

# Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

4  
K&R

- Editorial: Twittern aus dem Gerichtssaal  
*Prof. Dr. Thomas Klindt*
- 217 Bundeskartellamt gegen Facebook: Marktmissbrauch durch Datenschutzverstöße?  
*Daniel Wiedmann und Tobias Jäger*
- 220 Die Entwicklung des Datenschutzrechts im Jahr 2015  
*Dr. Flemming Moos*
- 228 Vorsichtsmaßnahmen statt Vorab-Kontrollen: Zur Haftung für „Hass-Postings“ · *David Ziegelmayer*
- 230 Entwicklungen im zivilrechtlichen Telekommunikationsrecht im Jahr 2015  
*Dr. Thomas Sassenberg und Dr. Reto Mantz*
- 236 Automatisch generierte Bestätigungs-E-Mails als unerlaubte Werbung?  
*Dr. Simon Apel und Dr. Steffen Henn*
- 239 Verfassungsrechtliche Zulässigkeit und Grenzen einer Zweckbindung von Rundfunkbeiträgen  
*Dr. Michael Libertus*
- 243 Vergaberechtsmodernisierungsgesetz: Auswirkungen auf die Vergabe von Gestattungsverträgen zur Breitbandversorgung  
*Ramón Glaß*
- 247 Länderreport Österreich  
*Prof. Dr. Clemens Thiele*
- 253 EuGH: Wettbewerbsverstoß durch abgestimmte Verhaltensweisen mittels Online-Informationssystem
- 293 LAG Berlin-Brandenburg: Arbeitgeber darf Browserdaten von Arbeitnehmer-PC auswerten  
mit Kommentar von *Peter Kaumanns*

19. Jahrgang

April 2016

Seiten 217 – 300

auch die Frage, ob hier nicht eine unzulässige Flucht ins Privatrecht vorliegt. Denn Rechtsprechung und Schrifttum gehen davon aus, dass der Gesetzgeber den verfassungsrechtlichen Bindungen nicht dadurch entgehen kann, dass er ins Privatrecht ausweicht.<sup>37</sup>

Des Weiteren wird damit auch in das grundrechtlich geschützte Verhältnis der am Kommunikationsprozess Beteiligten (Berufsfreiheit der Journalisten – Medien und Journalismus als staatsfreier Raum – Interesse der Rundfunkanstalten, dass die Rundfunkbeiträge nicht zweckentfremdet werden) eingegriffen. Es bestehen also grundrechtliche Kollisionslagen, die nach der Wesentlichkeitstheorie durch ein hinreichend konkretes Gesetz zu einem Ausgleich gebracht werden müssten. Dies wird durch die abstrakte gesetzliche Aufgabenzuweisung nicht gewährleistet.

Darüber hinaus ist, legt man einmal das geplante Aufgabenspektrum nach der Gesetzesbegründung zu Grunde, nicht ausgeschlossen, dass mit den Maßnahmen auch die private Presse gefördert wird, zumal diese mittlerweile auch auf lokaler und regionaler Ebene ebenfalls auf eine Reihe von Social-Media-Plattformen präsent ist und bei ihren Online-Auftritten eigene videojournalistische bzw. audiovisuelle Inhalte anbietet. Dies könnte mit dem Grundsatz der Staatsfreiheit der Presse kollidieren. Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist eine freie, nicht von der öffentlichen Gewalt gelenkte, keiner Zensur unterworfenen Presse ein Wesenselement des freiheitlichen Staates. Presseunternehmen müssen sich im gesellschaftlichen Raum frei bilden können. Sie arbeiten nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen und privatrechtlichen Organisationsformen. Sie stehen miteinander in geistiger und wirtschaftlicher Konkurrenz, in die die öffentliche Gewalt grundsätzlich nicht eingreifen darf.<sup>38</sup> Diese im sog. Spiegel-Urteil des BVerfG getroffene Feststellung hat zwei Ausprägungen: Gebot der Staatsfreiheit der Presse bedeutet nicht nur Freiheit von staatlicher Einflussnahme, sondern auch Freiheit von staatlicher Lenkung. Eine solche Einflussnahme durch Lenkung in Folge von Fördermaß-

nahmen wird jedoch durch die gesetzliche Regelung nicht wirksam ausgeschlossen, denn weder nach dem Gesetzeslaut noch in der Gesetzesbegründung wird ausgeschlossen, dass Rundfunkbeiträge auch der Presse bzw. Presseunternehmen zugutekommen. Daher scheint auch die Vorgabe, dass diese der LfM NRW übertragene Aufgabe durch eine Gesellschaft des privaten Rechts erfüllt werden soll, an der sich auch Dritte beteiligen können, als eine Art Umgehung. Denn auch wenn die LfM NRW die dafür vorgesehenen und festgelegten Mittel aus Rundfunkbeiträgen, die nach Beihilfekategorien des europäischen Rechts staatliche Mittel darstellen, in eine Gesellschaft privaten Rechts einbringt, bleiben sie insoweit faktisch, aber auch nach den beihilferechtlichen Maßstäben der EU staatliche Mittel. Da hier ebenfalls eine Regelung im grundrechtsrelevanten Bereich der Freiheit der Presse getroffen wird, entspricht § 88 Abs. 8 LMedienG NRW auch insoweit nicht den Vorgaben des Vorbehaltes des Gesetzes sowie der Wesentlichkeitstheorie.

