



Bundesnetzagentur

Beschlusskammer 11

BK11-17/001

Beschluss

in dem **Verwaltungsverfahren**

**der Gemeinde Linkenheim-Hochstetten,
vertreten durch den Bürgermeister Michael Möslang,
Karlsruher Straße 41, 76351 Linkenheim-Hochstetten,**

Antragstellerin

gegen

**die Unitymedia BW GmbH,
vertreten durch die Geschäftsführung,
Aachener Str. 746-750, 50933 Köln,**

Antragsgegnerin

aufgrund des Antrags der Antragstellerin
vom 17. 5. 2017

Beigeladene

1. EFN eifel-net Internet Provider GmbH, Bendenstraße 31, 53879 Euskirchen,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 1 –
2. BREKO Bundesverband Breitbandkommunikation e.V., Menuhinstraße 6, 53113
Bonn,
vertreten durch den Vorstand,
– Beigeladener zu 2 –
3. Bundesverband Glasfaseranschluss e. V. (BUGLAS), Bahnhofstraße 11, 51143 Köln,
vertreten durch den Vorstand,
– Beigeladener zu 3 –
4. EWE TEL GmbH, Cloppenburger Straße 310, 26133 Oldenburg,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 4 –
5. Telekom Deutschland GmbH, Landgrabenweg 151, 53227 Bonn,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 5 –
6. GasLINE Telekommunikationsnetzgesellschaft deutscher Gasversorgungsunternehm-
en mbH & Co. KG, Paesmühle, Paesmühlenweg 10+12, 47638 Straelen,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 6 –
7. Verband der Anbieter von Telefon- und Mehrwertdiensten (VATM), Frankenwerft 35,
50667 Köln,
vertreten durch den Vorstand,
– Beigeladener zu 7 –
8. Vodafone GmbH, Ferdinand-Braun-Platz 1, 40549 Düsseldorf,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 8 –
9. Telefónica Germany GmbH & Co. OHG, Georg-Brauchle-Ring 23-25, 80992 München,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 9 –

Verfahrensbevollmächtigte

der Antragstellerin JUCONOMY Rechtsanwälte,
Mörsenbroicher Weg 200, 40470 Düsseldorf,

der Antragsgegnerin Rechtsanwalt Michael Panienska,
Stapelager Straße 41, 32791 Lage,

der Beigeladenen zu 5 AULINGER Rechtsanwälte,
Josef-Neuberger-Straße 4, 44787 Bochum,

hat die Beschlusskammer 11 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,
Telekommunikation, Post und Eisenbahnen

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 9. 6. 2017

durch

den Vorsitzenden Friedhelm Dommermuth,
die Beisitzerin Stefanie Gille-Lindhorst und
den Beisitzer Dr. Sebastian Haslinger

am 17. 7. 2017

e n t s c h i e d e n

1. Die Antragstellerin wird unter Ablehnung ihres Hauptantrags verpflichtet, eine Koordination der Bauarbeiten zur Mitverlegung des digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes der Antragsgegnerin im Neubaugebiet Biegen/Durlacher Weg in 76351 Linkenheim-Hochstetten mit den dort zu errichtenden Versorgungsnetzen, insbesondere ihrem im Aufbau befindlichen Glasfasernetz vorzunehmen.
2. Von der Antragsgegnerin sind die zusätzlichen Kosten zu tragen, die durch die Mitverlegung über die Kosten der von der Antragstellerin ursprünglich geplanten Verlegung der Versorgungsnetze hinausgehen. Maßgeblich sind hier die Kosten, die entstanden wären, wenn die Mitverlegung geplant worden wäre, bevor die Antragstellerin mit der Verlegung ihrer Telekommunikationsinfrastruktur begonnen hatte.
3. Kosten, deren Ursache in den bereits aufgenommenen Arbeiten zur Verlegung der Telekommunikationsinfrastruktur der Antragstellerin liegt, sind – wie bereits in der vorläufigen Anordnung vom 21. 6. 2017 festgelegt – alleine von der Antragstellerin zu tragen; eine Weitergabe an die Anlieger ist nicht zulässig.
4. Die Antragsgegnerin hat die Kosten zu tragen, die durch von ihr zu verantwortende Verzögerungen nach Erklärung ihrer Mitverlegungsabsicht gemäß Ziffer 5 entstehen.
5. Die Antragsgegnerin muss bis spätestens zum **14. 8. 2017** eine verbindliche Erklärung gegenüber der Antragstellerin und der Beschlusskammer abgeben, ob sie an ihrer Mitverlegungsabsicht im Lichte der Kostenentscheidung unter Ziffern 2 bis 4 festhält.
6. Im Übrigen wird der Hilfsantrag der Antragstellerin abgelehnt.
7. Soweit dem Antrag der Antragsgegnerin nicht bereits in den Tenorziffern 1 bis 5 entsprochen worden ist, wird ihr Antrag im Übrigen abgelehnt.

1 Sachverhalt

1. Die Antragstellerin ist eine Gemeinde im Landkreis Karlsruhe in Baden-Württemberg. Sie erschließt derzeit das Neubaugebiet Biegen/Durlacher Weg und hat hierzu als Erschließungsträger die ESB KommunalProjekt AG (im Folgenden ESBAG) beauftragt. In dem Baugebiet entstehen auf 130 Parzellen neben Geschäftsgebäuden und einer Rettungszentrale des DRK auch Wohneinheiten. Vorgesehen ist unter anderem die Erschließung mit einer Glasfaserinfrastruktur mit Anschluss der einzelnen Gebäude (genauer: FTTH – fibre to the home).
2. Die Netzinfrastruktur des Neubaugebietes soll im Zuge der interkommunalen Zusammenarbeit an einen Netzknotenpunkt der Breitbandkabel Landkreis Karlsruhe GmbH (im Folgenden BLK) angeschlossen werden. Diese betreibt im gesamten Landkreis Karlsruhe ein Glasfaser-Backbone-Netz. Gesellschafter der BLK sind der Landkreis Karlsruhe und die TelemaxX GmbH, die ihrerseits durch mehrere regionale Stadtwerke bzw. Versorger sowie eine Kommune als Gesellschafter getragen wird. Die BLK hat zum Zweck des kommerziellen Netzbetriebs den Netzbetreiber inxio Informationstechnologie und Telekommunikation KGaA (im Folgenden inxio) mit dem Betrieb des Netzes und der Vermarktung beauftragt.
3. Der Landkreis Karlsruhe hat im Frühjahr 2014 zunächst ein Markterkundungsverfahren durchgeführt, in dessen Rahmen sich kein Unternehmen bereit erklärte, das Gebiet eigenwirtschaftlich zu erschließen. Daraufhin wurde der Betrieb der Infrastruktur europaweit ausgeschrieben (sog. Betreibermodell). Die Antragsgegnerin hat an diesem Verfahren nicht teilgenommen. Sie ist ein Telekommunikationsunternehmen und Kabelnetzbetreiber, einer der Anbieter von Medien- und Kommunikationsdiensten via Breitbandkabel in Baden-Württemberg.
4. Der im Rahmen des Betreibermodells 2015 geschlossene Netzbetriebsvertrag sieht unter anderem vor, dass der Netzbetreiber nachfragenden Dritten – also auch der Antragsgegnerin – einen offenen Zugang auf Vorleistungsebene einschließlich der physischen Entbündelung einer Glasfaser-TAL je erschlossenem Grundstück anbieten muss.
5. In einer Ergänzung des Erschließungs- und Städtebaulichen Vertrages, den die Antragstellerin am 16. 10. 2016 mit der ESBAG abgeschlossen hat, wird die ESBAG angewiesen, dass keine weiteren Netze im Vertragsgebiet verlegt werden dürfen. Der Vertrag bestimmt zudem, dass die Kosten für die Verlegung des FTTH-Netzes als Erschließungskosten von den Grundstückseigentümern zu tragen sind. Um zu verhindern, dass der Straßendeckbelag nach Fertigstellung wieder geöffnet und weitere Netze verlegt werden, sieht der Vertrag außerdem vor, dass die Antragstellerin von der Widmung des Verkehrskörpers an für das Erschließungsgebiet einen Ausbaustopp von fünf Jahren erlässt (sogenannte „Aufbruchssperre“). Für den Fall, dass diese Anweisung durch ein Gericht als rechtswidrig angesehen werden sollte, stellt die Antragstellerin die ESBAG von den für die Verlegung entstandenen Kosten frei, sofern und soweit sie nicht dennoch von den Grundstückseigentümern getragen werden.

6. Am 16. 11. 2015 unterbreitete die Antragsgegnerin der Antragstellerin ein Angebot zur Erschließung des Neubaugebiets mit FTTB, [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED].
7. Sodann kam es zwischen Antragstellerin und Antragsgegnerin zu Gesprächen. Dabei beehrte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 1. 12. 2016 die Mitverlegung eigener Infrastruktur im Zuge der Bauarbeiten an dem FTTH-Netz im Erschließungsgebiet. Es erfolgte keine positive Reaktion der Antragstellerin. Antragstellerin und Antragsgegnerin führten auch Gespräche über die Bereitstellung einzelner Vorleistungsprodukte. Unstreitig wurde über die Bereitstellung einzelner unbeschalteter Glasfasern gesprochen, nach den Ausführungen der Antragstellerin bot sie als Vorleistungsprodukt auch ein Layer 2-Bitstrom-Produkt an. Bei den Gesprächen konnte keine Einigung über den zu zahlenden Vorleistungspreis erzielt werden. Die Antragsgegnerin hat in den Gesprächen erklärt, dass der angebotene Preis prohibitiv sei und für sie ökonomisch allein eine Mitverlegung eigener Infrastruktur in Betracht käme.
8. Am 13. 4. 2017 wurde noch einmal auf die Mitverlegungsabsicht hingewiesen und auf einen Parallelfall verwiesen, der in der Zwischenzeit vor dem LG Mannheim anhängig gemacht worden war und den die Antragsgegnerin für sich entscheiden konnte. In diesem Verfahren handelte es sich um eine andere Gemeinde als die Antragstellerin. Das Verfahren endete nach Hinweisen des Gerichts in der mündlichen Verhandlung ohne eine förmliche Entscheidung (LG Mannheim, Protokoll der öffentlichen Sitzung vom 24. 3. 2017 im Verfahren 2 O 46/17, Anlage 4 zum Antragsschreiben vom 16. 5. 2017). Auch bei einem nochmals erfolgten Gespräch am 11. 5. 2017 konnte offenbar keine Einigung über die streitige Frage erzielt werden. Vielmehr übermittelte die BLK am 16. 5. 2017 ein Angebot der inxio für die Glasfasernutzung, in welchem monatliche Mietkosten in Höhe von 10,-€ pro Glasfaseranschluss je angeschlossenem Haushalt verlangt werden. Hinzu kämen noch weitere Kosten für die Einrichtung der Kollokation und Schaltung der jeweiligen Anschlüsse sowie monatliche Kosten für die Nutzung der Kollokationsfläche.
9. Mit Schreiben vom 12. 5. 2017 sowie 16. 5. 2017 forderte die Antragsgegnerin die Antragstellerin nochmals zur Koordinierung der Bauarbeiten mit dem Ziel der Mitverlegung eigener Infrastruktur auf.
10. Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 16. 5. 2017, eingegangen bei der Bundesnetzagentur am 17. 5. 2017, einen Antrag auf Beilegung des Streits mit der Antragsgegnerin mit folgendem Inhalt gestellt:

„Der Antrag der Antragsgegnerin auf Mitverlegung ihrer Netzinfrastruktur neben dem im Aufbau befindlichen Glasfasernetz im Neubaugebiet „Biegen Durlacher Weg“ in 76351 Linkenheim-Hochstetten, das im Zuge der interkommunalen Zusammenarbeit mit dem Backbone-Netz im Eigentum der Breitbandkabel Landkreis Karlsruhe GmbH verbunden ist, wird abgelehnt.“

11. Hilfsweise für den Fall, dass die nationale Streitbeilegungsstelle entgegen des Antrages einen Anspruch auf Mitverlegung anerkennen sollte, beantragt die Antragstellerin:

„Die Antragsgegnerin trägt die anteiligen Kosten der Erschließung mit passiven Telekommunikations-Netzinfrastrukturen insbesondere der Tiefbaukosten, die der Antragstellerin anlässlich der Verlegung des FTTH-Netzes im Neubaugebiet „Biegen Durlacher Weg“ in 76351 Linkenheim-Hochstetten entstanden sind oder entstehen werden und die von der Antragsgegnerin im Rahmen der Mitverlegung genutzt werden (Grundsatz der Kostenteilung).“

12. Der Anträge sind auf Homepage der Bundesnetzagentur (einheitliche Informationsstelle/ Streitbeilegungsverfahren nach § 77n TKG) sowie im Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 10 vom 31. 5. 2017 als Mitteilung Nr. 421 veröffentlicht worden.

13. Die Antragstellerin begründet ihre Anträge damit, dass der von der Antragsgegnerin gestellte Antrag auf Koordinierung von Bauarbeiten gemäß § 77i Abs.3 TKG unzumutbar sei. Die Voraussetzungen des § 77i Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 bis 3 TKG lägen nicht vor, da der Projektantrag bereits im Jahr 2014 durch die öffentliche Ausschreibung des Netzbetriebs gestellt worden sei und sich die Antragsgegnerin weder an der Markterkundung noch an der Ausschreibung beteiligt habe. Auch wäre die Kontrolle über die Bauarbeiten erschwert und es käme zu Verzögerungen und Verteuerungen der Bauarbeiten durch notwendige Umplanungen. Darüber hinaus sei der Antrag unzumutbar, da er nicht dem Sinn und Zweck der Vorschrift sowie den Zielen des Gesetzgebers entspreche. Eine ineffiziente Duplizierung von Hochgeschwindigkeitsnetzen solle vermieden werden und der in § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Wille zum Überbauschutz finde auch auf die Koordinierungsvorschrift Anwendung. Im Rahmen der Zumutbarkeit müsse daneben die Erforderlichkeit als Maßstab herangezogen werden, an der es hier fehle. Vielmehr reiche es aus, dass vom Versorger am Ende ein Open Access transparent und diskriminierungsfrei zur Verfügung gestellt werde, um den Zielen der Kostensenkungsrichtlinie zu entsprechen.

14. Zu dem vorliegenden Antrag hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 2.6.2017 fristgemäß Stellung genommen und beantragt, dass

„1. die Antragstellerin verpflichtet wird, eine Koordinierung der Mitverlegung der Telekommunikationslinien der Antragsgegnerin im Neubaugebiet Biegen Durlacher Weg in 76351 Linkenheim-Hochstetten mit den dort zu errichtenden Versorgungsnetzen, insbesondere dem dort im Aufbau befindlichen Glasfasernetz, vorzunehmen und Dritte, insbesondere die ESB Kommunalprojekt AG hierzu anzuweisen eine entsprechende Koordinierung vorzunehmen;

2. der Antragstellerin aufgegeben wird, der Antragsgegnerin die Nutzung der gemeindeeigenen Grundstücke im Bereich des Neubaugebietes Biegen Durlacher Weg zur Verlegung von Telekommunikationslinien zu gestatten.

