

Kein Vorzug privater Unternehmen beim Ausbau der Breitbandinfrastruktur

Eigener Leitsatz:

Das VG Braunschweig gelangte in einem Beschluss zu dem Ergebnis, dass der Ausbau eines Breitbandkabelnetzes durch eine Kommune auch dann erfolgen darf, wenn der Ausbau ebenso gut oder sogar besser durch einen privaten Dritten erfüllt werden könnte. Denn der Ausbau von Telekommunikationsleitungsnetzen unterfiele gerade nicht der Subsidiaritätsklausel des NKomVG (Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz) und die Bundesrahmenregelung Leerrohre betreffe nicht die Zulässigkeit eines kommunalen Ausbaus, sondern lediglich die Frage, wann die spätere Überlassung des durch die Kommune ausgebauten Netzes an private Unternehmen keine unzulässige EU-Beihilfe darstelle.

Verwaltungsgericht Braunschweig

Beschluss vom 07.03.2012

Az.: 5 B 25/12

Tenor:

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wird abgelehnt.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Streitwert wird auf 15.000,00 EUR festgesetzt.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Antragstellerin begehrt im Wege der einstweiligen Anordnung, dem Antragsgegner bis zu einer gerichtlichen Entscheidung in der Hauptsache vorläufig zu verbieten, die Auftragsbekanntmachung (Richtlinie 2004/18/EG) über die Vergabe einer "Dienstleistungskonzession zur Anmietung, Unterhalt und Betrieb eines Glasfasernetzes für die Gesamtversorgung eines Glasfaser-Breitbandnetzes im Landkreis Wolfenbüttel einschließlich Vermarktung und Versorgung der Kunden im Sinne eines Providers" weiter durchzuführen. Außerdem begehrt sie, dem Antragsgegner vorläufig zu untersagen, in der Kreistagssitzung am 12.03.2012 über die "Freigabe von Geldern für die Auftragsbekanntmachung" zu entscheiden.

Die Antragstellerin ist ein im Jahr 2010 gegründetes Unternehmen aus Süd-Ost-Niedersachsen, das sich zum Ziel gesetzt hat, sogenannte "weiße Flecken" in der Region sukzessive mit Breitbandinternet zu versorgen (www.A.). Da im Gebiet des Antragsgegners in verschiedenen Gemeinden eine Unterversorgung an flächendeckenden Breitbandanschlüssen besteht, wird dort der Ausbau der Breitbandinfrastruktur in Form eines "next generation access-Netzes" (NGA-Netz) für dringend erforderlich gehalten, um Wirtschaftsunternehmen und Privathaushalten einen ausreichenden Zugang zu elektronischen Medien und damit vor allem ein schnelleres Internet zu ermöglichen.

Mit Bescheid vom 14.12.2010 hatte der Antragsgegner der Antragstellerin bereits den Zuschlag für den Ausbau der Breitbandinfrastruktur in den unterversorgten Bereichen der Stadt Wolfenbüttel, Gemeinde Cremlingen und verschiedenen Samtgemeinden erteilt und zur Schließung der Wirtschaftlichkeitslücke (= Fehlbetrag zwischen Investitionskosten und Wirtschaftlichkeitsschwelle) Fördermittel in Höhe von 975.156,60 EUR, die ihm im Rahmen des Konjunkturpaketes II zur Verfügung standen, an die

Antragstellerin weitergeleitet. Die Zuwendung war bis zum 15.11.2011 mit Sachstandsbericht beim Antragsgegner zu beantragen (Ziff. 6 des Bescheides vom 14.12.2010) und stand unter dem Vorbehalt des Abschlusses der Baumaßnahme bis zum 31.12.2011 (Ziff. 7 (18) des Bescheides). Unter dem 28.06.2011 hörte der Antragsgegner die Antragstellerin zu einem beabsichtigten Widerruf der Zuwendung an, weil aufgrund der ungeklärten/ungesicherten Projektfinanzierung und der vorangeschrittenen Zeit eine fristgerechte Fertigstellung des Projektes ausgeschlossen erschien. Nach dem unbestrittenen Vortrag des Antragsgegners widerrief er mit Bescheid vom 09.08.2011 den Zuwendungsbescheid vom 14.12.2010. Hiergegen legte die Antragstellerin kein Rechtsmittel ein.