## VI. Schlussbetrachtung

Aus den vorstehenden Darlegungen ergibt sich, dass für die gesetzliche Zweckbindung von Rundfunkbeiträgen eng funktional aus dem Rundfunkauftrag folgende Grenzen bestehen. Hierdurch werden der Ausgestaltungsbefugnis der Länder für die Rundfunkordnung allgemein verfassungsrechtliche, finanzverfassungsrechtliche sowie verwaltungsrechtliche Grenzen gesetzt. Gemessen an diesen Vorgaben begegnet die im Rahmen der Novellierung des LMedienG NRW in § 88 Abs. 8 neu aufgenommene Zweckbestimmung verfassungsrechtlichen Bedenken.

37 BVerfG, 22. 2. 2011 – 1 BvR 699/06, BVerfGE 128, 226 ff. Rn. 48; BVerwG, 18. 3. 1998 – 1 D 88.97, BVerwGE 113, 208, 211; *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht, Band 1, 12. Aufl. 2007, § 23 Abs. 5 S. 2 Rn. 2, 32; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 3 Rn. 9, § 26 Rn. 56.

38 BVerfG, 5. 8. 1966 – 1 BvR 586/62, 1 BvR 610/63, 1 BvR 512/64, BVerfGE 20, 162, 174 f.

RA Ramón Glaßl, LL.M., Frankfurt a. M.\*

# Vergaberechtsmodernisierungsgesetz: Auswirkungen auf die Vergabe von Gestattungsverträgen zur Breitbandversorgung

*Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen unterlag bislang keinem geregelten Verfahren und war nur begrenzt überprüfbar. Dies soll sich nunmehr durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz ändern. Spannend dürften diese Änderungen insbesondere bei der Vergabe von Gestattungsverträgen durch öffentliche Wohnungsbau-gesellschaften sein, da hier – je nach Art der Abrechnung gegenüber dem Endkunden – teils von einer Dienstleistungskonzession und teils von einem öffentlichen Auftrag ausgegangen wird. Diese Unterscheidung führte letztlich zu einer*

*erheblichen Rechtsunsicherheit innerhalb der Branche, die durch die Modernisierung des Vergaberechts womöglich wirksam bekämpft wird.*

\* Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz bei der Kanzlei Schalast & Partner Rechtsanwälte mbB mit Sitz in Frankfurt a. M. und Berlin. Er berät insbesondere Mandanten aus der Telekommunikationsbranche in allen rechtlichen Fragen überwiegend aus den Bereichen Kartellrecht, gewerblicher Rechtsschutz sowie Regulatory. Mehr über ihn erfahren Sie auf S. VIII.

## I. Einleitung

Am 30.4.2015 hatte das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie den „Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien 2014 – Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergModG)“ vorgelegt. Zwischenzeitlich hat das Bundeskabinett am 8.10.2015 einen eigenen Entwurf<sup>1</sup> und am 16.12.2015 eine Beschlussempfehlung<sup>2</sup> verabschiedet („VergModG“). Diesem Entwurf hat der Bundesrat am 17.12.2015 zugestimmt<sup>3</sup> und am 17.2.2016 wurde er im Bundesgesetzblatt veröffentlicht.<sup>4</sup> Die §§ 113 und 114 Abs. 2 S. 4 treten am Tag nach der Verkündung und im Übrigen tritt das Gesetz am 18.4.2016 in Kraft, Art. 3 VergModG.

Wie der Name bereits verrät, soll das gesamte Vergaberecht modernisiert und die EU-Vergaberichtlinien (Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe, RL 2014/23/EU; Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen in den Bereichen Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, RL 2014/25/EU; Richtlinie über die Vergabe von Konzessionen, RL 2014/23/EU) in deutsches Recht umgesetzt werden. Da insbesondere auch die Vergabe von Konzessionen Gegenstand des Gesetzesentwurfs ist, stellt sich die Frage, welche Auswirkungen dieser auf die Vergabe von Gestattungsverträgen zwischen (öffentlichen) Wohnungsbaugesellschaften und Kabelnetzbetreibern hat.