3. der Antrag der Antragstellerin im Übrigen abgelehnt wird.“

15. Gleichzeitig hat sie eine vorläufige Anordnung gemäß § 130 TKG beantragt mit dem Inhalt, dass

„der Antragstellerin untersagt wird, bis zur Verlegung einer Telekommunikationsinfrastruktur der Antragsgegnerin im Bereich des in der Anlage AG-2 markierten Neubaugebietes Biegen-Durlacher Weg weitere Baumaßnahmen vorzunehmen, die die Verlegung eines Telekommunikationsnetzes der Antragsgegnerin in diesem Bereich behindern, insbesondere dadurch, dass in diesem Bereich des Neubaugebietes Gräben für bereits verlegte Versorgungsleitungen verfüllt werden und hierauf Deckschichten aus Sand, Kies, Pflaster oder Asphalt oder in anderer Weise aufgebracht werden.“

16. Die Antragsgegnerin begründet ihre Anträge damit, dass die Antragstellerin eine Pflicht zur Koordinierung aus § 77i Abs. 3 TKG habe. Die koordinierte Mitverlegung sei insbesondere auch zumutbar, da die hoheitliche Stellung der Antragsgegnerin eine besondere Rücksichtnahmepflicht begründe sowie sie zu einer neutralen und objektiven Amtsführung verpflichtet. Aus diesem Grund habe sie der Antragsgegnerin die gleichen Rechte einzuräumen wie Dritten oder sich selbst. Sie könne mithin nicht eine Monopolstellung für die Vermarktung von Telekommunikationsdiensten im eigenen Gemeindegebiet aufbauen und gegen mögliche Wettbewerber abschotten. Es stünde demgemäß auch ein Unterlassungsanspruch gemäß § 19 Abs. 2, § 20 Abs. 1, § 33 Abs. 1 GWB im Raum, wonach der wettbewerbliche Ausschluss der Antragsgegnerin nicht nur zumutbar, sondern gerade auch geboten sei. Die Ziele des TKG, den Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation und leistungsfähige Telekommunikationsinfrastrukturen zu fördern, befürworteten eine Doppelung von Infrastruktur. Die Versagungsgründe des § 77g TKG seien nicht analogiefähig, so dass hier der Überbau nicht als Ablehnungsgrund herangezogen werden könne.
17. Den Beteiligten ist in der am 9. 6. 2017 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden.
18. Nach der öffentlichen mündlichen Verhandlung hat die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 14. 6. 2017 noch einmal zum Antrag in der Hauptsache Stellung genommen. Im Hinblick auf die entstehenden Kosten der Mitverlegung verweist sie darauf, dass eine Bereicherung der Antragstellerin an den Kosten der Mitverlegung nicht möglich sein dürfe, sondern sich die Erschließungsbeiträge der Anwohner bei einer Beteiligung von Mitverlegungspetenten an den Gesamtkosten entsprechend reduzieren müssten. Ansonsten nimmt sie noch einmal umfangreich zu den rechtlichen Erwägungen einer möglichen vorläufigen Anordnung Stellung und geht dabei auch auf die Zumutbarkeit des Koordinierungsanspruchs ein. Es bestünden keine unzumutbaren Aufwände für eine spätere Instandsetzung der zusätzlichen Infrastruktur. Zudem wäre bei entsprechender Planung auch ausreichend Platz in den schon vorhandenen Gräben für ein zusätzliches Kabel vorhanden und ein Eigenausbau auch aus wirtschaftlichen Gründen angezeigt gewesen. Man habe sich nicht auf das Angebot eines Vorleistungsprodukts einlassen müssen. Im Übrigen sei das Vorgehen der Antragstellerin eine unzulässige Diskriminierung nach § 19 GWB. Diese sei hier zu berücksichtigen, da das Landgericht Mannheim (Az. 7 O 97/17) die Vorrangigkeit des anhängigen Streitbeilegungsverfahrens anerkannt habe. Das Landgericht Mannheim lehnte den Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen die Antragstellerin ab, da im Rahmen des zwischenzeitlich bei der Bundesnetzagentur anhängig gemachten Streitbeilegungsverfahrens vorläufige Anordnungen gemäß

§ 130 TKG ergehen könnten und diese vorrangig gegenüber dem Erlass einer einstweiligen Verfügung seien.

19. Die Antragstellerin nahm mit Schreiben vom 19.6.2017 ebenfalls noch einmal Stellung zum Antrag in der Hauptsache. Die Antragstellerin legt darin die Einzelheiten der Beihilfe zu dem Backbone-Netz der BLK dar und erläutert, dass in Bezug auf die Errichtung der daran angeschlossenen Glasfaserinfrastruktur in dem Neubaugebiet Biegen/Durlacher Weg zwischen dem Erschließungsträger und den Grundstückseigentümern eine „Spitzabrechnung“ der Erschließungskosten erfolge. Rechtlich weist sie ergänzend darauf hin, dass der Infrastrukturwettbewerb im konkreten Fall keine befriedigenden Ergebnisse auch im Hinblick auf den grundgesetzlich durch Art. 87f Abs. 1 GG gebotenen Gewährleistungsauftrag der Flächendeckung schaffe. Mit dem Erstausbau des Erschließungsgebietes durch die von ihr geplante Glasfaserinfrastruktur liege ein ungedeckter Bedarf nicht (mehr) vor, was Unzumutbarkeit des Antrags führe. Daneben vervielfache sich der laufende Erhaltungsaufwand für die parallelen Infrastrukturen, was ebenfalls die Zumutbarkeit entfallen ließe.
20. Über den Antrag der Antragsgegnerin auf Untersagung weiterer Baumaßnahmen hat die Beschlusskammer im Wege einer vorläufigen Anordnung gemäß § 130 TKG am 21.6.2017 entschieden und die Antragstellerin verpflichtet,

„bis zur abschließenden Entscheidung in dem anhängigen Streitbeilegungsverfahren BK11-17/001 das Neubaugebiet „Biegen Durlacher Weg“ nicht mit einer Deckschicht für Straßenbelag und Gehwege aus Asphalt, Stein und ähnlichen Materialien zu verschließen. Die Antragstellerin wird darüber hinaus verpflichtet, auch keine anderen Arbeiten durchzuführen, die die Mitverlegung von Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze verhindern würden.

Sollten solche Bauarbeiten dennoch durchgeführt werden, wird darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin verpflichtet ist, nach Abschluss des Verfahrens, soweit ein Koordinierungsanspruch der Antragsgegnerin bestehen sollte und diese ihren Anspruch umsetzen will, auf eigene Kosten den Zustand so wieder herzustellen, dass eine koordinierte Mitverlegung der Telekommunikationsinfrastruktur der Antragsgegnerin zu den gleichen Bedingungen wie zu Beginn der Verlegearbeiten für die Telekommunikationsinfrastruktur der Antragstellerin ermöglicht wird.“

21. Bezüglich dieser Entscheidung hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 6.7.2017 mitgeteilt, dass die Antragstellerin die Baumaßnahmen zur Erschließung des Neubaugebiets unvermindert fortsetze. Im Übrigen bitte sie um formale Berichtigung des Sachverhalts sowie Berücksichtigung in der Entscheidung zur Hauptsache in drei Punkten: Zum einen sei das Neubaugebiet nicht Gegenstand des Markterkundungsverfahrens gewesen. Insofern sei eine Klarstellung erforderlich, dass mit dem Gebiet, zu welchem in der Markterkundung kein privater Ausbauwilliger gefunden worden sei, das Gemeindegebiet und nicht das Neubaugebiet gemeint sei. Zum zweiten habe die Antragsgegnerin sich zu keinem Zeitpunkt auf ein Vorleistungsprodukt beschränken wollen, so dass die Darlegung, dass man sich nicht über den Preis eines Vorleistungsproduktes einigen konnte, zumindest nur teilweise richtig sei. Zum Dritten sei unstrittig, dass die Antragsgegnerin sich an den tatsächlichen Kosten der Verlegung anteilig zu beteiligen habe, wobei es fraglich sei,

welche Kosten überhaupt entstünden, wenn diese vollständig über Anliegerbeiträge gedeckt würden.

22. Die Beigeladene zu 1 hat mit Schreiben vom 14. 6. 2017 eine Stellungnahme abgegeben. Sie hält den Antrag der Antragsgegnerin auf Koordinierung von Bauarbeiten für zulässig und begründet. Im Übrigen sei eine Prüfung der Beschlusskammer auf Übernahme von Kosten im Rahmen eines Kostenverteilungsschlüssels nicht zulässig.
23. Die Beigeladene zu 4 hat mit Schreiben vom 6. 6. 2017 und 19. 6. 2017 Stellungnahmen vor und nach der öffentlich mündlichen Verhandlung abgegeben und hält die Anträge der Antragstellerin für zulässig und begründet. Sie weist auf die generelle Bedeutung der Entscheidung für den Breitbandausbau hin und befürchtet Wettbewerbsverfälschungen, Investitionsentwertungen und die volkswirtschaftlich ineffiziente Duplizierung von Hochgeschwindigkeitsnetzen, wenn man eine Koordinierungspflicht befürworte. Eine kostenfreie Nutzung des Tiefbaus sei jedenfalls nicht zumutbar. Insoweit sei ein Antrag auf Koordinierung auch als unzumutbar zurückzuweisen, wenn er keine Bereitschaft zur Kostenteilung beinhalte.
24. Die in der Telekommunikationsregulierung tätigen Beschlusskammern und Abteilungen der Bundesnetzagentur wurden über den Entscheidungsentwurf informiert und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme (§ 132 Abs. 5 TKG).
25. Mit Schreiben vom 11. 7. 2017 ist dem Bundeskartellamt Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Am 13. 7. 2017 teilte das Bundeskartellamt mit, es begrüße die konsequente Anwendung des neuen DigiNetz-Gesetzes in dem vorliegenden Beschlussentwurf.
26. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die schriftsätzlichen Äußerungen der Beteiligten im Verwaltungsverfahren, den sonstigen Inhalt der Verfahrensakten sowie die Ausführungen in den Gründen dieser Entscheidung verwiesen.

2 Gründe

27. Der zulässige Hauptantrag der Antragstellerin ist unbegründet.

2.1 Rechtsgrundlage

28. Rechtsgrundlage für die Entscheidung ist § 77n Abs. 5 TKG i. V. m. § 77i TKG.

2.2 Formelle Voraussetzungen

29. Die formellen Voraussetzungen für die Entscheidung sind im vorliegenden Fall gegeben.

2.2.1 Zuständigkeit

30. Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Entscheidung folgt aus § 77n Abs. 5 TKG i. V. m. §§ 132 Abs. 2 und 134a TKG. Danach entscheidet die Bundesnetzagentur als nationale Streitbeilegungsstelle in den Fällen des § 77n TKG durch Beschlusskammern. Vor-

liegend handelt es sich um einen Fall gemäß §§ 77n Abs. 5 i. V. m. 77i TKG, in dem es um eine streitige Koordinierung von Bauarbeiten zur Mitverlegung von Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze geht.

2.2.2 Verfahren

31. Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden.
32. Die Entscheidung ergeht nach Anhörung der Beteiligten gemäß § 135 Abs. 1 TKG und aufgrund öffentlicher mündlicher Verhandlung gemäß § 135 Abs. 3 Satz 1 TKG.
33. Die den Beteiligten, sowohl der Antragstellerin und der Antragsgegnerin als auch den Beigeladenen im Beschlusskammerverfahren gemäß § 135 Abs. 1 TKG einzuräumenden Beteiligtenrechte sind gewahrt worden, Stellungnahmen sind eingegangen und berücksichtigt worden. Die Kennzeichnung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen durch die Antragsgegnerin sind durch die Beschlusskammer überprüft worden. Sie kam zu dem Ergebnis, dass der Umfang der Schwärzungen nicht zu beanstanden ist. Bei einer Offenlegung hätten die Beteiligten weitgehende Einblicke in Kalkulationen und Geschäftsausrichtungen der Antragsgegnerin erhalten. Zu einer Offenlegung dahingehend war die Antragsgegnerin nicht verpflichtet.
34. Gemäß § 132 Abs. 5 TKG sind die in der Telekommunikationsregulierung tätigen Beschlusskammern und Abteilungen über die beabsichtigte Entscheidung informiert worden und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.
35. Dem Bundeskartellamt ist Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Zwar sind Entscheidungen nach § 77n TKG in der Aufzählung des § 123 Abs. 1 Satz 2 TKG nicht enthalten. Allerdings ist insoweit ein redaktionelles Versehen des Gesetzgebers nicht auszuschließen, mit der Folge, dass in der Aufzählung immer noch § 77a TKG anstatt § 77n TKG enthalten ist (vgl. Fademrecht/Fetzer in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, § 123, Rz. 14 f.). Jedenfalls ist eine generelle Betroffenheit auch kartellrechtlicher Fragestellungen – im konkreten Fall z. B. § 19 GWB – nicht auszuschließen, so dass die Beschlusskammer dem Bundeskartellamt Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat. Dem wurde durch die Übersendung der wesentlichen Verfahrensunterlagen und der vorläufigen Anordnung sowie die Übermittlung des Entscheidungsentwurfs entsprochen. Die Stellungnahme des Bundeskartellamtes lag innerhalb der gesetzlich vorgegebenen Verfahrensfrist vor.
36. Die Durchführung eines Konsultations- und Konsolidierungsverfahrens auf der Grundlage von § 13 Abs. 1 i. V. m. § 12 TKG entsprechend bzw. nach § 15 TKG war nicht erforderlich. Diese Vorschriften gelten für Entscheidungen im Bereich der Marktregulierung und nicht – wie vorliegend – bei einer Entscheidung nach Teil 5 des Gesetzes.

2.2.3 Frist

37. Gemäß § 77n Abs. 5 Satz 3 TKG entscheidet die Bundesnetzagentur unverzüglich, spätestens aber innerhalb von zwei Monaten, wenn eine Vereinbarung über die Koordinierung von Bauarbeiten gemäß § 77i Abs. 2 und 3 TKG streitig ist. Der Antrag der Antragstel-

lerin ist am 17. 5. 2017 bei der Bundesnetzagentur eingegangen, so dass die gesetzlich vorgesehene Regelfrist spätestens am 17. 7. 2017 endet. Insofern ergeht die Entscheidung fristgerecht.

2.3 Materielle Voraussetzungen

38. Der Hauptantrag der Antragstellerin ist auf eine Ablehnung einer Koordinierung von Bauarbeiten gemäß § 77i TKG gerichtet. Dieser Antrag ist unbegründet.
39. Die Anspruchsvoraussetzungen der §§ 77n i. V. m. 77i Abs. 3 TKG liegen vor. Die Antragstellerin ist verpflichtet, dem zumutbaren Antrag der Antragsgegnerin auf Koordinierung von Bauarbeiten gemäß § 77i Abs. 3 TKG zu transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen stattzugeben.

2.3.1 Anspruchsvoraussetzungen gemäß § 77i Abs. 3 TKG

40. Die Anspruchsvoraussetzungen des § 77i Abs. 3 TKG liegen vor.
41. Bei der Antragstellerin handelt es sich um die Eigentümerin der im Neubaugebiet Biegen/Durlacher Weg entstehenden physischen Infrastrukturen für die öffentliche Bereitstellung von Telekommunikationsdiensten und anderer Versorgungsleistungen. Sie ist damit Eigentümerin eines entstehenden öffentlichen Versorgungsnetzes nach der Begriffsbestimmung des § 3 Nr. 16b a) aa) TKG.
42. Da es sich bei der Eigentümerin um eine Gemeinde handelt, die die Erschließung über einen Erschließungsträger indirekt ausführt, sind die Bauarbeiten ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanziert. Selbst wenn man davon ausgeht, dass durch Finanzierung der Bauarbeiten über die Erschließungsbeiträge der Anwohner die „öffentlichen Mittel“ in Abrede gestellt werden könnten, so wird hier zum Netzausbau aber eine Beihilfe für das realisierte Betreibermodell gewährt, so dass jedenfalls dadurch das Tatbestandsmerkmal der aus öffentlichen Mitteln finanzierten Bauarbeiten gegeben ist.
43. Die Antragsgegnerin ist Anbieterin von Telekommunikationsdiensten sowie Eigentümerin und Betreiberin eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes. Sie hat die Koordinierung von Bauarbeiten beantragt.
44. Es wurde ein Antrag über die Koordinierung von Bauarbeiten bzw. die angestrebte Mitverlegung gestellt. Dieser enthielt – zumindest in dem Schreiben vom 16. 11. 2015 – Art und Umfang der zu koordinierenden Bauarbeiten und die zu errichtenden Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze. Die Antragsgegnerin unterbreitete mit dem Angebot zur Erschließung des gesamten Neubaugebiets Biegen/Durlacher Weg ein Angebot zur Glasfaserbreitbandversorgung und stellte damit die zu errichtende Komponente für ein bestimmtes Gebiet klar. Auch beschrieb sie, welche Leistungen von der ESBAG und welche von ihr selbst zu erbringen seien. Insoweit haben alle in § 77i Abs. 2 Satz 2 TKG normierten Bestandteile eines Koordinierungsantrags vorgelegen. Darüber hinaus hat sie mit Schreiben vom 1. 12. 2016 unmittelbar nach Inkrafttreten des DigiNetz-Gesetzes einen Antrag gestellt, der ausdrücklich auf die neue Norm Bezug nimmt.

2.3.1.1 Zumutbarkeit des Antrags

45. Der Antrag der Antragsgegnerin ist gemäß § 77i Abs. 3 TKG zumutbar. Die in der Vorschrift gesetzlich festgelegten Regelbeispiele sind verwirklicht. Eine Anwendung der Rechtsgedanken aus § 77g Abs. 2 TKG auf die Zumutbarkeitsvoraussetzungen kommt nicht in Betracht. Dem stehen die gesetzgeberischen Wertungen entgegen, wonach das DigiNetz-Gesetz gerade in der Mitverlegung die Synergien von Tiefbauarbeiten nutzbar machen und den wettbewerblichen Ausbau weiterer Infrastrukturen ermöglichen will. Dies entspricht auch den Zielen des TKG, insbesondere den Ausbau von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation zu beschleunigen und nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte zu fördern.

