



VERWALTUNGSGERICHT TRIER

URTEIL

IM NAMEN DES VOLKES

In dem Verwaltungsrechtsstreit
der ***,

- Klägerin -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dentons Europe LLP,
Jungfernturmstraße 2, 80333 München,

g e g e n

den Eifelkreis Bitburg-Prüm, vertreten durch den Landrat, Trierer Straße 1,
54634 Bitburg,

- Beklagter -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Heuking - Kühn - Lüer - Wojtek,
Goetheplatz 5-7, 60313 Frankfurt a. M.,

beigeladen:

***,

Prozessbevollmächtigter: ***,

w e g e n Telekommunikationsrechts

hat die 2. Kammer des Verwaltungsgerichts Trier aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 10. September 2020, an der teilgenommen haben

für Recht erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu tragen, die diese selbst trägt.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 von Hundert des vollstreckungsfähigen Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Tatbestand

Die Klägerin begehrt die Feststellung, dass zwischen dem Beklagten und der Beigeladenen im Hinblick auf die Breitbandversorgung von sieben Ortsgemeinden kein Rechtsverhältnis besteht.

Sie ist ein Telekommunikationsunternehmen das unter anderem Telefon- und DSL-Anschlüsse mit eigener Technik in nicht mit Breitband versorgten Gebieten zur Verfügung stellt.

Im Rahmen der „Digitalen Agenda für Europa“ ist eine Verbesserung der Breitbandversorgung in denjenigen Regionen, die nicht über den bestehenden Markt erschlossen sind, beabsichtigt. Grundlage dafür sind unter anderem die Breitbandleitlinien der Europäischen Kommission. Im Zuge dessen wurde vom Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur die „Rahmenregelung der Bundesrepublik Deutschland zur Unterstützung des Aufbaus einer flächendeckenden Next Generation Access (NGA)-Breitbandversorgung“ (NGA-RR) erlassen. Diese Rahmenregelung wurde als staatliche Beihilfe bei der Europäischen Kommission notifiziert. Diese teilte mit Schreiben vom 15. Juni 2015

mit, keine Einwände gegen die NGA-RR zu erheben. Auf der Grundlage der NGA-RR erließ das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur sodann die Richtlinie „Förderung zur Unterstützung des Breitbandausbaus in der Bundesrepublik Deutschland“ und auch das Land Rheinland-Pfalz erließ entsprechende Regelungen.

Ziel all dessen ist die Unterstützung des Aufbaus von NGA-Breitbandnetzen, um jedem potentiellen Teilnehmer Hochgeschwindigkeitsinternetdienste anbieten zu können. Von der möglichen Förderung betroffen sind nur Gebiete, bei denen es sich um sogenannte „weiße NGA-Flecken“ handelt. Dies sind solche, in denen eine zuverlässige Versorgung mit Bandbreiten von mindestens 30 Mbit/s gegenwärtig nicht gewährleistet ist und in den kommenden drei Jahren auch nicht gewährleistet sein wird. Zur Feststellung des Vorliegens eines „weißen NGA-Flecks“ ist von der jeweiligen Gebietskörperschaft zunächst ein Markterkundungsverfahren durchzuführen. Die Förderanträge für die Bundesförderung sind dann an die *** als beliehene Projektträgerin und Bewilligungsbehörde zu stellen. Zuwendungsempfänger ist jeweils die Gebietskörperschaft, in der das Projektgebiet liegt. Diese ist verpflichtet, die entsprechenden Zuwendungen an den zukünftigen Betreiber des Breitbandnetzes weiterzuleiten. Dabei kommen als Begünstigte nur privatwirtschaftliche Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze in Betracht. Diese müssen in einem offenen und transparenten Auswahlverfahren ermittelt werden und führen den Ausbau und Betrieb entweder selbst durch (Wirtschaftlichkeitslückenmodell) oder bekommen die von der Kommune errichtete Infrastruktur als Pächter zum Netzbetrieb zur Verfügung gestellt (Betreibermodell). Die Förderung durch das Land Rheinland-Pfalz erfolgt als Kofinanzierung zur gewährten Bundesförderung und ist unter ähnlichen Voraussetzungen zu beantragen. Zudem hat die jeweilige Gebietskörperschaft einen Eigenanteil an der Gesamtförderung zu tragen.

Bereits im Jahr 2016 plante der Beklagte in zwei getrennten Verfahren für einen südlichen und einen nördlichen Teil seines Gebietes den NGA-Breitbandausbau. Im Rahmen des durchgeführten Markterkundungsverfahrens für den südlichen Teil teilte die Klägerin mit, dass sie einige Teile des dortigen Gebietes bereits versorge und diese demnach nicht förderfähig seien. Im weiteren Verlauf erhielt jedoch die Beigeladene nach Durchführung eines Auswahlverfahrens für beide Gebiete, die

aufgrund der adressgenauen Abgrenzung keinerlei Überschneidung zu den vom hiesigen Verfahren betroffenen Gebieten aufweisen, den Zuschlag, woraufhin entsprechende Zuwendungsbescheide in abschließender Höhe von der *** erlassen worden sind. Gegen den Zuwendungsbescheid für das südliche Gebiet hat die Klägerin erfolglos Widerspruch erhoben und nunmehr ein Klageverfahren beim Verwaltungsgericht Berlin anhängig gemacht.

Im Frühjahr 2017 initiierte der Beklagte ein weiteres Markterkundungsverfahren für die Ortsgemeinden Biersdorf am See, Burbach, Neidenbach, Neuheilenbach, Oberweiler, Wiersdorf und Wißmannsdorf (Ortsteil Koosbüsch). Im Rahmen dessen wurde die Klägerin von dem Beklagten schriftlich aufgefordert, ihre eventuell bestehende bzw. in den nächsten drei Jahren geplante Breitbandversorgung unter Angabe verschiedener in den Ausschreibungsunterlagen dargelegter Informationen anzuzeigen. Mit Schreiben vom 24. Juli 2017 teilte die Klägerin dem Beklagten mit, dass von ihr in fünf der betroffenen Gemeinden – die Beteiligten gingen fälschlicherweise bis zuletzt von sechs gemeldeten Ortsgemeinden aus – eine entsprechende Breitbandversorgung angeboten werde. In der Ortsgemeinde Biersdorf am See sei eine solche von ihr geplant. Darüber hinaus erfolgten gegenüber dem Beklagten von zwei anderen Anbietern Negativanzeigen.

Der Beklagte deklarierte im weiteren Verlauf das Markterkundungsgebiet als „weißen NGA-Fleck“ und veröffentlichte die Ergebnisse des Markterkundungsverfahrens. Daraufhin stellte er bei der *** einen Antrag auf Gewährung von Zuwendungen nach dem Wirtschaftlichkeitslückenmodell. Am 19. Dezember 2017 wurde der Förderbescheid in vorläufiger Höhe für die sieben Ortsgemeinden erlassen. Hiergegen erhob die Klägerin im April 2018 Widerspruch, der von der *** als unzulässig zurückgewiesen wurde. Klage hat die Klägerin hiergegen nicht erhoben.

In der Folgezeit schrieb der Beklagte den NGA-Breitbandausbau für das hier in Rede stehende Gebiet europaweit aus. Die Klägerin selbst beteiligte sich nicht als Bieterin am Ausschreibungsverfahren, erhob jedoch Rügen bezüglich des Verfahrens. Diese wurden vom Beklagten als unbegründet zurückgewiesen, wogegen die Klägerin nicht weiter vorgegangen ist.

Nach Durchführung des Auswahlverfahrens erteilte der Beklagte der Beigeladenen im Nachgang zu einem Beschluss des Kreisausschusses bei dem Beklagten vom 6. Mai 2019 den Zuschlag für den NGA-Breitbandausbau in den sieben Ortsgemeinden. In der Folgezeit wurden Maßnahmen zum Abschluss eines Kooperationsvertrages zwischen dem Beklagten und der Beigeladenen zur Gewährung der Zuwendungen getroffen.

Im Juli 2019 erhob die Klägerin Widerspruch gegen einen etwaig von dem Beklagten an die Beigeladene erlassenen Förderbescheid für das nördliche und südliche Gebiet und begehrte die Aufhebung des Zuwendungsbescheides. Nach Mitteilung, dass ein solcher Bescheid nicht erlassen worden sei, nahm die Klägerin den Widerspruch zurück.

Während des bereits laufenden Klageverfahrens erließ die *** am 25. Mai 2020 einen Bescheid über die abschließende Höhe der Zuwendung für die Erschließung der sieben Ortsgemeinden in Höhe von *** EUR. Am 5. September 2020 wurde dem Beklagten zudem der Bescheid über die abschließende Zuwendung des Landes Rheinland-Pfalz in Höhe von *** EUR übergeben. Der Eigenanteil an der Förderung des Beklagten beträgt *** EUR.

Mit der Klage wendet sich die Klägerin gegen den noch zu unterzeichnenden Kooperationsvertrag. Sie ist der Ansicht, die Klage sei zulässig. Insbesondere sei der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, da eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliege. Entscheidend dafür sei die wahre Natur des Rechtsverhältnisses. Aus dem Vertragsgegenstand, der sich nicht den gängigen Vertragstypen des bürgerlichen Rechts zuordnen lasse, ergebe sich, dass es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handele. Auch deshalb, weil die Gewährung einer Beihilfe hier Schwerpunkt des abzuschließenden Vertrages sei. Dies spiegele sich auch in verschiedenen Regelungen des Vertragsentwurfes wieder indem der Beigeladenen Verpflichtungen zur Netzerrichtung und zum Netzbetrieb auferlegt würden und ihr dafür eine Förderung gewährt werde. Darüber hinaus sei der Beklagte ausweislich der Förderprogramme auch verpflichtet, die ihm obliegenden Verpflichtungen an die Beigeladene weiterzugeben. Die Bestimmungen der Förderprogramme seien öffentlich-rechtlicher Natur. Auch die Vertragsumstände, insbesondere, dass die

Unterzeichnung des Vertrages vom Zuschlag im Vergabeverfahren abhängen, sprechen für eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit. Zudem könne ausweislich der Förderbestimmungen die Weiterleitung durch Verwaltungsakt oder privatrechtlichen Vertrag erfolgen. Wähle jedoch die öffentliche Hand anstelle der Möglichkeit eines Verwaltungsaktes die Weiterleitung in Form eines Vertrages, so spreche viel für das Vorliegen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages als Ersatz für einen Verwaltungsakt. Insgesamt handele es sich ohnehin um ein Rechtsgebiet, welches in der Gewährleistungsverantwortung des Bundes liege. Auch aus den Anordnungen in den Besonderen Nebenbestimmungen für die auf der Grundlage der Richtlinie „Förderung zur Unterstützung des Breitbandausbaus in der Bundesrepublik Deutschland“ durchgeführten Antrags- und Bewilligungsverfahren könne nicht die privatrechtliche Natur des Vertrages folgen, dies sei vielmehr objektiv zu bestimmen. Es liege zudem keine abdrängende Sonderzuweisung zu den Vergabekammern vor, da es nicht um eine vergaberechtliche Fragestellung gehe und ohnehin die Bereichsausnahme des § 149 Nr. 8 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen einschlägig sei.

Auch sonst sei die Feststellungsklage zulässig. Sie sei auf die Feststellung gerichtet, dass ein in unmittelbarer Zukunft zu schließender Kooperationsvertrag zwischen dem Beklagten und der Beigeladenen aufgrund eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot nichtig sei und deshalb kein Rechtsverhältnis zwischen diesen bestehe. Dieses Rechtsverhältnis im Form des Kooperationsvertrages lasse sich näher bestimmen und sei auch als zukünftiges Rechtsverhältnis feststellungsfähig. Die Feststellungsklage sei auch statthaft, wenn es sich um ein Rechtsverhältnis handele, an dem ein Kläger nicht beteiligt sei. Das Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses lasse sich feststellen, da ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot zur endgültigen Unwirksamkeit des Rechtsverhältnisses führe und nicht zu dessen schwebender Unwirksamkeit. Die Feststellungsklage sei auch nicht subsidiär, da mit einer Feststellungsklage ihrem Begehren aufgrund der Bindung der öffentlichen Hand an Gerichtsentscheidungen gleich effektiv Rechnung getragen werden könne.

