



Bundesnetzagentur

Beschlusskammer 11

BK11-17/020

Beschluss

**in dem Streitbeilegungsverfahren
aufgrund des Antrages vom 20. 12. 2017**

**der Telekom Deutschland GmbH,
Landgrabenweg 150, 53227 Bonn,
vertreten durch die Geschäftsführung,**

– Antragstellerin –

gegen

**1. die SEG Stadtentwicklungsgesellschaft Wiesbaden mbH,
Konrad-Adenauer-Ring 11, 65187 Wiesbaden,
vertreten durch die Geschäftsführung,**

– Antragsgegnerin zu 1 –

**2. die Landeshauptstadt Wiesbaden,
Schlossplatz 6, 65183 Wiesbaden,
vertreten durch den Oberbürgermeister,**

– Antragsgegnerin zu 2 –

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),
Eduard-Pflüger-Straße 58, 53113 Bonn
vertreten durch den Vorstand,
– Beigeladene zu 3 –
4. EWE TEL GmbH,
Cloppenburger Straße 310, 26133 Oldenburg,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 4 –
5. NetCologne GmbH,
Am Coloneum 9, 50829 Köln,
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 e. V. (VATM),
Frankenwerft 35, 50667 Köln,
vertreten durch den Vorstand,
– Beigeladene zu 7 –
8. 1 & 1 Versatel GmbH,
Niederkasseler Lohweg 181-183, 40547 Düsseldorf,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 8 –
9. net services GmbH & Co. KG,
c/o next id GmbH
Konrad-Zuse-Platz 5, 53227 Bonn
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 9 –

10. M-net Telekommunikations GmbH,
Am Plärrer 35, 90443 Nürnberg,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 10 –
11. Vodafone GmbH,
Ferdinand-Braun-Platz 1, 40549 Düsseldorf
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 11 –
12. HochrheinNET GmbH,
Gemeindezentrum 1, 79790 Küssaberg,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 12 –
13. Unitymedia GmbH,
Aachener Straße 746-750, 50933 Köln,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 13 –
14. s&p (seim & partner) Beratungs- und Planungsgesellschaft mbH,
Tanusstraße 54, 65183 Wiesbaden,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 14 –

Verfahrensbevollmächtigte

- | | |
|------------------------------|---|
| der Antragstellerin | AULINGER Rechtsanwälte, Notare,
Partnerschaftsgesellschaft mbB,
Josef-Neuberger-Straße 4, 44787 Bochum, |
| der Antragsgegnerinnen | GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB,
Ulmenstraße 30, 60325 Frankfurt/Main, |
| der Beigeladenen zu 5 und 10 | Juconomy Rechtsanwälte,
Mörsenbroicher Weg 200, 40470 Düsseldorf,
Partnerschaft mbB, |

hat die Beschlusskammer 11 – Nationale Streitbeilegungsstelle des DigiNetz-Gesetzes
– der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisen-
bahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

durch

die Vorsitzende Dr. Cara Schwarz-Schilling,

die Beisitzerin Stefanie Gille-Lindhorst und

den Beisitzer Dr. Sebastian Haslinger

auf die mündliche Verhandlung vom 2. 2. 2018 beschlossen:

1. Die Antragsgegnerinnen zu 1 und 2 werden verpflichtet, eine Koordinierung der Bauarbeiten mit dem Ziel der Mitverlegung des digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes der Antragstellerin im Neubaugebiet Hainweg in 65205 Wiesbaden-Nordenstadt mit den dort zu errichtenden Versorgungsnetzen vorzunehmen.
2. Die Antragsgegnerinnen zu 1 und 2 werden verpflichtet, innerhalb von zwei Wochen ab Zugang einer Erklärung der Antragstellerin nach Tenorziffer 10, dass die Antragstellerin im Lichte der Kostenentscheidung an ihrer Mitverlegungsabsicht festhalte, gegenüber der Beschlusskammer den Beginn der Koordinierung in schriftlicher oder elektronischer Form anzuzeigen. In der Anzeige ist mitzuteilen, welche Koordinierungsmaßnahmen ergriffen, und welche Schritte zur Anpassung der bisherigen Planungen unternommen worden sind, um eine Mitverlegung des digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes der Antragstellerin im Neubaugebiet Hainweg in 65205 Wiesbaden-Nordenstadt zu ermöglichen. Mit der Anzeige ist der Beschlusskammer auch ein Plan zum Ablauf der weiteren Koordinierung oder der Entwurf bzw. eine zwischenzeitlich abgeschlossene Koordinierungsvereinbarung vorzulegen.
3. Für den Fall, dass die Antragsgegnerinnen der Anordnung in Tenorziffer 2 Satz 1 nicht fristgerecht nachkommen, wird ihnen gemäß § 133 Abs. 4 i. V. m. § 126 Abs. 2, 5, 6 TKG i. V. m. § 13 Abs. 1, 17 VwVG die Festsetzung eines Zwangsgeldes in Höhe von jeweils 25.000 € angedroht.
4. Die Antragsgegnerinnen werden verpflichtet, die Mitverlegung des digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes der Antragstellerin im Neubaugebiet Hainweg in 65205 Wiesbaden-Nordenstadt zu dulden.
5. Die Antragsgegnerinnen werden verpflichtet, es zu unterlassen, bis zum Abschluss der Mitverlegung Bauarbeiten durchzuführen, die die Mitverlegung von Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze faktisch, insbesondere durch Versehen der leitungsführenden Straßen und Wege des Baugebiets mit einer Deckschicht, verhindern würden.
6. Für den Fall, dass die Antragsgegnerinnen der Anordnung in Tenorziffer 5 nicht nachkommen, wird ihnen gemäß § 133 Abs. 4 i. V. m. § 126 Abs. 2, 5 TKG i. V. m. § 13 Abs. 1, 17 VwVG die Festsetzung eines Zwangsgeldes in Höhe von jeweils 100.000 € angedroht.
7. Die Antragstellerin hat die gegenüber den ursprünglich geplanten Bauarbeiten aufgrund der Mitverlegung zusätzlich entstehenden Kosten zu tragen. Maßgeblich ist der letzte Planungsstand der Antragsgegnerinnen vor dem 12. 10. 2017.
8. Die Antragstellerin hat die Kosten für den Tiefbau unterhalb des Straßenkörpers folgendermaßen zu tragen: Sofern sie einen eigenen Graben nutzt, trägt sie die Kosten alleine. Sollte sie innerhalb einer Leitungszone mit anderen Parteien ihre

Infrastrukturen in einem gemeinsamen Graben einbringen, sind die Kosten für Tiefbauleistungen zu gleichen Teilen von den Beteiligten zu tragen.

9. Die Antragstellerin hat die Kosten zu tragen, die durch von ihr zu verantwortende Verzögerungen nach Erklärung ihrer Mitverlegungsabsicht gemäß Ziffer 10 entstehen.
10. Die Antragstellerin muss bis spätestens zum 4. 5. 2018 eine verbindliche Erklärung gegenüber der Antragsgegnerin und der Beschlusskammer abgeben, ob sie an ihrer Mitverlegungsabsicht im Lichte der Kostenentscheidung unter Ziffern 7 bis 9 festhält.
11. Im Übrigen werden die Anträge abgelehnt.

1 Sachverhalt

1. Die Landeshauptstadt Wiesbaden – Antragsgegnerin zu 2 – erschließt derzeit das Neubaugebiet Hainweg in Wiesbaden-Nordenstadt. Sie hat dazu einen Erschließungsträger, die SEG Stadtentwicklungsgesellschaft Wiesbaden mbH – Antragsgegnerin zu 1 –, beauftragt. Bei der Antragsgegnerin zu 1 handelt es sich um eine mittelbare Beteiligungsgesellschaft der Antragsgegnerin zu 2, vermittelt über die WVV Wiesbaden Holding GmbH (vollständig im Eigentum der Antragsgegnerin zu 2) sowie über die WIM Wiesbadener Immobilienmanagement GmbH (vollständig im Eigentum der WVV Wiesbaden Holding GmbH). Die mittelbare Beteiligung der Antragsgegnerin zu 2 an der Antragsgegnerin zu 1 umfasst über die WIM Wiesbadener Immobilien Management GmbH einen Anteil von 94,9 %, den weiteren Anteil von 5,1 % hält die Antragsgegnerin zu 2 unmittelbar. Gemäß des Beteiligungsberichts der Antragsgegnerin zu 1 handelt es sich um ein Unternehmen, das gemäß § 121 Abs. 2 Hessische Gemeindeordnung nicht auf eine wirtschaftliche Betätigung gerichtet ist und dessen Unternehmensgegenstand die Vorbereitung und Durchführung von Maßnahmen der Stadtentwicklung auf der Grundlage städtebaulicher Entwicklungskonzepte und nach Vorgaben der Antragsgegnerin zu 2 ist.
2. In dem hier streitgegenständlichen Baugebiet Hainweg entstehen laut Angaben im Internet maximal 650 Wohneinheiten. Ca. 25 % des Baulandes sind vorgesehen für öffentliche Erschließungsstraßen und Grünflächen. Die Stadtverordnetenversammlung Wiesbaden beschloss am 15. 12. 2016 den Bebauungsplan Wohngebiet Hainweg sowie die Änderung des Flächennutzungsplans für den Bereich Hainweg und den Vertrag zwischen der Antragsgegnerin zu 2 und der Antragsgegnerin zu 1 als Entwicklerin für das Neubaugebiet.
3. Mit E-Mail und Schreiben vom 19. 4. 2016 forderte das Stadtplanungsamt der Antragsgegnerin zu 2 die Deutsche Telekom Technik GmbH als Trägerin öffentlicher Belange im Rahmen ihrer Bauleitplanung gemäß § 4 BauGB auf, zur Aufstellung des Bebauungsplans für das Wohngebiet Hainweg Stellung zu nehmen.
4. Die Deutsche Telekom Technik GmbH antwortete mit per E-Mail versandtem Schreiben vom 19. 5. 2016, dass die Antragstellerin als Netzeigentümerin und Nutzungsberechtigte gemäß § 68 Abs. 1 TKG die Deutsche Telekom Technik GmbH beauftragt und bevollmächtigt habe, alle Rechte und Pflichten der Wegesicherung wahrzunehmen sowie alle Planverfahren Dritter entgegenzunehmen und dementsprechend die erforderlichen Stellungnahmen abzugeben. Die Stellungnahme beinhaltete die Aussage, dass sich im Planbereich noch keine Telekommunikationslinien der Antragstellerin befänden und man im Hinblick auf die möglichst geringen Aufwendungen bei der Verwirklichung des Bebauungsplans darum bitte, bestimmte Belange in den Bebauungsplan mit aufzunehmen. Dazu zählten in allen Straßen bzw. Gehwegen geeignete und ausreichende Trassen mit einer Leitungszone von ca. 30 cm Breite für die Unterbringung

der Telekommunikationslinien der Antragstellerin vorzusehen, bei Baumbepflanzungen sicherzustellen, dass die Telekommunikationslinien nicht behindert würden sowie eine Ablehnung der Überbauung der Telekommunikationslinien. In dieser Stellungnahme bat man darum, zum Zweck der Koordinierung mitzuteilen, welche eigenen oder bekannten Maßnahmen Dritter stattfinden würden. Zudem teilte man mit, dass es für den rechtzeitigen Ausbau des Telekommunikationsnetzes sowie für die Koordinierung mit dem Straßenbau und den Baumaßnahmen anderer Leitungsträger notwendig sei, dass Beginn und Ablauf der Erschließungsmaßnahmen bei der Deutschen Telekom Technik GmbH angezeigt werden sollten. Man bat im Übrigen darum, sicherzustellen, dass eine rechtzeitige und einvernehmliche Abstimmung der Lage und der Dimensionierung der Leitungszonen vorgenommen werde und eine Koordinierung der Tiefbaumaßnahmen für Straßenbau und Leitungsbau durch den Erschließungsträger erfolge.

5. Nach dieser Bekundung einer Ausbauabsicht erfolgte eine Kontaktaufnahme durch die Antragsgegnerin zu 1 an die Antragstellerin mit Mail vom 8. 8. 2016 unter dem Hinweis darauf, dass sie als kommunales Unternehmen für städtebauliche Entwicklungsmaßnahmen, Bauträgertätigkeit und Projektsteuerungsleistungen mit der Betreuung und Durchführung des Verfahrens zur Entwicklung des Wohngebietes Hainweg beauftragt sei. In diesem Zusammenhang gab man von Seiten der Antragsgegnerin zu 1 an, in Bezug auf die geplante Medienversorgung, Kontakt zur Antragstellerin aufnehmen und ein Informationsgespräch führen zu wollen.
6. Ausweislich einer Mail vom 22. 8. 2016 übersandte die Deutsche Telekom Technik GmbH Pläne mit Trassenvorschlägen, wonach man sieben Standorte für Verteiler benötige und nach derzeitiger Planung vorhabe, das Neubaugebiet mit FTTH-Technik auszubauen.
7. Mit per Mail übersandtem Schreiben vom 13. 9. 2016 informierte die Antragstellerin die Antragsgegnerin zu 1 über die beabsichtigte Telekommunikationsversorgung des Neubaugebiets mittels Festnetz FTTH-Technologie. Im Rahmen des Ausbaus werde zunächst die Verlegung des Glasfaserkabels von der Betriebsstelle der Antragstellerin zu den Glasfaser-Netzverteilern und der Aufbau der Glasfaser-Netzverteiler erfolgen. Die erforderlichen Baumaßnahmen würden nach Möglichkeit mit den anderen Versorgern ausgeführt. Es folgten Hinweise zur Weitergabe an die Bauherren bzgl. der Inhouse-Verkabelung. Beigefügt war diesem Schreiben eine „Nutzungsvereinbarung für lichtwellenbasierte Grundstücks- und Gebäudenetze“ der Antragstellerin, die einen Auftrag zur Herstellung eines Telekommunikationsnetzes an die Antragstellerin beinhaltete und von den Vertretern der Antragstellerin bereits unterschrieben war.
8. Mit Mail und angehängtem Schreiben vom 24. 1. 2017 übersandte die Deutsche Telekom Technik GmbH im Auftrag der Antragstellerin einen Antrag auf Zustimmung der Antragsgegnerin zu 2 als Trägerin der Wegebauast nach § 68 TKG für die Durchführung einer Baumaßnahme von neuen Telekommunikationslinien in Wiesbaden-Nordenstadt, Neubaugebiet Hainweg. Ausweislich einer Fax-Antwort der Antragsgegnerin zu 2 vom 15. 2. 2017 stimmte diese als Trägerin der Baulast gemäß § 68 der Er-

schließung des Neubaugebiets Hainweg durch die Antragstellerin zu. Projektleiter sei in diesem Fall die Antragsgegnerin zu 1, die auch bis zur Übernahme der Straßen durch die Antragsgegnerin zu 2 als Eigentümerin gelte. Die Planung sei insofern mit dieser abzustimmen. Aus einer beigefügten Notiz ging hervor, dass die Antragsgegnerin zu 1 gemäß eines städtebaulichen Vertrags mit der Koordination der Versorgungsträger betraut und bis zur Widmung der Straßen auch als Eigentümer bzw. Projektentwickler die Verfügung über die späteren öffentlichen Flächen habe. Die Notiz enthielt den Hinweis, dass die Planung mit der Antragsgegnerin zu 1 in Person von Herrn Schneider abzustimmen sei. Leitungsführung und Standorte seien von der Lage her noch nicht genau definiert und aus technischer und gestalterischer Sicht werde empfohlen, eine ganzheitliche Betrachtungsweise und Bündelung erforderlicher Verteilerkästen für das gesamte Neubaugebiet anzuwenden.

9. Mit Schreiben vom 10. 7. 2017 erklärte die Antragsgegnerin zu 1 der Deutschen Telekom Technik GmbH, dass man bei einem Termin im Oktober 2016 vereinbart habe, dass diese der Antragsgegnerin zu 1 ein Angebot zur Erschließung des in Rede stehenden Baugebiets vorlege. Dieses sollte für eine Entscheidung über die Vergabe an einen Anbieter zugrunde gelegt werden. Ein solches Angebot sei aber trotz Nachfrage nicht vorgelegt worden, so dass man im Hinblick auf die zügige Erschließung entschieden habe, sich bei der Versorgung des Baugebiets eines anderen Anbieters für Telekommunikation zu bedienen, um die Versorgungssicherheit zu gewährleisten. Man wies darauf hin, dass die Erschließung auf privatem Grund erfolge und eine öffentliche Widmung erst mit Fertigstellung der Straßen und Übergabe an den öffentlichen Verkehr stattfinde. Die Erschließungsplanung und Trassenkoordinierung der unterschiedlichen Versorger sei abgeschlossen und die Ausführung der Arbeiten werde voraussichtlich im September beginnen. Insoweit würden die Leistungen der Telekom zur Erschließung des Baugebiets mit Lichtwellenleitern (LWL) nicht benötigt.
10. Es folgten Gespräche zwischen den Beteiligten, in deren Verlauf es auch zu Kontaktaufnahmen zwischen der Antragstellerin und der WITCOM (Wiesbadener Informations- und Telekommunikationsgesellschaft mbH) kam. Die WITCOM befindet sich vollständig im Eigentum der ESWE Versorgungs AG, an der die Antragsgegnerin zu 2 über die hundertprozentige Tochter WVV Wiesbaden Holding GmbH eine Mehrheitsbeteiligung in Höhe von 50,62 % hält. Die WITCOM ist gemäß den Angaben der Antragsgegnerinnen mit Planung, Vermarktung und Instandhaltung der im Neubaugebiet entstehenden Glasfaserinfrastruktur beauftragt. In den Gesprächen wurde angegeben, dass eine Mitnutzung der Telekommunikationsinfrastruktur der WITCOM nicht möglich sei, da diese nur für den eigenen Bedarf ausbaue.
11. Am 28. 8. 2017 nahm Herr Geißler, ein Mitarbeiter der Antragstellerin aus dem Infrastrukturvertrieb, erstmalig Kontakt zur Beschlusskammer 11 auf und schilderte Probleme bei der Koordinierung in einem Baugebiet in Wiesbaden. Diese werde nach anfänglich konstruktiven Gesprächen abgelehnt und man habe nunmehr die Beschlüsse BK11-17/001 und 002 gesehen, die ja eine ähnliche Fallkonstellation abbildeten. Die

Beschlusskammer verwies auf die Einzelfallbetrachtung und dass eine umfassende Überprüfung der Voraussetzungen für eine Koordinierung gemäß § 77i TKG nur anhand vorliegender näherer Informationen bzw. konkreter Anträge vorgenommen werden könne. Herr Geißler wollte sich daraufhin noch einmal weiter um die Koordinierung bemühen.

12. Mit Mail vom 30.8.2017 wies Herr Geißler die Antragsgegnerin zu 1 noch einmal darauf hin, dass man an einer gütlichen Einigung interessiert sei und – nachdem eine Möglichkeit der Mitnutzung von der WITCOM abgelehnt worden sei – die Anforderung bestehen bleibe, die Wohneinheiten im Baugebiet direkt mit Glasfaserleitungen per FTTH zu versorgen. Er wies in der Mail auf die Möglichkeiten der Streitbeilegung hin.
13. Auf diese Mail reagierte die Antragsgegnerin zu 1 mit Schreiben vom 5. 10. 2017 und teilte mit, dass man nach sorgfältiger Prüfung der Sach- und Rechtslage dem Anliegen auf eine Koordinierung der Bauarbeiten nicht entsprechen könne, da die Voraussetzungen des § 77i TKG nicht erfüllt seien. Die Baugebietserschließung erfolge allein auf privatwirtschaftlicher Grundlage und dementsprechend bestehe die Pflicht zur Koordinierung nicht. Im Übrigen sei auch kein ordnungsgemäßer Koordinierungsantrag eingereicht worden, der ohnehin unzumutbar wäre, da die Erschließungsplanung für das Baugebiet mittlerweile im Wesentlichen abgeschlossen sei und ein weiteres Gewerk einen erheblichen zusätzlichen Planungsaufwand mit den damit verbundenen erheblichen Zusatzkosten und einer deutlichen zeitlichen Verzögerung der Baugebietserschließung insgesamt zur Folge hätte. In weiten Teilen des Baugebiets bestünden außerdem aus Platzgründen keine Kapazitäten für die beabsichtigte Verlegung von Glasfaserleitungen. Daneben seien die geplanten Wohneinheiten im Baugebiet bereits mit Glasfaser ausgestattet und der geplante Ausbau würde insoweit zu einem Überbau und damit zu einer Doppelung der geplanten Glasfaserinfrastruktur führen, was durch das DigiNetz-Gesetz nicht bezweckt und unwirtschaftlich sei.
14. Auf dieses Schreiben reagierte die Rechtsabteilung der Deutschen Telekom AG in Vertretung für die Deutsche Telekom Technik GmbH als Vertreterin der Antragstellerin mit Schreiben vom 12. 10. 2017 an die Antragsgegnerin zu 1. Darin bezieht sie sich zum einen darauf, dass man bereits am 19. 5. 2016 im Rahmen der Aufstellung des Bebauungsplans, also bereits weit vor Inkrafttreten des DigiNetz-Gesetzes, die Absicht zur Verlegung von Telekommunikationslinien im Neubaugebiet mitgeteilt habe. In der Folge habe man auch Trassenpläne per Mail im August 2016 übermittelt, so dass auch konkret bekannt gewesen sei, wie man den Ausbau mit welchen Komponenten plane. Mit der Zustimmung der Antragsgegnerin zu 2 gemäß § 68 TKG am 15. 2. 2017, bei der man hinsichtlich der Koordinierung nochmals ausdrücklich auf die Antragsgegnerin zu 1 verwiesen habe sowie spätestens mit einer Mail vom 13. 9. 2016, bei der man um Informationen über den Baubeginn und die Anberaumung eines Koordinierungsgesprächs gebeten habe, seien mithin das Koordinierungsverlangen sowie auch die konkret geplanten Arbeiten bekannt gewesen. Der guten Ordnung halber beantragte die Deutsche Telekom AG für die Antragstellerin in diesem Schreiben nunmehr noch ein-

mal die Koordinierung von Bauarbeiten im gesamten Neubaugebiet Hainweg und wies auf die geplante Erschließung mit Speednetrohrverbänden im Bereich der Gehwege bis in die Gebäude hin. Je nach Anforderung würden wie üblich ein oder mehrere 8fach-Verbände (Außendurchmesser ca. 30 mm) oder 22fach-Verbände (Außendurchmesser ca. 45 mm) verlegt. Falls gewünscht, könnten auf die zu versorgenden Grundstücke jeweils eine ca. 1 m lange Vorstreckung mit 2 Speednetröhrchen eingebracht werden, um spätere Aufgrabungen in Gehwegen und ggf. Straßen zu vermeiden. Je nach Einteilung der geplanten Wohn- und Geschäftseinheiten sei der Aufbau von 7 oder 8 Netzverteilerkästen erforderlich, an denen die Speednetrohrverbände für den Bereich gebündelt und an das Backbonenetz angebunden würden. Straßenübergänge sollten mit Kabelrohren bestückt werden.

15. Weiter führte die Deutsche Telekom AG für die Antragstellerin in dem Schreiben aus, dass es sich auch um öffentlich finanzierte Bauarbeiten handele, da es nicht auf das gesellschaftsrechtliche Konstrukt oder auf die zivilrechtliche Gestaltung etwaiger Leistungsverträge, sondern auf die Herkunft der verwendeten Mittel ankomme. Sowohl die Antragstellerin zu 1 als auch die WITCOM seien städtische und somit gemäß §§ 121 ff. HGO zu führende und mit gemeindlichen Einzahlungen zu versehende Gesellschaften der Antragstellerin zu 2, womit die Bauarbeiten letztlich zumindest teilweise öffentlich finanziert seien. Das Argument des fehlenden Platzes sei angesichts der geringen Abmessungen der Rohre sowie der fehlenden Übertragbarkeit des Versagungsgrundes gemäß § 77g Abs. 2 TKG bei einer Koordinierung von Bauarbeiten nicht einschlägig. Auch die vorliegend entstehenden zusätzlichen Kosten seien geringfügig, weil man bei rechtzeitiger ordnungsgemäßer Koordinierung lediglich weitere Leerrohre in die Verlegung der ohnehin offenen Baugrube hätte berücksichtigen müssen. Etwaige Mehrkosten, die nunmehr aufgrund des ohne Berücksichtigung des Koordinierungsverlangens erfolgenden Fortgangs von Planung und Bau aufkämen, wären durch die Antragsgegnerin zu 1 zu vertreten und könnten insofern nicht zur Begründung einer Unzumutbarkeit herangezogen werden. Im Hinblick auf den ins Feld geführten Überbau käme dies – in Anlehnung an die Beschlüsse BK11-17/001 und 002 – hier nicht zum Tragen, da es nicht um eine Mitnutzung, sondern einen Fall der Koordinierung ginge, auf den die Versagungsgründe gemäß § 77g TKG gerade keine Anwendung fänden. Insoweit scheidet ein Verweis auf den bereits geplanten Open Access der WITCOM aus, ein Verweis auf diese Nutzung sei auch mit Blick auf §§ 19, 20 GWB ein verbotenes Verhalten.
16. Auf diese Einlassung hin antwortete der Bevollmächtigte der Antragsgegnerin zu 1 mit Schreiben vom 6. 11. 2017 und lehnte einen Koordinierungsanspruch ab, da ein ordnungsgemäßer Antrag auf Koordinierung gemäß § 77i TKG weiterhin nicht vorliege. Die Mails aus den Jahren 2016 und 2017 – insbesondere auch das mit Mail übermittelte, nicht unterschriebene Schreiben vom 19. 5. 2016 zur Abgabe der Erklärung als Träger öffentlicher Belange im Bauverfahren – genügten nicht dem Formerfordernis gemäß § 77i TKG, wonach ein Antrag schriftlich erfolgen müsse. Die elektronische Form erfordere eine elektronische Signatur, die die mit Mail übersandten Schreiben nicht beinhalte.

tet hätten. Im Übrigen wäre der Antrag, selbst wenn er an die Antragstellerin zu 1 übermittelt worden wäre, vor Inkrafttreten des § 77i TKG nicht zu bescheiden gewesen. Sowohl die Mails vom 22. 8. 2016 als auch vom 13. 9. 2016 enthielten keinen ordnungsgemäßen Antrag, sondern vielmehr eine Aufforderung zur Abgabe eines Angebots für einen privatrechtlichen Vertrag zur Erschließung des Neubaugebiets mit Telekommunikationsinfrastruktur. Im Übrigen sei anhand der Korrespondenz unklar, welche juristische Person eine Erklärung abgegeben habe und ob dies in eigenem oder fremdem Namen erfolgt sei und wer ggf. einen Antrag auf Koordinierung stellen wollte. Aus einer etwaig erteilten Zustimmung gemäß § 68 TKG könne kein wirksamer Antrag zur Koordinierung abgeleitet werden. Auch im Schreiben vom 30. 8. 2017 sei kein Antrag erkennbar, da es an der hinreichenden Konkretisierung über Art und Umfang der zu koordinierenden Bauarbeiten sowie der zu errichtenden Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze fehle. Zuletzt liege auch im Schreiben vom 13. 10. 2017 kein ordnungsgemäßer Antrag vor, da nicht deutlich sei, ob die Erklärung im eigenen oder fremden Namen abgegeben und insofern mangels Bestimmtheit unwirksam sei. Vorsorglich weise man darauf hin, dass die Antragsgegnerin zu 1 weder Eigentümerin noch Betreiberin eines öffentlichen Versorgungsnetzes sei, da das Straßenverkehrsnetz im Entstehen begriffen sei und im alleinigen Eigentum der Landeshauptstadt Wiesbaden stehen werde und das Telekommunikationsnetz im Eigentum der WITCOM, jedenfalls nicht im Eigentum der Antragstellerin zu 1 stehen werde. Die Baugebietserschließung erfolge allein auf privatwirtschaftlicher Grundlage, ausweislich des Städtebaulichen Vertrages vom 26. 9. 2016 habe die Antragstellerin zu 1 die Erschließung vollständig auf eigene Kosten vorzunehmen. Gemeindliche Einzahlungen und öffentlich finanzierte Beihilfen zum Netzausbau würden nicht gewährt.

17. Im Übrigen seien auch die Regelbeispiele des § 77i Abs. 3 S. 1 und 2 TKG erfüllt, da es aufgrund der abgeschlossenen Ausführungsplanungen zu einer erheblichen Verzögerung der Bauarbeiten und den damit verbundenen unverhältnismäßigen Zusatzkosten käme und die Kontrolle über die übrige Koordinierung der Bauarbeiten wesentlich behindert würde. Im Falle einer Koordinierung müssten neue Trassenkoordinierungstermine mit sämtlichen Projektbeteiligten anberaunt und durchgeführt werden sowie neue Vereinbarungen über die Herstellung der erforderlichen Gräben und die für Anfang November 2017 vorgesehene EU-weite Ausschreibung der entsprechenden Aufträge zur Erschließung des Baugebiets verschoben werden. Der Zeitplan, wonach Anfang Januar 2018 mit den Bauarbeiten begonnen werden müsse, um vereinbarte Fertigstellungstermine einzuhalten, würde durch eine Koordinierung vereitelt. Da eine Antragstellung bis heute nicht erfolgt sei, liege auch kein „so früh wie möglich“ gestellter Antrag mehr vor, auch bei Annahme des Antrags im Schreiben vom 13. 10. 2017 sei dies nicht mehr rechtzeitig erfolgt. Man habe anlässlich einer Besprechung im Oktober 2016 mitgeteilt, dass man von verschiedenen Anbietern Angebote für die Erschließung des Neubaugebiets im Wege eines sog. „Betreibermodells“ einholen und auf dieser Grundlage eine Auswahl treffen wolle. Die Übersendung eines solchen Angebots sei nicht erfolgt, weswegen man die WITCOM mit der Telekommunikationserschließung des

Neubaugebiets beauftragt habe. Dabei sei nunmehr geplant, dass für das Telekommunikationsnetz im Wesentlichen zwei größere Verteilungen mit Aktivkomponenten errichtet würden, für die zwei gesonderte Standorte vorgesehen seien, die für weitere Telekommunikationslinien keinen Platz böten. Der von der Antragstellerin übersandte Trassenplan mit zahlreichen, groß dimensionierten Verteilerkästen würde diese Planung konterkarieren und sei auch insofern unzumutbar. Außerdem würde bei Gewährung einer Mitverlegung gegen die von der Antragsgegnerin zu 2 erteilten Auflagen im Hinblick auf die Mindestabstände im Bereich der Baumstandorte von 2,50 m zu den verlegenden Versorgungsleitungen in den Planstraßen 4 bis 8 verstoßen. Weitere Trassen seien aufgrund des kleinen Straßenquerschnitts und der hohen Trassenbelegung nicht verfügbar. Die Antragsgegnerin zu 1 mache ebenso wie die Antragstellerin selbst im Übrigen geltend, dass bei Überbauung von Telekommunikationslinien Bau, Unterhaltung und Erweiterung verhindert werde und ein erhebliches Schadensrisiko bestehe. Man stelle sich im Übrigen auch auf den Standpunkt, dass der Rechtsgedanke des Überbau-Schutzes gemäß § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG auch in Fällen der Koordinierung Anwendung finden könne, bei denen die Errichtung weiterer Glasfasernetze unwirtschaftlich und insofern vom Sinn und Zweck des DigiNetz-Gesetzes nicht gedeckt sei. Ein möglicherweise geltend gemachter Unterlassungsanspruch gemäß §§ 19, 20 GWB entbehre jeder Grundlage, da eine Nutzung des Open Access der WITCOM in Betracht komme und man auch keine pauschale Erklärung abgegeben habe, die der Antragstellerin den Zugang zum Baugebiet verwehre.

