

Gericht:	OLG Dresden Vergabesenat
Entscheidungsname:	NGA-Netz
Entscheidungsdatum:	21.08.2019
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	Verg 5/19
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Normen:	§ 105 GWB, § 149 Nr 8 GWB, § 173 Abs 1 GWB, § 173 Abs 2 GWB, § 17a Abs 2 GVG
Zitiervorschlag:	OLG Dresden, Beschluss vom 21. August 2019 - Verg 5/19 -, juris

Fundstellen

VergabeR 2020, 59-63 (red. Leitsatz und Gründe)

Tenor

Der Antrag der Antragstellerin, die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen vom 17.07.2019 (1/SVK/017-19) gemäß § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB über den 23.08.2019 hinaus bis zur Entscheidung über die sofortige Beschwerde zu verlängern, wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

- 1 Die Antragsgegnerin schrieb mit der am 13.09.2018 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlichten Ausschreibung die Vergabe der Bereitstellung eines Breitbandnetzes und des Angebotes breitbandiger Telekommunikationsdienste für unversorgte Adressen ohne marktgetriebene NGA-Versorgungsperspektive in ... aus. Die Vergabe sollte danach in einem Verhandlungsverfahren mit vorgesetztem Teilnahmewettbewerb in vier Losen erfolgen. Für das Rechtsbehelfs-/Nachprüfungsverfahren wurde in der Ausschreibung die 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen benannt. Die Antragstellerin beteiligte sich erfolgreich am Teilnahmewettbewerb und gab jeweils ein Angebot für alle vier Lose ab.
- 2 Mit Schreiben jeweils vom 24.05.2019 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, deren Angebote für die Lose 1, 3 und 4 seien ausgeschlossen, weil sie nicht bedingungsfrei abgegeben worden seien. Bezuglich des Angebotes für das Los 2 liege die Antragstellerin auf Rang 2 der durchgeföhrten Wertung. Die Antragsgegnerin beabsichtige, in Bezug auf alle vier Lose am 04.07.2019 den Zuschlag an die V. ... GmbH (gemeint war die V. GmbH) zu erteilen. Die Antragstellerin rügte mit ihrem Schreiben vom 27.05.2019 den Ausschluss ihrer Angebote für die Lose 1, 3 und 4 sowie die Wertung in Bezug auf das Los 2 und erhob zugleich wegen der bestehenden Unsicherheit über den Rechtsweg entweder zur Vergabekammer oder zu den Gerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit Wi-

derspruch gegen die vier Vorabinformationsschreiben vom 24.05.2019. Am 29.05.2019 stellte die Antragstellerin zum einen einen Antrag auf Einleitung des Nachprüfungsverfahrens bei der Vergabekammer Sachsen und zum anderen einen Eilrechtsantrag beim Verwaltungsgericht Dresden, wo das Verfahren unter dem Az.: 4 L 416/19 geführt wird. Über den Eilrechtsantrag hat das Verwaltungsgericht Dresden bisher nicht entschieden.

