



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 Antragsgegnerin
vom 02.06.2017
auf vorläufige Anordnung gemäß § 130 TKG

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,
- Beigeladene zu 2 -
3. Bundesverband Glasfaseranschluss e.V. (BUGLAS), Bahnhofstraße 11, 51143 Köln,
vertreten durch den Vorstand,
- Beigeladene 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 Gasversorgungsunternehmen
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,
- Beigeladene 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 Gemeinde Linkenheim-Hochstetten,
Karlsruher Straße 41, 76351 Linkenheim-Hochstetten,
vertreten durch den Bürgermeister Michael Möslang,
dieser vertreten durch
JUCONOMY Rechtsanwälte,
Mörsenbroicher Weg 200, 40470 Düsseldorf,
- der Antragsgegnerin Unitymedia BW GmbH,
Aachener Straße 746-750, 50933 Köln,
vertreten durch den Vorstand,
dieser vertreten durch
Rechtsanwalt Michael Panienka,
Stapelager Straße 41, 32791 Lage,
- der Beigeladenen zu 5 Telekom Deutschland GmbH,
Landgrabenweg 151, 53227 Bonn,
vertreten durch die Geschäftsführung,
diese vertreten durch
AULINGER Rechtsanwälte,-
Josef-Neuberger-Straße 4, 4-4787 Bochum,

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

durch

den Vorsitzenden Friedhelm Dommermuth,

die Beisitzerin Stefanie Gille-Lindhorst und

den Beisitzer Dr. Sebastian Haslinger

am 21.06.2017

e n t s c h i e d e n

1. Die Antragstellerin wird 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.
2. 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.

3. Im Übrigen wird der Antrag der Antragsgegnerin 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 ESB AG) 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 Bereich des gesamten Landkreises 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. Die Antragstellerin hat am 10.03.2014 zunächst ein Markterkundungsverfahren durchgeführt, in dessen Rahmen sich kein Unternehmen bereit erklärte, das Gebiet eigenwirtschaftlich zu erschließen. Daraufhin hat die Antragstellerin 2015 einen Vertrag zum 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 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 ESB AG abgeschlossen hat, wird die ESB AG angewiesen, dass keine weiteren Netze im Vertragsgebiet verlegt werden dürfen. Die Kosten für die Verlegung des FTTH Netzes sind danach als Erschließungskosten von den Grundstückseigentümern zu tragen. Um zu verhindern, dass der Straßendeckbelag nach Fertigstellung wieder geöffnet und weitere Netze verlegt werden, regelt der Vertrag, dass die Antragstellerin von der

Widmung des Verkehrskörpers an einen Ausbaustopp für fünf Jahre für das Erschließungsgebiet verhängt (sogenannte Aufbruchsperre). Für den Fall, dass diese Anweisung durch ein Gericht als rechtswidrig angesehen werden sollte, stellt die Antragstellerin die ESB AG von den für die Verlegung entstandenen Kosten frei, sofern und soweit sie nicht dennoch von den Grundstückseigentümern getragen werden.

6. Am [REDACTED] unterbreitete die Antragsgegnerin der Antragstellerin ein Angebot zur Erschließung des Neubaugebiets mit FTTB. [REDACTED]
7. Sodann kam es zwischen Antragstellerin und Antragsgegnerin zu Gesprächen. Dabei beehrte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 01.12.2016 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. In der mündlichen Verhandlung erklärte sie außerdem, dass es in dieser Zeit zu einem Strategiewechsel in der Unternehmenspolitik kam und man den Ausbau der eigenen Infrastruktur einem Einkauf von Vorleistungsprodukten seitdem vorziehe.
8. Am 13.04.2017 wurde noch einmal auf die Mitverlegungsabsicht hingewiesen und auf einen Parallellfall verwiesen, der in der Zwischenzeit vor einem Landgericht anhängig gemacht worden war und den die Antragsgegnerin für sich entscheiden konnte. Auch bei einem nochmals erfolgten Gespräch am 11.05.2017 konnte offenbar keine Einigung über die streitige Frage erzielt werden. Vielmehr übermittelte die BLK am 16.05.2017 ein Angebot der in-xio für die Glasfasernutzung, in welchem monatliche Mietkosten in Höhe von 10,-€ pro Glasfaseranschluss je angeschlossenen Haushalt verlangt werden.
9. Mit Schreiben vom 12.05.2017 sowie 16.05.2017 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. Mai 2017, eingegangen bei der Bundesnetzagentur am 17. Mai 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 BNetzA (einheitliche Informationsstelle/ Streitbeilegungsverfahren nach § 77n TKG) sowie im Amtsblatt der BNetzA Nr. 10 vom 31. Mai 2017 als Mitteilung Nr. 421 veröffentlicht worden.
13. Zu dem vorliegenden Antrag hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 02.06.2017 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.“

14. 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.“

15. Zu diesem eingebrachten Antrag hat die Beschlusskammer der Antragstellerin mit Schreiben vom 06.06.2017 Fragen zum Baufortschritt und zu weiteren Bauplanungen gestellt. Diese wurden fristgerecht mit Schreiben vom 08.06.2017 beantwortet.

16. Die Antragstellerin gibt an, dass im Neubaugebiet Leitungen für Abwasser, Frischwasser und Erdgas verlegt und auch bereits verfüllt worden seien. Andere Verfüllungen für Kabelgewerke gebe es noch nicht, da diese Leitungsräben derzeit noch gebaut und die Leitungen anschließend verlegt würden. Deckschichten würden noch keine aufgebracht, die Arbeiten für die Deckschichten begännen laut Bauzeitenplan ca. Mitte August. Bis zur Erstellung der Asphaltdecke würden allerdings noch einige Monate vergehen.