Die Klage sei auch begründet, da ein Verstoß gegen das europarechtliche Durchführungsverbot vorliege. Das Fördervorhaben des Beklagten entspreche nicht den Vorgaben der NGA-RR und sei somit nicht von der genehmigten

Beihilferegelung umfasst. Auch liege eine Freistellung aufgrund sonstiger Vorschriften nicht vor.

Das Markterkundungsverfahren sei fehlerhaft durchgeführt und ihre Versorgungsanzeige rechtswidrigerweise ignoriert worden. Ihre Mitteilung habe keinerlei formelle Mängel aufgewiesen. Es gebe keine Regelungen dazu, welche Angaben formell zu machen seien und was bei Nichteinhaltung von Vorgaben passiere. Es sei nicht erforderlich, bereits zu Beginn des Verfahrens hohe formale Hürden aufzubauen. Zudem würde das wettbewerbsrechtliche Grundprinzip auf den Kopf gestellt, wenn sich nicht mehr derjenige substantiell rechtfertigen müsse, der in den Wettbewerb eingreife, sondern derjenige, der die Wettbewerbsfreiheit geschützt haben möchte. Ohnehin gehe aus den vorgelegten Unterlagen hervor, dass die geforderten Übertragungsgeschwindigkeiten erreicht würden.

Auch in materieller Hinsicht habe ihre Meldung keinerlei Mängel aufgewiesen. Sie habe dargelegt, in welchen Gemeinden sie in welchem Umfang Hochgeschwindigkeitsdienste anbiete und darüber hinaus eine adressgenaue Bestimmung vorgenommen. Damit habe sie alle Informationen geliefert, damit der Beklagte die Existenz von „weißen NGA-Flecken“ überprüfen könne. Lediglich einige wenige Haushalte könnten von ihr aufgrund der Länge der verlegten Kabel nicht versorgt werden.

Es sei zudem lebensfern, dass alle Haushalte in einer Ortsgemeinde gerade ihre Kunden seien, sie versorge derzeit nur die Haushalte, die auch tatsächlich zu ihrem Kundenstamm gehörten. Wenn in Zukunft mehr Bedarf seitens der Kunden bestünde, so werde sie ihr Angebot und die jeweils zur Verfügung stehende Bandbreite entsprechend ausbauen. Sie habe zudem im Rahmen ihrer bestehenden Versorgung angezeigt, dass sich die in den einzelnen Ortsgemeinden ankommende Bandbreite auf einen höheren Wert skalieren ließe, was von dem Beklagten als geplanter Ausbau hätte berücksichtigt werden müssen.

Der Beklagte könne auch nicht einwenden, dass ihre Meldung bedeutungslos gewesen sei. Die technische Stellungnahme des Beklagten weise große Schwächen auf. Es sei bereits nicht erkennbar, wer diese wann und auf wessen Bitte hin verfasst habe. Auch sei die Art und Weise, wie der Beklagte überprüft habe,

ob die geforderte Übertragungsgeschwindigkeit in den Bestandsgemeinden erreicht würde, insgesamt zu beanstanden, dies bereits deshalb, weil es sich lediglich um Kundenmessungen gehandelt habe und auch die Bundesnetzagentur davon ausgehe, dass derartige Messungen fehlerhaft seien könnten. Außerdem sei nur eine geringe Anzahl von Messungen, teilweise nur eine pro Anschluss, durchgeführt worden. Ohnehin gebe es in den betroffenen Gebieten nur wenige Endkunden, die Bandbreiten von 16 Mbit/s oder mehr überhaupt vertraglich nutzten, sodass eine Feststellung der tatsächlich möglichen Bandbreiten durch den Beklagten gar nicht möglich gewesen sei.

Auch die Prognoseentscheidung des Beklagten hinsichtlich der Gemeinde Biersdorf am See sei aufgrund der nicht belastbaren technischen und rechtlichen Stellungnahme fehlerhaft. Zudem hätte auch hier darauf hingewiesen werden müssen, dass bei ausbleibender nachträglicher Substantiierung der Unterlagen die Nichtberücksichtigung drohe. Aufgrund der Kenntnis der Gemeinde und des Beklagten vom Ausbau sei es auch nicht erforderlich gewesen, eine so große Zahl von Unterlagen anzufordern. Die Maßnahme in Biersdorf am See sei zudem zwischenzeitlich abgeschlossen worden und eine Versorgung mit bis zu 100 Mbit/s möglich, wobei aufgrund der Nachfragesituation jedoch nur 50 Mbit/s angeboten werden.

Bei den Regelungen der Europäischen Union handele es sich um Regeln, die ausnahmsweise eine Anmeldepflicht bei und eine Genehmigungspflicht durch die Europäische Kommission entbehrlich machten, diese dürften den Behörden der Mitgliedstaaten keine Spielräume geben. Vielmehr müssten die nationalen Behörden ermitteln, ob ein „weißer NGA-Fleck“ vorliege und prüfen, ob private Investoren den Ausbau planen, sowie eine eingehende Konsultation im Rahmen des Markterkundungsverfahrens vornehmen. Demnach habe der Beklagte auch keinen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum bezüglich der Bewertung des Markterkundungsverfahrens.

Hinzu komme, dass selbst wenn beim Beklagten Zweifel verblieben sein sollten, ihr die Möglichkeit hätte gegeben werden müssen, hierauf zu reagieren. Dies gebiete nicht nur das Gebot der Verhältnismäßigkeit, sondern auch das Unionsrecht, welches bei gebotener enger Auslegung eine umfassende Prüfung fordere.

Auch könne die von ihr genutzte Richtfunktechnik vor dem Hintergrund der Technologieneutralität nicht als unzuverlässig eingestuft werden. Diese sei nach den Breitbandleitlinien ausdrücklich zugelassen.

Die Klägerin beantragt,

festzustellen, dass zwischen dem Beklagten und der Beigeladenen kein Rechtsverhältnis aufgrund eines unmittelbar bevorstehenden Kooperationsvertrages zum Breitbandausbau in den Ortsgemeinden Biersdorf am See, Burbach, Neidenbach, Neuheilenbach, Oberweiler, Wiersdorf und Wißmannsdorf – Ortsteil Koosbüsch – besteht, soweit diese Gemeinden durch die Zuschlagserteilung vom 6. Mai 2019 betroffen sind.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Klage sei bereits unzulässig. Der Verwaltungsrechtsweg sei nicht eröffnet, da vorrangig ein vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren durchzuführen sei. Darüber hinaus fehle es aus mehreren Gründen an einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit. Dies ergebe sich bereits aus den Vorgaben des Bundesfördermittelgebers nach denen die Weiterleitung der Zuwendung durch die beihilfegewährende Kommune in Form eines privatrechtlichen Vertrages erfolge. Öffentlich-rechtlich sei eine Streitigkeit nur, wenn sie nach Maßgabe des öffentlichen Rechts zu entscheiden sei, hier sei jedoch ein privatrechtlicher Kooperationsvertrag streitgegenständlich. Bei der Zuordnung von Konzessionsverträgen zum Verwaltungs- oder Privatrecht komme es maßgeblich darauf an, um welchen Vertragsgegenstand es sich handle. Der vorliegenden Konzession zum Betrieb eines Breitbandnetzes wohne jedoch keine Gewährung von Sondernutzung inne, sie regle die Ausgestaltung der Beihilfe und habe privatrechtliche Qualität.

Auch fehle es an einem feststellungsfähigen Rechtsverhältnis. Selbst im unterstellten Falle eines Beihilfeverstößes könne zudem nicht davon ausgegangen werden, dass der beabsichtigte Vertrag nichtig sei. Ein solcher führe lediglich zu

einer schwebenden Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts, nicht aber zu dessen Nichtigkeit. Ohnehin sei die Feststellungsklage vorliegend subsidiär und deshalb unzulässig. An der selbständigen Feststellung der Rechtswidrigkeit der Beihilfe bestehe für die Klägerin kein Rechtsschutzinteresse. Dem könne nur entsprochen werden, wenn der tatsächliche Vorteil auch zurückgefordert werden würde. Die gerichtliche Überprüfung der Beihilfegewährung müsse durch eine kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage bzw. die allgemeine Leistungsklage erfolgen.

Die Klage sei überdies auch unbegründet, da die NGA-RR eine von der Europäischen Kommission genehmigte Beihilferegulation sei und er diese Vorgaben auch eingehalten habe. Die Feststellung, dass ein „weißer NGA-Fleck“ vorliege, erfolge im Rahmen des Markterkundungsverfahrens. Dabei komme der durchführenden kommunalen Gebietskörperschaft bei der Bewertung der Ergebnisse ein Ermessensspielraum zu und es sei eine Gesamtschau vorzunehmen. Im Rahmen des ordnungsgemäßen Markterkundungsverfahrens sei die Meldung der Klägerin zur Kenntnis genommen worden und man habe sich mit dieser auseinandergesetzt. Es gebe jedoch keine Versorgungsvermutung zu Gunsten jeglicher Meldung im Markterkundungsverfahren. Hier habe die Meldung der Klägerin bereits formelle Mängel aufgewiesen und nicht die in der Veröffentlichung zum Markterkundungsverfahren festgelegten Vorgaben erfüllt. Bei der Festlegung der formellen Vorgaben habe er sich an die beihilfe- und förderrechtlichen Vorgaben der NGA-RR und des Leitfadens zur Bundesförderrichtlinie gehalten. Die Durchführung des Markterkundungsverfahrens stelle die Einhaltung der NGA-RR und somit der Vorgaben des europäischen Beihilferechtes sicher. Die formellen Vorgaben seien erforderlich um ihn in die Lage zu versetzen, Meldungen auf einer sachlichen Grundlage im Rahmen seiner Sachverhaltsbewertung prüfen zu können.

Aufgrund der fehlenden Angaben sei es dem technischen Berater nicht möglich gewesen, die Zuverlässigkeit der von der Klägerin gewählten technischen Lösung zu bejahen. Sowohl bezüglich der vorhandenen als auch der geplanten NGA-Versorgung hätten wesentliche Angaben der Klägerin gefehlt.

Auch wenn es aufgrund der unvollständigen Angaben der Klägerin nicht möglich gewesen sei, die Zuverlässigkeit der von der Klägerin gewählten technischen Lösung abschließend zu bewerten, habe er sich entschlossen, weitere

Sachverhaltsaufklärung zu betreiben. In Neidenbach und Wißmannsdorf (Ortsteil Koosbüsch) habe eine Bürgerumfrage ergeben, dass die dortigen Nutzer unzufrieden mit der ihnen zur Verfügung stehenden Internetleistung gewesen seien. Im Markterkundungsgebiet seien zudem im August/September 2017 durch Kunden der Klägerin im betroffenen Gebiet 182 Breitbandmessungen mittels der Seite www.breitbandmessung.de der Bundesnetzagentur durchgeführt worden. Im Durchschnitt der Messungen seien lediglich 71% der vertraglich zugesicherten Download-Bandbreite sowie lediglich 63% der vertraglich zugesicherten Upload-Bandbreite erreicht worden. Die Messungen hätten gezeigt, dass die versprochene Datenleistung von der Klägerin nicht bereitgestellt werden könne, woraus sich die technisch begründete Schlussfolgerung habe ziehen lassen, dass sie nicht in der Lage sei, zuverlässig eine NGA-Versorgung mit einer Bandbreite von 30 Mbit/s zur Verfügung zu stellen. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Klägerin selbst angebe, dass nur wenige Endkunden überhaupt die Bandbreite von mehr als 16 Mbit/s vertraglich nutzten. Wenn bereits diese geringe Leistung nicht zuverlässig erbracht werden könne, dann müsse dies erst recht für Bandbreiten von mindestens 30 Mbit/s gelten. Außerdem habe die Klägerin angezeigt, dass die von ihr in den Ortsgemeinden aufgestellten Antennen derzeit jeweils über eine Bandbreite von 1 Gbit/s verfügen, sodass bereits rein rechnerisch, ohne Berücksichtigung einer die Bandbreite verringernden Dämpfung, wenn man die insgesamt verfügbare Bandbreite durch die Anzahl der Haushalte dividiere, aufgrund der Anzahl der Haushalte in den jeweiligen Ortsgemeinden gleichzeitig keine Bandbreite von 30Mbit/s in allen Haushalten angeboten werden könne.

