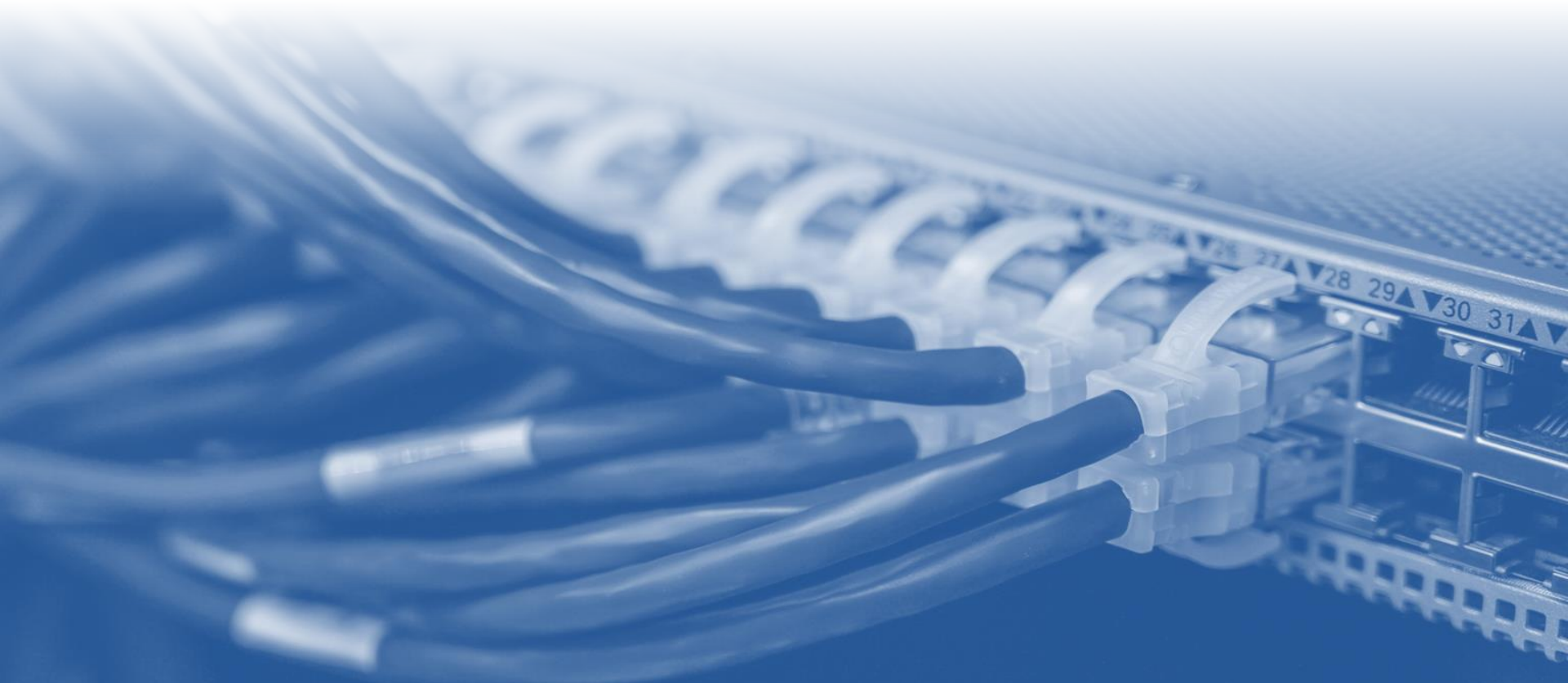


Open Access zu geförderten Breitbandnetzen als Streitgegenstand und die passenden Rechtsbehelfe: Wer darf was?



