

RDSV 1/22-30

Bescheid

Die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) hat am 02.05.2022 über Antrag der [REDACTED], gegen die [REDACTED] GmbH vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Dr. Ralf Blaha LL.M., Olsastraße 17, 9360 Friesach, wegen Koordinierung von Bauarbeiten nach §§ 68 f TKG 2021 beschlossen:

I. Spruch

Gemäß §§ 68, 69, 78, 194 Abs 1 Telekommunikationsgesetz 2021, BGBl I 2021/190 (im Folgenden „TKG 2021“), wird folgende vertragsersetzende Regelung angeordnet:

Anordnung über die Koordinierung von Bauarbeiten

1 Ziel und Zweck

Die Antragsgegnerin errichtet als Bereitstellerin eines öffentlichen Kommunikationsnetzes im Rahmen ihrer Allgemeingenehmigung mittels eines beauftragten Generalunternehmers ein Kommunikationsnetz in [REDACTED] wobei unter anderem in der [REDACTED] passive Elemente eines FTTH-Netzes errichtet werden. Es ist geplant, unter anderem auf den in der Gemeinde [REDACTED] gelegenen, in Anhang A ersichtlichen, insgesamt etwa 5,23 km langen Strecken 2 bis 6 Multirohrverbände zu verlegen. Die Bauarbeiten auf diesen Strecken sollen Anfang Mai 2022 beginnen.

Die Antragstellerin beabsichtigt, auf den Strecken laut Anhang A, den Ausbau ihrer in der Gegend bestehenden Infrastrukturen um Komponenten von Hochgeschwindigkeitsnetzen, nämlich um einen Minirohrverband (MRV 7x12mm) mit einem LWL zur Anbindung von [REDACTED] zur Verbesserung der Festnetz-Breitbandversorgung von rund 480 Haushalten und Unternehmen sowie zur Anbindung eines bestehenden Sendestandortes [REDACTED] mit Glasfaser. Darüber hinaus prüft die Antragstellerin auch, einzelne Anschlussobjekte direkt mit FTTH zu erschließen.

Gemeinsames Ziel der Parteien ist die Reduktion der Tiefbaukosten für die Verlegung der jeweiligen Infrastruktur. Diese Anordnung regelt die Bedingungen der Koordinierung der Bauarbeiten iSd §§ 68 f TKG 2021 (in der Folge auch „Mitverlegung“).

2 Voraussetzungen für die Mitverlegung

2.1 Bestätigung des ausführenden Unternehmens

Die Antragstellerin hat das Unternehmen, das die Grabungs- und Verlegearbeiten im Auftrag der Antragsgegnerin durchführen wird [REDACTED] mit der technischen Prüfung und Ausstellung einer Bestätigung über die technische Machbarkeit der Mitverlegung beauftragt.

Die [REDACTED] hat diese Bestätigung am 12.11.2021 ausgestellt (Anhang B). Die Kosten in Zusammenhang mit der technischen Prüfung und Ausstellung dieser Bestätigung hat die Antragstellerin getragen.

2.2 Einholung der Leitungsrechte und Bewilligungen

Die Antragstellerin hat die für die Errichtung und den laufenden Betrieb ihrer Infrastruktur allenfalls erforderlichen Zustimmungen Dritter oder behördlichen Bewilligungen einzuholen. Die Antragsgegnerin ist nicht verpflichtet, die Zustimmungen Dritter oder behördlichen Bewilligungen zu überprüfen oder einzufordern.

Alle in diesem Zusammenhang auflaufenden Kosten und Entschädigungen trägt die Antragstellerin.

Die Antragsgegnerin ist nicht verpflichtet, mit Grabungs- und Verlegearbeiten wegen allenfalls erforderlichen Zustimmungen und Bewilligungen zuzuwarten.

Die Parteien werden jeweils im Zuge der Inanspruchnahme von Leitungsrechten oder sonstigen Bewilligungen auf die gemeinsame Verlegung hinweisen, sodass von einer Partei erwirkte Rechte soweit möglich auch der anderen Partei zugutekommen. Dies verpflichtet jedoch keine Partei, ihre Anträge oder dergleichen an die Wünsche und Interessen der anderen Partei anzupassen oder diese zu erweitern.