2.3.1.1.1 Zumutbarkeit gemäß § 77i Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 bis 3 TKG (Regelbeispiel)

46. Die Vorschrift des § 77i Abs. 3 Satz 2 TKG benennt drei Voraussetzungen, bei deren Vorliegen ein Antrag insbesondere als zumutbar anzusehen ist (Regelbeispiel). Diese drei Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall gegeben.
47. Für eine Mitverlegung der Infrastruktur der Antragsgegnerin werden keine zusätzlichen Kosten für die ursprünglich geplanten Bauarbeiten verursacht, wobei eine geringfügige zeitliche Verzögerung der Planung und geringfügige Mehraufwendungen für die Bearbeitung des Koordinierungsantrags nicht als zusätzliche Kosten der ursprünglich geplanten Bauarbeiten angesehen werden (§ 77i Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 TKG).
48. In Erwägungsgrund 25 der Kostensenkungsrichtlinie wird hierzu ausgeführt, dass Anträgen zu „verhältnismäßigen, nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen“ stattzugeben ist, bei denen „z. B. etwaige Zusatzkosten, einschließlich der durch Verzögerung verursachten Kosten übernommen werden und die Änderungen an den ursprünglichen Plänen minimal sind“ (Erwägungsgrund 25, RL 2014/61/EU v. 15. 3. 2014, ABl. EU L 155 v. 23. 5. 2014, S. 5).
49. Zwar trägt die Antragstellerin vor, dass die Planungsleistungen des Erschließungsträgers ohne parallele Telekommunikations-Netzinfrastruktur kalkuliert gewesen seien und der Erschließungsträger daher Nachforderungen an die Antragstellerin erheben könne. Daneben müssten auch zusätzliche Raumressourcen bereitgestellt werden. Dieser Vortrag führt aber nicht dazu, unzumutbare Zusatzkosten, bezogen auf die ursprünglich geplanten Bauarbeiten, anzunehmen. Bei rechtzeitig begonnener Koordinierung hätten die zusätzlichen Kosten lediglich darin bestanden, weitere Leitungen in die Verlegung mit einzubeziehen, deren Größe und Verlauf parallel zu den übrigen Versorgungsleitungen hätte berücksichtigt werden können. Die ursprünglich geplanten Bauarbeiten wären dadurch nicht wesentlich verteuert oder verzögert worden. Überdies hätte eine Forderung der Antragstellerin nach einer Übernahme zusätzlich anfallender Planungskosten durch die Antragsgegnerin eine diskriminierungsfreie Bedingung im Sinne von § 77i Abs. 3 Satz 1 TKG dargestellt.
50. Entsprechendes gilt für den Einwand, es sei eine andere Leitungsführung erforderlich, weil in den schon bestehenden Gräben nicht genug Platz für eine Mitverlegung sei. Dass grundsätzlich keine Mitverlegung möglich gewesen wäre, weil die ursprünglich geplanten

Bauarbeiten aufgrund der Mitverlegung erheblich verteuert worden wären, ist vorliegend nicht festzustellen. Bei rechtzeitiger Mitberücksichtigung wären die ursprünglich geplanten Bauarbeiten am Versorgungsnetz durch eine Mitverlegung nicht wesentlich beeinträchtigt gewesen. Insbesondere ist die Frage, inwiefern ggf. zusätzlich entstehende Kosten durch breitere Gräben oder zusätzliche Leitungsquerungen nur für das mitzuverlegende Versorgungsnetz angefallen wären, für die Zumutbarkeit des Antrags unbeachtlich; sie spielt nur für die spätere Kostenverteilung eine Rolle.

51. Ziel und Zweck der Regelung ist es, Synergien für den Ausbau digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze, insbesondere mit Blick auf Tiefbauarbeiten, zu nutzen. Insoweit zielt die Zumutbarkeitserwägung hier auf eine Subjektivierung der Kosten, d. h. dem Erstausbauenden eines öffentlichen Versorgungsnetzes dürfen keine wesentlichen zusätzlichen Kosten durch die Mitverlegung entstehen. Gleichzeitig liegt die Eingriffsschwelle dieser Regelung so hoch, dass die zusätzlich entstehenden Kosten so relevant sein müssen, dass auch Kostenverteilmechanismen sie nicht mehr sinnvoll abfangen können. Dies wäre z. B. bei Folgekosten der Fall, die aufgrund einer sehr großen Verzögerung gegenüber der ursprünglichen Planung durch notwendige Umplanungen entstehen würden. Das steht aber vorliegend nicht in Rede. Vielmehr können Kosten und Verzögerungen als Folge davon entstehen, dass die bereits erfolgten Bauarbeiten noch einmal „angefasst“ werden müssen, um zusätzliche Leitungen verlegen zu können. Bei einer Mitverlegung im Zuge des ersten Ausbauschlusses wäre dies – auch nach den Ausführungen der Antragstellerin – nicht erforderlich gewesen.
52. Darüber hinaus spricht die Antragstellerin nur davon, dass die mitzuverlegende Leitung möglicherweise nicht unmittelbar im gleichen Graben geführt werden kann, sondern dafür weitere Gräben bzw. neue Querungen erforderlich werden würden. Dies betrifft aber nicht die ursprünglich geplanten Bauarbeiten. Insoweit ist die Voraussetzung des § 77i Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 TKG gegeben.
53. Die Kontrolle über die Koordinierung der Bauarbeiten wird durch den Antrag der Antragsgegnerin auf Mitverlegung nicht behindert (§ 77i Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 TKG).
54. Es fehlt an einer tragfähigen Argumentation der Antragstellerin, die diesen Einwand stützen würde. Die bloße Behauptung, dass eine Koordinierung behindert werde, weil Netzinfrastrukturen mitverlegt werden sollen, die im Rahmen der Entwicklung und Erschließung nicht geplant waren, reicht nicht aus. Denn dieser Umstand hätte vor der inzwischen aufgenommenen Verlegung der Telekommunikationsinfrastruktur der Antragstellerin berücksichtigt werden können. Auch der Einwand, die Kontrolle werde behindert, weil die Anbindung an die Netzinfrastrukturen sowie Standorte der Antragsgegnerin zusätzlich berücksichtigt werden müssten, ist nicht hinreichend belegt. Warum die zusätzliche Anbindung die Kontrolle erschweren würde, erschließt sich nicht. Nach dem Verständnis der Beschlusskammer ist es möglich, die bisherigen Bauarbeiten um die ggf. zusätzlichen Komponenten unter der weiteren Bauausführungsaufsicht der ESBAG durchführen zu lassen. Wenn zusätzliche Leitungsanschlüsse an bereits bestehenden Standorten der Antragsgegnerin durchgeführt werden sollen, so liegen diese im alleinigen Verantwortungs-

bereich der Antragsgegnerin und wären nicht mehr Bestandteil der allgemeinen Baustellenaufsicht durch die ESB.

55. Der Koordinierungsantrag wurde rechtzeitig im Sinne des § 77i Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 TKG gestellt.
56. Das Gesetz setzt einen Koordinierungsantrag „spätestens einen Monat vor Einreichung des endgültigen Projektantrags bei der zuständigen Genehmigungsbehörde“ voraus. Diese Vorgabe kann allerdings unmittelbar nur für die Projekte Anwendung finden, die nach dem Inkrafttreten des Gesetzes am 9. 11. 2016 (BGBl. I Nr. 52, S. 2473 ff.) ihren Anfang finden. Bei Projekten, die zum Zeitpunkt des Gesetzes bereits über die Projektantragstellung hinausgekommen waren, ist die Vorschrift nach ihrem Sinn und Zweck auszulegen. Danach kommt es darauf an, dass sich ein Bauprojekt bei Antragstellung noch in einer Phase befindet, bei der eine Berücksichtigung der beantragten Mitverlegung nicht mehr Umplanungen erfordert und Kosten verursacht, als dies bereits in dem (früheren) Stadium vor Antragstellung bei der Genehmigungsbehörde der Fall gewesen wäre.
57. Die Antragstellerin gibt zwar an, dass der Projektantrag bereits mit der öffentlichen Ausschreibung des Netzbetriebs am 15. 12. 2014 gestellt worden sei bzw. ggf. sogar bereits in der Markterkundung vom Frühjahr 2014 gesehen werden könne. Diese Projektschritte können allerdings noch keine konkreten Leitungswegeplanungen und spezielle Erschließungsszenarien beinhaltet haben. Aus dem Bebauungsplan geht hervor, dass der endgültige Satzungsbeschluss gemäß § 10 Abs. 2 BauGB und § 73 LBO erst am 19. 2. 2016 für das Neubaugebiet Biegen/Durlacher Weg insgesamt vorlag und insoweit die Genehmigungen für die zu verlegenden Versorgungsleitungen zeitlich auch erst deutlich später anstanden. In der textlichen Fassung des Bebauungsplans ist lediglich festgeschrieben, dass die Versorgungsleitungen für Kommunikations- und Niederspannungsleitungen unterirdisch zu verlegen sind (Punkt 2.4) und die Flächen über und neben Leitungstrassen von größeren Bepflanzungen wie Bäumen u. ä. freizuhalten sind sowie Schutzmaßnahmen in Form von Schutzrohren oder Trennwänden vorzunehmen sind (Punkt 3.6). Diese Maßnahmen sind aber sehr allgemein gefasst und lassen variable Gestaltungen der Leitungsverlegung zu.
58. Die Antragsgegnerin hat bereits mit Schreiben vom 16. 11. 2015 hinreichend präzisiert, dass und wie sie ihre geplante Mitverlegung zur Erschließung des Neubaugebiets mit Glasfaserbreitbandversorgung anstrebt. Dies war vor dem Inkrafttreten des DigiNetz-Gesetzes und damit auch vor der ausdrücklichen Formulierung von § 77i Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 TKG. Die Antragstellung kann aber bereits für diesen früheren Zeitpunkt als fingiert angesehen werden, da das Schreiben mit seiner Anlage die Information beinhaltete, dass und wie die Antragsgegnerin eine Koordination von Bauarbeiten anstrebte. Spätestens mit Schreiben vom 1. 12. 2016, also unmittelbar nach Inkrafttreten des Gesetzes am 9. 11. 2016, hat die Antragsgegnerin ihr Vorhaben noch einmal bekräftigt und dabei sogar ausdrücklich den neu in das TKG eingefügten § 77i Abs. 3 TKG in Bezug genommen. Im Dezember 2016 war aber eine „Umplanung“ bzw. Berücksichtigung einer weiteren paralle-

len Leitungsführung noch genauso möglich wie vor einer ggf. zeitlich früheren Planung für die Verlegung der Versorgungsleitungen im Neubaugebiet.

59. Im Übrigen war der Antragstellerin durch die Korrespondenz zwischen den streitenden Parteien spätestens Ende des Jahres 2015 bewusst, dass es einen bereits schriftlich fixierten Mitverlegungswillen der Antragsgegnerin gab. Die Zusatzvereinbarung mit dem Erschließungsträger – welche die Anweisung enthielt, die Verlegung weiterer Telekommunikationsinfrastrukturen nicht zuzulassen – stammt demgemäß auch erst von Mitte Oktober. Dies zeigt, dass die Antragstellerin zu diesem Zeitpunkt – also kurz vor Inkrafttreten des Gesetzes und nach Vorlage des klar geäußerten Mitverlegungsinteresses – keine weiteren Planungsschritte im Hinblick auf eine Koordinierung von Bauarbeiten vornehmen wollte. Für den Erschließungsträger hätte offenbar zu diesem Zeitpunkt noch die Möglichkeit der Berücksichtigung bestanden, weil es sonst dieser Anweisung nicht bedurft hätte. Auch insoweit darf die Antragstellung im vorliegenden Fall als rechtzeitig angesehen werden.

2.3.1.1.2 Zumutbarkeit im Übrigen

60. Auch aus sonstigen Gesichtspunkten ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass der Koordinierungsantrag der Antragsgegnerin trotz der Verwirklichung der in § 77i Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 bis 3 TKG genannten (kumulativ zu erfüllenden) Regelbeispiele unzumutbar ist.

Unzumutbarkeit wegen Antragstellung zu Nullkosten

61. Eine Unzumutbarkeit des Antrags ist nicht schon deswegen anzunehmen, weil der Antrag keine ausdrückliche Bereitschaft zur Übernahme von bauseits entstehenden Kosten enthält.
62. Die Beigeladene zu 4 ist der Ansicht, die Unzumutbarkeit des hier zugrundeliegenden Koordinierungsantrags der Antragsgegnerin könne möglicherweise schon darin begründet liegen, dass sie unterstellte, eine Möglichkeit der Mitverlegung zum Preis von null Euro bzw. ohne Beteiligung an den Kosten haben zu können. Selbst wenn man unterstellt, dass die Antragsgegnerin einen solchen Antrag tatsächlich zu „Nullkosten“ gestellt hat [REDACTED], begründet dies noch nicht die Unzumutbarkeit des Antrags.
63. Vielmehr ist es im allgemeinen Geschäftsverkehr durchaus üblich, zunächst mit einer Art „Höchstforderung“ auf das Gegenüber zuzugehen, um dann im weiteren Verhandlungsweg eine einvernehmliche Lösung über die entstehenden Kosten und deren Übernahme zu erreichen.
64. Darüber hinaus erfolgte zu keinem Zeitpunkt eine Reaktion der Antragstellerin auf dieses Angebot der Antragsgegnerin, wonach eine Koordinierung der Bauarbeiten in Betracht kommen könne und „nur“ die Kostenübernahme streitig wäre. Vielmehr war spätestens mit Abschluss des Ergänzungsvertrags mit der ESB AG sowie den klaren Äußerungen gegenüber der Antragsgegnerin offenkundig, dass für die Antragstellerin überhaupt keine Koor-

dinierung von Bauarbeiten (ungeachtet dessen wie sie auch beantragt gewesen wäre) in Frage kommt. Eine Unzumutbarkeit aufgrund eines Antrags zu „Nullkosten“ scheidet daher aus.

Hoheitliche Stellung der Antragstellerin als besonderes Zumutbarkeitskriterium

65. Das von der Antragsgegnerin eingebrachte Argument, wonach aus der hoheitlichen Stellung der Antragsgegnerin eine besondere Rücksichtnahmepflicht folgen soll, die – quasi „automatisch“ – dazu führen müsse, dass der Koordinierungsantrag eines Dritten immer positiv zu bescheiden sein soll, ist auf Basis der gesetzlichen Regelung abzulehnen.
66. Durch die neu geschaffene Systematik des DigiNetz-Gesetzes implementierte der Gesetzgeber demgegenüber eine eigene Logik, die einen Interessenausgleich schaffen soll zwischen den Interessen der betroffenen Eigentümer oder Verleger von Infrastruktur und dem Interesse des möglichst flächendeckenden Ausbaus eines digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes. Gerade die Vorschrift des § 77i Abs. 3 TKG zeigt, dass diejenigen Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze, die ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanziert werden, bestimmten zusätzlichen Pflichten unterliegen. Nur dadurch, dass hier überhaupt Gelder der öffentlichen Hand in Rede stehen, kommt ein erhöhtes Zumutbarkeitskriterium zu Anwendung, wonach zumutbaren Anträgen stattzugeben ist. Es wäre jedoch ein Zirkelschluss zu glauben, dass in diesen Fällen eine hinreichende Zumutbarkeit allein schon darin bestünde, dass ein Dritter einen Koordinierungsantrag an die öffentliche Hand richtet. Wäre diese Auffassung richtig und einem Antrag gegen die öffentliche Hand automatisch stattzugeben, wäre es gar nicht notwendig, überhaupt Regelungen zur Zumutbarkeit zu treffen (argumentum ad absurdum). Aus der Gesetzesformulierung selbst geht mithin hervor, dass eine Zumutbarkeit trotz Vorliegen eines Antrags eines Dritten noch geprüft und bejaht werden muss.
67. Die Antragstellerin tritt in der vorliegenden Konstellation als Wirtschaftssubjekt auf, welches sich öffentlicher Mittel zum Bau bedient. Daher hat sie die Rücksichtnahmepflichten zu erfüllen, die der Gesetzgeber für Bauleistungen mit öffentlichen Mitteln in § 77i Abs. 3 TKG speziell vorsieht.
68. Der von der Antragstellerin daneben als Argument angeführte Gewährleistungsauftrag des Bundes nach Art. 87f Abs. 1 GG, der sich hier darin konkretisieren soll, dass ein Infrastrukturwettbewerb, wie er hier gefordert wird, nur dann zulässig sein kann, wenn er auch die erforderliche Flächendeckung bewirkt – was nur durch ein Angebot flächendeckender Breitbanddienste der Fall sei –, trägt für die Argumentation des § 77i TKG in diesem Fall nicht. Die Überlegungen der Antragstellerin zur Flächendeckung könnten – wenn überhaupt – im Beihilferecht eine Rolle spielen, weswegen vermeintlich „unattraktive“ Erschließungen staatlich gefördert werden können. Dies bedeutet aber nicht, dass durch diese Anforderungen die Idee des DigiNetz-Gesetzes zur Maximierung des kollektiven Nutzens bei anstehenden Bauarbeiten von öffentlich gefördertem Breitbandausbau ins Leere gehen. Vielmehr wird von der Antragstellerin ein Szenario entworfen, wonach es zu keiner

Erschließung über Betreibermodelle mehr kommen und dadurch eine Flächendeckung zukünftig nicht mehr erreicht werden könnte, wenn eine Pflicht zur Koordinierung von Bauarbeiten besteht. Ein solches Szenario – ob in Gänze oder in Teilen – käme aber nur dann zum Tragen, wenn nicht gleichzeitig das Korrektiv der Kostenübernahme greifen würde. Hier lässt sich über die Bedingungen und Regelungen der Koordinierung ein Ausgleich schaffen, um keine Fehlanreize zu setzen. Insoweit greift das grundgesetzlich bemühte Argument der sonst drohenden, nicht mehr zu gewährleistenden Flächendeckung nicht durch.