In der Folgezeit beschloss der Antragsgegner, den Ausbau des NGA-Netzes in den unterversorgten Gebieten selbst auszuführen und nach Fertigstellung dieser passiven Netzinfrastruktur diese einem oder mehreren privaten Anbietern als sog. "Provider" gegen Zahlung eines Nutzungsentgeltes zu überlassen. Um nicht den Tatbestand einer unzulässigen Beihilfe nach EU-Recht zu erfüllen, führte der Antragsgegner unter Beachtung der "Rahmenregelung der Bundesregierung zur Bereitstellung von Leerrohren durch die öffentliche Hand zur Herstellung einer flächendeckenden Breitbandversorgung (Bundesrahmenregelung Leerrohre)" eine Markterkundung durch. Ziel dieser Markterkundung war es, festzustellen, ob private Marktteilnehmer vorhanden sind, die in den nächsten drei Jahren verbindlich den Auf- oder Ausbau eines NGA-Netzes im Landkreisgebiet planen. Die Antragstellerin gab als einziges Unternehmen eine Interessenbekundung ab. Die für die Erschließungsplanung von ihr eingereichten Unterlagen legte der Antragsgegner zwei Gutachtern zur Prüfung der technischen und betriebswirtschaftlichen Voraussetzungen vor. Die C. aus Hannover überprüfte die Ausbaupläne in technischer Hinsicht und kam in ihrer Bewertung vom 15.12.2011 zu dem Ergebnis, dass die Antragstellerin vermutlich über die vertraglichen und technischen Voraussetzungen verfüge, um die

Erschließungsplanung mittelfristig umzusetzen. Mit Gutachten vom 16.12.2011 stellte die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft D., die beauftragt worden war, die finanzielle Leistungsfähigkeit und die betriebswirtschaftliche Tragfähigkeit des Businessplanes der Antragstellerin einzuschätzen, dagegen fest, dass der Businessplan nicht tragfähig und die Sicherstellung der Finanzierung nicht nachgewiesen sei. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das pwc-Gutachten vom 16.12.2011 verwiesen, das sich im Verwaltungsvorgang des Antragsgegners befindet.

Mit Bescheid vom 25.01.2012 stellte der Antragsgegner gegenüber der Antragstellerin fest, dass die Voraussetzungen der Bundesrahmenregelung Leerrohre für die Bereitstellung von Leerrohren im Rahmen eines NGA-Netzes im Landkreisgebiet durch ihn selbst erfüllt seien. Zur Begründung führte er aus, dass die Antragstellerin den Nachweis der finanziellen Leistungsfähigkeit zum Auf- und Ausbau sowie zum Betrieb des NGA-Netzes nicht erbracht habe und bezog sich auf das pwc-Gutachten. Danach weise der vorgelegte Businessplan im gesamten Planungszeitraum eine bilanzielle Überschuldung und eine unrealistische Kreditlaufzeit von 20 Jahren aus. Die Finanzierung sei nicht gesichert, und es sei nicht absehbar, dass es der Antragstellerin gelingen werde, zukünftig eine Finanzierung sicherzustellen. Nach der Bundesrahmenregelung Leerrohre seien Ausbaupläne privater Investoren nur zu berücksichtigen, wenn sie einen Ausbau innerhalb der nächsten drei Jahre vorsehen und eine konkrete Erschließungsplanung, die realistisch erscheine, nachgewiesen werde. Dies sei bei der Antragstellerin aus den vorgenannten Gründen nicht der Fall.

Gegen den am 27.01.2012 zugestellten Bescheid hat die Antragstellerin am 24.02.2012 Klage erhoben (Az.: 5 A 24/12) und zugleich einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung im Hinblick auf geplante Beschlüsse, die in der am 12.03.2012 anberaumten Kreistagssitzung hinsichtlich der