Um die Versorgung der eigenen Bewohner mit Breitbandkabeldiensten wie Fernsehen, Telefon und Internet zu ermöglichen, schließen insbesondere öffentliche Wohnungsbaugesellschaften mit Kabelnetzbetreibern sogenannte Gestattungsverträge. Hierin ist geregelt, ob und wie der Kabelnetzbetreiber in den Häusern und Wohnungen der Wohnungsbaugesellschaft Kabelnetze verbauen, verlegen und/oder betreiben kann. Ist die Wohnungsbaugesellschaft in öffentlicher Hand und damit als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB einzustufen, stellte sich bislang die Frage, ob die Vergabe solcher Gestattungsverträge einer Ausschreibung bedurfte oder nicht. In der Praxis und der Rechtsprechung hatte sich zwischenzeitlich die Ansicht durchgesetzt, dass es sich bei der Mehrheit solcher Verträge um Dienstleistungskonzessionen handelte, die nicht dem formalen Vergaberecht der §§ 97 ff. GWB unterliegen.

## II. Aktuelle Rechtslage

Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen ist dem deutschen Vergaberecht (und auch dem Europäische Sekundärrecht) grundsätzlich entzogen. Es findet also weder eine formale Vergabe noch eine Nachprüfung der Vergabe statt – Rechtsschutz gegen eine erfolgte Vergabe ist auf dem Zivilrechtsweg zu suchen. Gleichwohl sollten bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts wie auch der Grundfreiheiten bei jeder Vergabe Berücksichtigung finden.<sup>5</sup> Namentlich waren dies die Artt. 49 bis 54 AEUV sowie die Grundsätze der Gleichbehandlung, Transparenz und Nichtdiskriminierung.

Die RL 2004/18/EG sah in Art. 1 Abs. 4 erstmals eine Legaldefinition des Begriffs der Dienstleistungskonzession vor. Hiernach sollten Dienstleistungskonzessionen solche Verträge sein, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem

Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht. Wesentliches Kriterium einer Dienstleistungskonzession sei die Verlagerung des wirtschaftlichen Risikos weg vom Auftraggeber hin zum Auftragnehmer, also dem Konzessionär.<sup>6</sup> In seiner Entscheidung *Parking Brixen*<sup>7</sup> hat sich der EuGH dieser Definition angeschlossen und sie weiter konkretisiert:

„In dem mit der ersten Frage angesprochenen Fall erfolgt die Bezahlung des Dienstleistungserbringers hingegen nicht durch die betreffende öffentliche Stelle, sondern aus den Beträgen, die Dritte für die Benutzung des betreffenden Parkplatzes entrichten. Diese Art der Bezahlung bringt es mit sich, dass der Dienstleistungserbringer das Betriebsrisiko der fraglichen Dienstleistungen übernimmt, und ist damit kennzeichnend für eine öffentliche Dienstleistungskonzession. Daher handelt es sich in einem Fall wie dem des Ausgangsverfahrens nicht um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag, sondern um eine öffentliche Dienstleistungskonzession.“

Zusammenfassend zeichnet sich eine Dienstleistungskonzession also dadurch aus, dass der Konzessionär bei der Verwertung der ihm übertragenen Leistung in der Weise den Risiken des Marktes ausgesetzt ist, dass er das damit einhergehende Betriebsrisiko ganz oder zumindest zu einem wesentlichen Teil übernimmt.<sup>8</sup> Hierbei muss der Konzessionär den Risiken und Unwägbarkeiten des Marktes ausgesetzt sein, wozu die Konkurrenz mit anderen Wirtschaftsteilnehmern, das mögliche Ungleichgewicht zwischen Angebot und Nachfrage und u. a. das Risiko der nicht vollständigen Deckung der Betriebsausgaben durch die Einnahmen gehören.<sup>9</sup>

Auf Gestattungsverträge heruntergebrochen bedeutet dies nach Ansicht der Praxis und der Rechtsprechung, dass es sich jedenfalls bei Gestattungsverträgen, in denen der Kabelnetzbetreiber das betriebliche Risiko trägt, um Dienstleistungskonzessionen handelt, die nicht formal auszusprechen sind. Nutzungs-, Leerstands- und Zahlungsrisiko werden in der Regel als ausreichend für die Annahme eines überwiegenden wirtschaftlichen Risikos (und damit einer Dienstleistungskonzession) angesehen.<sup>10</sup> Dies soll insbesondere dann der Fall sein, wenn der Kabelnetzbetreiber aufgrund der Gestattung der Wohnungsbaugesellschaft mit jedem Bewohner einen einzelnen Vertrag über die Erbringung seiner Dienstleistung abschließen muss – wenn die Gebühren für den Breitbandanschluss also nicht über die Nebenkosten abgerechnet werden.