- 3 Im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer hat die Antragstellerin die Auffassung vertreten, die Frage nach der Anwendbarkeit des förmlichen Vergaberechts aus Teil 4 des GWB einerseits (mit der Folge, dass die Nachprüfung von Vergabeentscheidungen sich nach den §§ 155 ff. GWB richtet) oder der Zuständigkeit der Gerichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit andererseits für den Rechtsschutz gegen die Entscheidungen der Antragsgegnerin im vorliegenden Vergabeverfahren sei umstritten, wobei mehr für die Zuständigkeit der Gerichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit spreche. Die Antragsgegnerin hat die Auffassung vertreten, für das vorliegende Vergabeverfahren seien die Vorschriften des förmlichen Vergaberechtes aus Teil 4 des GWB anwendbar.
- 4 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und der vor der Vergabekammer gestellten Anträge wird auf die Gründe des angefochtenen Beschlusses vom 17.07.2019 Bezug genommen.
- 5 Die Vergabekammer hat mit dem vorgenannten Beschluss den Nachprüfungsantrag als unzulässig verworfen. Zur Begründung hat sie im Wesentlichen ausgeführt, für das vorliegend zu beurteilende Vergabeverfahren seien die Vorschriften des 4. Teils des GWB nicht anwendbar, weil die Bereichsausnahme in § 149 Nr. 8 GWB eingreife. Gegenstand der Ausschreibung sei eine Dienstleistungskonzession nach § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB, und der Konzessionsnehmer habe ein Breitbandnetz zu errichten und zu betreiben, das ein öffentliches Kommunikationsnetz i.S.v. § 149 Nr. 8 GWB sei. Die Erbringung der konzessionierten Dienstleistung diene hauptsächlich dazu, der Antragsgegnerin die Bereitstellung eines öffentlichen Kommunikationsnetzes zu ermöglichen. Im Ergebnis sei deshalb der Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer unzulässig.
- 6 Gegen den ihr am 19.07.2019 zugestellten Beschluss der Vergabekammer hat die Antragstellerin am 29.07.2019 beim Senat sofortige Beschwerde eingelegt, deren aufschiebende Wirkung der Senat vorläufig bis zum 23.08.2019 verlängert hat.
- 7 Die Antragstellerin trägt vor, ihr Nachprüfungsantrag vom 29.05.2019 sei zulässig gewesen. Allerdings sei die Rechtsfrage, ob die Ausschreibung einer Dienstleistungskonzession zur Breitbandversorgung im Wege des Wirtschaftlichkeitslückenmodells der Bereichsausnahme des § 149 Nr. 8 GWB unterfalle, noch nicht obergerichtlich entschieden worden, insbesondere auch nicht durch den Senat. Soweit der Senat der Auffassung der Vergabekammer folgen und die Bereichsausnahme des § 149 Nr. 8 GWB für einschlägig halten sollte, sei der Rechtsstreit gemäß § 17a Abs. 2 GVG an das zuständige Verwaltungsgericht Dresden (höchsthilfsweise an das Landgericht) zu verweisen. Den entsprechenden Verweisungsantrag stelle die Antragstellerin erst vor dem Senat, weil nur ein Gericht, nicht aber die Vergabekammer, die Verweisung an ein (anderes) Gericht aussprechen könne. Der Senat sei das erste mit der Sache befasste Gericht und habe deshalb die alleinige Verweisungskompetenz nach § 17a Abs. 2 GVG.
- 8 Weiterhin beantragt die Antragstellerin, die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer gemäß § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB bis zur Entscheidung über die sofortige Beschwerde zu verlängern, hilfsweise das Verfahren

unter Aufhebung des Beschlusses der Vergabekammer an das Verwaltungsgericht Dresden zu verweisen. Bei der durch den Senat vorzunehmenden Abwägung gemäß § 173 Abs. 3 Satz 2 und 3 GWB sei die Erfolgsaussicht wegen des Anspruches des Bieters auf effektiven Rechtsschutz vorrangig zu prüfen.

- 9 Die Erfolgsaussichten der Antragstellerin seien überdurchschnittlich gut. Entweder folge der Senat der Auffassung der Vergabekammer zur Anwendbarkeit der Bereichsausnahme nach § 149 Nr. 8 GWB nicht. In diesem Falle sei der materielle Ausgang des Nachprüfungsverfahrens mindestens offen, was für die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde genüge. Auch wenn der Senat indes der Auffassung der Vergabekammer zur Anwendbarkeit der Bereichsausnahme aus § 149 Nr. 8 GWB folge, müsse zumindest der hilfweise gestellte Verweisungsantrag durchdringen, weswegen die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde notwendig sei, um den Erfolg des Verweisungsantrages nicht von vornherein zu vereiteln.

II.

- 10 Der Antrag der Antragstellerin auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde über den in § 173 Abs. 1 Satz 2 GWB und im Senatsbeschluss vom 06.08.2019 bestimmten Zeitraum hinaus ist nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB zulässig. In der Sache hat er aber keinen Erfolg.
- 11 Gemäß § 173 Abs. 2 GWB ist der Antrag abzulehnen, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zur Entscheidung über die Beschwerde die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Bei der Abwägung sind das Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers, die Erfolgsaussichten der Beschwerde, die allgemeinen Aussichten des Antragstellers im Vergabeverfahren, den Auftrag zu erhalten, und das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen.
- 12 Danach kann dem Verlängerungsantrag der Antragstellerin nicht stattgegeben werden, weil die sofortige Beschwerde bei der gebotenen und im Verfahren nach § 173 Abs. 1 GWB allein möglichen summarischen Prüfung auf der Grundlage der bis zum heutigen Tage eingegangenen Schriftsätze keine Aussicht auf Erfolg hat.
- 13 Der Senat teilt die Auffassung der Vergabekammer, dass für das vorliegend zu beurteilende Vergabeverfahren die Vorschriften des Kartellvergaberechtes aus Teil 4 des GWB nicht anwendbar sind, weil die Bereichsausnahme des § 149 Nr. 8 GWB eingreift (dazu 1.). Die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde kann auch nicht auf den hilfweise gestellten Verweisungsantrag nach § 17a Abs. 2 GVG gestützt werden, weil auch dieser voraussichtlich keinen Erfolg haben wird (dazu 2.).
- 1.
- 14 Die Voraussetzungen der Bereichsausnahme des § 149 Nr. 8 GWB sind hier gegeben; denn es soll eine (Dienstleistungs-)Konzession (dazu a) vergeben werden, welche hauptsächlich dazu dienen soll, der Antragsgegnerin als Konzessionsgeberin in Bezug auf ein öffentliches Kommunikationsnetz (dazu b) die Bereitstellung für die Öffentlichkeit zu ermöglichen (dazu c).