Breitbandversorgung gefasst werden sollen, gestellt. Laut Beschlussvorlage vom 18.01.2012 (zu finden auf der Homepage des Antragsgegners) soll der Kreistag in dieser Sitzung darüber beschließen, dass der Antragsgegner selbst ein flächendeckendes Glasfasernetz (NGA-Netz) für alle Orte zur Sicherstellung einer Breitversorgung mit mindestens 25 Mbit/s errichtet, einen Eigenbetrieb für den Bau und Betrieb des Breitbandnetzes (BLW) gründet, diesen mit einem nicht zu verzinsenden Eigenkapital von bis zu 11 Mio. EUR ausstattet und eine Dienstleistungskonzession im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs an einen Provider für den Betrieb und die Anmietung des Netzes vergibt. In der Begründung zur Beschlussvorlage ist u.a. auf Seite 5 ausgeführt worden, dass die Ankündigung des Wettbewerbs für Anfang Februar vor Entscheidung des Kreistages geplant sei und die Entscheidung über den Provider für den Kreistag am 15.10.2012 erwartet werde. Die Auftragsbekanntmachung findet sich seit Februar 2012 u.a. auf der Homepage des Antragsgegners.

Die Antragstellerin trägt im Klage- und Eilverfahren vor:

Mit dieser Veröffentlichung würden Fakten geschaffen, durch die ihr die Möglichkeit genommen werde, das Breitbandnetz selbst weiter auszubauen. Die Voraussetzungen der "Bundesrahmenregelung Leerrohre" seien entgegen dem angefochtenen Bescheid nicht erfüllt, denn sie – die Antragstellerin – verhandele bereits seit einiger Zeit mit Banken und befinde sich unmittelbar vor dem Abschluss einer Finanzierung. Dies sei pwc zwar mitgeteilt worden, habe im Gutachten aber keine Berücksichtigung gefunden. Deshalb sei das Gutachten der pwc nicht vollständig und somit falsch. Außerdem sei sicher, dass sie schon bald eine Lizenz nach § 69 TKG erhalten werde. Da pwc in der Vergangenheit Gutachter für das Land Niedersachsen bezüglich einer beabsichtigten Landesbürgerschaft gewesen sei, sei eine neutrale Bewertung unmöglich, und es bestehe der Verdacht, dass es sich um ein Gefälligkeitsgutachten handele. Außerdem würden andere

Anbieter, wie z.B. Kabeldeutschland, nicht einer Prüfung unterzogen werden, so dass in ihrem Fall eine diskriminierungsfreie Gleichbehandlung nicht vorliege. Der Antragsgegner sei weder berechtigt noch verpflichtet, eine derart tiefgründige und kostenintensive Überprüfung eines Bewerbers durchzuführen bzw. in Auftrag zu geben wie er es mit ihr – der Antragstellerin – getan habe. Eine intensive Prüfung obliege allein der Bundesnetzagentur. Aufgrund des Zuwendungsbescheides sei seit dem Jahr 2011 im Übrigen auch für die Bevölkerung eine Selbstverständlichkeit, dass sie – die Antragstellerin – das Breitbandnetz im Kreisgebiet errichten werde. Die damalige Ausschreibung habe sie aber mit einem Hybrid-Netz aus Glasfaser und Richtfunk gewonnen, was mit einem NGA-Netz nichts zu tun habe. Dies sei sehr viel teurer, deshalb habe sie gutgläubig auf das Bestehen einer BGB-Gesellschaft zwischen ihr, dem Antragsgegner und den Banken vertraut. Nur für den Fall, dass sie als private Investorin am Markt scheitern würde, dürfe der Antragsgegner einen Eigenbetrieb gründen und sich wirtschaftlich im Bereich der Telekommunikation betätigen. Da der Antragsgegner im Rahmen des Interessenbekundungsverfahrens sämtliche Unterlagen von ihr angefordert und erhalten habe, sei es für ihn einfach, mit diesen Unterlagen nunmehr selbst zu bauen sowie einen Eigenbetrieb aufzubauen. Auch würde er entgegen § 68 Abs. 4 TKG ihre Anfragen nach der Gestattung von Wegerechten nicht dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung entsprechend behandeln. Der Antragsgegner betreibe eine E-Mail-Verteilerliste, mittels der er alle Gemeinden über den Sachstand informiere. Auf diese Weise erhalte sie derzeit keine Antworten auf ihre Anträge zur Nutzung von Wegen, denn die Gemeinden würden zunächst die Entscheidung des Antragsgegners abwarten. Das Verhalten des Antragsgegners sei einem Gewerbeverbot gleichzustellen. Auch verstoße es gegen Treu und Glauben, dass er bereits ein Bewerbungsverfahren veröffentlicht habe und beabsichtigte, in diesem Zusammenhang einen Eigenbetrieb zu gründen, der gegen §108 NGO und § 136 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 NKomVG verstoße. Diese Veröffentlichung habe für sie ebenso wie der beabsichtigte