18. Die Antragstellerin, vertreten durch die Geschäftsführung (Verfahrensbevollmächtigte Aulinger Rechtsanwälte), hat mit Schreiben vom 20. 12. 2017, eingegangen bei der Bundesnetzagentur am gleichen Tag, einen Antrag auf Beilegung des Streits mit den Antragsgegnerinnen (Verfahrensbevollmächtigte Görg Rechtsanwälte) mit folgendem Inhalt gestellt:

„Die Antragsgegnerinnen werden verpflichtet, eine Koordinierung von Bauarbeiten zur Mitverlegung des digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes der Antragstellerin im Neubaugebiet „Wohngebiet Hainweg Wiesbaden-Nordenstadt“ in 65205 Wiesbaden mit den dort zu errichtenden Versorgungsnetzen, insbesondere dem im Aufbau befindlichen Glasfasernetz der WITCOM Wiesbadener Informations- und Telekommunikations GmbH vorzunehmen.“

19. Der Anträge sind auf Homepage der Bundesnetzagentur (einheitliche Informationsstelle/ Streitbeilegungsverfahren nach § 77n TKG) sowie im Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 1 vom 10. 1. 2018 als Mitteilung Nr. 4 veröffentlicht worden.
20. Sie begründet ihren Antrag damit, dass sie sowohl vor als auch nach Inkrafttreten des DigiNetz-Gesetzes einen ordnungsgemäßen Antrag auf Koordinierung von Bauarbeiten gemäß § 77i TKG gestellt habe. Dieser sei zuerst gegenüber der Antragsgegnerin zu 2 gestellt worden, jedoch dann gegenüber der Antragsgegnerin zu 1 weiter verfolgt worden, nachdem die Antragsgegnerin zu 2 die Antragstellerin wegen der Koordinierung an die Antragsgegnerin zu 1 verwiesen habe. Trotz des von Anfang an bekannten Interesses und der Bereitschaft der Antragstellerin, das Baugebiet Hainweg mit Glasfa-

ser zu erschließen, habe die Antragsgegnerin zu 1 wegen eines angeblich fehlenden Angebots der Antragstellerin der WITCOM den Zuschlag erteilt und verweigere nunmehr unter Missachtung von § 77i Abs. 3 TKG eine Koordinierung von Bauarbeiten.

21. Die Antragsgegnerin zu 1 sei als mittelbare Beteiligungsgesellschaft der Antragsgegnerin zu 2 Eigentümerin zahlreicher Flurstücke im Neubaugebiet und somit auch Eigentümerin einer entstehenden physischen Infrastruktur für die öffentliche Bereitstellung von Verkehrsdiensten i. S. v. § 3 Nr. 16b b) TKG. Im Umfang ihres Eigentums sei auch die Antragsgegnerin zu 2 Eigentümerin eines öffentlichen Versorgungsnetzes. Die in Rede stehenden Bauarbeiten würden zumindest teilweise aus öffentlichen Mitteln finanziert, was nicht nur in den Beteiligungsverhältnissen zwischen den beiden Antragsgegnerinnen begründet liege, sondern auch in der Aufgabe der Antragsgegnerin zu 1 als kommunales Unternehmen städtebauliche Entwicklungen durchzuführen und Dienstleistungsaufträge aus dem kommunalen Bereich zu übernehmen. Gemäß dem Geschäftsbericht für das Geschäftsjahr 2016 obliege die Ausführung der baulichen Tätigkeiten im Entwicklungsgebiet Hainweg der Antragsgegnerin zu 1 gemäß einer vertraglichen Vereinbarung, teilweise auch als Dienstleister für die Antragsgegnerin zu 2, wofür sie entsprechend der Flächenanteile der Antragsgegnerin zu 2 auch eine Vergütung erhalte. Neben der Frage der Kapitalausstattung der Antragsgegnerin zu 1 könne eine kommunale Eigengesellschaft grundsätzlich nicht bestreiten, Bauarbeiten aus öffentlichen Mitteln auszuführen.
22. Ein formwirksamer Antrag liege insofern vor, als die Antragstellerin von Beginn an, also bereits als Trägerin öffentlicher Belange im Rahmen der Beteiligung gemäß § 4 BauGB im Schreiben vom 19. 5. 2016 ausdrücklich den Koordinierungswunsch formuliert habe – bereits vor Inkrafttreten des DigiNetz-Gesetzes. Das Vorhaben sei dann am 22. 8. 2016 mit Vorlage von Trassenplänen konkretisiert worden, weitere Detailinformationen hätten am 13. 9. 2016 vorgelegen. Unabhängig davon sei spätestens mit Schreiben vom 12. 10. 2017 ein Antrag auf Koordinierung auch noch einmal ausdrücklich gestellt worden, der Art und Umfang der zu koordinierenden Bauarbeiten benannt habe. Der Koordinierungsantrag sei auch zumutbar, da die Bauarbeiten im Wesentlichen noch nicht begonnen hätten und zusätzliche Kosten für die Berücksichtigung der äußerst gering dimensionierten FTTH-Infrastruktur der Antragstellerin nicht ersichtlich seien (Mikrorohrverbände von 3 bzw. 4,5 cm Durchmesser). Eine Behinderung der Kontrolle bestehe nicht, die Antragsgegnerin zu 1 müsse lediglich mitteilen, wann z. B. die Tiefbauarbeiten für die Verlegung von Versorgungsleitungen geplant seien. Der Koordinierungsantrag sei auch so früh wie möglich gestellt worden, da die Koordinierungsabsicht bereits 2016 bekannt gewesen sei. Die Abstände zur Einhaltung der Auflagen des Grünflächenamtes stellten bei einer so gering dimensionierten Infrastruktur und sicherlich nicht so „auf Kante genähten“ Grabenaushüben wohl kaum ein Problem dar und der Versagungsgrund des Überbaus käme bei einer Koordinierung von Bauarbeiten nicht in Betracht.

23. Zu dem vorliegenden Antrag haben die Antragsgegnerinnen durch ihren gemeinsamen Bevollmächtigten mit Schreiben vom 22. 1. 2018 fristgemäß Stellung genommen und beantragt, den Antrag der Antragstellerin abzulehnen.
24. Zur Begründung führten sie im Wesentlichen die bereits im Schreiben vom 6. 11. 2017 belasteten Gründe näher aus. Sie bezogen sich auf die Verfahrens- und Formfehler des Antrags auf Koordinierung sowie auf das Fehlen der materiellen Voraussetzungen für einen Koordinierungsanspruch.
25. Zuvörderst sei der Streitbeilegungsantrag bereits unzulässig, da die Antragstellerin ihr Antragsrecht verwirkt habe, indem sie die Streitbeilegungsstelle erst mit erheblicher zeitlicher Verzögerung angerufen habe. Durch die Verzögerung habe man zumindest billigend in Kauf genommen, dass es zu massiven zeitlichen Verzögerungen und Erhöhung der Kosten bei der Baugebietserschließung käme, was wiederum dem Gedanken des Effizienzgewinns des DigiNetz-Gesetzes zuwiderliefe.
26. Die Unbegründetheit stützten die Antragsgegnerinnen weiter auf den fehlenden ordnungsgemäßen Antrag gemäß § 77i Abs. 2 S. 2 i. V. m. § 77l Abs. 1, Abs. 2, S. 2 TKG. Dabei hätte ein Koordinierungsantrag an beide Antragsgegnerinnen gerichtet werden müssen, was unstreitig nicht erfolgte, eine Verpflichtung zur Weiterleitung zwischen den Antragsgegnerinnen habe nicht bestanden. Die Erklärungen vor Erlass des DigiNetz-Gesetzes könnten allenfalls als rein privatwirtschaftliche Anfragen verstanden werden, die die Antragsgegnerinnen nicht bescheiden oder bewilligen mussten. Bis zur Übersendung des Schreibens der Antragsgegnerin zu 1 an die Deutsche Telekom Technik GmbH vom 10. 7. 2017 sei die Korrespondenz ausschließlich im Zusammenhang mit einer möglichen Beauftragung der Antragstellerin mit der Errichtung eines Glasfasernetzes im Neubaugebiet erfolgt. Ein Verlangen der Antragstellerin, ein Glasfaserkabelnetz lediglich mit zu verlegen oder etwaige Bauarbeiten zu koordinieren sei darin nicht zu erkennen gewesen. Da die Antragstellerin kein Angebot vorgelegt habe, habe die Antragsgegnerin zu 1 die ESWE Versorgungs AG beauftragt, die passive Netzinfrastruktur im Neubaugebiet auf eigene Kosten zu erreichen. Die WITCOM, ein Tochterunternehmen der ESWE Versorgungs AG, sei in diesem Zusammenhang allein mit der Planung, Vermarktung und Instandhaltung der passiven Netzinfrastruktur beauftragt worden. Im Übrigen hätten die Schreiben, die ausschließlich per E-Mail übersandt wurden, nicht den Formerfordernissen des § 77l TKG genügt, da ansonsten eine qualifizierte elektronische Signatur zwingend geboten gewesen wäre. Daneben sei eben nicht klar gewesen, welches Unternehmen im Konzernverbund der Telekom in wessen Namen tätig geworden sei. Dies gelte insbesondere für das Schreiben der Deutschen Telekom AG vom 13. 10. 2017, bei dem bei der Antragstellung von „wir“ gesprochen werde, ohne dabei mitzuteilen, ob die Erklärung im eigenen Namen oder im Namen einer anderen Person abgegeben werde. Die Unwirksamkeit aufgrund mangelnder Bestimmtheit liege auch in der Erklärung, dass sowohl die Telekom Technik GmbH als auch die Antragstellerin vertreten werde. Die Zuständigkeiten innerhalb des unübersichtlichen Konzernverbundes der Deutschen Telekom AG seien nicht ohne

weiteres für jeden offensichtlich und könnten hinsichtlich der Vielzahl der abgegebenen Erklärungen nicht zu Lasten der Antragsgegnerinnen gehen.

27. Die Antragsgegnerin zu 1 sei im Übrigen nicht passivlegitimiert, da sie weder Eigentümerin noch Betreiberin eines öffentlichen Versorgungsnetzes i. S. d. § 77i Abs. 2 TKG sei. Bislang existiere noch kein öffentliches Versorgungsnetz im Baugebiet und hinsichtlich des Straßenverkehrsnetzes werde allein die Antragsgegnerin zu 2 Eigentümerin dieses Netzes nach dessen Widmung. Soweit ein Glasfasernetz im Entstehen begriffen sei, werde Eigentümerin dieses Netzes allein die ESWE Versorgungs AG sein, an die auch ein entsprechender Koordinierungsantrag hätte gerichtet werden müssen. Einen solchen frühestmöglichen Koordinierungsantrag, der den Formerfordernissen entsprochen habe, habe es aber weder an die Antragsgegnerin zu 2 noch an die ESWE Versorgungs AG gegeben, ein Vertretungsverhältnis zwischen den beiden Antragsgegnerinnen habe nicht bestanden.
28. Ebenfalls läge die Antragsvoraussetzung der Finanzierung der Bauarbeiten aus öffentlichen Mitteln nicht vor, da ausweislich § 13 Abs. 1 S. 1 des Städtebaulichen Erschließungsvertrags zum Bebauungsplan für das Wohngebiet Hainweg vom 26. 9. 2016 sämtliche Erschließungskosten von der Antragsgegnerin zu 1 zu tragen seien, die allein auf privatwirtschaftlicher Grundlage wie ein privater Baugebietsentwickler tätig werde. Sie erhalte keine Beihilfen oder sonstige Zuschüsse von der Antragsgegnerin zu 2 oder anderen öffentlichen Stellen. Die Planungs- und Bauarbeiten zur Baugebietserschließung würden von der Antragsgegnerin zu 1 auf eigenes wirtschaftliches Risiko ausschließlich über die abschließende Vermarktung, d. h. die Veräußerung der baureif entwickelten Grundstücke im Neubaugebiet finanziert. Etwaige Projektsteuerungsleistungen, die von der Antragsgegnerin zu 1 zugunsten der Antragsgegnerin zu 2 erbracht würden, würden ausweislich des § 6 des zwischen den Antragsgegnerinnen geschlossenen Kooperationsvertrages für das Wohngebiet Hainweg vom 9. 12. 2016 zu marktgerechten Konditionen abgerechnet. Ausweislich der zwischen der Antragsgegnerin zu 1 und der ESWE Versorgungs AG bestehenden vertraglichen Vereinbarung seien die Kosten für die Errichtung der passiven Netzinfrastruktur allein von der ESWE Versorgungs AG zu tragen, die ebenfalls ausschließlich privatwirtschaftlich auf eigene Kosten tätig werde und keine öffentlichen Zuschüsse erhalte.
29. Des Weiteren ergebe sich die Unzumutbarkeit eines etwaigen Koordinierungsantrags daraus, dass keines der einschlägigen Regelbeispiele nach § 77i Abs. 3 S. 1 und S. 2 TKG erfüllt sei. Die gesamte geplante Entwicklung des Neubaugebiets Hainweg werde durch eine Koordinierung sowohl zeitlich als auch finanziell in Frage gestellt, zumal der Zuschlag gemäß § 134 Abs. 1 GWB für die zu vergebenden baulichen Erschließungsleistungen aktuell am 22. 1. 2018 erteilt worden sei, so dass die gewünschten Synergieeffekte des DigiNetz-Gesetzes nicht eintreten würden. Die Ausführungsplanungen zur Gebietserschließung seien abgeschlossen und bei einer etwaigen Koordinierung müssten insoweit neue Trassenkoordinierungstermine mit sämtlichen Projektbeteiligten anberaunt und durchgeführt sowie neue Vereinbarungen über die Her-

stellung der erforderlichen Gräben getroffen werden. Eine Änderung der Planung würde im Übrigen wohl auch eine Änderung des abgeschlossenen Bauvertrags nach sich ziehen, wobei Mehrkosten gemäß § 1 Abs. 3 i. V. m. § 4 Abs. 5 VOB/B praktisch unausweichlich seien. Da der Beginn der Bauarbeiten für Februar 2018 angesetzt sei, würde der vereinbarte Zeitplan sowie die vereinbarten Fertigstellungstermine vereitelt, was wiederum zu erheblichen Zusatzkosten und ggf. auch Schadensersatzpflichten der Antragsgegnerin zu 1 gegenüber ihren Vertragsparteien führen würde. Die von der Antragstellerin geplante Aufstellung von voraussichtlich sieben Netzverteilerkästen würde der aufwendigen Planung der zwei größeren Verteilungen mit zwei Aktivkomponenten gegenüberstehen und insoweit die Koordinierung behindern. Die Trassenenge innerhalb der Planstraßen 4 bis 8 würde im Übrigen eine weitere Mitverlegung aufgrund der Auflagen der Antragsgegnerin zu 2 nicht zulassen, so dass die abgeschlossene Trassenplanung dort aufgehoben werden müsste, was ebenfalls für eine Unzumutbarkeit spreche. Eine frühestmögliche Antragstellung sei im Übrigen trotz Inkrafttreten des DigiNetz-Gesetzes im November 2016 nicht erfolgt.

30. Der Rechtsgedanke des Überbauschatzes – so die Antragsgegnerinnen – fände hier auch insofern Anwendung, als es spätestens mit der Vergabe des aktiven Betriebs des Glasfasernetzes (an dessen Wettbewerb sich die Antragstellerin beteiligen könne) die Möglichkeit der Inanspruchnahme eines „Open Access“ gebe, so dass sich die Antragstellerin in der Gesamtschau darauf verweisen lassen müsse. Daneben sei in solchen Fällen auch der Rechtsgedanke des Überbauschatzes anwendbar.
31. Die Beigeladene zu 5 nahm mit Schriftsatz vom 22. 1. 2018 ebenfalls zum Antrag Stellung und mahnte an, dass genau geprüft werden müsse, ob die konkreten Bauarbeiten tatsächlich mit öffentlichen Mitteln finanziert würden. Auf die Beteiligungsverhältnisse käme es insofern nicht an, als auch ein Unternehmen, was komplett in privater Hand liege, unter § 77i Abs. 3 TKG fallen könne, wenn es z. B. mit Fördermitteln ausbaue. Ebenso könne ein kommunales Unternehmen komplett ohne öffentliche Mittel ausbauen, wenn es sich die finanziellen Mittel ganz normal per Kredit am Kapitalmarkt beschaffe. Die Annahme, dass eine Finanzierung mit öffentlichen Mitteln vorliege, sobald Einnahmen eines Unternehmens aus Aufträgen an die öffentliche Hand erzielt würden, könne von § 77i Abs. 3 TKG ebenso nicht gemeint sein, weil nicht von einer „indirekten“ Finanzierung durch öffentliche Mittel gesprochen werde und dieser Gedanke auch zu einer Ausuferung der Vorschrift führen würde. Insoweit solle in diesem Fall aufgrund der großen wirtschaftlichen Bedeutung Klarheit in den Voraussetzungen für eine Mitverlegung hergestellt werden.
32. Die Beigeladene zu 1 beantragte mit Schriftsatz vom 23. 1. 2018, dem Antrag der Antragstellerin stattzugeben, da aus ihrer Sicht eine umfangreiche Beteiligung der öffentlichen Hand vorliege und die gewünschte Verlegung von Leerrohrverbänden nicht zu einem erheblichen Mehraufwand für die Koordinierung führe. In einer weiteren Stellungnahme vom 29. 1. 2018 führt sie außerdem aus, dass der Gesetzgeber ausdrücklich auch indirekte Finanzierung inkludiert habe und fügt einen Pressebericht bei, der

einen wesentlichen Aspekt der indirekten Finanzierung beschreibe. Die scheinbar privatrechtlich agierenden Unternehmen, die wesentlich im Eigentum der öffentlichen Hand sind, nutzten die Vorteile der Mutter wie z. B. Bereitstellung von Stammkapital aus öffentlichen Mitteln, günstigere Darlehenskonditionen, leichteren Erhalt von Bankbürgschaften, geringen Aufwand zum Erhalt von Zustimmungen gemäß § 68 TKG etc. Sie verwies insofern auf das Beihilfenrecht, welches hier zu Rate gezogen werden müsse.

33. Den Beteiligten ist in der am 2. 2. 2018 durchgeführten öffentlich mündlichen Verhandlung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden.
34. Die Beigeladene zu 6 nahm im Nachgang zur mündlichen Verhandlung mit Schreiben vom 6. 2. 2018 zum Verfahren Stellung. Sie sehe es nicht als erkennbar, dass die Antragstellerin selbst oder in Vertretung einen Antrag auf Koordinierung von Bauarbeiten bei der Antragsgegnerin zu 1, die als durchführende Stelle die richtige Adressatin gewesen wäre, gestellt habe. Schon aus diesem Grund sei der Antrag abzulehnen. Auch seien im Antrag nicht alle entscheidungsrelevanten Informationen dargelegt worden. Hinsichtlich der Finanzierung der Bauarbeiten ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln vertritt sie die Auffassung, dass dieses Tatbestandsmerkmal eng auszulegen sei, da eine weite Auslegung zahlreiche Verpflichtungen zur Koordinierung zu Lasten von ausbauenden Telekommunikationsunternehmen nach sich zöge. Dies wäre dann der Fall, wenn es ausreichen würde, wenn das Geld, mit dem die Bauarbeiten finanziert würden, irgendwann einmal einen Bezug zur öffentlichen Hand gehabt hätte. Bei einer solchen Auslegung würden vor allem die alternativen Telekommunikationsunternehmen beschnitten und durch eine solche Entscheidung würde ein Investitionshindernis hinsichtlich des Ausbaus von Glasfasernetzen geschaffen. Auch werde bei einer weiten Auslegung die Wertung des DigiNetz-Gesetzes, welches den Überbau von bestehenden Glasfasernetzen ausdrücklich ausgeschlossen habe, umgedreht und entwertet. Ausschlaggebend müsse insofern letztendlich die Frage sein, woher das Geld stamme, aus dem der Tiefbauer nach Ausführung seiner Arbeiten bezahlt werde. Bei öffentlichen Mitteln wären dies Fördermittel und im Gegensatz dazu bei Finanzierung aus anderen Mitteln bspw. Eigenkapital oder Kredite. Dies müsse erst recht gelten, wenn auf Seiten der Antragsgegnerinnen ein Betreiber bzw. Eigentümer eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes stehe, der selbst eigenwirtschaftlich in den Ausbau eines Hochgeschwindigkeitsnetzes investiere und bereits den Zugang dazu im Rahmen einer Ausschreibung angeboten habe. Auf etwaige Beteiligungsverhältnisse an einer Anspruchsgegnerin dürfe es nicht ankommen.
35. Die Vor-Ort-Erkundung der Bundesnetzagentur, DLZ 6 in Eschborn, am 8. 2. 2018 ergab, dass im Neubaugebiet Hainweg – Wiesbaden-Nordenstadt zu diesem Zeitpunkt zwar bereits mit den Bauarbeiten begonnen wurde, jedoch offensichtlich bis dorthin noch keine Tiefbauarbeiten ausgeführt wurden. Es waren lediglich Arbeiter damit beschäftigt, das Gelände weiträumig einzuzäunen. Baugeräte, -material und Container waren nicht vorhanden.

36. Mit Schreiben vom 9.2.2018 nahm der Beigeladene zu 2 Stellung und vertritt die Auffassung, dass es bei der Frage der öffentlichen Mittel nicht auf die Beteiligungsverhältnisse der öffentlichen Hand an ausbauenden Unternehmen ankommen dürfe, sondern ausschließlich die Finanzierung der jeweiligen Bauarbeiten ausschlaggebend sei. Zwar entspreche eine Mitverlegung von ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierten Bauarbeiten an Versorgungsnetzen für bspw. Strom, Gas und Wasser den Zielen des DigiNetz-Gesetzes und ermögliche Synergien. Etwas anderes müsse aber gelten für ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierten Bauarbeiten, in deren Zuge erstmals Glasfasernetze ausgebaut werden sollten. Würde man einen Mitverlegungsanspruch in solchen Fällen annehmen, berge dies Gefahren für die erfolgreiche Realisierung solcher Projekte und widerspreche damit den Zielen des DigiNetz-Gesetzes, da es nicht mehr zu einer Beschleunigung des Ausbaus käme. Insoweit müsse man hier auf eine planwidrige Regelungslücke des Gesetzgebers schließen und durch eine analoge Anwendung der Abwendungsgründe des § 77g Abs. 2 TKG, insbesondere deren Nr. 6 und 7 schließen. Die Anwendung des DigiNetz-Gesetzes dürfe dem systematischen Überbau von Telekommunikationsinfrastrukturen zu inkrementellen Kosten keinen Vorschub leisten und es sei festzuhalten, dass der Überbau durch Parallelinfrastrukturen dem Ziel eine flächendeckenden Glasfaserausbau zuwiderlaufe.
37. Die Beigeladene zu 2 geht im Übrigen von einer Unzulässigkeit des Antrags der Antragstellerin aus, da diese ihren Antrag an die Antragsgegnerin zu 1 gerichtet habe, die weder Eigentümerin noch Betreiberin des Versorgungsnetzes sei bzw. sein werde. Es fehle mithin an der Passivlegitimation und damit an der Eigenschaft als Verpflichteter in Anspruch genommen werden zu können. Daneben sei der Antrag auch unbegründet, da das Kriterium der öffentlichen Mittel auf die Finanzierung der Bauarbeiten und nicht auf die Beteiligung der öffentlichen Hand am Stammkapital einer privatrechtlich selbständigen juristischen Person gerichtet sei. Es sei ein klarer Mittelbezug bzw. eine unmittelbare Zweckbindung der öffentlichen Mittel zur Finanzierung der jeweils betroffenen Bauarbeiten vorausgesetzt, um einen Koordinierungsanspruch gemäß § 77i Abs. 3 TKG annehmen zu können. Dies sei bei Haushalts- und Fördermitteln, die einen klaren Mittelbezug zu Bauarbeiten aufwiesen, der Fall. Die Beteiligungen der öffentlichen Hand am Stammkapital einer selbständig in privater Rechtsform organisierten juristischen Person könnten dagegen nicht per se als öffentliche Mittel für die Finanzierung von Bauarbeiten angesehen werden. Im vorliegenden Fall sei dies nicht der Fall, da sowohl die Kosten für die Erschließung des Neubaugebiets als auch die Kosten für die Errichtung der passiven Infrastruktur komplett privatwirtschaftlich und auf eigenes wirtschaftliches Risiko durch die Antragsgegnerin zu 1 bzw. die ESWE Versorgungs AG finanziert würden. Dies decke sich auch mit der Vorstellung der Gesetzesbegründung, welche von einer Zweckbindung der öffentlichen Mittel der Bauarbeiten ausgehe. Im Übrigen bestehe auch eine Gefahr von Wettbewerbsbeeinträchtigungen, wenn das Regulierungsziel des § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG über eine Open Access Verpflichtung, die die ESWE Versorgungs AG dem noch zu bestimmenden Netzbetreiber der passiven Netzinfrastruktur auferlege, erfüllbar sei. Insoweit müsse hier dem Ziel des

flächendeckenden Aufbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen insofern Rechnung getragen werden, als Investitionsanreize nicht beeinträchtigt und Ausbauszenarien nicht verhindert werden sollten.

38. Am gleichen Tag (9. 2. 2018) nahm auch die Beigeladene zu 3 zum Verfahren Stellung und trug die Bedenken vor, dass der Doppelausbau bzw. Überbau entstehender bzw. bestehender FTTB/H-Netze vor dem Hintergrund knapper Ressourcen und der wirtschaftlich zwingenden Refinanzierbarkeit der Netze nicht zur Beschleunigung eines flächendeckenden Ausbaus führe, sondern ein erhebliches Hindernis darstelle. Das Vorhaben der Antragstellerin laufe dem Beschleunigungsgedanken des DigiNetz-Gesetzes insofern entgegen, da die Doppellerschließung keine technologische Verbesserung bedeute und vor dem Hintergrund des Angebots eines Open Access zu dem durch die ESWE Versorgungs AG zu errichtendem Netz auch nicht erforderlich sei, um Endkunden zu versorgen. Auch diese betonte, dass es bei dem Tatbestandsmerkmal der öffentlichen Mittel nicht auf die Eigentümerstruktur ankäme, sondern auf die tatsächliche Finanzierung bzw. die Bauarbeiten selbst. Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „direkt oder indirekt“ beziehe sich insoweit nicht auf die Finanzierung, sondern auf die Ausführung der Bauarbeiten. Die Auslegung, nach der eine Finanzierung aus öffentlichen Mitteln bereits dann vorliegen solle, wenn auch die öffentliche Hand zu den Kunden des Unternehmens zähle und auf diesem Wege Gelder der öffentlichen Hand zufließen, sei quasi uferlos und könne vom Gesetzgeber nicht gewollt gewesen sein. Das gleiche gelte auch für das Argument des besseren Images durch Beteiligungen der öffentlichen Hand bspw. im Hinblick auf die Kreditwürdigkeit eines Unternehmens. Der Antrag sei insofern unbegründet, da es keine Anhaltspunkte für eine vollständige oder teilweise Finanzierung der Bauarbeiten aus öffentlichen Mitteln gebe.
39. Die Beigeladene zu 4 beantragt mit Schreiben vom 18. 1. 2018 (übersandt am 12. 2. 2018 unter Bezugnahme auf die öffentlich mündliche Verhandlung vom 2. 2. 2018) den Antrag der Antragstellerin abzulehnen. Sie bezieht sich dabei auf die drei wesentlichen Punkte des Erfordernisses eines formwirksamen Antrags, der ganz oder teilweisen Finanzierung von Bauarbeiten aus öffentlichen Mitteln sowie dem Überbauschutz. Neben der fehlenden Passivlegitimation der Antragsgegnerin zu 1 fehle es an einem formwirksamen Antrag insofern, als die Stellungnahmen im Rahmen des Bauleitverfahrens nicht als Anträge gemäß § 77i Abs. 2 und 3 TKG anzusehen gewesen seien und die bereits vor Inkrafttreten des DigiNetz-Gesetzes erfolgte Korrespondenz nicht zu einer Verpflichtung der Antragsgegnerinnen hätten führen können. Nach Inkrafttreten des DigiNetz-Gesetzes fehle es an einem vor allem dem Formerfordernis der Schriftlichkeit genügenden Antrag der Antragstellerin. Eine Finanzierung aus öffentlichen Mitteln liege nicht vor, da zwischen einem Tätigwerden im öffentlichen Interesse und einer öffentlichen Finanzierung unterschieden werden müsse. Der städtebauliche Vertrag zwischen den Antragsgegnerinnen sehe vor, dass die Antragsgegnerin zu 1 sämtliche Erschließungskosten allein und damit auf rein privatwirtschaftlicher Grundlage und auf eigenes wirtschaftliches Risiko trage. Gemäß § 123 Abs. 1 BauGB sei die Erschließung grundsätzlich Aufgabe der Gemeinde, ein städtebaulicher Vertrag

lasse die Erschließungslast der Gemeinde nach außen unberührt und werde damit nicht auf einen Dritten übertragen. Eine Übertragung von Hoheitsrechten, insbesondere des Rechts, Beiträge zur Finanzierung der Erschließungsarbeiten zu erheben, finde dadurch nicht statt. Von der privatrechtlichen Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Erschließungslast, also dem Tätigwerden im öffentlichen Interesse, sei die Frage der Kostentragung und damit der Finanzierung von Bauarbeiten strikt zu trennen. Insoweit bedeute Finanzierung aus öffentlichen Mitteln gemäß § 77i Abs. 3 TKG ausschließlich Zuwendung im haushaltsrechtlichen Sinne und keine abstrakte Kapitalausstattung aus der öffentlichen Hand. Dies bilde auch das Zweckbindungsgebot in der Gesetzesbegründung zum DigiNetz-Gesetz ab, wonach der Gesetzgeber den Begriff der öffentlichen Mittel auf Zuwendungen im haushaltsrechtlichen Sinne beschränke. Auf Basis des Zuwendungsbegriffs in den Haushaltsordnungen auf Bundes- und Landesebene sei insoweit maßgeblich, ob konkret-individuelle öffentliche Mittel in der Form von Zuwendungen, durch welche die jeweilige Erschließungsmaßnahme zweckgebunden finanziert werde, vorlägen, was hier nicht der Fall sei. Ergänzend liege auch keine Abweichung der Beschränkung auf Zuwendungen durch direkte oder indirekte Ausführung von Bauarbeiten vor. Diese beziehe sich allein auf die Ausführung von Bauarbeiten.