Sinn und Zweck der Regelungen des DigiNetz-Gesetzes

69. Die Zumutbarkeit des Antrags ergibt sich auch aus Sinn und Zweck der Regelungen des DigiNetz-Gesetzes.
70. Die Antragstellerin stützt ihre Auffassung, der Koordinierungsantrag sei unzumutbar, vor allem auf den Sinn und Zweck der Regelungen des § 77i TKG und die damit einhergehenden Ziele des DigiNetz-Gesetzes. Nach ihrem Dafürhalten reiche das vorangegangene, offene und transparente Auswahlverfahren und die daraus resultierende Bereitstellung eines diskriminierungsfreien Open Access über Vorleistungsprodukte für alle Wettbewerber aus, um hier die gesetzgeberischen Ziele zu verwirklichen. Als Beleg für ihre Auffassung zieht sie vor allem die Begründung des Gesetzentwurfs zu § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG heran. Dort wird auf die möglichen Ineffizienzen einer Vervielfachung von Infrastruktur verwiesen und zum Beispiel ausgeführt, dass „nicht jede Mitnutzung unabhängig von den durch sie verursachten Aufwendungen im gesamtgesellschaftlichen Interesse liegt“ (BT-Drs. 18/8332, S. 48).
71. Diese Aussagen beziehen sich aber auf die Mitnutzung passiver Netzinfrastrukturen, bei der die Ineffizienzen bereits darin bestehen, dass ein schon bestehendes funktionierendes Netz vorliegt und es zu einem „Aufbruch“ dieser Systeme käme, wenn man eine zusätzliche Infrastruktur schaffen würde. Insoweit wären die Aufwendungen dabei per se höher und würden das gesamtwirtschaftliche Interesse anders belasten als dies bei einer Situation gegeben ist, bei der Bauarbeiten sowieso durchgeführt werden – sei es wie vorliegend bei einer komplett neuen Erschließung oder auch bei anderen Bauarbeiten, bei denen ein solcher „Aufbruch“ (z. B. im Straßenbereich) sowieso vorgesehen ist. Insoweit unterscheidet sich die Situation bei der Mitnutzung bereits erheblich von der bei der Mitverlegung bzw. Koordinierung von Bauarbeiten. Dort ist von Gesetzes wegen gerade das Augenmerk auf die zu nutzenden Synergien im Baubereich gelegt.
72. Der Gesetzgeber hat ausweislich der Gesetzesmaterialien zum DigiNetz-Gesetz vor allem die Ziele der Kostensenkungsrichtlinie vor Augen gehabt („Senkung der Kosten für den Auf- und Ausbau digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze“, BT-Drs. 18/8332, S. 1). Die Kosten, vor allem der Hoch- und Tiefbauarbeiten, die einen erheblichen Anteil der Investitionskosten bilden, können danach signifikant gesenkt werden, „wenn Ineffizienzen beim Infrastrukturausbau beseitigt und Chancen zur Nutzung existierender passiver Netzinfrastruktu-

ren ergriffen werden“ (BT-Drs. 18/8332, S. 1). Nach weiteren Ausführungen konstatiert der Gesetzgeber:

„Da Tiefbaukosten über 80 Prozent der Netzausbaukosten ausmachen, liegt einer der Schwerpunkte der Kostensenkungsrichtlinie und des DigiNetzG auf Erleichterungen bei der Planung und Ausführung von Tiefbauarbeiten. Ziel ist es, durch eine Begrenzung dieser Kosten den Netzinfrastukturausbau effizienter zu gestalten. Dafür sollen Ineffizienzen des Netzinfrastukturausbaus minimiert werden, indem bestehende passive Infrastrukturen wie zum Beispiel Leitungsrohre, Leerrohre, Einstiegsschächte, Masten und Antennenanlagen gemeinsam genutzt werden. Engpässe aufgrund mangelnder Koordinierung der Bauarbeiten können somit behoben werden.“ (BT-Drs. 18/8332, S. 41).

73. Wenn der Gesetzgeber an anderer Stelle ausführt, dass im Hinblick auf eine „gesetzliche Inanspruchnahme öffentlicher Versorgungsnetze in Form von Mitnutzung“ der „Rechtfertigungsgrund“ entfällt, „sobald in einem Ausbaubereich bereits Glasfasernetze bestehen“ und es „gänzlich an einer Rechtfertigung staatlicher Eingriffe in den Netzausbau“ fehle, wenn „das bestehende Glasfasernetz zudem Wettbewerbern Zugang zu nachgefragten Netzdienstleistungen auf Basis diskriminierungsfreier und angemessener Entgelte“ biete, so werden damit keine Aussagen dazu getroffen, wie die Sachlage zu beurteilen ist, wenn noch kein bestehendes Netz vorhanden ist. Vielmehr finden sich in der Gesetzesbegründung Ausführungen, dass „die freiwillige Gewährung weiterhin möglich“ bleibt und dies einen „zusätzlichen Anreiz für Investitionen in offene Glasfasernetze“ darstelle (BT-Drs. 18/8332, S. 48 f.). Insoweit geht der Gesetzgeber offenbar davon aus, dass es hier um bestehende und getätigte Investitionen in bereits verlegte und funktionierende Infrastruktur geht und für andere Situationen, in denen dies noch nicht der Fall ist (also bei der Mitverlegung), weiter ein Anreiz für Investitionen erhalten bleiben soll. Im Hinblick auf die Mitverlegung ist kein entsprechender Schutzgedanke erkennbar und die Strukturen von Mitnutzung und Mitverlegung sind insofern im Gesetz auch unterschiedlich angelegt.
74. Die Kostensenkungsrichtlinie selbst geht bei ihrer Begründung vor allem von bestehenden Ineffizienzen aus und spricht davon, dass „Engpässe aufgrund mangelnder Koordinierung von Bauarbeiten“ zu „hohen finanziellen Hürden“ führen. Wenn man vor allem die „kostenintensiven Hoch- und Tiefbauarbeiten“ begrenzt, „ließe sich der Ausbau der Breitbandnetze effizienter gestalten“ (Erwägungsgründe 7 und 8, RL 2014/61/EU v. 15. 5. 2014, ABl. EU Nr. L 155 v. 23. 5. 2014, S. 2). Interessanterweise sieht die Kostensenkungsrichtlinie den Gedanken des „Überbaus“ gar nicht vor, sondern stellt in Art. 3 Abs. 3 lediglich auf die Möglichkeit der Versagung bei der Verfügbarkeit tragfähiger Alternativen ab (umgesetzt in § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG). Der europäische Gesetzgeber geht damit in seinem Ansatz offenbar noch ausdrücklicher davon aus, dass eine Überbausituation nicht automatisch zur „Unzumutbarkeit“ des Koordinierungsantrags führen kann. Er konstatiert vielmehr, die Koordinierung von Bauarbeiten könne „zu beträchtlichen Einsparungen“ führen und die „Unannehmlichkeiten in dem Gebiet“ gering halten (Erwägungsgrund 24, RL 2014/61/EU v. 15. 5. 2014, ABl. EU Nr. L 155 v. 23. 5. 2014, S. 5).
75. Ergänzend führt er dazu in geradezu auffälliger Klarheit und Absolutheit in Erwägungsgrund 25 aus:

...

„Bei ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierten Bauarbeiten sollte das Ziel sein, den kollektiven Nutzen zu maximieren, indem die positiven externen Effekte dieser Arbeiten für alle Bereiche genutzt und gleichberechtigte Möglichkeiten zur gemeinsamen Verwendung der bestehenden und geplanten physischen Infrastrukturen im Hinblick auf den Ausbau elektronischer Kommunikationsnetze gewährleistet werden. Soweit der Hauptzweck der öffentlich finanzierten Bauarbeiten nicht beeinträchtigt wird, sollte der Netzbetreiber, der die betreffenden Bauarbeiten direkt oder indirekt (...) ausführt, frühzeitigen und zumutbaren Anträgen auf Koordinierung des Baus von Komponenten von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation (...) zu verhältnismäßigen, nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen stattgeben.“

76. Diese Argumentation zeigt, dass auch der europäische Gesetzgeber als oberste Prämisse für die Koordinierung von Bauarbeiten die Maximierung des kollektiven Nutzens sowie die Nutzung der positiven externen Effekte der Arbeiten für alle Bereiche ansieht. Es geht dabei immer um gemeinsame Nutzung von Synergien in Bezug auf Bauarbeiten und den damit einhergehenden gesamtwirtschaftlichen Effizienzgewinn. Im vorliegenden Fall konkretisiert sich dies durch ein aus der Duplizierung bzw. Vervielfältigung der vorhandenen Infrastruktur mögliches Mehr an Wettbewerb zum Nutzen der Endkunden sowie eine breite Erschließung mit digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzen. Die Ziele der gesetzgeberischen Vorgaben werden somit erfüllt.
77. Das diskriminierungsfreie Angebot eines Open Access mittels Vorleistungsprodukten durch den Netzbetreiber ist zwingende Bedingung für das Aufsetzen eines Betreibermodells mit staatlicher Förderung. Daraus ergeben sich aber keine Auswirkungen auf die Entscheidung über den hier in Rede stehenden Mitverlegungs- und Koordinierungsanspruch. Der Gesetzgeber trifft im DigiNetz-Gesetz Entscheidungen zur Verlegung von Infrastruktur und keine wettbewerblichen Regelungen über Vorleistungsprodukte. Zwar besteht in § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG ein Versagungsgrund hinsichtlich der Mitnutzung bereits bestehender Infrastruktur. Eine Übertragung des Rechtsgedankens auf die Mitverlegung ist aber nicht möglich (siehe dazu ausführlich Rz. 111 ff.). Sobald es sich um ein Gebiet handelt, in dem noch keine hinreichende Infrastruktur vorhanden ist, sollen nach der gesetzlichen Wertung andere Mechanismen greifen. Ein Vorleistungsprodukt reicht insoweit nicht aus, die Mitverlegung weiterer Infrastrukturen in einem neu zu erschließenden Ausbaubereich zu verhindern.
78. Das infolge dieser Wertung entstehende breitere (Infrastruktur)Angebot ist dem entgegen vorteilhaft, um zu einem wettbewerblicheren Umfeld zu führen. Die „Erstausbaumöglichkeiten“, die das DigiNetz-Gesetz ohne Zweifel fördern und stärken will, stehen insofern nicht allein, sondern sind immer auch in Ergänzung anderer wettbewerblicher Regelungen und Zielvorstellungen zu sehen.
79. Insoweit reicht das Angebot eines Open Access mittels Vorleistungsprodukten hier nicht aus, um die gleiche Zielvorstellung auch im Hinblick auf die entstehenden breiteren Möglichkeiten bei einer Mitverlegung zu erreichen. Durch den hieraus resultierenden Infrastrukturwettbewerb sinkt die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen. Dies ist schon deshalb vorzuziehen, weil damit der später gegebenenfalls vorliegende Bedarf an regulatorischen

Eingriffen in den Markt sinkt. In der volkswirtschaftlichen Betrachtung stehen deshalb die erzielbaren Effizienzgewinne über den Schutzinteressen der Antragstellerin.

80. Auch der Gedanke des Versagungsgrundes aus § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG findet keine Anwendung. Nähere Ausführungen dazu erfolgen unter Rz. 111.
81. Anhand der Begründung zu § 77i TKG zeigt sich außerdem noch folgende gesetzgeberische Zielsetzung im Hinblick auf die Koordinierung von Bauarbeiten:

„Die Koordinierung von Bauarbeiten mit dem Ausbau digitaler Netzinfrastruktur kann zu beträchtlichen Einsparungen von ansonsten notwendigen separaten Tiefbauarbeiten führen. Zudem können Beeinträchtigungen für Anlieger und Verkehrsteilnehmer durch aufeinanderfolgende oder parallele Bauarbeiten im Ausbaugebiet minimiert werden. Diese vermeidbaren Beeinträchtigungen bieten nicht nur ein großes ökonomisches Einsparpotential; sie stellen auch ein in der Praxis ständiges Ärgernis für Anliegerinnen und Anlieger dar. Zudem können durch die Vermeidung unnötiger zusätzlicher Bauarbeiten umweltpolitische Zielvorstellungen im Bereich des Immissions- und insbesondere des Lärmschutzes verwirklicht werden.“ (BT-Drs. 18/8332, S. 50)

82. Ausweislich dieser Begründung stellen die Vorschriften des DigiNetz-Gesetzes an dieser Stelle also nicht nur auf wettbewerbliche Überlegungen ab, sondern auch auf Gedanken des umweltrechtlichen Immissions- und Lärmschutzes in Bezug auf mögliche, sonst anstehende weitere Bauarbeiten. Dies entspricht auch den oben schon angeführten Gedanken der Kostensenkungsrichtlinie. Insoweit die Antragstellerin hiergegen einwendet, dass weitere Leitungen zu mehr Aufbruchmöglichkeiten führten, weil zusätzliche Wartungs- und Entstöruungsarbeiten notwendig werden könnten, so ist dem entgegenzuhalten, dass sich diese Bauarbeiten insbesondere in den ersten Jahren in einem sehr überschaubaren und kleinen Rahmen halten dürften und auch für das jetzt schon bestehende Trägernetz der Antragstellerin anfallen können. Warum das Netz der Antragsgegnerin sich als störanfälliger als dasjenige der Antragstellerin erweisen sollte, ist nicht dargelegt. Durch die Koordinierung der Bauarbeiten ist es auch möglich, bauliche Maßnahmen zu ergreifen, um das ggf. bestehende Risiko zu minimieren.
83. Die Ausführungen in den Gesetzesmaterialien zu Sinn und Zweck des DigiNetz-Gesetzes widersprechen insofern nicht der Zumutbarkeit eines Koordinierungsanspruchs im konkreten Fall.

Ziele des TKG insgesamt – Spiegelung an § 19 GWB

84. Auch die Regulierungsziele und -grundsätze des TKG, die in die Entscheidung mit einfließen, widersprechen nicht der Zumutbarkeit eines Koordinierungs- und Mitverlegungsanspruchs.
85. Das Telekommunikationsgesetz geht gemäß § 1 TKG von dem Grundgedanken aus, „durch technologie neutrale Regulierung ... Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation und leistungsfähige Telekommunikationsinfrastrukturen zu fördern und flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten“. Gemäß § 2 TKG konkretisiert sich dieses allgemeine Ziel im vorliegenden Fall insbesondere in der Wah-

rung der Verbraucherinteressen, Dienste ihrer Wahl zu nutzen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 TKG), in der Sicherstellung chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation, so dass den Nutzern ein größtmöglicher Nutzen in Bezug auf Auswahl, Preis und Qualität erbracht wird (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 TKG) sowie in der Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation (§ 2 Abs. 1 Nr. 5 TKG). Spiegelt man diese Ziele einer Regulierung des Telekommunikationsmarktes nun an den Zielen des DigiNetz-Gesetzes und an der allgemeinen wettbewerblichen Regulierung und dem Grundgedanken des § 19 GWB, so kommt diesen Zielen im vorliegenden Fall ein Vorrang gegenüber einem den Infrastrukturwettbewerb ausschließenden Ausbaubestreben der öffentlichen Hand zu.