- I. Rechtsgrundlagen und Zuständigkeit**

- II. Ablauf des Preisfindungsmechanismus der BNetzA**

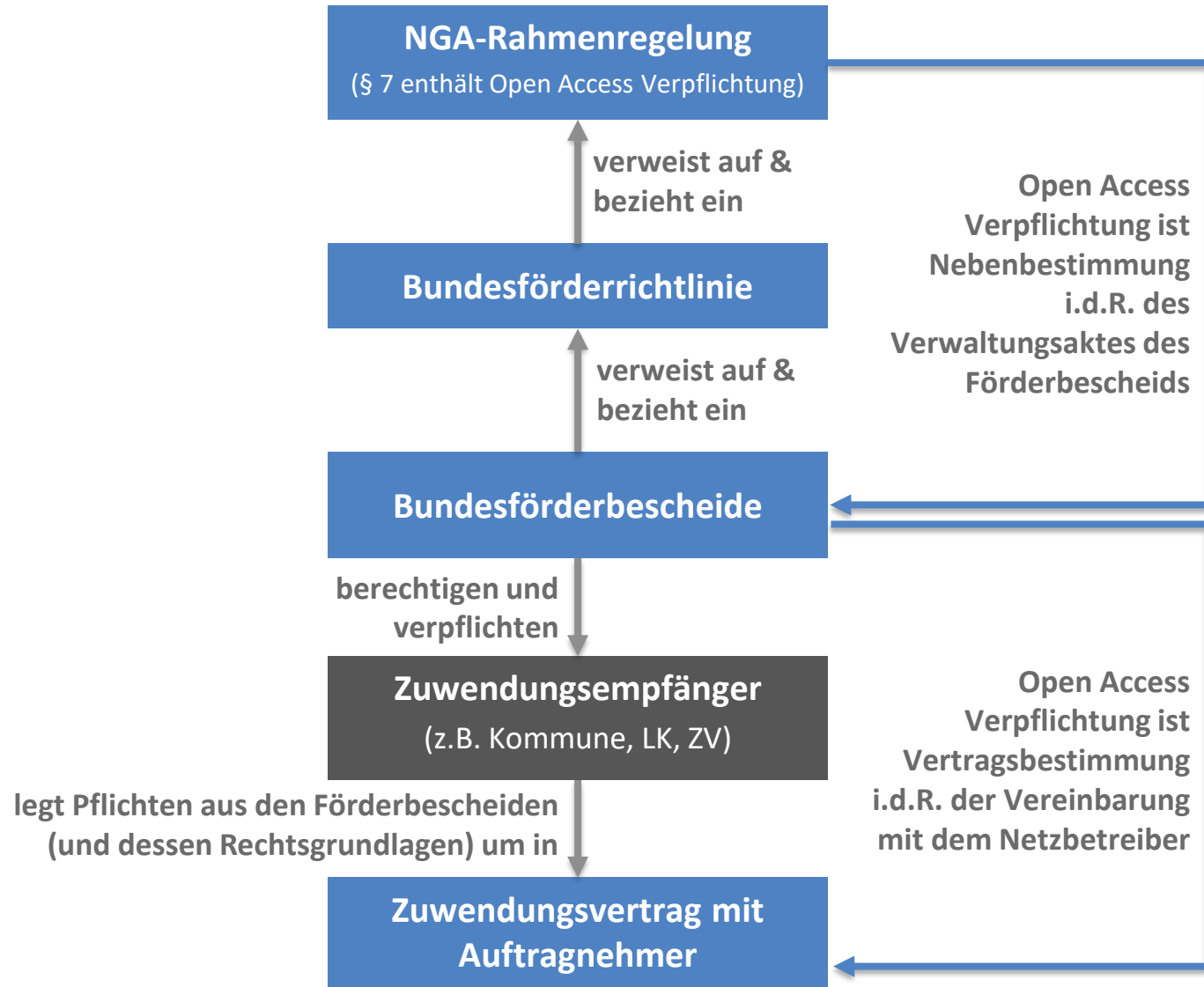
- III. Streitfälle und Rechtsmittel**

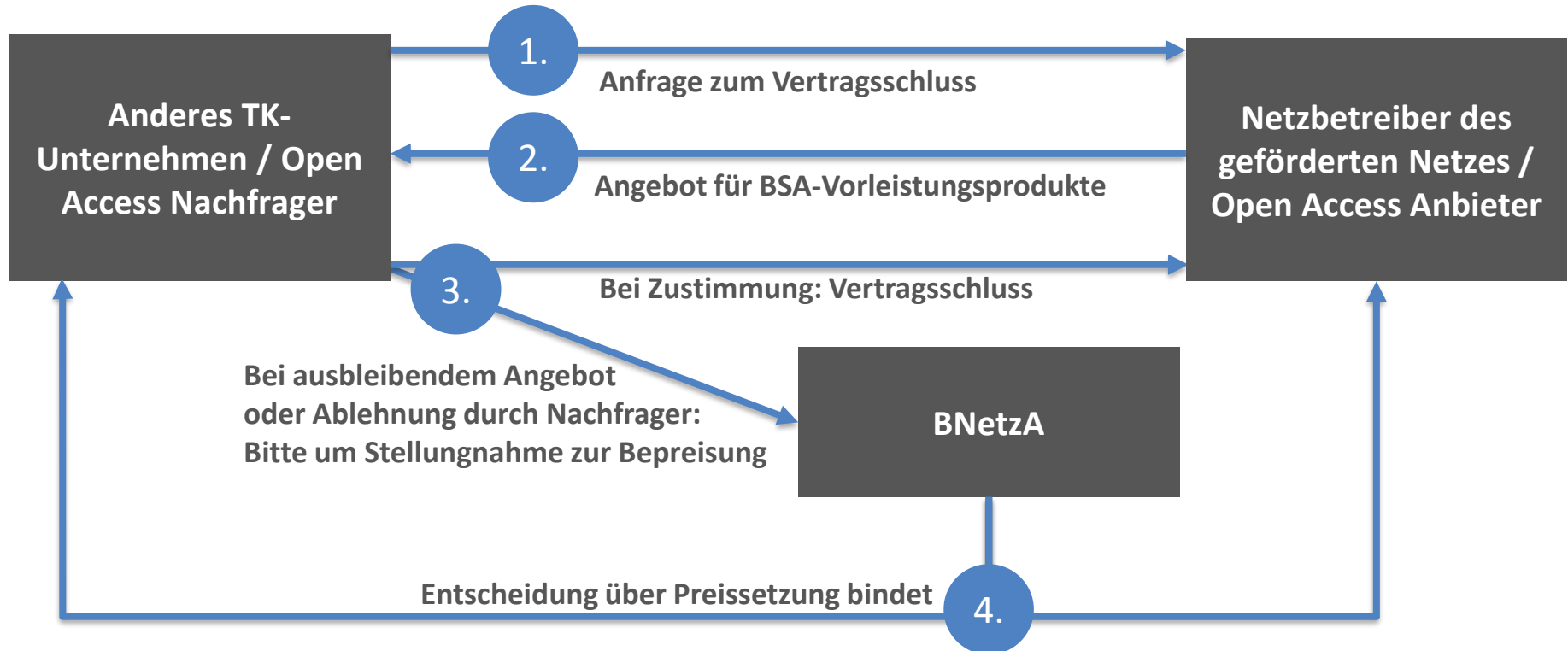
- IV. Fazit**

- Sowohl im Rahmen der Netzentgeltregulierung nach dem TKG als auch nach den Förderbestimmungen ist die BNetzA für die Festsetzung von Preisen zuständig, wenn sich Anbieter und Nachfrager nicht einvernehmlich auf marktübliche Konditionen einigen können (§ 7 Abs. 6 NGA-Rahmenregelung)
- Wörtlich heißt es in § 7 Abs. 6 NGA-RR:
„Für den Fall, dass Zugangsprodukte nachgefragt werden, für die keine Preisfestsetzung gemäß Absatz 5 gegeben ist, sind die Vorleistungspreise zwischen dem Betreiber und dem Zugangsnachfrager zu vereinbaren. Im Falle der Nichteinigung ist die öffentliche Hand angewiesen, die Festsetzung der Vorleistungspreise vorzunehmen. Hierzu ist die Bundesnetzagentur zu konsultieren, die innerhalb von vier Wochen im Rahmen einer Stellungnahme bindende Vorschläge zur Festsetzung der Vorleistungspreise unterbreitet.“
- Die Zuwendungsverträge der öffentlichen Auftraggeber / Zuwendungsempfänger mit dem jeweils als Netzbetreiber beauftragten TK-Unternehmen übernehmen diese Verpflichtung und das einseitige Recht der BNetzA zur Konkretisierung der vertraglichen Pflichten des letzteren gegenüber Nachfrager von Vorleistungsprodukten – meist unter direkter Einbeziehung der Förderbestimmungen in die Vereinbarungen

I. Rechtsgrundlagen und Zuständigkeit

2. Verhältnis von NGA-RR, Förderbescheiden & Zuwendungsverträgen





- **Entscheidung wirkt ähnlich wie eine abändernde Annahme i.S.d. § 148 II BGB**
 - Das Angebot des Netzbetreibers wird – im Hinblick auf den Preis – modifiziert oder erneuert
 - Daraus ergibt sich aber noch kein Vertragsschluss; dieser kommt erst durch die beidseitige Zustimmung beider Parteien zustande