17. Eine Mitverlegung würde zusätzlichen Aufwand und Kosten verursachen, sie sei nicht grundsätzlich Gegenstand der Erschließungsplanung gewesen. Es könne nicht bestätigt werden, dass der Platzbedarf für die Mitverlegung weiterer Telekommunikationsnetze ausreichen würde; dies ergebe sich im Falle enger Grabenprofile aus den bei der Verlegung zu berücksichtigenden Biegeradien. Insgesamt handele es sich bei der Erschließung des Neubaugebietes um ein komplexes Zusammenspiel verschiedener Gewerke, die nach einer aufwendigen Planung zeitlich koordiniert durchgeführt werden müssten, damit der im Frühjahr 2018 geplante Gebäudebau auf den privaten Grundstücken für ca. 500 Neubürger der Gemeinde stattfinden könne. Man könne die Bauarbeiten im Neubaugebiet nicht unterbrechen, weil ansonsten in die Rechte Privater eingegriffen werde. Es seien bereits Verbindlichkeiten von privaten Eigentümern und dem Erschließungsträger in Millionenhöhe eingegangen worden unter der Maßgabe, dass der Hochbau im Frühjahr 2018 begonnen werden könne. Die Bauarbeiten für einzelne Gewerke könnten nicht ohne Gefahr für eine Kettenreaktion in Bezug auf andere Gewerke unterbrochen werden.
18. In der mündlichen Verhandlung wurde von Seiten der Antragstellerin außerdem vorgetragen, dass die derzeit ausgehobenen Gräben möglicherweise nicht genug Platz für die ggf. mitzuverlegenden Kabel bieten würden und man diese auf die andere Seite der Straße verlegen müsste. Dann seien aber zusätzliche Querungen der Straße erforderlich, die bislang nicht vorgesehen seien.
19. Die Vor-Ort-Erkundung der Bundesnetzagentur, Außenstelle Karlsruhe, am 7.06.2017 ergab, dass im Neubaugebiet Biegen-Durlacher Weg zu diesem Zeitpunkt Gräben ausgehoben worden sind. Telekommunikationsleitungen waren noch keine verlegt. Ein weiterer Vor-Ort-Termin der Außenstelle am 14.06.2017 ergab, dass die Kabelgräben zu diesem Zeitpunkt fertig ausgehoben waren und mit der Verlegung von Leerrohren für Glasfaserkabel begonnen wurde. Zu Dokumentationszwecken wurden Fotos der Vor-Ort-Erkundungen angefertigt, die den jeweils bestehenden Zustand des Gebiets aufzeigen.
20. Mit Schreiben vom 14.06.2017 hat die Antragstellerin eine Verpflichtungserklärung mit folgendem Inhalt abgegeben:

1. Die Erstellung der Asphaltdecke auf den Straßen bzw. die Pflasterung der Fußgängerwege wird KEINESFALLS vor dem Ende der Regel-Entscheidungsfrist nach § 77n Abs. 5 Satz 3 TKG (18.07.2017) erfolgen. Weder nach dem Bauzeitplan des Erschließungsträgers wäre dies vorgesehen noch nach dem aktuellen Baufortschritt möglich. Sollte die Beschlusskammer vor der gem. § 77n Abs. 7 TKG möglichen ausnahmsweisen Verlängerung der Entscheidungsfrist bis zum 18.09.2017 Gebrauch machen, so wäre die Antragstellerin zudem bereit, die Durchführung weiterer Baumaßnahmen jeweils vorab der Beschlusskammer zur Kenntnis zu geben und mir ihr nach Maßgabe der dann fortgeschrittenen und fortschreitenden Antragsprüfung abzustimmen. Ziel der Abstimmung wäre, welche weiteren Baumaßnahmen ohne Schaffung vollendeter Tatsachen durchgeführt werden können, die eine andere Entscheidung der Beschlusskammer unmöglich machen würden.

2. Für den Fall, dass entgegen des Antrags der Antragstellerin die Beschlusskammer die Zumutbarkeit einer Mitverlegung der Infrastruktur der Antragsgegnerin erkennen und das Angebot der Bereitstellung einer entbündelten Glasfaser-TAL zu einem Mo-

natspreis von 10 € als nicht ausreichend erachten würde, erklärt die Antragstellerin, dass sie die Antragsgegnerin so stellen würde, als ob der zwischen dem 09.06.2017 und dem Tag der Entscheidung der Beschlusskammer bis spätestens 18.09.2017 vollzogene Baufortschritt in Bezug auf die Verlegung von TK-Infrastrukturen nicht stattgefunden hätte. Dies bedeutet, dass die Antragstellerin den Aufwand der nachträglichen Öffnung einer seit dem 09.06.2017 bis spätestens 18.09.2017 erfolgten Einbringung von Deckschichten, Verfüllungen usw. tragen würde. Diese Verpflichtungszusage ist auf einen Höchstbetrag von 80.000 € begrenzt, die sich aus dem Wert der Sachleistungen des Erschließungsträgers für die Verlegung von TK-Infrastrukturen errechnet. Die konkrete Abrechnung erfolgt nach Aufwand und Rechnungsstellung zwischen der Antragstellerin und dem Erschließungsträger. Der Höchstbetrag übersteigt bereits den von der Antragsgegnerin im Verfahren zu BK11-17/002 genannten Mehraufwand bei der einer späteren Verlegung ohne Mitverlegung in Höhe von 60.000 bis 72.000 € (siehe geschwärzte Fassung der Antragsenerweiterung, Anlage AG 3 Seite 2).

Von dieser Verpflichtungszusage unberührt bleibt eine mögliche Undurchführbarkeit einer Mitverlegung von zusätzlichen TK-Infrastrukturen. Hierzu hatten wir in der öffentlichen mündlichen Verhandlung auf die Problematik der Querung einer 20 kV-Stromtrasse durch das Neubaugebiet mit entsprechenden Engstellen sowie mögliche Engstellen durch erforderliche Biegeradien hingewiesen. Da nicht nur eine Verdoppelung, sondern Verdreifachung von TK-Infrastrukturen in Rede stehen könnte, ist diese Problematik objektiv vorhanden.“

21. Die Antragsgegnerin hat mit Schriftsatz vom gleichen Tag noch einmal dargelegt, warum sie an ihrem Antrag auf vorläufige Anordnung festhält. Sie gibt an, eine koordinierte Mitverlegung sei ohne einen Stopp der weiteren Bauaktivitäten nicht möglich. Sie macht weitergehende Ausführungen zum Anordnungsgrund (erhebliche Mehrkosten der Antragsgegnerin, keine wesentlichen Gegeninteressen der Antragstellerin) sowie zum Anordnungsanspruch (insbesondere zur Zumutbarkeit der Mitverlegung gemäß § 77i Abs. 3 TKG) und führt nochmals zur Hauptsache aus.
22. Nach erneuter kurzfristiger Aufforderung zur Stellungnahme zur Verpflichtungserklärung der Antragstellerin trägt die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 19.06.2017 ergänzend vor, dass sie das Angebot für ein „Scheinangebot“ halte und weiterhin fordere, während des laufenden Verfahrens keine weitere Handlungen zu unternehmen, die den Mitverlegungsanspruch der Antragsgegnerin in irgendeiner Form beeinträchtigen könnten. Dies entspreche auch der im Landgericht Mannheim (Az. 2 O46/17) geäußerten Auffassung. Insoweit müsse die Antragstellerin verpflichtet werden, alle Baumaßnahmen zu unterlassen, die den Mitverlegungsanspruch potentiell beeinträchtigen oder vereiteln könnten. Im Übrigen könne es keine Begrenzung des Schadensersatzes geben und auch eine „Undurchführbarkeit“ der Mitverlegung könne allenfalls bewusst hergestellt werden, wohne der Sache aber nicht unmittelbar inne. Zudem werden weitere Ausführungen zu den entstehenden Mehrkosten gemacht.