Nach wohl zutreffender Ansicht verhält es sich anders, wenn die Gebühren für den Breitbandanschluss direkt über die Nebenkosten abgerechnet werden, also die Wohnungsbaugesellschaft das Inkasso für den Kabelnetzbetreiber übernimmt – sogenanntes Sammel- oder Zentralinkasso.

1 BT-Drs. 18/6281.

2 BT-Drs. 18/7086.

3 BT-Drs. 596/15.

4 Bundesgesetzblatt 2016 Teil I Nr. 8, 2013.

5 EuGH, 16.2.2012 – C-72/10, C-77/10, Rn. 54 ff. – Marcello Costa; EuGH, 13.11.2008 – C-324/07, Rn. 25 – Coditel Brabant; EuGH, 13.10.2005 – C-458/03, Rn. 46 ff. – Parking Brixen.

6 OLG Düsseldorf, 26.7.2002 – Verg 22/02, NZBau 2002, 634, 635 – Connex; Schlussanträge v. 18.5.2000, C-324/98, Slg. 2000, I-10747, Rn. 20 – Tel Austria Verlags GmbH.

7 EuGH, 13.10.2005 – C-458/03, Rn. 40 – Parking Brixen.

8 BGH, 8.2.2011 – X ZB 4/10; Vergabekammer Berlin, 14.11.2014 – VK-B1-19/14; Vergabekammer Mecklenburg-Vorpommern, 22.9.2014 – 2 VK 12/14.

9 Siehe auch EuGH, 10.3.2011 – C-274/09 – Rettungsdienstleistungen.

10 Vergabekammer Brandenburg, 27.7.2015 – VK 12/15; Vergabekammer Berlin, 14.11.2014 – VK-B1-19/14, m. w. N.; Vergabekammer Mecklenburg-Vorpommern, 22.9.2014 – 2 VK 12/14.

Das wirtschaftliche Risiko (beispielsweise in Gestalt von Nutzungs-, Leerstands- und Zahlungsrisiko) trägt in diesem Fall die Wohnungsbaugesellschaft. Auch die Vergabekammer Mecklenburg-Vorpommern<sup>11</sup> teilt in einer Entscheidung von September 2014 diese Einschätzung:

„Aufgrund des Einstehens der Antragsgegnerin für die von den Nutzern (Mietern) zu erhebenden Entgelte im Rahmen des sogenannten Zentralinkassos wird dem Vertragspartner das Ertragsrisiko im Wesentlichen abgenommen, weshalb es an einem wesentlichen Abgrenzungsmerkmal zum Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB fehlt.“

Im Ergebnis führt dies dazu, dass Gestattungsverträge mit Einzelinkasso durch den Kabelnetzbetreiber nicht dem Vergaberecht unterfallen, solche mit Sammelinkasso durch die Wohnungsbaugesellschaft hingegen sehr wohl. Hiermit ging und geht noch immer eine gewisse Rechtsunsicherheit einher, die zu beseitigen sich das VergModG zur Aufgabe gesetzt hat.

### III. Rechtslage nach dem Vergaberechtsmodernisierungsgesetz

Mit dem VergModG planen das Bundeskabinett sowie das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie nun eine umfassende Modernisierung des bestehenden Vergaberechts und die Umsetzung diverser EU-Richtlinien in deutsches Recht. Auch die Vergabe von Konzessionen und Dienstleistungskonzessionen soll nunmehr gesetzlich geregelt werden. Auf diesen Aspekt und die Auswirkungen auf die Vergabe von Gestattungsverträgen im Breitbandkabelmarkt wird sich dieser Beitrag konzentrieren.

#### 1. Legaldefinitionen

Mit dem VergModG werden nunmehr Legaldefinitionen der Begriffe „Konzession“ und „Konzessionsgeber“ eingeführt.

Nach § 101 GWB-E deckt sich der Begriff des Konzessionsgebers im Wesentlichen mit dem des öffentlichen Auftraggebers in § 99 GWB-E mit dem Unterschied, dass der Konzessionsgeber eine Konzession statt eines öffentlichen Auftrags vergibt. Auch Sektorenauftraggeber und juristische oder natürliche Personen des privaten Rechts fallen unter den Begriff des Konzessionsauftraggebers, sofern sie Sektorentätigkeiten ausüben und eine Konzession vergeben. Wer also als Konzessionsauftraggeber anzusehen ist, hängt somit von der Definition des Begriffs Konzession ab.