- **Wenn sie jedoch überhaupt einen Vertrag über Vorleistungsprodukte schließen, dann zum gesetzten Preis, wobei der Zuwendungsvertrag den Anbieter zur Einwilligung verpflichtet**

III. Streitfälle und Rechtsmittel

1. Anlässe für Rechtsstreitigkeiten wegen der Open Access Pflicht

Aber was passiert, wenn ein Netzbetreiber einen Vertragsschluss ablehnt und zum Beispiel auf folgenden Vorleistungspreisen beharrt?

Vorleistungsprodukte

Entbündelter Zugang (Preis in EUR)	999,00 €
Bitstrom Layer 2 (Preis in EUR)	24,99 €
Bitstrom Layer 3 (Preis in EUR)	999,00 €
Weitere Vorleistungsprodukte und die zugehörigen Preise ein	!!!999!!! Wichtige Anmerkungen: Ausbauende Carrier für den Landkreis sind die MDDSL - Mitteldeutsche Gesellschaft für Kommunikation mbH und die Telekom Deutschland GmbH. Somit müssen für 2 Carrier Vorleistungspreise hinterlegt werden. Diese Angaben sind für die die Ausbaugebiete/Lose 3 (Möckern), 4 (Gommern), 5 (Elbe-Parey) und 7 (Biederitz) der MDDSL - Mitteldeutsche Gesellschaft für Kommunikation mbH. Anmerkung: Die Preise sind als netto-Werte in Euro/Monat angegeben. Entbündelter Zugang: Dark Fiber = 0,50 € pro Monat und Meter Leerrohrzug = 0,40 € pro Monat und Meter Bitstrom Layer 3: 50 Mbit/s asymmetrisch = 29,95 € pro Monat 100 Mbit/s symmetrisch = 499,00 € pro Monat

Ergebnismeldung zur Betreiber-ausschreibung im Landkreis Jerichower Land

<https://www.breitbandausschreibungen.de/publicOverviewDetails/Ausschreibung/230>

Vorleistungsprodukte

Entbündelter Zugang (Preis in EUR)	100,00 €
Bitstrom Layer 2 (Preis in EUR)	100,00 €
Bitstrom Layer 3 (Preis in EUR)	31,50 €

Ergebnismeldung zur Betreiber-ausschreibung im Main-Kinzig-Kreis

<https://www.breitbandausschreibungen.de/publicOverviewDetails/Ausschreibung/420>