2 Gründe

23. Die Regelung in Ziffer 1 des Beschlusses wird gemäß § 130 TKG vorläufig getroffen. Gemäß § 130 TKG kann die Bundesnetzagentur bis zur endgültigen Entscheidung vorläufige Anordnungen treffen.

2.1 Rechtsgrundlage

24. Rechtsgrundlage für die vorläufige Entscheidung ist § 130 TKG i.V.m. § 77n Abs. 5 TKG.

2.2 Formelle Voraussetzungen

25. Die formellen Voraussetzungen für den Erlass einer vorläufigen Entscheidung sind im vorliegenden Fall gegeben.

2.2.1 Zuständigkeit

26. Die Zuständigkeit der Beschlusskammer 11 für den hier gestellten Antrag ergibt sich akzessorisch aus der Zuständigkeit für die Hauptsache gemäß § 130 TKG i.V.m. §§ 77n, 132, 134a TKG.

2.2.2 Verfahrensbeginn

27. Die Antragsgegnerin hat einen Antrag auf vorläufige Entscheidung gestellt, über den die Beschlusskammer hiermit entscheidet. Er wird insoweit isoliert betrachtet und auch vom eigentlichen Hauptsacheverfahren rechtlich unabhängig und vorrangig beurteilt. Es hätte auch ein Verfahren von Amts wegen stattfinden können. Von daher ist es unbeachtlich, dass es sich um einen Antrag der Antragsgegnerin handelt. In der Streitbeilegung wird verbindlich über die Rechte beider Parteien entschieden, so dass auch die Antragsgegnerin das Recht hat, Anträge zur Rechtesicherung zu stellen.

2.2.3 Anhängigkeit des Hauptsacheverfahrens

28. Im Hinblick auf den Streitgegenstand ist ein Verwaltungsverfahren in der Hauptsache bei der Bundesnetzagentur anhängig, welches noch nicht entschieden ist. Im konkreten Fall wurde am 17.05.2017 ein Hauptsacheverfahren zur Streitschlichtung gemäß § 77n Abs. 5 TKG über die Koordinierung von Bauarbeiten gemäß § 77i TKG durch die Antragstellerin geltend gemacht, in dem die Entscheidungsfrist bis zum 17.07.2017 läuft. In diesem Hauptsacheverfahren begehrt die Antragstellerin die Feststellung, zu einer Koordinierung nicht verpflichtet zu sein. Die Antragsgegnerin hat dem widersprochen und gleichzeitig einen Antrag auf vorläufige Anordnung gestellt, um einen möglicherweise bestehenden Koordinierungsanspruch überhaupt noch durchsetzen zu können. Insoweit ist der Zweck auf eine Überbrückung des bestehenden Rechtsverhältnisses bis zur Hauptsacheentscheidung gerichtet.
29. Auch wenn die vorläufige Anordnung nicht an die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen des Hauptsacheverfahrens gebunden ist, so sind hier die Verfahrensvorschriften gemäß

§§ 132 ff. TKG gewahrt worden. Die Entscheidung ergeht insbesondere nach Anhörung beider Parteien und nach Durchführung der mündlichen Verhandlung am 9.06.2017. Den Beteiligten ist so die Gelegenheit gegeben worden, sich zur Sache und zur Eilbedürftigkeit des Antrags auf vorläufige Anordnung zu äußern.

2.3 Materielle Voraussetzungen

30. Die materiellen Voraussetzungen für eine vorläufige Entscheidung liegen ebenfalls vor. Zwar nennt das Gesetz in § 130 TKG keine ausdrücklichen Voraussetzungen, zur Auslegung kann man hier aber auf die allgemeinen Rechtsgedanken einer vorläufigen Regelung verweisen, wie sie z.B. auch in § 126 Abs. 4 TKG oder §§ 935 ff. ZPO, § 32 BVerfGG und §§ 80 Abs. 2, Abs. 3, 123 VwGO ihren Niederschlag finden.
31. Sinn und Zweck der Entscheidung ist darauf gerichtet, die Zeit bis zur Hauptsacheentscheidung zu überbrücken. Die Entscheidung sichert die Rechtslage der beteiligten Parteien in der Streitbeilegung für eine gewisse Zeit (vorläufige Regelung eines Rechtszustands – Nübel in: Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Auflage 2006, § 130, Rz. 1).
32. Der Erlass einer einstweiligen Maßnahme setzt voraus, dass eine Hauptsacheentscheidung mit gleicher Regelungswirkung jedenfalls möglich ist (Anordnungsanspruch) und zudem sind das Entschließungs- und Auswahlermessen entsprechend dem Sinn und Zweck der Ermächtigung ausgeübt und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten worden (Anordnungsgrund). Dabei ist vorliegend die Wahrung öffentlicher oder privater Interessen insbesondere zur Abwendung wesentlicher Nachteile für Betroffene bzw. öffentliche Belange notwendig oder zweckmäßig.

