

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

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 Wohnungsbaunternehmen 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 angeschlossen Wohnheiten 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*.

Verfügungsbeklagte beabsichtigt, einen Auftrag zum Ausbau der von ihr verwalteten Wohnungen zu erteilen. Unabhängig davon, ob die Schwellenwertgrenze nach § 106 GWB erreicht ist oder der Auftrag von der Bereichsausnahme nach § 149 Nr. 8 GWB erfasst sein sollte, wird die Verfügungsbeklagte ein diskriminierungsfreies Auswahlverfahren durchzuführen haben.

Entgegen der Auffassung der Verfügungsbeklagten ist in vorläufiger Würdigung davon auszugehen, dass der sachliche Anwendungsbereich der §§ 1 ff. VgG M-V eröffnet ist. Gemäß § 1 Abs. 2 VgG M-V bei gelten die Bestimmungen des Vergabegesetzes für das Land, die Landkreise, Ämter und Gemeinden (Kommunen) sowie für sonstige Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, die der Aufsicht des Landes oder des Landrates als untere staatliche Verwaltungsbehörde unterstehen. Der Begriff der Gemeinden ist dabei nicht lediglich formal auf die Tätigkeiten der Gebietskörperschaften beschränkt. Dies ergibt aus einer an Sinn und Zweck der Regelungen orientierten Auslegung.

Ausweislich der vom Senat herangezogenen Gesetzesbegründung sollte das Gesetz die sog. klassischen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des europäischen Vergaberechts erfassen (vgl. Lt-Drs. 5/4190, S. 13). Nicht erfasst werden sollten lediglich die Zuwendungsempfänger, sofern sie nicht durch anderweitige gesetzliche Regelungen (etwa das Kartellvergaberecht) zur Anwendung vergaberechtlicher Bestimmungen verpflichtet sind und die Sparkassen, für die bereits damals für den sogenannten Oberschwellenbereich Einigkeit bestand, dass sie nicht als öffentliche Auftraggeber nach § 98 Nummer 2 GWB anzusehen sind. Mithin wollte der Gesetzgeber den sachlichen Anwendungsbereich mit den Vorgaben des GWB grundsätzlich in Gleichlauf bringen. Nach § 98 Nr. 2 S. 1 GWB (i. d. F. vom 24.04.2009, gültig bis 29.06.2013) waren öffentliche Auftraggeber andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, wenn Stellen, die unter Nummer 1 oder 3 fallen, sie einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise überwiegend finanzieren oder über ihre Leitung die Aufsicht ausüben oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe bestimmt haben. Diese Regelung entspricht im Wesentlichen der Neuregelung in § 99 Abs. 2 GWB.

Hierzu hat der Vergabesenaat des Oberlandesgerichts Rostock bereits mit Beschluss vom 2. Oktober 2019 (Az. 17 Verg 3/19, juris) die maßgeblichen Kriterien herausgearbeitet, nach denen bei einem privatrechtlich organisierten städtischen Wohnungsbauunternehmen von einem öffentlichen Auftraggeber auszugehen ist. Auf die maßgeblichen Erwägungen nimmt der Senat Bezug (vgl. OLG Rostock, Beschluss vom 2. Oktober 2019, a. a. O., Rn. 61 ff., juris). Diese Kriterien sind bei der Verfügungsbeklagten nach vorläufiger Betrachtung erfüllt. Insbesondere ist derzeit davon auszugehen, dass die Verfügungsbeklagte eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nichtgewerblicher Art erfüllt. Der von der Verfügungsbeklagten verfolgte Zweck besteht in der sicheren und sozial verantwortbaren Wohnungsverorgung breiter Schichten der Bevölkerung. Sie darf dazu Wohnbauten errichten, betreiben, bewirtschaften und verwalten. Sie kann außerdem die hiermit im Zusammenhang stehenden Aufgaben und Maßnahmen des Städtebaus und der Infrastruktur durchführen und hierzu Grundstücke erwerben, übernehmen, belasten, bebauen und veräußern sowie Erbaurechte bestellen. Zur Unterstützung der kommunalen Siedlungspolitik gehört auch die Bereitstellung von Flächen und Mieträumen zur gewerblichen Nutzung, insbesondere zur Sicherstellung der Nahversorgung der Bevölkerung in Wohngebieten. Als Aufgaben der Daseinsvorsorge kann sie in ihrem Wohnumfeld Gemeinschaftsanlagen und Folgeeinrichtungen sowie

soziale, wirtschaftliche und kulturelle Einrichtungen und Dienstleistungen vorhalten.