Angesichts der Technologieneutralität sei die technische Lösung der Klägerin zwar nicht grundsätzlich abzulehnen, sie müsse sich aber an den gleichen Maßstäben messen lassen wie andere Lösungen und hier habe sich die grundsätzliche Störanfälligkeit und mangelnde Leistungsfähigkeit der Technik gegenüber Glasfaseranbindung von Kabelverzweigern oder Haushalten im konkreten Fall durch die Messergebnisse bestätigt. Er habe sich daher im Rahmen der pflichtgemäßen Ausübung seines Spielraums dazu entschlossen, die Meldungen eines bestehenden Ausbaus der Klägerin im Rahmen der Markterkundung nicht anzuerkennen und mangels anderweitiger Meldungen das entsprechende Gebiet als „weißen NGA-Fleck“ zu behandeln. Da in Bezug auf den geplanten Ausbau der Ortsgemeinde Biersdorf am See zahlreiche der geforderten Unterlagen nicht

vorgelegt worden seien und wegen der tatsächlich mangelhaften und technisch unzuverlässigen, nicht NGA-breitbandfähigen Versorgung der bereits von der Klägerin als versorgt gemeldeten Gebiete Zweifel daran bestünden, dass auf Grund der von der Klägerin gewählten technischen Lösung eine zuverlässige Versorgung von 30 Mbit/s der Ortsgemeinde Biersdorf am See bei einem eigenwirtschaftlichen Ausbau gewährleistet sein würde, habe er sich dazu entschlossen, auch diese Meldung nicht anzuerkennen. Die Meldung der Klägerin sei insgesamt aber nicht allein aufgrund fehlender Unterlagen nicht berücksichtigt worden, sondern bereits wegen der nicht nachgewiesenen technischen Fähigkeit der Klägerin eine zuverlässige Versorgung mit mind. 30 Mbit/s zu erbringen. Eine Nachforderung der fehlenden Angaben hätte an dieser Feststellung nichts geändert. Auch im Klageverfahren habe die Klägerin inhaltlich nichts vorgebracht, was den Nachweis des Vorliegens einer zuverlässigen Versorgung mit NGA-fähigen Bandbreiten durch sie im gegenständlichen Ausbauggebiet erbringen könnte.

Die Beigeladene, die keinen Antrag gestellt hat, trägt vor, dass die in den jeweiligen Ortsgemeinden verlegten Kupferkabel das Maß aller Dinge seien. Diese wiesen aufgrund des Materials eine vergleichsweise hohe Dämpfung auf, sodass, je nach Dicke des Kabels, bereits bei einer geringen Länge des Kabels sehr viel Leistung verloren gehe.

Mit Beschluss vom 1. September 2020 hat die Kammer die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges festgestellt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird Bezug genommen auf die Schriftsätze der Beteiligten und die Verwaltungsakte des Beklagten, die der Kammer vorlagen und Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist zulässig.

Der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten ist gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO – eröffnet. Hierzu hat die Kammer bereits im Beschluss vom 1. September 2020 ausgeführt:

*„Kennzeichnend für den hier in Rede stehenden Kooperationsvertrag zwischen dem Beklagten und der Beigeladenen ist vielmehr, dass er die Grundlage dafür bilden soll, dass der Beklagte als Erstempfänger die ihm durch (vorläufige) Zuwendungsbescheide der *** als beliehene Projektträgerin und des Landes Rheinland-Pfalz bewilligten Fördermittel an die Beigeladene als erfolgreiche Bewerberin im Auswahlverfahren weiterleiten kann. [...] Der jeweilige Bescheid verpflichtet den Beklagten zur Weiterleitung der – hier öffentlich-rechtlichen – Zuwendung an einen Letztempfänger/Begünstigten, im hiesigen Fall die Beigeladene.*

Zwar ergibt sich aus den Ziffern 6.2 und 6.3 der Besonderen Nebenbestimmungen für die auf der Grundlage der Richtlinie „Förderung zur Unterstützung des Breitbandausbaus in der Bundesrepublik Deutschland“ durchgeführten Antrags- und Bewilligungsverfahren, die Umsetzung von Projekten und dazu gewährte Zuwendungen des Bundes – BNBest-Breitband –, dass eine Weiterleitung sowohl in öffentlich-rechtlicher Form durch juristische Personen des öffentlichen Rechts und beliehene juristische Personen des Privatrechts in Form eines Zuwendungsbescheids als auch in privatrechtlicher Form in Form eines privatrechtlichen Vertrages erfolgen kann. Diese Regelungen unterhalb eines Gesetzes sind aber nicht geeignet, allein die Natur des hier streitgegenständlichen Rechtsverhältnisses zu bestimmen. Vielmehr spricht hier bereits die Möglichkeit für juristische Personen des öffentlichen Rechts, die Mittel an den ausgewählten Bewerber durch einen Zuwendungsbescheid weiterzureichen, für das Vorliegen eines öffentlich-rechtlichen Vertrags [...]. Kennzeichnend für einen solchen ist, dass er als Ersatz für den Erlass eines Verwaltungsaktes geschlossen werden kann. Die genannte andere Alternative zur Weiterleitung in privatrechtlicher Form dürfte auf Ausgaben eines Zuwendungsempfängers im Betreibermodell (Ziffer 3.2 der Breitbandrichtlinie) und nicht auf die hier gewählte Form der Wirtschaftlichkeitslückenförderung zugeschnitten sein [...] (vgl. hierzu auch: VG Dresden, Beschluss vom 14. August 2019 – 4 L 416/19 –, juris).

Dass, entgegen der Ausführungen des Beklagten, ein öffentlich-rechtlicher Vertrag vorliegt, ergibt sich auch daraus, dass der Beklagte nach den Zuwendungsbescheiden und den zugrundeliegenden Richtlinien verpflichtet ist, bei der Weiterleitung der Mittel die ihm im Rahmen der Zuwendungsverhältnisse obliegenden Verpflichtungen dem Letztempfänger, sprich der hiesigen Beigeladenen, aufzuerlegen. Die Bestimmungen der Förderprogramme sind öffentlich-rechtlicher Natur, da sie sich im Bereich der Daseinsvorsorge bewegen. [...] So sehen auch die Regelungen der Breitbandrichtlinie ausdrücklich vor, dass die Zuwendungen an die Gemeinden ausbezahlt werden und damit die Aufgabe der örtlichen Breitbandkabelversorgung von den Gemeinden übernommen werden soll, nämlich die

Suche nach einem Breitbandkabelnetzbetreiber und dessen Beauftragung (vgl. OLG München Vergabesenat, [Beschluss vom 25. März 2011 – Verg 4/11 –, juris]). Bereits daraus ergibt sich die öffentlich-rechtliche Natur der Sache.

Darüber hinaus muss sich die Beigeladene durch das Einhalten der Bedingungen und Voraussetzungen aus den Förderrichtlinien und den Zuwendungsbescheiden dem gestalterischen Einfluss des öffentlich-rechtlichen Förderrechts unterwerfen. Auch hiernach begründen die Umstände ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, was den Vertrag als öffentlich-rechtlichen Vertrag charakterisiert (vgl. hierzu ausführlich: VG Dresden, a.a.O.).“

Auch liegt keine abdrängende Sonderzuweisung an die zuständige Vergabekammer vor. Hierzu hat die Kammer bereits ausgeführt:

„Welche Verfahren der Nachprüfung durch die Vergabekammern und in der weiteren Folge durch die Vergabesenate beim Oberlandesgericht unterliegen, ergibt sich aus §§ 155, 156 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB –. [...]

Die staatlichen Zuwendungen sind hier nicht so konzipiert, dass der Bieter bei Abgabe des Angebots mit einer wirtschaftlich risikolosen Auftragsdurchführung rechnen kann. Demnach ist vom Vorliegen einer (Dienstleistungs-)Konzession auszugehen [...]. Für diese wäre hiernach dem Grunde nach der Rechtsweg zu den Vergabekammern eröffnet.

Jedoch greift vorliegend die in § 149 Nr. 8 GWB normierte Ausnahme vom Grundsatz des Vorrangs des Vergaberechts. Für Konzessionen, die – wie hier – hauptsächlich dazu dienen, dem Konzessionsgeber im Sinne des § 101 Abs. 1 Nr. 1 GWB die Bereitstellung oder den Betrieb öffentlicher Kommunikationsnetze oder die Bereitstellung eines oder mehrerer elektronischer Kommunikationsdienste für die Öffentlichkeit zu ermöglichen, ist der Rechtsweg zu den Vergabekammern nicht eröffnet. [...] (vgl. hierzu ausführlich: Vergabekammer Leipzig, 1. Vergabekammer, Beschluss vom 17. Juli 2019 – 1/SVK/017-19 –, juris; bestätigt von OLG Dresden Vergabesenat, Beschluss vom 21.08.2019 – Verg 5/19 –, juris).

Eine Anwendbarkeit des Vergaberechts ergibt sich auch nicht durch eine Vorschrift des europäischen Beihilferechts oder der Rahmenregelung der Bundesrepublik Deutschland zur Unterstützung des Aufbaus einer flächendeckenden Next Generation Access (NGA-) Breitbandversorgung – NGA-RR –.“

Die Klage ist auch im Übrigen zulässig. Sie ist gemäß § 43 Abs. 2 VwGO als Feststellungsklage statthaft, weil die Klägerin die Feststellung des Nichtbestehens

eines Rechtsverhältnisses begehrt. Die Feststellungsklage ist entgegen der Auffassung des Beklagten nicht gemäß § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO gegenüber einer Gestaltungs- oder Leistungsklage subsidiär. Die Subsidiarität der Feststellungsklage greift nur dort ein, wo ohne sie die für Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen geltenden Sonderregeln unterlaufen würden (OVG RP, Beschluss vom 23. April 2020 – 6 A 10915/19.OVG –, nicht veröffentlicht m.w.N.). Dies ist hier nicht der Fall, insbesondere mangelt es im Verhältnis zwischen dem Beklagten und der Beigeladenen an einem anfechtbaren Verwaltungsakt. Auch eine Anfechtung der nunmehr erlassenen endgültigen Zuwendungsbescheide der *** vom 25. Mai 2020 bzw. des Landes Rheinland-Pfalz ist, obwohl alle weiteren Rechtsakte hierzu in gewisser Weise akzessorisch sind, nicht vorrangig. Dies bereits deshalb, weil eine zunächst zulässig erhobene Feststellungsklage nicht dadurch unzulässig wird, weil sich – wie hier durch Erlass der genannten Bescheide im Verlauf des Klageverfahrens – erst später die Möglichkeit zur Erhebung einer Gestaltungs- oder Leistungsklage ergibt. Dies auch aus Gründen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes (BVerwG, Urteil vom 13. Juli 1977 – VI C 96.75 –, juris, *W.-R. Schenke* in: Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, 26. Auflage 2020, § 43 Rn. 26 und 30).