2.3.1 Anordnungsanspruch

33. Nach vorläufiger Prüfung der Sach- und Rechtslage erscheint derzeit eine Hauptsacheentscheidung, welche den streitgegenständlichen Koordinierungsanspruch im Grundsatz als gegeben ansieht, jedenfalls möglich. Es ist möglich, dass über die Anträge im Streitschlichtungsverfahren gemäß § 77n Abs. 5 TKG auch zulasten der Antragstellerin entschieden werden könnte. Beide Parteien – also Antragstellerin und Antragsgegnerin – sind gleichmäßig Betroffene des anhängigen Streitschlichtungsverfahrens.
34. Im jetzigen Stadium der Streitschlichtung besteht noch keine hinreichende Gewissheit in der Sach- und Rechtslage, so dass eine Entscheidung in der Hauptsache ergehen könnte. Nach summarischer Prüfung erscheint es möglich, dass die Hauptsacheentscheidung mit gleicher Regelungsrichtung ergeht, d.h. dass ein Anspruch der Antragsgegnerin auf Koordinierung von Bauarbeiten gemäß § 77i TKG bestehen könnte. Im Hauptsacheverfahren wäre es demnach möglich, den Antrag auf Ablehnung der Koordinierung abzulehnen und dem Gegenantrag der Antragsgegnerin auf Koordinierung und Mitverlegung stattzugeben. Insoweit wäre dann eine zwingende Koordinierung der Bauarbeiten die Folge.
35. Es ist noch nicht abschließend geklärt, ob die Ablehnung des Koordinierungsantrags durch die Antragstellerin rechtmäßig oder unrechtmäßig war. Dazu sind noch die weitere Bewer-

tung des Sachverhalts sowie auch rechtliche Einschätzungen und Abwägungen notwendig. Möglicherweise schließt sich auch noch eine umfangreiche Abwägung zu Kostenfragen an. Insoweit ist die Streitschlichtung noch nicht in einem entscheidungsreifen Zeitpunkt.

36. Unterlässt man in diesem Stadium des Verfahrens eine vorläufige Regelung, so werden die bereits begonnenen Bauarbeiten der Antragstellerin ungehindert weiterlaufen. Nach Angaben der Antragstellerin sowie den eigenen Erkundungen der Bundesnetzagentur sind die Bauarbeiten im Neubaugebiet Biegen/Durlacher Weg in der Zwischenzeit soweit fortgeschritten, dass die Kabelgräben derzeit ausgehoben und die Leitungen anschließend verlegt werden. Dabei sollen die Gräben dann sukzessive auch verfüllt werden, um die bereits verlegten Leitungen zu schützen. Das Aufbringen von Deckschichten ist erst für einen Zeitraum ab Mitte August geplant. Dennoch würde das ungehinderte Fortschreiten der Bauarbeiten dazu führen, dass möglicherweise eine Situation entstehen würde, in der es nicht mehr möglich wäre, die Bauarbeiten sinnvoll zu koordinieren und eine Mitverlegung durch die Antragsgegnerin noch zu ermöglichen. Eine weitgehende Prüfung und Aufklärung der tatsächlichen Bausituation ist angesichts der für die nunmehr anstehende Eilentscheidung zur Verfügung stehenden Zeit im Hinblick auf den bereits erfolgten Baufortschritt nicht mehr umfassend möglich. Dabei wäre z.B. planungsseitig zu prüfen, inwiefern Biegeradien verändert und Verlegemethodiken (z.B. eine Kabelverlegung nebeneinander oder übereinander) angepasst werden müssten.

2.3.2 Anordnungsgrund

37. Die besondere Eilbedürftigkeit für den Erlass einer vorläufigen Anordnung ergibt sich aus einer summarischen Prüfung und Interessenabwägung. Danach ist es für die Rechtesicherung erforderlich, dass durch den weiteren Baufortschritt keine Fakten geschaffen werden, die den möglicherweise bestehenden Koordinierungsanspruch nicht mehr durchsetzbar werden lassen.

2.3.2.1 Rechtsmissbrauch durch späte Antragstellung

38. Eine Form des Rechtsmissbrauchs durch eine zu späte Antragstellung durch die Antragsgegnerin liegt nicht vor. Der Vorhalt einer möglicherweise sehr späten Antragstellung im Hinblick auf eine Rechtesicherung durch die Antragsgegnerin ist insoweit zu entkräften, als es offenbar in dem Zeitraum seit Ende 2015 immer wieder Gespräche zwischen den Parteien gab, um doch noch zu einer gütlichen Einigung zu gelangen. Auch dass diese zwischenzeitlich die Option der Inanspruchnahme von Vorleistungen in Form des Open-Access in Betracht zogen, hindert nicht daran, dass die Antragsgegnerin im gesamten letzten Jahr deutlich gemacht hat, an einer Mitverlegung von Infrastruktur Interesse zu haben. Die Hoffnung auf eine gütliche Einigung kann nun nicht der Eilbedürftigkeit insofern entgegengehalten werden, als die Antragsgegnerin rechtsmissbräuchlich erst den Beginn der Bauarbeiten abgewartet habe.
39. Zwar hat die Erschließungsgesellschaft ESB offenbar mit Schreiben vom 9.11.2016 bereits die Antragsgegnerin darüber informiert, dass man von der Gemeinde schriftlich beauftragt

worden sei, nur ein Glasfasernetz zu verlegen. Auch gibt die Antragstellerin an, dass die Antragsgegnerin bereits vor Monaten angekündigt habe, ein Streitschlichtungsverfahren anstrengen zu wollen. Allerdings hat es in der Folge noch weitere Gespräche gegeben – zuletzt offenbar auch noch einen Präsenztermin beim Landratsamt Karlsruhe am 11.05.2017 –, bei denen man sich immer wieder über die angestrebte Mitverlegung austauschte, so dass die Antragsgegnerin auch die berechtigte Hoffnung haben durfte, dass möglicherweise doch noch eine Einigung über die Koordinierung der Bauarbeiten hätte erfolgen können. Erst mit dem Einreichen des Streitschlichtungsantrags bei der Bundesnetzagentur und dem Beginn der Bauarbeiten wurde nunmehr endgültig klar, dass eine Einigung von Seiten der Antragstellerin nicht mehr angestrebt wurde. Der Eilantrag ist insofern erst aus diesen Umständen erwachsen und bezweckt, die möglicherweise bestehenden Ansprüche der Antragsgegnerin auch während der Dauer des Verfahrens überhaupt noch wahren zu können. Insoweit scheidet die materielle Rechtmäßigkeit der Anordnung nicht an einer zu spät erfolgten Antragstellung der Antragsgegnerin.