Beschluss im Kreistag erhebliche betriebswirtschaftliche Nachteile bis hin zur Insolvenz, denn es werde gegenüber Lieferanten, Kunden, Banken und Sicherheitsgebern der Anschein der Endgültigkeit gegeben, obgleich der angefochtene Bescheid noch anfechtbar sei. Der Ausbau durch den Antragsgegner benötige ebenfalls eine Dauer von drei Jahren, so dass der Zeitdruck, unter den sich der Antragsgegner setze, künstlich und nicht nachvollziehbar sei.

Die Antragstellerin beantragt,

1. dem Antragsgegner im Wege einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO vorläufig bis zu einer gerichtlichen Entscheidung in der Hauptsache zu untersagen, die Auftragsbekanntmachung (Richtlinie 2004/18/EG) über die Vergabe einer "Dienstleistungskonzession zur Anmietung, Unterhalt und Betrieb eines Glasfasernetzes für die Gesamtversorgung eines Glasfaser-Breitbandnetzes im Landkreis Wolfenbüttel einschließlich Vermarktung und Versorgung der Kunden im Sinne eines Providers" weiter durchzuführen,

2. dem Antragsgegner vorläufig zu untersagen, in der Kreistagssitzung am 12.03.2012 über die Freigabe von Geldern für die Auftragsbekanntmachung zu entscheiden.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO zurückzuweisen.

Er erwidert: Die "Bundesrahmenregelung Leerrohre" begründe keine Rechte der Antragstellerin. Die Frage, wann die spätere Zurverfügungstellung des vom Antragsgegner selbst hergestellten NGA-Netzes an private Anbieter keine unzulässige EU-Beihilfe sei, betreffe nicht den konkurrierenden Ausbauunternehmer des Netzes. Außerdem seien auch die Voraussetzungen des § 4 "Bundesrahmenregelung Leerrohre" erfüllt, denn die Ausbaupläne der Antragstellerin seien ausweislich des Gutachtens von pwc finanziell nicht durchführbar. Dass die Antragstellerin seit einiger Zeit mit

Banken verhandele, spreche nicht gegen die Feststellungen im Gutachten, denn es gebe noch immer weder eine verbindliche Finanzierungszusage noch einen Darlehensvertrag mit einer Bank. Die Zweifel an der Unvoreingenommenheit von pwc seien pauschal und unbegründet.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichtsakte sowie den Verwaltungsvorgang des Antragsgegners verwiesen.

II.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem Inhalt dem Antragsgegner vorläufig zu untersagen, die Auftragsbekanntmachung (Richtlinie 2004/18/EG) über die Vergabe einer "Dienstleistungskonzession zur Anmietung, Unterhalt und Betrieb eines Glasfasernetzes für die Gesamtversorgung eines Glasfaser-Breitbandnetzes im Landkreis Wolfenbüttel einschließlich Vermarktung und Versorgung der Kunden im Sinne eines Providers" weiter durchzuführen und in der Kreistagssitzung am 12.03.2012 über die Errichtung eines Eigenbetriebes mit dazu gehöriger Eigenkapitalausstattung zu entscheiden, ist zulässig. Insbesondere ist der Antrag nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO statthaft. Ihm steht die aufschiebende Wirkung (§ 80 Abs. 1 Satz 2 VwGO) der Klage der Antragstellerin (Az.: 5 A 24/12) gegen den feststellenden Bescheid des Antragsgegners vom 25.01.2012 nicht entgegen, denn der Eilantrag soll bestimmte Beschlussfassungen, die für die Kreistagssitzung am 12.03.2012 geplant sind, verhindern und betrifft damit einen anderen Streitgegenstand als die Klage.

Der Antrag ist aber nicht begründet.

Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn diese Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Der Antragsteller muss dabei gemäß

§ 123 VwGO i.V.m. §§ 935, 936, 920 ZPO glaubhaft machen, dass ihm der geltend gemachte Anspruch zusteht (Anordnungsanspruch) und dass die gerichtliche Eilentscheidung dringlich ist, weil das Abwarten einer gerichtlichen Entscheidung in einem Hauptsacheverfahren für ihn mit schlechthin unzumutbaren Nachteilen verbunden wäre (Anordnungsgrund).

Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt. Dabei geht die beschließende Kammer davon aus, dass ein Eilbedürfnis zumindest hinsichtlich des Antrags zu 2) besteht. Diesen hat die Kammer entsprechend § 88 VwGO zu Gunsten der Antragstellerin dahin ausgelegt, dass sie sich nicht gegen die "Freigabe von Geldern für die Auftragsbekanntmachung" wenden will, sondern gegen den Beschluss, einen Eigenbetrieb zu gründen und diesen für die erforderlichen Investitionen mit Eigenkapital von bis zu 11 Mio. EUR auszustatten. Dieser Beschluss, der bereits in der Kreistagssitzung am 12.03.2012 gefasst werden soll, legt fest, dass der Antragsgegner die passive Infrastruktur für die Breitbandversorgung selbst erstellen soll, was faktisch verhindern dürfte, dass die Antragstellerin als private Investorin das Projekt durchführt. Ob ein Anordnungsgrund hinsichtlich der bereits veröffentlichten Auftragsbekanntmachung und damit für den Antrag zu 1) besteht, erscheint zweifelhaft, denn damit sollen zunächst nur Unternehmen angesprochen werden, ihr Interesse zu bekunden, eine Dienstleistungskonzession zu übernehmen, das Glasfasernetz anzumieten, zu unterhalten und zu betreiben (als Provider). Eine endgültige Entscheidung, wer den Auftrag erhält – auch die Antragstellerin kann teilnehmen -, wird dagegen erst im Herbst 2012 getroffen. Wird andererseits die Ausschreibung so verstanden, dass sie zum Ausdruck bringt, nicht die Antragstellerin, sondern der Antragsgegner werde das NGA-Netz ausbauen und fertig stellen, kann dies in der Öffentlichkeit einen negativen Eindruck über sie hervorrufen und die Realisierung eines Netzausbaus durch die Antragstellerin erschweren. Letztlich kann die Frage der Eilbedürftigkeit aber dahingestellt bleiben.

Die Antragstellerin hat jedenfalls einen Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht (§ 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 ZPO). Nach der im Eilverfahren nur möglichen summarischen Prüfung steht ihr weder ein Anspruch gegen den Antragsgegner auf Unterlassung der geplanten Beschlussfassungen in der Kreistagssitzung am 12.03.2012 zu, noch auf Unterlassung der Weiterführung des bereits veröffentlichten Teilnahmewettbewerbs für die Vergabe einer Dienstleistungskonzession an einen Provider.

Voraussetzung für die geltend gemachten Unterlassungsansprüche wäre, dass die Gründung eines Eigenbetriebes, über den der Antragsgegner selbst ein NGA-Netz errichtet, rechtswidrig ist und Rechte der Antragstellerin verletzt. Dies vermag die Kammer nicht zu erkennen.

Als die Antragstellerin drittschützende Vorschrift kommt hier lediglich die die Subsidiaritätsklausel gemäß § 136 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 des Niedersächsischen Kommunalverfassungsgesetzes (NKomVG) vom 17.12.2010 (Nds.GVBl. S. 576) in Betracht. Danach dürfen die Kommunen bei einem Tätigwerden außerhalb der Energieversorgung, der Wasserversorgung, des öffentlichen Personennahverkehrs sowie des Betriebs von Telekommunikationsleitungsnetzen einschließlich der Telefondienstleistungen Unternehmen nur errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn und soweit der öffentliche Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

Nach § 136 Abs. 1 Satz 3 NKomVG dient die Beschränkung nach Satz 2 Nr. 3 auch dem Schutz privater Dritter, die sich entsprechend wirtschaftlich betätigen oder betätigen wollen. Damit ist die in der Vergangenheit strittige Frage nach einem Drittschutz (vgl. noch: Nds. OVG, B. v. 14.08.2008 – 10 ME 280/08 -, juris) vom Gesetzgeber dahin entschieden worden, dass diese Vorschrift ein subjektiv-öffentliches Recht für die betroffenen privaten Dritten auf Beachtung der auch zu ihrem Schutz erlassenen Subsidiaritätsregelung begründet

(Schriftlicher Bericht, LT-Drs. 16/3147, S. 22). Der Wortlaut der Norm beschränkt den Prüfungsgegenstand insoweit allerdings allein auf § 136 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 NKomVG. Damit sind Rechtsschutzmöglichkeiten privater Dritter weder auf Überprüfung der Einhaltung von Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 im Rahmen der wirtschaftlichen Betätigung noch gegen die Führung der nach Abs. 3 privilegierten Einrichtungen zulässig (vgl. auch Blum/Häusler/Meyer, NKomVG, Kommentar, 2011, § 236 Rn. 23).