Dieser Begriff wiederum ist in § 105 GWB-E legal definiert, wobei zwischen Baukonzessionen und Dienstleistungskonzessionen unterschieden wird. Der vorliegende Beitrag wird sich auf die Dienstleistungskonzession (und Gestattungsverträge im Besonderen) beschränken. Nach § 105 Abs. 1 Ziffer 2 GWB-E sind Konzessionen entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Konzessionsauftraggeber ein oder mehrere Unternehmen mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen, die nicht in der Erbringung von Bauleistungen nach Ziffer 1 bestehen (Dienstleistungskonzessionen); dabei besteht die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung. Der nunmehr legal definierte Begriff der Dienstleistungskonzession unterscheidet sich nicht wesentlich von dem bisher verwendeten Begriff, sodass es für die Einordnung als Dienstleistungskonzession auch weiterhin auf die Frage, wem das wirtschaftliche Betriebsrisiko zuzuordnen ist, ankommen dürfte. Um

Missverständnissen vorzubeugen sieht § 105 Abs. 2 GWB-E daher ausdrücklich vor, dass es Voraussetzung einer Konzession ist, dass das Betriebsrisiko für die Verwertung der Konzession auf den Konzessionsnehmer übergeht. Dies ist nach § 105 Abs. 2 S. 3 GWB-E immer dann der Fall, wenn (i) unter normalen Betriebsbedingungen nicht gewährleistet ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für den Betrieb des Bauwerks oder die Erbringung der Dienstleistungen wieder erwirtschaftet werden können und (ii) der Konzessionsnehmer den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist, so dass potenzielle geschätzte Verluste des Konzessionsnehmers nicht vernachlässigbar sind.

Auch nach dieser Definition dürfte – im Einklang mit der Rechtsprechung der Vergabekammer Mecklenburg-Vorpommern – bei der Einordnung von Gestattungsverträgen nach wie vor auf die Umstände des Einzelfalls und hier insbesondere auf die Frage des Inkassos abzustellen sein. Denn im Falle eines Sammelinkassos durch die Wohnungsbaugesellschaft dürfte (i) gewährleistet sein, dass die Investitionsaufwendungen wieder erwirtschaftet werden und (ii) der Kabelnetzbetreiber den Unwägbarkeiten des Marktes nur unwesentlich ausgesetzt ist.

Insofern dürfte es bei der bisherigen Einordnung bleiben: Gestattungsverträge mit Einzelinkasso sind in der Regel als Dienstleistungskonzession und Gestattungsverträge mit Sammelinkasso in der Regel als Dienstleistungsauftrag einzuordnen.

#### 2. Verfahren

Bedeutend ist diese Unterscheidung bei der geltenden Rechtslage – unterfallen Dienstleistungskonzessionen doch nicht dem Vergaberecht und sind entsprechend nicht im Wege eines Nachprüfverfahrens durch eine Vergabekammer nachprüfbar. Allerdings könnte sich durch das VergModG diese Unterscheidung als nicht mehr derart bedeutend herausstellen. Denn hiernach sieht das GWB-E in den §§ 148 ff. GWB-E nunmehr auch ein bestimmtes Verfahren für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen vor.

##### a) Ausnahmen

Zunächst beginnt dieser Unterabschnitt des GWB-E mit dem Anwendungsbereich und Ausnahmen für die Vergabe besonderer Konzessionen, wie beispielsweise von Rechtsdienstleistungen, Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen sowie finanziellen Dienstleistungen. Von besonderer Bedeutung dürfte hierbei die Ausnahme in § 149 Ziffer 8 GWB-E sein. Hiernach findet der Unterabschnitt 3 keine Anwendung auf Konzessionen, die hauptsächlich dazu dienen, dem Konzessionsgeber im Sinne des § 101 Abs. 1 Nr. 1 GWB-E die Bereitstellung oder den Betrieb öffentlicher Kommunikationsnetze oder die Bereitstellung eines oder mehrerer elektronischer Kommunikationsdienste für die Öffentlichkeit zu ermöglichen. Sofern die Konzession also dem Konzessionsgeber den Betrieb oder die Bereitstellung von Kommunikationsdiensten und/oder -netzen ermöglicht, unterliegt die Konzessionsvergabe nicht dem Vergaberecht.

##### aa) Kommunikationsnetz und Kommunikationsdienste

Insofern stellt sich die Frage, wann eine solche Konzession vorliegt. Folglich ist zunächst zu klären, was unter einem

<sup>11</sup> Vergabekammer Mecklenburg-Vorpommern, 22. 9. 2014 – 2 VK 12/14.

öffentlichen Kommunikationsnetz bzw. Kommunikationsdienst für die Öffentlichkeit zu verstehen ist. Die umzusetzende RL 2014/23/EU sieht in Art. 11 Abs. 2 eine Definition dieser Begriffe vor: Die Ausdrücke „öffentliches Kommunikationsnetz“ und „elektronischer Kommunikationsdienst“ sollen die gleiche Bedeutung wie in der RL 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates haben. Dies führt zu folgenden Definitionen:

*Elektronisches Kommunikationsnetz:* Übertragungssysteme und gegebenenfalls Vermittlungs- und Leitweeinrichtungen sowie anderweitige Ressourcen, die die Übertragung von Signalen über Kabel, Funk, optische oder andere elektromagnetische Einrichtungen ermöglichen, einschließlich Satellitennetze, feste (leitungs- und paketvermittelte, einschließlich Internet) und mobile terrestrische Netze, Stromleitungssysteme, soweit sie zur Signalübertragung genutzt werden, Netze für Hör- und Fernsehfunk sowie Kabelfernsehnetze, unabhängig von der Art der übertragenen Informationen, Art. 2 lit. a) RL 2002/21/EG.