a)

- 15 Im vorliegend zu beurteilenden Vergabeverfahren soll eine Dienstleistungskonzession nach § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB vergeben werden, denn der Konzessionsnehmer soll zwar das Breitbandnetz errichten und betreiben, der Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt aber nicht auf dem Errichten, sondern auf der Dienstleistung des Betreibens des Breitbandnetzes über einen langen Zeitraum von sieben Jahren (84 Monate).
- 16 Die Vergabekammer verweist zutreffend auf die konzessionstypische Dreieckssituation, wonach die Antragsgegnerin als Konzessionsgeberin die ihr als Aufgabe der Daseinsvorsorge obliegende Realisierung der Versorgung der Bevölkerung mit schnellen Breitbandanschlüssen auf den Konzessionsnehmer übertragen will, welcher das Nutzungsrecht am Breitbandnetz erhält und die Vergütung für seine Tätigkeit in erster Linie von den Entgeltten der Endkunden erhält, während die Antragsgegnerin lediglich eine Anschubfinanzierung leistet, welche nach § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB einer Dienstleistungskonzession nicht entgegensteht.
- 17 Der Konzessionsnehmer soll auch das Betriebsrisiko gemäß § 105 Abs. 2 GWB übernehmen; denn er trägt das durch die von der Antragsgegnerin zu zahlende Anschubfinanzierung nicht vollständig ausgeglichene wirtschaftliche Risiko, seine Aufwendungen zur Errichtung und zum Betrieb des Breitbandnetzes über die Erlöse der Endkunden nicht erwirtschaften zu können.
- 18 Gegen die Annahme der Vergabe einer Dienstleistungskonzession i.S.v. § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB hat im laufenden Verfahren keine der Parteien Einwendungen erhoben.

b)

- 19 Die Vorschrift des § 149 Nr. 8 GWB setzt Art. 11 der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die Konzessionsvergabe (Konzessionsvergaberrichtlinie) in deutsches Recht um. Der Begriff "öffentliche Kommunikationsgesetz" hat gemäß Art. 11 der Konzessionsvergaberrichtlinie ebenso wie der Begriff "elektronischer Kommunikationsdienst" die gleiche Bedeutung wie in Art. 2 d bzw. c der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.03.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie). Ein öffentliches Kommunikationsnetz ist danach ein elektronisches Kommunikationsnetz, das ganz oder überwiegend zur Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste, also gewöhnlich gegen Entgelt erbrachter Dienste dient, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen (vgl. auch § 3 Nr. 16a, 27 TKG).
- 20 Ein öffentliches Kommunikationsnetz in diesem Sinne ist das vom Konzessionsnehmer im vorliegenden Vergabeverfahren zu errichtende Breitbandnetz, welches mindestens überwiegend zur Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste dient.

c)