2.3.2.2 Vorliegende Verpflichtungserklärung der Antragstellerin

40. Des Weiteren ist die vorläufige Anordnung auch weiterhin notwendig und wird nicht durch die mittlerweile vorliegende Verpflichtungserklärung der Antragstellerin hinfällig. Der Anordnungsgrund besteht auch weiterhin fort.
41. Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 14.06.2017 zwar erklärt, dass Sie bis zum Ende des Verfahrens keine Asphaltdecke auf den Straßen bzw. die Pflasterung der Gehwege vor Ende der Regel-Entscheidungsfrist (17.07.2017) durchführen wird und nach Ablauf der Regelentscheidungsfrist weitere Bauarbeiten auch mit der Beschlusskammer abstimmen möchte. Außerdem erklärt sie, dass sie bei einer gegen ihren Antrag lautenden Entscheidung die Antragsgegnerin so stellen wird, als ob der zwischen dem 09.06.2017 und spätestens 18.09.2017 vollzogene Baufortschritt in Bezug auf die Verlegung von TK-Infrastrukturen nicht stattgefunden habe. Allerdings begrenzt sie den dann möglicherweise entstehenden Aufwand einer nachträglichen Öffnung auf einen Höchstbetrag von 80.000 €. Ob dieser Betrag im Einzelfall ausreichend wäre, ist jetzt nicht abschließend zu beurteilen. Weder ist derzeit schon ermittelbar, ob die aus einem anderen Verfahren eingebrachte Grenze für eine Verlegung ohne Mitverlegung auch dem dann tatsächlich entstehenden Aufwand entspricht. Noch gibt es nach Wissen der Beschlusskammer bislang eine (Alternativ-)Planungen für eine ggf. anstehende Mitverlegung, d.h. es steht noch nicht fest, ob die bereits bestehenden Gräben wieder geöffnet werden müssten oder ggf. auch neue eigene Verlegetrassen zu öffnen sind. Insoweit lassen sich solche Normwerte, die in einem anderen Verfahren für bestimmte Annahmeszenarien getroffen wurden, nicht ohne Weiteres übertragen. Daher lässt sich der Mehraufwand durch eine möglicherweise notwendige Öffnung ohne Schädigung der bereits verlegten Infrastruktur nicht unmittelbar ausmachen, so dass eine Deckelung eines Betrags auf 80.000 € im jetzigen Verfahrensstadium nicht festzulegen ist. Die Antragstellerin hat durch ihre Planungshoheit auch die Möglichkeiten, Plananpassungen vorzunehmen und der Antragsgegnerin ein Angebot für eine Mitverlegung zu unterbreiten. Wenn dies nun erst nachträglich möglich ist, da eine Verlegung bereits begonnen hat, ein Anspruch aber bereits

viel früher bestanden hätte, so trägt das Risiko dafür allein die Antragstellerin. Ob die von ihr veranschlagten 80.000 € ausreichen, liegt u.a. auch an den von ihr beeinflussbaren Faktoren.

42. Außerdem hat die Antragstellerin insoweit eine Einschränkung ihrer Verpflichtungserklärung vorgenommen, als von dieser Verpflichtungszusage eine mögliche Undurchführbarkeit einer Mitverlegung von zusätzlichen TK-Infrastrukturen unberührt bleiben soll. Sie führt hier den bereits in der mündlichen Verhandlung vorgetragenen Aspekt der Querung einer 20 kV-Stromtrasse durch das Neubaugebiet sowie entsprechende Engstellen durch erforderliche Biegeradien an. Solche Einschränkungen können jedoch nicht allumfassend gelten, da diese Problematiken nur dadurch entstanden sind, dass nicht bereits vor Baubeginn Pläne für eine mögliche Mitverlegung in Betracht gezogen wurden. Inwiefern nun eine Umplanung erforderlich sein könnte bzw. es letzten Endes zu einer kompletten Neuverlegung bei einem möglicherweise bestehenden Mitverlegungsanspruch seitens der Antragsgegnerin kommen würde, kann nicht zu einer Undurchführbarkeit führen, deren Risiko dann auf die Antragsgegnerin abgewälzt würde. Es kann hier lediglich zu einem Ausschluss der Verpflichtungszusage kommen, wenn es sich um eine, von der Antragstellerin nicht zu vertretende Undurchführbarkeit einer Mitverlegung handeln würde. Dazu hat sie aber nicht vorgetragen.
43. Insoweit ist trotz der vorliegenden und auch aufgenommenen Verpflichtungserklärung noch eine darüber hinausgehende Entscheidung über den Antrag der Antragsgegnerin notwendig.

2.3.2.3 Widerstreitende Interessen

44. Die Anordnung ergeht, um zum einen die privaten Interessen der materiell Betroffenen und zum anderen die öffentlichen Interessen an wirksamer Regulierung zu wahren sowie auch den Marktinteressen gerecht zu werden.
45. Dabei geht es hier nicht – wie von der Antragstellerin vorgetragen – primär um ein Kosteneinsparpotential bei einer Mitverlegung zugunsten der Antragsgegnerin. Vielmehr stehen hier das private Interesse der Antragstellerin und das öffentliche Interesse an einer überhaupt noch durchsetzbaren Streitschlichtungsentscheidung und das Interesse an einem möglicherweise dann erweiterten Wettbewerb um den Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen entgegen. Im Übrigen sind dabei auch die möglichen Folgekosten für die öffentliche Hand mit zu beurteilen.
46. Sollte eine Streitschlichtung am Ende zu dem Ergebnis kommen, dass eine Koordinierung der Bauarbeiten erfolgen muss und diese Bauarbeiten bereits so weit fortgeschritten sind, dass eine Mitverlegung faktisch verhindert würde – z.B. durch bereits erfolgtes Verschließen des Baugrundes mit Deckschichten oder dem Verfüllen der Leitungsrinnen, die für die Aufnahme auch weiterer Kabel noch geeignet wären (ggf. auch durch andere Verlegung von Kabeln übereinander statt nebeneinander o.ä.), so wären diese bereits erfolgten Bauarbeiten „rückabzuwickeln“, was einen neuerlichen Aufbruch und weitere Tiefbauarbeiten nach sich ziehen würde. Da diese dann durch die Antragstellerin verursacht wären, würde diese Rückabwicklung auch von ihr zu tragen sein. Die öffentliche Hand wäre dadurch zusätzlich und

womöglich sogar mehr belastet, als wenn bestimmte Bauarbeiten ggf. etwas später als bisher geplant stattfinden könnten.