Darüber hinaus steht § 43 Abs. 2 VwGO der Feststellungsklage ohnehin in den Fällen nicht entgegen, in denen diese – wie hier – den effektiveren Rechtsschutz bietet. Das gilt gerade auch bei der Prüfung eines möglichen Verstoßes gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 S.1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union – AEUV – (BVerwG, Urteil vom 21. Oktober 2016 – 10 C 3.15 –, juris, OVG RP, a.a.O. m.w.N.). Es ist, entgegen der Ausführungen des Beklagten, vorliegend auch nicht erkennbar, dass durch ein Leistungsbegehren gegenüber dem Beklagten mit dem Inhalt, die Zahlung der (auch eigenen) Zuwendungen zu unterlassen oder eines Widerspruchs bzw. einer Anfechtungsklage gegen die endgültigen Zuwendungsbescheide gegenüber anderen Beklagten ein wirksamerer, mit größerer Effektivität verbundener Rechtsschutz als mit einer Feststellungsklage erreicht werden könnte. Der Beklagte steht rechtlich wie funktional im Zentrum der Abläufe. Im vorliegenden Zusammenhang können alle maßgeblichen Fragen unmittelbar geklärt werden. Insbesondere vor dem Hintergrund, der verfassungsmäßig verankerten festen Bindung des Beklagten an Recht und Gesetz, darf, wie die Klägerin zutreffend

ausführt, die Respektierung von Gerichtsurteilen auch ohne dahinterstehenden Vollstreckungsdruck erwartet werden (OVG RP, a.a.O. m.w.N.). Darüber hinaus ist insbesondere im Hinblick auf die Grundsätze des Europarechtes zu beachten, dass ein Verweis der Klägerin auf ein Vorgehen gegen die endgültigen Förderbescheide dieser schon im Hinblick auf die Verfahrensdauer in zeitlicher Hinsicht erhebliche Nachteile einbringen würde, welche nicht mit dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes in Einklang zu bringen sind. Hier wäre überdies die Feststellungsklage als wesensgleiches Minus zu einer Klage auf Rückforderung bereits gezahlter Beihilfen oder der Anfechtung der entsprechenden Bescheide dazu geeignet, bereits die Auszahlung von gegen das Durchführungsverbot verstoßenden Beihilfen effektiv zu verhindern. Ob die Klägerin gleichwohl auch gegen die Zuwendungsbescheide vorgeht, muss ihrer eigenen rechtlichen Bewertung vorbehalten bleiben.

Entgegen der Auffassung des Beklagten fehlt es auch nicht an einem feststellungsfähigen Rechtsverhältnis. Ein solches besteht zwischen dem Beklagten und der Beigeladenen, hinreichend verdichtet in Gestalt des unmittelbar vor der Unterzeichnung stehenden Kooperationsvertrages. Es ist dabei auch nicht erforderlich, dass die Klägerin an diesem Rechtsverhältnis konkret beteiligt ist (BVerwG, a.a.O.). Der Umstand, dass hier der Kooperationsvertrag noch nicht förmlich unterzeichnet worden ist, dieser jedoch, da es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handelt, nach § 57 Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG – zu seiner Wirksamkeit der Schriftform bedarf, führt nicht dazu, dass nicht bereits jetzt vom Vorliegen eines feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses ausgegangen werden kann. Zukünftig entstehende Rechtsverhältnisse können statthafter Gegenstand einer Feststellungsklage sein, wenn sie bereits hinreichend konkret sind. Es muss eine hinreichende Wahrscheinlichkeit bestehen, dass der behauptete Sachverhalt Realität gewinnt, das Rechtsverhältnis mithin entstehen wird. Daneben müssen die maßgeblichen rechtlichen Grundlagen schon gelegt sein (OVG NRW, Urteil vom 9. Mai 2017 – 13 A 1035/15 –, juris m.w.N.). Hier hängt die Wirksamkeit des Vertrages allein von der unmittelbar bevorstehenden Unterzeichnung ab, wobei der Beigeladenen durch den Beklagten bereits der Zuschlag im Auswahlverfahren erteilt und auch die erforderlichen endgültigen Förderbescheide schon erlassen worden sind.

Auch ist die Klägerin analog § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt. Dies ergibt sich bereits aus dem unmittelbare Wirkung entfaltenden Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 S.1 AEUV. Dabei bedarf es keiner tatsächlichen Wettbewerbsverzerrung, sondern allein der Geeignetheit der – gegebenenfalls verfahrenswidrig gewährten – Beihilfe, den Wettbewerb zu verfälschen. Dem steht hier auch nicht entgegen, dass die Klägerin sich am Auswahlverfahren nicht beteiligt hat, denn eine Wettbewerbsverzerrung zu ihren Lasten kann unabhängig davon eintreten, ob sie sich am Auswahlverfahren beteiligt hat, da sie im streitgegenständlichen Gebiet als Versorgerin am Markt tätig ist (vgl. hierzu: VGH BW, Urteil vom 10. April 2019 – 9 S 75/17 –, vorgehend VG Freiburg, Urteil vom 29. November 2016 – 3 K 2814/14 –, beide juris).

Es fehlt zudem nicht am erforderlichen Feststellungsinteresse in Form eines berechtigten Interesses. Dieses liegt im Falle der Klägerin als (zum Teil potenzielle) Marktteilnehmerin in den sieben Ortsgemeinden vor. Ein berechtigtes Interesse an der Feststellung besteht auch konkret gegenüber dem Beklagten (vgl. zu diesem Erfordernis: BVerwG, Urteil vom 4. Juli 1986 – 8 C 23.86 –, juris), da dieser eine zentrale Funktion im Beihilfeverfahren innehat und nicht nur den Förderantrag gestellt hat, die entsprechenden Zuwendungen erhält und an die Beigeladene weiterleiten wird. Er gewährt der Beigeladenen auch Zuwendungen aus eigenen Mitteln. Daher kommt es an dieser Stelle nicht drauf an, dass ein Teil der Beihilfe von der *** und dem Land Rheinland-Pfalz zur Verfügung gestellt wird.

Die Klage ist jedoch unbegründet.

Streitentscheidend ist nach dem konkreten Klageantrag, ob das streitgegenständliche Rechtsverhältnis besteht. Dies ist nicht der Fall, wenn der unmittelbar vor der Unterzeichnung stehende Kooperationsvertrag nichtig ist. Voraussetzung dafür ist, dass Nichtigkeitsgründe vorliegen. Nach § 59 Abs. 1 VwVfG ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag nichtig, wenn sich die Nichtigkeit aus der entsprechenden Anwendung von Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs – BGB – ergibt. Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist gemäß § 134 BGB nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz etwas anderes ergibt.

Ob ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV zur Gesamtnichtigkeit eines Vertrages führt oder – wovon der Beklagte ausgeht – womöglich nur zu einer schwebenden Unwirksamkeit oder Teilnichtigkeit (vgl. hierzu insgesamt: BVerwG, Urteil vom 26. Oktober 2016 – 10 C 3.15 –, OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 18. Dezember 2017 – OVG 6 B 3.17 –, BGH, Urteil vom 5. Dezember 2012 – I ZR 92/11 –, OLG Hamm, Urteil vom 27. Februar 2020 – 2 U 131/18 –, alle juris), kann hier dahinstehen, da vorliegend schon aus in der Sache liegenden Gründen eine Teilnichtigkeit des Vertrages zwischen dem Beklagten und der Beigeladenen nicht in Betracht kommt. Darüber hinaus liegt ohnehin kein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot vor.

Nach Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV ist es dem Mitgliedstaat verboten, neue Beihilfen vor der Notifizierung und Genehmigung durch die Kommission zu gewähren. Dieses Durchführungsverbot ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar (stRspr. seit EuGH, Urteil vom 11. Dezember 1973 – Rs. C-120/73 –, Lorenz GmbH, juris). Während die Kommission verpflichtet ist, die Vereinbarkeit der beabsichtigten Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt selbst dann zu prüfen, wenn der Mitgliedstaat selbst das Verbot der Durchführung der Beihilfemaßnahmen verletzt, schützen die nationalen Gerichte die Rechte der Einzelnen gegen eine mögliche Verletzung dieses Verbots durch die staatlichen Stellen bis zu einer abschließenden Entscheidung der Kommission. Es geht darum, die Interessen derjenigen zu schützen, die von der Wettbewerbsverzerrung, die durch die Gewährung der rechtswidrigen Beihilfe, die auch in einer Nichteinhaltung der notifizierten Beihilfevorschriften zu sehen ist, hervorgerufen wurde, betroffen sind (vgl. hierzu m.w.N. etwa: EuGH, Urteil vom 12. Februar 2008 – Rs. C-199/06 –, CELF I, juris). Die (ordnungsgemäße) Anwendung einer von der Kommission genehmigten Beihilfe bedarf dabei selbstredend keiner gesonderten Anmeldung oder Genehmigung (*Gundel* in: BeckOK Informations- und Medienrecht, 29. Edition 1. August 2020, AEUV Art. 108 Rn. 6), wobei eine nicht ordnungsgemäße Durchführung einer genehmigten Beihilfe der Gewährung einer nicht notifizierten Beihilfe gleichzusetzen ist. Die nationalen Gerichte sind verpflichtet, entsprechend ihrem nationalen Recht aus einer Verletzung von Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV sämtliche Folgerungen sowohl bezüglich der Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung von Beihilfemaßnahmen als auch bezüglich der Rückforderung der

finanziellen Unterstützungen, die unter Verletzung rechtsrelevanter Bestimmungen gewährt wurden, zu ziehen (vgl. EuGH, Urteile vom 13. Dezember 2018 – Rs. C-429/17 –, Südwestrundfunk/Rittinger und vom 12. Februar 2008 – Rs. C-199/06 –, CELF I, beide juris).

Bei den von dem Beklagten an die Beigeladene auf der Grundlage des zu schließenden Kooperationsvertrags alsbald zu gewährenden Zuwendungen zum Zweck des Breitbandausbaus handelt es sich – das steht auch zwischen den Beteiligten nicht in Streit – um eine Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV. Eine solche ist eine staatliche Maßnahme oder eine Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel durch die dem Begünstigten, hier der Beigeladenen, gegenüber den Mitbewerbern ein selektiver Vorteil gewährt wird. Die vorliegende Maßnahme ist auch geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen sowie insbesondere den Wettbewerb zu verfälschen (vgl. hierzu grundlegend: EuGH, Urteil vom 10. Juni 2010 – C-140/09 –, Fallimento Traghetti del Mediterraneo, VGH BW, Urteil vom 10. April 2019 – 9 S 75/17 –, m.w.N., beide juris).

Die hier in Rede stehende Beihilfe verstößt nicht gegen das Durchführungsverbot, da sie im Rahmen der „Digitalen Agenda für Europa“ aufgrund einer von der Kommission genehmigten Beihilferegelung gewährt wird und auch die konkrete Durchführung der Beihilfe nicht zu beanstanden ist. Die hier in Rede stehende Beihilfe erfüllt inhaltlich und im Abwicklungsverfahren die Voraussetzungen der „Rahmenregelung der Bundesrepublik Deutschland zur Unterstützung des Aufbaus einer flächendeckenden Next Generation Access (NGA)-Breitbandversorgung“ – NGA-RR –, die als staatliche Beihilfe bei der Europäischen Kommission notifiziert wurde und gegen die die Europäische Kommission ausweislich des Schreibens vom 15. Juni 2015 keine Einwände erhoben hat.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Frage, ob ein Verstoß gegen das beihilferechtliche Durchführungsverbot aus Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV vorliegt, weil die in Rede stehende Beihilfe auf einer gegenüber der Kommission in dieser Form nicht notifizierten Rechtsgrundlage beruht, was, wie oben ausgeführt, auch der Fall ist, wenn eine notifizierte Beihilfe nicht ordnungsgemäß durchgeführt wird, ist der Zeitpunkt der Beihilfegewährung. Dies ist nach der Rechtsprechung des

Gerichtshofs der Europäischen Union der Zeitpunkt, in dem der Beihilfeempfänger nach dem geltenden nationalen Recht einen Rechtsanspruch auf die Beihilfe erwirbt. Es ist Sache des mitgliedstaatlichen Gerichts, nach dem einschlägigen nationalen Recht den Zeitpunkt zu bestimmen, in dem die fragliche Beihilfe als gewährt anzusehen ist. Dazu muss es sämtliche Voraussetzungen berücksichtigen, die im nationalen Recht für den Erhalt der Beihilfe vorgesehen sind (vgl. EuGH, Urteil vom 21. März 2013 – C-129/12 –, Magdeburger Mühlenwerke GmbH/ Finanzamt Magdeburg, VGH BW, Urteil vom 10. April 2019 – 9 S 75/17 –, beide juris m.w.N.).