40. Im Übrigen und daneben stellt auch die Beigeladene zu 4 auf die Unzumutbarkeit eines Koordinierungsbegehrens zur Mitnutzung wegen Überbaus ab. Eine Entscheidung zugunsten der Antragstellerin würde zu einem mit dem Sinn und Zweck des DigiNetz-Gesetzes sowie der Kostensenkungsrichtlinie unvereinbaren Wertungswiderspruch für den Überbauschutz von Glasfasernetzen führen. Der sachfremde Vortrag bzgl. der Inanspruchnahme des Wegerechts gemäß § 68 TKG dürfe nicht dazu führen, den Sinn und Zweck des DigiNetz-Gesetzes in sein Gegenteil zu verkehre. Ihm wohne der Gedanke der effizienten Flächendeckung und nicht der Flächenduplizierung inne, ein Anspruch auf automatische Versorgung auf der höchsten Wertschöpfungsebene ergebe sich daraus gerade nicht. Vieles spreche dafür, dass die bereits im Entstehen befindliche Glasfaserinfrastruktur der ESWE Versorgungs AG aufgrund der Marktmacht der Antragstellerin sowohl auf dem Vorleistungs- als auch auf dem Endkundenmarkt nahezu vollständig entwertet und damit höchst ineffizient werden dürfte.
41. Die Bevollmächtigte für die Beigeladenen zu 5 und 10 vertritt in ihrer Stellungnahme vom 12. 2. 2018 ebenfalls die Auffassung, dass es sich vorliegend nicht um Bauarbeiten handelt, die ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanziert sind. Auch sie hält die gesellschaftlichen Beteiligungsverhältnisse an Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze für irrelevant und im Wortlaut der Vorschrift des § 77i Abs. 3 TKG gerade nicht angelegt. Gerade privatwirtschaftlich tätige und in privatrechtlicher Form organisierte Unternehmen mit Beteiligung der öffentlichen Hand müssten nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten verwaltet werden und dürften sich nicht einfach für die Finanzierung ihrer Geschäftstätigkeiten aus öffentlichen Mitteln bedienen. Die von der Antragstellerin vorgenommene Gleichsetzung einer Kapitalausstattung von Unternehmen mit der öffentlichen Finanzierung ihrer Geschäftstätigkeiten ignoriere

wesentliche Wirtschaftsgrundsätze nach den Gemeindeordnungen der Bundesländer. In der Umsetzung des § 77i Abs. 3 TKG habe der Gesetzgeber Art. 5 der Kostensenkungsrichtlinie umgesetzt, der ganz eindeutig den Zusammenhang zwischen einem konkreten Bauprojekt und der öffentlichen Finanzierung der konkreten Bauarbeiten im Blick gehabt habe. Auch die Beigeladene zu 9 verweist unter dem Blickwinkel der historischen und teleologischen Auslegung insofern auf die Gesetzesbegründung sowie auf die Kostensenkungsrichtlinie, die immer wieder den Bezug zu den betreffenden Bauarbeiten herstellten. Die Hinweise der Antragstellerin auf die Beschlüsse BK11-17/001 und 002 gingen insofern fehl, als dort keine anderen Festlegungen getroffen worden seien, da dort explizit auf das Tatbestandsmerkmal der Gewährung von Beihilfen abgestellt worden sei, um die konkreten Bauarbeiten als öffentlich finanziert anzusehen. Die Kritik an den vormaligen Beschlüssen halte die Beigeladene insofern aufrecht, dass die Versagungsgründe aus § 77g Abs. 2 Nr. 6 und 7 TKG im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung analog anzuwenden gewesen wären, um dem Ziel des DigiNetz-Gesetzes nach einem flächendeckenden Ausbau digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze nicht zuwider zu laufen. Sie bezieht sich dabei auf die Gesetzesbegründung, die bei der Vorschrift des § 77i Abs. 3 TKG durch die Verwendung der Konjunktion „auch“ offenbar den mit öffentlichen Mitteln finanzierten Bau von Nicht-Telekommunikationsversorgungsnetzen im Blick gehabt habe. Wenn ein Ausbau digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze mit öffentlichen Mitteln bereits stattfinde, würden im Hinblick auf das Ziel der Digitalisierung keine Zusatzeffekte durch die weitere Auferlegung einer Kontrahierungsverpflichtung zur Mitverlegung erreicht.

42. Die in der öffentlich mündlichen Verhandlung angesprochene mögliche wegerechtliche Verpflichtung zur Koordinierung von Bauarbeiten gemäß § 68 Abs. 3 TKG könne nicht Bestandteil des anhängigen Streitbeilegungsverfahrens sein. Angesichts der bestehenden Rechtsprechung des BVerfG über die Unzuständigkeit der Bundesnetzagentur für die Erteilung der wegerechtlichen Zustimmung dürfe sich die Bundesnetzagentur in einem Streitbeilegungsverfahren zu wegerechtlichen Fragen einer Zustimmungserteilung bzw. deren Konditionierung etwa in Form von Koordinierungsansprüchen nicht äußern. Im Übrigen beziehe sich die Regelung des § 68 Abs. 3 S. 7 TKG auf eine Verlegung oberirdischer Leitungen und müsse aufgrund ihres Ausnahmecharakters eng interpretiert werde. Sie enthalte keinerlei Kontrahierungspflicht gegenüber denjenigen Unternehmen, die Telekommunikationslinien ausbauen oder auszubauen beabsichtigen. Schlussendlich warnt die Beigeladene zu 9 vor den erheblichen negativen Auswirkungen verallgemeinerungsfähiger Beschlusaussagen bei der Frage der öffentlichen Mittel, die ggf. erhebliche negative Auswirkungen entgegen den Intentionen des DigiNetz-Gesetzes entfalten würden.
43. Die Antragstellerin nahm mit Schriftsatz vom 12. 2. 2018 nach der mündlichen Verhandlung noch einmal zum Verfahren Stellung. Dabei betonte sie zum einen, dass ein formeller, ordnungsgemäßer und rechtzeitiger Koordinierungsantrag vorgelegen habe. Ihre Ausbaubabsicht sei bereits seit Mai 2016 bekannt gewesen und spätestens mit Schreiben vom 12. 10. 2017 habe dann ein den neuen Vorschriften des DigiNetz-

Gesetzes entsprechender Koordinierungsantrag vorgelegen. Auch eine Finanzierung aus öffentlichen Mitteln sei schon deswegen gegeben, weil der Begriff der öffentlichen Mittel in der Kostensenkungsrichtlinie oder dem § 77i Abs. 3 TKG nicht nur Beihilfen, also öffentliche Fördermittel, sondern auch Abgaben erfasse. So werde bei einer Bezahlung einer Maßnahme aus allgemeinen Steuermitteln in aller Regel auch die Formulierung „öffentliche Mittel“ verwendet. Im konkreten Fall gehe dieses Begriffsverständnis vor allem auf die Organisation der Antragstellerin zu 1 zurück, die nicht im Rahmen einer wirtschaftlichen Betätigung agiere, sondern im Rahmen der gemeindlichen Pflichtaufgaben bei der Entwicklung von neuen Baugebieten im öffentlichen Interesse. Die zur Verfügung stehenden Gelder seien dementsprechend nur im öffentlichen Interesse einzusetzen. Es könne im Übrigen mit Blick auf § 77i Abs. 3 TKG keinen Unterschied machen, ob die Antragsgegnerin zu 2 ihre kommunalen Pflichtaufgaben der städtebaulichen Entwicklung sowie ihre Tätigkeiten auf dem Gebiet der Breitbandversorgung aus eigenen öffentlichen Mitteln finanziere oder sich hierzu der Antragsgegnerin zu 1 bediene und deren Tätigkeiten mit Bürgschaften absichere oder mit eigenen Darlehen finanziere. Ein Berufen auf Art. 14 GG sei insofern nicht möglich. Auch die weitere Zumutbarkeit der Koordinierung sei gegeben, da unproblematisch eine Berücksichtigung der Antragstellerin bei der Koordinierung möglich sei. Die Verlegung eines zusätzlichen „Mikroröhrchenverbunds“ mit maximal 5 cm Durchmesser falle selbst bei einem Abstand von 10 bis 15 cm zu benachbarten Infrastrukturen kaum ins Gewicht, Mehraufwendungen seien kaum vonnöten. Es läge auch keine Behinderung der Koordination der Antragstellerin zu 1 vor, man müsse nur einen Zeitpunkt abstimmen, zu dem der Rohrverbund in den Graben gelegt werden könne. Die Rechtzeitigkeit der Antragstellung ergebe sich bereits aus der umfangreichen Korrespondenz aus dem Jahr 2016, woraus das Interesse an einer Mitverlegung bereits hervorginge.

44. Die Antragsgegnerinnen nahmen mit Schriftsatz vom 12. 2. 2018 nach der mündlichen Verhandlung noch einmal zum Verfahren Stellung. Dabei trugen sie zum einen noch einmal umfangreich dazu vor, dass die Bauarbeiten im Neubaugebiet Hainweg nicht im Sinne des § 77i Abs. 3 S. 1 TKG aus öffentlichen Mitteln finanziert würden. § 13 des städtebaulichen Vertrags lege die volle Kostentragung beim Gebietsentwickler fest und etwas anderes ergebe sich auch nicht aus den nunmehr vorgelegten Anlagen zum Städtebaulichen Vertrag sowie aus dem Kooperationsvertrag vom 14. 12. 2016. Dieser enthalte nur eine Grundlagenvereinbarung und soweit er Regelungen zur Kostentragung enthalte, seien die spezielleren und abschließenden Regelungen des noch nicht abgeschlossenen Städtebaulichen Vertrags vom 16. 12. 2016 vorrangig. Für die in Rede stehende Baumaßnahme habe es keine zweckgebundenen Mittel gegeben, Darlehen und Bürgschaften seien ausschließlich projektbezogen für anderweitige Maßnahmen gewährt worden. Die Kosten für die Bauarbeiten in Zusammenhang mit der Verlegung des Telekommunikationsnetzes trage gemäß der (vorgelegten) Regelungen des zwischen der Antragsgegnerin zu 1 und der ESWE Versorgungs AG geschlossenen Erschließungsvertrag vom 19. 12. 2017 ausschließlich die ESWE Versorgungs AG.

Diese erhalte auch keine öffentlichen Mittel, sondern gleiche die Kosten über die anschließende Vermarktung der passiven Netzinfrastruktur aus.

45. Im Übrigen liege nach der Einlassung der Antragsgegnerinnen auch kein wirksamer und zumutbarer Koordinierungsantrag vor, da die von der Antragstellerin genannten Schreiben und Mails im Hinblick auf die zwingenden gesetzlichen Vorgaben zu Form, Adressaten, die Person des Antragstellers, die inhaltlichen Mindestangaben und das ausdrückliche Koordinierungsverlangen nicht den gesetzlichen Vorgaben entsprächen. Alle Erklärungen vor Inkrafttreten des DigiNetz-Gesetzes könnten denklösig schon nicht als Koordinierungsanträge anzusehen sein, das spätere Verhalten deute insoweit darauf hin, dass die Antragstellerin gerade keine Koordination, sondern Vertragsverhandlungen über die alleinige Telekommunikationserschließung bezweckt habe. Die Mails der Antragsgegnerin seien aufgrund fehlender Schriftform unter teleologischer Reduktion des § 77i TKG als formell nicht ausreichend zu betrachten, die weitere Unzumutbarkeit der Koordination ergebe sich aus erheblichen zeitlichen Verzögerungen und unausweichlichen erheblichen Zusatzkosten, die nicht angemessen im Wege einer Kostenumlegung auf die Antragstellerin abzufangen seien. Auch liege eine zu späte Antragstellung vor, denn selbst wenn man im Vorfeld Gespräche geführt habe, so sei der Antragstellerin immer klar gewesen, dass auch mit anderen Betreibern verhandelt würde und insoweit habe auch bereits seit Februar 2016 eine Interessensbekundung der ESWE Versorgungs AG an der Mitverlegung bestanden, welches zeitlich dann vorgehen müsse.
46. In Bezug auf die begehrte Koordination ergebe sich auch aus § 68 Abs. 3 TKG keine andere Wertung, eine danach zu erteilende Zustimmung zum Wegerecht sei für den Koordinierungsanspruch gemäß § 77i TKG von vorneherein unbeachtlich. In den vorgelegten Schreiben liege keine Zustimmung im Sinne des § 68 Abs. 3 TKG. Die Bewilligung eines solchen Antrags käme vorliegende auch wegen tatsächlicher Unmöglichkeit (u. a. kein ausreichender Platz) nicht in Betracht und insoweit könne schon nicht koordiniert werden, wie es bei § 68 Abs. 3 S. 7 TKG vorausgesetzt würde.
47. Höchstvorsorglich weisen die Antragsgegnerinnen in ihrer Stellungnahme im Übrigen darauf hin, dass bei einer Stattgabe des Antrags über die bei den von der Antragstellerin zu tragenden Kosten zu beachten sei, dass ein wirksamer Koordinierungsantrag erst mit der Antragsschrift vom 20. 12. 2017 vorliege, so dass sämtliche Mehrkosten aufgrund von Verzögerung der Bauarbeiten sowie beachtliche Schadensersatzforderungen gegenüber der Antragsgegnerin zu 1 von der Antragstellerin zu tragen seien. Allein dies stehe schon im Widerspruch zu den Zielen des DigiNetz-Gesetzes, da erhebliche zusätzliche Kosten entstünden, die die Kosten einer selbständigen Verlegung eines Glasfasernetzes durch die Antragstellerin nach Abschluss der Erschließungsarbeiten deutlich überstiegen. Eine Verpflichtung zur Mitverlegung würde hier ein Investitionshemmnis darstellen und den privatwirtschaftlichen Breitbandausbau wirtschaftlich massiv entwerten. Bei einer positiven Entscheidung der Beschlusskammer erwarte man im Übrigen eine Stellungnahme der Beschlusskammer zum einen dazu, wer im

Hinblick auf die Verlegung der Glasfaserleitungen in die geplanten Trassen vorrangig zu behandeln sei, da kein ausreichender Platz für zwei Netze gegeben sei und zum anderen auch zu der Tatsache, ob die bisherige Trassenplanung aufgegeben und neu zu verhandeln sei.

48. Mit Schreiben vom 15. 2. 2018 nahm die Beigeladene zu 11 zum Verfahren Stellung. Aus ihrer Sicht sei eine weite Auslegung des entscheidungsrelevanten Tatbestandsmerkmals der Finanzierung „ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln“ angezeigt. Dabei müsse das Merkmal als erfüllt angesehen werden, wenn – wie vorliegend – die die Bauarbeiten direkt oder indirekt ausführenden juristischen Personen solche seien, die öffentlich finanziert oder kontrolliert würden. Abzustellen sei dabei – vergleichbar zu EU-beihilferechtlichen Grundsätzen bzgl. der Zurechenbarkeit an den Staat – darauf, ob die die Bauarbeiten direkt oder indirekt ausführende juristische Person eine solche sei, auf die die öffentliche Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstige Bestimmungen, die die Tätigkeit regeln, unmittelbar oder mittelbar Einfluss ausüben könne. Diese Auffassung werde gestützt durch den Sinn und Zweck der Regelung des § 77i Abs. 3 TKG, bei dem es um die besondere Verantwortung die positiven Effekte dieser Arbeiten auch für die Digitalisierung zu nutzen. Dem Gesetzgeber sei es darum gegangen, im Fall von der öffentlichen Hand zuzurechnenden Baumaßnahmen weitestmöglich sowie verpflichtend die Möglichkeit der Nutzung von Synergien bei der Errichtung von Hochgeschwindigkeitsnetzen in Form von Koordinierung zu eröffnen. Eine Beschränkung würde die Gefahr des Verpflichtungsentzugs durch Wahl privatwirtschaftlicher Organisationsformen oder Finanzierungsstrukturen in sich tragen und außerdem die Entstehung von Infrastrukturmonopolen forcieren. Mit der infrastrukturwettbewerbsfördernden Zielsetzung des TKG sei es im Übrigen unvereinbar, den Gedanken eines „Überbauschatzes“, der im Rahmen von § 77i TKG gerade nicht vorgesehen sei, anzunehmen. Die Interessen des verpflichteten Unternehmens werde durch die Zumutbarkeitsprüfung, die Ablehnungsgründe sowie die vorgesehene Kostenumlage hinreichend und abschließend Rechnung getragen.
49. Ein weiteres Mal nahm die Beigeladene zu 4 mit Schreiben vom 16. 2. 2018 nach der öffentlich mündlichen Verhandlung zum Verfahren Stellung. Dabei geht sie auf die Stellungnahme der Antragstellerin vom 12. 2. 2018 ein und rekurriert darauf, dass es kein allgemeines Sprachverständnis zum Begriff öffentliche Mittel gebe, wonach Abgaben bzw. jedwede Zahlungen aus allgemeinen Steuermitteln darunter fielen. Vielmehr das Merkmal im jeweiligen Kontext auszulegen und einzuordnen, entscheidend sei dabei die Heranziehung des Zweckbindungsgebots auf Zuwendungen im haushaltsrechtlichen Sinne, von denen Eventualverbindlichkeiten wie Bürgschaften zu trennen seien. Wenn schon kein Darlehen für eine bestimmte Baumaßnahme in Anspruch genommen worden sei, so könne erst Recht keine mit dem Finanzierungsmittel akzessorisch verbundene Bürgschaft eine Finanzierung aus öffentlichen Mitteln begründen. Selbst bei einem Darlehen käme es auch auf eine tatsächliche Begünstigung des Unternehmens (wie z. B. günstigere Darlehenszinsen als marktüblich) an, die vorliegend aber nicht gegeben sei.

50. Im Anschluss an die mündliche Verhandlung fand am 14. 2. 2018 ein Treffen zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin zu 1 statt, bei dem noch einmal der Versuch einer Einigung unternommen werden sollte. Gemäß dem Bericht Antragstellerin vom 20. 2. 2018 sei das Treffen ohne Ergebnis verlaufen. Die Antragsgegnerin zu 1 und die WITCOM GmbH haben die detaillierte Ausbauplanung kurz vorgestellt, die detaillierten Planungsunterlagen seien mit Hinweis auf das laufende Streitbeilegungsverfahren nicht ausgehändigt worden.
51. In einer Erwiderung der Antragsgegnerinnen vom 27. 2. 2018 gaben die Antragsgegnerinnen zu diesem Bericht über das Treffen an, dass der Vortrag der Antragstellerin der Richtigstellung bedürfe. Diese habe um das Treffen gebeten und man habe in dem Termin noch einmal technisch ausführlich dargelegt, dass die Mitverlegung eines weiteren Glasfasernetzes aufgrund des bestehenden Platzmangels unmöglich sei. Die Planungsunterlagen seien zurecht nicht ausgehändigt worden, der Vertreter der Deutschen Telekom Technik GmbH habe dies zur Kenntnis genommen und erklärt, man müsse dann wohl von den allgemeingültigen Regelungen für Gebietsentwicklungen in Wiesbaden abweichen. Dieser Forderung der Antragstellerin von den geltenden öffentlich-rechtlichen Vorgaben abzuweichen, habe die Antragsgegnerin zu 1 zu Recht widersprochen, da sie zur Einhaltung dieser Vorgaben gesetzlich und vertraglich verpflichtet sei. Man habe sich anschließend auch über eine eventuelle Anmietung der passiven Infrastruktur von der WITCOM GmbH ausgetauscht, die Antragstellerin habe angegeben, diese Möglichkeit zu prüfen. Die Aussage der Antragstellerin, dass ein „dünnes Käbelchen schon noch reinpasse“, sei unsubstantiiert und genüge nicht der ihr obliegenden Darlegungs- und Beweislast. Es bestehe der Verdacht, dass das Gespräch von Seiten der Antragstellerin nur geführt worden sei, um sich ihrer Haftung für etwa nicht auszuschließende Verzögerungsschäden zu entziehen, was ihr nicht gelungen sei.
52. Eine weitere Stellungnahme zum Verfahren gab die Beigeladene zu 13 am 2. 3. 2018 ab. Sie plädierte – ebenso wie vor ihr bereits die Beigeladene zu 11 – dafür, den Begriff der öffentlichen Mittel weit auszulegen. Dies ergebe sich zum einen aus einer teleologischen Auslegung des § 77i Abs. 3 TKG im Hinblick auf die in der Gesetzesbegründung zum DigiNetz-Gesetz niedergelegten Exklusivität des privatwirtschaftlichen Ausbaus. Zum anderen sprächen auch die in § 2 TKG niedergelegten Regulierungsziele für eine weitestgehende Ermöglichung der koordinierten Mitverlegung und der damit verbundenen Realisierung von Synergiepotentialen. Öffentliche Mittel müssten in jedem Fall dann angenommen werden, wenn sich die Mittelbereitstellung als Beihilfe im Sinne von Art. 107 AEUV klassifizieren lasse. Wenn ein Unternehmen wie die Antragstellerin zu 1 nahezu vollständig in öffentlichem Eigentum stehe und damit am Kapitalmarkt eine andere Stellung besitze als ein rein privatwirtschaftlich geführtes Unternehmen, so müssten schon in Anlehnung an die EU-Breitbandleitlinien öffentliche Mittel angenommen werden, da bereits jeder vergünstigte Zugang zur Finanzierung einer Maßnahme dies intendiere. Insoweit sei zu untersuchen, wie die Antragsgegnerin die finanziellen Mittel für die Umsetzung der Baumaßnahme aufgebracht habe und ob die-

se ggf. vergünstigten Zugang zum Kapitalmarkt habe bzw. gehabt habe. Gleiches gelte, wenn eine Finanzierung aus Eigenkapitalmitteln vorliege, die nicht allein aus Überschüssen der eigenen geschäftlichen Tätigkeit, sondern zumindest auch teilweise aus Kapitalzuflüssen des öffentlichen Gesellschafters gedeckt würden. Eine detaillierte Darlegung der Antragsgegnerin zu 1 im Hinblick auf die Finanzierung der vorliegenden Maßnahme und der eingebrachten Fremd- und Eigenmitteln fehle bislang. Daneben konstatiert auch die Beigeladene zu 12 noch einmal, dass eine analoge Anwendung der Versagungsgründe aus § 77g Abs. 2 TKG auf die Koordinierung abzulehnen sei.

53. Eine weitere Vor-Ort-Erkundung der Bundesnetzagentur, DLZ 6 in Eschborn, am 7. 3. 2018 ergab, dass im Neubaugebiet Hainweg in Wiesbaden-Nordenstadt weiterhin keine Tiefbauarbeiten stattfanden. Zu diesem Zeitpunkt wurde das Gelände teilweise planiert.
54. Nach Aufforderung der Beschlusskammer zur Vorlage der Trassenkoordinierung vom Oktober 2017 – wie in der öffentlich mündlichen Verhandlung angekündigt – legten die Antragsgegnerinnen mit Schreiben vom 16. 3. 2018 die Planköpfe der von der Antragsgegnerin zu 1 im Termin der öffentlich mündlichen Verhandlung in Bezug genommenen Trassenplanung vor. Diese seien am 16. 10. 2017 unterzeichnet worden, die abschließende Freigabe durch das Tiefbau- und Vermessungsamt der Antragsgegnerin zu 2 sei unter dem 11. 10. 2017 und 11. 12. 2017 erfolgt. Es erfolgte der zusätzliche Hinweis, dass die Trassenplanung bereits wesentlich früher, nämlich am 6. 4. 2017 auf Basis von Lageplänen zur Trassenkoordinierung sowie Ausbau- und Trassenkoordinierungsquerschnitte für die Leitungen der ESWE Versorgungs AG, die das beauftragte Planungsbüro im Februar und März 2017 in Umlauf gebracht habe, abgestimmt worden sei. Bei den vorgelegten Plänen handelte es sich offenbar um einen Ausschnitt der z. T. bereits mit Schriftsatz vom 22. 1. 2018 vorgelegten Trassenpläne, die nunmehr allerdings in den Planköpfen unten rechts mit den Änderungseinträgen und Unterschriften versehen waren. Die eigentlichen Trassenführungen waren auf den vorgelegten Auszügen nicht erkennbar.
55. Neben den angeforderten Vorlagen nahmen die Antragsgegnerinnen auf die zuletzt erfolgten Stellungnahme der Beigeladenen zu 13 Bezug und wiesen die Aussage, dass nicht hinreichend dargelegt sei, dass die hier streitgegenständliche Maßnahme nicht aus öffentlichen Mitteln finanziert sei zurück. Die Aussage, dass nicht klar sei, in welchem Umfang Fremd- und Eigenmittel zur Finanzierung herangezogen worden seien und zu welchen Konditionen die Antragsgegnerin zu 1 den Zugang zu diesen Finanzmitteln erhalten habe, entspreche nicht der Darlegung, dass die Finanzierung der Bauarbeiten ausschließlich aus den Grundstücksverkäufen im Neubaugebiet erfolgen werde und der Erwerb der Grundstücke von Privaten in den Jahren 2013 und 2014 durch Inanspruchnahme von Bankkrediten zu marktüblichen Geschäftsbankkonditionen finanziert worden sei. Selbst wenn die Antragsgegnerin zu 1 beihilferechtlich relevante Dienste im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse (DAWI) leisten würde, könne sie daneben auch nicht geförderte Tätigkeiten wahrnehmen. Im Übrigen wiesen die An-

tragsgegnerinnen darauf hin, dass mittlerweile ein weiteres Telekommunikationsunternehmen die Absicht bekundet habe, das Neubaugebiet mit einem weiteren Glasfasernetz zu erschließen. Man erbat insoweit einen Hinweis von der Beschlusskammer, wie man – trotz des jetzt schon bestehenden Platzmangels – mit dieser Anfrage umgehen solle.

56. Im Hinblick auf eine Unklarheit im Sachverhalt, die die Beschlusskammer zu einer weiteren Rückfrage bei der Antragstellerin bewogen hatte, teilte diese mit Mail vom 20. 3. 2018 mit, dass nach der Anzeige der Ausbauabsicht durch die Deutsche Telekom Technik GmbH – in Vertretung der Antragstellerin – vom 19. 5. 2016 eine Kontaktaufnahme durch die Antragsgegnerin zu 1 gegenüber der Antragstellerin erfolgt sei. Die Mail von einem Mitarbeiter der Antragsgegnerin zu 1 vom 8. 8. 2016 fügte die Antragstellerin der Stellungnahme bei. Diese erkläre insoweit, warum sich sowohl die Deutsche Telekom Technik GmbH unter dem 22. 8. 2016 als auch die Antragstellerin unter dem 13. 9. 2016 an die Antragsgegnerin zu 1 gewandt habe. Nach einer weiteren Rückfrage der Beschlusskammer vom 15. 3. 2018 erläuterten die Antragsgegnerinnen mit Stellungnahme vom 23. 3. 2018 hinsichtlich der vertraglichen Regelungen im Städtebaulichen Vertrag bzw. im Kooperationsvertrag, [REDACTED]

[REDACTED]

57. [REDACTED]

58. [REDACTED]

[REDACTED]

59.

[REDACTED]

60.

[REDACTED]

61. Die Antragsgegnerin zu 1 beantrage deshalb,

„im Falle der Stattgabe des Streitbeilegungsantrages zu entscheiden, ob die Antragsgegnerin zu 1 verpflichtet ist, die Mitverlegung des Glasfasernetzes der Antragstellerin unter Verletzung der öffentlich-rechtlichen Abstandsvorschriften der Antragsgegnerin zu 2 und der vertraglichen Verpflichtungen der Antragsgegnerin zu 1 zu gewähren, oder ob sie verpflichtet ist, die ESWE Versorgungs AG entgegen der vertraglichen Verpflichtungen von einer Verlegung ihrer Versorgungsleitungen auszuschließen, um eine rechtskonforme Verlegung durch die Antragstellerin zu ermöglichen, und im Übrigen zu entscheiden, wer im Falle öffentlich-rechtlicher Sanktionen und/oder privatrechtlicher Schadensersatzforderungen haftbar zu machen ist.“

62. Mit Schreiben vom 29.3.2018 nahm zuletzt die Beigeladene zu 14 zum Verfahren Stellung. Darin vertrat sie die Auffassung, dass der Antrag bereits aufgrund fehlender Passivlegitimation sowie aufgrund von Fehlen der formalen Antragsvoraussetzungen abzulehnen sei. Im vorliegenden Fall fehle es daneben auch an einer Finanzierung der Bauarbeiten aus öffentlichen Mitteln, da es sich anders als im Fall der Beschlüsse BK11-17/001 und BK11-17/002 nicht um eine unmittelbare Finanzierung der Bauarbeiten durch die Kommune mittels Erschließungsbeiträgen bzw. durch eine gewährte Förderung handele. Es fehle mithin an dem vom Gesetzgeber auch intendierten unmittelbaren sachlichen, adäquat-kausalen Zusammenhang zwischen der Finanzierung der Bauarbeiten und der Zahlung dieser Kosten durch die Kommune.
63. Eine letzte Vor-Ort-Erkundung der Bundesnetzagentur, DLZ 6 in Eschborn, am 3.4.2018 ergab, dass mit den Tiefbauarbeiten im Neubaugebiet Hainweg in Wiesbaden-Nordenstadt immer noch nicht begonnen worden war. Lediglich mit dem Bau einer Drainage zu einer Park- und Spielplatzanlage war bereits begonnen worden. Nach Einschätzung der Mitarbeiter der Bundesnetzagentur zu diesem Zeitpunkt würde es noch eine ganze Zeit dauern, bis die Arbeiten zur Erschließung des Wohngebiets tatsächlich begonnen würden.
64. Die in der Telekommunikationsregulierung tätigen Beschlusskammern und Abteilungen der Bundesnetzagentur wurden über den Entscheidungsentwurf informiert und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme (§ 132 Abs. 5 TKG).
65. Am 11.4.2018 ist dem Bundeskartellamt auf elektronischem Wege Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Am 13.4.2018 teilte die 7. Beschlussabteilung des Bundeskartellamts mit, dass aus ihrer Sicht die Entscheidung und ihre Begründung gut nachvollziehbar seien. Insbesondere sei die von der Beschlusskammer bei der Auslegung des Begriffs der "öffentlichen Mittel" (§ 77i Abs. 3 S. 1 TKG) vorgenommene umfassende Würdigung sinnvoll. Es komme insofern nicht entscheidend auf die Organisationsform der beteiligten juristischen Personen an. Vielmehr seien alle relevanten Umstände zu bewerten, wobei den Kontrollmöglichkeiten der öffentlichen Hand und der Art der wahrgenommenen Aufgabe besondere Bedeutung zukomme.