3 Voraussetzungen für die Mitverlegung

3.1 Abstimmung

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin allfällige Änderungen des in Aussicht genommenen Zeitplans für die Ausführung der Errichtungsarbeiten unverzüglich nachdem sie selbst diese beauftragt oder davon Kenntnis erlangt, bekanntzugeben.

Die Antragstellerin wird alle im Zuge der Mitverlegung zu treffenden Maßnahmen mit dem von der Antragsgegnerin beauftragten ausführenden Unternehmen abstimmen. Es steht der Antragstellerin frei, an den Baubesprechungen des ausführenden Unternehmens teilzunehmen. Die Antragsgegnerin wird die Antragstellerin zeitgerecht über Besprechungstermine informieren.

Nimmt die Antragstellerin nicht an Baubesprechungen teil, hat sie auch allenfalls für sie nachteilige Folgen, auf die sie in der Baubesprechung Einfluss nehmen hätte können, gegen sich gelten zu lassen und verzichtet sie auf die Geltendmachung etwaiger Ansprüche daraus.

3.2 Befugnis

Alle im Zuge der Mitverlegung durchzuführenden Arbeiten sind durch befähigte Unternehmer unter Einhaltung aller einschlägigen gesetzlichen Vorschriften sowie der im Einzelfall von den Behörden vorgeschriebenen Auflagen durchzuführen.

3.3 Unfallverhütung und Arbeitnehmerschutz

Die Antragstellerin hat alle die Sicherheit auf der Baustelle betreffenden Vorschriften, insbesondere das Arbeitnehmerschutzgesetz, die Dienstnehmerschutzverordnung, die Bauarbeiterschutzverordnung und das Bauarbeitenkoordinationsgesetz in der jeweils geltenden Fassung einzuhalten und die hierfür notwendigen Sicherheitsvorkehrungen im Sinne der geltenden Unfallverhütungsvorschriften zu treffen.

3.4 Versicherungen

Die Antragstellerin hat für das Bestehen der erforderlichen Versicherungen selbst Vorsorge zu treffen.

3.5 Beschädigungen und Behinderungen

Die Antragstellerin stellt sicher, dass im Zuge der Mitverlegung weder Eigentum der Antragsgegnerin noch Eigentum Dritter beschädigt wird.

Weiter stellt die Antragstellerin sicher, dass durch die Mitverlegung bzw durch ihre Handlungen oder Unterlassungen im Zusammenhang mit der Mitverlegung die Grabungs- und Verlegearbeiten der Antragsgegnerin nicht erschwert, verzögert oder unmöglich gemacht werden.

Im Falle der Beschädigung von Eigentum, der Verzögerung, der Erschwernis oder des Unmöglichmachens der Arbeiten hält die Antragstellerin die Antragsgegnerin für alle nachteiligen Folgen schad- und klaglos und wird die entsprechenden Mehraufwände ersetzen. Dies umfasst insbesondere den Ersatz von Folgekosten wie zB Mehraufwände des ausführenden Unternehmens aufgrund der Verzögerung.

3.6 Dokumentation

Die Antragstellerin stellt in Abstimmung mit dem von der Antragsgegnerin beauftragten ausführenden Unternehmen sicher, dass eine Dokumentation vorliegt, aus der sich die georeferenzierte Lage der mitverlegten Infrastruktur ergibt.

4 Eigentum

Die mitverlegte Infrastruktur verbleibt im Eigentum der Antragstellerin. Damit verbleibt auch das Risiko des zufälligen Untergangs in ihrer Sphäre.

5 Änderungen an der mitverlegten Infrastruktur

Nimmt eine der Parteien nach der Mitverlegung Änderungen an der mitverlegten Infrastruktur vor, so hat sie die jeweils andere Partei über diese Änderung – sofern ein Einfluss auf die Infrastruktur der jeweils anderen Partei nicht ausgeschlossen ist – vorab zu informieren.