Danach entspricht es dem typischen Bild heutiger kommunaler Wohnungsgesellschaften, dass die Verfügungsbeklagte die Aufgabe der sozialen Wohnraumversorgung mit der Tätigkeit eines nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten agierenden Wohnungsunternehmens verbindet (vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 06.12.2016 – 6 Verg 4/16, juris Rn. 58; VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 21.12.2017 – VK 1-24/17, juris Rn. 36). Das ändert nichts daran, dass die im Allgemeininteresse liegende besondere Aufgabe der sozialen Wohnraumförderung eine solche nichtgewerblicher Art ist. Die Verbindung ihrer im Allgemeininteresse liegenden nichtgewerblichen Aufgabe mit einer auf Gewinnerzielung gerichteten Tätigkeit ermöglicht es den kommunalen Wohnungsunternehmen regelmäßig erst, die ihnen als besondere Pflicht obliegende Aufgabe der sozial verträglichen Wohnraumversorgung effizient und kostensparend zu erfüllen (vgl. OLG Brandenburg, a. a. O.). Im Übrigen geht der Senat nach den Umständen des Falls unter Berücksichtigung der Bedeutung der sozialen Wohnraumversorgung und der aktuellen öffentlichen Debatte davon aus, dass die Gewinnerzielung der Verfügungsbeklagten für den kommunalen Alleingesellschafter ein „nice to have“ ist, eine fehlende Gewinnerzielung ihren Fortbestand aber nicht ernstlich in Zweifel ziehen würde. Auf dieser Grundlage ist dann aber gerade nicht sicher festzustellen, die Verfügungsbeklagte werde sich bei der Vergabe allein von wirtschaftlichen Gesichtspunkten leiten lassen.

Der Auffassung der Verfügungsbeklagten, allein wegen ihrer privatrechtlichen Organisation formal nicht dem Gesetz zu unterfallen, ist nicht zu folgen. Sie steht offenkundig mit dem gesetzgeberischen Ziel in Widerspruch, für die Marktteilnehmer die Möglichkeiten eines fairen Wettbewerbs zu eröffnen. Es wäre nicht nachvollziehbar, dass eine Gemeinde, die ihre Wohnungswirtschaft nicht ausgegliedert, sondern als rechtlich unselbstständigen Eigenbetrieb verwaltet, den Regelungen unterliegt, während eine andere, die ihren Bestand ausgegliedert hat und gleichsam regional den Markt beherrscht, allein deswegen hiervon befreit wäre.

Mithin hätte die Verfügungsbeklagte in jedem Fall ein Auswahlverfahren durchführen müssen. Dadurch hat sie gesetzlichen Vorschriften zuwider gehandelt, die auch dazu bestimmt sind, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Der Verstoß war aufgrund der herausragenden Stellung der Verfügungsbeklagten im lokalen Wohnungsmarkt (rund 2.400 Wohnungen bei 13.500 Einwohnern) geeignet, insbesondere die Interessen von Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen. Durch die de facto-Vergabe hat sie nämlich jeden Wettbewerb ausgeschlossen.

Die Verfügungsklägerin, als aktivlegitimierte Mitbewerberin, hat dies und die damit behauptete Beauftragung [des anderen Unternehmens] durch die Verträge aus März 2022 [...] hinreichend glaubhaft gemacht.

Zur Vermeidung von Wiederholungen wird weitergehend auf die Hinweise in der Terminverfügung des Senates vom 19.02.2024 Bezug genommen. Nach dem Wortlaut und Gesamtzusammenhang der beigebrachten Vertragsurkunden, deren Inhalt im Berufungsverfahren bereits deswegen zu berücksichtigen war, weil der Abschluss dieser Vereinbarungen und ihr Wortlaut unstrittig sind, hat die Verfügungsbeklagte [das andere Unternehmen] damit zumindest über ihre Duldungspflicht hinaus mit dem Glasfaserausbau auf Netzebene 4 in ihren Liegenschaften beauftragt.

Soweit die Verfügungsbeklagte in ihrer Stellungnahme vom 07.03.2023 behauptet, es handle sich um eine bloße Falschbezeichnung, hat sie diese Behauptung nicht hinreichend glaubhaft gemacht. Sie hat insbesondere nicht glaubhaft gemacht, dass auch der für [das andere Unternehmen] handelnde Mitarbeiter einer Fehlvorstellung unterlag. Der Senat geht überdies davon aus, dass es sich in Bezug auf den Einwand

der „falsa demonstratio“ um eine bloße Schutzbehauptung handelt.

(2)

In der Folge steht der Verfügungsklägerin hier voraussichtlich ausnahmsweise ein Anspruch auf Unterlassung der künftigen Beauftragung ohne Durchführung eines fairen Auswahlverfahrens sowie ein Anspruch auf Unterlassung des weiteren Vollzugs der bereits geschlossenen Vereinbarung zu.

Soweit regelmäßig vertreten wird, dass ein primärer Rechtsschutz im unterschwellen Bereich nach Abschluss des Verfahrens durch Zuschlag ausgeschlossen ist, greift dies vorliegend nicht, da die Verfügungsbeklagte willkürlich gehandelt hat.

Nach zutreffender Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ist die unterschiedliche Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes für Aufträge oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar (BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2006 – BvR 1160/03, NZBau 2006, 791 (796)). Deswegen begegnet es auch keinen Bedenken, dass Verträge nach Zuschlagserteilung im Unterschwellenbereich grundsätzlich nicht nach § 135 GWB (analog) nichtig sind und regelmäßig nicht davon auszugehen ist, dass die Anforderungen der Sittenwidrigkeit i. S. d. § 138 BGB bspw. wegen eines kollusiven Zusammenwirkens erfüllt sind. Betroffene Mitbewerber sind daher regelmäßig auf den sekundär Rechtsschutz zu verweisen, soweit das Verfahren beendet und der Zuschlag erteilt ist.

Allerdings hat jede staatliche Stelle bei ihrem Handeln, unabhängig von der Handlungsform und dem betroffenen Lebensbereich, die in dem Gleichheitssatz niedergelegte Gerechtigkeitsvorstellung zu beachten. Dieses Handeln ist anders als die in freiheitlicher Selbstbestimmung erfolgende Tätigkeit eines Privaten stets dem Gemeinwohl verpflichtet. Eine willkürliche Ungleichbehandlung kann dem Gemeinwohl nicht dienen.