Ausgehend hiervon hat die Beigeladene, die hier als maßgebliche Beihilfeempfängerin anzusehen ist, einen Rechtsanspruch auf die von dem Beklagten öffentlich ausgeschriebene Beihilfe nicht bereits mit dem Zuschlag im Auswahlverfahren durch den Beschluss des Kreisausschusses bei dem Beklagten vom 6. Mai 2019 erworben, weil daneben noch weitere Förderungsvoraussetzungen zu erfüllen waren, die nicht in der Verfügungsmacht des Beklagten standen. Der Anspruch ist vorliegend spätestens mit dem Erlass der endgültigen Zuwendungsbescheide der *** vom 25. Mai 2020 und des Landes Rheinland-Pfalz, welcher dem Beklagten am 5. September 2020 übergeben worden ist, entstanden. Durch den Erlass dieser Bescheide wurde der Beklagte verpflichtet, die entsprechenden Zuwendungen an die Beigeladene zu gewähren, sodass diese seit diesem Zeitpunkt auch einen Anspruch auf die Zuwendungen geltend machen kann, unabhängig davon, ob es bereits zur Unterzeichnung des Kooperationsvertrages gekommen ist.

In dem hiernach maßgeblichen Zeitpunkt waren die Voraussetzungen der NGA-RR als bei der Europäischen Kommission notifizierte Beihilfe erfüllt.

Nach § 2 Abs. 1 und Abs. 2 der NGA-RR darf eine Förderung nur in sogenannten „weißen NGA-Flecken“ erfolgen. Dies sind nach den Fußnoten 1 und 2 der NGA-RR solche Gebiete, in denen es keine Netze gibt, die jedem Teilnehmer zuverlässig eine Bandbreite von mindestens 30 Mbit/s bieten, wobei es sich bei den NGA-Netzen im Sinne der maßgeblichen Vorschrift um FTTx-Netze (glasfaserbasierte Zugangnetze einschließlich FTTC, FTTN, FTTP, FTTH und FTTB), hochleistungsfähige modernisierte Kabelnetzte mindestens unter

Verwendung des Kabelmodemstandards DOCSIS 3.0 oder bestimmte hochleistungsfähige drahtlose Zugangsnetze handelt. Für den Fall einer beabsichtigten Förderung hat die öffentliche Hand nach § 4 Abs. 1 NGA-RR im Rahmen eines Markterkundungsverfahrens festzustellen, dass im betreffenden Gebiet in den nächsten drei Jahren keine Erschließung durch Aufbau eines NGA-Netzes zu erwarten ist.

Dieses zur Feststellung des Vorliegens von „weißen NGA-Flecken“ erforderliche Markterkundungsverfahren hat der Beklagte ordnungsgemäß durchgeführt und auch rechtsfehlerfrei festgestellt, dass in dem nunmehr als Fördergebiet ausgewiesenen Gebiet der sieben Ortsgemeinden ein solcher vorliegt.

Regelungen zur Durchführung des Markterkundungsverfahrens finden sich in § 4 der NGA-RR. So ist dieses nach § 4 Abs. 2 NGA-RR im Internet zu veröffentlichen und die im betreffenden Gebiet tätigen Unternehmen sollen individuell aufgefordert werden, unternehmensspezifisch und detailliert zu der von ihnen erbrachten Versorgung Stellung zu nehmen, ihre aktuellen Up- und Downloadgeschwindigkeiten sowie ihre Ausbaupläne offenzulegen. Dafür ist ihnen mindestens vier Wochen Zeit zu geben und die Ergebnisse sind anschließend zu veröffentlichen (§ 4 Abs. 3 und 4 NGA-RR). Weitere Regelungen finden sich in der NGA-RR nicht. Auch im Vergaberecht, an das das gesamte Verfahren angelehnt ist, finden sich keine weiteren Vorgaben zur Durchführung eines Markterkundungsverfahrens, vielmehr ist auch dort der öffentliche Auftraggeber bei der Gestaltung und Durchführung der Markterkundung grundsätzlich frei (*Thiele* in: BeckOK Vergaberecht, 17. Edition Stand 31. Juli 2020, § 28 VgV Rn. 14). Auch § 7 Abs. 2 Bundeshaushaltsordnung – BHO – und dem dazugehörigen Rundschreiben des Bundesministeriums der Finanzen zur Durchführung eines Interessenbekundungsverfahrens nach § 7 Absatz 2 Satz 2 BHO vom 24. September 2012 – II A 3 – H 1005/07/0002 – 2012/ 0864353 – sind keine weiteren Vorgaben zu entnehmen.

Die auf dem betreffenden Internetportal (www.breitbandausschreibungen.de) veröffentlichte Markterkundung des Beklagten für den Zeitraum vom 10. Juli 2017 bis zum 8. August 2017 begegnet vor diesem Hintergrund ebenso wenig rechtlichen Bedenken, wie die anschließende Durchführung und Auswertung des Verfahrens.

Der Beklagte war entgegen der Ansicht der Klägerin frei, die betreffenden konkreten Vorgaben hinsichtlich der vorzulegenden Unterlagen zu machen, da er insofern insbesondere nicht willkürlich gehandelt hat, sich nicht von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen und weil er auch keine übermäßigen Anforderungen an die vorzulegenden Unterlagen gestellt hat, die der europarechtlich gebotenen engen Auslegung der jeweiligen Beihilfevorschriften zuwiderlaufen und für Wettbewerber unüberwindbare Hürden aufstellen würden. Konkret hat der Beklagte für die Prüfung einer bestehenden NGA-Versorgung von den betreffenden Unternehmen, also auch der Klägerin, die Vorlage von detaillierten kartographischen Darstellungen gefordert, darüber hinaus, dass Angaben zur Zuverlässigkeit und Hochwertigkeit (bspw. Langlebigkeit, Upgradefähigkeit, Zahl der Anschlüsse, ggfs. Möglichkeit zur Entbündelung) gemacht werden und die konkrete technische Lösung (NGA-Netzfähigkeit) zu beschreiben ist. Der Beklagte hat sich insofern an den Regelungen der NGA-RR zu den im späteren Auswahlverfahren ohnehin vorzulegenden Unterlagen orientiert. So ist in § 5 Abs. 6 NGA-RR unter anderem festgelegt, dass die Angebote der Betreiber mindestens Angaben zur Zuverlässigkeit und Hochwertigkeit (z.B. Langlebigkeit, Upgradefähigkeit und auch Zahl der Anschlüsse) der technischen Lösungen (NGA-Netzfähigkeit) enthalten müssen. Für den Fall eigener Ausbauplanungen wurden von dem Beklagten unter anderem rechtsverbindliche und verpflichtende Erklärungen der Ausbauplanungen der betreffenden Unternehmen inklusive einer technisch unterlegten Projekt- und Meilensteinplanung, Angaben zur Zuverlässigkeit und Hochwertigkeit (bspw. Langlebigkeit, Upgradefähigkeit, Zahl der Anschlüsse, ggfs. Möglichkeit zur Entbündelung, die Ausfallsicherheit und Verfügbarkeit) der geplanten Lösung, ein glaubhafter Geschäftsplan und ein Nachweis der Finanzierung über Bankdarlehensverträge oder eine entsprechende Finanzierungsbestätigung der Bank gefordert. Auch das ist nicht zu beanstanden. Im Hinblick auf ein bekundetes Ausbauiinteresse kann die Bewilligungsbehörde nach § 4 Abs. 10 NGA-RR im Markterkundungsverfahren bestimmte Zusagen fordern und verlangen, dass die mit dem Breitbandausbau verbundenen Verpflichtungen vertraglich niedergelegt werden. Zudem kann nach Fußnote 13 der NGA-RR die öffentliche Hand auch verlangen, dass innerhalb von zwei Monaten ein glaubhafter Geschäftsplan, weitere Unterlagen wie Bankdarlehensverträge und ein ausführlicher Zeitplan für den Netzausbau vorgelegt werden. Zusätzlich müssen die Investitionen innerhalb von zwölf Monaten anlaufen und die meisten für die

Projektnutzung erforderlichen Wegrechte erteilt sein. In diesem Rahmen bewegen sich die Anforderungen des Beklagten in der veröffentlichten Markterkundung.

Vorliegend ist von dem Beklagten auch nachvollziehbar dargelegt worden, dass es auch durchaus sachgerecht war, die aufgelisteten Unterlagen anzufordern, um eine umfangreiche Prüfung der Versorgungslage überhaupt möglich zu machen und es ist nicht erkennbar, dass dadurch für Teilnehmer am Markterkundungsverfahren unüberwindbare Hürden zur Anzeige einer bestehenden oder geplanten Versorgung aufgestellt worden sind. Dies auch vor dem Hintergrund, dass die Unternehmen gemäß § 4 Abs. 2 NGA-RR gerade aufgefordert werden sollen, detailliert Stellung zu nehmen. Die Klägerin hat zwar ausführlich dargelegt, dass bei europarechtskonformer Auslegung der maßgeblichen Vorschriften keine unüberwindbaren Hürden geschaffen werden dürfen, warum es ihr aber – im Übrigen bis zuletzt – tatsächlich aus nachvollziehbaren Gründen unmöglich gewesen wäre, einzelne der geforderten Unterlagen vorzulegen, hat sie nicht substantiiert dargelegt.

Obwohl sie nicht alle Unterlagen vollständig beigebracht hat, war die Klägerin als Marktteilnehmerin zu berücksichtigen. Was die in diesem Zusammenhang zwischen den Beteiligten im Ansatz in Streit stehende Frage der Wirkung der von dem Beklagten gesetzten Frist zur Vorlage von Unterlagen angeht, so ist festzustellen, dass es sich hierbei nicht um eine materiell-rechtliche Ausschlussfrist, sondern lediglich um eine behördliche Verfahrensfrist im Sinne des § 31 Abs. 2 VwVfG, die insbesondere den Maßgaben des § 31 Abs. 7 VwVfG unterfällt, gehandelt hat. Die Klägerin war mithin im gesamten Markterkundungsverfahren nicht präkludiert. Voraussetzung für eine Ausschlussfrist, bei der eine Berücksichtigung von Unterlagen nach Fristablauf nicht mehr erfolgen kann, sofern das materielle Recht keine Ausnahme vorsieht, ist im gewaltenteiligen Rechtsstaat, dass diese unmittelbar von der Legislative erlassen werden und auf einer von ihr erteilten Ermächtigungsgrundlage beruhen (BVerwG, Urteil vom 22. Oktober 1993 – 6 C 10.92 –, juris). Eine solche Ermächtigungsgrundlage ist vorliegend nicht ersichtlich und es würde auch dem Gedanken des europäischen Beihilferechtes – mit den eröffneten Rechtsschutzmöglichkeiten – zuwiderlaufen, dass möglichst wenig in den Wettbewerb eingegriffen werden darf, wenn allein aufgrund einer verspäteten Vorlage von Unterlagen eine den Wettbewerb verzerrende Förderung

eines dem Grunde nach nicht förderfähigen Gebietes erfolgen würde. Demgegenüber sind Behörden von sich aus berechtigt, aufgrund besonderer gesetzlicher Ermächtigung oder nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Rahmen ihrer Verfahrensherrschaft entsprechende Fristen festzulegen, die sich von materiell-rechtlichen Ausschlussfristen dahingehend unterscheiden, dass an sie weniger strenge Rechtsfolgen geknüpft sind (OLG Düsseldorf (3. Kartellsenat), Beschluss vom 1. April 2020 – 3 Kart 779/19 –, juris). Stets ist im Übrigen nach § 37 Abs. 7 S.2 VwVfG auch eine rückwirkende Fristverlängerung möglich.