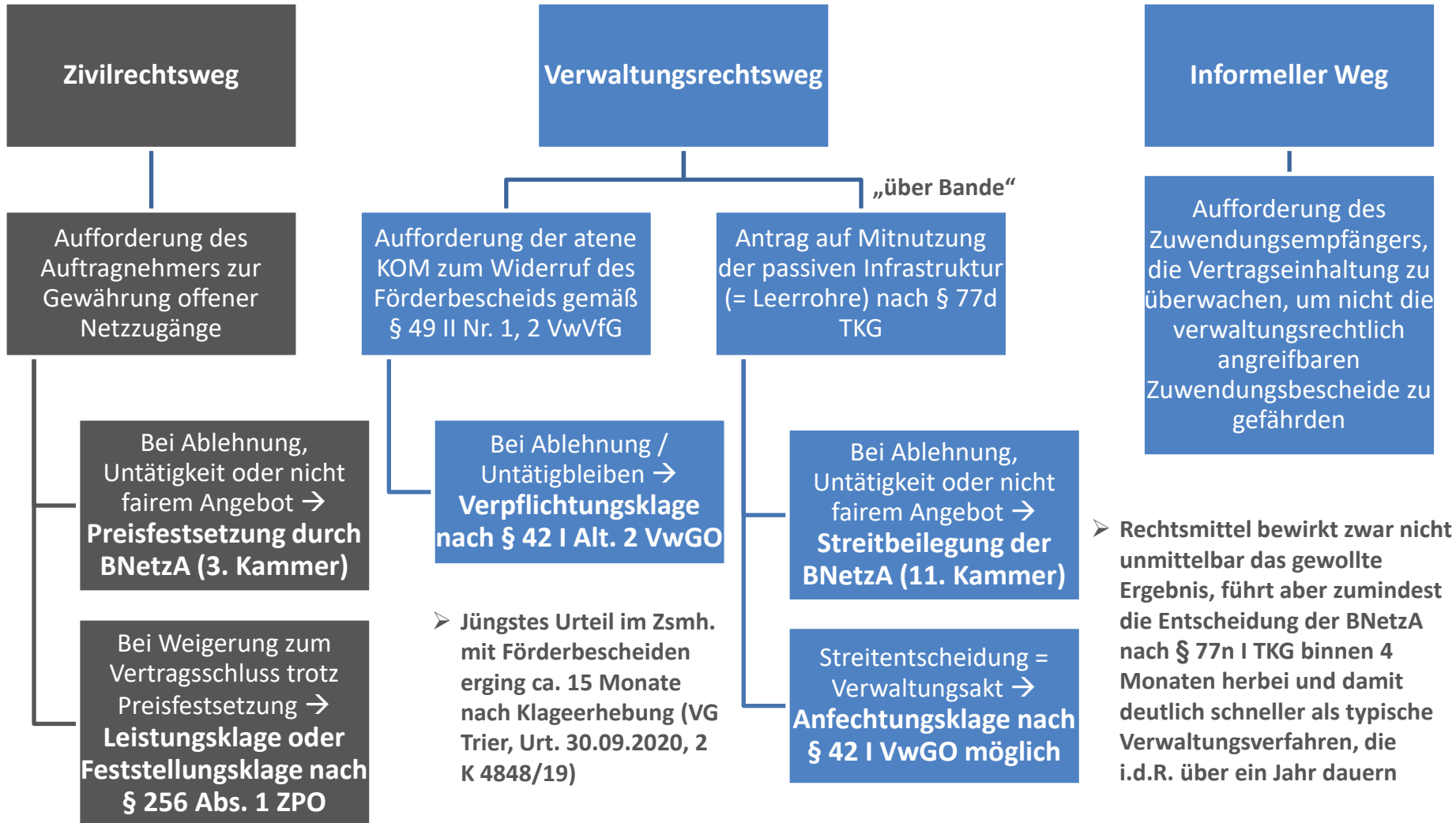
1. Anlässe für Rechtsstreitigkeiten wegen der Open Access Pflicht

Was passiert, wenn der Netzbetreiber

- *der Verpflichtung zum Vertragsschluss nach einer Entscheidung der BNetzA nicht nachkommt oder*
 - *trotz Billigung des festgesetzten Preises anderweitig prohibitive Konditionen zur Bedingung einer Vereinbarung macht (z.B. umständliche Modalitäten für Zu- und Abbuchung von L2-BSA-Vorleistungsprodukten für einzelne Adressen)?*
-
- Unseres Wissens nach bestehen hierzu bisher keine Erfahrungswerte, da BSA-Nachfragen bei den zum Open Access verpflichteten Betreibern geförderter Glasfaserinfrastruktur insgesamt bislang selten waren (u.a. weil sich etliche Netze noch im Bau befinden)
 - Immerhin sind im Bedarfsfall aber verschiedene Rechtsmittel denkbar – abhängig von der Rechtsnatur eines bindenden Vorschlags der BNetzA zur Bepreisung