86. Das DigiNetz-Gesetz hat primär das Ziel, einen flächendeckenden Aufbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen in Deutschland zu fördern und die Kosten dafür zu senken. Dieses Ziel soll u. a. durch Vorschriften erreicht werden, die zum einen eine erhöhte Transparenz bereits verlegter Trassen fordern und zum anderen auch bestimmte Mitverlegungsansprüche bzw. Koordinierungsansprüche verpflichtend festschreiben. All diesen Vorschriften liegt der Gedanke zugrunde, den Ausbau zügig und effizient voran zu treiben. In diesem Sinne sollten naturgemäß auch Investitionsanreize nicht beeinträchtigt werden und Ausbauszenarien nicht verhindert werden.
87. Im Rahmen des DigiNetz-Gesetzes spielt diese Zielabwägung daher ebenfalls eine große Rolle. Zwar steht immer das Ziel des zügigen und effizienten Netzausbaus im Vordergrund, was z. B. auch in der Kostenregelung des § 77n Abs. 2 TKG („einen angemessenen Aufschlag als Anreiz für Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze zur Gewährung der Mitnutzung“) zum Ausdruck kommt. Allerdings werden solche Anreizmechanismen eben vor allem bei der Kostenfrage eine Rolle spielen und nur dort sind sie auch explizit vom Gesetzgeber vorgesehen. Daneben ist der Bundesnetzagentur bei Entscheidungen über die Mitnutzung explizit mit aufgegeben, die allgemeinen Regulierungsziele zu berücksichtigen (§ 77n Abs. 3 TKG).
88. Auch wenn man aus der expliziten Bezugnahme der Ziele in § 77n Abs. 3 TKG herleiten könnte, dass im Umkehrschluss bei allen anderen Vorgaben die allgemeinen Ziele nicht zu berücksichtigen wären, so ist dies von Seiten des Gesetzgebers so nicht angelegt. Vielmehr intendiert die ausdrückliche Bezugnahme auf die Regulierungsziele in § 77n Abs. 3 TKG, dass insbesondere bestehende Regulierungsentscheidungen einzubeziehen sind. Hier wird konkret an eine „Berücksichtigung von Entgelt- und Tarifstrukturen“ gedacht, „die eingeführt wurden, um eine Möglichkeit zur Deckung der durch Regulaufgaben bedingten Kosten zu gewährleisten“ (BT-Drs. 18/8332, S. 56). Das bedeutet aber nicht, dass die Regulierungsziele bei den anderen Vorschriften nicht heranzuziehen wären. Im Gegenteil bedeutet diese konkrete Ausformulierung in einer speziellen Regelung nur, dass auch insgesamt eine Berücksichtigung der Regulierungsziele intendiert ist, da die ganze Gesetzssystematik sonst unterlaufen werden würde.

89. In diesem Kontext ist zu konstatieren, dass durch die konkrete Streitigkeit mindestens drei Regulierungszielen erhebliches Gewicht zukommt.
- Durch den Ausbau paralleler Infrastrukturen kommt es zu einer Förderung der nachhaltig wettbewerbsorientierten Märkte. Dieses Mehr an Wettbewerb und die größere Wertschöpfungstiefe gewährleisten ein vielfältigeres Angebot in Bezug auf Auswahl, Preis und Qualität.
 - Durch die Möglichkeit, mehrere Infrastrukturen im Rahmen von koordinierten Baumaßnahmen mit zu verlegen, werden die Verbraucherinteressen in besonderem Maße gewahrt, weil den Verbrauchern eine größere Auswahl an (Infrastruktur)Anbietern zur Verfügung gestellt werden kann.
 - Daneben kann es zu einer Beschleunigung des Ausbaus eines hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzes der nächsten Generation kommen.
90. Dagegen lässt sich einwenden, dass möglicherweise der Ansatz des DigiNetz-Gesetzes zum flächendeckenden Ausbau hier nicht in Einklang mit diesen wettbewerblichen Zielen gebracht werden kann, da Investitionsanreize für den Ausbau verloren gehen, wenn es sich nicht um ein vor Wettbewerb geschütztes Netz handeln kann. Der Schutz des Ausbaus von Infrastruktur vor Wettbewerb findet seine Grenze in Konstellationen, in denen das Ausbauinteresse mit einer Wettbewerbssituation zusammentrifft. Vielmehr wird hier durch die möglichen Kostenregelungen des DigiNetz-Gesetzes ein Korrektiv geschaffen, um zu einem Interessenausgleich zwischen den verschiedenen Zielen zu kommen.
91. Dies entspricht auch dem Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation. Denn in Erwägungsgrund 174 wird zuerst die Abwägung der Interessen der „Verpflichtung zur Gewährung des Infrastrukturzugangs“ als „angemessenes Mittel zur Belebung des Wettbewerbs“ anerkannt. Zwar wird dort auch ausdrücklich festgehalten, dass die nationale Regulierungsbehörde „die Rechte eines Infrastruktureigentümers zur kommerziellen Nutzung seines Eigentums für eigene Zwecke und die Rechte anderer Diensteanbieter auf Zugang zu Einrichtungen, die sie zum Erbringen konkurrierender Dienste benötigen, gegeneinander abwägen“ müsse (Erwägungsgrund 174, KOM (2016) 590 final v. 12. 10. 2016). Sodann wird im Erwägungsgrund 175 allerdings ausdrücklich darauf verwiesen, dass „in geografischen Gebieten, in denen künftig vom Ausbau zweier Zugangsnetze auszugehen ist“, es wahrscheinlicher ist, „dass die Endnutzer aufgrund des Infrastrukturwettbewerbs von Verbesserungen der Netzqualität profitieren werden als in Gebieten, in denen weiterhin nur ein Netz zur Verfügung steht.“ (Erwägungsgrund 175, KOM (2016) 590 final v. 12. 10. 2016).
92. Diese Erwägungsgründe stehen zwar im Kontext zur Gewährung von Ausnahmen von der Ex-Ante-Regulierung, sie können aber durchaus auch an der vorliegenden Situation des DigiNetz-Gesetzes gespiegelt werden. Denn auch in dieser ist das Spannungsverhältnis zwischen dem vorherigen Eingreifen eines Regulativs oder der Möglichkeit der Entfaltung eines freien Wettbewerbs gegeben. Insoweit lassen sich die Grundüberlegungen übertragen und führen zu einer vergleichbaren Wertung.

93. Der Ausschluss von Wettbewerb eignet sich allenfalls dann als Investitionsanreiz, wenn ein solcher mit keiner anderen Maßnahme (z. B. Kostenteilungsregelungen) geschaffen werden kann. Es ist nicht Sinn und Zweck eines Ausbaugesetzes, neuen monopolistischen Strukturen Vorschub zu leisten. Dies wollte auch der Gesetzgeber offenbar nicht, indem er die Regulierungsbehörde weiterhin auf ihre Zielvorgaben verpflichtet.
94. Diese Wertung der gesetzlichen Ziele hat auch Bestand, wenn man berücksichtigt, dass die Antragstellerin dafür gesorgt hat, dass über ein Vorleistungsprodukt ein diskriminierungsfreier Open Access zur Verfügung gestellt wird. Diese Vorgabe war schon aus der beihilferechtlichen Verpflichtung heraus zu erfüllen. Im Übrigen handelt es sich im Vergleich zur Mitverlegung eigener Infrastruktur wettbewerblich betrachtet nicht um ein gleichwertiges Produkt, da unterschiedliche Wertschöpfungstiefen existieren. Es bleibt der unternehmerischen Freiheit und damit letztlich auch dem Wettbewerb überlassen, welche Investitionen für einen bestimmten Ertrag getätigt und welche Risiken eingegangen werden sollen. Insoweit ist hier tatsächlich auch der Aufbau einer parallelen Infrastruktur der wettbewerblich tragende Gedanke für die gesetzlichen Ziele. Insoweit wird auch auf die Ausführungen zur Nichtübertragbarkeit des Versagungsgrundes aus § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG unter Rz. 111 ff. verwiesen.
95. Letztlich handelt es sich im konkreten Fall auch um eine spezielle Form der Wettbewerbsstreitigkeit gemäß TKG, die, wie das Landgericht Mannheim zutreffend ausführt, insoweit als *lex specialis* einer allgemeinen wettbewerblichen Streitigkeit um § 19 GWB vorgeht. Auch wenn § 19 GWB insoweit nicht unmittelbar zur Anwendung kommt, so findet der in ihm wohnende Grundgedanke in der Auslegung der Anwendbarkeit der Vorschriften des DigiNetz-Gesetzes sowie der in Bezug genommenen allgemeinen Regulierungsziele des TKG seine Ausprägung.

Infrastrukturwettbewerb versus Investitionsanreize

96. Dem Infrastrukturwettbewerb kommt im vorliegenden Fall eine besondere Bedeutung zu als er die Investitionsanreize nicht schmälert oder behindert.
97. In der Frage der Mitverlegung im vorliegenden Fall tritt – wie bereits in der vorläufigen Anordnung unter Rz. 47 kurz ausgeführt – ein Zielkonflikt in dem Sinne auf, als die Mitverlegung paralleler Infrastrukturen – ohne eine volkswirtschaftlich gegebenenfalls ineffiziente Duplizierung von Tiefbauarbeiten – einerseits einen erheblichen Beitrag zu Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte bzw. sich selbst tragenden, perspektivisch nicht mehr auf Regulierung angewiesenen Wettbewerbs leistet; andererseits aber auch die Beschleunigung des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen konterkariert werden kann, indem – im Fall nicht wettbewerbskonformer Preise – die Anreize für eine Ersterschließung erheblich sinken könnten.
98. Um Letzteres zu verhindern, müssen bei der Feststellung der Mitverlegungskonditionen im Hinblick auf TK-Netzbetreiber bzw. -Infrastruktureigentümer die Rückwirkungen auf die Anreize zum flächendeckenden Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen berücksichtigt werden. Denn im Rahmen der Gewährung von Mitverlegungsmöglichkeiten sollte zwar die

Option auf so viel Infrastrukturwettbewerb wie möglich geschaffen werden, aber nur, soweit hierdurch die Anreize für Ersterschließung bzw. Tiefbauarbeiten nicht unangemessen – d. h. über das wettbewerbsinhärente Maß hinaus – beeinträchtigt werden.

99. Die Entscheidung über das Bestehen eines Koordinierungsanspruchs findet daher ihre zwingende Ergänzung in einer angemessenen Kostenentscheidung, welche die wettbewerblichen Interessen hinreichend in Ausgleich zu den bestehenden Investitionsanreizen bringt. Einen generellen Ausschluss im Rahmen der Zumutbarkeit der Mitverlegung kann und darf es aber an dieser Stelle nicht geben.
100. Der Gesetzgeber bringt durch die Aufnahme einer ausdrücklichen Verpflichtung der Verlegung eines Hochgeschwindigkeitsnetzes bei der Erschließung von Neubaugebieten gemäß § 77i Abs. 7 TKG (Sicherstellungsverpflichtung) auch zum Ausdruck, dass die öffentliche Hand hier durch Kostenübernahmen generell gefordert ist. Insoweit geht die Verpflichtung der öffentlichen Hand zum Ausbau über das für Privatpersonen geltende Maß hinaus und kann nicht an den sonst üblichen Argumenten in der Abwägung zwischen zwei wettbewerblichen Konkurrenten gemessen werden.
101. Nach Ansicht der Antragstellerin soll das Interesse der Allgemeinheit (nur) durch eine Ablehnung eines Koordinierungsantrags gewährleistet sein, da so den Zielen eines schnellen und effizienten Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen entsprochen werde. Nur so käme es weiterhin zu Investitionen in Infrastruktur im Rahmen von Betreibermodellen, die bei einer gegenteiligen Entscheidung wohl zukünftig nicht mehr aufgesetzt werden würden, da das Investitionsrisiko als zu hoch bewertet werden würde.
102. Einen Ausschluss von Infrastrukturwettbewerb wie ihn die Antragstellerin hier anstrebt, kann es auch im Rahmen des DigiNetz-Gesetzes nicht geben. Ob und inwieweit diese Befürchtung eintreten wird, hängt sehr stark von den Anreizmechanismen der Kostenentscheidung ab. Kommt es zu einer interessengerechten Kostenentscheidung, besteht auch weiterhin ein Anreiz für Investitionen, und zwar auch als Erstausbauer. Einen darüber hinausgehenden wettbewerblichen Schutz wollte das DigiNetz-Gesetz nicht schaffen; dies entspricht auch nicht der Interessenlage der Allgemeinheit.
103. Ziel ist vielmehr der rasche, flächendeckende und effiziente Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen. In diese Betrachtung sind neben den reinen Ausbaukosten und weiteren Kosten und Belastungen – wie z. B. durch mehrere nacheinander stattfindende Bauarbeiten – auch die Effizienzgewinne des Infrastrukturwettbewerbs einzubeziehen. Dem Interesse an einem schnellen, effizienten und damit auch möglichst kostenneutralen Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen wird in einem klar strukturierten, rechtssicheren Umfeld mit möglichst verbindlichen Festschreibungen am ehesten Rechnung getragen. Dass damit auch bereits bei der Verlegung von Infrastruktur ein wettbewerbliches Umfeld entstehen kann, liegt im ureigensten Interesse der Nutzer.
104. Der hier von der Antragstellerin angedachte „Schutz vor Wettbewerb“ – zumindest im Bereich der Verlegung von Infrastrukturen – führt letztendlich auch zu monopolistischen Strukturen, die zwar zum gegenständlichen Schutz bereits verlegter Leitungsnetze anerkannt werden (siehe § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG). Diese Anerkennung findet aber ihre Grenze

in den Regelungen, bei denen kein bereits bestehendes Netz eines gegenständlichen Schutzes bedarf, sondern es um das volkswirtschaftlich sinnvolle Heben von Synergien geht, indem nicht nochmals in kostenintensiven Tiefbau investiert werden muss. In einem solchen Fall erkennt der Gesetzgeber an, dass es dem Ausbau hier zuträglicher ist, wenn er allumfassend und ohne unverhältnismäßige Schutzmechanismen erfolgen kann. Diese Gewichtung gewährleistet vor allem auf längere Sicht, dass dort, wo Infrastrukturwettbewerb ohne ineffiziente Doppelung von Tiefbaukosten realisiert werden kann, keine neuen Monopole geschaffen werden, die ihrerseits einen – in diesem Falle vermeidbaren – Regulierungsbedarf nach sich zögen.

105. Daneben wäre auch ein eigenwirtschaftlicher Aufbau eines zusätzlichen Netzes durch die Antragsgegnerin nicht zu verhindern. Bei Inanspruchnahme des Wegerechts, welches ihr gemäß vertraglicher Gestaltungen zusteht, wäre äußerst fraglich, ob ihr hier die auferlegte Aufbruchssperre von fünf Jahren entgegen gehalten werden könnte.
106. Im Übrigen zielt das DigiNetz-Gesetz nicht auf eine Gewinnerzielung der öffentlichen Hand, z. B. indem in quasi-monopolistischen Strukturen eine Netzpacht als Zufluss gesichert wird. Darüber hinaus kommt es vorliegend bereits über die Erschließungsbeiträge zu einer vollständigen Rückführung der Erschließungskosten, so dass jedweder Schutz der Infrastruktur der Antragstellerin einen Schutz des bereits erwirtschafteten Ertrages bedeuten würde. Hier liegt eine Konstellation vor, in der die Zumutbarkeit der Stattgabe des Koordinierungsantrags jedenfalls nicht daran scheitern kann, dass die Gemeinde unzumutbar im Hinblick auf ihre Investitionen belastet werden würde.
107. Auch stehen die vorab bereits durchgeführten wettbewerblichen Verfahren nicht einer nachträglich – durch Schaffung einer zusätzlichen Infrastruktur – entstehenden Wettbewerbssituation entgegen. Demgemäß können diese Verfahren auch nicht den Anspruch auf Koordinierung von Bauarbeiten verhindern.
108. Im konkreten Fall gab es zwar ein Markterkundungsverfahren sowie eine Ausschreibung des Betreibermodells, an denen sich die Antragsgegnerin jeweils nicht beteiligte. Hier könnte argumentiert werden, dass derjenige, der sich an den vorgelagerten Ausschreibungen nicht beteiligt und somit sein Ausbauinteresse nicht bekundet hat, auch im Nachhinein keinen Koordinierungsantrag mehr stellen kann bzw. dieser dann als unzumutbar gelten muss. Dies würde im vorliegenden Fall aber zu einem Wertungswiderspruch führen. Die Diskussion in der mündlichen Verhandlung sowie auch die vorliegenden Unterlagen haben gezeigt, dass für die Marktteilnehmer nicht unmittelbar ersichtlich war, ob auch das geplante Neubaugebiet als Teil der Ausschreibung für sich allein hätte stehen und zum privatwirtschaftlichen Ausbau hätte vorgesehen werden können. Die fehlende Möglichkeit der Herauslösung des Neubaugebietes zur eigenwirtschaftlichen Erschließung im Rahmen des Markterkundungsverfahrens würde der Praxis folgen, dass in dem Ausschreibungsgebiet attraktivere neben womöglich weniger attraktivere Teile enthalten sind, um potentielle Ausbauinteressenten zu finden. Dies ist allerdings eine Thematik, die ggf. über die Beihilfevorschriften gelöst werden muss. Dieser Wertungswiderspruch kann hingegen nicht zu Lasten der Zielvorstellungen im DigiNetz-Gesetz aufgelöst werden, denen es primär um

tatsächlichen Ausbau in einer möglichst breiten Dimension geht. Grundsätzlich muss sich ein Ausbauinteressent immer darüber im Klaren sein, dass ggf. eine Konkurrenzsituation entstehen kann, weil die breite Anlage der Vorschriften über die Koordinierung von Bauarbeiten intendiert, dass es auch weitere Infrastrukturen geben kann.