Der staatlichen Stelle, die einen öffentlichen Auftrag vergibt, ist es daher verwehrt, das Verfahren oder die Kriterien der Vergabe willkürlich zu bestimmen. Darüber hinaus kann die tatsächliche Vergabep Praxis zu einer Selbstbindung der Verwaltung führen. Aufgrund dieser Selbstbindung kann den Verdingungsordnungen als den verwaltungsinternen Regelungen über Verfahren und Kriterien der Vergabe eine mittelbare Außenwirkung zukommen. Jeder Mitbewerber muss eine faire Chance erhalten, nach Maßgabe der für den spezifischen Auftrag wesentlichen Kriterien und des vorgesehenen Verfahrens berücksichtigt zu werden. Eine Abweichung von solchen Vorgaben kann eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG bedeuten. Insofern verfügt jeder Mitbewerber über ein subjektives Recht, für das effektiver Rechtsschutz gewährleistet werden muss (vgl. BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2006 – 1 BvR 1160/03 –, BVerfGE 116, 135–163, Rn. 64–65).

Nach Auffassung des Senats lässt sich daraus ableiten, dass im Falle einer willkürlichen de facto Vergabe dem betroffenen Mitbewerber die Chance eröffnet werden muss, zumindest den weiteren Vollzug des Vertrages zu verhindern und auf die anschließende Durchführung eines fairen Verfahrens hinzuwirken.

Die Verfügungsbeklagte handelte vorliegend willkürlich. Ein Fall der Willkür ist anzunehmen, wenn der Auftraggeber ohne sachliche Erwägungen den Auftrag einem Dritten erteilt, ohne überhaupt Mitbewerbern eine Chance zu geben, Angebote einzureichen. Es ist nicht ersichtlich, dass die Verfügungsbeklagte aus sachlichen Erwägungen von einem Vergabeverfahren abgesehen hat. Vielmehr sprechen die Indizien dafür, dass sie auf Weisung ihres Alleingesellschafters, der Stadt [...], hier einseitig die Mitbewerberin der Verfügungsklägerin bevorzugen wollte. Dafür spricht der Umstand, dass die Stadt [...] bereits im November 2020 im Stadtboten einseitig für die Leistungen [des anderen Unternehmens] erworben hat [...]. Darin wird u. a. ausgeführt, dass durch die Leistungen [des anderen Unternehmens] 8.100 Haushalte die Möglichkeit erhalten, an das Glasfasernetz angeschlossen zu werden und dass [das andere Unternehmen] mit einem Angebot an die Stadt herangetreten war. Die

Verfügungsbeklagte wird zu 100% durch die Stadt [...] kontrolliert. Danach spricht vieles dafür, dass die Stadt bereits damals eine Kooperation zwischen [dem anderen Unternehmen] und der Verfügungsbeklagten angestrebt hat, denn bei rund 13.500 Einwohnern und 8.100 Haushalten ist davon auszugehen, dass der signifikante Anteil der 2.400 von der Verfügungsbeklagten verwalteten Wohnungen hiervon profitieren sollten. Darüber hinaus spricht das Prozessverhalten der Verfügungsbeklagten für ein willkürliches Vorgehen. Sie hat nur unvollständig zum Inhalt der Verträge vorgetragen und den Abschluss der Zusatzvereinbarung zunächst gänzlich verschwiegen. Bestärkt wird der gewonnene Eindruck zudem durch das Informationsverhalten der Stadt [...], die gesondert durch die Verfügungsklägerin gerichtlich auf Herausgabe der Vertragsunterlagen in Anspruch genommen werden musste. Dies sind in der vorläufigen Gesamtschau hinreichende Indizien dafür, dass ein Wettbewerber unter Ausschluss eines anderen bevorzugt werden sollte.

Aufgrund dessen steht der Verfügungsklägerin nicht nur ein Anspruch auf Unterlassung der künftigen Vergabe ohne Auswahlverfahren zu; sie kann zugleich verlangen, dass künftige Verträge, die dieses Gebot missachten, nicht vollzogen werden. Zugleich kann sie mit Blick auf den bereits geschlossenen Vertrag zumindest verlangen, dass die Verfügungsbeklagte den weiteren Vollzug des Vertrages unterbindet. Es ist nicht ersichtlich, dass dies aus rechtlichen Gründen ausgeschlossen wäre.

(3)

Soweit die Klagepartei mit ihrem Antrag zugleich auch begehrt hat, der Verfügungsbeklagten aufzugeben, den Betrieb bereits hergestellter Glasfaserleitungen zu untersagen, war die Berufung zurückzuweisen. Die erfolgten Anordnungen genügen zur Erreichung des Sicherungsziels aus. Eine weitergehende Anordnung wäre unter Berücksichtigung der berechtigten Belange des Netzbetreibers und der von einer solchen Anordnung sonst mittelbar betroffenen Nutzer unverhältnismäßig.

c.

Ein Verfügungsgrund liegt vor. Dies ist dann der Fall, wenn zu besorgen ist, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte.