Die jeweils andere Partei hat nach Information über eine beabsichtigte Maßnahme das Recht, binnen 2 Wochen eine Stellungnahme zur Änderung abzugeben. Weiters ist auf Verlangen einer

der Parteien eine gemeinsame Besprechung anzuberaumen, in der die Parteien allfällige Besonderheiten, Risiken bzw sonstigen besonderen Umständen zu der beabsichtigten Maßnahme erörtern können, um eine einvernehmliche Lösung bzw Vorgehensweise vor Beginn der Maßnahme festzulegen.

Bei Gefahr in Verzug, zB kurzfristig erforderlichen Störungsbehebungen bzw in Ausnahmefällen, die ein rasches Handeln unabdingbar machen, ist das genannte Prozedere nicht einzuhalten und eine Information vorab ausreichend.

Im Falle der Beschädigung von Eigentum im Zuge der Änderungen hält der Schädiger den jeweils anderen Vertragspartner schad- und klaglos.

6 Entgelt

6.1 Anteilige Kostenpauschale

Die Antragstellerin entrichtet für die Mitverlegung ein einmaliges Entgelt in Höhe von

- EUR [REDACTED] (exkl USt) pro Laufmeter.

Die Abrechnung erfolgt nach Abschluss der Errichtung des jeweiligen Trassenabschnittes durch den Auftragnehmer. Die Abrechnung erfolgt nach tatsächlich in Anspruch genommenen Mitverlegungs-Laufmetern.

Sollte auf den gegenständlichen Streckenabschnitten eine zusätzliche Mitverlegung durch Dritte erfolgen, so reduziert sich obiger Laufmeterpreis für die betroffenen Trassenabschnitte anteilig.

6.2 Zusatzaufwand

Die Antragstellerin trägt jeglichen Zusatzaufwand (zB zusätzlicher Tiefbau, Material, Grab-, Verlege- und Wiederherstellungsarbeiten, Planung, Bauüberwachung), der sich infolge der Mitverlegung auf den betroffenen Trassenabschnitten ergibt.

Dieser Zusatzaufwand ist direkt mit dem ausführenden Unternehmen abzuklären. Die Antragstellerin hat diesen Zusatzaufwand direkt mit dem ausführenden Unternehmen zu verrechnen.

6.3 Unvorhersehbare Mehrkosten

Unvorhersehbare Mehrkosten, die von keiner der Parteien verursacht wurden (zB infolge höherer Gewalt), sind von der Partei zu tragen, in deren Sphäre sich die Mehrkosten verwirklichen.

Sind Mehrkosten nicht der Sphäre einer Partei zuzuordnen, werden sie von den Parteien im Umfang des jeweiligen Anteils an den Errichtungskosten getragen.

6.4 Zahlungsbedingungen

Die Antragsgegnerin legt die Rechnung über die anteilige Kostenpauschale gemäß Punkt 6.1 nach Durchführung der Arbeiten. Der Rechnungsbetrag ist zuzüglich gesetzlicher Umsatzsteuer 14 Tage nach Rechnungserhalt fällig.

Verzugszinsen werden in der gesetzlich festgesetzten Höhe von 9,2 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz pro Jahr fällig. Weiter wird der Ansuchende im Falle des Zahlungsverzuges alle in diesem Zusammenhang bei BIK auflaufenden Kosten (insbesondere für Mahnungen, Wiedervorlagen oder Einbringungsmaßnahmen) ersetzen.

7 Dauer und Beendigung des Vertrages

Dieser Vertrag gilt für die Dauer des Bestandes der mitverlegten Infrastruktur. Eine ordentliche Kündigung ist nicht vorgesehen. Jeder Vertragspartner hat jedoch das Recht, den Vertrag außerordentlich zu kündigen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, der ihm die Fortsetzung des Vertrages unzumutbar macht.