109. Das Interesse der Antragstellerin besteht darin, nach einem durchgeführten Markterkundungsverfahren sowie der Ausschreibung eines Betreibermodells und dem Finden eines Ausbauträgers nicht zu einer Koordinierung von Bauarbeiten gezwungen zu werden, die die vorherigen Investitionsentscheidungen wieder in Frage stellt. In Bezug auf diese Interessenlage ist zu berücksichtigen, dass die Infrastruktur letztendlich durch die Erschließungsbeiträge sowie die beihilferechtlichen Absicherungen als bezahlt anzusehen ist. Es käme mithin lediglich noch in Betracht, die zu erwartenden Erlöse des erstausbauenden Netzbetreibers in Bezug zu nehmen, die durch die Schaffung einer parallelen Infrastruktur möglicherweise nicht wie erwartet eintreten. Dabei handelt es sich um ein für Wettbewerbsmärkte typisches unternehmerisches Risiko, was insoweit für die Grundentscheidung nicht berücksichtigt werden kann, ohne die wettbewerblichen Zielsetzungen des TKG komplett zu unterlaufen.
110. Das Interesse der Bevölkerung an einer angemessenen Versorgung mit Hochgeschwindigkeitsnetzen zu erschwinglichen Preisen ist ebenfalls in die Überlegungen einzubeziehen. Dabei ist nicht nur von Relevanz, überhaupt Zugang zu einem (einzigen) digitalen Hochgeschwindigkeitsnetz zu haben, sondern es ist auch die Möglichkeit zu berücksichtigen, gegebenenfalls aus mehreren Infrastrukturen auswählen zu können. Die Anwohner, die hier über einen Erschließungsbeitrag für die Verlegung der Versorgungsleitungen herangezogen werden, haben schon ein ureigenstes Interesse, möglichst zwischen mehreren Wettbewerbern zu günstigen Preisen wählen zu können. Sollte eine Verlegung der Leitung also zu vergleichsweise geringen Mehrkosten bzw. möglicherweise ohne zusätzliche Kosten möglich sein, liegt dies auch im Interesse der Endkunden.

Keine Anwendung der Rechtsgedanken aus § 77g Abs. 2 Nr. 6 und 7 TKG

111. Die Rechtsgedanken der Versagungsgründe gemäß § 77g Abs. 2 Nr. 6 und 7 TKG sind nicht auf die Beurteilung der Zumutbarkeit des von der Antragsgegnerin gestellten Antrags auf Koordinierung und Mitverlegung anwendbar.
112. Die Versagungsgründe kommen im vorliegenden Sachverhalt nicht im Wege einer analogen Anwendung zum Tragen (siehe dazu die näheren Ausführungen unter Rz. 116 ff.).
113. Auch eine Übertragung der Rechtsgedanken der Versagungsgründe in § 77g Abs. 2 Nr. 6 („tragfähige Alternative“) und Nr. 7 TKG („Überbau“) kommen nicht in Betracht. Die Grundidee des DigiNetz-Gesetzes ist es, Synergien zu schaffen und die Duplizierung von Tiefbaukosten zu vermeiden. Dass (auch) ein Infrastrukturwettbewerb dem Gesetz immanent ist, zeigen gerade die umfangreichen Koordinierungsvorschriften. Die bei der Mitnutzung vorhandenen Versagungsgründe kommen hier gerade nicht zum Tragen und finden aufgrund des Numerus Clausus keine Anwendung. Hier wird durch die klare gesetzliche Re-

gelung gerade eine Rechts- und Planungssicherheit geschaffen, die für zukünftige Kalkulationen und Investitionen einen zentralen Baustein bildet. Würde man im Rahmen der Zumutbarkeit hingegen bestimmte Versagungsgründe geradezu „durch die Hintertür“ einführen und sie in ihrer bestimmten Ausprägung belasten, wäre für jeden Investor fraglich, in welchem Rahmen und bei welchen Grenzen eine Zumutbarkeit des Antrags noch gegeben wäre bzw. in welchen Konstellationen eine Ablehnung bestimmter Anträge in Betracht zu ziehen wäre. Er hätte z. B. zu entscheiden, ob und inwiefern die öffentliche Förderung durch Beihilfen eine Rolle spielen müsste und wann genau die zuvor durchgeführten Beteiligungen im Rahmen einer Markterkundung bzw. der Ausschreibung ausreichen würden, einen Antrag abzulehnen. Im Übrigen wäre ggf. noch zu klären, inwieweit das betroffene Gebiet daraus bereits als Einzelgebiet erschließbar gemacht werden bzw. wie ein Zuschritt erfolgen müsste. Es bedarf hier aber einer Linie, die zur Rechtssicherheit bei der Planung des Ausbaus von Infrastrukturen führt. Bei klaren Aussagen im Hinblick auf Investitionen und ihre Kalkulierbarkeiten, wird den Zielen des Gesetzes letztlich mehr zur Durchsetzung verholfen als ohne sie.

114. Auch systematische Erwägungen stehen einer Übertragung der Rechtsgedanken entgegen. Die Vorschriften der §§ 77a ff. TKG folgen einer klaren Strukturierung, wonach es Informations- und Vor-Ort-Untersuchungsansprüche im Hinblick auf eine Mitnutzung gibt und diese – ebenso wie der Anspruch selbst – unter die Vorbehalte der Versagungsgründe gestellt werden. Daneben stehen die Ansprüche hinsichtlich der Koordinierung von Bauarbeiten und der Mitverlegung, die aus den ausgeführten Gründen anderen Gesetzmäßigkeiten folgen und daher in § 77i Abs. 5 TKG spezielle Versagungsgründe enthalten.
115. Vielmehr spielen die § 77g Abs. 2 Nr. 6, Nr. 7 TKG zugrunde liegenden Überlegungen eine Rolle bei den allgemeinen Abwägungen im Rahmen von Infrastrukturförderung und Wettbewerbsgesichtspunkten. Ob und inwiefern dabei z. B. das vorliegende Angebot eines Open Access eine ausreichende tragfähige Alternative darstellt, ist mithin dort zu bewerten und in die Zumutbarkeitserwägungen mit einzupflegen. Dies ist bereits unter Rz. 69 ff. sowie Rz. 94 geschehen.

2.3.1.2 Kein Vorliegen eines Versagungsgrundes

116. Dem gemäß § 77i Abs. 3 TKG zumutbaren Antrag auf Koordinierung von Bauarbeiten und Mitverlegung kann von der Antragstellerin kein Versagungsgrund entgegen gehalten werden.
117. § 77i Abs. 5 TKG enthält zwei Gründe, bei deren Vorliegen ein Antrag nach § 77i Abs. 2 TKG abgelehnt werden kann. Diese beiden Gründe kommen im vorliegenden Fall nicht zum Tragen, da es hier weder um eine kritische Infrastruktur noch um das Ergreifen unverhältnismäßiger Maßnahmen zur Erfüllung von Schutzpflichten geht. Das Vorliegen eines oder beider Gründe ist auch von der Antragstellerin nicht eingewandt worden.
118. Eine analoge Anwendung der Versagungsgründe aus § 77g Abs. 2 Nr. 6 oder 7 TKG – also die Ablehnung aufgrund der Verfügbarkeit tragfähiger Alternativen oder einem Überbau

von bestehenden Glasfasernetzen, die einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang zur Verfügung stellen – kommt nicht in Betracht.

119. Der Wortlaut des § 77i TKG enthält diese Versagungsgründe nicht – anders als die Vorschriften über Informationen oder Vor-Ort-Untersuchungen in §§ 77b Abs. 4 Nr. 4, 77c Abs. 3 Nr. 4 TKG. In diesen Vorschriften wird explizit auf die Versagungsgründe nach § 77g Abs. 2 TKG abgestellt, was den Schluss zulässt, dass das System bei der Mitnutzung alle dazugehörigen Vorschriften mit abdecken soll. Daneben steht (als weitere Kategorie) das System der Koordinierung von Bauarbeiten und der Mitverlegung, bei dem es zu anderen Ausschlussgründen kommen kann, die vor allem im Bereich der Integrität der Netze anzusiedeln sind. Der Schutz bereits vorhandener Infrastrukturen spielt nur insofern eine Rolle, als hier ein physischer Schutz als notwendig angesehen wird.
120. Insbesondere für eine Analogie zu § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG ist kein Raum. Für eine Analogie würde es einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes bedürfen, es dürfte kein Analogieverbot bestehen und der vom Gesetz nicht erfasste Fall müsste der gesetzlich geregelten Situation ähnlich, d. h. die Interessenlage in beiden Konstellationen vergleichbar sein (vgl. BVerwG, Urteil 5 C 20/13 v. 17. 7. 2014, Rz. 16 f. (juris) m. w. N.).
121. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Vor allem kann man nicht von einer planwidrigen Gesetzeslücke ausgehen, nachdem der Gesetzgeber sich ausweislich der Gesetzesmaterialien sogar mit einer Übertragbarkeit der Ausschlussgründe beschäftigt, diese aber ausdrücklich abgelehnt hatte. Der Bundesrat hatte den Überbauschutz auch bei Mitverlegungen gefordert (BT-Drs. 18/8332, S. 75). Dies wurde von der Bundesregierung aber abgelehnt, da der Bedarf einer solchen Regelung „im Fall nachträglicher Doppelung von Telekommunikationsinfrastrukturen durch parallele Errichtung, soweit damit dasselbe Versorgungsgebiet erschlossen werden soll“, verneint wurde. Es fehle in Neubaugebieten „definitionsgemäß an bestehenden überbaubaren Telekommunikationsinfrastrukturen“ (BT-Drs. 18/8332, S. 85). Damit wird nicht – wie von der Antragstellerin angeführt – nur angenommen, dass der Fall eines Überbaus bei einer Mitverlegung überhaupt nicht entstehen könnte. Vielmehr wird in dieser Ablehnung einmal mehr der Gedanke manifestiert, dass es sich um eine grundsätzlich andere Interessenlage handelt. Es kommt in einem solchen Fall nicht zu einer vergleichbaren Überbausituation, sondern es handelt sich um ein unerschlossenes Gebiet, so dass kein bereits vorhandenes digitales Hochgeschwindigkeitsnetz geschützt werden müsste.
122. Dies wird noch deutlicher, wenn man den klaren Wortlaut der Begründung der Versagungsgründe in § 77g Abs. 2 TKG hinzunimmt. Dort wird folgendes festgehalten:

„Die Auffassung des Bundesrates, es sei eine größere Flexibilität bei den Versagungsgründen gegen eine Mitnutzung durch eine nicht abschließende Aufzählung der Ablehnungsgründe erforderlich, wird von der Bundesregierung nicht geteilt. Der Entwurf enthält bereits sieben Ablehnungsgründe, die in Ausfüllung der Richtlinienvorgaben alle bislang ersichtlichen Fallgruppen abdecken. In der Länder und Verbändeanhörung zum Entwurf des Gesetzes konnte die Erforderlichkeit einer Öffnung nicht durch Fallbeispiele unterlegt werden. Ein Verzicht auf einen Numerus Clausus an Versagungsgründen führte zudem zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit.“

cherheit über die Erfolgsaussichten eines Mitnutzungsantrags. Dies würde sich auch im Prüfaufwand innerhalb der vorgegebenen kurzen Verfahrensfristen niederschlagen, ohne dass dem ein höherer Rechtsschutz gegenüber stünde. Zudem könnte der Anwendungsbereich des Gesetzes im ungünstigsten Fall unabsehbar geschmälert und die gewünschten Synergieeffekte beim Breitbandausbau nicht eintreten. Daher sind die Versagungsgründe nach Ansicht der Bundesregierung insgesamt restriktiv und zwingend abschließend auszugestalten.“ (BT-Drs. 18/8332, S. 84)

123. Diese Gedanken sind von einer solchen Allgemeingültigkeit für das gesamte Gesetz und seine Struktur, dass sie auch auf die Versagungsgründe in § 77i Abs. 5 TKG Anwendung finden müssen. Diesen wohnen die gleichen systematischen Gedanken inne, die der Gesetzgeber für die Versagungsgründe des § 77g TKG formuliert hat. Auch hier ist ein Numerus Clausus und eine restriktive Auslegung unumgänglich, um ein klar strukturiertes Konzept im Sinne des effektiven Rechtsschutzes gewährleisten zu können. Insoweit ist kein Raum für eine Analogie, zumal – wie schon ausgeführt – die Interessenlage eine andere ist. Die Versagungsgründe gemäß § 77g Abs. 2 Nr. 6 und 7 TKG haben zusätzlich immisionsrechtliche Intentionen und dienen vor allem auch dem gegenständlichen Schutz vorhandener Infrastrukturen. Insoweit decken sich hier die Interessenlagen nicht und es existiert auch keine planwidrige Gesetzeslücke.
124. Schon der Aufbau des Gesetzes, wonach z. B. mit der Einführung des § 77h TKG eine eigene Informationsvorschrift zu geplanten Bauarbeiten geschaffen wurde und nicht auf die allgemeinere Vorschrift des § 77b TKG verwiesen wurde (die ihrerseits auf die dort anwendbaren Ausschlussgründe gemäß § 77g Abs. 2 TKG verweist), zeigt, dass gerade nicht eine planwidrige Lücke vorliegt, sondern in der Systematik auch eine klare Trennung zwischen Mitnutzung und den ihr innewohnenden Informationsansprüchen auf der einen Seite und der Koordinierung von Bauarbeiten und Mitverlegung mit den ihr innewohnenden eigenen Informationsbegehren auf der anderen Seite geschaffen wurde. Ein weiteres systematisches Beispiel für die Unterscheidung zwischen Mitnutzung und Mitverlegung ist der Befund, dass der Versagungsgrund des § 77i Abs. 5 Nr. 1 TKG (nur) teilweise dem Versagungsgrund des § 77g Abs. 2 Nr. 4 TKG entspricht. Dies belegt, dass der Gesetzgeber bei teilweise gleichen Interessen- bzw. Gefährdungslagen kongruente Regelungen geschaffen hat; es spricht aber sowohl gegen eine generell gleiche Interessenlage bei Mitnutzung und Mitverlegung als auch gegen eine planwidrige Regelungslücke, die ebenfalls Voraussetzung einer analogen Anwendung ist.
125. Zudem sind die Interessenlagen in beiden Fällen nicht vergleichbar. Die Schaffung einer monopolistischen Infrastruktur wie sie bei Heranziehung des Schutzgedankens des „Überbaus“ bzw. der „tragfähigen Alternative“ hier auch möglich wäre, ist in dem hier gegebenen Szenario einer Mitverlegung nebst Koordination der Bauarbeiten nicht angelegt und würde auch das angestrebte Ziel eines möglichst effizienten Netzausbaus im wettbewerblichen Umfeld nicht in dem Umfang entsprechen wie eine Zulassung weiterer Infrastrukturen.
126. Bei einer möglichen Mitverlegung zu festgelegten Konditionen entsteht in der Folge eine Situation, wonach bei einer Ausschreibung im Rahmen eines Betreibermodells klar ist,

dass es in bestimmten Teilgebieten auch zu Mitverlegungen kommen kann, nämlich dort, wo ein eigenwirtschaftlicher Ausbau noch einträglich genug für einen potentiellen Investor erscheint. Insoweit erfährt der Gewinner einer solchen Ausschreibung kein Mehr an wettbewerblichem Schutz in den Gebieten, in denen womöglich auch sonst über eine wegerechtliche Inanspruchnahme ein Ausbauiinteressierter seine eigene Infrastruktur verlegen würde.