- 21 Der Antragsgegnerin als Konzessionsgeberin soll die zu vergebende Dienstleistungskon-
zession hauptsächlich die Bereitstellung von öffentlichen Kommunikationsnetzen ermög-
lichen.
- 22 Der Senat teilt die Auffassung der Vergabekammer, wonach es für die Anwendbarkeit
der Bereichsausnahme des § 149 Nr. 8 GWB ausreicht, dass der Konzessionsgeber die
Bereitstellung von öffentlichen Kommunikationsnetzen dadurch realisiert, dass er sich
bei der Ausführung der Dienste externer Dritter bedient, während es nicht erforderlich
ist, dass er selbst das Kommunikationsnetz betreibt (ebenso VK Mecklenburg-Vorpom-
mern, Beschluss vom 13.12.2018, 3 VK 9/18, BeckRS 2018, 35904).
- 23 Diese Auffassung entspricht dem Wortlaut des § 149 Nr. 8 GWB und von Art. 11 der Kon-
zessionsvergaberichtlinie. Nach Auffassung des Senates ist es eine Ermöglichung der Be-
reitstellung des Netzes, wenn die Antragsgegnerin als für die Gewährung von Einrichtun-
gen der Daseinsvorsorge zuständige Gebietskörperschaft die entsprechende Konzessi-
on erteilt und für eine Anschubfinanzierung sorgt, während der Konzessionsnehmer als
privater Dritter in tatsächlicher Hinsicht die Anlagen errichtet und betreibt. Typisch für
die Vergabe einer Konzession, für die allein § 149 Nr. 8 GWB gilt, ist es gerade, dass der
Konzessionsgeber die Tätigkeiten, welche die Konzession ausfüllen, nicht selbst erbringt,
so dass ein Anwendungsbereich für die Bereichsausnahme aus § 149 Nr. 8 GWB nicht
verbliebe, wenn man sie nur in dem Falle eingreifen lassen wollte, dass die den wesent-
lichen Inhalt der Konzession ausmachende Tätigkeit des Betreibens des Netzes von der
Konzessionsgeberin selbst ausgeführt werden müsste.
- 24 Im Übrigen ist die Aufteilung zwischen der die Bereitstellung von Telekommunikations-
netzen für die Öffentlichkeit ermöglichen öffentlichen Hand einerseits und dem die
Anlagen tatsächlich betreibenden privaten Dritten andererseits typisch für das Telekom-
munikationsrecht. So enthält Art. 87f Abs. 1 GG eine an die öffentliche Hand gerichte-
te Verpflichtung, die angemessene Versorgung der Bevölkerung und damit letztlich der
Endkunden mit Telekommunikationsleistungen zu gewährleisten, während in Art. 87f
Abs. 2 Satz 1 GG ein verfassungsrechtliches Privatisierungsgebot verankert ist, dessen
Kehrseite ein staatliches Betätigungsverbot ist (vgl. dazu BVerfG, Urteil vom 15.07.2003,
2 BvF 6/98, BVerfGE 108, 169, 182 f.; BGH, Urteil vom 31.05.2011, II ZR 141/09, NJW
2011, 2719 Rdn. 26; Pieroth in Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl., Art. 87f Rdn. 3). Auch die-
se Vorschrift spricht nach Auffassung des Senates deshalb dafür, dass die Bereitstel-
lung von Telekommunikationsnetzen dem Wortlaut nach zwanglos ermöglicht werden
kann, ohne dass der Bereitstellende das Telekommunikationsnetz in tatsächlicher Hin-
sicht selbst betreiben muss.
- 25 Der Senat teilt auch die Auffassung der Vergabekammer Mecklenburg-Vorpommern im
Beschluss vom 13.12.2018 (a.a.O.), wonach gegen die hier vertretene Auslegung der Be-
reichsausnahme des § 149 Nr. 8 GWB nicht der Regelungsgehalt von § 110a Abs. 4 GWB
a.F. spricht.
- 26 Gegen die Annahme, diese Vorschrift, welche für Aufträge galt, habe eine Relevanz für
die Auslegung des seit dem 18.04.2016 - für Konzessionen - geltenden § 149 Nr. 8 GWB,
spricht bereits, dass zum Zeitpunkt der Geltung von § 110a Abs. 4 GWB a.F. die Vergabe
von Konzessionen insgesamt nicht in den Anwendungsbereich des Kartellvergaberech-
tes fiel. Erst mit der Umsetzung der Konzessionsvergaberichtlinie vom 26.02.2014 unter-
fällt seit dem 18.04.2016 im innerstaatlichen Recht die Konzessionsvergabe grundsätz-

lich dem Kartellvergaberecht des 4. Teils des GWB. Soweit sich danach die Auslegung von § 149 Nr. 8 GWB an einer anderen Vorschrift zu orientieren hat, ist es nicht § 110a Abs. 4 GWB a.F., sondern Art. 11 der Konzessionsvergaberichtlinie. Dieser aber gebietet gerade nicht die Auslegung dahin, dass die Bereichsausnahme nur dann eingreife, wenn der Konzessionsgeber das Kommunikationsnetz selbst betreibt.