47. Sinn und Zweck eines Streitschlichtungsverfahrens gemäß § 77n Abs. 5 TKG ist es, sicherzustellen, dass eine ökonomisch sinnvolle Regelung zur Koordinierung von Bauarbeiten getroffen wird. Übergeordnet spiegeln sich in dieser Vorschrift neben den Zielen des DigiNetz-Gesetzes auch die allgemeinen Regulierungsziele des TKG wider. In der Frage der Mitverlegung kann ein Zielkonflikt in dem Sinne auftreten, als die Mitverlegung paralleler Infrastrukturen – ohne eine volkswirtschaftlich ggf. ineffiziente Duplizierung von Tiefbauarbeiten – einerseits einen erheblichen Beitrag zur Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte bzw. sich selbst tragenden, d.h. perspektivisch evtl. nicht mehr auf Regulierung angewiesenen Wettbewerbs leistet; andererseits aber die Beschleunigung des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen konterkarieren kann, in dem – im Falle nicht wettbewerbskonformer Preise für die Mitverlegung – die Anreize für die Ersterschließung erheblich sinken könnten. Diesen Zielkonflikt, der sich in der Auslegung des § 77i TKG anhand des konkreten Falles manifestieren wird, gilt es in der Hauptsache zu lösen. Die Bedeutung der Entscheidung wird schon allein in dieser skizzenhaften Darstellung bereits deutlich.
48. Den bestehenden Zielkonflikt der unterschiedlichen Regulierungs- und Gesetzesziele hier bereits dadurch aufzulösen, indem durch einen Weiterbau eine Durchsetzung möglicherweise noch bestehender Mitverlegungsrechte faktisch verhindert wird, wird der Aufgabe der Regulierung und dem Interesse der Öffentlichkeit an einer möglichst den Zielen von DigiNetz-Gesetz und wettbewerblichen Ausgestaltungen angepassten Lösung der Streitigkeit nicht gerecht. Insoweit steht auf der einen Seite hier schon das Sicherheitsinteresse sowohl der Antragsgegnerin als auch der Allgemeinheit an einem Offenhalten der Situation, um eine Klärung auch faktisch noch zu ermöglichen.
49. Dagegen steht das Interesse der Antragstellerin, weiterhin auf den nicht bestehenden Koordinierungsanspruch zu vertrauen und damit auch einen ungehinderten Weiterbau betreiben zu können. Naturgemäß stehen bei einem solchen größeren Projekt auch die Interessen vieler Betroffener im Hintergrund, beispielhaft seien hier die weiteren Gewerke wie auch letztlich die davon betroffenen zukünftigen Bewohner des Gebiets genannt. Sie alle vertrauen und investieren letztendlich auch in Erwartung eines pünktlichen Baufortschritts ohne Verzögerungen.
50. Gegen letztere, individuelle Interessen ist aber einzuwenden, dass es vor allem für die betroffenen Bewohner des Gebiets ebenso entscheidend ist, von welcher Form des Wettbewerbs sie letztendlich möglicherweise am meisten profitieren können. Soweit dagegen von Seiten der Antragstellerin eingewandt wird, man stelle ja auch diskriminierungsfrei ein Vorleistungsprodukt Open Access zur Verfügung, mit welchem der Wettbewerb gesichert werden könne, ist von Seiten der Antragsgegnerin entgegen gehalten worden, dass mit der Verlegung eigener Infrastruktur eine größere Wertschöpfungstiefe und letztlich auch bessere Endkundenangebote verbunden seien. Dem stimmt die Beschlusskammer insofern zu, als sich die zunehmende Wettbewerbstiefe auch positiv auf den Endkundenpreis und die Qualität auswirken kann.

51. Nicht zuletzt hat die Antragstellerin selbst offenbar durch ihre offene Haltung und kommunizierte Gesprächsbereitschaft selbst den Eindruck erweckt, als bestünde noch Verhandlungsspielraum für eine gütliche Einigung auch bezüglich einer Mitverlegung. Es ist ihr insofern mindestens entgegenzuhalten, dass es an einem endgültigen, klaren schriftlichen Bekenntnis der Ablehnung einer Mitverlegung gegenüber der Antragstellerin insoweit fehlte, als immer noch Verhandlungen geführt wurden, bei denen erst kurz vor Baubeginn letztlich unmissverständlich deutlich wurde, dass kein Verhandlungsspielraum mehr für eine Mitverlegung bestand.

2.3.3 Verhältnismäßigkeit

52. Die Entscheidung ist geeignet, erforderlich und angemessen, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Die Möglichkeit zur Koordinierung von Bauarbeiten wird so offen gehalten ohne einen vollständigen Baustopp anzuordnen.
53. Ziel der Entscheidung ist das Offenhalten von Möglichkeiten der Mitverlegung durch Verhinderung zumindest endgültiger Schließung der Baugräben durch Deckschichten o.ä. Es handelt sich dabei um ein rechtmäßiges Ziel, da es einen Anspruch der Antragsgegnerin auf Koordinierung von Bauarbeiten gemäß § 77i TKG geben könnte, der auch durchsetzbar bleiben soll. Ein Rechtsmittel gegen den Beschluss der Beschlusskammer in der Hauptsache hat gemäß § 137 Abs. 1 TKG keine aufschiebende Wirkung, so dass ein möglicherweise bestehender Koordinierungsanspruch auch sofort vollziehbar wäre. Eine Koordinierung könnte also im Anschluss eines Beschlusses unmittelbar durchgesetzt werden. Insofern verfolgt die hier getroffene Anordnung das Ziel, die Umsetzung einer möglichen endgültigen Entscheidung auch faktisch weiterhin sicherzustellen.
54. Das Mittel zur Erreichung dieses Zwecks ist das Verhindern von Bauarbeiten, die eine Koordinierung bereits zum jetzigen Stand unmöglich machen würden, da keine Möglichkeit mehr bestünde, ohne erhebliche Mehraufwendungen, z.B. durch das wieder erforderliche Aufbrechen von Deckschichten o.ä. eine Mitverlegung vorzunehmen. Es handelt sich dabei um ein rechtmäßiges Mittel, welches die erfolgenden Bauarbeiten unter den möglichen Vorbehalt eines Rückbaus stellt, um die mögliche Rechtsposition der Antragsgegnerin zu sichern. Die Planungsverantwortung bleibt dabei bei der Antragstellerin, da derzeit nur sie über die notwendigen Informationen in Form von Bauplänen verfügt, mithilfe derer eine Konkretisierung der Sicherung möglicherweise bestehender Ansprüche möglich ist. Die von der Bundesnetzagentur durchgeführten Vor-Ort-Untersuchungen dokumentieren die Baufortschritte zumindest ab dem 07.06.2017, so dass bereits jetzt sicher festgestellt werden kann, dass mindestens Deckschichten bislang nicht vorhanden sind. Inwieweit die bereits jetzt ausgehobenen Gräben die Aufnahme weiterer Telekommunikationsinfrastruktur ermöglichen würden oder ob es dafür neuer Gräben bedarf, kann nach derzeitigem Sachstand nicht sicher beurteilt werden. Insofern stellt der hier gewählte Weg einer risikoorientierten Festschreibung und Absicherung vor weiterem Baufortschritt ein rechtmäßiges Mittel dar.
55. Dieses Mittel der tenorisierten vorläufigen Anordnung ist geeignet, das Ziel einer noch möglichen Baustellenkoordinierung zu erreichen. Ohne diese Anordnung würde der Bau so-