127. Insoweit ist der gesetzliche Gedanke und das Konstrukt auch so angelegt, dass hier nur die Mitnutzungen abzulehnen sind, bei denen bereits verlegte Leitungen einen Aufbruch erfahren, der nicht für notwendig erachtet wird, da bereits eine ausreichende Infrastruktur besteht. In den Fällen einer Mitverlegung im unerschlossenen Gebiet greift insoweit kein wettbewerblicher Schutzgedanke, der über ein generelles Schutzniveau hinausgeht. Der Unterschied besteht hier in der Grundüberlegung, ob es sich um einen offenen oder einen geschlossenen Graben handelt.
128. Insoweit lag im konkreten Fall ein zumutbarer Antrag auf Koordinierung von Bauarbeiten vor, dem die Antragstellerin keinen Versagungsgrund entgegenhalten konnte und daher hätte stattgeben müssen.
129. Klarstellend weist die Beschlusskammer darauf hin, dass der Koordinierungsanspruch die Antragstellerin verpflichtet, alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen. Dies schließt auch entsprechende Anweisungen an den von ihr beauftragten Erschließungsträger ein.

2.3.2 Faire und diskriminierungsfreie Bedingungen

130. Neben der Verpflichtung der Antragstellerin zur Koordinierung der Bauarbeiten für die Mitverlegung des digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes der Antragsgegnerin legt die Beschlusskammer verbindlich faire und diskriminierungsfreie Bedingungen fest (§ 77i Abs. 5 Satz 2 TKG).

2.3.2.1 Kostenaufteilung

131. Da der Koordinierungsanspruch der Antragsgegnerin – entgegen dem Hauptantrag der Antragstellerin – besteht, ist auch über den Hilfsantrag zur Kostenteilung im Rahmen der Festlegung der fairen und diskriminierungsfreien Bedingungen zu entscheiden. Eine Entscheidung zur konkreten Höhe der Kosten, die jede Partei zu tragen hat, wurde nicht beantragt. Sie kann vor der Mitverlegung ohnehin nicht getroffen werden, da die konkret damit anfallenden Kosten erst nach deren Abschluss feststehen.
132. Die in diesem Fall getroffene Entscheidung zur Kostenteilung, stellt kein Präjudiz für Fälle dar, bei denen die Telekommunikationsinfrastruktur nicht durch Erschließungskostenbeiträge finanziert wird. Wenn das Telekommunikationsnetz bereits bezahlt ist, muss es nicht über die Pacht des von der Antragstellerin ausgewählten Netzbetreibers refinanziert werden. Andernfalls kann daraus diesem Netzbetreiber ein Wettbewerbsvorteil gegenüber den Mitverlegungspetenten erwachsen, sofern diese sich an den Kosten der Telekommunikationsinfrastruktur der Antragstellerin beteiligen müssten. Darüber hinaus ist die Kostentei-

lung im Beschluss dem Umstand geschuldet, dass die Antragstellerin ungeachtet des von ihr selbst angestrebten Streitbeilegungsverfahrens mit der Verlegung der Versorgungsnetze begann.

133. Daher wurde entschieden, dass die Antragsgegnerin die Kosten zu tragen hat, die durch die Planung, Koordinierung und Verlegung ihres digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes zusätzlich zu den Kosten des von der Antragstellerin ursprünglich geplanten TK-Netzes anfallen, sofern diese Kosten bei rechtzeitiger Planung und Koordinierung angefallen wären. Sämtliche Folgekosten, die auf die von der Antragstellerin inzwischen begonnene Verlegung ihres TK-Netzes zurückgehen, hat sie selbst zu verantworten und daher auch zu tragen. Demgegenüber hat die Antragsgegnerin die Kosten zu tragen, die durch von ihr zu verantwortende Verzögerungen nach Ablauf der Erklärungsfrist am 14. 8. 2017 entstehen.

2.3.2.1.1 Kostenregelung für die angenommene rechtzeitige Koordinierung

134. Die Kostenaufteilung gewährleistet zum einen, dass die Antragstellerin nicht schlechter gestellt wird als ohne Mitverlegung, ihr aber aus der Kostenteilung keine zusätzlichen Erlöse aus der Mitverlegung zufließen. Zum anderen können die Mitverlegungspetenten zu niedrigeren Kosten als bei einem separaten – und womöglich zu verschiedenen Zeitpunkten stattfindenden – Bau ihre Infrastruktur verlegen. Dadurch fallen z. B. deutlich niedrigere Tiefbaukosten an bzw. entfallen Kosten für das bei späterer Verlegung notwendige Öffnen und Verschließen der Straßenbeläge. Somit werden durch die Kostenteilungsregel die berechtigten Interessen beider Seiten gewahrt. Auch wenn die Kostenteilung vordergründig jener des § 77n Abs. 2 TKG ähnelt, spiegelt sie dennoch den Regelungsgedanken des § 77n Abs. 3 TKG wider, gleiche Marktbedingungen zwischen den Telekommunikationsanbietern zu gewährleisten.
135. Von einer weitergehenden Kostenteilung ist schon deshalb abzusehen, da die Kosten des von der Antragstellerin ursprünglich geplanten TK-Netzes bereits – wie im Erschließungs- und Städtebaulichen Vertrag zwischen ihr und der ESBAG vereinbart – ohnehin direkt über die Erschließungsbeiträge der Anlieger gedeckt werden. Die Antragstellerin wird deshalb durch diese Kostenteilungsregelung weder schlechter noch besser gestellt als ohne Mitverlegung. Diese Regelung entspricht im Übrigen dem von der Antragsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 19. 6. 2017 vorgetragenen Vorschlag.
136. Eine weitergehende Kostenübernahme durch die Antragsgegnerin kann zudem zu Wettbewerbsnachteilen gegenüber dem Netzbetreiber der Antragstellerin führen, da er andernfalls durch das bereits bezahlte Netz, das ihm zur Verfügung steht, Kostenvorteile gegenüber der Antragsgegnerin nutzen könnte.
137. Für Leistungen, die auch bei rechtzeitiger Planung und Koordinierung nicht gemeinsam hätten genutzt werden können (z. B. weil nicht genügend Platz für einen hinreichend breiten Graben vorhanden ist und deshalb ein zweiter Graben an anderer Stelle – möglicherweise auf der anderen Straßenseite nebst zusätzlicher Straßenquerungen – erforderlich ist), tragen die Mitverlegungspetenten die Kosten jeweils alleine.

138. Kosten, die auch unabhängig von der Verlegung der ersten Telekommunikationsinfrastruktur anfielen (z. B. für den Straßenunterbau und -decke), sind nicht zu berücksichtigen, da sie ohnehin über die Erschließungsbeiträge gedeckt werden.
139. Damit bleibt – anders als von der Antragstellerin im Falle einer Zulassung von Mitverlegung befürchtet – durch die getroffene Kostenteilungsregel aus Sicht der Beschlusskammer die Grundlage für Betreibermodelle erhalten.
140. Das Interesse der Antragsgegnerin, ihre Infrastruktur ohne Beteiligung an den Tiefbaukosten mit zu verlegen – [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] –, ist nicht berechtigt (analog zur Zumutbarkeitsprüfung zum Hauptantrag in Rz. 46 ff.). Die Begründung der Antragsgegnerin, es entstünden der Antragstellerin keine zusätzlichen Kosten, da sie alle Erschließungskosten auf die Grundstückseigentümer abwälzen könne, trägt schon insofern nicht, als es sich in dem Erschließungs- und Städtebaulichen Vertrag zwischen der Antragstellerin und der ESBAG um die Kosten der Verlegung „des FTTH Netzes“ und nicht mehrerer Netze handelt. Überdies beruht die Verlegung eines weiteren Netzes auf einer rein privatwirtschaftlichen Entscheidung der Antragsgegnerin, die damit auch keiner Verpflichtung zum Open Access im Rahmen eines Betreibermodells unterliegt. Sie hat insofern auch die mit ihrer Entscheidung verbundenen Risiken zu tragen. Infolge dessen ist es nicht angemessen, die Grundstückseigentümer über die Erschließungsbeiträge mit den Kosten eines unter diesen Prämissen errichteten weiteren Netzes zu belasten.
141. Entspräche die Beschlusskammer dieser Forderung der Antragsgegnerin, ohne jegliche Beteiligung an den Tiefbaukosten ihre Leitungen mitverlegen zu können, würde überdies – wie auch von der Beigeladenen zu 4 in ihrer Stellungnahme vom 6. 6. 2017 angeführt – die Grundlage der Fördermodelle für den Breitbandausbau entzogen werden. Damit gäbe es nurmehr geringe Förderanreize und der Breitbandausbau würde abgebremst werden.
142. Auch ist eine Beteiligung der Antragsgegnerin an den Baukosten, die durch die zusätzliche Verlegung von digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzen anfallen, zulässig und erforderlich. Demgegenüber argumentiert die Beigeladene zu 1, nach § 77i Abs. 4 TKG seien nur Kosten der Koordinierung, nicht aber die Mehrkosten der Bauarbeiten selbst vom Petenten zu tragen. Dies widerspricht indes bereits dem anschließend in der Stellungnahme angeführten Zitat aus § 77i Abs. 3 Nr. 1 TKG, wonach eine Mitverlegung nur zumutbar ist, „sofern keine zusätzlichen Kosten für die ursprünglich geplanten Bauarbeiten verursacht werden“. Folgte man dieser Logik, wären sämtliche Mitverlegungsansprüche unzumutbar, die Kosten oberhalb der Geringfügigkeitsschwelle in dieser Bestimmung nach sich zögen. Das Resultat wäre eine sehr restriktive Hürde für die Mitverlegung, die sowohl den in der Stellungnahme angeführten Zweck der Einsparung von ansonsten separaten Tiefbauarbeiten als auch den intendierten raschen Ausbau von digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzen des Diginetz-Gesetz konterkarieren würde.

143. Demgegenüber hält die Beigeladene zu 4 in ihrer Stellungnahme vom 19. 6. 2017 eine Mitverlegung nur für zumutbar, wenn die Antragsgegnerin bereit ist, „zu den Kosten, die durch das Koordinierungsverlangen hinzukommen“ mindestens die Hälfte der Tiefbaukosten zu tragen, die ohne die Koordinierung angefallen wären. Diese Aufteilung ist aufgrund der spezifischen Besonderheiten im vorliegenden Fall wenig sach- und verursachungsgerecht, denn damit würde die Antragstellerin bei einer gemeinsamen Verlegung überkompensiert werden. Eine solche Kostenteilung widerspricht dem Grundgedanken des Digi-netz-Gesetz und der Kostensenkungsrichtlinie, vielmehr führte sie zu prohibitiven Preisen, die die Entstehung neuer Monopole begünstigen. Daher wurde auch diese Aufteilungsregel verworfen.

2.3.2.1.2 Teilung der durch die besonderen Umstände entstehenden Kosten

Von der Antragstellerin zu tragende Kosten

144. Der Kostenteilung sind die Verhältnisse vor Beginn der Verlegung der Infrastruktur der Antragstellerin zugrunde zu legen. Zum einen war der Antragstellerin die Mitverlegeabsicht der Antragsgegnerin hinreichend früh bekannt (s. hierzu die Ausführungen in den Rz. 55 ff.). Zum anderen war die Antragstellerin mit der vorläufigen Anordnung BK11-17/001 vom 21. 6. 2017 verpflichtet worden, „keine anderen Arbeiten durchzuführen, die die Mitverlegung von Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze verhindern würden“ und – sofern ein Koordinierungsanspruch bestehen sollte – den die Antragsgegnerin „umsetzen will, auf eigene Kosten den Zustand so wieder herzustellen, dass eine koordinierte Mitverlegung der Telekommunikationsinfrastruktur der Antragsgegnerin zu den gleichen Bedingungen wie zu Beginn der Verlegearbeiten für die Telekommunikationsinfrastruktur der Antragstellerin ermöglicht wird.“ In Anbetracht dieser Aspekte hatte die Antragstellerin vollen Einfluss auf sämtliche entstehenden Kosten, wohingegen die Antragsgegnerin keinen Einfluss darauf hatte.
145. Vor Baubeginn hätte die Antragstellerin die gemeinsame Verlegung ihrer Telekommunikationsinfrastruktur mit jener der Antragsgegnerin zu niedrigeren Kosten planen und koordinieren können als zu einem späteren Zeitpunkt. Die in diesem Zusammenhang anfallenden Mehraufwendungen für die Antragstellerin sind als zusätzliche Kosten i. S. d. § 77i Abs. 3 Nr. 1 TKG zu klassifizieren, die nach der Logik dieser Bestimmung von der Antragsgegnerin zu tragen sind. Wenn hingegen diese Kosten von der Antragstellerin zu tragen wären, wäre – wie auch von der Beigeladenen zu 4 in ihrer Stellungnahme vom 19. 6. 2017 angeführt – ein Zumutbarkeitskriterium nicht erfüllt. Alle wegen der inzwischen begonnenen Verlegung des Netzes der Antragstellerin darüber hinaus anfallenden Aufwendungen im Zusammenhang mit der Mitverlegung der Infrastruktur und deren Koordinierung hätten von der Antragstellerin vermieden werden können bzw. wurden von ihr zumindest in Kauf genommen und sind daher – wie schon in der vorläufigen Anordnung vom 21. 6. 2017 auferlegt – von der Antragstellerin zu tragen.
146. Die Kosten der nicht rechtzeitigen Koordinierung durch die Antragstellerin sind überdies ausschließlich von ihr selbst zu tragen und damit insbesondere nicht über Erschließungs-

beiträge o. ä. direkt oder mittelbar an die Anlieger weiterzugeben, da ihnen kein zusätzlicher Nutzen für die Anlieger gegenübersteht.

Von der Antragsgegnerin zu tragende Kosten

147. Kosten, die der Antragstellerin aufgrund von Verzögerungen entstehen, die die Antragsgegnerin nach Ablauf der Erklärungsfrist in Ziffer 5 des Tenors zu verantworten hat, sind von der Antragsgegnerin zu tragen. Damit wird ein Anreiz gesetzt, dass diese durch die Mitverlegung ihres Netzes die Erschließung des Baugebiets nicht über Gebühr verzögert.
148. Die Frist ist so bemessen, dass die Antragsgegnerin in der Lage ist, bis zu ihrem Ablauf eine verbindliche Entscheidung zu treffen, ob sie von ihrem Mitverlegungsanspruch Gebrauch macht oder nicht. Andererseits ist die Frist so bemessen, dass der Antragstellerin daraus keine unzumutbare Verzögerung entsteht; zumal diese Verzögerung zu einem früheren Zeitpunkt von der Antragstellerin hätte vermieden werden können.

2.3.2.1.3 Verhältnismäßigkeit der Kostenteilungsentscheidung

149. Die getroffene Kostenentscheidung ist verhältnismäßig, weil sie zur Erreichung des Ziels geeignet, erforderlich und angemessen ist. Ziel der Kostenentscheidung ist es, der mitverlegenden Antragsgegnerin die Möglichkeit zu eröffnen, Einsparungen bei den Investitionen vor allem in Tiefbaukosten als Synergiepotential für die Einbringung eigener Infrastrukturen nutzen zu können. Daneben werden aber auch primär die Ziele des DigiNetz-Gesetzes verwirklicht, weiterhin Anreize zur Erstellung eines ersten Hochgeschwindigkeitsnetzes zu schaffen und diese nicht dadurch zu zerstören, dass eine Mitverlegung ermöglicht wird.

Geeignetheit

150. Die getroffene Kostenentscheidung ist geeignet, vor allem die Ziele des Diginetz-Gesetzes, also den Ausbau digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze in bislang noch unerschlossenen Gebieten zu fördern. Die Förderung geschieht hier vor allem dadurch, dass eine Mitverlegung ohne Kostenbeteiligung nicht ermöglicht wird, sondern vielmehr eine sachgerechte Aufteilung der Kosten erfolgt. Damit wird ein „Rosinenpicken“ – sowohl auf Seiten der Gebietskörperschaften als auch der Telekommunikationsunternehmen – vermieden und gleichzeitig das Aufsetzen von Betreibermodellen oder ähnlichem attraktiv gehalten und somit der Breitbandausbau gefördert. Die Kostenteilungsregel stellt auch sicher, dass der Ausbau von digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzen nicht beeinträchtigt wird und den Eigentümern aus der Mitverlegung über die gerechtfertigten zusätzlichen Aufwendungen hinaus keine zusätzlichen Erlöse zufließen.
151. Die getroffene Entscheidung eignet sich auch, das Entstehen neuer Monopole zu verhindern, da durch die Kostenteilung für andere Telekommunikationsnetzbetreiber keine Markteintrittsbarrieren in Form prohibitiv hoher Kostenbeteiligungen entstehen.