Dies ist vorliegend der Fall. Die weitere Umsetzung der vertraglichen Abrede mit [dem anderen Unternehmen] würde dazu führen, dass bereits vor Abschluss eines etwaigen neuen Vergabeverfahrens die Wohnungen faktisch ausgestattet sind, sodass damit der Anspruch der Verfügungsklägerin auf Durchführung eines diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens vereitelt werden könnte.

Die notwendige Dringlichkeit, die nach § 12 Abs. 1 UWG sogar vermutet wird, ist nicht aufgrund des Verhaltens der Verfügungsklägerin widerlegt.

(1)

Zutreffend geht das Landgericht davon aus, dass ein Verfügungsgrund fehlt, wenn der Antragsteller die Annahme der Dringlichkeit durch sein eigenes Verhalten ausgeschlossen hat, insbesondere weil er nach Eintritt der Gefährdung seines Rechts lange Zeit mit einem Antrag zugewartet oder das Verfügungsverfahren nicht zügig betrieben hat. Der Gedanke der Selbstwiderlegung wurde in Ansehung der gesetzlichen Dringlichkeitsvermutung im Wettbewerbsrecht entwickelt, ist aber als allgemeiner Rechtsgrundsatz anzuerkennen (KG NJW-RR 2001, 1201; OLG Köln BeckRS 1999, 30065637; OLG Dresden BeckRS 2018, 3662; BeckOK ZPO/Mayer, 50. Ed. 1.9.2023, ZPO § 935 Rn. 16; Musielak/Voit/Huber, 20. Aufl. 2023, ZPO § 940 Rn. 4).

Eine späte Antragstellung ist dann schädlich, wenn dem Gläubiger die Gefährdung seiner Rechtsstellung bekannt war oder aus grober Fahrlässigkeit unbekannt blieb (sich aufdrängende Vermutung: OLG München BeckRS 2001, 30229435; greifbare Hinweise: KG BeckRS 2015, 11082). Allein deren Erkennbarkeit genügt nicht, insbesondere besteht grundsätzlich keine Pflicht zur Marktbeobachtung (OLG Köln GRUR-RR 2003, 187;

OLG Hamburg BeckRS 1999, 3636), anders, wenn hierzu Anlass hätte gesehen werden müssen (OLG Düsseldorf GRUR-RR 2012, 146).

(2)

Von diesen Maßstäben ausgehend reichen die Feststellungen des Landgerichts in dem angefochtenen Urteil nicht aus, um eine Selbstwiderlegung durch langes Zuwarten anzunehmen. Insoweit kann nicht allein auf den Inhalt der E-Mails vom 12.10.2022 und 01.11.2022 [...] abgestellt werden. Aufgrund des Aushangs im Herbst 2022 war allenfalls die Vermutung für eine Beauftragung [des anderen Unternehmens] begründet, mehr aber auch nicht. Insbesondere wegen der in § 145 Abs. 1 TKG statuierten Duldungspflicht begründet der tatsächliche Netzausbau der Netzebene 4 keine hinreichende Tatsachengrundlage für die Annahme eines wettbewerbswidrigen Vertragsschlusses der Verfügungsbeklagten mit [dem anderen Unternehmen]. Angesichts dessen bestand weder die positive Kenntnis von einem wettbewerbswidrigen Verhalten der Verfügungsbeklagten auf Seiten der Verfügungsklägerin noch die grob fahrlässige Unkenntnis. Letzteres liegt bereits deswegen nicht vor, weil die Verfügungsklägerin das zu diesem Zeitpunkt Mögliche getan. Sie hat die Verfügungsbeklagte mit ihrer Vermutung konfrontiert und im Gespräch vom 08.11.2022 die wahrheitswidrige Aussage erhalten hat, es gäbe keine Beauftragung [des anderen Unternehmens].

Überdies kommt eine Selbstwiderlegung der Dringlichkeit nur dann in Betracht, wenn ein früheres Vorgehen im Wege einer einstweiligen Verfügung Erfolg versprechend gewesen wäre. Ein Zuwarten ist folglich nur dann vorwerfbar, wenn der Antragsteller über die erforderlichen Glaubhaftmachungsmittel verfügt oder zumutbare Möglichkeiten sich diese zu

beschaffen über längere Zeit nicht nutzt. Dem Antragsteller ist nicht zuzumuten, auf ungenügender Tatsachengrundlage und mit ungenügenden Glaubhaftmachungsmitteln einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung einzureichen. Gleichsam muss er sich erforderliche Glaubhaftmachungsmittel mit der gebotenen Eile beschaffen (Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Retzer, 5. Aufl. 2021, UWG § 12 Rn. 81). Entsprechend den Feststellungen des Landgerichts zum Verfügungsgrund war der Aushang vom Herbst 2022 für sich genommen nicht ausreichend zur Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruchs, ebenso wenig war der parallele Beginn der Netzausbauarbeiten geeignet, den Anspruch glaubhaft zu machen.

Vielmehr war die Verfügungsklägerin erst aufgrund der mit Schriftsatz vom 09.02.2024 übermittelten Vertragsurkunden in der Lage den Verfügungsanspruch glaubhaft zu machen, die sie erst am 07.02.2024 nach Durchführung entsprechender Verwaltungsstreitverfahren erhalten hat.

Klarzustellen ist, dass es der Verfügungsbeklagten nach dem Inhalt dieser Anordnungen künftig nicht verwehrt ist, Eingriffe im Rahmen ihrer aus § 145 Abs. 1 TKG folgenden Duldungspflicht hinzunehmen.

[...]