Nach Auffassung der beschließenden Kammer spricht Überwiegendes dafür, dass der eigene Ausbau eines Breitbandnetzes durch den Antragsgegner unter den Begriff des "Betriebes von Telekommunikationsleitungsnetzen" fällt und damit den sog. Bereichsausnahmen, die nicht unter die Subsidiaritätsklausel fallen, zuzurechnen ist. In diesen Bereichen können die Kommunen ein Unternehmen auch dann errichten und betreiben, wenn der verfolgte öffentliche Zweck ebenso gut und wirtschaftlich (oder unter Umständen sogar auch besser) durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann. Der Gesetzgeber bezweckte mit der sektoralen Freistellung vom Subsidiaritätsprinzip, den Wettbewerb in diesen Wirtschaftsbereichen zu stärken (vgl. dazu: Freese, Kommunalwirtschaftsrechtliche Regelungen im NKomVG, Nds.VBl. 2011, 299, 302).

Ausgehend von diesem gesetzgeberischen Zweck kann davon ausgegangen werden, dass nicht nur der reine "Betrieb", sondern auch der vorherige Ausbau des Telekommunikationsleitungsnetzes durch Verlegung der Kabelschächte und Rohrleitungen unter den Ausnahmetatbestand fallen soll. Da der Gesetzgeber die genannten Ausnahmen als "sektorale" Ausnahmen oder "Bereichsausnahmen" versteht, erscheint eine weite Auslegung des Begriffs des "Betriebs" hier geboten, um den Bereich des Telekommunikationsnetzes in seiner Gesamtheit und damit auch das Errichten zu erfassen.

Letztlich kann die Kammer diese Frage im vorliegenden

Eilverfahren dahingestellt lassen. Selbst wenn der geplante Aus- und Aufbau des NGA-Netzes unter das Subsidiaritätsprinzip des § 136 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 NKomVG fallen würde, hat die Antragstellerin nicht glaubhaft gemacht, dass sie den verfolgten öffentlichen Zweck ebenso gut und wirtschaftlich wie der Antragsgegner erfüllen kann. Entgegen der von ihr vertretenen Auffassung ergibt sich aus dem Subsidiaritätsprinzip kein Anspruch des privaten Investors, stets gegenüber der öffentlichen Hand bevorzugt zu werden. Auch bestimmt diese Vorschrift nicht, dass die Kommune erst tätig werden darf, wenn das Vorhaben des Privaten gescheitert ist. Vielmehr ist die Frage, ob der private Unternehmer den öffentlichen Zweck genauso gut und wirtschaftlich erfüllen kann, wie die öffentliche Hand, vor Beginn der wirtschaftlichen Betätigung zu prognostizieren. Hierbei steht der Kommune ein Beurteilungsspielraum zu, der gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar ist (Blum/Häusler/Meyer, a.a.O., § 136 Rn. 23).

Dass der Antragsgegner bei seiner Entscheidung, das NGA-Netz selbst zu errichten, von falschen Voraussetzungen oder sachwidrigen Erwägungen ausgegangen ist, lässt sich nicht feststellen. In der Beschlussvorlage für die Kreistagssitzung wird ausgeführt, dass die ursprüngliche Umsetzung der Breitbandversorgung durch die Antragstellerin an Finanzierungsproblemen gescheitert sei und dass die Planungsabsichten eines Investors (Antragstellerin) im Markterkundungsverfahren unberücksichtigt geblieben seien, weil auch nach Meinung eines eingeschalteten Wirtschaftsprüfungsunternehmens die Umsetzung aus finanzieller Sicht anzuzweifeln und eine mehrjährige Verzögerung der Breitbanderschließung zu befürchten sei. Dies sind sachliche Gründe, die sich in nicht zu beanstandender Weise auf das Ergebnis des pwc-Gutachtens beziehen.