66. 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

67. Der Antrag der Antragstellerin ist zulässig und in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet.

2.1 Rechtsgrundlage

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

2.2 Formelle Voraussetzungen

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

2.2.1 Zuständigkeit

70. 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. Vorliegend handelt es sich um einen Fall gemäß §§ 77n Abs. 5 TKG 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

71. Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden.
72. Die Entscheidung ergeht nach Anhörung der Beteiligten gemäß § 135 Abs. 1 TKG und aufgrund öffentlicher mündlicher Verhandlung gemäß § 135 Abs. 3 S. 1 TKG.
73. Die den Beteiligten, sowohl der Antragstellerin und den Antragsgegnerinnen 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 Antragsgegnerinnen sind durch die Beschlusskammer überprüft worden. Sie kam zu dem Ergebnis, dass der Umfang der Schwärzungen nicht zu beanstanden ist.
74. 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.

75. Dem Bundeskartellamt ist Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Zwar sind Entscheidungen nach § 77n TKG in der Aufzählung des § 123 Abs. 1 S. 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 Graulich (Hg.), TKG, § 123, Rz. 14 f.

76. Jedenfalls ist eine generelle Betroffenheit auch kartellrechtlicher Fragestellungen nicht auszuschließen, so dass die Beschlusskammer dem Bundeskartellamt Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat. Dem wurde durch die Übersendung der wesentlichen Verfahrensunterlagen sowie die Übermittlung des Entscheidungsentwurfs entsprochen. Die Stellungnahme des Bundeskartellamtes lag innerhalb der gesetzlich vorgegebenen Verfahrensfrist vor.

2.2.3 Frist

77. Gemäß § 77n Abs. 5 S. 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 Antragstellerin ist am 20. 12. 2017 bei der Bundesnetzagentur eingegangen, so dass die gesetzlich vorgesehene Regelfrist am 20. 2. 2018 geendet hätte. Mit Schreiben vom 16. 2. 2018 hat die Beschlusskammer den Verfahrensbeteiligten mitgeteilt, dass sie aufgrund außergewöhnlicher Umstände von der Verlängerungsmöglichkeit gemäß § 77n Abs. 7 TKG Gebrauch macht und die Verfahrensfrist um höchstens zwei Monate bis zum 20. 4. 2018 verlängert. Insofern ergeht die Entscheidung fristgerecht.

2.3 Materielle Voraussetzungen

78. Der Antrag der Antragstellerin ist auf eine Koordinierung von Bauarbeiten gemäß § 77i Abs. 3 TKG gerichtet. Dieser Antrag in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet.
79. Die Anspruchsvoraussetzungen der § 77n i. V. m. § 77i Abs. 3 TKG liegen vor. Die Antragsgegnerinnen sind verpflichtet, dem zumutbaren Antrag der Antragstellerin auf Koordinierung von Bauarbeiten gemäß § 77i Abs. 3 TKG zu transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen stattzugeben.

2.3.1 Anspruchsvoraussetzungen gemäß § 77i Abs. 3 TKG

80. Die grundsätzlichen Anspruchsvoraussetzungen des § 77i Abs. 2 und 3 TKG liegen vor.

2.3.2 Antrag auf Koordinierung gemäß § 77i Abs. 3 i. V. m. Abs. 2 TKG

81. Spätestens mit Schreiben vom 12. 10. 2017 lag ein Antrag der Antragstellerin als Eigentümerin oder Betreiberin öffentlicher Telekommunikationsnetze gemäß § 77i

Abs. 2 TKG gegenüber der Antragsgegnerin zu 1 als einer Betreiberin und jedenfalls in Teilen auch Eigentümerin eines öffentlichen Versorgungsnetzes auf Koordinierung von Bauarbeiten vor.

2.3.2.1 Richtiger Antragsteller

82. Bei der Antragstellerin handelt es sich unstreitig um eine Anbieterin von Telekommunikationsdiensten sowie Eigentümerin und Betreiberin eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes.
83. Die Deutsche Telekom AG hat mit Schreiben vom 12. 10. 2017 einen Antrag auf Koordinierung von Bauarbeiten für das Neubaugebiet Hainweg gestellt. Bei der Beantragung gibt sie an, in Vertretung für die Antragstellerin bezüglich des Verfahrens zu handeln und den Antrag insofern im Namen der Antragstellerin abzugeben. Sie war zur Abgabe dieses Antrags für die Antragstellerin befugt und hat dies auch im ersten Satz der Beantragung offen gelegt. Die Rechtsabteilung der Deutschen Telekom AG besaß insoweit für das Schreiben vom 12. 10. 2017 die erforderliche Vertretungsbefugnis der Antragstellerin. Der Antrag ist dieser mithin zuzurechnen.

2.3.2.2 Richtige Antragsgegnerinnen

84. Sowohl die Antragsgegnerin zu 1 als auch die Antragsgegnerin zu 2 sind die richtigen Antragsgegnerinnen und beiden gegenüber wirkt der gestellte Antrag auf Koordinierung. Die Antragsgegnerin zu 1 ist als Betreiberin und Miteigentümerin, die Antragsgegnerin zu 2 ist als Miteigentümerin und zukünftige Alleineigentümerin und Betreiberin des entstehenden öffentlichen Straßennetzes passivlegitimiert.
85. Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerinnen ist die Antragsgegnerin zu 1 zum einen als Miteigentümerin eines öffentlichen Straßennetzes passivlegitimiert. Bei dem hier in Rede stehenden öffentlichen Straßennetz, welches sich sowohl über die Grundstücke der Antragsgegnerin zu 1 als auch über die Grundstücke der Antragsgegnerin zu 2 erstreckt, handelt es sich um ein öffentliches Versorgungsnetz im Sinne des § 3 Nr. 16b b) TKG. Dieses öffentliche Versorgungsnetz fällt gem. § 94 Abs. 1 BGB in das Eigentum der Antragsgegnerinnen als Grundstückseigentümerinnen, weil es dauerhaft und nicht nur zu einem vorübergehenden Zweck mit diesen Grundstücken verbunden werden soll. Die Antragsgegnerin zu 1 ist damit bis zu einer vollumfänglichen Übertragung der für das öffentliche Straßennetz in Anspruch genommenen und in ihrem Eigentum stehenden Grundstücke im Rahmen des Umlegungsverfahrens gem. §§ 55 Abs. 2, 72 BauGB sowie § 2 Abs. 2 Nr. 1 Kooperationsvertrag, § 13 Abs. 2 Städtebaulicher Vertrag auf die Antragsgegnerin zu 2 Miteigentümerin einer physischen Infrastruktur für die öffentliche Bereitstellung von Verkehrsdiensten i. S. v. § 3 Nr. 16b b) TKG. Zum anderen ist die Antragsgegnerin zu 1 in ihrer Funktion als Leiterin des Erschließungsprojekts bezüglich des sich auf die Grundstücke der Antragsgegnerin zu 2 erstreckenden öffentlichen Straßennetzes auch alleinige Betreiberin eines solchen öffentlichen Versorgungsnetzes, bis dieses auf die Antragsgegnerin zu 2 übertragen wird.

Der Umstand, dass die ESWE Versorgungs AG mit der Errichtung des Telekommunikationsnetzes sowie der sonstigen Versorgungsnetze beauftragt wurde und die alleinige Eigentümerin dieser Netze bzw. dieser passiven Infrastrukturen wird, ist dabei nicht entscheidungserheblich, sie wäre eine weitere, aber keine ausschließliche Antragsgegnerin. Weiter ist zu berücksichtigen, dass sich die Funktionsherrschaft der Antragsgegnerin zu 1 als Betreiberin der entstehenden öffentlichen Verkehrswege gem. § 13 Abs. 7 S. 1 und 2 Städtebaulicher Vertrag auf [REDACTED] [REDACTED] erstreckt, so dass eine Koordinierung der Bauarbeiten von ihr vorzunehmen wäre.

86. Soweit ein öffentliches Straßenverkehrsnetz auf den im Eigentum der Antragsgegnerin zu 2 stehenden Grundstücken im Entstehen begriffen ist, ist diese als Eigentümerin dieses Netzes und damit als Eigentümerin einer physischen Infrastruktur für die öffentliche Bereitstellung von Verkehrsdiensten i. S. v. § 3 Nr. 16b b) TKG passivlegitimiert. Darüber hinaus bleibt die Antragsgegnerin zu 2 nach dessen Errichtung und öffentlicher Widmung auch die Eigentümerin dieses öffentlichen Straßennetzes, das sie dann auch betreibt.

2.3.2.3 Antragsvoraussetzungen gemäß § 77i Abs. 2 S. 2 TKG

87. Die Antragstellerin stellte einen wirksamen Antrag auf die Koordinierung von Bauarbeiten bzw. die angestrebte Mitverlegung. Dieser enthielt spätestens im Schreiben vom 12. 10. 2017 Art und Umfang der zu koordinierenden Bauarbeiten und die zu errichtenden Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze.

2.3.2.3.1 Verwirkung des Antragsrechts

88. Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerinnen hat die Antragstellerin ihr Recht nach § 77i Abs. 2 TKG, einen Antrag auf Koordinierung der Bauarbeiten zu stellen, nicht verwirkt.
89. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Recht verwirkt, wenn seit der Möglichkeit der Geltendmachung längere Zeit verstrichen ist (Zeitmoment) und besondere Umstände hinzutreten, die die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (Umstandsmoment).

St. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil EnZR 16/12 vom 29.1. 2013, juris-Rz. 13.

90. Die Antragstellerin hat zu keinem Zeitpunkt zu erkennen gegeben, dass sie von ihrem Koordinierungsverlangen, das sie erstmals schon vor Inkrafttreten des DigiNetz-Gesetzes äußerte (E-Mail vom 19. 5. 2016 s. oben Sachverhalt Rz. 4), Abstand nehmen würde und spätestens am 12. 10. 2017 einen wirksamen Antrag gestellt. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Ausführungen unter Ziff. 2.3.2.3.2 (Wirksamer Antrag, Rz. 93 ff.) und Ziff. 2.3.2.5.3 (Rechtzeitige Antragstellung, Rz. 161 ff.) verwiesen.

91. Insofern die Antragsgegnerinnen geltend machen, die Antragstellerin habe ihr Recht nach § 77n Abs. 5 TKG, einen Antrag auf Streitbeilegung zu stellen, verwirkt, fehlt es bereits an der zeitlichen Voraussetzung der Verwirkung. Das Gesetz sieht in § 77n Abs. 5 S. 1 TKG einen Zeitraum von einem Monat ab Antragseingang vor, in dem sich die Parteien intern einigen können. Diese Frist entfaltet ihre Wirkung jedoch nur zwischen den Parteien des Streitbeilegungsverfahrens. Eine Frist für die Antragstellung bei der Bundesnetzagentur sieht das Gesetz hingegen explizit nicht vor.
92. Darüber hinaus stellte die Inanspruchnahme einer Zeitspanne von zwei Wochen über die Frist des § 77n Abs. 5 S. 1 TKG hinaus einen erforderlichen und angemessenen Zeitraum für die Antragstellerin dar, um sowohl das ablehnende Schreiben der Antragsgegnerin zu 1 vom 6. 11. 2017 prüfen als auch einen Antrag bei der Bundesnetzagentur vorbereiten zu können.

2.3.2.3.2 Wirksamer Antrag

93. Es wurde ein Antrag über die Koordinierung von Bauarbeiten bzw. die angestrebte Mitverlegung gestellt. Dieser enthielt – zumindest in dem Schreiben vom 12. 10. 2017 – Art und Umfang der zu koordinierenden Bauarbeiten und die zu errichtenden Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze. Insoweit liegen alle in § 77i Abs. 2 S. 2 TKG normierten Bestandteile eines Koordinierungsantrags im Schreiben vom 12. 10. 2017 vor. Das Schreiben enthielt Art und Umfang der zu koordinierenden Bauarbeiten und die zu errichtenden Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze. Die Antragsgegnerin legte unter Bezugnahme auf den § 77i TKG dar, dass sie im gesamten Neubaugebiet Hainweg in Wiesbaden-Nordenstadt im Bereich der Gehwege bis in die Gebäude sogenannte Speednetrohrverbände mitverlegen wolle, um diese später mit Glasfaserkabeln zu bestücken. Zudem sei der Einbau von 7 oder 8 Netzverteilerkästen erforderlich. Straßenübergänge würden mit Kabelrohren überbrückt. Darüber hinaus hat sie mit dem Schreiben vom 12. 10. 2017 ausdrücklich auf die neue Norm nach Inkrafttreten des DigiNetz-Gesetzes Bezug genommen. Da jedenfalls dieses Schreiben der Antragstellerin die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Antragstellung nach § 77i TKG erfüllt, kann in diesem konkreten Fall dahinstehen, ob die von der Antragstellerin 2016 vor dem Inkrafttreten des DigiNetz-Gesetzes verwendeten E-Mails und das Schreiben vom 13. 9. 2017 den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Antragstellung nach der Ratio des DigiNetz-Gesetzes, insbesondere unter Berücksichtigung der konkreten Antragsform des § 77i TKG, entsprechen.

Für eine weite Auslegung der Formerfordernisse gemäß § 77i TKG aber auch Stelter, in: Scheurle/Mayen, TKG-Kommentar, 3. Auflage 2018, § 77i, Rz. 4.

2.3.2.3.3 Antrag gegenüber der Antragsgegnerin zu 1 und der Antragsgegnerin zu 2

94. In dem an die Antragsgegnerin zu 1 gerichteten Schreiben vom 12. 10. 2017 liegt eine wirksame Antragstellung gegenüber den beiden Antragsgegnerinnen vor.

95. Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerinnen liegt in dem an die Antragsgegnerin zu 1 adressierten Schreiben vom 12. 10. 2017 auch eine wirksame Antragsstellung gegenüber der Antragsgegnerin zu 2 vor. Die in der Anlage zum Fax der Antragsgegnerin zu 2 vom 15. 2. 2017 ausgesprochenen Verweisung der Antragstellerin an die Antragsgegnerin zu 1, muss die Antragsgegnerin zu 2 gegen sich gelten lassen. Das dementsprechend an die Antragsgegnerin zu 1 adressierte Schreiben der Antragstellerin vom 12. 10. 2017 muss sich die Antragsgegnerin zu 2 zurechnen lassen.
96. Zum einen spricht für die Bewertung der Antragsgegnerinnen als Einheit § 13 Abs. 7 Städtebaulicher Vertrag zwischen der Antragsgegnerin zu 2 und der Antragsgegnerin zu 1 vom 6./16. 12. 2016. Gemäß § 13 Abs. 7 Städtebaulicher Vertrag [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] Aus § 13 Abs. 7 des Kooperationsvertrages ergibt sich [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
97. Vor diesem Hintergrund deckt sich die vertraglich festgelegte Arbeitsaufteilung auch mit dem tatsächlichen Auftreten der Antragsgegnerinnen im Rechtsverkehr. Die Verweisung an die Antragsgegnerin zu 1 im Schreiben als Anlage zum Fax vom 15. 2. 2017 konnte aus der Sicht eines objektiven Dritten nur dahingehend verstanden werden, dass die Antragsgegnerin zu 2 die Antragsgegnerin zu 1 als ihre Vertreterin benannt hat. So weist die Antragsgegnerin zu 2 zu Beginn ihres Schreibens darauf hin, dass die Antragsgegnerin zu 1 „gemäß städtebaulichen Vertrages mit der Koordination der Versorgungsträger betraut und bis zur Widmung der Straße auch als Eigentümer/Projektentwickler die Verfügung über die späteren öffentlichen Flächen habe“ und dementsprechend die Planung auch mit der Antragsgegnerin zu 1 abzustimmen sei. Mit Blick auf diesen Schriftverkehr stellte sich, unabhängig von der Frage, inwieweit durch die Erschließung des Neubaugebiets durch eine gemeindeeigene Gesellschaft allein schon aufgrund von Beteiligungen der öffentlichen Hand eine rechtliche Einheit anzunehmen ist, die Antragsgegnerin zu 1 als die Koordinatorin und damit das ausführende Organ in Bezug auf die Versorgungsträger dar. Dieser Betrachtungsweise steht auch nicht entgegen, dass sich das Fax sowie das Schreiben als Anlage zum Fax auf die wegerechtliche Zustimmung nach § 68 TKG bezogen. Denn spätestens mit dem als Anlage zum Fax beigefügten Schreiben vom 15. 2. 2017 wurde der Antragstellerin seitens der Antragsgegnerin zu 2 kommuniziert, dass sie sich bezüglich ihres dann am 12. 10. 2017 gestellten Koordinierungsantrags an die Antragsgegnerin als nach außen auftretende Projektentwicklerin zu richten hatte. Eine andere Beurteilung der erfolgten Verweisung durch die Antragsgegnerinnen verstieße gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, an dem sich auch die Antragsgegnerin auszurichten habe.

2.3.2.4 Öffentliche Mittel im Sinne des § 77i Abs. 3 TKG

98. Es handelt sich bei den hier in Rede stehenden Bauarbeiten am Neubaugebiet Hainweg – Wiesbaden-Nordenstadt auch um ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierte Bauarbeiten, die ein Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze direkt oder indirekt ausführt.

2.3.2.4.1 Der Begriff der öffentlichen Mittel im DigiNetz-Gesetz

99. Nach § 77i Abs. 3 S. 1 TKG sind Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze nur dann zur Koordinierung verpflichtet, wenn sie „ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanzierte Bauarbeiten direkt oder indirekt ausführen“. Diese Pflicht, Koordinierungsanträgen stattzugeben, steht im Gegensatz zur freiwilligen Koordinierung nach § 77i Abs. 1 TKG. In der Gesetzesbegründung zu § 77i TKG heißt es hierzu:

„Absatz 3 setzt Artikel 5 Absatz 2 der Kostensenkungsrichtlinie um. In Abgrenzung zur im ersten Absatz postulierten Vertragsfreiheit zur Koordinierung von Bauarbeiten sowie dem Recht der Baustellenkoordinierung gemäß Absatz 2, enthält Absatz 3 eine Koordinierungsverpflichtung für öffentlich finanzierte Bauarbeiten, falls eine Koordinierungsvereinbarung zum Ausbau digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze beantragt wird. Den Hintergrund für diese Verpflichtung stellt die Überlegung dar, dass die vollständige oder teilweise öffentliche Finanzierung von Bauarbeiten an Versorgungsnetzen auch dazu genutzt werden soll, die Gesamtwohlfahrt zu steigern. Die Zweckbindung der öffentlichen Mittel begründet die besondere Verantwortung, die positiven externen Effekte dieser Arbeiten auch für die Digitalisierung zu nutzen.“

BT-Drs. 18/8332, Seite 51.

100. Mit „Bauarbeiten“ sind die Bauarbeiten an den (geplanten) öffentlichen Versorgungsnetzen gemeint. Zu denken ist hier in erster Linie an Straßenbau, Tiefbauarbeiten und die physische Verlegung von Versorgungsleitungen für Strom, Gas, Wasser und Telekommunikation.
101. Die Bauarbeiten können nach § 77i Abs. 3 S. 1 TKG vom Eigentümer oder Betreiber der öffentlichen Versorgungsnetze selbst („direkt“) oder durch von ihm beauftragte Dritte („indirekt“) ausgeführt werden. Üblicherweise werden diese Bauarbeiten von Bauunternehmen ausgeführt, die ihrerseits vom Eigentümer oder Betreiber der jeweiligen öffentlichen Versorgungsnetze beauftragt und von diesem bezahlt werden.
102. Eine vollständige Finanzierung aus öffentlichen Mitteln ist nicht erforderlich, vielmehr genügt nach der Vorschrift eine „teilweise“ Finanzierung aus öffentlichen Mitteln.
103. Der Begriff der „öffentlichen Mittel“ wird weder im DigiNetz-Gesetz noch in der Kostensenkungsrichtlinie definiert.
104. In der Gesetzesbegründung erfolgt auch keine weitere Konkretisierung. Es wird lediglich die Zielsetzung der Steigerung der Gesamtwohlfahrt und der daraus folgenden Zweckbindung öffentlicher Mittel als Begründung für die besondere Verantwortung, die

positiven externen Effekte dieser Arbeiten auch für die Digitalisierung zu nutzen, herangezogen.

105. Ausgehend von dieser Rahmensetzung bleibt die Konkretisierung des Begriffs der Spruchpraxis der Kammer überlassen.
106. Hinsichtlich einer klaren Eingrenzung kann festgehalten werden, dass eine Finanzierung von Bauarbeiten aus öffentlichen Mitteln zumindest immer dann stattfindet, wenn Mittel aus öffentlichen Haushalten in die Finanzierung der Bauarbeiten einfließen. Öffentliche Mittel werden im Haushaltsplan der Gemeinde nach Einnahmen (z. B. Steuern) und Ausgaben (z. B. Investitionen) ausgewiesen, vgl. § 13 Abs. 3 LHO Hessen.
107. Im vorliegenden Fall wird die Erschließung des Neubaugebiets Hainweg nicht von der Antragsgegnerin zu 2 selbst, sondern von der Antragsgegnerin zu 1 im Auftrag der Antragsgegnerin zu 2 durchgeführt (s. § 13 Städtebaulicher Vertrag zwischen der Antragsgegnerin zu 2 und der Antragsgegnerin zu 1 vom 6./16. 12. 2016). Die Antragsgegnerin zu 1 soll demnach die Bauarbeiten zur Errichtung des Versorgungsnetzwerks beauftragen und bezahlen (§ 16 Städtebaulicher Vertrag). Die Antragsgegnerin zu 1 ihrerseits hat mit Vertrag vom 19. 12. 2017 die ESWE Versorgungs AG beauftragt, die Versorgungsinfrastruktur für Telekommunikation [REDACTED] zu errichten; die Kosten dafür soll die ESWE Versorgungs AG tragen.
108. Die Einschaltung der Antragsgegnerin zu 1 als privatrechtliche GmbH und in einer weiteren Stufe der ESWE Versorgungs AG durch die Antragsgegnerin zu 2 für die Erschließung des Neubaugebiets ändert an der grundsätzlichen Beurteilung nichts.
109. Eine Finanzierung von Bauarbeiten aus öffentlichen Mitteln kann auf verschiedene Weise erfolgen. Die zumindest teilweise Finanzierung der Bauarbeiten ergibt sich im vorliegenden Fall zunächst aus der anteiligen Tragung der Erschließungskosten durch die Antragsgegnerin zu 2. Dazu stellt die Antragsgegnerin zu 2 der Antragsgegnerin zu 1 Mittel [REDACTED] zur Verfügung (dazu unter 2.3.4.2.2). Zudem folgt die Finanzierung der Bauarbeiten aus öffentlichen Mitteln auch daraus, dass die Antragsgegnerin zu 1 als im Gemeindeeigentum stehendes Unternehmen Mittel für die Bauarbeiten aufwendet (dazu unter 2.3.4.2.3). Inwiefern der zusätzliche Aspekt, dass die Antragsgegnerin zu 2 Grundstücke mit in das Bauprojekt einbringt, auf denen öffentliche Versorgungsnetze für Verkehrsdienste errichtet werden, diesen Gedanken der öffentlichen Finanzierung von Bauarbeiten ebenfalls untermauert, kann insofern letztendlich dahinstehen (dazu unter 2.3.4.2.4).

2.3.2.4.2 Anteilige Tragung der Erschließungskosten durch die Antragsgegnerin zu 2

110. Eine zumindest teilweise Finanzierung der Bauarbeiten aus öffentlichen Mitteln ist hier jedenfalls schon dadurch gegeben, dass die Antragsgegnerin zu 2 die Erschließungskosten im Neubaugebiet Hainweg [REDACTED] übernimmt. Nach dem ausdrücklichen

Wortlaut des § 77i Abs. 3 S. 1 TKG und dem Gesetzeszweck genügt eine solche teilweise Finanzierung.

111. Maßgeblich für die Annahme einer direkten Mitfinanzierung der Bauarbeiten durch die Antragsgegnerin zu 2 sind die Mittelzuflüsse von der Antragsgegnerin zu 2 an die Antragsgegnerin zu 1 [REDACTED] sowie die Koordinierung der Versorgung des Baugebietes mit Elektrizität, Gas, und/oder Wärme, Wasser und Telekommunikation.

112. Das Verhältnis zwischen den beiden Antragsgegnerinnen wird durch einen „Kooperationsvertrag ‚Wohngebiet Hainweg‘“ und einen in dessen Anhang in Bezug genommen, separat unterschriebenen „Städtebaulichen Vertrag zum Bebauungsplan ‚Wohngebiet Hainweg‘ im Ortsbezirk Wiesbaden Nordenstadt der Landeshauptstadt Wiesbaden“ geregelt. Dabei stellt der städtebauliche Vertrag einen Erschließungsvertrag gem. § 124 BauGB dar, [REDACTED]. Der Kooperationsvertrag regelt dagegen das Verhältnis der Antragsgegnerinnen als Eigentümerinnen der in das Baugebiet eingebrachten Grundstücke. [REDACTED]

[REDACTED] Die Kostenverteilung für die Erschließung ergibt sich daraus, dass sich die Antragsgegnerin zu 1 im Städtebaulichen Vertrag gegenüber der Antragsgegnerin zu 2 als Gemeinde und Trägerin der Erschließungslast dazu verpflichtet, das Baugebiet auf eigene Kosten zu erschließen, während im Kooperationsvertrag [REDACTED]

113. [REDACTED]

[REDACTED]

114. Dadurch beteiligt sich die Antragsgegnerin zu 2 als Grundstückseigentümerin an den Erschließungskosten, [REDACTED]

Sie steuert somit eigene Mittel zu den Bauarbeiten für die Errichtung der Verkehrswege bei, die auch als öffentliche Mittel i. S. von § 77i Abs. 3 TKG anzusehen sind. Denn nach dem Vortrag der Antragsgegnerinnen besteht [REDACTED] aufgrund dessen die Antragsgegnerin zu 2 der Antragsgegnerin zu 1 [REDACTED] Mittel zur Verfügung stellt. Die dabei entstehenden Kosten der Antragsgegnerin zu 2 werden [REDACTED] finanziert. [REDACTED]

115. Diese [REDACTED] Mittel sind Haushaltsmittel der Antragstellerin zu 2. [REDACTED]

Vgl. Haushaltsplan 2016/2017 der Landeshauptstadt Wiesbaden (abrufbar unter: https://www.wiesbaden.de/medien-zentral/dok/rathaus/Haushaltsplan_2016_2017-16-09-14.pdf, [REDACTED]

116. Dem Haushaltsplan lässt sich weiter entnehmen, dass [REDACTED] für verschiedene Investitionen herangezogen wird. [REDACTED] ist demnach ein Bestandteil der Investitionsausgaben der Antragsgegnerin zu 2.,

Vgl. Haushaltsplan 2016/2017 der Landeshauptstadt Wiesbaden, [REDACTED]

117. Haushaltsrechtlich handelt es sich bei den Mitteln aus [REDACTED] um Ausgaben für Investitionen im Sinne von § 13 Abs. 3 Nr. 2 lit. a, g LHO Hessen und somit um öffentliche Mittel im Sinne von § 77i Abs. 3 TKG.

118. Die von den Antragsgegnerinnen gegen diese Einordnung erhobenen Einwände greifen nicht durch.
119. Für die Anwendung von § 77i Abs. 3 TKG ist es unerheblich, dass die Antragsgegnerin zu 2 diese Mittel als Grundstückeigentümerin und nicht als Trägerin der Erschließungslast aufgewendet hat. Die Koordinierungsmöglichkeit nach § 77i Abs. 1 und 2 TKG wird bei Verwendung öffentlicher Mittel zur Koordinierungspflicht nach § 77i Abs. 3 TKG, weil „die vollständige oder teilweise öffentliche Finanzierung von Bauarbeiten an Versorgungsnetzen auch dazu benutzt werden soll, die Gesamtwohlfahrt zu steigern. Die Zweckbindung der öffentlichen Mittel begründet die besondere Verantwortung, die positiven externen Effekte dieser Arbeiten auch für die Digitalisierung zu nutzen.“

Vgl. BT-Drs. 18/8332, S.51; Stelter in: Dolde/Mayen, TKG, 3. Aufl., § 77i, Rz. 12.

120. Der Begriff der Zweckbindung der öffentlichen Mittel beschränkt sich damit nicht auf die Bindung öffentlicher Mittel an eine bestimmte Baumaßnahme, sondern erfasst i. S. d. DigiNetz-Gesetzes den Zweck der Förderung der Gesamtwohlfahrt insgesamt, der bei Einsatz aller öffentlichen Mittel möglichst wirksam verfolgt werden soll. Es ist nicht ersichtlich, dass es für gemeindliche Sondervermögen gewissermaßen eine „gemeindliche Privatschatulle“ geben sollte, für die diese Zweckbindung nicht gilt. Die Antragsgegnerin zu 2 führt dementsprechend in ihren Jahresabschlüssen bebaute und unbebaute Grundstücke als Sachanlagevermögen neben Gebäuden wie Schulgebäuden, die eindeutig der Daseinsvorsorge dienen.

Vgl. Jahresabschluss der Stadt Wiesbaden 2015, Ziffer 3. 2. 1.