Andreas Bremer*

Anmerkung zum Urteil des OLG Rostock vom 22. März 2024 – Az. 2 U 10/23

I. Problem

In Deutschland treibt derzeit eine Vielzahl an Telekommunikationsunternehmen den Glasfasernetzausbau voran. Bei dem Anschluss an Glasfasernetze wird zwischen sog. FTTB- und FTTH-Anschlüssen unterschieden. Während bei FTTB-Anschlüssen lediglich das Gebäude an das Glasfasernetz angeschlossen wird und die Verteilung im Gebäude bis zum Endnutzer über Kupferkabel erfolgt („Fiber To The Building“), erfolgt bei FTTH-Anschlüssen auch die Verteilung im Gebäude, die sog. Netzebene 4, bis zur Wohnung des Endnutzers über Glasfaserkabel („Fiber To The Home“).

Für die Herstellung von FTTH-Anschlüssen sieht das TKG zwei Wege vor. Zum einen kann die Herstellung der Anschlüsse aufgrund einer Vereinbarung mit dem Gebäudeeigentümer gemäß § 72 TKG erfolgen. Zum anderen kann die Herstellung des FTTH-Anschlusses aufgrund eines Auftrags des Endnutzers gemäß § 145 Abs. 1 TKG erfolgen. Im Fall einer Vereinbarung mit dem Gebäudeeigentümer hat der Betreiber anderen Anbietern den Zugang zu den Endnutzern gemäß § 72 Abs. 6 TKG unentgeltlich zu gestatten. Soweit der Endnutzer die Herstellung des FTTH-Anschlusses beauftragt hat, kann der Betreiber von anderen Anbietern dagegen ein Entgelt für den Zugang zu diesem Endnutzer verlangen (§ 145 Abs. 2 und 3 TKG).

In dem vom OLG Rostock entschiedenen Fall hat das beklagte städtische Wohnungsbauunternehmen ein bundesweit tätiges Telekommunikationsunternehmen mit der sukzessiven Errichtung von FTTH-Anschlüssen in den von ihm verwalteten Gebäuden beauftragt, ohne diesen Auftrag zuvor auszuschreiben. Bis zur Auftragserteilung wurden die von dem städtischen Wohnungsunternehmen verwalteten Gebäude von einem

regionalen Kabelnetzbetreiber mit Telekommunikationsdiensten versorgt, der bei der Auftragsvergabe übergegangen wurde, obwohl er ebenfalls angeboten hatte, FTTH-Anschlüsse herzustellen.

Nachdem der Kabelnetzbetreiber von den geplanten Glasfaserarbeiten des Wettbewerbers Kenntnis erlangt hatte, wurde ihm vom städtischen Wohnungsbauunternehmen auf Nachfrage versichert, dass kein Auftrag erteilt worden sei. Stattdessen würden die Glasfaserarbeiten aufgrund der Beauftragung einzelner Mieter erfolgen, die sich für einen Glasfaseranschluss entschieden hätten. Vor diesem Hintergrund bot das bundesweit tätige Telekommunikationsunternehmen dem Kabelnetzbetreiber den Abschluss einer Rahmenvereinbarung an, auf deren Grundlage der Kabelnetzbetreiber künftig die Glasfaserinfrastruktur im Gebäude gegen Zahlung eines Entgelts gemäß § 145 Abs. 2 und 3 TKG nutzen könne.

Einige Wochen später fand der Kabelnetzbetreiber an mehreren Gebäudeeingängen Aushänge des bundesweit tätigen Telekommunikationsunternehmens vor. In diesen wies es die Mieter darauf hin, vom dem städtischen Wohnungsbauunternehmen mit Glasfaserarbeiten in dem jeweiligen Gebäude beauftragt worden zu sein. Dabei müssten im Zuge dieser Arbeiten im nächsten Schritt Anschlussdosen in den Wohnungen montiert werden, wofür wiederum der Zutritt zu den Wohnungen erforderlich sei.

Daraufhin mahnte der Kabelnetzbetreiber das städtische Wohnungsbauunternehmen ab und forderte es zugleich auf, eine

* Der Verfasser hat die Verfügungsklägerin in dem Verfahren anwaltlich vertreten.

strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben. Nachdem diese nicht abgegeben wurde, beantragte er den Erlass einer einstweiligen Verfügung, welche das LG Rostock zunächst im Beschlusswege erließ.¹

Im Rahmen seines Widerspruchs behauptete das städtische Wohnungsbauunternehmen, entgegen dem Wortlaut der Aushänge gar keinen Auftrag erteilt zu haben. Stattdessen hätte es mit dem Telekommunikationsunternehmen lediglich eine Duldungsvereinbarung getroffen, in der die Rechte und Pflichten beider Seiten in Bezug auf die Herstellung von FTTH-Anschlüssen gemäß § 145 Abs. 1 TKG geregelt wurden. Ferner vertrat das städtische Wohnungsbauunternehmen die Auffassung, dass das bundesweit tätige Telekommunikationsunternehmen für den Glasfaserausbau bis in die Wohnungen nicht die vorherige Zustimmung der Endnutzer benötige, weil die Zustimmung gemäß § 184 BGB auch nachträglich erfolgen könne und das Telekommunikationsunternehmen nach § 145 Abs. 1 TKG berechtigt sei, einen Glasfaserausbau in der Netzebene 4 auch vorsorglich zu betreiben.