Die Antragstellerin dringt mit ihren Einwänden gegen die gutachterlichen Feststellungen nicht durch. Diese sind

vielmehr für die beschließende Kammer nachvollziehbar und plausibel.

Soweit die Antragstellerin die Neutralität der Gutachter anzweifelt, gibt es hierfür in den beigezogenen Unterlagen und insbesondere im Gutachten keine Anhaltspunkte. Die Vorgehensweise der Gutachter, die Einbeziehung des Businessplanes der Antragstellerin und der Stand der Finanzierungsverhandlungen sind nachvollziehbar und sachlich dargestellt. Ohne auf die Einzelheiten im Verfahren nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO ausführlich eingehen zu können, ist hier maßgeblich, dass pwc von einer völlig unbefriedigenden Vermögenslage ausgegangen ist (S. 16 des Gutachtens). Die Antragstellerin hat in ihrem Businessplan selbst angegeben, u.a. ein Hausbankdarlehen von 18,5 Mio. EUR zu benötigen. Zutreffend hat pwc im Gutachten auf Seite 15 dazu angemerkt, nach den mündlichen Angaben des von der Antragstellerin beauftragten Finanzberaters, Herrn E., gebe es keine verbindliche Finanzierungszusage. Auch die Antragstellerin hat in ihrer Antragschrift weiterhin lediglich pauschal vorgetragen, seit einiger Zeit mit Banken zu verhandeln. Soweit im Businessplan (Seite 33 der am 05.03.2012 bei Gericht eingereichten Fassung) eine Bürgschaft der "F.." zur Abdeckung etwaiger Kreditausfälle in Höhe von 18,5 Mio. EUR erwähnt ist, ist dem entgegenzuhalten, dass Herr E. zwischenzeitlich pwc mündlich mitgeteilt hatte, dass die G. diese Bürgschaft nicht akzeptiere, sondern eine "Hermes-Bürgschaft" verlange (pwc-Gutachten, S. 22). Allein aufgrund der Tatsache, dass die Finanzierung eines Betrages von 18,5 Mio. EUR noch nicht gesichert ist, sind Zweifel an der finanziellen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin berechtigt, ohne auf die von pwc daneben beanstandete bilanzielle Überschuldung und zu lange Kreditlaufzeit von 20 Jahren noch eingehen zu müssen. Bemerkenswert erscheint in diesem Zusammenhang noch, dass die Antragstellerin in der Gemeinde Sassenburg, in deren Bereich sie mit dem Bau des Breitbandnetzes bereits begonnen hat, auch nicht selbst als Investor auftritt, sondern aufgrund eines

Werkvertrages, den sie selbst als Anlage zu ihrer Klage- und Antragschrift vorgelegt hat, tätig wird. Auch diesen Umstand hat pwc im Gutachten in nicht zu beanstandender Weise berücksichtigt (S. 7 des Gutachtens). Nach alledem beruht die Beurteilung des Antragsgegners, die Umsetzung der Planungsabsichten der Antragstellerin sei aus finanzieller Sicht anzuzweifeln, nicht auf sachwidrigen Erwägungen.

Soweit die Antragstellerin bemängelt, der Antragsgegner sei nicht berechtigt gewesen, sie so intensiv zu prüfen, wie er es mit der Einschaltung zweier Gutachter getan habe, folgt daraus keine Rechtsverletzung der Antragstellerin. Da sie das einzige Unternehmen war, das ein Interesse an der Erstellung des Breitbandnetzes bekundet hat, kann eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes (Art. 3 Grundgesetz – GG -) schon mangels weiterer Anbieter/Bewerber, deren finanzielle Situation weniger intensiv geprüft worden ist, nicht festgestellt werden.

Dass die Bundesnetzagentur die Nutzungsberechtigung nach § 69 Abs. 2 Telekommunikationsgesetz (TKG) nur erteilt, wenn der Antragsteller fachkundig, zuverlässig und leistungsfähig ist, Telekommunikationslinien zu errichten, verbietet dem Antragsgegner nicht, für die Frage, ob die Antragstellerin in der Lage sein wird, ein NGA-Netz in ihrem Bereich zu erstellen, eine eigene Prüfung der finanziellen Leistungsfähigkeit vorzunehmen. Hinzu kommt, dass die Antragstellerin nach Aktenlage und ihrem eigenen Vortrag noch immer nicht die Lizenz nach § 69 TKG erhalten hat. Ihren selbst vorgelegten Unterlagen zufolge verfügt sie bisher nur über eine Bescheinigung nach § 6 Abs. 3 TKG, die sie als Netzanbieter ausweist, aber von der Bundesnetzagentur ohne inhaltliche Prüfung ausgestellt wird.