*Elektronische Kommunikationsdienste:* Gewöhnlich gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen, einschließlich Telekommunikations- und Übertragungsdienste in Rundfunknetzen, jedoch ausgenommen Dienste, die Inhalte über elektronische Kommunikationsnetze und -dienste anbieten oder eine redaktionelle Kontrolle über sie ausüben; nicht dazu gehören die Dienste der Informationsgesellschaft im Sinne von Art. 1 der RL 98/34/EG, die nicht ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen, Art. 2 lit. a) RL 2002/21/EG.

Die Netzebene 4, also die Hausverkabelung, die Gegenstand von Gestattungsverträgen ist, wird unter den Begriff des elektronischen Kommunikationsnetzes zu definieren sein.<sup>12</sup> Ebenso erfüllt der Breitbandkabeldienst „Telefon“ und wohl auch „Internet“ auch die Voraussetzungen der „elektronischen Kommunikationsdienste“ und dürfte recht unproblematisch als solche eingestuft werden.<sup>13</sup> Dem scheint auch der Gesetzgeber gefolgt zu sein und verweist in seiner Gesetzesbegründung auf die Legaldefinitionen in § 3 Ziffern 16 a, 17 a, 24, 27 TKG.<sup>14</sup>

#### bb) Bereitstellen oder Betreiben solcher Netze bzw. Dienste

Ferner ist für die Ausnahmeregelung des § 149 Ziffer 8 GWB-E erforderlich, dass der Konzessionsgeber diese Netze oder Dienste betreibt bzw. bereitstellt. Eine Definition dieser Begriffe findet nicht statt, sodass sie der Auslegung bedürfen.

Unter dem Begriff „Betreiben“ wird im Allgemeinen verstanden, etwas zu unterhalten oder zu führen.<sup>15</sup> Ein Kommunikationsnetz betreibt also derjenige, der das Netz aktiv unterhält. Im Falle eines Gestattungsvertrages, der vorsieht, der Kabelnetzbetreiber habe das Kabelnetz der Netzebene 4 zu errichten und zu unterhalten (wie es die Mehrzahl der Gestattungsverträge vorsieht), scheidet die Betreibereigenschaft des Gestattungsgebers, also der Wohnungsbaugesellschaft, aus.

Insofern stellt sich die Frage, ob die Wohnungsbaugesellschaft das von dem Kabelnetzbetreiber betriebene Kabelnetz jedoch ihren Bewohnern bereitstellt im Sinne des § 149 Ziffer 8 GWB-E. Unter dem Begriff „Bereitstellen“ versteht man etwas zur Verfügung zu stellen oder verfüg-

bar zu machen.<sup>16</sup> Grundsätzlich scheint die Wohnungsbaugesellschaft ihren Bewohnern den Zugang zu elektronischen Kommunikationsdiensten bzw. öffentlichen Kommunikationsnetzen bereitzustellen, indem sie eine vertragliche Beziehung mit dem Kabelnetzbetreiber über die Bereitstellung eingeht. Allerdings unterscheiden zahlreiche Gesetze zwischen den Begriffen „bereitstellen“ und „bereitstellen lassen“.<sup>17</sup> Hierbei versteht man unter dem Begriff „bereitstellen lassen“ dass die Dienstleistung durch einen Dritten im Auftrag des Adressaten erbracht wird.<sup>18</sup> Diese Systematik des „handeln“ oder „handeln lassen“ ist an zahlreichen Stellen des deutschen Rechts wiederzufinden, sodass viel dafür spricht, sie auch vorliegend entsprechend anzuwenden. Dies bedeutet wiederum, dass der Konzessionsgeber selbst – und nicht durch einen Dritten, wie etwa den Kabelnetzbetreiber – das Kommunikationsnetz oder die Kommunikationsdienste bereitstellen muss. Sofern also nicht der Konzessionsgeber bzw. die Wohnungsbaugesellschaft selbst die Netze oder Dienste bereitstellt, sondern sich hierzu eines Kabelnetzbetreibers bedient, dürfte auch diese Voraussetzung nicht erfüllt sein.

Die Ausnahme des § 149 Ziffer 8 GWB-E wird bei Gestattungsverträgen in der Regel also nicht greifen, sodass die Vorschriften über die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen auch bei Gestattungsverträgen anwendbar sind.