121. Die Tatsache, dass die für die Erschließung aufgewendeten Mittel durch den Verkauf der Grundstücke wieder vereinnahmt werden sollen, ist irrelevant. Denn es handelt sich bei der Veräußerung der Grundstücke nur um eine Wiedervereinnahmung öffentlicher Mittel, deren Aufwendung mit Abschluss der Bauarbeiten und Bezahlung der jeweiligen Werkunternehmer bereits abgeschlossen ist. Die Bauarbeiten wurden zu diesem Zeitpunkt bereits unabänderbar „mit öffentlichen Mitteln finanziert“. Dieser Befund kann nicht von einem nachträglichen Vermarktungserfolg abhängig gemacht werden, auch wenn er vorliegend zu erwarten ist. Die anschließende Veräußerung der Grundstücke an Private führt deshalb auch nicht dazu, dass die Erschließungsarbeiten privat finanziert würden. Eine einschränkende Auslegung des Begriffs der „öffentlichen Mittel“ ist auch nicht erforderlich, um Private in Fällen wie dem vorliegenden vor Kostensteigerungen zu schützen, weil der Antragsteller – wie aus § 77i Abs. 4 TKG ersichtlich – die durch die Koordinierung entstehenden Kosten zu tragen hat.
122. Auch der Vortrag der Antragsgegnerinnen, die Regelungen des Kooperationsvertrages betreffen nur das Innenverhältnis zwischen ihnen, so dass sich aus diesen internen Kostentragungsregelungen eine Verwendung öffentlicher Mittel für die Bauarbeiten nicht herleiten lasse, greift nicht durch. Eine solche Differenzierung ist in dem Begriff der Finanzierung der Bauarbeiten aus öffentlichen Mitteln i. S. v. § 77i Abs. 3 TKG nicht angelegt. Für eine solche Unterscheidung ist auch nach dem Gesetzeszweck und den Gesetzesmaterialien kein Raum.

2.3.2.4.3 Mittel eines in Gemeindeeigentum stehenden Unternehmens als öffentliche Mittel

123. Als weiterer Aspekt in diesem Fall kommt hinzu, dass finanzielle Mittel, die ein öffentliches Unternehmen für den von ihm verfolgten öffentlichen Zweck (Erschließung) einsetzt, als „öffentliche Mittel“ im Sinne des § 77i Abs. 3 S. 1 TKG zu qualifizieren sind.
124. Die Besonderheit des vorliegenden Falls besteht darin, dass die Antragsgegnerin zu 1 nicht irgendein privatwirtschaftliches Unternehmen in der Rechtsform der GmbH ist, sondern vollständig im Eigentum der Antragsgegnerin zu 2 steht, nämlich zu 5,1 % unmittelbar und zu 94,9 % vermittelt durch die WIM Wiesbadener Immobilienmanagement GmbH, die sich ihrerseits vollständig im Eigentum der WVV Wiesbaden Holding GmbH befindet, an der wiederum die Antragsgegnerin zu 2 100 % der Anteile hält.
125. Der Unternehmensgegenstand der Antragsgegnerin zu 1 ist gem. § 2 ihres Gesellschaftsvertrags die Vorbereitung und Durchführung von Maßnahmen der Stadtentwicklung auf der Grundlage städtebaulicher Entwicklungskonzepte und nach Vorgaben der Stadt Wiesbaden; dazu gehört insbesondere die Übernahme der Aufgaben als Erschließungsträger.

Vgl. Beteiligungsbericht der Antragsgegnerin zu 2 für das Geschäftsjahr 2015, S. 189.

126. Gegenstand des Unternehmens ist ferner der Erwerb, die Veräußerung, die Verwaltung und die Bewirtschaftung von Grundstücken jeglicher Art sowie die Durchführung von Baumaßnahmen durch Dritte auf eigenen Grundstücken und Grundstücken der Antragsgegnerin zu 2 oder anderer Gesellschaften, an denen die Antragsgegnerin zu 2 mit mindestens 50 % beteiligt ist. Die Erschließung ist nach § 123 Abs. 1 BauGB eine gesetzliche Aufgabe der Gemeinde. Die Antragsgegnerin zu 1 verfolgt damit, jedenfalls soweit sie wie hier als Erschließungsträger tätig wird, einen öffentlichen Zweck im Sinne des § 121 Abs. 1 Nr. 1 Hessische Gemeindeordnung (HGO) und darüber hinaus übt sie eine Tätigkeit aus, zu der die Antragsgegnerin zu 2 als Gemeinde gem. § 123 Abs. 1 BauGB gesetzlich verpflichtet ist, so dass die Antragsgegnerin zu 1 unter die Regelung des § 121 Abs. 2 Nr. 1 HGO fällt.
127. Die Antragsgegnerin zu 1 ist also zwar ein privatrechtlich organisiertes Unternehmen in der Rechtsform der GmbH. Sie ist jedoch gleichzeitig ein öffentliches Unternehmen im doppelten Sinn, da an ihr eine juristische Person des öffentlichen Rechts (die Antragsgegnerin zu 2) mehrheitlich beteiligt ist und zudem Kontrollrechte hat (s. § 2 des Gesellschaftsvertrags: „nach Vorgaben der Stadt Wiesbaden“) und sie jedenfalls in dem hier relevanten Bereich der Erschließung einen öffentlichen Zweck verfolgt, also dem Gemeinwohl dient und eine gesetzliche Aufgabe der Gemeinde erfüllt.
128. Wenn ein solches Unternehmen Bauarbeiten durchführt und für diesen von ihm verfolgten öffentlichen Zweck der Baugebietserschließung finanzielle Mittel einsetzt, so sind diese Mittel als öffentliche Mittel i. S. d. § 77i Abs. 3 TKG zu qualifizieren.

129. Damit wird entsprechend dem Gesetzeszweck sichergestellt, dass immer wenn die Bauarbeiten mit öffentlichen Mitteln finanziert werden, eine Koordinierungsverpflichtung besteht. Die Gemeinde kann sich dieser Verpflichtung insbesondere nicht dadurch einfach entziehen, dass sie die Baumaßnahmen durch ihre Beteiligungsgesellschaft ausführen und finanzieren lässt und so § 77 i Abs. 3 TKG umgeht.

So auch Kind, in: FTTx Glasfasernetze, Rechtliche und regulatorische Grundlagen, Teil 2, S. 68 unter IV. 2. aa) (2)).

130. Dieser Gedanke wird auch durch grundsätzliche Überlegungen aus dem Kommunalwirtschaftsrecht untermauert. Denn danach steht den Kommunen bei ihrer wirtschaftlichen Betätigung zwar ein Wahlrecht der Organisationsform zu, zugleich sollen sich kommunal beherrschte Unternehmen aber allgemeinen Bindungen staatlicher Aufgabenwahrnehmung nicht entziehen können.

131. Ebenso wie juristische Personen des öffentlichen Rechts und öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform, die vollständig im Eigentum der öffentlichen Hand stehen, werden in der Rechtsprechung auch gemischtwirtschaftliche Unternehmen – an denen sowohl private als auch öffentliche Anteilseigner beteiligt sind und die von der öffentlichen Hand beherrscht werden – als verselbständigte Handlungseinheiten des Staates angesehen, für welche die allgemeinen Bindungen staatlicher Aufgabenwahrnehmung gelten,

BVerfG, Urteil 2 BvE 2/11 vom 7. 11. 2017, juris-Rz. 238 (240?).

132. Diese Grundgedanken werden ausgeprägt in den kommunalrechtlichen Regelungen zur wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden. Denn das Recht auf wirtschaftliche Betätigung steht den Gemeinden als Mittel zur Verwirklichung von örtlichen Gemeinwohlzielen verfassungsrechtlich gemäß Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG zu. Die Norm ist jedoch „nur“ eine innerstaatliche Kompetenzverteilungsvorschrift in dem Sinne, dass sie keine Wirkung im Staat-Bürger-Verhältnis entfaltet. Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie beinhaltet zwar das Recht, örtliche öffentliche Aufgaben mit den Mitteln wirtschaftlicher Betätigung zu erfüllen, vermag aber die mit der kommunalen Wirtschaftstätigkeit verbundenen Grundrechtseingriffe nicht zu rechtfertigen. Daher benötigen die Gemeinden eine Ermächtigungsgrundlage, die ihnen in den kommunalen Wirtschaftsklauseln der Gemeindeordnungen, etwa in § 121 HGO, zur Verfügung steht,

vgl. zum Vorstehenden: Scharpf, „Die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden zwischen Grundrechtsrelevanz und kommunalem Selbstverwaltungsrecht“, GewArch 2005, 1 ff.

133. Nach § 121 Abs. 1 HGO darf sich eine Gemeinde wirtschaftlich betätigen, wenn der öffentliche Zweck die Betätigung rechtfertigt, die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht und der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann. Nach diesem Grundsatz ist die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden an einen diese Tätigkeit rechtfertigenden öffentlichen Zweck geknüpft. Ein solcher öffentlicher Zweck kann in Tätigkeiten der

Daseinsvorsorge und/oder Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft liegen. Neben dem in § 121 Abs. 1 HGO enthaltenen Grundsatz sind in § 121 Abs. 2 Nr. 2 HGO Ausnahmetatbestände geregelt, die nicht als wirtschaftliche Betätigung gelten. Gemäß § 121 Abs. 2 Nr. 1 HGO gelten Tätigkeiten, zu denen die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist, nicht als wirtschaftliche Betätigung. Demnach bedarf eine Tätigkeit der Gemeinde dann nicht der gesonderten Rechtfertigung durch einen öffentlichen Zweck, wenn ein Gesetz die Gemeinde zu der betreffenden Tätigkeit verpflichtet. Die Anbindung der Tätigkeit der Gemeinde an einen öffentlichen Zweck folgt in diesen Fällen bereits aus der gesetzlichen Aufgabenzuweisung, so dass es einer gesonderten Rechtfertigung nicht mehr bedarf. Eine solche gesetzliche Verpflichtung im Sinne von § 121 Abs. 2 Nr. 1 HGO ist die in § 123 Abs. 1 BauGB geregelte Erschließungslast der Gemeinde. Weitere Ausnahmetatbestände sind nach § 121 Abs. 2 Nr. 2 HGO Tätigkeiten auf den Gebieten des Bildungs-, Gesundheits- und Sozialwesens, der Kultur, des Sports, der Erholung, der Abfall- und Abwasserbeseitigung, der Breitbandversorgung sowie gemäß § 121 Abs. 2 Nr. 3 HGO Tätigkeiten zur Deckung des Eigenbedarfs. Diese Regelungen zur Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden zeigen, dass in allen Fällen ein Bezug zur Aufgabe der Gemeinde zur Regelung der Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze und in eigener Verantwortung (Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG) und zur örtlichen Daseinsvorsorge gegeben ist.

134. Gegen eine Unabhängigkeit der Antragsgegnerin zu 1 von der Antragsgegnerin zu 2 spricht auch, dass sich eine Gemeinde bei der Beteiligung an einer Gesellschaft u. a. einen angemessenen Einfluss sichern muss, § 122 Abs. 1 Nr. 3 HGO. Dem entsprechend ist in § 2 Gesellschaftervertrag der Antragsgegnerin zu 1 geregelt, dass sie nach Vorgaben der Antragsgegnerin zu 2 Aufgaben der Stadtentwicklung, der städtebaulichen Planung einschließlich der Fachplanung, der Sanierung und der Herstellung der Baureife von Grundstücken sowie als Erschließungsträger wahrnehmen soll.

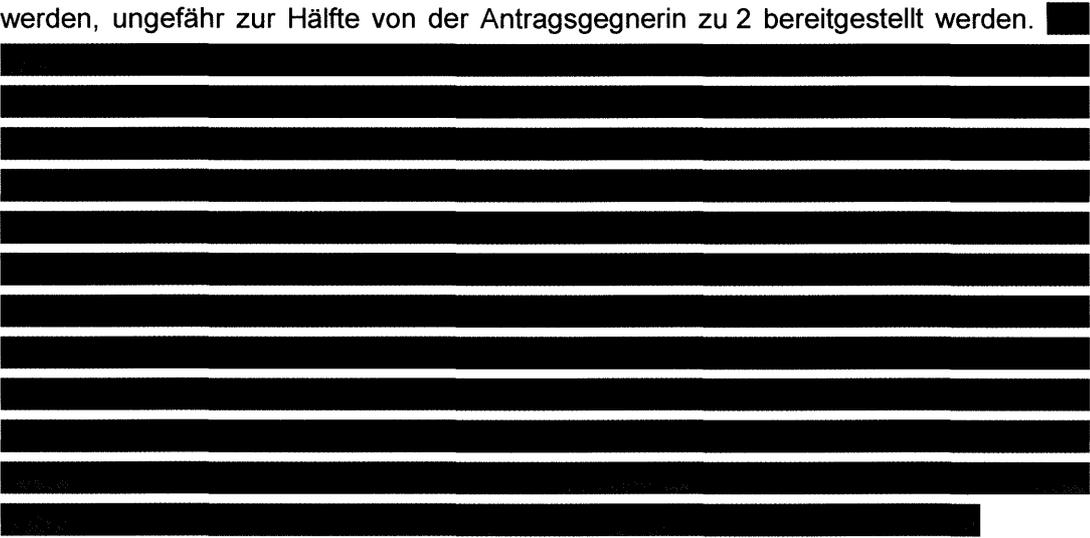
Vgl. Beteiligungsbericht der Stadt Wiesbaden für das Geschäftsjahr 2015, S.189.

135. Nimmt eine im Eigentum einer Gemeinde stehende juristische Person des Privatrechts – wie die Antragsgegnerin zu 1 – Aufgaben der Erschließung von Grundstücken wahr, die nach § 123 Abs. 1 BauGB Aufgabe der Gemeinde und somit der Antragsgegnerin zu 2 sind, so sind die von ihr dafür aufgewandten Mittel deshalb als öffentliche Mittel anzusehen, auch wenn sie selbst erwirtschaftet oder durch Bankkredite zu üblichen Konditionen aufgenommen worden sind.
136. Festzuhalten ist an dieser Stelle jedoch auch bereits, dass es nicht sachgerecht ist, automatisch jedes öffentliche Unternehmen, das im Mehrheitsbesitz der öffentlichen Hand steht, der Koordinierungsverpflichtung nach § 77i Abs. 3 TKG zu unterwerfen. Der Gesetzesbegründung zu § 77i Abs. 3 TKG ist zu entnehmen, dass „öffentliche Mittel“ im Sinne dieser Vorschrift einer besonderen Zweckbindung unterliegen. Das wird durch das zusätzliche Erfordernis reflektiert, dass das öffentliche Unternehmen bei der Verwendung der Mittel seinen satzungsgemäßen öffentlichen Zweck verfolgen muss.

Im vorliegenden Fall ist dies über die Baugebietserschließung gerade konkret gegeben. Anders könnte die Beurteilung aussehen, wenn es sich nicht um eine gesetzliche Aufgabe einer Gemeinde handelt (beispielhaft sei hier auf den Katalog aus § 121 Abs. 2 Nr. 1 HGO verwiesen), sondern um eine Tätigkeit auf einem privatwirtschaftlichen Gebiet, z. B. der Breitbandversorgung, welches nicht den originären Aufgaben der Gemeinde zugewiesen ist. Gemäß Art. 87f GG sollen Aufgaben der Telekommunikation gerade als privatwirtschaftliche Tätigkeiten erbracht werden, so dass dabei dann auch eine Aufgabenerbringung durch die öffentliche Hand auf Basis kommunalverfassungsrechtlicher Erlaubnistatbestände zu einer anderen Beurteilung führen könnte.

137. Ähnlich wie im vorliegenden Fall gelagert ist die beihilferechtliche Problematik, ob Mittel öffentlicher Unternehmen als Beihilfen eingeordnet werden können. Nach Ziffer 48 der Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV (2016/C 262/01) umfassen „staatliche Mittel“ sämtliche Mittel des öffentlichen Sektors. Nach Ziffer 49 sind Mittel öffentlicher Unternehmen ebenfalls als staatliche Mittel im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV anzusehen, da der Staat in der Lage ist, die Verwendung dieser Mittel zu steuern. Weiter heißt es in Ziffer 50, dass, wenn eine Maßnahme, mit der ein Vorteil verschafft wird, nicht unmittelbar durch den Staat finanziert wird, sondern durch eine von ihm zur Durchführung der Beihilferegulierung geschaffene oder damit beauftragte öffentliche oder private Einrichtung, dies nicht zwangsläufig bedeutet, dass diese Maßnahme nicht aus staatlichen Mitteln finanziert wird. Diese Regeln, die auf der Rechtsprechung des EuGH und des Gerichts erster Instanz zum Beihilferecht beruhen, zeigen, dass eine weite Auslegung des Begriffs „staatliche Mittel“ (nämlich ggf. unter Einschluss von Mitteln, die von einem öffentlichen Unternehmen eingesetzt werden) angezeigt sein kann, um dem Regelungszweck Rechnung zu tragen. Die Beschlusskammer lässt an dieser Stelle offen, ob und inwieweit diese Interpretation beihilferechtlicher Regelungen durch den Europäischen Gerichtshof auf Art. 5 Abs. 2 der Kostensenkungsrichtlinie und den ihrer Umsetzung dienenden § 77i Abs. 3 TKG übertragbar sind. Klarzustellen ist aber, dass die Finanzierung der Bauarbeiten aus öffentlichen Mitteln – anders der unionsrechtliche Beihilfegriff – keine selektive Vorteilsgewährung im Sinne einer Begünstigung des Beihilfempfängers durch einen Zuschuss oder die Ersparnis von Aufwendungen voraussetzt. Notwendige, aber auch hinreichende Bedingung ist lediglich die Verwendung öffentlicher Mittel.
138. Im Ergebnis ist festzustellen: Nimmt eine im Eigentum einer Gemeinde stehende juristische Person des Privatrechts – wie hier die Antragsgegnerin zu 1 – Aufgaben der Erschließung von Grundstücken wahr, die nach § 123 Abs. 1 BauGB Aufgabe der Gemeinde – wie hier der Antragsgegnerin zu 2 – sind, so sind die von ihr dafür aufgewendeten Mittel als „öffentliche Mittel“ im Sinn des § 77i Abs. 3 S. 1 TKG anzusehen.

2.3.2.4.4 Teilweise Finanzierung aus öffentlichen Mitteln durch Einbringung von Grundstücken in das Projekt durch die Antragsgegnerin zu 2

139. Ob und inwiefern im vorliegenden Fall aus öffentlichen Mitteln finanzierte Bauarbeiten i. S. d. § 77i Abs. 3 TKG auch deswegen anzunehmen sind, weil die geplanten Versorgungsnetze zumindest teilweise auch auf Grundstücken der Antragsgegnerin zu 2 errichtet werden, kann letztlich dahinstehen, da eine Finanzierung aus öffentlichen Mitteln bereits aus anderen Gründen (s. o.) zu bejahen ist. Angesichts des Gesetzeszwecks könnte jedoch auch insoweit ein weites Verständnis des Begriffs der öffentlichen Mittel befürwortet werden und würde die getroffene Entscheidung weiter stützen.
140. Der zusätzliche Ansatzpunkt läge in der Einbringung der Grundstücke der Antragsgegnerin zu 2 gemäß § 2 des Kooperationsvertrages sowie § 8 Abs. 1 des Städtebaulichen Vertrages in ein amtliches Umlegungsverfahren nach §§ 45 ff. BauGB. Danach werden die Grundstücksflächen entsprechend den Festlegungen des Bebauungsplanes auf die Antragsgegnerinnen verteilt.
141. Im Umlegungsverfahren wird gem. § 55 Abs. 1 BauGB aus den im Umlegungsgebiet gelegenen Grundstücken rechnerisch eine Umlegungsmasse gebildet. Durch die konkreten Regelungen in den Verträgen zwischen den beiden Antragsgegnerinnen hierzu wird deutlich, dass die Flächen, auf denen die öffentlichen Verkehrswege errichtet werden, ungefähr zur Hälfte von der Antragsgegnerin zu 2 bereitgestellt werden. 
142. Dies bedeutet, dass die Flächen, auf denen die öffentlichen Verkehrswege errichtet werden, ungefähr zur Hälfte von der Antragsgegnerin zu 2 bereitgestellt werden. Sie stellen damit öffentliche Mittel dar, die zur Errichtung der öffentlichen Versorgungsnetze für Verkehrsdienste herangezogen werden. Denn der Begriff der öffentlichen Mittel ist, wie oben dargelegt, dem vom Gesetzgeber verfolgten Zweck entsprechend weit auszulegen.
143. Eine solche Zweckbindung öffentlicher Mittel zur Förderung der Gesamtwohlfahrt ist nicht nur dann zu verwirklichen, wenn Zahlungen der öffentlichen Hand zur Vornahme von Bauarbeiten geleistet werden, sondern auch dann, wenn die öffentliche Hand Vermögensgegenstände beisteuert, die zur Errichtung eines öffentlichen Versorgungs-

netzes genutzt werden wie hier die für die Errichtung von Verkehrswegen herangezogenen Grundstücksflächen.

144. Nach dem Gesetzeswortlaut kommt es darauf an, dass „Bauarbeiten“ durch öffentliche Mittel finanziert werden. Indem die Antragsgegnerin zu 2 Grundstücke zur Verfügung stellt, an und auf denen die Bauarbeiten ausgeführt werden, ermöglicht sie diese Bauarbeiten. Zwar erfolgt damit keine Finanzierung der Bauarbeiten in dem (engen) Sinn, dass eine Bezahlung der Bauunternehmen für die von diesen ausgeführten Arbeiten erfolgt. Angesichts des Gesetzeszwecks ist davon jedoch auszugehen, dass mit der Formulierung „Finanzierung durch öffentliche Mittel“ keine Einengung des Tatbestandes erfolgen sollte, sondern dass die zahlreichen Fälle erfasst werden sollen, in denen die öffentliche Hand Mittel zu Baumaßnahmen Privater beisteuert, etwa bei Förderprogrammen. Hier ist im Wege eines Erst-Recht-Schlusses davon auszugehen, dass diese Zweckbindung öffentlicher Mittel auch dann gilt, wenn die öffentliche Hand Vermögensgegenstände zur Errichtung in ihrem Eigentum befindlicher bzw. in ihr Eigentum gelangender Versorgungsnetze beisteuert. Im Übrigen ist die Wirkung der Einbringung von Vermögensgegenständen mit der einer direkten Zahlung vergleichbar.
145. Deshalb könnte man in dem hier vertretenen weiten Auslegungsansatz argumentieren, dass die eingebrachten Grundstücke ebenfalls öffentliche Mittel darstellen, die zur Errichtung der öffentlichen Versorgungsnetze für Verkehrsdienste herangezogen werden.
146. Letztlich muss die Entscheidung nach den oben bereits ausgeführten Punkten hinsichtlich der Finanzierung der Bauarbeiten durch öffentliche Mittel aber nicht auf diese Wertungsfrage gestützt werden.

2.3.2.5 Zumutbarkeit gemäß § 77i Abs. 3 S. 2 Nr. 1 bis 3 TKG (Regelbeispiele)

147. Der Antrag der Antragstellerin ist gemäß § 77i Abs. 3 TKG zumutbar. Die Vorschrift des § 77i Abs. 3 S. 2 TKG benennt drei Voraussetzungen, bei deren Vorliegen ein Antrag insbesondere als zumutbar anzusehen ist (Regelbeispiele). Diese drei Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall gegeben.

2.3.2.5.1 Zusätzliche Kosten

148. Für eine Mitverlegung der Infrastruktur der Antragstellerin werden keine zusätzlichen Kosten gegenüber den 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 S. 2 Nr. 1 TKG).
149. 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.“

Vgl. Erwägungsgrund 25, RL 2014/61/EU v. 15. 3. 2014, ABI. EU L 155 v. 23. 5. 2014, S. 5.

150. Zwar tragen die Antragsgegnerinnen vor, dass die Planungsleistungen des Erschließungsträgers ohne parallele Telekommunikations-Netzinfrastruktur kalkuliert gewesen seien und daher eine Umplanung sowie zeitliche Verzögerung eintreten würde. Daneben müssten auch zusätzliche Raumressourcen bereitgestellt werden. Dieser Vortrag führt aber nicht dazu, unzumutbare Zusatzkosten, bezogen auf die ursprünglich geplanten Bauarbeiten, anzunehmen. Bei rechtzeitig eingeplanter Koordinierung würden die zusätzlichen Kosten lediglich darin bestehen, weitere Leitungen in die Verlegung mit einzubeziehen, deren Größe und Verlauf parallel zu den übrigen Versorgungsleitungen hätten berücksichtigt werden können. Die ursprünglich geplanten Bauarbeiten wären dadurch nicht wesentlich verteuert oder verzögert worden. Es steht zur Überzeugung der Beschlusskammer fest, dass gerade eine rechtzeitige Berücksichtigung bei der Planung auch ohne Probleme möglich gewesen wäre.
151. Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin ist nicht ersichtlich, dass die Ausführungsplanungen zur Baugebieterschließung seit geraumer Zeit vor der Antragsstellung bei der Bundesnetzagentur am 20. 12. 2017 abgeschlossen waren. Die Trassenkoordinierungsvereinbarung wurde mit Schreiben vom 16. 3. 2018 vorgelegt und besteht aus den unterzeichneten Planköpfen. Diese wurden zuletzt mit Datum vom 11. 12. 2017 durch das Tiefbau und Vermessungsamt der Antragsgegnerin zu 2 unterzeichnet, mithin knapp zwei Monate nach Eingang des Koordinierungsantrags der Antragstellerin. Ein Vertragsschluss mit dem zukünftigen Versorgungsnetzinhaber ESWE Versorgungs AG ist erst auf den 19. 12. 2017 datiert. Erst ab diesem Zeitpunkt gab es also überhaupt gesicherte Erkenntnisse über die tatsächlichen Trassen und ihre Inhaber. In den zwei Monaten, die zwischen der Antragstellung durch die Antragstellerin und der abgeschlossenen Trassenkoordinierung bzw. dem endgültigen Vertragsschluss mit der Erschließung durch die ESWE Versorgungs AG lagen, wurde die Tatsache einer angestrebten Mitverlegung offenbar weiter ignoriert, obwohl sie zu diesem Zeitpunkt noch hätte berücksichtigt werden können. Der mit der ESWE Versorgungs AG geschlossene Erschließungsvertrag enthält mithin auch noch den Passus, [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] Es obliegt mithin der Antragsgegnerin zu 1, eine solche Koordinierung auch im Nachgang zur Trassenkoordinierung und dem Vertragsschluss durchzuführen.
152. Hinzu kommt, dass die Antragstellerin durch mehrere Schreiben im Vorfeld des Antrags vom 12. 10. 2017 zwar möglicherweise keinen den Anforderungen des § 77I TKG entsprechenden Koordinierungsantrag gestellt, aber zumindest ihre Koordinierungsab-

sicht kommuniziert hat. So weist bereits das Schreiben der Antragstellerin vom 19. 5. 2016 die Aufforderung zur Informationsmitteilung „zum Zweck der Koordinierung“ auf. In der Folge erfolgte auch eine Bestätigung der Ausbauabsicht seitens der Antragstellerin mit Schreiben vom 13. 9. 2016. Selbst wenn die ersten groben Trassenplanungen bereits im Februar 2017 vorlagen und selbst wenn man unterstellt, dass zu diesem Zeitpunkt noch nicht klar war, ob die Ausbauabsicht der Antragstellerin noch Bestand haben würde, so hätte man ab Sommer 2017 von dieser ausgehen können und müssen. Spätestens aber mit dem Antrag vom 12. 10. 2017 war dies hinreichend deutlich. Dagegen, dass die Ausführungsplanungen zur Baugebietserschließung seit geraumer Zeit auch noch vor der Antragsstellung bei der Antragsgegnerin am 12. 10. 2017 abgeschlossen waren, spricht, dass die aus den unterzeichneten Planköpfen bestehende Trassenkoordinierungsvereinbarung mit Datum vom 16. 10. 2017 durch die Antragsgegnerin zu 1 und erst am 11. 12. 2017 durch das Tiefbau- und Vermessungsamt der Antragsgegnerin zu 2 unterzeichnet wurde. Erst ab dem Zeitpunkt gab es also überhaupt gesicherte Erkenntnisse über die tatsächlichen Trassen und ihre Inhaber. Ein Vertragsschluss mit dem zukünftigen Versorgungsnetzinhaber ESWE Versorgungs AG datiert erst auf den 19. 12. 2017. Insoweit vermag es nicht zu überzeugen, warum eine Trassenkoordinierung mit einem Mitverlegungsinteressenten spätestens am 12. 10. 2017 erhebliche Mehrkosten nach sich gezogen hätte.

153. Überdies hätte eine Forderung der Antragsgegnerinnen nach Übernahme zusätzlich anfallender Planungskosten durch die Antragstellerin eine diskriminierungsfreie Bedingung im Sinne von § 77i Abs. 3 S. 1 TKG dargestellt.
154. Entsprechendes gilt für den Einwand, es sei eine andere Leitungsführung erforderlich, weil in den schon bestehenden Gräben nicht genug Platz für eine Mitverlegung sei bzw. bestimmte Abstandsflächen in der jetzigen Planung mit einer zusätzlichen Leitung nicht berücksichtigt werden könnten. 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 insbesondere am Verkehrsnetz durch eine Mitverlegung nicht wesentlich beeinträchtigt gewesen und sind es nach dem Dafürhalten der Kammer auch jetzt noch nicht. Insbesondere ist die Frage, inwiefern ggf. zusätzlich entstehende Kosten durch breitere bzw. tiefere 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. Gemäß den vorgelegten Plänen ist in weiten Teilen des Gebiets bereits jetzt ein Leitungsgraben [REDACTED] für [REDACTED] Fernmeldetechnik vorgesehen. Es ist nicht hinreichend dargelegt, warum in diesen Gräben ein Rohrverbund wie ihn die Antragstellerin einbringen möchte, nicht aufgenommen werden kann. Dies konstatiert auch bereits die von den Antragsgegnerinnen selbst vorgelegte Mail des Planungsbüros vom 25. 10. 2017 (Anlage 5 im Schriftsatz vom 22.1. 2018), welche davon ausgeht, dass die Leitungszonen ausreichend für weitere Versorgungsträger sind.