Das Landgericht hat daraufhin die einstweilige Verfügung aufgehoben und dies u. a. damit begründet, dass der Kabelnetzbetreiber die Beauftragung nicht glaubhaft gemacht habe.² Zum einen ginge aus den Aushängen des Telekommunikationsunternehmens lediglich hervor, dass es mit dem städtischen Wohnungsbauunternehmen kommuniziert hätte. Zum anderen könne der Zugang zu allen Mietwohnungen nicht nur aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung i. S. v. § 72 TKG erfolgen, sondern auch auf § 145 Abs. 1 TKG gestützt werden, weil die Zustimmung der Mieter hierzu auch nachträglich erteilt werden könne.

II. Entscheidung

Nachdem das OLG Rostock zunächst darauf hingewiesen hatte, die Berufung des Kabelnetzbetreibers mangels Aussicht auf Erfolg gemäß § 522 ZPO zurückzuweisen, hob es die Entscheidung des LG Rostock in der Folge auf. Der Kabelnetzbetreiber konnte durch die Vorlage der zwischen dem städtischen Wohnungsbauunternehmen und dem Telekommunikationsunternehmen geschlossenen Verträge, deren Herausgabe er in mehreren parallel laufenden verwaltungsrechtlichen Eilverfahren auf Grundlage des Informationsfreiheitsgesetzes Mecklenburg-Vorpommern (IFG-MV) von dem städtischen Anteilseigner erzwungen hatte, nachweisen, dass das städtische Wohnungsbauunternehmen entgegen der eigenen Behauptung dem Telekommunikationsunternehmen ausdrücklich einen Auftrag zur sukzessiven Errichtung der FTTH-Anschlüsse erteilt hat.

Der Senat hat vor diesem Hintergrund zutreffend darauf hingewiesen, dass städtische Wohnungsbauunternehmen in ihrer Eigenschaft als öffentliche Auftraggeber auch unterhalb der vergaberechtlichen Schwellenwerte aufgrund von Art. 3 GG verpflichtet sind, Aufträge in einem diskriminierungsfreien und transparenten Verfahren zu vergeben.³ Die in der Praxis kontrovers diskutierte und bislang nicht höchstrichterlich entschiedene Frage, ob ein überangenes Unternehmen im Unterschwellenbereich auch nach Zuschlagserteilung vom öffentlichen Auftraggeber noch die Unterlassung der weiteren Vollziehung des bereits abgeschlossenen Vertrags im Wege der einstweiligen Verfügung verlangen kann,⁴ hat der Senat für den Fall, dass der öffentliche Auftraggeber willkürlich handelt, bejaht. Ein Fall der Willkür sei nach Auffassung des Gerichts dann anzunehmen, wenn der Auftraggeber ohne sachliche Erwägungen den Auftrag einem Dritten erteilt, ohne überhaupt Mitbewerbern eine Chance zu geben, Angebote einzureichen.

Vor diesem Hintergrund konnte das OLG Rostock die zwischen den Parteien streitige Rechtsfrage, ob ein Telekommunikationsunternehmen sein Glasfasernetz gemäß § 145 Abs. 1 TKG

auch ohne vorherige Zustimmung der Endnutzer (Mieter) in den Gebäuden des Vermieters ausbauen darf, weil diese Zustimmung auch nachträglich erfolgen könne, offenlassen. Soweit das Landgericht diese Frage mit der Bezugnahme auf die Kommentierung zu § 77k TKG 2016⁵ und § 145 TKG⁶ bejaht hat, weil eine Zustimmung gemäß § 184 BGB auch nachträglich erfolgen könne, ist dies nicht überzeugend.

Nach § 145 Abs. 1 S. 1 TKG (§ 77k Abs. 1 S. 1 TKG 2016) dürfen Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze ihr öffentliches Telekommunikationsnetz in den Räumen des Endnutzers abschließen. Der Abschluss ist aber nur statthaft, wenn der Endnutzer zustimmt (§ 145 Abs. 1 S. 2 TKG). In den Gesetzesmaterialien zu § 77k Abs. 1 TKG 2016 wird insoweit darauf hingewiesen, dass „für die Begründung von Ansprüchen zum Netzabschluss durch einen Wohnungsstich ein konkret bestehendes Vertragsverhältnis mit einem Endkunden ... über die Erbringung von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten erforderlich“ ist.⁷ Da § 145 Abs. 1 TKG nach dem Willen des Gesetzgebers dem bisherigen § 77k Abs. 1 TKG 2016 entspricht,⁸ ist für die Begründung eines Anspruchs zum Netzabschluss nach § 145 Abs. 1 S. 1 TKG sowie die damit korrespondierende Duldungspflicht des Gebäudeeigentümers weiterhin ein konkret bestehendes, d. h. bereits abgeschlossenes Vertragsverhältnis mit dem Endnutzer über die Erbringung von Telekommunikationsdiensten erforderlich. Die Zustimmung der Endnutzer i. S. v. § 145 Abs. 1 S. 2 TKG kann daher nicht nachträglich erteilt werden, sondern muss bereits vorher vorliegen.