#### b) Verfahren

§ 151 GWB-E sieht vor, dass Konzessionsgeber die Absicht, eine Konzession zu vergeben, bekanntgeben, wobei auf eine Veröffentlichung nur verzichtet werden darf, wenn dies aufgrund des GWB-E zulässig ist. § 151 S. 3 GWB-E sieht sodann vor, dass Konzessionsgeber das Verfahren zur Vergabe von Konzessionen vorbehaltlich der aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Verordnung zu den Einzelheiten des Vergabeverfahrens frei ausgestalten dürfen. Dies stellt bereits den ersten Unterschied zur Vergabe öffentlicher Aufträge dar.

§ 152 GWB-E stellt sodann bestimmte Anforderungen an die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens auf und verweist regelmäßig auf die Parallelvorschriften bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen. § 152 Abs. 3 GWB-E sieht vor, dass der Zuschlag auf der Grundlage objektiver Kriterien, die sicherstellen, dass die Angebote unter wirksamen Wettbewerbsbedingungen bewertet werden, erteilt wird. So soll sichergestellt werden, dass ein wirtschaftlicher Gesamtvorteil für den Konzessionsgeber ermittelt werden kann.

12 So für den Begriff „Telekommunikationsnetz“ auch *Schütz*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 6 Rn. 21.

13 Im Ergebnis für den Begriff „Telekommunikationsdienst“ auch *Schütz*, in: Geppert/Schütz (Fn. 11), § 6 Rn. 27 ff.; siehe auch *Redeker*, IT-Recht, 5. Aufl. 2012, D., Rn. 1080.

14 BT-Drs. 18/6281, S. 128.

15 Bibliographisches Institut GmbH – Duden Verlag (Hrsg.): <http://www.duden.de/rechtschreibung/betreiben>, Zugriff am 8. 2. 2016 – betreiben.

16 Bibliographisches Institut GmbH – Duden Verlag (Hrsg.): <http://www.duden.de/rechtschreibung/bereitstellen>, Zugriff am 8. 2. 2016 – bereitstellen.

17 So beispielsweise Ziffer 5 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG: „Waren- oder Dienstleistungsangebote im Sinne des § 5 a Abs. 3 zu einem bestimmten Preis, wenn der Unternehmer nicht darüber aufklärt, dass er hinreichende Gründe für die Annahme hat, er werde nicht in der Lage sein, diese oder gleichartige Waren oder Dienstleistungen für einen angemessenen Zeitraum in angemessener Menge zum genannten Preis bereitzustellen oder bereitstellen zu lassen (Lockangebote).“

18 Für Ziffer 5 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG: *Weidert*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), UWG, 3. Aufl. 2016, Anhang zu § 3 Abs. 3 Nr. 5, Rn. 36.

In § 154 GWB-E werden letztlich weitere Vorschriften über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen bei der Vergabe von Konzessionen – teilweise mit gewissen Einschränkungen – für anwendbar erklärt. Hierunter fallen insbesondere die Vorschriften über den Ausschluss von Bewerbern, die Auftragsänderung während der Vertragslaufzeit, Kündigung, Unwirksamkeit sowie die besonderen Ausnahmen für die Vergabe an verbundene Unternehmen oder an Gemeinschaftsunternehmen sowie für unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzte Tätigkeiten.

### 3. Nachprüfverfahren

Die wesentlichste Neuerung für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen wurde jedoch in den §§ 155 ff. GWB-E aufgenommen – das Nachprüfverfahren. § 155 GWB-E statuiert sogleich auch den Grundsatz:

„Unbeschadet der Prüfungsmöglichkeiten von Aufsichtsbehörden unterliegt die Vergabe öffentlicher Aufträge und von Konzessionen der Nachprüfung durch die Vergabekammern.“

Es wird also deutlich, dass die Vergabe von Konzessionen nunmehr durch die Vergabekammern überprüft werden soll und kann und sich der Rechtsschutz bei der Vergabe von Konzessionen nicht mehr nur auf den Zivilrechtsweg beschränkt. Gerade aufgrund der Schwierigkeiten, die bei der Bemessung eines durch die rechtswidrige Vergabe des

Gestattungsvertrages bzw. der Konzession entstandenen Schadens für einen Kabelnetzbetreiber bestehen, dürfte dies die Anzahl an rechtmäßig vergebenen Dienstleistungskonzessionen noch deutlich steigern.

Das leider doch recht „stumpfe Schwert“ des Rechtsschutzes gegen Vergabeentscheidungen bei Dienstleistungskonzessionen auf dem Zivilrechtsweg wurde nunmehr durch das „scharfe Schwert“ des Nachprüfverfahrens ersetzt. Dies dürfte insbesondere deshalb erfreulich sein, weil der Rechtsschutz nunmehr nicht nur die Folgen der rechtswidrigen Vergabe, sondern auch die Vergabeentscheidung selbst zum Gegenstand haben kann.