Ein wichtiger Grund für die Antragsgegnerin liegt zB dann vor, wenn sich herausstellt, dass die Antragstellerin die Bestätigung nach Punkt 2.1 auf Grundlage falscher Angaben erwirkt hat, die Verpflichtungen nach den Punkten 3.2, 3.3 oder 3.4 verletzt, Eigentum der Antragsgegnerin oder Dritter vorsätzlich oder grob fahrlässig beschädigt oder die Einhaltung der Bestimmungen dieses Vertrages durch ihr Verhalten unzumutbar oder unmöglich macht.

Ein wichtiger Grund für die Antragstellerin liegt zB dann vor, wenn die Antragsgegnerin die Mitverlegung oder die Einhaltung der Bestimmungen dieses Vertrages durch ihr Verhalten unzumutbar oder unmöglich macht.

Eine außerordentliche Kündigung dieses Vertrages hat schriftlich zu erfolgen. Die Antragstellerin hat zum Zeitpunkt der Kündigung bereits mitverlegte Infrastruktur zu entfernen, wenn die Antragsgegnerin ein berechtigtes Interesse daran hat (zB weil es an einer erforderlichen behördlichen Genehmigung für die Mitverlegung mangelt).

8 Haftung

Die Parteien haften einander wechselseitig nach den gesetzlichen Schadenersatzregelungen.

9 Schad- und Klagloshaltung

Wird eine der Parteien (zB aufgrund der Arbeiten der Mitverlegung, nachträglicher Änderungen, Wartungsarbeiten) von Dritten in Anspruch genommen oder droht eine solche Inanspruchnahme, werden die Parteien einander unverzüglich informieren und werden der betroffenen Partei die Möglichkeit der Abwehr des Anspruches bzw der vollen Rechtsverschaffung geben.

Die Parteien werden einander wechselseitig alle Kosten und Schadenersatzzahlungen ersetzen, die ihnen aus nachgewiesener Verletzung von Rechten Dritter durch die Verlegung der jeweiligen Infrastruktur erwachsen und nötigenfalls als Nebenintervenient zur Seite stehen. In dieser Regelung sind alle vergleichsweisen Zahlungen inkludiert, die die Antragsgegnerin in Abstimmung mit der Antragstellerin oder umgekehrt die Antragstellerin in Abstimmung mit der Antragsgegnerin aushandelt, sowie die Kosten der für die Bereinigung der Lage bei der jeweiligen Partei aufgewendeten Arbeitszeit einschließlich der Kosten für die rechtsanwaltliche Vertretung.

10 Schlussbestimmungen

10.1 Formerfordernisse

Beide Parteien sind berechtigt, Erklärungen, die gemäß diesem Vertrag schriftlich abzugeben sind, auch per E-Mail zu übermitteln. Dafür sind folgende Kontakte vorgesehen, die im Zuge des Projekts Erklärungen der anderen Partei rechtswirksam empfangen bzw solche abgeben können:

10.2 Abtretung von Rechten oder Übertragung von Pflichten

Die Abtretung von Rechten oder die Übertragung von Pflichten aus diesem Vertrag bedarf der Zustimmung der jeweils anderen Partei.

10.3 Sprache

Die Vertragsabwicklung, sämtliche Kommunikation und Dokumentation erfolgen ausschließlich in deutscher Sprache.

10.4 Anwendbares Recht

Auf diesen Vertrag ist ausschließlich österreichisches Recht anwendbar. Die Anwendung des UN-Kaufrechts und des IPRG sind ausgeschlossen.

10.5 Gerichtsstand

Für alle Rechtsstreitigkeiten zwischen den Vertragspartnern im Zusammenhang mit diesem Vertrag wird die Zuständigkeit des für den Sitz der Antragsgegnerin sachlich zuständigen Gerichts vereinbart.