155. Der geringer vorhandene Platz in den Planstraßen 4 bis 8 führt auch nicht zu erheblichen Mehrkosten, die die Zumutbarkeit entfallen ließe. Zum einen wäre bei rechtzeitiger Planung und [REDACTED] [REDACTED] (siehe dazu näher unter Rz. 175) eine weitere Trasse möglich gewesen. Zum anderen wird auch hier wieder auf die Ausführung des Planungsbüros verwiesen, welches auf eine mögliche weitere Trassenkoordination und die Möglichkeit des Abweichens von Mindestabständen hinweist, [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] Insoweit hat bereits zu einem früheren Zeitpunkt die Möglichkeit bestanden, noch vor Vertragsabschluss am 19.12.2017 und nach Antragstellung durch die Antragstellerin am 12.10.2017, die Trasse mit einzuplanen. Dies wäre auch noch innerhalb der Phase der Trassenkoordination erfolgt. Die Möglichkeit besteht aber auch aufgrund der Mitwirkungspflicht auch bzgl. der Planstraßen 4 bis 8 weiter fort.
156. Nichts anders gilt auch im Hinblick auf die von den Antragsgegnerinnen ins Feld geführten möglicherweise sieben zusätzlichen Standorte für Verteilerkästen, durch die Antragstellerin. Material und Verlegung bringt diese selbst auf und die Suche nach Standorten hätte im Rahmen einer rechtzeitig erfolgten Trassenkoordination bereits in Abstimmung mit anderen Versorgungsträgern erfolgen können. Auch dort bestand im Verfahren offenbar noch Unklarheit über Anzahl bzw. Standorte des Telekommunikationsnetzes der ESWE Versorgungs AG, da im Schriftsatz der Antragsgegnerinnen vom 22.1.2018 noch von zwei „größeren Verteilungen von Aktivkomponenten“ die Rede war, dies aber mit Schriftsatz vom 12.2.2018 insofern modifiziert wurde, als wohl doch fünf oberirdische Kabelverzweigerkästen mit einer Höhe von 100 cm einschließlich Sockel aufgestellt werden sollen. Inwiefern sich diese fünf geplanten Standorte z. B. auch mit den Standorten der Antragstellerin decken bzw. eine gemeinsame Planung zumindest gemeinsame Standorte ermöglicht, wurde von den Antragsgegnerinnen nicht berücksichtigt. Inwiefern aber überhaupt – selbst bei Annahme zusätzlicher sieben Standorte – zusätzliche Kosten für die Antragsgegnerinnen damit verbunden wären, ist nicht ersichtlich und dazu wurde auch nicht vorgetragen.
157. 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 die Kosten des Erstausbauenden eines öffentlichen Versorgungsnetzes. Diesem 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 Kostenverteilmehanismen 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 Planungsarbeiten noch einmal „angefasst“ werden müssen, um noch eine zusätzliche Leitung miteinbringen zu können.

Bei einer Mitverlegung im Zuge des ersten Ausbauschnittes wäre dies nicht erforderlich gewesen.

158. Darüber hinaus bestünde auch noch die Möglichkeit, dass die mitzuverlegende Leitung möglicherweise nicht unmittelbar im gleichen Graben geführt werden könnte, sondern dafür ggf. weitere Gräben bzw. neue Querungen erforderlich werden würden. Dies beträfe dann aber gar nicht die ursprünglich geplanten Bauarbeiten, sodass entgegen der Ansicht der Antragsgegnerinnen die ursprüngliche Trassenkoordinierung nicht zwingend modifiziert werden müsste. Insoweit ist die Voraussetzung des § 77i Abs. 3 S. 2 Nr. 1 TKG gegeben.

2.3.2.5.2 Kontrolle über die Koordinierung

159. Die Kontrolle über die Koordinierung der Bauarbeiten wird durch den Antrag der Antragstellerin auf Mitverlegung nicht behindert (§ 77i Abs. 3 S. 2 Nr. 2 TKG).
160. Es fehlt an einer tragfähigen Argumentation der Antragsgegnerinnen, 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 geplanten Schaffung von Verkehrsinfrastruktur der Antragsgegnerin berücksichtigt werden können. Nach dem Verständnis der Beschlusskammer ist es möglich, die bisherigen Bauarbeiten um die ggf. zusätzlichen Komponenten unter der weiteren Bauausführungsaufsicht der Antragstellerin zu 1 durchführen zu lassen.

2.3.2.5.3 Rechtzeitige Antragstellung

161. Der Koordinierungsantrag wurde rechtzeitig im Sinne des § 77i Abs. 3 S. 2 Nr. 3 TKG gestellt.
162. 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.
163. Im konkreten Fall haben die ersten Kontaktaufnahmen im Hinblick auf eine Erschließung der Antragstellerin mit einer Telekommunikationsinfrastruktur bereits im Jahr 2016 ihren Anfang gefunden. Zu diesem Zeitpunkt hat die Antragstellerin bereits im Rahmen der Beteiligung als Wegebauastträgerin bei den planungsrechtlichen Vorga-

ben angegeben, das Gebiet mit Infrastruktur erschließen zu wollen. Zwar bezog sich die Kommunikation im Vorfeld erst einmal ausschließlich auf die Beteiligung eines Trägers öffentlicher Belange, allerdings wurde bereits im Rahmen dieser Vorfeld-Erkundigungen von der Antragstellerin deutlich gemacht, an einem Ausbau interessiert zu sein.

164. Der Bebauungsplan für das Neubaugebiet Hainweg in Wiesbaden-Nordenstadt lag als endgültiger Satzungsbeschluss am 15. 12. 2016 vor, weitere notwendige Genehmigungen wie z. B. die Flächennutzungsplanänderung standen z. T. erst deutlich später an (Wirksamkeit des Feststellungsbeschlusses gemäß § 6 Abs. 5 BauGB zur Flächennutzungsplanänderung am 22. 5. 2017). 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.
165. Vor dem Inkrafttreten des DigiNetz-Gesetzes und damit auch vor der ausdrücklichen Formulierung von § 77i Abs. 3 S. 2 Nr. 3 TKG hat die Antragstellerin bereits im Verlauf des Jahres 2016 (z. B. im ersten Schreiben vom 19. 5. 2016) ganz konkret und sogar wörtlich eine „Koordinierung von Bauarbeiten“ angestrebt. Sie hat mit Schreiben vom 22. 8. 2016 präzisiert, dass und wie sie ihre geplante Leitungsverlegung zur Erschließung des Neubaugebiets mit Glasfaserbreitbandversorgung anstrebt. Auch danach ist die Antragstellerin am 13. 9. 2016 noch einmal an die Antragsgegnerinnen herangetreten und hat sich mit einem Auftragsformular an die Antragsgegnerin zu 1 gewandt. In diesem waren konkrete Abreden zur Erstellung des Netzes vorgesehen. Offenbar um diesen geplanten Ausbau auch abzusichern, beantragte die Antragstellerin in der Folge bei der Antragsgegnerin zu 2 die Zustimmung des Trägers der Wegebauart gemäß § 68 TKG. Mit einer Fax-Antwort vom 15. 2. 2017 erteilte die Antragsgegnerin zu 2 die beantragte Zustimmung an die Antragstellerin für das Vorhaben im Neubaugebiet Hainweg und verwies im Hinblick auf zukünftige Koordinierungspläne auf die Antragsgegnerin zu 1. Bis zu diesem Zeitpunkt gab es für die Antragstellerin keine Anzeichen dafür, dass dem geplanten Ausbau etwas im Wege stehen könnte.
166. Insoweit die Antragsgegnerinnen hierzu einwenden, dass die Schreiben und E-Mails aus den Jahren 2016 und 2017 nicht ausdrücklich mit einer Koordinierung, sondern nur mit einer bauplanungsrechtlichen Klärung bzw. der Anfrage um ein Angebot zu tun hatten, so ist dem entgegen zu halten, dass auch der Wortlaut der diversen Schreiben bereits gegen diese Aussage spricht. Bereits im Schreiben der Antragstellerin vom 19. 5. 2016 bittet die Antragstellerin die Antragsgegnerin zu 2 zum Zwecke der Koordinierung mitzuteilen, welche Maßnahmen stattfinden werden. Bereits hier wird darauf hingewiesen, dass eine Koordinierung mit dem Straßenbau und den Baumaßnahmen anderer Leitungsträger erforderlich ist und eine „rechtzeitige und einvernehmliche Ab-

stimmung der Lage und Dimensionierung der Leitungszonen“ vorzunehmen ist. In der wegerechtlichen Zustimmung per Fax vom 15.2. 2017 verweist die Antragsgegnerin zu 2 im Hinblick auf die „Abstimmung der Planung“ an die Antragsgegnerin zu 1 und gibt damit auch ausdrücklich zu erkennen, dass eine Koordinierung durch die Antragsgegnerin zu 1 notwendig ist. Insoweit liegt auch bzgl. der früheren Korrespondenz schon deutlich der Gedanke einer „Koordinierung“ im Hinblick auf das mitzuverlegende Netz der Antragstellerin zugrunde.

167. Durch die Aussagen des Mitarbeiters zumindest der Antragsgegnerin zu 2, der ja gerade im Hinblick auf eine mögliche Koordinierung an einen Ansprechpartner der Antragsgegnerin zu 1 verwiesen hatte, wird deutlich, dass auch auf Seiten der Antragsgegnerinnen nicht deutlich zwischen einem geplanten Ausbau durch die Antragstellerin und einer notwendigen Koordinierung unterschieden wurde. Vielmehr wurde das Ansinnen von allen Beteiligten einheitlich als „as usual“ aufgefasst, also dass es auf der einen Seite einen Ausbauinteressierten und –berechtigten gäbe, dessen Ausbauansinnen mit den anderen Ausbauinteressen koordiniert werden müsse. Dass bereits zum damaligen Zeitpunkt ein Antrag auf koordinierte Mitverlegung gemäß § 77i TKG notwendig werden könnte, war damit für die Antragstellerin offenbar nicht klar ersichtlich. Auch nachdem im Juli 2017 deutlich wurde, dass es im Hinblick auf die Koordinierung der Ausbauabsicht schwierig werden könnte, vertraute die Antragstellerin noch auf eine Lösung außerhalb formalisierter Verfahren. Nachdem im weiteren Verlauf des Spätsommers und durch weiteren Schriftverkehr deutlich wurde, dass eine gütliche Einigung nicht mehr in Frage käme, wurde von Seiten der Antragstellerin spätestens mit Schreiben vom 12.10.2017 ein formaler Antrag auf Koordinierung gemäß § 77i Abs. 3 TKG gestellt.
168. Zu diesem Zeitpunkt lag nach Aussagen der Antragsgegnerinnen weder eine fertige Trassenkoordinierungsvereinbarung vor, die erst ca. eine Woche später schriftlich beschlossen wurde, noch gab es überhaupt schon einen geschlossenen Vertrag mit dem anderen Eigentümer der Versorgungsnetze. Der Vertragsschluss mit der ESWE Versorgungs AG über die zu erstellenden Versorgungsleitungen wurde erst am 19. 12. 2017 geschlossen.
169. Dieser Antrag kann im Hinblick auf die vorab erfolgte Kommunikation und insbesondere die Tatsache, dass die Antragsgegnerinnen auch nicht bestreiten, über die Ausbauabsicht bereits vor Inkrafttreten des DigiNetz-Gesetzes, also seit Herbst 2016, informiert gewesen zu sein, insoweit auch nicht als verspätet angesehen werden. Auch wenn von Seiten der Antragsgegnerinnen Pläne vorgelegt wurden, wonach bereits im Februar 2017 Pläne zur Leitungsführungen bestanden, so erfuhren diese auch danach gemäß der vorgelegten Trassenkoordinierung noch weitere Änderungen. In der öffentlich mündlichen Verhandlung berichteten die Antragsgegnerinnen von weiteren Terminen im Juni und die Eintragungen in den Planköpfen belegen, dass es noch weitere Veränderungen und Anpassungen gegeben hat. Am 21. 8. 2017 erfolgte ein Gespräch beim Tiefbauamt der Antragsgegnerin zu 2 und dieses lag bereits deutlich nach der

Rückfrage der Antragstellerin im Juni, in der sie ihre Ausbaubabsicht noch einmal bekräftigte. Insoweit können die auf Februar datierten Trassenpläne nicht dazu führen, dass bei Nichtberücksichtigung von bereits im Vorfeld bekannten Ausbaubestrebungen damit eine zu späte Antragstellung gegeben ist. Im Übrigen wäre auch im Oktober 2017 noch die Berücksichtigung einer weiteren parallelen Leitungsführung genauso möglich gewesen wie bei einer zeitlich früheren Planung für die Verlegung der Versorgungsleitungen im Neubaugebiet.

170. Den Antragsgegnerinnen war durch die lange Korrespondenz zwischen den streitenden Parteien spätestens Mitte des Jahres 2016 bewusst, dass es einen bereits schriftlich fixierten Mitverlegungswillen der Antragsgegnerin gab. Die Erstellung der Pläne im Februar 2017 zeigt vielmehr, dass man bereits zu diesem Zeitpunkt keine weiteren Planungsschritte im Hinblick auf eine Koordinierung von Bauarbeiten vornehmen wollte. Darüber informierte man offenbar nicht die bislang schon an Koordinierung interessierte Antragstellerin, weswegen diese erst auf Nachfrage im Sommer 2017 davon erfuhr. Auch insoweit darf die Antragstellung im vorliegenden Fall als rechtzeitig angesehen werden.

2.3.2.6 Zumutbarkeit im Übrigen

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

2.3.2.6.1 Tatsächliche und rechtliche Unmöglichkeit aufgrund fehlenden Platzes in den Trassen

172. Insoweit die Antragsgegnerinnen einwenden, dass eine Koordinierung einer weiteren Telekommunikationsleitung mit Glasfaserkabel schon dadurch nicht möglich wäre, weil sie nur unter Verstoß gegen tatsächliche und rechtliche Pflichten und Auflagen erfolgen könnte und eine Entscheidung zugunsten nur eines Telekommunikationsanbieters ergehen könne, so führt dieser Einwand vorliegend nicht zu einer Unzumutbarkeit der Koordinierung.
173. Die Antragsgegnerinnen stützen sich bei ihrer Argumentation auf die bislang erfolgte Trassenplanung und deren Unterzeichnung durch alle Beteiligten. Dadurch haben sich alle Beteiligte des Verfahrens damit einverstanden erklärt, ihre Trassen gemäß den bislang vorliegenden Plänen zu verlegen. Eine Trassenplanung unter Berücksichtigung der geplanten Leitungsführung der Antragstellerin wurde bislang nicht vorgelegt und konnte somit zwischen den Beteiligten auch nicht zu koordinierten Absprachen führen.
174. Aus den der Beschlusskammer vorgelegten Plänen im Schriftsatz vom 22. 1. 2018 ist erkennbar, dass in jeder der Planstraßen Leitungszonen vorgesehen sind. Diese liegen – wie auch sonst bei Neubauerschließungen üblich – in bestimmten voneinander ab-

grenzbaren Bereichen. So ist z.B. [REDACTED]
 [REDACTED] Verlegung offenbar durch die Antragsgegnerin zu 1 selbst
 beauftragt wird. Mit der ESWE Versorgungs AG wurde im Dezember 2017 ein Vertrag
 zur Erschließung des Baugebiets mit Telekommunikations-, [REDACTED]
 anlagen [REDACTED] geschlossen [REDACTED]

175. Gemäß diesen vorgelegten Regelungen besagen die bereits [REDACTED] entwor-
 fenen und im Dezember abschließend unterschriebenen Trassenpläne, dass man sich
 auf Leitungszonen sowie auf Tiefen und einen Regelquerschnitt geeinigt hat. Also er-
 folgte die abschließende Unterzeichnung der Pläne erst im Dezember 2017 und damit
 deutlich nach der Beantragung einer koordinierten Mitverlegung durch die Antragstelle-
 rin. [REDACTED]

176. Sieht man sich die Trassenpläne der einzelnen Planstraßen an, so ist in dem überwie-
 genden Bereich des Baugebiets eine Leitungszone für [REDACTED] Fernmelde- [REDACTED]
 [REDACTED] trassen mit unterschiedlichen Verlegetiefen und –breiten vorgesehen. Ge-
 mäß den schematischen Darstellungen sowie dem [REDACTED] wird
 deutlich, [REDACTED]

Gemäß den eigenen Abstandsregelungen gegenüber Versorgungsleitungen der ESWE
 AG mit Stand vom 31. 3. 2016 wird angegeben, dass die Regelverlegetiefe bei Kabeln
 der 20 kV und 1 kV Stromversorgungsnetze sowie der Telekommunikationskabel zwi-
 schen 0,60 m und 1,00 m liegt.

*ESWE Versorgungs AG und Stadtwerke Wiesbaden Netz GmbH, Abstandsre-
 gelungen gegenüber Versorgungsanlagen, Stand: 31. 3. 2016, Ausdruck vom
 24.3.18, abrufbar unter: [https://www.eswe-versorgung.de/fileadmin/
 user_upload/dateien/planauskunft/Abstandsregelungen-gegenueber-
 Versorgungsanlagen.pdf](https://www.eswe-versorgung.de/fileadmin/user_upload/dateien/planauskunft/Abstandsregelungen-gegenueber-Versorgungsanlagen.pdf)*

177. Insoweit besteht sowohl in der Tiefe wie auch in der Breite noch Spielraum, der nicht
 auf die Möglichkeit einer Koordinierung hin untersucht wurde. In den bislang vorgese-

henen Leitungszonen ist jedenfalls nach bisherigen Aussagen der Antragsgegnerinnen [REDACTED] vorgesehen. Die [REDACTED] [REDACTED] und mit diesen besteht insoweit auch kein Kollisionspotential. In der geplanten Tiefe für die Verlegung von Telekommunikationskabeln ist vorgetragen, dass eine Glasfaserinfrastruktur (LWL-Kabel) für die WITCOM verlegt werden soll. Zu dieser wäre ein Regel-Abstand von 0,30 m sogar in den Planstraßen 4 bis 8 bei einer Trassenbreite von schmalen 0,45 m noch einzuhalten.

178. Im Hinblick auf die Regelverlegeabstände ist es daneben auch so, dass es sich dabei um Schutzabstände vor allem für spätere geplante Bauarbeiten handelt. Diese sollen planbar zu bestimmten Leitungszonen Abstände einhalten. Eine öffentlich-rechtliche Pflicht zur Einhaltung bestimmter Mindestabstände zwischen Leitungen wurde konkret nicht belegt (zu den Baumabständen siehe unter Rz. 180). Insoweit hier der Vertrag zwischen der Antragsgegnerin zu 1 und der ESWE Versorgungs AG als zivilrechtliche Verpflichtung herangezogen werden soll, [REDACTED]

[REDACTED] Insoweit kann die Antragsgegnerin zu 1 sich bezüglich der Nichtaufnahme einer weiteren Leitung in die Leitungszone auch nicht auf einen zivilrechtlichen Verstoß gegen vertragliche Regelungen stützen. Die Regelungen zur Mitnutzung im DigiNetz-Gesetz zeigen im Übrigen auch, dass sogar ein direktes Nebeneinander von mehreren LWL-Kabeln in einem Microleerrohrverbund möglich ist.

179. Insoweit daneben noch fehlender Platz für die von der Antragstellerin möglichen geplanten sieben Verteilerkästen in den Maßen 80 x 20 x 120 cm, die auch bereits in den Plänen vom 22. 8. 2016 enthalten waren, geltend gemacht wird, so führt auch dieser Vortrag nicht zu einer darüberhinausgehenden Unzumutbarkeit. Zum einen ist bislang aufgrund der nicht durchgeführten Koordinierung nicht hinreichend präzisiert, ob und inwiefern die ursprünglichen Standorte überhaupt noch Bestand haben bzw. ob und wie diese ggf. mit einem weiteren Versorgungsnetzbetreiber kombiniert werden können. Zum anderen ist aber – selbst wenn man weitere sieben Standorte für Verteilerkästen konzidiert – nicht deutlich, wo und wie es dort genau zu Raumknappheiten kommen soll. Soweit bislang in den Plänen vom August 2016 ersichtlich, ist die Lage der Verteilerkästen jeweils an den größeren Planstraßen geplant. Dort wird es – vor allem im Bereich der größeren öffentlichen Bauten – auch keine „Engesituation“ geben, die gegen eine solche Aufstellung sprechen könnte. Zumindest wurde dazu von Seiten der Antragsgegnerinnen nicht substantiiert vorgetragen und z. B. im Hinblick auf einen geplanten Standort eines Verteilerkastens präzisiert, warum dieser dort aus Platzgründen nicht aufgestellt werden könne. Im Übrigen bestünde im Rahmen einer durchgeführten Koordinierung auch gerade dahingehend noch die Möglichkeit, über alternative Standorte bzw. gemeinsam zu nutzende Standorte zu sprechen und eine Einigung herbeizuführen. Eine solche Möglichkeit wurde der Antragstellerin aber bislang aufgrund fehlender Koordinierung gar nicht eingeräumt. Das Argument bereits im Vorfeld gegen eine Koordinierung ins Feld zu führen, geht daher fehl.

2.3.2.6.2 Auflagenverstoß bzgl. Baumstandorte

180. Insoweit die Antragsgegnerinnen hier einwenden, dass die Auflage der Mindestabstände von Versorgungsleitungen im Bereich der Baumstandorte zumindest in den Planstraßen 4 bis 8 bei einer Mitverlegung einer weiteren Telekommunikationsinfrastruktur nicht mehr einzuhalten seien, kommt dieses Argument hier nicht zum Tragen.
181. Wie oben unter Rz. 154 bereits ausgeführt, gibt das Planungsbüro in seiner Auskunft vom 25. 10. 2017 lediglich an, dass im Bereich der Baumstandorte Auflagen des Grünflächenamts mit der Mindestabstandsfläche von 2,50 m zu den Versorgungsleitungen einzuhalten sind. Dabei handelt es sich nicht – wie die Antragsgegnerinnen angeben – um zwingende gesetzliche Vorgaben, sondern um Auflagen letztlich auch zum Schutz der Versorgungsleitungen. So gibt auch das Schreiben vom 1. 9. 2012 bereits selbst an, dass bei Unterschreitung der vorgegebenen Mindeststandards frühzeitig im Vorfeld Ortstermine mit den Mitarbeitern des Amtes für Grünflächen, Landwirtschaft und Forsten/Baumpflege zu vereinbaren sind. Letztlich bedeutet dies, dass die Auflagen auch flexibel gehandhabt werden können und auch Rücksprachen möglich sind, falls es zu einer Unterschreitung kommen müsste. Insoweit das Planungsbüro hier auf die Auflage hinweist, so ist nicht konkret vorgetragen, an welcher Stelle tatsächlich die Leitungszone für Telekommunikation, die in den meisten Fällen eine Breite von ca. 1,20 m bis 1,55 m aufweist, eine solche Unterschreitung der Abstandsfläche durch das Einbringen einer zweiten Telekommunikationsleitung zur Folge hätte.
182. Im Übrigen handelt es sich bislang nur um Pläne, die einen bestimmten Abstand zur noch nicht vorhandenen Baumbepflanzung im Vorgriff regeln. Diese sind zum einen über die Anpassung der Bepflanzung und zum anderen über eine Veränderung der Grabentiefe oder -lage noch veränderbar. Zum anderen ist ausweislich der vorgelegten Pläne auch in den Planstraßen 4 bis 8 eine Leitungszone für [REDACTED] Fernmeldetrassen von offenbar [REDACTED] vorgesehen. Diese könnte zum einen für weitere Leitungen noch bis zu 1,0 m vertieft werden, ohne die Vorgaben zur Regelverlegetiefe der ESWE Versorgungs AG zu verletzen, zum anderen wären auch in einer Tiefe von [REDACTED] immer noch Seitenabstände von 0,30 m zwischen den beiden geplanten Telekommunikationsleitungen einzuhalten, ohne dass die Trasse verbreitert oder verändert werden müsste. Im Übrigen sind ausweislich des vorliegenden Bebauungsplans in den Planstraßen 4 bis 8 keine Neuanpflanzungen von Bäumen vorgesehen, so dass die Auflage – anders als von der Antragsgegnerin vorgetragen – die Planstraßen 4 bis 8 nicht betrifft.
183. Insoweit die Antragsgegnerinnen hier mögliche Schadensersatzansprüche im Hinblick auf die „Verletzung der geltenden öffentlich-rechtlichen Abstandsvorschriften der Antragsgegnerin zu 2“ ins Feld führen, so haben diese nicht den zwingenden Charakter, den die Antragsgegnerinnen diesem „Auflagenschreiben“ zumessen. Vielmehr sind diese Auflagen variabel und verhandelbar und hätten auch bei rechtzeitiger Berücksichtigung ggf. eine Verringerung des Mindestabstands ermöglicht. Dies erscheint aber angesichts des jetzigen Vortrags und der Überprüfung des Sachverhalts auch nicht

notwendig, da bei einer rechtzeitigen Trassenkoordinierung mit Grabanpassung in Tiefe und Breite und einer zeitgemäßen Betrachtung [REDACTED] eine weitere Telekommunikationslinie hätte berücksichtigt werden können. Zu einem Ausschluss der bisher geplanten Telekommunikationslinie kommt es demnach nicht bzw. hätte es bei rechtzeitiger Berücksichtigung und Flexibilisierung nicht kommen müssen. Genau zum Zwecke der Abklärung z. B. der Abweichung von der Einhaltung der Auflagen dient auch die Koordinierung und Planung, derer sich die Antragsgegnerinnen hier durch Nichtdurchführung entzogen haben und sich nunmehr auf einen möglichen Auflagenverstoß nicht mehr berufen können. Im Übrigen obliegt es nicht der Nationalen Streitbeilegungsstelle, über Schadensersatzansprüche zu entscheiden, damit würde sie ihre Kompetenzen klar überschreiten und dabei handelt es sich auch nicht um eine „faire und diskriminierungsfreie Bedingung“, über die die Beschlusskammer gemäß § 77n Abs. 5 TKG zu entscheiden hat.

2.3.2.6.3 Sinn und Zweck der Regelungen des DigiNetz-Gesetzes

184. Die Zumutbarkeit des Antrags ergibt sich auch aus Sinn und Zweck der Regelungen des DigiNetz-Gesetzes.
185. Die Antragsgegnerinnen sowie einige Beigeladene stützen 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 eine bereits durch den angekündigten Ausbau eines Glasfasernetzes mit der 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).
186. Diese Aussagen beziehen sich aber auf die Mitnutzung passiver Netzinfrastrukturen. Der Gesetzgeber hat sich jedoch explizit gegen eine Übertragung des Versagungsgrunds des Überbaus auf die Mitverlegung ausgesprochen, denn „in Neubaugebieten fehle es [...] definitionsgemäß an bestehenden überbaubaren Telekommunikationsinfrastrukturen“ (BT-Drs. 18/8332, S. 85). Insoweit unterscheiden sich die Situationen bei der Mitnutzung und Mitverlegung bzw. Koordinierung von Bauarbeiten bereits erheblich. Dort ist von Gesetzes wegen gerade das Augenmerk auf die zu nutzenden Synergien im Baubereich gelegt.
187. Der Gesetzgeber hatte ausweislich der Gesetzesmaterialien zum DigiNetz-Gesetz vor allem die Ziele der Kostensenkungsrichtlinie vor Augen („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 In-

vestitionskosten bilden, können danach signifikant gesenkt werden, „wenn Ineffizienzen beim Infrastrukturausbau beseitigt und Chancen zur Nutzung existierender passiver Netzinfrastrukturen 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 Netzinfrastrukturausbau effizienter zu gestalten. Dafür sollen Ineffizienzen des Netzinfrastrukturausbaus 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.

188. 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 Ausbaugbiet 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.
189. 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, ABI. EU Nr. L 155 v. 23. 5. 2014, S. 2.

190. Interessanterweise sieht die Kostensenkungsrichtlinie den Gedanken des „Überbaus“ gar nicht vor – auch nicht bei der Mitnutzung – 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.

191. 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.“

192. 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.
193. Das diskriminierungsfreie Angebot eines Open Access mittels Vorleistungsprodukten durch den Netzbetreiber ist hier nach bisheriger Einlassung zwar vorgesehen. Daraus ergeben sich aber keine Auswirkungen auf die Entscheidung über den hier in Rede stehenden Koordinierungsanspruch. Zwar besteht in § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG ein Versagungsgrund hinsichtlich der Mitnutzung bereits bestehender Infrastruktur. Eine Übertragung des Rechtsgedankens auf die Koordinierung und Mitverlegung ist aber – wie in Rz. 223 ff. ausführlich dargelegt – nicht möglich. 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 Ausbaugebiet zu verhindern.
194. Das infolge dieser Wertung entstehende breitere (Infrastruktur-)Angebot ist dem entgegen vorteilhaft, um zu einem wettbewerblieheren Umfeld zu führen. Die „Erstaus-

baumöglichkeiten“, 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.

195. Insofern 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 aus diesem Grund die durch Wettbewerb insbesondere auch in dynamischer Perspektive erzielbaren Effizienzgewinne über den Schutzinteressen der Antragsgegnerinnen.
196. Auch der Gedanke des Versagungsgrundes aus § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG findet keine Anwendung. Nähere Ausführungen dazu erfolgen unter Rz. 223.
197. 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.

198. 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.
199. Die Ausführungen in den Gesetzesmaterialien zu Sinn und Zweck des DigiNetz-Gesetzes widersprechen insofern nicht der Zumutbarkeit eines Koordinierungsanspruchs im konkreten Fall.

2.3.2.6.4 Ziele des TKG insgesamt

200. Auch die Regulierungsziele des TKG, die in die Entscheidung mit einfließen, widersprechen nicht der Zumutbarkeit eines Koordinierungs- und Mitverlegungsanspruchs.
201. Das Telekommunikationsgesetz geht gemäß § 1 TKG von dem Grundgedanken aus, „durch technologieneutrale Regulierung [...] Wettbewerb im Bereich der Telekommuni-

kation 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 Wahrung der Verbraucherinteressen, Dienste ihrer Wahl zu nutzen (§ 2 Abs. 2 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. 2 Nr. 2 TKG) sowie in der Beschleunigung des Ausbaus hochleistungsfähiger öffentlicher Telekommunikationsnetze 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 Ausbaubestreiben der öffentlichen Hand zu.