Ungeachtet dessen sind die gesetzlichen Regelungen zur Einwilligung und Genehmigung gemäß der §§ 182 ff. BGB auf die Zustimmung des Endnutzers i. S. v. § 145 Abs. 1 S. 2 TKG auch deshalb nicht anwendbar, weil der Endnutzer mit seiner Zustimmung keinem Vertrag oder einseitigem Rechtsgeschäft zustimmt, das von dem Betreiber des Telekommunikationsnetzes einem anderen gegenüber vorzunehmen ist. Dies ist nach § 182 Abs. 1 BGB aber Voraussetzung für die Anwendung von § 184 BGB. Selbst wenn man die Vorschrift entsprechend (analog) anwenden wollte, würde auch die nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) den vorherigen Abschluss eines Rechtsgeschäfts voraussetzen, weil die Genehmigung auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurückwirkt (§ 184 Abs. 1 BGB).

Ein „vorsorglicher“ Glasfasernetzausbau ohne vorherige Zustimmung der Endnutzer wäre auch mit der § 145 TKG zugrundeliegenden Kostensenkungsrichtlinie 2014/61/EU nicht vereinbar. § 145 TKG ist die Nachfolgeregelung zu § 77k TKG 2016, die im Zuge der Umsetzung dieser Richtlinie durch das Gesetz zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze (DigiNetzG)⁹ eingeführt wurde. Die Vorschriften dienen der Umsetzung von Art. 9 Abs. 5 der Kostensenkungsrichtlinie 2014/61/EU.¹⁰ Danach gewährleisten die Mitgliedstaaten, dass bei Fehlen hochgeschwindigkeitsfähiger

1 LG Rostock, Beschl. v. 22.2.2023 – Az. 6 HK O 12/23.

2 LG Rostock, Urte. v. 25.7.2023 – Az. 6 HK O 12/23.

3 Zur Ausschreibungspflicht unterhalb der Schwellenwerte siehe bereits OLG Düsseldorf, ZfBR 2018, 280 (Beschl. v. 13.12.2017 – Az. I-27 U 25/17).

4 Vgl. zum Meinungsstand in der Rechtsprechung und Literatur *Csaki/Kniha*, ZfBR 2021, 138, 139 ff.

5 *Scherer/Butler*, in: *Fetzer/Scherer/Graulich*, TKG, 3. A., 2020, § 77k Rn. 5.

6 *Leitzke*, in: *Säcker/Körber*, TKG – TTDSG, 4. A., 2023, § 145 TKG Rn. 10.

7 Bericht des Ausschusses für Verkehr und digitale Infrastruktur, BT-Drs. 18/9023, 9, 15.

8 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26108, 200, 337, zu § 144 Abs. 1 TKG-RegE, der im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu § 145 Abs. 1 TKG wurde.

9 BGBl. 2016 I, 2473.

10 Vgl. *Leitzke* (Fn. 6), § 145 TKG Rn. 3.

gebäudeinterner Infrastrukturen jeder Betreiber öffentlicher Kommunikationsnetze das Recht hat, sein Netz in den Räumen des Teilnehmers „vorbehaltlich seiner Zustimmung“ abzuschließen.

Ausweislich der Gesetzesmaterialien zu § 77k Abs. 1 TKG 2016 ging der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung der Richtlinie davon aus, die Formulierung „vorbehaltlich seiner Zustimmung“ sei dahingehend zu verstehen, dass für die Begründung des Anspruchs auf Netzabschluss nach § 77k Abs. 1 S. 1 TKG 2016 (§ 145 Abs. 1 S. 1 TKG) ein konkret bestehendes Vertragsverhältnis mit einem Endkunden als Teilnehmer erforderlich ist. Soweit aber für die Entstehung des Anspruchs auf Netzabschluss gemäß § 145 Abs. 1 S. 1 TKG ein konkret bestehender Vertrag zwischen dem Betreiber und dem Endnutzer (Mieter) erforderlich ist, kann die Zustimmung des Endnutzers nach § 145 Abs. 1 S. 2 TKG denklogisch nicht nachträglich erteilt werden. Vielmehr muss die Zustimmung in Form des konkret bestehenden Vertragsverhältnisses zwischen dem Betreiber und Endnutzer bereits vorliegen, damit überhaupt ein Anspruch auf Netzabschluss des Betreibers gegenüber dem Hauseigentümer nach § 145 Abs. 1 S. 1 TKG besteht.

Für dieses Verständnis spricht auch der Sinn und Zweck der Kostensenkungsrichtlinie 2014/61/EU. Gemäß des 9. Erwägungsgrunds der Richtlinie dürften Maßnahmen zur effizienteren Nutzung bestehender Infrastrukturen und zur Verringerung von Kosten einen bedeutenden Beitrag zum raschen und umfassenden Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation leisten, wobei gleichzeitig ein wirksamer Wettbewerb aufrechterhalten werden soll. Hierfür sollen gemäß des 11. Erwägungsgrunds der Richtlinie einige unionsweit geltende Mindestrechte und -pflichten festgelegt werden, um den Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation und die sektorenübergreifende Koordinierung zu erleichtern. Dabei soll ein Mindestmaß an Fairness bei den Wettbewerbsbedingungen gewährleistet sein. Folglich sollen die auf Grundlage der Richtlinie gewährten Rechte den Wettbewerb nicht beeinträchtigen. Die von der Richtlinie bezweckte Kostensenkung sowie die hierfür vorgesehenen Rechte sollen vielmehr wettbewerbsneutral ausgestaltet sein.