2. Rechtliche & außerrechtliche Hilfsmittel im Überblick

zumindest in WL-Modellen
streitig, ob eröffnet



3. Zivilrechtliche Einordnung des Preissetzungsrechtes der BNetzA

- Gängige Open Access Klauseln in den Zuwendungsverträgen bezeichnen sich zumeist nicht ausdrücklich als Regelungen zugunsten Dritter i.S.d. § 328 Abs. 1 BGB
- Mangels expliziter Einordnung ist der Charakter solcher Bestimmungen nach § 328 Abs. 2 BGB anhand einer Betrachtung der Gesamtumstände im Wege der Auslegung zu ermitteln
- Dass die Open Access Verpflichtungen zugunsten BSA-Nachfragern als Dritte gelten, wird man aber annehmen können, weil ansonsten kaum eine effektive Durchsetzung möglich wäre:
 - Schon aus Erwägungen der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG kann der Nachfrager nicht bloß darauf verwiesen werden, außergerichtlich vom Zuwendungsempfänger zu erbitten, dass dieser auf die Einhaltung der Nebenbestimmungen zugunsten Dritter hinwirkt
 - Ohne Eröffnung des Rechtsweges zu den ordentlichen Gerichten wäre der Nachfrager ohne unmittelbaren Anspruch gegen den Auftragnehmer aus dem Zuwendungsvertrag nach § 328 Abs. 1 BGB unterdessen auf den Verwaltungsrechtsweg beschränkt
 - Klagegegner kann hier indes nur die öffentliche Hand sein (§ 78 VwGO), Klagegegenstand nicht die reale Weigerung eines begünstigten TK-Unternehmens zur Einhaltung einer Nebenbestimmung, sondern nur die Nebenbestimmung bzw. der Verwaltungsakt / öffentlich-rechtliche Vertrag selbst
 - Jenseits des Zivilrechtsweges gibt es für Open Access Nachfrager keine direkte Möglichkeit, zu ihrem Recht zu gelangen
 - Um der europarechtlich fundierten Open Access Verpflichtung zur Geltung zu verhelfen, ist bei gebotener europarechtskonformer Auslegung der in den Zuwendungsvertrag aufgenommene Open Access Verpflichtung eine Regelung zugunsten Dritter i.S.d. § 328 Abs. 1 BGB zu bejahen

3. Zivilrechtliche Einordnung des Preissetzungsrechtes der BNetzA

- **Unterdessen verneint die instanzgerichtliche Rechtsprechung zumindest bei Zuwendungsverträgen im Wirtschaftlichkeitslückenmodell deren privatrechtlichen Charakter (VG Trier, Urt. 30.09.2020, 2 K 4848/19; VG Dresden, Beschl. v. 14.08.2019, 4 L 416/19; vgl. auch OLG München, Beschl. v. 25.03.2011, Verg 4/11)**
- **Während also bei einem Pachtvertrag im Betreibermodell geringe Bedenken gegen die Statthaftigkeit einer Leistungsklage vor ordentlichen Gerichten bestehen, sind Open Access Nachfrager in Wirtschaftlichkeitslückenmodellen möglicherweise auf den Verwaltungsrechtsweg verwiesen**
- **Mangels obergerichtlicher Entscheidungen kann es bei ausbleibender außergerichtlicher Entscheidung aber kaum schaden, versuchsweise auch eine Leistungsklage zu erheben**
- **Ein verwaltungsgerichtliches Verfahren dauert erfahrungsgemäß ohnehin länger als eine zivilgerichtliche Auseinandersetzung (die Feststellungsklage vor dem VG Trier in Sachen 2 K 4848/19 wurde insgesamt etwa 15 Monate verhandelt)**
- **Immerhin taugt der Verwaltungsrechtsweg aber als Druckmittel, weil er darauf gerichtet ist, je nach angegriffenen Rechtsakt entweder den Förderbescheid widerrufen oder den Zuwendungsvertrag kündigen zu lassen und damit dem zu offenen Netzzugängen verpflichteten TKU unverhältnismäßig stärker zu benachteiligen, als wenn dieses nachgibt und offene Netzzugänge gewährt**

4. Zivilrechtsweg

- Unterstellt man die Statthaftigkeit einer zivilrechtlichen Leistungsklage, richtet sich die örtliche Zuständigkeit nach dem Sitz des zum Open Access verpflichteten TK-Unternehmen (§ 17 Abs. 1 ZPO)
- Ob das jeweilige Amtsgericht oder Landgericht anzurufen ist, bestimmt sich nach der Höhe des Streitwertes (§ 23 Nr. 1 GVG)
 - Streitwert über 5.000 € → Zuständigkeit des Landgerichts
 - Streitwert unter 5.000 € → Zuständigkeit des Amtsgericht
- Der Streitwert bemisst sich nach der Höhe der tatsächlich angebotenen oder marktüblichen jährlichen Netzentgelte für die Zahl der Adresspunkte, die voraussichtlich gebucht werden, multipliziert mit 3,5 (§ 9 S. 1 ZPO)
 - Bei L2-BSA-Vorleistungsprodukten für die Versorgung von 10 Endkunden dürfte die Schwelle zur Zuständigkeit des Landgerichts regelmäßig bereits deutlich überschritten sein
- Es ist im Streitfall unbedingt anzuraten, zumindest in den anfänglichen Planungen eine hinreichend hohe Zahl an Teilnehmeranschlüssen zu veranschlagen, für die BSA-Vorleistungsprodukte nachgefragt werden sollen, damit die Streitigkeit vor einem Landgericht verhandelt wird, da hier ein höherer Spezialisierungs- und damit einhergehend Professionalisierungsgrad erreicht wird

4. Zivilrechtsweg

- Zumindest in Betreibermodellen mit guter Aussicht auf die Eröffnung des Zivilrechtsweges kann daneben auch eine Feststellungsklage geboten sein:

- Denn der mit dem Anbieter zu schließende BSA-(Rahmen-)Vertrag kann ganz unabhängig von der Bepreisung prohibitive Nebenbestimmungen enthalten, die eine effektive Nachfrage von Vorleistungsprodukten ebenfalls verhindern und nach § 7 Abs. 6 NGA-RR nicht dem einseitigen Leistungsbestimmungsrecht der BNetzA unterliegen; Beispiele:
 - Service-Levels deutlich unter Marktniveau
 - Haftungsausschlüsse für Fälle der (selbstverschuldeten) Versorgungsunterbrechung
 - Umständliche Modalitäten für die Zu- und Abbuchung von Bitstromzugängen (z.B. Schriftformerfordernis, einjährige Vorlaufzeiten, versteckte Servicegebühren)