202. 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.
203. 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 durch „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). Dies folgt auch bereits aus § 2 Abs. 3 i. V. m. Abs. 2 TKG.
204. In diesem Kontext ist zu konstatieren, dass in der konkreten 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.
205. 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. Im vorliegenden Sachverhalt wird durch die möglichen Kostenregelungen des DigiNetz-Gesetzes ein Korrektiv geschaffen, um zu einem Interessenausgleich zwischen den verschiedenen Zielen zu kommen.
206. Hinzu kommt, dass sich der Ausschluss von Wettbewerb allenfalls dann als Investitionsanreiz eignet, wenn ein solcher mit keiner anderen Maßnahme (z. B. Kostenteilungsregelungen) geschaffen werden kann. Es ist nicht Sinn und Zweck eines Gesetzes zur Förderung des Breitbandausbaus, neuen monopolistischen Strukturen Vorschub zu leisten. Genau darauf deutet das Bestreben in diesem Fall aber hin, wenn in dem Vertrag zur Erschließung des Baugebiets zwischen der Antragsgegnerin zu 1 und der ESWE Versorgungs AG in Nr. 2.5 die Rede davon ist, dass die Parzellen jeweils nur einen medienspezifischen Netzanschluss erhalten sollen. Einen solchen Ausschlussgedanken wollte auch der Gesetzgeber offenbar nicht ermöglichen, indem er die Regulierungsbehörde weiterhin auf ihre Zielvorgaben verpflichtet. Vor diesem Hintergrund kann ein solches Szenario auch nicht als Referenz zur Bewertung möglicher Rückwirkungen auf die Anreize zur Ersterschließung herangezogen werden.
207. Diese Wertung der gesetzlichen Ziele hat also auch Bestand, wenn man berücksichtigt, dass die Antragsgegnerinnen hier dafür sorgen wollen, dass über ein Vorleistungsprodukt ein diskriminierungsfreies Open-Access Angebot zur Verfügung gestellt wird. Dieses wird allein auf den Regelungen des geplanten Pachtvertrages basieren und ist bislang nicht definiert. Ein Open-Access Angebot des Pächters würde auch keine passiven Vorleistungsprodukte umfassen. Im Hinblick auf die Zugangsbedingungen ist es nicht so umfassend regulatorisch abgesichert wie in einem beihilferechtlichen Kontext oder bei einem Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht, bei dem rechtliche Vorgaben wie ein Gleichbehandlungsgebot oder eine Entgeltregulierung – deren Ziel die Nachbildung der Entgelte ist, die bei bestehendem Wettbewerb verlangt werden würden – zu vergleichbaren Ausgangsbedingungen zwischen Netzbetreiber und Zugangsnachfrager führen. Im Vergleich zur Mitverlegung eigener Infrastruktur handelt es sich zudem wettbewerblich betrachtet nicht um ein völlig gleichwertiges Produkt, da unterschiedliche Wertschöpfungstiefen existieren, denen allerdings auch unterschiedliche Investitionsrisiken entsprechen. 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. Daher wird auch auf die Ausführungen zur Nichtübertragbarkeit des Versagungsgrundes aus § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG unter Rz. 223 ff. verwiesen.

208. Unabhängig davon handelt es sich im konkreten Fall auch um eine spezielle Form der Wettbewerbsstreitigkeit gemäß TKG, die, wie das Landgericht Mannheim – in Bezug auf einen Sachverhalt, der neben dem zivilrechtlichen Verfügungsverfahren auch Gegenstand eines früheren Streitbeilegungsverfahrens vor der Beschlusskammer war – zutreffend ausgeführt hat, als *lex specialis* einer allgemeinen wettbewerblichen Streitigkeit um § 19 GWB vorgeht.

LG Mannheim, Beschluss 7 O 97/17 vom 2. 6. 2017, juris-Rz. 28 ff.

209. Auch wenn § 19 GWB insoweit hier 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.

2.3.2.6.5 Infrastrukturwettbewerb versus Investitionsanreize

210. Dem Infrastrukturwettbewerb kommt im vorliegenden Fall eine besondere Bedeutung zu, als er die Investitionsanreize nicht über das wettbewerbsinhärente Maß schmälert oder behindert.
211. In der Frage der Mitverlegung im vorliegenden Fall tritt ein Zielkonflikt in dem Sinne auf, als die Mitverlegung paralleler Infrastrukturen – ohne eine volkswirtschaftlich gegebenenfalls ineffiziente Duplizierung von Tiefbauarbeiten – einerseits einen erheblichen Beitrag zur 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 einer unangemessenen Kostenteilung – die Anreize für eine Ersterschließung erheblich sinken könnten.
212. Um Letzteres zu verhindern, müssen bei der Feststellung der Mitverlegungskonditionen im Hinblick auf Telekommunikationsnetzbetreiber 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.
213. 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 Investitionsan-

- reizen bringt. Einen generellen Ausschluss im Rahmen der Zumutbarkeit der Mitverlegung kann und darf es aber an dieser Stelle nicht geben.
214. Ein Szenario der alleinigen Versorgung der Endkunden durch den zukünftigen Betreiber des Netzes der ESWE Versorgungs AG/WITCOM und quasi-monopolistischen Zuflüssen aus der Netzpacht kann jedoch nicht als Referenz zur Bewertung möglicher Rückwirkungen auf die Anreize zur Ersterschließung herangezogen werden.
215. Unabhängig davon bringt der Gesetzgeber 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, auch wenn noch ein zweites Hochgeschwindigkeitsnetz – sei es vom Verpflichteten selbst oder einem Dritten – im Entstehen begriffen ist.
216. Demgegenüber soll nach Ansicht der Antragsgegnerinnen und einiger Beigeladener 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.
217. Eine Übertragung von Wertungen aus dem geförderten Breitbandausbau auf die Erschließung des verfahrensgegenständlichen Neubaugebietes scheitert schon aus folgenden Gründen: Das Betreibermodell für das attraktive städtische Neubaugebiet konnte – anders als bei Betreibermodellen im Kontext von Beihilfeprojekten – ohne ein Markterkundungsverfahren geplant werden, welches das Fehlen eines AusbauinteresSES anderer Netzbetreiber hätte ergeben müssen. Im Gegenteil hat die Antragstellerin bereits zum frühestmöglichen Zeitpunkt der Beteiligung der Träger öffentlicher Belange ein AusbauinteresSE kundgetan und sich später die entsprechenden Wegerechte gesichert. Insofern war von vornherein damit zu rechnen, dass das Gebiet gegebenenfalls von mehr als einem Telekommunikationsfestnetz erschlossen werden würde.
218. Einen Ausschluss von Infrastrukturwettbewerb wie ihn die Antragsgegnerinnen hier anstreben, kann es im Rahmen des DigiNetz-Gesetzes nicht geben. Ob und inwieweit die erzielbare Netzpacht angemessen ausfallen wird, wird auch von den Anreizmechanismen der Kostenentscheidung abhängen. Kommt es zu einer interessengerechten Kostenentscheidung, besteht auch weiterhin ein Anreiz für Investitionen, und zwar auch als Erstausbauer. Einen darüberhinausgehenden wettbewerblichen Schutz wollte das DigiNetz-Gesetz nicht schaffen; dies entspricht auch nicht der Interessenlage der Allgemeinheit.

219. 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.
220. Der hier von den Antragsgegnerinnen angedachte „Schutz vor Wettbewerb“ – zumindest im Bereich der Verlegung von Infrastrukturen – führt letztendlich auch zu monopolistischen Strukturen, die zwar in § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG zum gegenständlichen Schutz bereits verlegter Leitungsnetze anerkannt werden. 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 Regulierungsbedarf nach sich zögen.
221. Daneben wäre auch ein eigenwirtschaftlicher Aufbau eines zusätzlichen Netzes durch die Antragsgegnerin möglicherweise nicht zu verhindern. Bei Inanspruchnahme des Wegerechts wäre äußerst fraglich, ob die hier durch die Antragsgegnerinnen bereits benannten Einwände tatsächlich eine Verhinderung des eigenen Ausbaus zur Folge hätten. Insgesamt ist zu sehen, dass das DigiNetz-Gesetz nicht auf den Schutz von quasi-monopolistischen Strukturen ausgerichtet ist, in denen eine Netzpacht eines einzelnen Netzbetreibers als Zufluss gesichert werden soll. In der konkret hier vorliegenden Konstellation kann die Zumutbarkeit der Stattgabe des Koordinierungsantrags jedenfalls nicht daran scheitern, dass die Antragsgegnerinnen im Hinblick auf ihre Investitionen unzumutbar belastet werden würden. Aufgrund des zeitlichen Ablaufs wäre es auch widersprüchlich, einen an Mitverlegung interessierten Netzbetreiber auf die deutlich später stattfindende Ausschreibung zum Betrieb eines anderen Netzes zu verweisen. Denn bei einer Nichtberücksichtigung bei der Ausschreibung wird eine Koordination rückwirkend nicht mehr realisierbar und der Netzzugang nur noch über den Open Access möglich sein. 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.

222. 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 (einzigem) digitalen Hochgeschwindigkeitsnetz zu haben, sondern es ist auch die Möglichkeit zu berücksichtigen, gegebenenfalls aus mehreren Infrastrukturen auswählen zu können. Die Anwohner, die hier mit Versorgungsleitungen erschlossene Grundstücke erwerben, 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 möglich sein, liegt dies auch im Interesse der Endkunden.

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

223. Die Rechtsgedanken der Versagungsgründe gemäß § 77g Abs. 2 Nr. 6 und 7 TKG sind nicht auf die Beurteilung der Zumutbarkeit des von der Antragstellerin gestellten Antrags auf Koordinierung anwendbar.
224. Die Versagungsgründe kommen – wie unter Rz. 228 ff. näher ausgeführt – im vorliegenden Sachverhalt nicht im Wege einer analogen Anwendung zum Tragen.
225. 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 Regelung 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 Zuschnitt 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.

226. 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.
227. Vielmehr spielen die § 77g Abs. 2 Nr. 6, Nr. 7 TKG zugrundeliegenden 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. 193 ff. sowie Rz. 207 geschehen.

2.3.2.7 Kein Vorliegen eines Versagungsgrundes

228. Dem gemäß § 77i Abs. 3 TKG zumutbaren Antrag auf Koordinierung von Bauarbeiten und Mitverlegung kann von den Antragsgegnerinnen kein Versagungsgrund entgegen gehalten werden.
229. § 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 von den Antragsgegnerinnen nicht eingewandt worden.
230. 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 hier ebenso wie in den bisher bereits entschiedenen Fällen BK11-17/001 (Rz. 124) und BK11-17/002 (Rz. 118) nicht in Betracht.
231. 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.

232. 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.

233. 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.
234. 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 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.

235. 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 An-

wendung 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 immissionsrechtliche 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.

236. 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.
237. 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.
238. 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 Ausbauinteressierter seine eigene Infrastruktur verlegen würde.

239. Insoweit sind 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.
240. Insoweit lag im konkreten Fall ein zumutbarer Antrag auf Koordinierung von Bauarbeiten vor, dem die Antragsgegnerin zu 2 keinen Versagungsgrund entgegenhalten konnte und daher hätte stattgeben müssen. Dieses Ergebnis entspricht insofern auch der Spruchpraxis der Beschlusskammer, wie sie im Verfahren BK11-17/001 angelegt worden ist.
241. Klarstellend weist die Beschlusskammer darauf hin, dass der Koordinierungsanspruch die Antragsgegnerin zu 2 verpflichtet, alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen. Dies schließt auch entsprechende Anweisungen an den von ihr beauftragten Erschließungsträger, also die Antragsgegnerin zu 1 ein.

2.3.3 Faire und diskriminierungsfreie Bedingungen

242. Mit dieser Entscheidung werden gemäß § 77n Abs. 5 TKG 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.
243. 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.
244. Ziel der Entscheidung ist es, zum Ausbau von digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzen im Rahmen eines wettbewerblichen Umfeldes beizutragen. Zur Erreichung dieses Ziels ist die getroffene Entscheidung – im konkreten Fall die Antragsgegnerinnen zur Koordinierung von Bauarbeiten zu verpflichten und dies mit der Auferlegung einer näher bestimmten Anzeigepflicht zum Koordinierungsbeginn (Tenorziffer 2), einer Duldungspflicht bezüglich der Mitverlegung (Tenorziffer 4) und einer Verpflichtung, die Mitverlegung faktisch verhindernder Arbeiten zu unterlassen (Tenorziffer 5), gegenüber den Antragsgegnerinnen sowie einer Erklärungsfrist der Antragstellerin (Tenorziffer 10) zu flankieren – ein verhältnismäßiges Mittel. Da der Koordinierungsanspruch der Antragstellerin besteht, ist im Rahmen der Festlegung der fairen und diskriminierungsfreien Bedingungen auch über die Kostenteilung zu entscheiden (Tenorziffern 7 bis 9).

2.3.3.1 Anzeigepflicht zum Koordinierungsbeginn (Tenorziffer 2)

245. Die in Tenorziffer 2 auferlegte, näher bestimmte Anzeigepflicht ist eine konkretisierende Bedingung der Koordinierungsverpflichtung aus Tenorziffer 1. Rechtsgrundlage der Anzeigepflicht ist § 77i Abs. 2, 3 TKG i. V. m. 77n Abs. 5 S. 2 TKG.
246. Das DigiNetz-Gesetz zielt darauf ab, einen schnellen, nachhaltigen und kostengünstigen Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetz zu fördern.

BT-Drs. 18/8332, Seite 1 f.

In Ansehung des Gesetzeszwecks, den Breitbandausbau zügig und effizient voranzubringen, ist eine Situation zu vermeiden, in der die Verpflichtung der Antragsgegnerinnen zur Koordinierung zwar durch Verwaltungsakt festgestellt worden ist, gleichwohl aber die praktische Umsetzung dieser Entscheidung verzögert und so der dem Gesetz immanente Beschleunigungsgedanke unterlaufen wird. Die Beschlusskammer hat daher eine Anzeigepflicht zum Beginn der Koordinierung tenoriert und diese mit einer Frist versehen, bis zu deren Ablauf die Koordinierung spätestens beginnen soll. Dabei wird durch die Anzeigepflicht die Information der Beschlusskammer sichergestellt, dass und wie die Koordinierungsverpflichtung umgesetzt wird. Zugleich wird durch die Festlegung eines auf eine Erklärung der Antragstellerin nach Tenorziffer 10 – und zwar einer Erklärung, dass sie an ihrer Ausbauabsicht festhalte – aufsetzenden und über die dadurch in Gang gesetzte Zweiwochenfrist auch bestimmbareren Zeitpunktes für die Anzeige des Koordinierungsbeginns klar bestimmt, wann spätestens die ersten Schritte der Koordinierung einzuleiten sind. Die Beschlusskammer weist an dieser Stelle darauf hin, dass die vorliegende Entscheidung gemäß § 137 Abs. 1 TKG sofort vollziehbar ist; der Zeitpunkt der Anzeigepflicht bestimmt daher den spätestmöglichen Beginn der Koordinierung und lässt die Möglichkeit offen, dass die Antragstellerin und die Antragsgegnerinnen die Koordinierung zu diesem Zeitpunkt schon abgestimmt und gegebenenfalls eine Koordinierungsvereinbarung abgeschlossen haben oder gar schon die Mitverlegung erfolgt bzw. beendet ist.

247. Die Koordinierung der Bauarbeiten umfasst nach Einschätzung der Beschlusskammer mindestens folgende Koordinierungsmaßnahmen:
- Vereinbarung eines Gesprächstermins,
 - Übersendung von Planunterlagen (Bebauungsplan, bisherige Trassenpläne) an die Antragstellerin, sofern dort nicht bereits vorhanden,
 - Abstimmung zur Trassenführung des digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes der Antragstellerin einschließlich der Standorte der Netzverteilerkästen,
 - Abstimmung zum zeitlichen Rahmen der Mitverlegung,
 - Abschluss der Koordinierung der Bauarbeiten durch Unterzeichnung der um das digitale Hochgeschwindigkeitsnetz der Antragstellerin ergänzten Trassenpläne und/oder Abschluss einer Koordinierungsvereinbarung.

248. Möglicherweise sind auch eine oder mehrere Ortsbegehungen und/oder die Übersendung von Unterlagen der Antragstellerin an die Antragsgegnerinnen erforderlich. Da aber eine Koordinierung auch allein anhand von Planunterlagen denkbar ist, wurde dieser Punkt nicht in den Katalog von Mindestanforderungen an die Koordinierung aufgenommen.
249. Der Zeitpunkt der Anzeigepflicht zum Beginn der Koordinierung setzt auf der in Tenorziffer 10 geregelten Verpflichtung der Antragstellerin auf (vgl. dazu im Einzelnen Ziff. 2.3.3.5 der Entscheidung). Danach muss die Antragstellerin innerhalb von zwei Wochen ab Zustellung dieser Entscheidung eine verbindliche Erklärung gegenüber der Antragsgegnerin und der Beschlusskammer abgeben, ob sie an ihrer Mitverlegungsabsicht im Lichte der Kostenentscheidung unter Ziffern 7 bis 9 festhält. Gerechnet ab diesem (spätesten) Zeitpunkt einer solchen Erklärung, stehen den Antragsgegnerinnen mindestens zwei Wochen zur Verfügung, um mit der Koordinierung zu beginnen und dies der Beschlusskammer anzuzeigen.
250. Damit die Beschlusskammer ein hinreichendes Bild von den anlaufenden Koordinierungsarbeiten erhält, wurden die Anforderungen an die Anzeige dahingehend näher bestimmt, dass neben dem Beginn der Koordinierung gegebenenfalls auch die im Anzeigezeitpunkt bereits geplanten weiteren Schritte der Koordinierung zur Kenntnis zu bringen sind. Dabei handelt es sich zunächst um Schritte zur Anpassung der bisherigen Planungen. Dies kann beispielsweise in Terminen zur Trassenplanung oder der Übersendung von modifizierten Trassenplänen bestehen. Außerdem ist der Beschlusskammer mit der Anzeige auch ein Plan zum Ablauf der weiteren Koordinierung oder der Entwurf bzw. eine zwischenzeitlich abgeschlossene Koordinierungsvereinbarung vorzulegen.
251. Die Formwahl einer schriftlichen oder elektronischen Mitteilung über den Beginn der Bauarbeiten erfolgte zu Nachweiszwecken. Vor diesem Hintergrund war eine bloß mündliche oder telefonische Anzeige nicht hinreichend.
252. Die Anzeigepflicht in der gewählten konkreten Ausgestaltung 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. 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 Hainweg in Wiesbaden-Nordenstadt mit digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzen zu schaffen. Durch die Verpflichtung der Antragsgegnerinnen und der damit verbundenen Verpflichtung zur näher bestimmten Anzeige des Koordinierungsbeginns innerhalb von spätestens zwei Wochen nach Vorliegen der verbindlichen Erklärung der Antragstellerin, dass diese an ihren Ausbauabsichten festhalten will, wird ein zügiger Beginn der Koordinierung sichergestellt. Als spätestmöglicher Beginn der Koordinierung ist ein für die Parteien des Streitbelegungsverfahrens transparenter und ohne weiteres feststellbarer Zeitpunkt definiert worden. Die Kostenfolgen sind dabei

bereits geregelt. Insoweit wird zeitnah eine Situation geschaffen, wonach die Koordination der Bauarbeiten mit dem Ziel der Mitverlegung des digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes der Antragstellerin verwirklicht werden kann. Die Regelung ist mithin zur konkreten Zielerreichung geeignet.

253. Ein milderer Mittel zur Erreichung dieses Zwecks ist hier nicht ersichtlich. Durch die Anzeigepflicht wird der Beschlusskammer eine Information über die Umsetzung der Entscheidung ermöglicht. Zudem wird ein spätestmöglicher, über die Erklärung der Antragstellerin nach Tenorziffer 10 bestimmbarer Zeitpunkt des Koordinierungsbeginns definiert. Hingegen könnte ohne die Konkretisierung der Koordinierungsverpflichtung der Antragsgegnerinnen durch Tenorziffer 2 die praktische Umsetzung dieser Entscheidung verzögert und so der dem Gesetz immanente Beschleunigungsgedanke unterlaufen werden. Dies würde die Situation für den Breitbandausbau insofern verschlechtern, als die praktische Umsetzung der Koordinierungsverpflichtung damit zunächst auf längere Sicht in der Schwebe wäre. Um diesen Stillstand oder die unklare Lage nach der Verpflichtung zur Koordination zu vermeiden, wird hier die näher bestimmte Anzeigepflicht der Antragsgegnerinnen mit in den Beschluss aufgenommen.
254. Diese Regelungen sind auch angemessen, da der mit ihnen angestrebte Zweck nicht außer Verhältnis zu den Interessen von Antragsgegnerinnen, Antragstellerin und der Allgemeinheit steht, sondern diese Interessen angemessen ausgleicht. Das Interesse der Antragsgegnerinnen besteht hier darin, Klarheit im Hinblick auf einen bestehenden Mitverlegungsanspruch zu haben und die Erschließung des Neubaugebiets Hainweg in Wiesbaden-Nordenstadt zügig vorantreiben zu können. Dies deckt sich im Hinblick auf die Zielvorstellung der schnellen Erschließung auch mit den Interessen der Antragstellerin sowie der zukünftigen Bewohner des Neubaugebiets, die letztendlich von dem angestrebten Ausbau profitieren werden. Ihnen wäre nicht geholfen, wenn es zwar zu einer Koordinierungsverpflichtung und der damit verbundenen Steigerung des Wettbewerbs von Infrastrukturen käme, diese sich aber zeitlich so weit nach hinten verschieben würde, dass sie den positiven Nutzen vermindern oder möglicherweise gar nicht mehr aufwiegen könnte. Der Beginn der Koordination durch erste Koordinierungsmaßnahmen muss im Zeitrahmen von zwei Wochen ab Eingang der Erklärung der Antragstellerin möglich sein. Denn die Koordinierungsabsicht der Antragstellerin und deren Planungen sind den Antragsgegnerinnen vor über einem halben Jahr formell erklärt wurden. Zudem sind die unter Rz. 247 genannten Koordinierungsmaßnahmen ohne Weiteres zu bewerkstelligen. Dies gilt selbst für den Fall, dass parallel dazu, die rechtliche Begründung des Beschlusses im Detail geprüft würde, zum Beispiel, um über die Einlegung von Rechtsmitteln zu entscheiden.

2.3.3.2 Duldungspflicht bezüglich der Mitverlegung (Tenorziffer 4)

255. Die in Ziffer 4 des Tenors ausgesprochene Verpflichtung der Antragsgegnerinnen, die Mitverlegung des digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes der Antragstellerin im Neubaugebiet Hainweg zu dulden, ist eine Konkretisierung der in Ziffer 1 des Tenors aus-

gesprochenen Verpflichtung zur Koordinierung der Bauarbeiten mit dem Ziel der Mitverlegung. Die Koordinierung der Bauarbeiten bedingt notwendig, dass die Antragstellerin diese in der in der Koordinierung vereinbarten Form auch durchführen kann. Dieses Ziel könnte vereitelt werden, wenn zwar formell eine Koordinierung der Bauarbeiten erfolgen sollte, die Antragstellerin aber durch tatsächliche Maßnahmen der Antragsgegnerinnen an ihrer Durchführung gehindert werden sollte. Die Pflicht zur Duldung der Bauarbeiten bezieht sich hierbei ausschließlich auf die unbeeinträchtigte Durchführung dieser Bauarbeiten unter dem Gesichtspunkt des § 77i Abs. 3 TKG und ersetzt nicht die wegerechtliche Berechtigung zur Nutzung der Verkehrswege nach § 68 Abs. 3 TKG, die im Übrigen bei der Antragstellerin vorliegt. Weil die Pflicht zur Duldung der Bauarbeiten eine Konkretisierung der Pflicht zur Koordinierung der Bauarbeiten ist und ihrer Sicherung dient, gelten die zur Verpflichtung nach Ziffer 1 des Tenors ausgeführten Erwägungen auch für sie.

2.3.3.3 Unterlassen von Bauarbeiten (Tenorziffer 5)

256. Die Beschlusskammer hat in Ziffer 5 des Tenors den Antragsgegnerinnen das Unterlassen der Durchführung von Bauarbeiten am Straßen- und Wegenetz im Baugebiet auferlegt, welche die Mitverlegung von Komponenten des digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes der Antragstellerin vereiteln könnten. Denn durch die Fortführung solcher Bauarbeiten würden der Koordinierungsanspruch der Antragstellerin und das Heben von Synergieeffekten für den Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen und damit ein Ziel des DigiNetz-Gesetzes unwiederbringlich vereitelt werden.
257. Die Verpflichtung zum Unterlassen der Bauarbeiten ist eine Konkretisierung des Koordinierungsanspruches, dessen Ziel es insbesondere ist, den Aufbruch von Straßenoberflächen zur Verlegung von Telekommunikationsleitungen zu vermeiden, um Kosten zu senken und die Belastungen der Anwohner zu vermindern. Daneben sichert sie diesen Anspruch ab. Die Ermächtigung der Beschlusskammer zu einer solchen absichernden Entscheidung folgt aus ihrer Befugnis zur Entscheidung über den Koordinierungsanspruch aus § 77i Abs. 2, 3 TKG i. V. m. § 77n Abs. 5 TKG. Mit Blick darauf, dass die Beschlusskammer bereits eine vorläufige Sicherungsmaßnahme zum Zweck der Sicherung möglicherweise entstehender Ansprüche während der Dauer eines laufenden Verfahrens auf der Basis einer vorläufigen Prüfung der Sach- und Rechtslage erlassen kann,

vgl. Vorläufige Anordnung im Verfahren BK11-17/001 S. 10 Rz. 30 ff.,

muss der Beschlusskammer die Entscheidung über ein Mittel zur Absicherung der Hauptsacheentscheidung am Ende des Streitschlichtungsverfahrens erst recht möglich sein.

258. Die Unterlassungsanordnung ist zur Zielerreichung geeignet. Dieses Ziel besteht darin, die von der Koordinierungsverpflichtung letztlich bezweckte Mitverlegung des digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes der Antragstellerin nach Abschluss der Koordinierung auch tatsächlich umsetzen zu können. Da die Antragsgegnerinnen den Koordinie-

rungsanspruch der Antragstellerin negieren und die Vornahme der eigenen Bauarbeiten unvermindert weiterlaufen könnte, besteht die Gefahr, dass spätestens mit dem Versehen der Straßen und Wege des Baugebiets mit einer Deckschicht die Mitverlegung vereitelt würde.

259. Dieses Mittel ist auch erforderlich, denn es handelt sich hierbei, insbesondere im Vergleich zur Stilllegung des Baugebietes insgesamt, um das mildeste Mittel zur Erreichung des angestrebten Zwecks der Sicherung des Anspruchs der Antragstellerin unter Berücksichtigung des Ausbauinteresesses der Antragsgegnerinnen.
260. Das Mittel ist auch angemessen. Das Interesse der Antragsgegnerinnen, ungehindert die Bauarbeiten vornehmen zu können, steht dem Interesse der Antragstellerin, den ihr von der Beschlusskammer zugesprochen Koordinierungs- und Mitverlegungsanspruch wahrnehmen zu können, gegenüber. Das in dem Interesse der Antragstellerin aufgehende Ziel des DigiNetz-Gesetzes, Synergien zu heben, überwiegt das Interesse der Antragsgegnerinnen an der ungehinderten Durchführung von Baumaßnahmen unter Verletzung des Koordinierungsanspruches der Antragstellerin. Im Übrigen werden die sonstigen Bauarbeiten nicht behindert.

2.3.3.4 Kostentragung (Tenorziffern 7-9)

261. Die verbindliche Festlegung fairer und diskriminierungsfreier Bedingungen umfasst nach § 77n Abs. 5 S. 2 TKG auch die Entgelte. Unter Entgelten der Koordinierungsvereinbarung sind sowohl Entgelt für Koordinierungsleistungen als auch Kostentragungsregeln für die Bauarbeiten zu fassen. Aus § 77i Abs. 4 TKG ergibt sich, dass die Bundesnetzagentur im Rahmen einer Streitbeilegung nach § 77n auch regelt wie die Kosten auf die Beteiligten umzulegen sind.
262. Eine Entscheidung zur konkreten Höhe der Kosten, die jeder Beteiligte zu tragen hat, kann im Vorhinein nicht getroffen werden, da die konkret damit anfallenden Kosten erst dann feststehen, wenn die Antragsgegnerin zu 1 die Koordination vorgenommen hat und die Verlegearbeiten abgeschlossen sind. Daher wurden Regeln zur Tragung und Aufteilung der Kosten zwischen den Beteiligten festgelegt, anhand derer die später feststehenden Beträge den Parteien zugerechnet werden können.

2.3.3.4.1 Kostentragungsregelungen im Einzelnen

263. Die Kostenaufteilung gewährleistet zunächst, dass die Antragsgegnerinnen gemäß § 77i Abs. 3 S. 2 Nr. 1 TKG nicht schlechter gestellt werden als ohne Mitverlegung.
264. Daher wurde in Tenorziffer 7 entschieden, dass die Antragstellerin die Kosten zu tragen hat, die – neben ihren eigenen Netzkomponenten – durch die Planung, Koordination und Verlegung ihres digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes zusätzlich zu den Kosten des von den Antragsgegnerinnen ursprünglich geplanten Telekommunikationsnetzes anfallen, sofern diese Kosten bei rechtzeitiger Planung und Koordination angefallen wären.

265. Darüber hinaus wurde in Tenorziffer 8 folgende Aufteilung der Tiefbaukosten unterhalb des Straßenkörpers (Straßenunterbau und -deckschichten) getroffen: Sofern die Antragstellerin einen eigenen Graben nutzt, trägt sie die Kosten alleine. Sollte sie – wo nötig und möglich – innerhalb einer Leitungszone [REDACTED] [REDACTED] ihre Infrastrukturen mit anderen Parteien in einem gemeinsamen Graben einbringen,

s. Abschnitte 2.3.2.6.1, Rz. 172 und 179 Rz. 180 ff.

sind die Kosten für Tiefbauleistungen zu gleichen Teilen von den Beteiligten zu tragen.

266. Die in diesem Fall getroffene Entscheidung zur Kostenteilung bei Verlegung in einem gemeinsamen Graben, stellt kein Präjudiz für Fälle dar, bei denen sich die Tiefbaukosten bei einer Stand-Alone-Realisierung erheblich voneinander unterscheiden.

267. Kosten, die auch unabhängig von der Verlegung von Versorgungsinfrastrukturen in der durch die Antragstellerin genutzten Leitungszone anfallen (z. B. für den Straßenunterbau und -decke), sind bei der Kostenaufteilung nicht zu berücksichtigen.