weit wie möglich bis zum Ende des Streitbeilegungsverfahrens weiter betrieben und in der Folge würde eine Situation entstehen, die zumindest spätestens mit Aufbringen von Deckschichten eine Mitverlegung vereiteln würde. Insoweit gilt es hier, den jetzigen Status Quo der Baustelle zumindest in Teilen zu erhalten, um auch weiterhin die Möglichkeit einer Mitverlegung offen zu halten.

56. Das Mittel ist auch erforderlich, um den angestrebten Zweck zu erreichen. Dabei handelt es sich bei der Anordnung um das mildeste Mittel zur Erreichung des angestrebten Zwecks der Rechtesicherung, um sowohl den privaten als auch den öffentlichen Interessen hinreichend Rechnung zu tragen. Dabei ist insbesondere festzuhalten, dass der Antrag der Antragsgegnerin insofern zu weit reicht, als er eine Entscheidung bis zu einer tatsächlich erfolgenden Verlegung der eigenen Telekommunikationsinfrastruktur fordert. Die Entscheidungskompetenz der Bundesnetzagentur für die vorläufige Anordnung folgt akzessorisch der Kompetenz der Entscheidung über die Hauptsache. In der Hauptsache ist ein Streit über die Koordinierung von Bauarbeiten anhängig. Nur bezüglich einer solchen möglicherweise noch anstehenden Koordinierung kann auch eine vorläufige Anordnung getroffen werden. Da die Entscheidung in der Hauptsache sofort vollziehbar ist, gibt es keinen Anlass darüber hinaus noch Aussagen über die mögliche Mitverlegung zu treffen.
57. Sollte es also zu einer Entscheidung kommen, die den Koordinierungsanspruch der Antragsgegnerin annimmt, so würden in der Entscheidung gemäß § 77n Abs. 5 TKG bereits verbindlich Festlegungen über faire und diskriminierungsfreie Bedingungen einschließlich der Entgelte einer zu schließenden Koordinationsvereinbarung getroffen. Ob die Antragsgegnerin unter den dann feststehenden Bedingungen überhaupt noch von ihrem Koordinierungsanspruch Gebrauch machen möchte, muss insoweit offen bleiben. Die Antragsgegnerin kann durch die Entscheidung nicht zu einer Mitverlegung gezwungen werden. Insoweit kann die Rechtesicherung hier in keinem Fall über die verbindliche Festlegung hinausgehen, die im Übrigen noch streitig ist. Zudem ist eine komplette Einstellung aller Bauarbeiten nicht notwendig und geht ggf. ohnehin fehl, da zunächst zu klären wäre, ob die bereits ausgehobenen Gräben noch Kapazitäten für weitere Rohrverbünde bieten oder ob dafür ggf. weitere Gräben ausgehoben werden müssten oder noch andere Umplanungen erforderlich wären. Insoweit ist also nur eine vorläufige Anordnung zu treffen, als diese auch sicherstellen kann, dass eine möglicherweise noch zu erfolgende Mitverlegung zumindest nicht im Risikobereich der Antragsgegnerin liegen kann. Ein Stopp aller Bauarbeiten wäre gerade im Hinblick auf die schwer abschätzbaren Folgen für den gesamten weiteren Bauverlauf ein unangemessenes Mittel im Verhältnis zu dem angestrebten Zweck der Rechteabsicherung durch die Antragsgegnerin. Insoweit die Antragsgegnerin hier angibt, dass nur so die Schaffung breitbandiger Infrastrukturen im Infrastrukturwettbewerb gesichert werden könne, ist festzuhalten, dass auch die Antragsgegnerin die Baupläne mit den Gräben und Leitungswegen nicht kennt und insoweit keine abschließende Einschätzung dazu treffen kann, ob die bereits geplanten und ausgehobenen Gräben für eine Mitverlegung ausreichen. Sie müsste auch in Kauf nehmen, dass ggf. weitere Leitungsgräben entstehen würden, für die sie sich allerdings nicht verantwortlich zeichnen muss.