- Solche Nebenbestimmungen jedoch
 - sind in aller Regel wegen der weiten Legaldefinition AGB i.S.d. § 305 Abs. 1 BGB
 - halten einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB nicht stand, weil sie den wesentlichen Grundgedanken von Fairness und Diskriminierungsfreiheit der Open Access Verpflichtung widersprechen, die bereits durch die gesetzlichen Regelungen der Art. 107, 108 AEUV vorgezeichnet sind

- Der Nachfrager kann einen ihm angebotenen Rahmenvertrag für den Bezug von Vorleistungsprodukten somit zivilgerichtlich um unbillige Klauseln „bereinigen“, indem er die Unwirksamkeit der jeweiligen Regelungen feststellen lässt

4. Zivilrechtsweg

- Der Anbieter kann solche Rechtsmittel eines Nachfragers umgekehrt unterlaufen, indem er
 1. (für sich genommen unschädliche) kurze Kündigungsfristen in den Rahmenvertrag aufnimmt,
 2. bei (gerichtlicher) Beanstandung durch den Nachfrager die Vereinbarung kündigt und
 3. seiner Open Access Verpflichtung durch das Angebot einer neuen Vereinbarung gerecht wird, die ihrerseits erst wieder aufs Neue einer gerichtlichen Überprüfung unterzogen werden muss

- Perspektivisch provoziert ein solches Taktieren schärfere Gegenmittel wie die verwaltungsgerichtliche Verpflichtungsklage zum Widerruf des Förderbescheids

- Gerade bei kleineren geförderten Netzen mit geringem Mehrwert für Nachfrager können solche Barrieren aber dazu führen, dass die Verfahrenskosten außer Verhältnis zum Nutzen einer gerichtlichen Durchsetzung der Ansprüche auf offene Netzzugänge stehen und die verfügbaren Rechtsmittel nicht ausgeschöpft werden
 - Dies gilt insbesondere, wenn der zum Open Access verpflichtete Netzbetreiber zur Beschränkung der Nachfragen subtilere Nebenbestimmungen in den Rahmenvertrag einbindet als die sehr plakativen eben genannten Beispiele

 - Am wirksamsten kann der verpflichtete Netzbetreiber seine rechtliche Interessen gleichwohl dadurch verfolgen, dass er aktiv mit den Nachfragern in Verhandlungen tritt; dadurch unterliegen die individuell vereinbarten vertraglichen Regelungen gar nicht erst der Inhaltskontrolle des § 307 Abs. 1, 2 BGB (vgl. § 305b BGB)

- In verwaltungsrechtlicher Hinsicht ist die Festsetzung bindender Preise unabhängig von der zivilrechtlichen Würdigung womöglich gesondert als (anfechtbarer) Verwaltungsakt zu beurteilen
- § 35 VwVfG definiert einen solchen legal als „*Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist*“
- Prima facie könnte man ausgehend von den Kriterien der Legaldefinition die Preissetzung der BNetzA nach § 7 Abs. 6 NGA-RR als Verwaltungsakt verstehen
- Dies gilt insbesondere insofern, als Entscheidungen der BNetzA über faire, diskriminierungsfreie Mitnutzungsentgelte für Leerrohre im Zuge des Streitschlichtungsverfahrens nach §§ 77n, 132 Abs. 2 TKG durch Verwaltungsakte ergehen
- Eine Analogie zu diesem Regelungskomplex aus dem DigiNetzG erscheint zunächst plausibel

5. Verwaltungsrechtliche Einordnung des Preissetzungsrechtes der BNetzA

- **Aber: Die Regelung zur Streitbeilegung durch die 8. Beschlusskammer der BNetzA in Mitnutzungsfällen nach §§ 77d, 77n Abs. 1 TKG unterscheidet sich in Wortlaut, Umfang und Struktur systematisch von derjenigen zur Preisfestsetzung bei Streitigkeiten im Hinblick auf die Verpflichtung zu offenen Netzzugängen aus § 7 Abs. 6 NGA-RR**
 - Die NGA-Rahmenregelung spricht von einer „Stellungnahme“ der BNetzA mit „verbindlichen Vorschlägen“ für die Bepreisung, nicht von der „Festsetzung eines Mitnutzungsentgeltes“ (§ 77n Abs. 2 S. 1 TKG) oder einer „Entscheidung durch Verwaltungsakt“ (§ 132 II 2 TKG)
 - Ferner spricht die Entstehungsgeschichte der Normen für eine bewusste Differenzierung: Das BMVI als in beiden Fällen federführende Ressort arbeitete das DigiNetzG und die NGA-Rahmenregelung nahezu zeitgleich aus; dass ein Verweis unterblieb und strukturell anderslautende Regelungen getroffen wurden, spricht deutlich gegen die Planwidrigkeit der Differenzierung, überdies fehlt in § 7 Abs. 6 NGA-RR bereits die Regelungslücke
- Darüber hinaus ergeben die verbindlichen Vorschläge zur Preissetzung nur im Zusammenhang mit der Open Access Verpflichtung eine sinnvolle Regelung; ohne anbieterseitigen Kontrahierungszwang liefe die verbindliche Bestimmung eines Preises leer
- Naheliegender ist deshalb, verbindliche Preisvorschläge der BNetzA verwaltungsrechtlich als streng akzessorische Nebenbestimmungen zu den Förderbescheiden zu sehen, die ihrerseits die Open Access Verpflichtung dem Grunde nach regeln (vgl. *Tiedemann*, in: BeckOK-VwVfG, 49. Edition 2020, § 36, Rn. 1)