Die Auffassung des LG Rostock ist mit diesem Zweck nicht vereinbar. Der Abschluss des Glasfasernetzes in den Räumen des Endnutzers führt nur dann zu einer wettbewerbsneutralen Kostensenkung beim Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen, wenn sich die Anzahl der Endnutzer in der Netzebene 4, auf welche die Kosten verteilt werden, vergrößert und damit die von jedem Endnutzer zu tragenden Kosten in der Netzebene 4 verringert. Um dieses Kostensenkungspotential zu nutzen, soll der Abschluss in den Räumen des Endnutzers auch gegen den Willen des Gebäudeeigentümers möglich sein, wenn der Endnutzer dem Abschluss vorher zustimmt, da ohne seine vorherige Zustimmung nicht davon ausgegangen werden kann, dass sich die von den Endnutzern zu tragenden Kosten in der Netzebene 4 verringern. Stattdessen würden sich die Kosten sogar erhöhen, wenn Endnutzer dem Abschluss nicht (nachträglich) zustimmen.

Ohne eine vorherige Zustimmung des Endnutzers, d. h. ohne einen zwischen Endnutzer und Betreiber bereits konkret bestehenden Vertrag über die Erbringung von Telekommunikationsdiensten, erfolgt der Abschluss nach § 145 Abs. 1 S. 1 TKG dagegen nicht unter fairen Wettbewerbsbedingungen. Vielmehr führt ein solches Vorgehen zu einer wettbewerbswidrigen Marktverschließung, weil ein Glasfaserausbau in der Netzebene 4 in dem betreffenden Gebäude gemäß § 145 Abs. 1 S. 3 TKG nicht mehr statthaft wäre. Danach ist die Verlegung neuer Netzinfrastruktur nur statthaft, soweit keine Nutzung bestehender Netzinfrastruktur nach § 145 Abs. 2 und 3 TKG möglich ist. Dies ist bei einem Glasfasernetzausbau nach dem

derzeitigen Stand der Technik aber der Fall. Ein ohne vorherige Zustimmung der Endnutzer und damit anlassloser Glasfasernetzausbau gewährleistet weder eine Verringerung der Kosten beim Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen noch ein Mindestmaß an Fairness bei den Wettbewerbsbedingungen zwischen den Betreibern von Telekommunikationsnetzen beim Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen.

Soweit Endnutzer einem Abschluss des Glasfasernetzes in ihren Räumen nicht vorher zustimmen, kann der Abschluss wettbewerbsneutral nur auf der Grundlage einer vertraglichen Vereinbarung i. S. v. § 72 Abs. 1 TKG erfolgen. In diesem Fall kann der Betreiber (nur) vom Eigentümer des Grundstücks ein Bereitstellungsentgelt verlangen und so seine Kosten für den Ausbau des Glasfasernetzes in der Netzebene 4 senken. Der Grundstückseigentümer kann diese Kosten wiederum über eine Erhöhung der Kaltmiete gemäß § 559 Abs. 1 S. 2 BGB aufgrund einer Modernisierungsmaßnahme i. S. v. § 555b Nr. 4a BGB an seine Mieter weitergeben. Der Abschluss des Glasfasernetzes erfolgt in diesem Fall wettbewerbsneutral, weil der Betreiber gemäß § 72 Abs. 6 TKG anderen Telekommunikationsanbietern auf deren Antrag Zugang zur passiven Netzinfrastruktur sowie den Glasfaserkabeln am Hausübergabepunkt zu transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen und unentgeltlich zu gewähren hat.

III. Praxisfolgen

Die Entscheidung des OLG Rostock ist für die Praxis von erheblicher Bedeutung. Sie macht deutlich, dass städtische Wohnungsunternehmen auch unterhalb der vergaberechtlichen Schwellenwerte einen Auftrag zur Errichtung eines Glasfasernetzes in ihren Gebäuden nur im Rahmen eines transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens vergeben dürfen. Kommen sie dieser Verpflichtung nicht nach, können sich übergangene Unternehmen im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes effektiv gegen eine De-facto-Vergabe zur Wehr setzen.

Telekommunikationsunternehmen sind wiederum gut beraten, im Fall einer Beauftragung mit dem öffentlichen oder privaten Gebäudeeigentümer ein Entgelt zu vereinbaren, weil sie die mit dem Glasfasernetzbau verbundenen Kosten nicht an Wettbewerber weiterreichen können. Diesen ist vielmehr der Zugang zu den Endnutzern unentgeltlich zu gewähren. Von Wettbewerbern können sie dagegen nur dann die Zahlung eines Entgelts für den Netzzugang verlangen, wenn sie den Glasfasernetzausbau aufgrund eines zuvor abgeschlossenen Vertrags mit dem jeweiligen Endnutzer vorgenommen haben.

Keine Verpflichtung eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens zur besseren Kapazitätsbewirtschaftung

VG Köln, Beschl. v. 12.1.2024 – Az. 18 L 1508/23

Art. 225, 241 AEUV, Art. 11 EUV, Art. 13 der Eisenbahnrichtlinie 2012/34/EU, Art. 10 der Durchführungsverordnung (EU) 2017/217, §§ 12, 67 ERegG

1. Art. 10 Abs. 5 S. 1 der Durchführungsverordnung (EU) 2017/217 dürfte die Bundesnetzagentur nicht dazu ermächtigen, ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen zu verpflichten, Maßnahmen zu ergreifen, die es ermöglichen, zusätzlichen Anträgen auf Zugang zu einer Serviceeinrichtung zu entsprechen.