### IV. Ergebnis

Das VergModG schickt sich an, die bestehende Rechtsunsicherheit beim Abschluss von Gestattungsverträgen auszuräumen bzw. stark zu begrenzen. Die Bedeutung der Unterscheidung zwischen Konzession und öffentlichem Auftrag nimmt immer weiter ab – nicht zuletzt durch die neu eingefügte Überprüfbarkeit der Vergabeentscheidung bei Konzessionen im Wege des Nachprüfverfahrens.

Für die Beteiligten an Gestattungsverträgen wird sich insofern eine neue Rechtssicherheit einstellen, die jedoch mit einem gesteigerten Vergabeaufwand erkauft wurde.

## Länderreport Österreich

RA Hon.-Prof. Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), Salzburg\*

### I. E-Commerce-Recht

#### 1. Verbrauchergerichtsstand bei Online-Werbung?

Der Oberste Gerichtshof (OGH) hat entschieden, dass eine Online-Werbung zurechenbar sein muss, um einen Gerichtsstand zugunsten des Verbrauchers nach Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO (nunmehr: Art. 17 Abs. 1 lit. c EuGVVO 2012) zu begründen.<sup>1</sup>

Die später Beklagte betrieb in einer ungarischen Therme einen Friseursalon. Die in Österreich wohnhafte Klägerin suchte diesen Salon während eines Thermenaufenthalts als Kundin auf. Mit der Behauptung, die vorgenommene Dauerwellenbehandlung sei fehlerhaft erfolgt, beehrte sie mit der beim BG Leibnitz eingebrachten Klage vorliegenden Verfahren von der Beklagten € 8000,- an Schmerzen(s)geld. Die internationale Zuständigkeit des angerufenen österreichischen Gerichts stützte sie auf den Verbrauchergerichtsstand des Art. 16 VO (EG) Nr. 2001/44 (EuGVVO 2001).

Die Vorinstanzen wiesen die Klage wegen internationaler Unzuständigkeit ab. Dass das Unternehmen der Beklagten vom Thermenbetreiber auf seiner Website in deutscher Sprache und unter Angabe einer Telefonnummer mit internationaler Vorwahl vorgestellt werde, erfülle zwar an sich den Tatbestand des Ausrichtens auf österreichische Verbraucher i. S. d. Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO 2001.

Diese Bewerbung sei der Beklagten jedoch nicht zurechenbar, weil sie keine Möglichkeit hatte, darauf Einfluss zu nehmen oder ihr zu widersprechen. Daher sei der Verbrauchergerichtsstand nicht heranziehbar.

Der OGH hielt diese Beurteilung für vertretbar und wies den Revisionsrekurs der Klägerin zurück. Der 5. Senat grenzt den vorliegenden Fall i. S. der unionsrechtlichen Vorgaben<sup>2</sup> zutreffend ab. Die Bejahung der internationalen örtlichen Zuständigkeit in Österreich unter Inanspruchnahme des Verbrauchergerichtsstands scheidet im Anlassfall an der Zurechnung der Website des ungarischen Thermenbetreibers an die beklagte Friseurin als Vertragspartnerin der Klägerin. Als zentrales Element in der Begründung wird angeführt, dass die Kläger die Behauptungslast für das Vorliegen eines „Ausrichtens“ i. S. des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO 2001 der Tätigkeit des Unternehmers auf den Verbraucherstaat letztlich nicht erfüllt habe.<sup>3</sup>

\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. VIII.

1 OGH, 28. 4. 2015 – 5 Ob 18/15 f., VbR 2015/117, 165 = EvBl 2015/138 (Jenny) – Verbrauchergerichtsstand bei Online-Werbung.

2 EuGH, 7. 12. 2010 – verb. Rs. C-585/08 und C-144/09, K&R 2011, 33 ff., Rn. 89 = Zak 2010/745, 422 = RdW 2011/15, 20 = Zak 2010/65, 39 = ecollex 2011/96, 227 = IPRax 2012/5, 160 = wbl 2011/33, 95 = ZfRV-LS 2011/4, 18 = SWI 2011, 48 – Pammer und Hotel Alpenhof; dazu Aichberger-Beig, Zak 2011, 27; Lindinger, ZVR 2011/137, 224; Roth/Reith, ecollex 2011, 406; de la Durantaye/Garber, jusIT 2011, 203; Mankowski, IPRax 2012, 144; Nemeth, ZfRV 2012, 122; Thiede, Zak 2014, 63.

3 Zutreffend krit. Jenny, ÖJZ 2015, 989, 990.