Da hier, wie dargelegt, keine materiell-rechtliche Ausschlussfrist für die Vorlage von Unterlagen im Markterkundungsverfahren vorlag und die Klägerin wohl auch zumindest Unterlagen vorgelegt hat, aus denen sich wie in § 4 Abs. 2 NGA-RR gefordert, zumindest im Kern die aktuellen Up- und Downloadraten und die – damaligen – Ausbauabsichten erkennen ließen, wäre der Beklagte nicht berechtigt gewesen, die Meldung der Klägerin allein aufgrund fehlender Unterlagen nicht zu berücksichtigen. Er war vielmehr auch unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses, dass europarechtlich keine Doppelversorgung aus öffentlichen Mitteln finanziert werden darf, weshalb die Marktlage von Amts wegen zu klären ist, gehalten, die Klägerin gegebenenfalls zur Einreichung weiterer Unterlagen aufzufordern. Dies ergibt sich – zumindest mittelbar – auch aus dem Leitfaden zur Umsetzung der Richtlinie „Förderung zur Unterstützung des Breitbandausbaus in der Bundesrepublik Deutschland“ – Leitfaden zur Bundesförderrichtlinie –. Dort ist in Nr. 9.2 unter dem Punkt „Mindestanforderungen an die Angaben der ausbauwilligen Anbieter im Rahmen der Markterkundung“ dargelegt, dass, wenn Daten in nicht-ausreichender Detailschärfe vorliegen, gegebenenfalls nachzubessern ist. Diese Auslegungshilfe für die auf der NGA-RR basierende Bundesförderrichtlinie zeigt, dass der oben dargestellte Verbotssatz einer staatlich geförderten Doppelversorgung es gebietet, die Marktsituation von Amts wegen durchzuermitteln. Das ergibt sich überdies im Ansatz etwa auch aus der Randnummer 78b der Leitlinien der Europäischen Union für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, 2013/C 25/01, – Breitbandleitlinien –, nach denen durch die öffentliche Konsultation dafür gesorgt werden soll, dass Wettbewerbsverzerrungen, die sich auf die vorhandenen Betreiber und auf Betreiber auswirken können, die bereits Investitionspläne für die nahe Zukunft haben, auf ein Minimum beschränkt

werden. Auch in den Randnummern 63 und 64 der Breitbandleitlinien ist festgelegt, dass die Behörde sicherzustellen hat, dass der staatliche Eingriff nicht private Investitionen hemmt und sie sich daher zu vergewissern hat, dass kein privater Investor eine eigene Infrastruktur plant. Daher war die Klägerin mit der Meldung ihrer Versorgungsleistung vom 24. Juli 2017 als Marktteilnehmer zu berücksichtigen.

Jedoch durfte der Beklagte aufgrund der von ihm insgesamt im Verwaltungsverfahren gewonnenen Erkenntnisse auch ohne Nachforderung von Unterlagen rechtmäßigerweise feststellen, dass das hier adressgenau abgrenzbare maßgebliche Gebiet der sieben Ortsgemeinden ein „weißer NGA-Fleck“ ist. Die Klägerin bietet keine Gewähr für eine verlässliche Breitbandversorgung im oben bezeichneten Sinn.

Zwar ist der Klägerin zunächst darin zuzustimmen, dass grundsätzlich nach dem Grundgedanken des europäischen Wettbewerbsrechts nicht derjenige sein Tun „rechtfertigen“ muss, der einen Eingriff in den Markt abwehren möchte, sondern vielmehr derjenige, der beihilferechtlich in den Markt eingreift. Dieser Grundgedanke findet sich auch im Leitfaden zur Bundesförderrichtlinie unter Nr. 9.2. Dort ist festgelegt, dass bei positiven Rückmeldungen im Markterkundungsverfahren, diese Gebiete im Grundsatz von der Teilnahme am Bundesförderprogramm auszuschließen sind. Dies entspricht dem Grundsatz, die Breitbandversorgung in erster Linie durch den Markt sicherzustellen, soweit dieser den Anforderungen Rechnung trägt und letztlich kein sogenanntes „Marktversagen“ vorliegt, was hier jedoch, was noch auszuführen ist, der Fall ist.

Hiernach galt aufgrund der Meldung vom 24. Juli 2017 für die von der Klägerin als versorgt bzw. in Zukunft versorgt angezeigten Gebiete auch zunächst eine Vermutung, dass diese tatsächlich (zuverlässig) mit mindestens 30 Mbit/s versorgt sind, bzw. innerhalb der nächsten drei Jahre versorgt sein werden und somit kein „weißer NGA-Fleck“ vorliegt. Dabei ist jedoch bereits hier darauf hinzuweisen, dass die Klägerin nicht für das gesamte Markterkundungsgebiet eine Versorgung bzw. geplante Versorgung angezeigt hat. Ausweislich ihrer auf den 24. Juli 2017 datierenden Meldung war eine Versorgung zum damaligen Zeitpunkt in den Ortsgemeinden Neidenbach, Neuheilenbach, Oberweiler, Wiersdorf und

Wißmannsdorf (Ortsteil Koosbüsch) fertiggestellt und in der Ortsgemeinde Biersdorf am See im Bau. Die Ortsgemeinde Burbach, von der Haushalte im Markterkundungsgebiet liegen, findet sich nicht in der Meldung der Klägerin (vgl. Anschreiben der Klägerin vom 24. Juli 2017, Bl. 18 der Gerichtsakte). Auch der detaillierten Darstellung für die einzelnen Ortsgemeinden, insbesondere auch der Ortsgemeinde Neuheilenbach (Bl. 45-50 der Gerichtsakte), als deren nördliche Erweiterung der Ausbau in Burbach erfolgen soll, ist keine Versorgung der entsprechenden Haushalte in Burbach zu entnehmen.

Darüber hinaus ist der Meldung der Klägerin ausdrücklich zu entnehmen, dass sie nicht alle Haushalte innerhalb des übrigen Markterkundungsgebietes versorgen kann. Dies betrifft beispielsweise acht Adressen in der Ortsgemeinde Niederweiler und rund 85 Adressen in der Ortsgemeinde Neuheilenbach. Daher wäre bereits nach der Meldung der Klägerin bei adressgenauer Betrachtung – eine solche ist auch zwingend erforderlich um Überschneidungen zwischen bereits versorgten Anschlüssen und nicht versorgten Anschlüssen und somit einen übermäßigen Eingriff in den Wettbewerb zu vermeiden – ein Teil des Markterkundungsgebietes ohnehin als „weißer NGA-Fleck“ einzustufen. Inwieweit sich dies angesichts des Förderzwecks, weil ansonsten hinzunehmen wäre, dass Haushalte nie in den Genuss von schnellem Internet kämen, auch darüber hinaus auswirkt, kann dahingestellt bleiben, weil es sich bei dem übrigen Gebiet ohnehin ebenfalls um einen „weißen NGA-Fleck“ handelt. Das ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

Es bestand – wie oben dargelegt – für die Klägerin zwar aufgrund ihrer Meldung im Markterkundungsverfahren für die nach den vorgehenden Einschränkungen verbliebenen Gebiete zunächst eine Versorgungsvermutung, doch diese ist vom Beklagten substantiiert und bis zum maßgeblichen Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs der Beigeladenen, im Übrigen aber auch darüber hinaus, unwiderlegt entkräftet worden. Hierzu war der Beklagte nicht nur berechtigt, sondern gar verpflichtet. Ausweislich der Breitbandleitlinien ist es Ziel der „Digitalen Agenda für Europa“, flächendeckende, erschwingliche Breitbandanschlüsse zu hochleistungsfähiger Internetinfrastruktur und entsprechenden Dienstleistungen bereitzustellen, wobei alle Europäer Zugang zu deutlich höheren Internetgeschwindigkeiten von über 30 Mbit/s bekommen sollen. Um dieses Ziel zu erreichen, war es erforderlich, dass der Beklagte die Meldungen im

Markterkundungsverfahren nicht nur entgegengenommen, sondern diese auch bewertet hat. Dies ergibt sich auch daraus, dass nach den Breitbandleitlinien die Bewilligungsbehörde ermitteln muss, ob im Zielgebiet – tatsächlich – Breitbandinfrastrukturen vorhanden sind (Rn. 63 der Breitbandleitlinien). Dies sowohl um den Zielen der „Digitalen Agenda für Europa“ gerecht zu werden und eine flächendeckende Breitbandversorgung auszubauen, aber auch um zu verhindern, dass dort, wo bereits eine entsprechende Infrastruktur besteht, unnötigerweise in den Wettbewerb eingegriffen wird. Auch in Art. 52 der Verordnung Nr. 651/2014 der EU-Kommission zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung – AGVO –) wird deutlich, dass im Rahmen einer öffentlichen Konsultation – damit in einem reflexiven und deutlich prozesshaften Tun – überprüft werden muss, ob ein „weißer NGA-Fleck“ vorliegt. Auch das in § 4 Abs. 1 der NGA-RR festgelegte Erfordernis, dass die öffentliche Hand im Rahmen eines Markterkundungsverfahrens feststellt, dass im betreffenden Gebiet in den nächsten drei Jahren keine Erschließung durch Aufbau eines NGA-Netzes zu erwarten ist, ergibt sich, dass durch den Beklagten eine Bewertung der im Markterkundungsverfahren eingegangenen Meldungen erfolgen musste. Dabei handelt es sich bei dem hier zentralen Element der einen „weißen NGA-Fleck“ ausschließenden besonderen „zuverlässigen Versorgung“ um einen nicht legal definierten unbestimmten Rechtsbegriff, der von den Gerichten voll überprüfbar ist. Insoweit steht dem Beklagten kein Ermessen, jedoch insgesamt durchaus auch eine gewisse technische Einschätzungsprärogative zu.

Hier hat der Beklagte im Rahmen dessen im Ergebnis fehlerfrei das streitgegenständliche Gebiet trotz Meldung der Klägerin als nicht von dieser zuverlässig im Sinne des definierten Bedarfs versorgt eingestuft. Von einer zuverlässigen Versorgung im Sinne der NGA-RR kann nur ausgegangen werden, wenn die vom bereits derzeit oder zukünftig am Markt tätigen Versorger gewählte Lösung sowohl technisch dafür Gewähr bietet, dass jedem Nutzer in einem Gebiet die erforderliche Bandbreite von 30 Mbit/s – zumindest unter normalen Bedingungen – jederzeit zur Verfügung steht, als auch, dass dem jeweiligen Nutzer diese Bandbreite bzw. die von ihm mit dem Versorger vertraglich individuell

vereinbarte Bandbreite – auch im Hinblick auf das unternehmerische Gesamtkonzept – tatsächlich konstant in voller Höhe zur Verfügung steht.

Bereits aus den von der Klägerin vorgelegten Unterlagen ergibt sich, von dieser auch im weiteren Verlauf des Verfahrens nicht anders substantiiert belegt, dass sie rein technisch zum maßgeblichen Zeitpunkt – aber auch bis heute – nicht in der Lage war und ist, alle Haushalte der von ihr als versorgt gemeldeten Ortsgemeinden zuverlässig mit einer Bandbreite von 30 Mbit/s zu versorgen. So ist der Meldung der Klägerin zu entnehmen, dass ihre Versorgung maßgeblich über Richtfunk erfolgt. Wie auch in der mündlichen Verhandlung eingehend erörtert, bedeutet dies, dass sie – wie es auch andere Internetanbieter tun – eine Backbone-Leitung gemietet hat, die zu einem Richtfunkmast in Bitburg führt. Von dort wird das Richtfunksignal an entsprechende Empfängerantennen in den jeweiligen Ortsgemeinden übertragen, von wo es über die in den Ortsgemeinden verlegten Kupferkabel zu den einzelnen Haushalten geleitet wird. Dabei ist der Klägerin selbstverständlich zuzustimmen, dass nach dem Grundsatz der Technologieneutralität, wie er sich gerade aus der NGA-RR und den Breitbandleitlinien ergibt, eine Versorgung durchaus mit Richtfunk erfolgen kann. Dabei muss aber, unabhängig von der gewählten technischen Lösung, immer eine technisch und auch sonst zuverlässige Versorgung der Endkunden gewährleistet sein, wobei an die einzelnen technischen Varianten die gleichen Anforderungen an das Ergebnis zu stellen sind.