Erforderlichkeit

152. Die Kostenregelung ist erforderlich, da ein milderer Mittel nicht ersichtlich ist, was den Zweck mit genau der gleichen Intensität verfolgen kann.
153. Die gewählte Kostenteilung ist gegenüber der Antragstellerin das mildeste Mittel. Denn dadurch werden nicht nur die Zusatzaufwände der Mitverlegung kompensiert – sie also mithin nicht schlechter gestellt als bei einer rechtzeitigen Planung und Koordination der Mitverlegung oder der von ihr intendierten alleinigen Erschließung –, sondern es wird auch gewährleistet, dass in dem Ausbaugbiet keine Wettbewerbsverzerrungen aus der Kostenteilung entstehen.
154. Der für die Kostenteilung maßgebliche Zeitpunkt sorgt dafür, dass im Falle einer Mitverlegung Kosten, auf die mittlerweile aufgenommen Verlegung des Netzes der Antragstellerin zurückzuführen sind, nicht von der Antragsgegnerin mitzutragen sind. Die Antragstellerin hätte diese Kosten vermeiden können, wenn sie den Ausgang des – im Übrigen von ihr selbst angestrebten – Streitbeilegungsverfahrens abgewartet hätte. Daher ist es geboten, die Antragsgegnerin nicht mit diesen Kosten zu belasten.
155. Die Kostenzuweisung für Verzögerungen nach dem Ablauf der Erklärungsfrist in Ziffer 5 des Tenors ist notwendig, um der Antragstellerin ab diesem Zeitpunkt Planungssicherheit hinsichtlich der Folgekosten im Falle möglicher – von der Antragsgegnerin zu verantwortender – Verzögerungen, zu geben. Auch gegenüber der Antragsgegnerin ist dies gerechtfertigt, denn ihr verbleibt somit nun genügend Zeit, zu entscheiden, ob sie ihre Verlegeabsicht vor dem Hintergrund dieses Beschlusses aufrechterhält. Diese Regelung ist auch insofern ein milderer Mittel als sie das gleiche Ergebnis wie eine verbindliche Ausschlussfrist erzielt.

Angemessenheit

156. Die Entscheidung über die Kosten ist auch angemessen, da sie die betroffenen Interessen in ausreichendem Maße berücksichtigt und gegeneinander abwägt.
157. Das Interesse der Antragstellerin als Ersterschließlerin in ihrem Hilfsantrag besteht darin, dass auch die Antragsgegnerin ihren Anteil an den Baukosten trägt. Mit der hier getroffenen Kostenteilung wird diesem Interesse unter Einbezug der in den Abschnitten 2.3.2.1.1 und 2.3.2.1.2 diskutierten Gegebenheiten entsprochen. Da die Baukosten über Erschließungsbeiträge ohnehin gedeckt werden, ist im vorliegenden Fall eine weitergehende Kostenteilung nicht angemessen.
158. Auch ist ein Interesse an der Deckung der Kosten, die der Antragstellerin über die nicht rechtzeitige Planung und Koordinierung der Mitverlegung und infolge des bereits begonnenen Bau ihres Telekommunikationsnetzes entstehen, nicht angemessen. Diese Kosten beruhen – wie in den Rz. 144 ff. ausgeführt – ausschließlich auf ihren Entscheidungen und hätten alleine von der Antragstellerin vermieden werden können.
159. Demgegenüber wird durch die Erstattung der Kosten für Verzögerungen, die die Antragsgegnerin nach dem Ablauf der Erklärungsfrist in Ziffer 5 des Tenors zu verantworten hat,

das Interesse der Antragstellerin an möglichst geringen Auswirkungen durch Terminverzögerungen, hinreichend gewahrt.

160. Die Interessen des Betreibers des Netzes der Antragstellerin werden durch die Entscheidung nicht unangemessen beeinträchtigt. Zum einen umfasst das streitgegenständliche Neubaugebiet nur einen kleinen Teil des gepachteten Netzes. [REDACTED]

[REDACTED]
 [REDACTED]
 [REDACTED]
 [REDACTED]
 [REDACTED]

Insgesamt wirkt sich die Entscheidung daher nicht unangemessen auf das auch im Rahmen des Betreibermodells zu tragende unternehmerische Risiko des Betreibers aus.

161. Das ursprünglich von der Antragsgegnerin verfolgte Interesse, ohne Beteiligung an den Baukosten ihr digitales Hochgeschwindigkeitsnetz mitverlegen zu können, ist unangemessen. Inzwischen ist sie davon insoweit abgerückt als sie zumindest bereit ist, die durch die Mitverlegung ihres Netzes entstehenden zusätzlichen Kosten zu tragen. Die hier getroffene Regelung entspricht insoweit dem Vorschlag der Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 14. 6. 2017.
162. Mit der Erklärungsfrist in Ziffer 5 des Tenors wird auch das mögliche Interesse der Antragsgegnerin gewahrt, ihre Investitionsentscheidung unter den hier festgelegten Bedingungen neu treffen zu können, ohne sofort nach Inkrafttreten dieses Beschlusses in Verzug zu geraten.
163. Durch die Kostenteilung werden überdies die Interessen der Anlieger gewahrt. Sie werden nicht über Erschließungsbeiträge oder andere Umlagen mit zusätzlichen Kosten belastet, profitieren aber gleichzeitig von einer weiteren Telekommunikationsinfrastruktur, die ihnen zur Verfügung gestellt wird. Über eine größere Wertschöpfungstiefe ist ein Mehr an Wettbewerb möglich, das zu in einem vielfältigeren Angebot zu günstigen Preisen führen kann.

2.3.2.2 Weitere faire und diskriminierungsfreie Bedingungen

164. Mit dieser Entscheidung werden gemäß § 77n Abs. 5 TKG weitere faire und diskriminierungsfreie Bedingungen der Koordinierungsvereinbarung festgelegt. Die Beschlusskammer hat dabei das ihr zustehende Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausgeübt und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten.
165. Die Vorschrift des § 77n Abs. 5 TKG gibt der Beschlusskammer vor, dass sie in ihrer Entscheidung faire und diskriminierungsfreie Bedingungen einschließlich der Entgelte der Koordinierungsvereinbarung festlegen kann. Bei „fair“ und „diskriminierungsfrei“ handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, die durch Abwägung von Zielen und Belangen dahingehend bestimmbar gemacht werden müssen, dass im Rahmen des Auswahl- und Ausgestaltungsspielraums eine Entscheidung ergehen kann.

166. Ziel der Entscheidung ist es, zum weiteren Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen im Rahmen eines wettbewerblichen Umfeldes beizutragen. Zur Erreichung dieses Ziel ist die getroffene Entscheidung, im konkreten Fall die Antragstellerin zur Koordinierung von Bauarbeiten zu verpflichten und dies mit einer zwingenden Erklärungsfrist sowie einer Kostenentscheidung zu flankieren, ein verhältnismäßiges Mittel.
167. Durch den bestehenden Koordinierungsanspruch sowie der Entscheidung über die Kostenverteilung werden hier die richtigen Anreize für zukünftige Investitionsentscheidungen bei der Schaffung der notwendigen Infrastruktur gesetzt.
168. Die Entscheidung über den Anspruch zur Koordinierung von Bauarbeiten und die Mitverlegung darf nicht zu einer Situation führen, in der die Antragsgegnerin durch langwährende Verhandlungsstrategien die Fortführung der Erschließung des Neubaugebiets und den Abschluss der Bauarbeiten zulasten der Antragstellerin verzögert, um so die bestmöglichen Konditionen aushandeln zu können. Daher legt die Beschlusskammer fest, dass mit der Entscheidung über die Kostenteilung im konkreten Fall auch die Verpflichtung der Antragsgegnerin einhergeht, bis zum 14. 8. 2017 zu erklären, ob sie an ihrer Mitverlegungsabsicht auch im Lichte der Kostenentscheidung festhält. Sollte es dabei zu Verzögerungen kommen, die die Antragsgegnerin zu vertreten hat, trägt sie das Kostenrisiko für Verzögerungen der Bauarbeiten und ggf. anstehende Regressansprüche.
169. Im konkreten Fall hat bereits im Vorfeld der Entscheidung ein gewisses „Taktieren“ von beiden Parteien dazu geführt, dass man nicht frühzeitig zu einer Lösung der Streitigkeit kam. Insofern lag zum Zeitpunkt der Antragstellung bereits eine Situation vor, wonach eine frühzeitige Koordinierung von Bauarbeiten gar nicht mehr stattfinden konnte. Daher war auch eine vorläufige Anordnung notwendig, um Rechtspositionen der Parteien wahren zu können. Würde die Beschlusskammer es bei einer reinen Feststellung über den Koordinierungs- und Mitverlegungsanspruch belassen, könnte die Situation in der Folge beliebig lange verzögert oder offen gehalten werden, was wiederum zu Lasten der Endnutzer sowie auch der Planungen der Antragstellerin gehen würde. Um das zu vermeiden, die Streitigkeit umfassend zu befrieden und nicht durch den Beschluss eine auf Jahre hinaus unsichere und offene Lage des Baugebiets zu schaffen, werden im Beschluss Kostenverteilmechanismen und eine Erklärungsfrist mit Kostenfolgen festgelegt.
170. Eine solche Entscheidung über die Bedingungen ist auch „fair“ und „diskriminierungsfrei“ im Sinne von verhältnismäßig, da sie zur Erreichung des Ziels einer schnellen Befriedung und eines weiteren zügigen Fortkommens des Breitbandausbaus im konkreten Fall geeignet, erforderlich und angemessen ist.
171. Das Ziel des schnellen Breitbandausbaus unter wettbewerblichen Bedingungen wird insofern befördert als die gesamte Entscheidung dazu dient, eine komplette Regelung für die Erschließung des Neubaugebiets Biegen/Durlacher Weg mit digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzen zu schaffen. Durch die Feststellung über die Koordinierungsverpflichtung unter Hinzunahme der Abgabe einer verbindlichen Erklärung innerhalb von vier Wochen wird die Antragsgegnerin gezwungen, sich zu ihren Ausbauabsichten zeitnah zu erklären. Nach vier Wochen steht dann fest, ob es eine weitere Mitverlegung geben wird. Die Kos-

tenfolgen sind dabei bereits geregelt und geklärt. Spätestens nach Ablauf dieser Zeit können die Bauarbeiten unter entsprechender Berücksichtigung einer ggf. weiterhin fortbestehenden Mitverlegungsabsicht der Antragsgegnerin fortgesetzt werden. Insoweit würde hier zeitnah eine Situation geschaffen, wonach die Mitverlegung eines digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes geklärt wäre und insofern auch verwirklicht werden könnte. Die Regelung ist mithin zur konkreten Zielerreichung geeignet.

172. Ein milderer Mittel zur Erreichung dieses Zwecks kommt hier ersichtlich nicht in Betracht. Würde es bei der Ablehnung des Antrags sowie der Regelung der Kostenfolgen ohne die Regelung der verbindlichen Erklärung durch die Antragsgegnerin sowie die mit ihr verbundenen Kostenfolgen bleiben, würde am Ende eine offene Situation entstehen, wonach ein Koordinierungsanspruch besteht und die Kostenfolgen geregelt sind, aber nicht klar ist, inwiefern dieser auch überhaupt weiterhin geltend gemacht werden soll. Dies würde die Situation für den Breitbandausbau insofern verschlechtern, als eine Erschließung damit auf längere Sicht in der Schwebe wäre. Zumindest könnte eine Erschließung durch die Antragstellerin weitergehen, ohne dass diese Klarheit darüber hätte, wann sich der bestehende Koordinierungsanspruch konkretisieren würde. Ggf. wäre es auch möglich, die Bauarbeiten bis auf Weiteres damit zu lähmen und letztendlich nicht zu dem erwünschten und vom Gesetzgeber intendierten Zweck des schnellen Breitbandausbaus zu kommen. Um diesen Stillstand oder die unklare Lage nach der Ablehnung des Hauptantrags zu vermeiden, werden hier die zusätzliche Bedingung sowie die Regelungen der Kostenteilung mit in den Beschluss aufgenommen.
173. Diese Regelungen sind auch angemessen, da der mit ihnen angestrebte Zweck nicht außer Verhältnis zu den Interessen von Antragstellerin, Antragsgegnerin und der Allgemeinheit steht, sondern diese Interessen in einen angemessenen Ausgleich bringt.
174. Das Interesse der Antragstellerin besteht hier darin, Klarheit im Hinblick auf einen bestehenden Mitverlegungsanspruch zu haben und die Erschließung des Neubaugebiets Biegen/Durlacher Weg zügig vorantreiben zu können. Dies deckt sich im Hinblick auf die Zielvorstellung der schnellen Erschließung auch mit den Interessen der zukünftigen Bewohner des Neubaugebiets, die letztendlich von dem angestrebten Ausbau profitieren werden. Ihnen wäre nicht geholfen, wenn es zwar zu einer Steigerung des Wettbewerbs von Infrastrukturen bei der Erschließung käme, diese sich aber zeitlich so weit nach hinten verschieben würde, dass dies den positiven Nutzen nicht mehr aufwiegt. Daneben besteht das Interesse der Antragsgegnerin, klare Bedingungen festgelegt zu haben, wonach eine Mitverlegung zulässig ist, auch wenn diese mit zeitlichen Restriktionen verbunden sind. Eine verbindliche Erklärung muss im Zeitrahmen von vier Wochen möglich sein, wenn deutlich ist, welche Kostenfolgen damit verbunden sind. Insoweit wird dieses Interesse hier sogar deutlich mitberücksichtigt, indem die Entscheidung direkt mit der Kostenentscheidung verbunden wird und insofern in klaren Grenzen eine Erklärung möglich macht. Die Regelung zu Kostenteilung in Verbindung mit der Anordnung einer verbindlichen zeitnahen Erklärung ist demnach auch angemessen.

2.3.3 Antrag der Antragsgegnerin

175. Sofern dem Antrag der Antragsgegnerin nicht durch den Tenor bereits stattgegeben wird, wird der Antrag abgelehnt. Soweit die Antragsgegnerin die Nutzung der gemeindeeigenen Grundstücke im Bereich des Neubaugebiets Biegen/Durlacher Weg beantragt, ist dies keine Entscheidung im Rahmen der Koordinierung von Bauarbeiten. Sie kann dafür ihr allgemein bestehendes Wegerecht geltend machen. Außerdem werden mit der Entscheidung faire und diskriminierungsfreie Nutzungsbedingungen festgelegt, die gegenüber der Antragsgegnerin belastend wirken; hingegen war ihr Antrag auf Koordinierung ohne Randbedingungen, insbesondere ohne Kostenbeteiligung gerichtet.

3 Rechtsbehelfsbelehrung

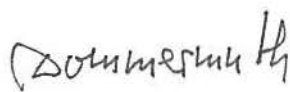
Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln erhoben werden. Ein Vorverfahren findet nicht statt (§ 137 Abs. 2 TKG).

Die Klage ist schriftlich, zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr bei den Verwaltungsgerichten und Finanzgerichten im Lande Nordrhein-Westfalen (ERVVO VG/FG – vom 7. 11. 2012, GV. NRW. S. 548) zu erheben. Die Klage muss den Kläger, den Beklagten und den Gegenstand des Klagebegehrens bezeichnen. Sie soll einen bestimmten Antrag enthalten. Die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel sollen angegeben werden.

Der Klage nebst Anlagen sollen so viele Abschriften beigefügt werden, dass alle Beteiligten eine Ausfertigung erhalten können. Im Fall der elektronischen Einreichung nach Maßgabe der ERVVO VG/FG bedarf es keiner Abschriften.

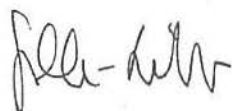
Eine Klage hat keine aufschiebende Wirkung (§ 137 Abs. 1 TKG).

Vorsitzender



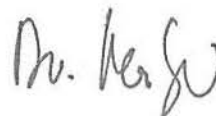
Dommermuth

Beisitzerin



Gille-Lindhorst

Beisitzer



Dr. Haslinger