Auch aus der "Bundesrahmenregelung Leerrohre" (www.bmwi.de/...) ergibt sich nicht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch der Antragstellerin. Nach § 1 der Rahmenregelung stellt sie die beihilferechtliche Grundlage für die Förderung der

Betreiber von Breitbandnetzen durch Bereitstellung von Leerrohren mit oder ohne Kabel durch die öffentliche Hand dar. Dies bedeutet, dass die §§ 4 und 4a der Rahmenregelung, die zwar den Titel "Berücksichtigung vorhandener Anbieter" haben, keine Ansprüche konkurrierender Privatunternehmen begründen können, sondern nur die Frage betreffen, wann die spätere Überlassung des von der öffentlichen Hand selbst hergestellten NGA-Netzes an Anbieter keine unzulässige EU-Beihilfe darstellt.

Abgesehen davon liegen die Voraussetzungen der § 4 Abs. a) und b) und § 4a Abs. b "Bundesrahmenregelung Leerrohre" aller Voraussicht nach hier vor, denn danach sind Ausbaupläne privater Investoren nur zu berücksichtigen, wenn sie einen Ausbau innerhalb der nächsten drei Jahre vorsehen und "ein definitiver Beschluss für eine konkrete Erschließungsplanung nachgewiesen wird, die realistisch erscheint." Eine konkrete Erschließungsplanung ist nur dann realistisch, wenn sie finanzierbar und wirtschaftlich durchführbar ist. Dies ist aus den o.g. Gründen (vgl. auch pwc-Gutachten), vor allem mangels verbindlicher Finanzierungsgrundlage, nicht der Fall.

Ein Unterlassungsanspruch ergibt sich auch nicht aus einer Verletzung des Grundrechts der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) oder dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 GG). Beide Grundrechte schützen private Unternehmer nicht vor Konkurrenz durch die öffentliche Hand, solange die privatwirtschaftliche Betätigung dadurch nicht unmöglich wird oder der in öffentlicher Trägerschaft stehende Konkurrent nicht eine unerlaubte Monopolstellung erlangt (vgl. Nds. OVG, B. v. 14.08.2008, a.a.O.). Dafür sind Anhaltspunkte hier nicht ersichtlich.

Ein Eingriff in einen ausgeübten Gewerbebetrieb liegt schon deshalb nicht vor, weil der Antragsgegner nicht in Konkurrenz zu einem von der Antragstellerin bereits realisierten Netzbetrieb tritt. Die Hoffnung oder Aussicht der Antragstellerin, als private Investorin das NGA-Netz ausbauen

zu dürfen, die nunmehr faktisch verhindert wird, fällt nicht unter den Schutzbereich des Art. 14 GG. Dafür, dass der Netzausbau durch den Antragsgegner auf den Betrieb der Antragstellerin, so wie er derzeit bereits ausgeübt wird, eine erdrosselnde Wirkung hätte, ist nichts ersichtlich. Die Antragstellerin hat auch weiterhin die Möglichkeit, sich wirtschaftlich zu betätigen (z.B. im Rahmen ihres mit der Gemeinde Sassenburg geschlossenen Werkvertrages) und sich zumindest als Provider für die Anmietung des Breitbandnetzes beim Antragsgegner zu bewerben.

Schließlich ergibt sich der geltend gemachte Anspruch auch nicht aus Treu und Glauben. Soweit die Antragstellerin vorträgt, sie habe auf das Bestehen einer BGB-Gesellschaft vertraut, an der sie, der Antragsgegner und Banken beteiligt seien, hat sie selbst nur einen "Entwurf" einer Vereinbarung zwischen der Braunschweigischen Landessparkasse, der Volksbank Braunschweig Wolfsburg, dem Antragsgegner und ihr vom 24.05.2011 vorgelegt, der von niemandem unterzeichnet worden ist. Deswegen fehlt es schon an einer hinreichenden tatsächlichen Grundlage für ein schutzwürdiges Vertrauen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 52 Abs. 1, 53 Abs. 2 GKG.