268. Für die Kostenteilung sind gemäß Tenorziffer 7 die Verhältnisse am 12. 10. 2017 maßgeblich – dem Tag an dem die Antragstellerin ihren Mitnutzungsantrag nach § 77d TKG bei der Antragsgegnerin zu 1 gestellt hat. Spätestens ab diesem Zeitpunkt war die Mitverlegeabsicht der Antragstellerin förmlich erklärt, zumal die Antragstellerin am 19. 5. 2016 bereits gegenüber der Antragsgegnerin zu 2 ihre Erschließungsabsicht bekundet hatte,

s. hierzu die Ausführungen in den Rz. 161 ff.

269. Damit hatten die Antragsgegnerinnen vollen Einfluss auf die Kosten, wohingegen die Antragstellerin darauf keinen Einfluss hatte. Daher sind Kosten, die bei einer Koordinierung ab dem 12. 10. 2017 durch die Antragsgegnerin hätten vermieden werden können, von den Antragsgegnerinnen zu tragen.

270. Kosten, die den Antragsgegnerinnen aufgrund von Verzögerungen entstehen, die die Antragstellerin nach der verbindlichen Erklärung ihrer Ausbauabsicht gemäß Ziffer 10 des Tenors zu verantworten hat, sind gemäß Ziffer 9 des Tenors von der Antragstellerin zu tragen.

2.3.3.4.2 Verhältnismäßigkeit der Kostenteilungsentscheidung

271. Die getroffene Kostenentscheidung ist verhältnismäßig, weil sie zur Erreichung des Ziels geeignet, erforderlich und angemessen ist. Ziel der Kostenentscheidung ist es, Einsparungen – vor allem bei den 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. Durch die vorgenommene Kostenteilung wird

zwischen dem Ziel, Investitionsanreize zu erhalten und dem Ziel nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte zu fördern, ein Ausgleich geschaffen,

vgl. Rz. 205 und 213.

Geeignetheit

272. 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 durch eine sachgerechte Aufteilung der Kosten. Die Kostenteilungsregel stellt auch sicher, dass Kostensenkungspotenziale eines koordinierten Ausbaus realisiert werden können und der Ausbau von digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzen nicht beeinträchtigt wird.
273. Die Antragstellerin kann zu niedrigeren Kosten als bei einem separaten – und womöglich zu einem späteren Zeitpunkt stattfindenden – Bau ihre Infrastruktur verlegen. Dadurch entstehen dem Unternehmen deutlich niedrigere Tiefbaukosten bzw. entfallen Kosten für das bei späterer Verlegung ihrer Infrastruktur notwendige Öffnen und Verschließen der Straßenbeläge. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
274. Die Tiefbaukosten können bei gemeinsamer Verlegung mit einem anderen Unternehmen in einem Graben noch weiter sinken. Durch die Kostenteilungsregel sinken die Projektkosten für die Unternehmen, die ihre Infrastrukturen gemeinsam verlegen, gleichermaßen.
275. Durch die zumindest für ein – ggf. aber auch für beide Telekommunikationsunternehmen – niedrigeren Investitionskosten als bei einem separaten – und womöglich zu verschiedenen Zeitpunkten stattfindenden – Ausbau entsteht den Unternehmen Vorteil und damit ein Investitionsanreiz. Denn durch die Kosteneinsparungen beim Tiefbau werden die Markteintrittsbarrieren für die beteiligten Telekommunikationsunternehmen gesenkt.
276. Die Kostenbeteiligung sorgt sowohl im Fall des getrennten Verlegens als auch in dem des gemeinsamen Verlegens in der ausgewiesenen Leitungszone für gleiche Ausgangsbedingungen der Telekommunikationsunternehmen. Damit wird ein „Rosinenpicken“ – sowohl auf Seiten der Mitverlegungspetenten, die attraktive Wohngebiete nicht zu Grenzkosten erschließen können, als auch auf Seiten der Gebietskörperschaften, die für solche Gebiete keine Monopole aufbauen können – vermieden.

Erforderlichkeit

277. Die Kostenregelung ist erforderlich, da ein milderer Mittel nicht ersichtlich ist, welches den Zweck mit genau der gleichen Intensität verfolgen könnte.

278. Die gewählte Kostenteilung ist gegenüber den Antragsgegnerinnen 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 auch gewährleistet, dass in dem Ausbaugbiet für die Telekommunikationsunternehmen keine Wettbewerbsverzerrungen aus der Kostenteilung entstehen.
279. Der für die Kostenteilung maßgebliche Zeitpunkt ist erforderlich, damit im Falle einer Mitverlegung Kosten, die auf ab dem 12. 10. 2017 festgelegte Leitungspläne bzw. aufgenommene Arbeiten zurückzuführen sind, nicht von der Antragstellerin mitzutragen sind. An diesem Datum wurde den Antragsgegnerinnen die Erschließungsabsicht der Antragstellerin förmlich erklärt und sie hätten die gemeinsame Verlegung der Telekommunikationsinfrastruktur der ESWE Versorgungs AG mit jener der Antragstellerin zu niedrigeren Kosten koordinieren können als zu einem späteren Zeitpunkt; zumal der Vertrag zwischen der Antragsgegnerin zu 1 und der ESWE Versorgungs AG zur Erschließung des Wohngebiets Hainweg mit [REDACTED] Telekommunikation erst am 19. 12. 2017 geschlossen wurde. Hier hatten die Antragsgegnerinnen vollen Einfluss auf die Kosten und hätten sie vermeiden können, wenn sie dem berechtigten Koordinierungsantrag der Antragstellerin stattgegeben hätten bzw. den Ausgang des infolge ihrer Ablehnung angestrebten Streitbeilegungsverfahrens abgewartet hätten. Da die Antragstellerin keinen Einfluss auf die Entstehung dieser Kosten hatte, ist es geboten, die Antragstellerin nicht damit zu belasten, sondern sie bei den Antragsgegnerinnen zu belassen.
280. Die Kostenzuweisung für Verzögerungen nach verbindlicher Erklärung ihrer Ausbaubeschließung gemäß Ziffer 10 des Tenors ist notwendig, um den Antragsgegnerinnen ab diesem Zeitpunkt Planungssicherheit hinsichtlich der Folgekosten im Falle möglicher von der Antragstellerin zu verantwortender Verzögerungen, zu geben. Auch gegenüber der Antragstellerin ist dies gerechtfertigt, denn dies setzt ihr einen Anreiz, durch die Mitverlegung ihres Netzes die Erschließung des Baugebiets nicht über Gebühr zu verzögern.

Angemessenheit

281. Die Entscheidung über die Kosten ist auch angemessen, da sie die betroffenen Interessen in ausreichendem Maße berücksichtigt und gegeneinander abwägt.
282. Denn wie in Rz. 214 ausgeführt, kann ein weniger an Erlösen für Verpächter und Pächter des Netzes gegenüber einem nicht wettbewerbskonformen Szenario der alleinigen Versorgung der Endkunden und eine Ausnutzung quasi-monopolistischer Strukturen nicht als Referenz zur Bewertung der Anreize zur Ersterschließung herangezogen werden. Ausschließlich eine unangemessene Beeinträchtigung dieser Anreize über das wettbewerbsinhärente Maß hinaus ist zu verhindern. Aus Sicht der Beschlusskammer ist dies aufgrund der getroffenen Kostenteilungsregel nicht der Fall.

283. Die hier getroffenen Kostentragungsregeln tragen dem Interesse der Antragsgegnerinnen Rechnung, dass auch die Antragstellerin ihren Anteil an den Koordinierungs- und Baukosten trägt. Sie werden damit nicht schlechter gestellt als ohne die Mitverlegung des Telekommunikationsnetzes der Antragstellerin.
284. Eine Beteiligung an Kosten, die nicht für Planungsleistungen und Arbeiten im Zusammenhang mit der genutzten Leitungszone anfallen – z. B. für den Straßenkörper – wäre unangemessen. Dieser wird erst nach Verlegung der Leitungen und unabhängig davon gebaut, welche Leitungen unterhalb liegen. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
285. Die Aufteilung der Tiefbau- und Planungskosten für die gemeinsame Verlegung der Infrastrukturen in derselben Leitungszone [REDACTED] zu gleichen Teilen zwischen der Antragstellerin und den anderen Versorgern ist gegenüber den Beteiligten angemessen. Denn für den Erstausbauenden besteht auch bei dieser Kostenteilungsregel ein Investitionsanreiz, da auch er in den Genuss z. T. deutlich niedrigerer Investitionskosten kommen kann. Zugleich wird damit ausgeschlossen, dass dem Erstausbauenden Kostenvorteile entstehen, die zu Wettbewerbsverzerrungen führen können. Damit bleiben – anders als von den Beigeladenen zu 2, 3, 4 und 6 in ihren Stellungnahmen befürchten – durch die getroffene Kostenteilungsregel aus Sicht der Beschlusskammer die Investitionsanreize und Refinanzierungsmöglichkeiten für ein digitales Hochgeschwindigkeitsnetz erhalten. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der von der Beigeladenen zu 4 in ihrer Stellungnahme vom 18. 1. 2018 angeführten Marktmacht der Antragstellerin auf Seiten der ESWE Versorgungs AG Verbundvorteile gegenüberstehen, da sie ihre Telekommunikationsinfrastruktur zusammen mit [REDACTED] in den betreffenden Leitungszonen verlegt (sog. Kuppelprodukt). Bei solchen Produkten hängt die Refinanzierung nicht von einem einzelnen Produkt ab, sondern von allen, wodurch die Investitionsrisiken in die Telekommunikationsinfrastruktur und deren Refinanzierung für den Investor deutlich abgemildert werden. Durch die Kostenteilung bei gemeinsamer Verlegung hat der ursprüngliche Investor überdies insgesamt niedrigere Investitionskosten als bei einem alleinigen Ausbau und damit auch grosso modo ein geringeres Refinanzierungsrisiko. Eine weitergehende Kostenübernahme durch die Antragstellerin scheidet auch insofern aus, als damit keine gleichen Startvoraussetzungen mehr vorlägen, was zu einer Wettbewerbsverzerrung führen würde.
286. Demgegenüber ist eine Beschränkung der Kostenteilung nur auf die zusätzlichen Kosten für die Koordinierung und Verlegung der Infrastruktur – wie sie im Übrigen die

Beigeladene zu 2 in ihrer Stellungnahme vom 9.2.2018 befürchtet –, ebenfalls nicht angemessen; zumal die Verlegung des weiteren Netzes auf einer rein privatwirtschaftlichen Entscheidung der Antragstellerin beruht. Infolgedessen ist es nicht angemessen, die Antragsgegnerinnen oder ein Versorgungsunternehmen wie die ESWE Versorgungs AG an den Kosten eines unter diesen Prämissen errichteten weiteren Netzes zu beteiligen, indem sie nur die durch die Koordinierung und Mitverlegung verursachten Zusatzkosten erhalten, die übrigen Kosten indes vollständig tragen müssten. Dadurch hätte das mitverlegende Unternehmen einen Wettbewerbsvorteil gegenüber dem anderen Telekommunikationsnetzbetreiber.

287. Eine über die getroffene Kostenteilung hinausgehende Kostenübernahme der Antragstellerin ist aus den in Rz. 285 dargelegten Gründen nicht angemessen. Auch die Deckung der Kosten, die den Antragsgegnerinnen über die nicht rechtzeitige Planung und Koordinierung der Mitverlegung und möglicherweise infolge bereits begonnener Bauarbeiten entstehen oder schon entstanden sind, ist nicht angemessen. Diese Kosten beruhen – wie in den Rz. 268 ff. ausgeführt – ausschließlich auf ihren Entscheidungen und hätten alleine von den Antragsgegnerinnen vermieden werden können.
288. Demgegenüber wird durch die Erstattung der Kosten für Verzögerungen, die die Antragstellerin nach der verbindlichen Erklärung ihrer Ausbauabsicht gemäß Ziffer 10 des Tenors zu verantworten hat, das Interesse der Antragsgegnerinnen an möglichst geringen Auswirkungen durch Terminverzögerungen, hinreichend gewahrt.
289. Die Interessen des – derzeit noch nicht feststehenden – zukünftigen Betreibers des Netzes der Antragsgegnerinnen werden durch die Entscheidung nicht unangemessen beeinträchtigt. In den Bedingungen, zu denen er das Netz betreibt, können sowohl die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse, die sich durch das Netz der Antragstellerin in dem Baugebiet ergeben, als auch die Marktmacht des Netzbetreibers noch berücksichtigt werden. Daher wirkt sich für Pächter und Verpächter die Entscheidung – verglichen mit einem wettbewerblichen Markt – weder auf die Pachthöhe noch auf das zu tragende unternehmerische Risiko unangemessen aus.

Siehe hierzu Rz. 218.

290. Durch die Kostenteilung werden überdies die Interessen der Anlieger gewahrt. Sie profitieren von einer weiteren Telekommunikationsinfrastruktur, die ihnen zur Verfügung gestellt wird. Sie verleiht den in dem Baugebiet mit eigenen Netzen vertretenen Telekommunikationsunternehmen eine größere Wertschöpfungstiefe, die zu in einem vielfältigeren Angebot zu günstigen Preisen und damit zu einem Mehr an Wettbewerb führen kann.

2.3.3.5 Erklärungsfrist der Antragstellerin (Tenorziffer 10)

291. Die Entscheidung über den Anspruch zur Koordinierung von Bauarbeiten und die Mitverlegung darf nicht zu einer Situation führen, in der die Antragstellerin durch langwährende Verhandlungsstrategien die Fortführung der Erschließung des Neubauge-

biets und den Abschluss der Bauarbeiten zulasten der Antragsgegnerinnen verzögert, um so bestmögliche Konditionen aushandeln zu können. Daher legt die Beschlusskammer fest, dass mit der Entscheidung über die Kostenteilung im konkreten Fall auch die Verpflichtung der Antragstellerin einhergeht, bis zum 4. 5. 2018 zu erklären, ob sie an ihrer Mitverlegungsabsicht auch im Lichte der Kostenentscheidung festhält. Sollte es dabei zu Verzögerungen kommen, die die Antragstellerin zu vertreten hat, trägt sie das Kostenrisiko für Verzögerungen der Bauarbeiten und ggf. anstehende Regressansprüche.

292. 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.
293. 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 Hainweg in Wiesbaden-Nordenstadt mit digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzen zu schaffen. Durch die Feststellung über die Koordinierungsverpflichtung unter Hinzunahme der Abgabe einer verbindlichen Erklärung innerhalb von zwei Wochen wird die Antragstellerin gezwungen, sich zu ihren Ausbauplänen zeitnah zu erklären. Nach zwei Wochen steht dann fest, ob es eine weitere Mitverlegung geben wird. Die Kostenfolgen sind dabei bereits geregelt und geklärt. Spätestens nach Ablauf dieser Zeit können die Bauarbeiten unter entsprechender Berücksichtigung einer ggf. weiterhin fortbestehenden Mitverlegungsabsicht der Antragstellerin fortgesetzt werden. Insofern 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.
294. Ein milderes Mittel zur Erreichung dieses Zwecks ist hier nicht ersichtlich. Würde es bei der Ablehnung des Antrags sowie der Regelung der Kostenfolgen ohne die Regelung der verbindlichen Erklärung durch die Antragstellerin sowie die mit ihr verbundenen Kostenfolgen bleiben, würde am Ende eine offene Situation entstehen, wonach ein Koordinierungsanspruch bestände und die Kostenfolgen geregelt wären, aber nicht klar wäre, inwiefern dieser überhaupt weiterhin geltend gemacht werden sollte. 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 Antragsgegnerinnen weitergehen, ohne dass diese Klarheit darüber hätten, 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 Verpflichtung zur Koordination zu vermeiden, wird hier diese zusätzliche Bedingung mit in den Beschluss aufgenommen.

295. Diese Regelungen sind auch angemessen, da der mit ihnen angestrebte Zweck nicht außer Verhältnis zu den Interessen von Antragsgegnerinnen, Antragstellerin und der Allgemeinheit steht, sondern diese Interessen angemessen ausgleicht.
296. Das Interesse der Antragsgegnerinnen besteht hier darin, Klarheit im Hinblick auf einen bestehenden Mitverlegungsanspruch zu haben und die Erschließung des Neubaugebiets Hainweg in Wiesbaden-Nordenstadt 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 die Verzögerung den positiven Nutzen aufwiegen würde. Daneben besteht das Interesse der Antragstellerin, 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 zwei 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.

3 Zwangsgeldandrohung

3.1 Rechtsgrundlage

297. Rechtsgrundlage für die Zwangsgeldandrohungen in Ziffer 3 und 6 des Tenors ist § 133 Abs. 4 i. V. m. § 126 Abs. 2, 5, 6 TKG i. V. m. §§ 13 und 17 VwVG.

3.1 Formelle Voraussetzungen

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

3.1.1 Zuständigkeit

299. Rechtsgrundlage für die Zwangsgeldandrohung durch die Beschlusskammer ist § 133 Abs. 4 TKG i. V. m. § 126 Abs. 2, 5 TKG i. V. m. § 7 Abs. 1 und 13 Abs. 1 VwVG.

3.1.2 Verfahren

300. Die Verfahrensvorschriften wurden gewahrt. Nach § 126 Abs. 1, 2 und 6 TKG kann die Bundesnetzagentur die zur Einhaltung der Verpflichtung erforderlichen Maßnahmen anordnen, wenn Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze ihren Verpflichtungen aus dem TKG trotz Aufforderung innerhalb der gesetzten Frist nicht nachkommen. Hierbei ist ihnen gem. § 126 Abs. 2 S.2 TKG eine angemessene Frist zu setzen, um den Maßnahmen entsprechen zu können. Diese Verfahrensschritte sind bereits im Verfahren nach § 77n TKG durchgeführt worden, in dem die Antragsgegnerinnen Gelegenheit zur Stellungnahme zu ihrer Koordinierungsverpflichtung nach § 77i Abs. 3 TKG erhalten haben, als dessen Ergebnis Ihnen u. a. die von der Zwangsgeldandrohung erfassten Verpflichtungen nach Ziffer 2 und 5 des Tenors auferlegt worden sind. Hinsichtlich der nach § 126 Abs. 1 S. 2 TKG und § 13 Abs. 1 S. 2 VwVG erforderlichen Fristsetzung ist für die Umsetzung der Verpflichtung nach Ziffer 2 des Tenors eine Frist bis zum 1. 6. 2018 gesetzt worden; die Unterlassungsverpflichtung nach Ziffer 5 des Tenors ist sofort umzusetzen und auch sofort umsetzbar. Diese Verfahrensschritte müssen für die Androhung des Zwangsgeldes nach § 126 Abs. 5 i. V. m. § 13 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 VwVG nicht wiederholt werden. Eine Anhörung gem. § 28 Abs.1 VwVfG ist vor dem Erlass des Androhungs-Verwaltungsaktes selbst gem. § 28 Abs.2 Nr.5 VwVfG nicht notwendig, weil die Androhung eine Maßnahme in der Verwaltungsvollstreckung ist. Die Androhung kann gem. § 13 Abs. 2 VwVG mit dem Beschluss nach § 77n TKG verbunden werden.

3.2 Materielle Voraussetzungen

3.2.1 Vollziehbarkeit des Grundverwaltungsaktes

301. Die Verpflichtungen nach Ziffer 2 und 5 des Tenors können gem. § 6 Abs. 1 VwVG mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden, weil ein Rechtsmittel gegen die Streitschlichtungsentscheidung gem. § 137 Abs. 1 TKG keine aufschiebende Wirkung hat.
302. Eine Androhung der Vollstreckung gegen die Antragsgegnerin zu 2 als juristische Person des öffentlichen Rechts ist zulässig, da § 126 Abs. 5 und 6 TKG eine „andere Bestimmung“ im Sinne des § 17, 2. Hs. VwVG darstellt. Die Einfügung des Absatzes 6 in § 126 TKG durch das DigiNetz-Gesetz diene der Übertragung der Durchsetzungsbefugnisse der Bundesnetzagentur aus dem Regulierungsrecht auf die Transparenz-, Mitnutzungs- und Koordinierungspflichten der §§ 77a bis 77e, der §§ 77g bis 77i sowie der §§ 77k bis 77n der Eigentümer und Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze, die keine Unternehmen sind.

Vgl. BT-Drs 18/8332 S. 60.

3.2.2 Zwangsgeld als geeignetes Zwangsmittel

303. Die Antragsgegnerinnen dürfen als Pflichtige mittels eines Zwangsgeldes zur Durchführung der Anordnung angehalten werden, da die geforderte Handlung gemäß § 11 Abs. 1 VwVG nicht durch einen anderen vorgenommen werden kann und nur von ihrem Willen abhängt.

3.3 Ermessenserwägungen

304. Die Zwangsgeldandrohungen nach Ziffer 3 und 6 sind auch verhältnismäßig. Sie sind ein geeignetes und erforderliches Mittel, um die Antragsgegnerinnen zur Befolgung der Anordnung anzuhalten.
305. Die Frage der Durchsetzung der Koordinierungsverpflichtung aus dem DigiNetz-Gesetz ist von besonders großem Interesse für die Frage der Nutzung von Synergien für den Breitbandausbau. Zweck der gesetzlichen Vorgabe ist es, eine Mitverlegung innerhalb einer öffentlichen Baumaßnahme zu ermöglichen. Diesem Zweck kann nicht mehr entsprochen werden, wenn die Bauarbeiten ohne Einplanen eines zusätzlichen Netzes weitergehen und ein Einbringen im Nachhinein wieder zusätzliche Kosten und Aufwände erfordern würde. Deshalb ist die Androhung von Zwangsgeldern geeignet, die Koordinierung zur Erreichung dieses Zwecks sicherzustellen. Dies gilt auch hinsichtlich der § 13 Abs. 2 S. 2 VwVG entsprechenden Verbindung der Androhung des Zwangsgeldes mit dem zu vollstreckenden Verwaltungsakt, weil ein erst nach Erlass der zu vollstreckenden Entscheidung eingeleitetes Verwaltungsvollstreckungsverfahren zu weiteren Verzögerungen führen würde und damit weder dem sich in der sofortigen Vollziehbarkeit manifestierenden überwiegenden Vollziehungsinteresse noch dem im TKG allgemein und den §§ 77a ff. TKG insbesondere innewohnenden Beschleunigungsinteresse.

gungsgedanken angesichts des dynamischen Telekommunikationsmarktes und des Zieles der Beschleunigung des Breitbandausbaus gerecht würde. Ein anderes, milderes Mittel ist nicht ersichtlich, mit dem der Zweck genauso effizient erreicht werden kann. Würde man kein Zwangsmittel unmittelbar mit der Anordnung androhen, würde bei einer Nichtbefolgung der Anordnung wieder erheblich Zeit verloren gehen, die einen Weiterbau unter Ausschluss der Rechte der Antragstellerin ermöglichen würde. Die vom DigiNetz-Gesetz angestrebten Synergieeffekte und Verminderungen der Belastungen der Anwohner durch zusätzliche Bauarbeiten zur Verlegung von Telekommunikationsnetzen nach Abschluss des Straßenbaus lassen sich jedoch nur erzielen, wenn die auferlegte Koordinierung und Mitverlegung tatsächlich erfolgen. Eine nachträgliche Folgenbeseitigung im Falle der Nichtumsetzung der Verpflichtung könnte lediglich die Interessen der Antragstellerin wahren, aber nicht mehr die angestrebte Förderung des Gemeinwohls verwirklichen. Das an die Berichtspflicht gegenüber der Beschlusskammer gekoppelte Zwangsgeld führt zudem zu keiner erheblichen Beeinträchtigung der Antragsgegnerinnen, sondern zwingt sie lediglich dazu, eine Koordinierung auch tatsächlich vorzunehmen.

306. Auch die Angemessenheit des angedrohten Zwangsmittels ist vorliegend gegeben. Das angedrohte Zwangsmittel des Zwangsgeldes steht nicht außer Verhältnis zu dem mit dem Gesetz verfolgten Zweck der effizienten Ressourcennutzung sowie des Beschleunigungsgedankens. Das Ziel der vorliegenden Entscheidung auf Basis des Gesetzes nur erreicht werden, wenn es tatsächlich zu einer Koordinierung von Bauarbeiten durch Anpassung von Trassenplänen sowie Berücksichtigung der zusätzlichen Leitung der Antragstellerin vor Durchführung der weiteren Bauarbeiten zur Herstellung der Verkehrswege kommt. Dazu sollen die Antragsgegnerinnen durch das Zwangsgeld angehalten werden, was keine erhebliche Einschränkung bedeutet.
307. Die angedrohten Zwangsgelder sind auch der Höhe nach angemessen. Das angedrohte Zwangsgeld in Höhe von 25.000 € zur Durchsetzung von Ziffer 2 des Tenors spiegelt in seiner relativ geringen Höhe die Tatsache wider, dass ein zusätzlicher Druck zum Beginn der Koordinierungsverhandlungen auf von der Unterlassungsverpflichtung hinsichtlich Straßenbauarbeiten nach Ziffer 5 des Tenors ausgeht und damit der Anreiz zur Umsetzung der Entscheidung nicht nur von der Zwangsgeldandrohung ausgeht. Die Höhe des Zwangsgeldes zur Befolgung der Unterlassungsverpflichtung nach Ziffer 5 des Tenors von 100.000 € ist deutlich höher, weil die Befolgung dieser Verpflichtung für die Umsetzung des Beschlusses zentral ist und den entscheidenden Anreiz zum Abschluss der Koordinierung bildet. Sie liegt mit einem Fünftel der Möglichkeiten im unteren Bereich des eröffneten Zwangsgeldrahmens, ist aber gleichzeitig hoch genug angesetzt, um auch tatsächlich ein Handeln im Sinne der Ziffer 5 der Anordnung zu erzeugen. Denn bei Nichtumsetzung der Verpflichtung wäre die Summe von 100.000 € auch kein so kleiner Betrag, dass er den Antragsgegnerinnen nicht schaden würde, weil er vom erwarteten Veräußerungserlös der Grundstücke abgezogen werden müsste und zudem im Falle einer weiteren Verweigerung der Umsetzung eine erneute

Androhung und Festsetzung eines ggf. höhere weiteren Zwangsgeldes gem. § 13 Abs. 6 VwVG erfolgen würde.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Wiesbaden, Mainzer Straße 124, 65189 Wiesbaden erhoben werden. Ein Vorverfahren findet nicht statt (§ 137 Abs. 2 TKG).

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

Bonn, 20. 4. 2018

Vorsitzende

Beisitzerin und
Berichterstatterin

Beisitzer

Dr. Schwarz-Schilling

Gille-Lindhorst

Dr. Haslinger

Gliederung

1	Sachverhalt	6
2	Gründe	31
2.1	Rechtsgrundlage	31
2.2	Formelle Voraussetzungen	31
2.2.1	Zuständigkeit	31
2.2.2	Verfahren	31
2.2.3	Frist	32
2.3	Materielle Voraussetzungen	32
2.3.1	Anspruchsvoraussetzungen gemäß § 77i Abs. 3 TKG	32
2.3.2	Antrag auf Koordinierung gemäß § 77i Abs. 3 i. V. m. Abs. 2 TKG	32
2.3.2.1	Richtiger Antragsteller	33
2.3.2.2	Richtige Antragsgegnerinnen	33
2.3.2.3	Antragsvoraussetzungen gemäß § 77i Abs. 2 S. 2 TKG	34
2.3.2.3.1	Verwirkung des Antragsrechts	34
2.3.2.3.2	Wirksamer Antrag	35
2.3.2.3.3	Antrag gegenüber der Antragsgegnerin zu 1 und der Antragsgegnerin zu 2	35
2.3.2.4	Öffentliche Mittel im Sinne des § 77i Abs. 3 TKG	37
2.3.2.4.1	Der Begriff der öffentlichen Mittel im DigiNetz-Gesetz	37
2.3.2.4.2	Anteilige Tragung der Erschließungskosten durch die Antragsgegnerin zu 2	38
2.3.2.4.3	Mittel eines in Gemeindeeigentum stehenden Unternehmens als öffentliche Mittel	42
2.3.2.4.4	Teilweise Finanzierung aus öffentlichen Mitteln durch Einbringung von Grundstücken in das Projekt durch die Antragsgegnerin zu 2	46
2.3.2.5	Zumutbarkeit gemäß § 77i Abs. 3 S. 2 Nr. 1 bis 3 TKG (Regelbeispiele)	47
2.3.2.5.1	Zusätzliche Kosten	47
2.3.2.5.2	Kontrolle über die Koordinierung	51
2.3.2.5.3	Rechtzeitige Antragstellung	51
2.3.2.6	Zumutbarkeit im Übrigen	54
2.3.2.6.1	Tatsächliche und rechtliche Unmöglichkeit aufgrund fehlenden Platzes in den Trassen	54
2.3.2.6.2	Auflagenverstoß bzgl. Baumstandorte	57
2.3.2.6.3	Sinn und Zweck der Regelungen des DigiNetz-Gesetzes	58
2.3.2.6.4	Ziele des TKG insgesamt	61
2.3.2.6.5	Infrastrukturwettbewerb versus Investitionsanreize	64
2.3.2.6.6	Keine Anwendung der Rechtsgedanken aus § 77g Abs. 2 Nr. 6 und 7 TKG	67
2.3.2.7	Kein Vorliegen eines Versagungsgrundes	68
2.3.3	Faire und diskriminierungsfreie Bedingungen	71

2.3.3.1	Anzeigepflicht zum Koordinierungsbeginn (Tenorziffer 2)	72
2.3.3.2	Duldungspflicht bezüglich der Mitverlegung (Tenorziffer 4)	74
2.3.3.3	Unterlassen von Bauarbeiten (Tenorziffer 5)	75
2.3.3.4	Kostentragung (Tenorziffern 7-9)	76
2.3.3.4.1	Kostentragungsregelungen im Einzelnen	76
2.3.3.4.2	Verhältnismäßigkeit der Kostenteilungsentscheidung	77
2.3.3.5	Erklärungsfrist der Antragstellerin (Tenorziffer 10)	81
3	Zwangsgeldandrohung	84
3.1	Rechtsgrundlage	84
3.1	Formelle Voraussetzungen	84
3.1.1	Zuständigkeit	84
3.1.2	Verfahren	84
3.2	Materielle Voraussetzungen	85
3.2.1	Vollziehbarkeit des Grundverwaltungsaktes	85
3.2.2	Zwangsgeld als geeignetes Zwangsmittel	85
3.3	Ermessenserwägungen	85
	Rechtsbehelfsbelehrung	88