Zunächst ist festzustellen, dass die von der Klägerin angebotene Versorgung, wie in der mündlichen Verhandlung vom Beklagten, dem technischen Berater und der Beigeladenen dargelegt wurde, anfälliger für Störungen und einen Leistungsverlust ist, als etwa eine reine Glasfaserversorgung. Dem ist die Klägerin auch nicht substantiiert entgegengetreten. So wird bei einer gemieteten Backbone-Leitung jeweils nur eine entsprechende Bandbreite gemietet, die bereits einen begrenzenden Faktor für die Versorgung darstellt, auch wenn es dabei dem Mieter grundsätzlich freisteht, welche Bandbreite er wählt. Der Geschäftsführer der Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung erkennen lassen, dass das Unternehmen sich bei dieser sich technisch stark auswirkenden Entscheidung stark von gewinnorientierten Überlegungen leiten lässt. Konkret soll eine Miete von (weiterer) Bandbreite erst dann erfolgen, wenn bereits eine hinreichende Nachfrage besteht. Das steht jedoch dem Grundsatz der NGA-RR, dass jederzeit bereits ein

entsprechendes Angebot zur Versorgung bestehen soll, auf das der Kunde zurückgreifen kann, entgegen. Letztlich korrespondiert damit die Versorgung der einzelnen Haushalte mit wirtschaftlichen Erwägungen der Klägerin, was dem Ziel, dass jederzeit ein verlässliches Angebot zur Verfügung stehen hat, nicht entspricht. Darüber hinaus ist das Richtfunksignal, da es durch die Luft übertragen wird, grundsätzlich anfälliger für atmosphärische Störungen und Einflüsse von etwa Bewuchs, Regen oder Schnee. Ein weiterer begrenzender Faktor gerade in der Versorgung durch die Klägerin sind die in den jeweiligen Ortsgemeinden verlegten und von der Klägerin ebenfalls gemieteten Kupferkabel. Diese weisen, worauf der technische Berater des Beklagten und die Beigeladene in der mündlichen Verhandlung deutlich hingewiesen haben, von Natur aus eine große Dämpfung auf, was bedeutet, dass je länger die Kupferleitung ist, es zu einem immer größeren Leistungsverlust kommt und die Bandbreite, die am Anfang in die Leitung eingespeist wird, gerade bei längeren Leitungen, nicht die Bandbreite ist, die letztendlich dem Kunden zur Verfügung steht. Dieser technischen Schwäche ihres Angebots ist sich auch die Klägerin bewusst, wie ihre Ausführungen in der mündlichen Verhandlung zeigten. Dem könnte sie allenfalls dadurch begegnen, dass sie bereits jetzt überschüssige höhere Bandbreiten anmietet und einspeist, woraufhin sich der beschriebene Effekt beim Endkunden relativieren würde. Genau das tut und beabsichtigt die Klägerin derzeit jedoch nicht.

Überdies ist es nach der Meldung der Klägerin im Markterkundungsverfahren so, dass die Richtfunkstrecke zu den Ortsgemeinden Oberweiler, Wiersdorf, Wißmannsdorf (Ortsteil Koosbüsch), Neidenbach und Neuheilenbach jeweils mit einer Datenrate von 1 Gbit/s betrieben wird. Dies bedeutet, dass jeder dieser Ortsgemeinden jeweils eine Datenrate von 1 Gbit/s zur Verfügung steht. Wenn man dies – wie in der mündlichen Verhandlung ausführlich erörtert – ohne Berücksichtigung eines etwaigen Leistungsverlustes durch die, gerade bei den in den Ortsgemeinden verwendeten Kupferkabeln relativ hohe Dämpfung, gleichmäßig auf die einzelnen Haushalte in den Ortsgemeinden verteilt, so kann – dies muss man im Sinne der definierten technischen Anforderungen in der Theorie voraussetzen – bei nahezu gleichzeitiger Nutzung keiner der Haushalte eine Datenrate von mindestens 30 Mbit/s erhalten. Dies wäre nur dann möglich, wenn nicht alle Haushalte von der Klägerin versorgt würden. So wären die 1 Gbit/s in Oberweiler – der Ortsgemeinde mit den wenigsten Haushalten im

Markterkundungsgebiet, die von der Klägerin versorgt wird – beispielsweise auf 75 Haushalte (Bl. 9 der Verwaltungsakte) zu verteilen, was zu einer Bandbreite von rund 13,3 Mbit/s pro Haushalt führen würde. In einer größeren Ortsgemeinde, wie etwa Wiersdorf mit 121 Haushalten (Bl. 9 der Verwaltungsakte), stünden sogar nur rund 8,3 Mbit/s pro Haushalt zur Verfügung. Dabei hat der Geschäftsführer der Klägerin in der mündlichen Verhandlung auch selbst angegeben, dass es – was aus betriebswirtschaftlicher Sicht durchaus nachvollziehbar ist – zunächst überhaupt nicht die Absicht sei, alle Haushalte in den Ortsgemeinden flächendeckend zu versorgen, da nicht alle diese Haushalte auch ihre Kunden seien. Erst wenn sich ein entsprechender Bedarf abzeichne, würde sie auch tätig werden und die Versorgung ausbauen. Diesen Wechsel auf eine ungewisse Zukunft verbieten – wie bereits oben dargelegt – die Vorgaben in den entsprechenden Vorschriften. Was sich gerade auch daraus ergibt, dass bei einer beabsichtigten Versorgung, hierum geht es im vorliegenden Zusammenhang in der Sache, genaue Planungen in technischer und zeitlicher Hinsicht vorgelegt werden müssen. Bloße Absichtsbekundungen reichen nicht aus.

Dies zeigt jedoch, dass zum maßgeblichen Zeitpunkt in den entsprechenden Ortsgemeinden keine zuverlässige und flächendeckende Versorgung mit einer Bandbreite von mindestens 30 Mbit/s vorlag. Vielmehr wäre eine – theoretisch – gleichzeitige Versorgung nahezu aller Haushalte nur mit einer deutlich geringeren Bandbreite möglich oder die Klägerin hätte ihre Versorgung ausbauen müssen, hierzu hat sie jedoch keine konkreten Pläne vorgelegt, was jedoch erforderlich gewesen wäre. Eine bestehende Versorgung erfordert gerade, dass die entsprechenden Haushalte unmittelbar mit der entsprechenden Bandbreite versorgt sind und nicht erst ein noch nicht geplanter Ausbau bzw. eine Erhöhung der zur Verfügung gestellten Bandbreite erfolgen muss.

Vor diesem Hintergrund geht auch der Einwand der Klägerin fehl, sie habe angezeigt, dass sich die Richtfunkstrecke jeweils auf 4Gbit/s skalieren lasse, sodass ihre Meldung zumindest unter dem Gesichtspunkt des geplanten Ausbaus hätte berücksichtigt werden müssen, da so in den jeweiligen Ortsgemeinden 30 Mbit/s in den Haushalten zur Verfügung gestellt werden könnten. Dem ist zum einen entgegenzuhalten, dass dies schon rechnerisch für die Ortsgemeinden Neidenbach mit 387 Haushalten (Bl. 9 der Verwaltungsakte) und Wißmannsdorf

(Ortsteil Koosbüsch) mit 141 Haushalten (Bl. 9 der Verwaltungsakte) nicht zutrifft, da dort dann nur Bandbreiten von rund 10,3 Mbit/s bzw. 28,4 Mbit/s pro Haushalt erreicht werden könnten. Auch dabei ist eine etwaige Dämpfung durch die verwendeten Kupferkabel noch nicht berücksichtigt. Darüber hinaus hat die Klägerin die Versorgung in den Ortsgemeinden Neidenbach, Neuheilenbach, Wißmannsdorf (Ortsteil Koosbüsch) und Wiersdorf explizit als bestehende Versorgung angezeigt und nicht unter Beifügung der erforderlichen Unterlagen dargelegt, dass abgesehen von der theoretischen Möglichkeit der Erhöhung der Bandbreite, diese konkret innerhalb der nächsten drei Jahre geplant ist. Vielmehr hat der Geschäftsführer der Klägerin in der mündlichen Verhandlung angegeben, dass bei entsprechender Nachfrage eine Erhöhung der Bandbreite erfolgen werde. Dies wird aber nicht den Anforderungen an einen geplanten Ausbau im Sinne der Breitbandleitlinien oder der NGA-RR gerecht. Es fehlen jegliche definitive, mit den erforderlichen Angaben wie etwa den dann zur Verfügung stehenden Up- und Downloadraten und entsprechenden Vertrags- und Planungsunterlagen belegte, Zusagen, dass dies innerhalb der nächsten drei Jahre (flächendeckend) erfolgen wird. Auch ist beispielsweise nicht im Ansatz dargelegt, dass hierzu überhaupt die finanziellen Mittel bereitstehen bzw. bereitgestellt werden können.

Im Hinblick auf die damals angezeigte im Bau befindliche Versorgung der Ortsgemeinde Biersdorf am See ist der Meldung der Klägerin ebenfalls zu entnehmen, dass die Richtfunkstrecke zunächst mit einer Datenrate von 1 Gbit/s betrieben wird. Verteilt man dies auf die 251 Haushalte in der Ortsgemeinde, so ergäbe sich rein rechnerisch, erneut ohne Berücksichtigung einer etwaigen Dämpfung durch die Kupferkabel, lediglich eine verfügbare Bandbreite von rund 4 Mbit/s und selbst, wenn die von der Klägerin als technisch möglich dargestellte Erweiterung auf 6 Gbit/s erfolgen würde – wozu es bereits an entsprechenden Darlegungen in Bezug auf die tatsächliche Durchführung fehlt –, so läge die verfügbare Bandbreite pro Haushalt mit rund 23,9 Mbit/s immer noch deutlich unter den erforderlichen 30 Mbit/s.

Insgesamt hat die Klägerin somit selbst die in ihrem Sinne bestehende Versorgungsvermutung, die ihr allein durch ihre positive Meldung im Markterkundungsverfahren zugestanden hat, durch den Inhalt ihrer Meldung und auch ihre Angaben in der mündlichen Verhandlung entkräftet. Sie geht von dem

falschen Ansatz aus, dass nicht jeder Haushalt einen Breitbandanschluss mit einer entsprechenden Leistungsfähigkeit haben möchte. Die „Digitale Agenda für Europa“ und die Beihilfe in der notifizierten Form gehen dagegen davon aus, dass jedem Haushalt regelmäßig und zuverlässig ein Anschluss mit den genannten Bandbreiten zur Verfügung stehen soll. Überdies hat die Klägerin sowohl im Rahmen ihrer Meldung im Markterkundungsverfahren als auch in der mündlichen Verhandlung eingeräumt, schon grundsätzlich nicht alle Haushalte erreichen zu können. Dies nach ihren eigenen Angaben in der mündlichen Verhandlung aufgrund der Länge der in den einzelnen Ortsgemeinden verwendeten Kupferleitungen und dem durch die Dämpfung einhergehenden Leistungsverlust.

Darüber hinaus hat der Beklagte im Ergebnis zutreffend auch durch weitere eigene Sachverhaltsermittlungen und mittels Unterstützung des technischen Beraters die der Klägerin zugutekommende Vermutung im Sinne einer zuverlässigen Versorgung mit der erforderlichen Bandbreite entkräftet. Dabei stand es ihm grundsätzlich frei, wie er methodisch vorgeht, die Methode musste jedoch plausibel, nachvollziehbar und willkürfrei sein, was hier der Fall war.