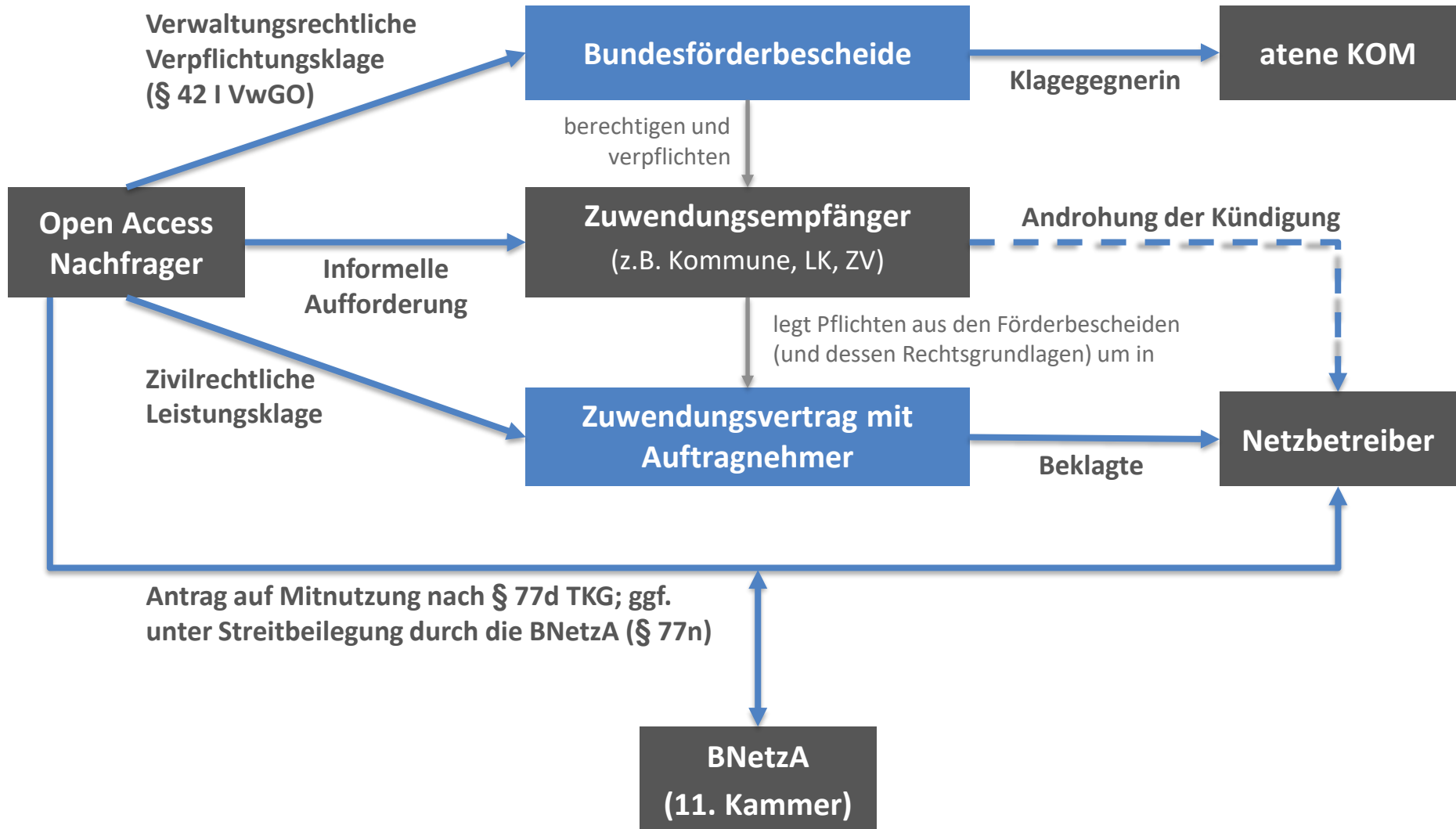
6. Verwaltungsrechtsweg

- Da es sich bei verbindlichen Vorschlägen der BNetzA zur Bepreisung verwaltungsrechtlich betrachtet jedenfalls nicht um eine gesonderte Auflage handelt, sondern allenfalls um eine Nebenbestimmung, die mit der Open Access Verpflichtung untrennbar zusammenhängt, kann sie nicht isoliert angefochten werden
- Denkbar ist nur eine kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage, die darauf gerichtet ist, zunächst den gesamten Zuwendungsbescheid aufzuheben und sodann mit modifizierter Open Access Verpflichtung neu zu erlassen (vgl. etwa OVG Berlin, Beschl. v. 7.5.2001, 2 SN 6/01)
- Es ist zweifelhaft, ob ein solches Rechtsmittel Aussicht auf Erfolg hätte, da
 1. der Förderbescheid für eine erfolgreiche Anfechtung nach Maßgabe seiner Konkretisierung durch die Preisfestsetzung der BNetzA für NGA-Vorleistungsprodukte rechtswidrig sein muss, d.h. die Grundsätze der Fairness und Diskriminierungsfreiheit der Netzentgelte nach § 7 Abs. 5, 6 NGA-Rahmenregel verletzen muss (da der BNetzA hierbei nach § 317 Abs. 1 BGB nur die Grenzen billigen Ermessens gesetzt sind, bleiben ihr bei der Bepreisung erhebliche Spielräume)
 2. die atene KOM GmbH als Klagegegnerin schon nach Lage der Rechtsgrundlagen der Bundesförderrichtlinie und der NGA-Rahmenregelung nicht verpflichtet werden kann, eigenständig Netzentgelte vorzuschreiben, sondern im Kern auch einen neuen Förderbescheid mit dem Preisbestimmungsrecht der BNetzA i.S.d. § 317 Abs. 1 BGB versehen müsste
- Bestenfalls müsste die BNetzA bloß erneut über angemessene Preise für Vorleistungsprodukte entscheiden, ohne dass sich ihr Ermessen davor oder danach auf null reduziert