10.6 Salvatorische Klausel

Sollten einzelne Bestimmungen des Vertrags ganz oder teilweise unwirksam sein oder werden oder sich als undurchführbar oder undurchsetzbar erweisen, so wird hierdurch die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen dieses Vertrags nicht berührt. Es sollen diesbezüglich im Wege der (auch ergänzenden) Auslegung jene Regelungen gelten, die dem wirtschaftlichen Zweck der unwirksamen, undurchführbaren und undurchsetzbaren Bestimmung am nächsten kommen. Sofern die Auslegung aus rechtlichen Gründen unzulässig ist, verpflichten sich die Vertragspartner, dementsprechend ergänzende Vereinbarungen zu treffen. Das gilt auch, wenn sich bei der Durchführung oder Auslegung des Leistungsvertrags eine regelungsbedürftige Lücke ergibt.

11 Anhang A: Lageplan

(Gesondertes Dokument).

12 Anhang B: Bestätigung des ausführenden Unternehmens

(Gesondertes Dokument).

II. Begründung

1 Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 15.02.2022, am selben Tag bei der Behörde eingelangt (ON 1), beantragte die Antragstellerin gegen die Antragsgegnerin die Einräumung eines Rechts auf Koordinierung von Bauarbeiten gemäß §§ 68 f TKG 2021.

Im vorgelagerten Streitschlichtungsverfahren gemäß § 78 Abs 1 TKG 2021 konnte keine Einigung erzielt werden (ON 11).

Der Antrag wurde der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 17.03.2022 (ON 14) unter Hinweis auf die Frist und Rechtsfolge gemäß § 78 Abs 2 TKG 2021 zugestellt. Die Antragsgegnerin erstattete fristgerecht gemäß § 78 Abs 2 TKG 2021 Vorbringen zum Antrag, legte Beweismittel vor und stellte Anträge.

2 Festgestellter Sachverhalt

Die Antragstellerin ist Bereitstellerin eines öffentlichen Kommunikationsnetzes und erbringt öffentliche Kommunikationsdienste. Sie beabsichtigt, auf den Strecken laut Spruchpunkt 1 iVm Anhang A, den Ausbau ihrer dort bestehenden Infrastrukturen um Komponenten von Hochgeschwindigkeitsnetzen, nämlich um einen Minirohrverband (MRV 7x12mm) mit einem LWL zur Anbindung von [REDACTED] zur Verbesserung der Festnetz-Breitbandversorgung von rund 480 Haushalten und Unternehmen sowie zur Anbindung eines bestehenden Sendestandortes [REDACTED] mit Glasfaser. Darüber hinaus prüft die Antragstellerin auch, einzelne Anschlussobjekte direkt mit FTTH zu erschließen (ON 1; ON 11; unbestritten).

Die Antragsgegnerin verfügt ebenfalls über eine Allgemeingenehmigung iSd § 6 TKG 2021 für die Bereitstellung öffentliche Kommunikationsnetze (amtsbekannt; unbestritten). Sie errichtet im Rahmen dieser Allgemeingenehmigung mittels eines beauftragten Generalunternehmers ein Kommunikationsnetz in [REDACTED] wobei unter anderem in der [REDACTED] passive Elemente eines FTTH-Netzes errichtet werden sollen. Dabei ist geplant, (unter anderem) auf den in der Gemeinde [REDACTED] gelegenen, in Anhang A ersichtlichen, insgesamt etwa 5,23 km langen Strecken 2 bis 6 Multirohrverbände zu verlegen (ON 1; ON 11, ON 15). Die Bauarbeiten auf diesen Strecken sollen Anfang Mai 2022 beginnen (ON 18; ON 26).

Mit am 15.10.2021 per Mail übermittelten Schreiben vom 14.10.2021 fragte die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin eine Koordinierung der Bauarbeiten auf den in Anhang A ersichtlichen Strecken nach. Dabei informierte die Antragstellerin die Antragsgegnerin über den geplanten Ausbau von Komponenten von Hochgeschwindigkeitsnetzen als Bereitsteller eines öffentlichen Kommunikationsnetzes, informierte über das beabsichtigte Ausbauprojekt einschließlich des Gebiets (samt Übermittlung einer Planskizze und zweier Abfrageergebnisse aus der zentralen Informationsstelle für Infrastrukturdaten (ZIS) der RTR-GmbH) und über den beabsichtigten Zeitplan und bot eine Kostenbeteiligung an (Beilage zu ON 1, unbestritten).