Der Beklagte hat sich der Unterstützung der „***“ bedient, mit der er bereits seit mehreren Jahren zusammenarbeitet und die in dieser Funktion auch schon den Breitbandausbau in anderen Teilen des Gebietes des Beklagten vorangetrieben hat. Vorangegangen sind hier nach den Angaben des Beklagten und auch des anwesenden Mitarbeiters bzw. des Geschäftsführers des technischen Beraters eine Vielzahl von Beschwerden von Kunden der Klägerin über eine unzureichende Internetversorgung. Aufgrund dessen erfolgten zunächst Anhörungen in den Kommunen und man entschied sich, auch in enger Abstimmung mit der *** als Bewilligungsbehörde für die Förderung aus Bundesmitteln, eine Messkampagne durchzuführen, um feststellen zu können, ob tatsächlich eine unzureichende Versorgung mit Breitband und somit ein Marktversagen vorliegt. Für die Durchführung der Messungen wurden für den Beklagten zur Weiterleitung an die Bürgermeister der Ortsgemeinden ausführliche Handreichungen gefertigt, um zu gewährleisten, dass die Messungen von den einzelnen Kunden so durchgeführt werden, dass die Ergebnisse für den Beklagten und den technischen Berater verwertbar sind.

Zur Zuverlässigkeit der Versorgung kommt dabei der in Neidenbach und Wißmannsdorf (Ortsteil Koosbüsch) durchgeführten Bürgerbefragung und der dabei geäußerten subjektiven Unzufriedenheit der Kunden und insbesondere dem Umstand, dass es in Neidenbach in der leitungsgebundenen Versorgung kaum eine Alternative zur Versorgung durch die Klägerin gibt und nunmehr nur noch 9 % der Haushalte Kunden bei der Klägerin sind, zumindest indizielle Bedeutung zu. Dies zeigt zwar nur, dass die Kunden subjektiv unzufrieden sind, wenn jedoch trotz der Alleinstellung der Klägerin dennoch Kunden in großer Zahl auf andere Arten der Versorgung (LTE) umgestiegen sind, weist dies deutlich darauf hin, dass die Unzufriedenheit nicht nur subjektiv empfunden wurde, sondern erkennbar auch technisch bedingt war und ist.

Jedenfalls hat der Beklagte auch durch das Ergebnis der erfolgten Breitbandmessungen die ursprünglich zugunsten der Klägerin bestehende Versorgungsvermutung substantiell erschüttert. Diesem ist die Klägerin bis zum maßgeblichen Zeitpunkt der Förderungsreife und auch darüber hinaus nicht substantiiert entgegengetreten, obwohl es ihr als Anbieter durchaus zumutbar und möglich gewesen wäre, selbst ihre Kunden zu befragen und zu Messungen aufzurufen bzw. eigene Messprotokolle vorzulegen.

Der Beklagte hat nach den Angaben der technischen Berater in Abstimmung mit der *** Messungen in Gestalt sogenannter „Speedtests“ im fraglichen Versorgungsgebiet durchgeführt bzw. durchführen lassen. Diese wurden, auch in Absprache mit der ***, über das Portal www.breitbandmessungen.de der Bundesnetzagentur durchgeführt. Die Methode wurde nach den Angaben in der mündlichen Verhandlung gewählt, weil sie als zuverlässig bekannt ist und es sich – um etwaigen Einwänden gegen die Belastbarkeit der Ergebnisse vorzubeugen – nicht um die Seite eines privaten Anbieters handelt. Nach den Angaben des Beklagten und des technischen Beraters wurden die Bürger durch die jeweiligen Bürgermeister zu den Messungen aufgerufen und diese sind ausschließlich von Kunden der Klägerin durchgeführt worden. Dies ist so auch der im Rahmen der Messkampagne gefertigten Tabelle mit den Messergebnissen eindeutig zu entnehmen. Dabei hat es sich als schwierig erwiesen, ausreichend Nutzer für die Messungen zu gewinnen, weil im Zeitraum der Messkampagne insgesamt nur noch wenige der Bewohner im Messgebiet tatsächlich (noch) Kunden der Klägerin waren.

Gleichwohl ist die Methode nicht zu beanstanden und auch hinreichend repräsentativ. Klare Vorgaben, wie derartige Messungen zu erfolgen haben, fehlen, aber einer Mitteilung der Bundesnetzagentur (Mitteilung Nr. 485/2017, Amtsblatt Nr. 13/2017 vom 12. Juli 2017) ist jedoch für den Fall, dass ein Verbraucher gegenüber seinem Internetanbieter eine nicht vertragskonforme Leistung monieren möchte, zu entnehmen, dass dieser mindestens zwanzig Messungen, gleichmäßig über mindestens zwei unterschiedliche Tage verteilt, durchführen muss und dabei eine LAN-Verbindung zu nutzen hat. Diese Vorgaben sind zwar nicht vollständig auf den vorliegenden Komplex übertragbar, da sie eine andere Zielrichtung haben. Geht es dort nur um das Verhältnis des Kunden zu seinem Internetanbieter, war vorliegend die Frage zu klären, ob überhaupt eine flächendeckende zuverlässige Versorgung durch einen Internetanbieter erfolgt. Für die Beantwortung dieser Frage kann durchaus auf wenige Messungen in einzelnen Haushalten zurückgegriffen werden, weil die Aussagekraft durch die Streuung der Erhebung auf viele Haushalte entsteht. Demnach ist es im Ergebnis unschädlich, dass häufiger nur jeweils eine Messung pro Haushalt durchgeführt worden ist und teilweise auch WLAN-Verbindungen genutzt worden sind. Dies deshalb, weil hier eine Vielzahl von Messungen erfolgt sind, die in nahezu allen Fällen ein für die Versorgungsleistung der Klägerin „desaströses“ Ergebnis aufgezeigt haben. So wurden in 95% der Messungen die vertraglich zugesicherte Bandbreite nicht erreicht und im Durchschnitt wurden lediglich 63 % der Bandbreite im Upload bzw. 71% der Bandbreite im Download erreicht. Selbst bei Berücksichtigung etwaiger Messtoleranzen, von Messfehlern oder sonstigen äußeren Einflüssen durch die jeweiligen Kunden, verbleibt wegen der großen Zahl der dahingehenden Daten und der durchaus als krass zu bewertenden Ergebnisse immer noch die technisch belegte Feststellung, dass die Klägerin nicht in der Lage ist, eine Versorgung bereitzustellen, bei der bei ihren Kunden die vertraglich zugesicherten Bandbreiten auch zuverlässig ankommen, weshalb ein Marktversagen vorliegt. Dabei ist es auch unerheblich, dass die Kunden der Klägerin hier Bandbreiten von weit unter 30 Mbit/s gebucht haben, denn zum einen muss – gerade – in solch niedrigen Bandbreiten eine Versorgung vollständig erfolgen und zum anderen lässt dies auch darauf schließen, dass die Versorgung bei der Inanspruchnahme von höheren Bandbreiten durch die Kunden der Klägerin nicht besser, sondern eher noch schlechter und somit unzuverlässiger werden würde. Ausweislich der vorliegenden Tabelle mit den Messergebnissen wurde lediglich bei drei Messungen die vertraglich zugesicherte

Bandbreite im Download erreicht bzw. überschritten, dabei war jedoch auch jeweils nur eine Bandbreite von 2,05 bzw. 4,1 Mbit/s vertraglich zugesichert. Im Upload wurde bei keiner Messung die vertraglich vereinbarte Bandbreite erreicht. In dem einzigen Fall der Messreihe in dem eine Bandbreite von knapp über 30 Mbit/s für den Download vertraglich vereinbart war, wurden lediglich 54,8 % dieser Leistung gemessen. Insgesamt fällt zudem auf, dass es eine Reihe von Messergebnissen gibt, in denen sich das Verhältnis von tatsächlicher zu vertraglicher Versorgungsleistung im einstelligen Prozentbereich bewegt, im Download ist dies bei zehn Messungen der Fall gewesen, im Upload bei zwei Messungen. In vierzehn Fällen betrug darüber hinaus die tatsächliche Bandbreite im Download nur zwischen 10 und 15 %. Für den Upload konnte dies bei sieben Messungen festgestellt werden. Insgesamt wurden in 21% der Fälle Werte unterhalb von 75 % der vertraglich zugesicherten Bandbreite erreicht. Aufgrund dieser Ergebnisse gelangte der technische Berater zu der nachvollziehbaren Einschätzung, dass nicht von einer NGA-Netzfähigkeit ausgegangen werden könne. Auch aus diesem Grund liegt keine zuverlässige Versorgung der Klägerin in den von ihr als versorgt gemeldeten Gebieten vor.

Im Hinblick auf die Rüge, dass keinerlei Messungen in der Gemeinde Biersdorf am See erfolgt seien, ist festzustellen, dass für diese Gemeinde auch noch keine Versorgung durch die Klägerin angezeigt worden ist, sondern sich diese im Bau befunden hat, sodass dort durchgeführte Messungen keinerlei Aussage über die Zuverlässigkeit der Versorgung der Klägerin hätten treffen können. Auch hat die Klägerin für diese Gemeinde keine eigenen belastbaren Daten vorgelegt. Die vorstehenden technischen Feststellungen gelten ohnehin auch für diese Gemeinde.

Nach alledem wurde und wird die bei der Europäischen Kommission notifizierte Beihilfe rechtsfehlerfrei durchgeführt.

Andere Gründe, die zu einer Nichtigkeit des Kooperationsvertrages oder aus anderen Gründen zum Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses führen, sind nicht erkennbar und solche hat die Klägerin auch nicht substantiiert geltend gemacht.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 154 Abs. 1, 162 Abs. 3 VwGO. Es entspricht der Billigkeit, die Kosten der Beigeladenen nicht für erstattungsfähig zu erklären,

weil sie durch den Verzicht auf eine eigene Antragstellung kein Kostenrisiko (§ 154 Abs. 3 VwGO) eingegangen ist.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils hinsichtlich der Kosten beruht auf §§ 167 VwGO, 708 Nr. 11, 711 Zivilprozessordnung – ZPO –.

Die Berufung war durch die Kammer nicht zuzulassen, da Gründe der in § 124a Abs. 1 i.V.m. § 124 Abs. 2 Nr. 3 und Nr. 4 VwGO genannten Art nicht vorliegen.

Rechtsmittelbelehrung

Die Beteiligten können **innerhalb eines Monats** nach Zustellung des Urteils die **Zulassung der Berufung** durch das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz **beantragen**. Dabei müssen sie sich durch einen Rechtsanwalt oder eine sonstige

nach Maßgabe des § 67 VwGO vertretungsbefugte Person oder Organisation vertreten lassen.

Der Antrag ist bei dem **Verwaltungsgericht Trier**, Egbertstraße 20a, 54295 Trier, schriftlich oder nach Maßgabe des § 55a VwGO als elektronisches Dokument zu stellen. Er muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Innerhalb **von zwei Monaten** nach Zustellung des Urteils sind die Gründe darzulegen, aus denen die Berufung zuzulassen ist. Die Begründung ist, soweit sie nicht bereits mit dem Antrag vorgelegt worden ist, bei dem **Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz**, Deinhardpassage 1, 56068 Koblenz, schriftlich oder nach Maßgabe des § 55a VwGO als elektronisches Dokument einzureichen.

Die Berufung kann nur zugelassen werden, wenn

1. ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen,
2. die Rechtssache besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten aufweist,
3. die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat,
4. das Urteil von einer Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts, des gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht oder
5. ein der Beurteilung des Berufungsgerichts unterliegender Verfahrensmangel geltend gemacht wird und vorliegt, auf dem die Entscheidung beruhen kann.