58. Die von der Antragstellerin in ihrer Verpflichtungserklärung vorgenommene Kostendeckelung bis zu einer Summe von 80.000 € ist hier kein ausreichendes mildestes Mittel. In welcher Höhe hier möglicherweise noch Kosten anfallen, die wegen eines ggf. bestehenden Mitverlegungsanspruch von der Antragstellerin zu tragen wären, kann nicht im Voraus ermittelt werden, so dass auch keine Einschränkung möglich ist. Ob die genannten 80.000 € als Summe ausreichen, um die entstehenden zusätzlichen Aufwände decken zu können, hängt vor allem von der Frage der Art der Verlegung zusätzlicher Leitungen ab. Wenn diese in die noch offenen Gräben eingebracht werden könnten, werden die Kosten entsprechend geringer ausfallen als wenn neue Gräben ausgeschachtet werden müssten. Dies liegt durch die vorgenommene vorläufige Regelung nun aber in der Risikosphäre der Antragstellerin, die für eine generell mögliche nachträgliche Koordinierung von Bauarbeiten zu sorgen hat. Eine kostenmäßige Deckelung kommt in dieser Risikoabwägung nicht in Betracht, da die Antragstellerin damit in der Lage wäre, die Kosten ohne Zutun der Antragsgegnerin über Gebühr in die Höhe zu treiben, was durch die getroffene Regelung gerade verhindert werden soll.
59. Gleichzeitig handelt es sich hier auch deswegen um das mildeste Mittel, weil der Antragstellerin im Hinblick auf die Fortführung der Bauarbeiten überantwortet wird, selbst noch die Entscheidung zu treffen, welche Bauarbeiten ggf. noch durchgeführt werden können oder sollen (auch unter Berücksichtigung einer eventuellen Rückbaumöglichkeit/-pflicht), ohne dass es hier zu einer Vereitelung oder erheblichen Verteuerung eines möglicherweise bestehenden Koordinierungsanspruchs kommen wird. Lediglich was das Aufbringen von Deckschichten angeht, wird eine klare Grenze gezogen, da dabei eine Rückbaumöglichkeit schon aus bisheriger Beurteilung der Beschlusskammer einen zu hohen Aufwand und damit letztlich eine Rechteverletzung der Antragsgegnerin bedeuten könnte. Insofern die Antragstellerin vorträgt, einen generelle Nicht-Vornahme weiterer Baumaßnahmen im Neubaugebiet überhaupt nicht durchsetzen zu können, da sie nur Eigentümerin von rund 50% der Grundstücke sei, spielt diese Einlassung für die Beurteilung der hier in Rede stehenden Anordnung keine Rolle. Die Anordnung bezieht sich nur auf solche Bauarbeiten, die überhaupt für eine Mitverlegung von Leitungstrassen (primär im Straßenkörper) in Frage kommen. Diese werden von der ESB als von der Gemeinde Beauftragte durchgeführt und stehen insoweit auch im Verantwortungs- und Aufsichtsbereich der Gemeinde. Inwiefern hier eigentumsrechtliche Einwendungen der derzeit anstehenden allgemeinen Trassenerschließung entgegenstehen können, erschließt sich aus der bisherigen Sachverhaltsermittlung nicht und dazu wurde auch nichts konkret vorgetragen. Im Gegenteil ist z.B. der vorliegende Vertrag zur Ergänzung des Erschließungs- und städtebaulichen Vertrags eher ein klares Zeichen dafür, dass die Gemeinde hier die ESB AG ausdrücklich anweist, alle Grundstücke nur mit dem einen FTTH-Netz nach den Vorgaben der BLK anzubinden und darüber hinaus keine weiteren Erschließungen vorzunehmen. Zumindest also, was diese vorzunehmende Erschließung angeht, steht diese offenbar ausschließlich in der Verfügungsgewalt der Gemeinde, unabhängig von weiteren Eigentumsverhältnissen und anderen noch durchzuführenden Bauarbeiten, die von dieser Anordnung gar nicht betroffen sein werden.

60. Für die bereits vorliegende Verpflichtungserklärung gilt das oben bereits ausgeführte, so dass diese zwar ein milderer Mittel beinhalten würde, allerdings für den hier angestrebten Zweck nicht als ausreichend angesehen werden kann.
61. Die Anordnung ist auch angemessen bzw. verhältnismäßig im engeren Sinne. Auf der einen Seite steht das Interesse der Antragstellerin, ungehindert weiterbauen zu können und damit auch der von ihr vorgenommenen Wertung, dass eine Koordinierungsanspruch nicht besteht, zur Durchsetzung zu verhelfen. Nur sie hat die Durchführung der Bauarbeiten zur Trassenführung über die ESB zu verantworten und hält eine Koordination für unzumutbar, weswegen die Bauarbeiten unvermindert weiterlaufen sollen. Dagegen steht das Interesse der Allgemeinheit, zum einen die möglicherweise durch die Streitschlichtung entstehenden (zusätzlichen) Kosten im Einzelfall gering zu halten sowie vor allem und vorrangig, dass die zu treffende Entscheidung überhaupt faktisch noch durchsetzbar bleibt. Eine Regelung in der Hauptsache, die letztendlich auf eine faktisch bereits unmöglich gewordene Baustellenkoordination abzielt, wäre unsinnig und würde letztendlich die bereits oben unter 2.3.2.2 bestehenden Abwägungsinteressen unterlaufen.

2.3.4 Bestimmtheit der Anordnung

62. Da in der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit für die vorläufige Anordnung nicht zu klären ist, ob und inwiefern die bereits ausgehobenen Gräben noch den nötigen Platz für die Verlegung weiterer Kabel zulassen oder ob dafür Gräben verbreitert oder Trassenführungen geändert werden müssten, ist der Antragstellerin zu überantworten, darüber selbst zu entscheiden, inwiefern sie die Baumaßnahmen fortführt, ohne dadurch einen möglicherweise bestehenden Koordinierungsanspruch der Antragsgegnerin komplett zu vereiteln. Zumindest dann, wenn eine Deckschicht auf die möglichen Leitungswege verlegt werden soll, ist allerdings anzunehmen, dass dann keine Koordination von Bauarbeiten für eine Mitverlegung mehr möglich ist. Ein solcher Entscheidungsspielraum ist der Antragstellerin durchaus zuzumuten und steht auch nicht der Bestimmtheit der Anordnung entgegen. Die Bestimmtheit ist insoweit auf die Bestimmbarkeit reduziert. Die Antragstellerin ist selbst durch die Planverantwortlichkeit am besten in der Lage, bereits jetzt Einschätzungen dazu zu treffen, welche Koordination notwendig wäre und wie eine Trassenführung ggf. angepasst oder geändert werden müsste, um eine mögliche Mitverlegung noch durchführen zu können und welche Mehrkosten sie ungünstigstenfalls infolge ihrer Entscheidung zu tragen hat. Dass letztlich vor allem die Deckschichten dazu führen würden, dass neuerliche Tiefbauarbeiten erforderlich wären, um bereits geschlossene Schichten wieder aufzureißen, liegt dabei auf der Hand.

3 Rechtsbehelfsbelehrung

63. 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).

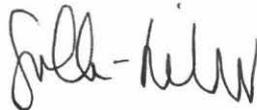
64. Die Klage ist schriftlich, zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr bei den Verwaltungsgerichten und Finanzgerichten im Lande Nordrhein-Westfalen (ERVVO VG/FG – vom 07.11.2012, GV. NRW. S. 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.
65. 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.
66. Eine Klage hat keine aufschiebende Wirkung (§ 137 Abs. 1 TKG).

Vorsitzender



Dommermuth

Beisitzerin



Gille-Lindhorst

Beisitzer



Dr. Haslinger