Am 09.11.2022 forderte die Antragsgegnerin eine Bestätigung über die technische Machbarkeit der Koordinierung und informierte darüber, dass die Arbeiten frühestens für Q2/22 in Aussicht genommenen seien. Die Antragstellerin übermittelte die geforderte Bestätigung über die technische Machbarkeit am 01.12.2021 und bestätigte, weiterhin Interesse an der nachgefragten Koordinierung zu haben (Beilage zu ON 1, unbestritten).

Nach Übermittlung der Bestätigung über die technische Machbarkeit durch die Antragstellerin und weiterer Korrespondenz (E-Mail der Antragsgegnerin vom 01.12.2021, Blg ./1 zu ON 15; E-Mail der Antragstellerin vom 09.12.2021, Blg ./2 zu ON 15) übermittelte die Antragsgegnerin am 19.01.2022 ein ausformuliertes Angebot über die nachgefragte Koordinierung (Blg ./3 zu ON 15), das die Antragstellerin der Antragsgegnerin am 04.02.2022 in überarbeiteter Form retournierte, wobei sie die Übernahme eines Kostenanteils von ■■■ € pro lfm (netto) statt der von der Antragsgegnerin geforderten ■■■ € pro lfm (netto) anbot. In der Folge diskutierten die Parteien über verschiedene Aspekte des Angebots, unter anderem das Ausmaß der Kostenbeteiligung, die Haftungsregelungen und den Zeitplan bzw dessen Bekanntgabe (ON 1, ON 15, jeweils samt Beilagen).

Die projektierten Kosten der Antragsgegnerin für die Errichtung der gegenständlichen Infrastrukturen betragen knapp ■■■ € pro lfm (ON 11; unstrittig).

Eine Vereinbarung über die beantragte Koordinierung der Bauarbeiten ist nicht zu Stande gekommen (unstrittig).

3 Beweiswürdigung

Die Feststellungen ergeben sich aus den jeweils in Klammern angeführten glaubwürdigen und nachvollziehbaren Beweismitteln bzw sind amtsbekannt oder iSd § 78 Abs 2 TKG 2021 unbestritten.

4 Rechtliche Beurteilung

4.1 Gesetzliche Regelungen

§ 4 TKG 2021, BGBl I 2021/190, lautet auszugsweise:

„Begriffsbestimmungen

§ 4. Im Sinne dieses Bundesgesetzes bedeutet

[...]

9. *„öffentliches Kommunikationsnetz“ ein Kommunikationsnetz, das ganz oder überwiegend dem öffentlichen Anbieten von Kommunikationsdiensten dient, die die Übertragung von Informationen zwischen Netzabschlusspunkten ermöglichen;*

[...]

16. *„Bereitsteller“ jeder, der ein Kommunikationsnetz errichtet, betreibt, kontrolliert oder zur Verfügung stellt;*

[...]

62. *„Hochgeschwindigkeitsnetz für die elektronische Kommunikation“: ein Kommunikationsnetz, das die Möglichkeit bietet, Breitbandzugangsdienste mit Geschwindigkeiten von mindestens 30 Mbit/s in Downstreamrichtung bereitzustellen;“*

[...]

„64. *„Netzbereitsteller“ ein Bereitsteller eines öffentlichen Kommunikationsnetzes oder ein Unternehmen oder Organe des Bundes, der Länder, der Gemeinden und der Gemeindeverbände sowie der sonstigen Selbstverwaltungskörper, das oder die eine physische Infrastruktur, die dazu bestimmt ist, Erzeugungs-, Leitungs- oder Verteilungsdienste für Erdöl, Gas, Strom (einschließlich*

öffentlicher Beleuchtung), Fernwärme, Wasser (einschließlich Abwasserbehandlung und -entsorgung und Kanalisationssysteme) oder Verkehrsdienste (einschließlich Schienen, Straßen, Häfen und Flughäfen) bereitzustellen oder das eine Seilbahninfrastruktur (§ 7f Seilbahngesetz 2003, BGBl. I Nr. 103/2003) betreibt;“