- 27 Dagegen spricht auch der Umstand, dass die Vorschriften zur beihilferechtlichen Behandlung der Förderung des NGA-Ausbaus offenbar nicht von der Anwendbarkeit der Vorschriften des förmlichen Vergabeverfahrens ausgehen, wenn sie ausführen, das wettbewerbliche Auswahlverfahren für die Vergabe des Betriebs der Infrastruktur müsse (nur) mit dem Geist und den Grundsätzen der EU-Vergaberichtlinien im Einklang stehen (vgl. Rn. 78c der Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau (Breitbandleitlinien) und § 5 Abs. 4 der Rahmenregelung des Bundes Next Generation Access-Breitbandversorgung (NGA-RR)).
- 2.
- 28 Die von der Antragstellerin beantragte Verweisung des vorliegenden Verfahrens gemäß § 17a Abs. 2 GVG an das Verwaltungsgericht Dresden oder das Landgericht Dresden kommt nicht in Betracht, weil die dafür notwendigen Voraussetzungen nicht vorliegen.
- 29 Der Senat teilt zwar die von der Antragstellerin mit der Beschwerdeschrift vom 29.07.2019 vertretene Auffassung, dass er das erste mit dem Verfahren befasste Gericht ist, während die Vergabekammer eine Verweisung nach § 17a Abs. 2 GVG schon deshalb nicht hätte beschließen dürfen, weil es sich bei ihr nicht um ein Gericht i.S.v. Art. 92 GG handelt. Wenn aber der Senat das erste mit der Sache befasste Gericht ist, dann hat er auch aus seiner Sicht zu prüfen, ob i.S.v. § 17a Abs. 2 Satz 1 GVG der *zu ihm* beschritte Rechtsweg unzulässig ist. Dies ist er aber nicht, weil die Antragstellerin eine sofortige Beschwerde gegen eine Entscheidung einer Vergabekammer eingelegt hat, für welche unzweifelhaft ausschließlich der Senat als Vergabesenat zuständig ist (§ 171 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1, 2 GWB).
- 30 Auch wenn der Senat im Rahmen der materiellen Begründetheit der sofortigen Beschwerde die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages an die Vergabekammer zu prüfen hat, ist die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages kein Kriterium für die Zulässigkeit des Rechtsweges zum Vergabesenat, die sich danach bestimmt, ob sich der Beschwerdeführer gegen eine Entscheidung der Vergabekammer wendet. Die vorliegend zu prüfende sofortige Beschwerde hat deshalb den zulässigen Rechtsweg zum Senat beschritten, auch wenn der Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer unzulässig war. Im Übrigen ist die angefochtene Entscheidung der Vergabekammer inhaltlich richtig. Da sich die Beschwerdezuständigkeit des Senats auf die Überprüfung der Kammerentscheidung beschränkt, besteht daher von vornherein keine Veranlassung zu deren Aufhebung, die allerdings - entsprechend dem Antrag der Antragstellerin - erforderlich wäre, damit dem Verwaltungsgericht - nach einer Verweisung - überhaupt die Möglichkeit einer Entscheidung über denselben Verfahrensgegenstand eröffnet wäre.
- 31 Die im vorliegenden Falle vom Senat zu treffende Entscheidung ist von der Konstellation abzugrenzen, dass ein Rechtsmittelgericht in zweiter Instanz eine Verweisung nach § 17a Abs. 2 GVG vorzunehmen hat, weil das erstinstanzliche Gericht das Verfahren des § 17a GVG verfahrensfehlerhaft nicht durchgeführt hat (vgl. dazu Lückemann in Zöller,

ZPO, 32. Aufl., § 17a GVG Rdn. 17). In dieser Konstellation kommt es auf die Zulässigkeit des Rechtsweges zum erstinstanzlichen Gericht an, so dass das Rechtsmittelgericht im Falle der Verweisung mit dem Verweisungsbeschluss auch die erstinstanzliche Entscheidung aufzuheben hat. Anders ist es aber im vorliegend zu beurteilenden Fall, in welchem der Senat das erste Gericht ist, welches den Rechtsweg zum Gericht zu prüfen hat, und zudem die vorangehende Verwaltungsentscheidung richtigerweise die Zulässigkeit des an sie gerichteten Antrages verneint hat.

- 32 In letzterer Konstellation kommt weder die Verweisung des Verfahrens an ein anderes Gericht noch die Aufhebung der (inhaltlich richtigen) Verwaltungsentscheidung in Betracht.
- 33 Es kommt hinzu, dass eine Verweisung des Verfahrens zur Überprüfung der von der Antragsgegnerin im Vergabeverfahren beabsichtigten Zuschlagserteilung an das Verwaltungsgericht das zumindest auch der Entlastung der Verwaltungsgerichte dienende verwaltungsrechtliche Widerspruchsverfahren, welches durch den Widerspruch der Antragstellerin vom 27.05.2019 eingeleitet und - nach Kenntnis des Senats - bisher nicht abgeschlossen wurde, unterlaufen würde, obwohl die Durchführung des Widerspruchsverfahrens Zulässigkeitsvoraussetzung des Klageverfahrens beim Verwaltungsgericht sein dürfte.