- Eine verwaltungsrechtliche Klage ist am ehesten statthaft, wenn sie darauf gerichtet ist, die Nichtigkeit des Zuwendungsbescheides festzustellen (§ 43 Abs. 2 VwGO) oder zu dessen Widerruf zu verpflichten (§ 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO)
- Der Verwaltungsrechtsweg ist hierfür bei Breitbandförderbescheiden nach Auffassung der Instanzgerichte eröffnet, ohne dass sich abdrängende Sonderzuweisungen ergeben (VG Trier, Urt. 30.09.2020, 2 K 4848/19; VG Dresden, Beschl. v. 14.08.2019, 4 L 416/1)
- Zulässige Klagegegner i.S.d. § 78 VwGO sind die atene KOM als beliehener Projektträger des Bundes und die Landesförderstellen (siehe zur Passivlegitimation *Kiefer*, in: LKRZ 2009, 441, 444, *Kopp/Schenke*: VwGO-Kommentar, 26. Aufl. 2020, § 78, Rn. 3)

- Die Klagebefugnis ergibt sich bereits unabhängig vom drittschützenden Charakter der Open Access Verpflichtung aus dem anerkannten drittschützenden Charakter des Durchführungsverbot es unzulässiger Beihilfen nach Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV und dem damit einhergehenden subjektiven öffentlichen Recht von nicht berücksichtigten Mitbewerbern (vgl. VGH BaWü, Urt. v. 10.04.2019, 9 S 75/17)
- Jedenfalls die Zulässigkeit einer Verpflichtungsklage setzt ferner voraus, dass der Erlass des actus contrarius zuvor abgelehnt oder unterlassen wurde (§ 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO); zunächst ist die atene KOM also außergerichtlich dazu aufzufordern, den Zuwendungsbescheid nach § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VwGO zu widerrufen

1. Rechtsmittel, Adressaten und angreifbare Rechtsakte im Überblick



- Nachfragern von Vorleistungsprodukten stehen trotz aller Unwägbarkeiten wirksame Rechtsmittel zur Verfügung, um Betreiber geförderter Netze unter Druck zu setzen und zur Gewährung offener Netzzugänge zu fairen Konditionen zu bewegen
 - ... selbst wenn dazu bei hartnäckiger Weigerung die „nukleare Option“ ausgeschöpft werden muss, im Wege der verwaltungsgerichtlichen Verpflichtungsklage die atene KOM zu verpflichten, ihren Förderbescheid zu widerrufen
- Je weniger kooperativ Betreiber geförderter Netze auf Open Access Anfragen reagieren, desto stärker berauben sie sich der eigenen Privatautonomie beim Aushandeln von BSA-(Rahmen-)Verträgen und desto eher hängt der Inhalt von behördlichen und gerichtlichen Festsetzungen ab
- Wahrscheinlich ist, dass sich etwa die BNetzA bei ihren bindenden Vorschlägen für angemessenes Netzentgelte für L2- und L3-BSA-Produkte an den Referenzpreisen bezuschlagter Bieter in anderen Fördergebieten orientieren wird, die allesamt auf breitbandausschreibungen.de veröffentlicht werden; hier liegen Median und Durchschnitt der bekanntgegebenen Entgelte aktuell etwas über 25€ netto / Monat pro L2-BSA-Anschluss
- Gerade wenn ein Betreiber eines geförderten Glasfasernetzes dies nicht für auskömmlich hält, sollte er bei Nachfragen proaktiv in Verhandlungen treten, statt zuzulassen, dass über seinen Kopf entschieden wird

www.wr-recht.de

info@wr-recht.de

Standort Hamburg

Bleichenbrücke 11

20354 Hamburg

Tel.: 040 / 350036-0

Hinweise

© Der gesamte Inhalt dieser Präsentation mit Ausnahme des Titelfotos ist ausschließliches Eigentum der WIRTSCHAFTSRAT Recht – Bremer Woitag Rechtsanwaltsgesellschaft mbH . Ohne Einwilligung der Rechtsinhaberin ist jegliche Übernahme zur Vervielfältigung und zur Nutzung für werbliche Zwecke oder die Änderung des Inhalts bei Beibehaltung der wesentlichen strategischen Aussagen – auch einzelner – Vorschläge unzulässig, wenn nicht dafür die schriftliche Genehmigung der Rechtsinhaberin eingeholt wurde.

Das Titelfoto wird unter einer CC 0 Lizenz über die Plattform Pexels bereitgestellt.