§ 68 TKG 2021, BGBl I 2021/190, lautet:

„Angebot über die Koordinierung von Bauarbeiten

§ 68. (1) Netzbereitsteller, die Bauarbeiten direkt oder indirekt planen oder ausführen, müssen anderen Netzbereitstellern auf Nachfrage ein Angebot auf Abschluss einer Vereinbarung über die Koordinierung dieser Bauarbeiten abgeben, sofern eine der beteiligten Parteien als Bereitsteller eines öffentlichen Kommunikationsnetzes den Ausbau von Komponenten von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation plant oder ausführt.

(2) Netzbereitsteller können Nachfragen nach Abs. 1 nur ablehnen,

a) wenn die nachgefragte Koordinierung gegenüber den geplanten Bauarbeiten zusätzliche Kosten verursachen würde und diese Kosten nicht vom Nachfrager getragen werden,

b) wenn durch die nachgefragte Koordinierung die Kontrolle über die geplanten Bauarbeiten behindert würde,

c) wenn bei Einlangen der Nachfrage bereits sämtliche erforderliche Genehmigungen bei den zuständigen Behörden beantragt sind,

d) sofern Bauvorhaben betroffen sind, hinsichtlich derer die eine Verordnung nach § 70 erlassen wurde,

e) wenn die nachgefragte Koordinierung dem die Bauarbeiten planenden oder ausführenden Netzbereitsteller wirtschaftlich unzumutbar oder insbesondere technisch unvertretbar ist.

Ablehnungen von Nachfragen sind gegenüber dem Nachfrager schriftlich zu begründen und die Voraussetzungen der Ablehnung glaubhaft zu machen.

(3) Die mit der Koordinierung der Bauarbeiten verbundenen Kosten sind in angemessenem Verhältnis aufzuteilen.“

§ 69 TKG 2021, BGBl I 2021/190, lautet:

„Nachfrage und Antrag

§ 69. (1) Nachfragen nach § 68 Abs. 1 sind schriftlich zu stellen. Der Nachfrager hat das Vorliegen der Voraussetzungen nach § 68 Abs. 1 glaubhaft zu machen und sein beabsichtigtes Ausbauprojekt, einschließlich des Gebiets, in dem eine Koordinierung von Bauarbeiten beabsichtigt ist, samt dem beabsichtigten Zeitplan, detailliert anzugeben.

(2) Kommt zwischen den beteiligten Parteien eine Vereinbarung über die Koordinierung der Bauarbeiten gemäß § 68 Abs. 1, einschließlich der angemessenen Kostentragung gemäß § 68 Abs. 3, binnen eines Monats ab dem Einlangen der Nachfrage nicht zustande, kann jeder der Beteiligten die Entscheidung der Regulierungsbehörde beantragen.“

§ 78 TKG 2021, BGBl I 2021/190, lautet auszugsweise:

„Verfahren

(1) Wird ein Antrag nach §§ 52 bis 75 an die Regulierungsbehörde gerichtet, ist ein Streitschlichtungsverfahren durchzuführen, sofern nicht alle Verfahrensparteien auf die

Durchführung dieses Verfahrens ausdrücklich verzichten. Wird binnen vier Wochen eine einvernehmliche Lösung herbeigeführt, ist das Verfahren bei der Regulierungsbehörde einzustellen.

(2) Wird keine einvernehmliche Lösung gemäß Abs. 1 hergestellt, hat die Regulierungsbehörde dem Antragsgegner unverzüglich nach Ablauf der Frist gemäß Abs. 1 schriftlich und nachweislich die Gelegenheit zu geben, binnen zweier Wochen Vorbringen zum Antrag zu erstatten, Beweismittel vorzulegen und Anträge zu stellen. Auf begründeten Antrag kann die Regulierungsbehörde diese Frist erforderlichenfalls um längstens weitere zwei Wochen verlängern. In ihrer Entscheidung hat die Regulierungsbehörde nur fristgerechtes Vorbringen sowie fristgerechte Beweismittel und Anträge zu berücksichtigen. Auf diese Rechtsfolge ist in der Aufforderung zur Stellungnahme ausdrücklich hinzuweisen.

(3) Änderungen des verfahrenseinleitenden Antrages sind unzulässig.

(4) Die Parteien sind verpflichtet, am Streitschlichtungsverfahren gemäß Abs. 1 und am Verfahren gemäß Abs. 2 mitzuwirken und alle zur Beurteilung der Sachlage erforderlichen Auskünfte zu erteilen sowie erforderliche Unterlagen vorzulegen. Die Regulierungsbehörde hat in Verfahren nach §§ 52 bis 75 unverzüglich, längstens aber binnen sechs Wochen nach dem Ablauf der Frist gemäß Abs. 2 zu entscheiden. Die Entscheidung ersetzt eine zu treffende Vereinbarung.

[...]“

§ 194 TKG 2021, BGBl I 2021/190, lautet auszugsweise:

„Aufgaben der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH

(1) Die RTR-GmbH hat sämtliche Aufgaben, die durch dieses Bundesgesetz und durch die auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Verordnungen der Regulierungsbehörde übertragen sind, wahrzunehmen, sofern hiefür nicht die Telekom-Control-Kommission oder die KommAustria zuständig ist.

[...]“

4.2 Zuständigkeit der RTR-GmbH

Gemäß §§ 194 Abs 1 TKG 2021 ist die RTR-GmbH in Verfahren über Anträge betreffend die Koordinierung von Bauarbeiten nach §§ 68 f und 78 TKG 2021 zur Entscheidung zuständig.

4.3 Subsidiarität der Anordnung zur Vereinbarung

Eine Vereinbarung über die angestrebte Koordinierung von Bauarbeiten ist nicht zu Stande gekommen. Die diesbezügliche Formalvoraussetzung des Nichtvorliegens eines Vertrages (§ 78 Abs 4 TKG 2021) ist daher erfüllt.

4.4 Vertragsersetzende Wirkung des Bescheides

Gemäß § 78 Abs 4 TKG 2021 hat die Anordnung der RTR-GmbH vertragsersetzende Wirkung. Im Erkenntnis vom 19.10.2004, 2000/03/0300, führt der Verwaltungsgerichtshof betreffend die damalige Anordnungsmöglichkeit der Telekom-Control-Kommission nach der hinsichtlich der Vertragsersetzung analogen Bestimmung des § 41 TKG (1997) aus, dass die Telekom-Control-Kommission „nicht für jede in einer Zusammenschaltungsanordnung getroffene Bestimmung jeweils einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage [bedarf], vielmehr müssen die in einer Zusammenschaltungsanordnung enthaltenen einzelnen Regelungen der Anforderung eines fairen Ausgleichs ... gerecht werden.“ Im Erkenntnis vom 03.09.2008, 2006/03/0079, führt der

Verwaltungsgerichtshof aus, dass der Telekom-Control-Kommission im Zusammenhang mit derartigen Verfahren „*notwendiger Weise ein weiter Ermessensspielraum zu[kommt], soweit nicht die anzuwendenden Rechtsvorschriften ... konkrete Vorgaben vorsehen.*“ Diese Judikatur, die allgemein den Ermessensspielraum der Regulierungsbehörden bei der Anordnung vertragsersetzender Bescheide beschreibt, ist auch für die vertragsersetzenden Bescheide nach den §§ 68 f TKG 2021 maßgeblich.

4.5 Nachfrage und Antrag

Mit dem an die Antragsgegnerin gerichteten Schreiben vom 14.10.2021 fragte die Antragstellerin die beantragte Koordinierung von Bauarbeiten iSd § 69 Abs 1 TKG 2021 nach. Dabei wurde das Vorliegen der Voraussetzungen nach § 68 Abs 1 (Planung des Ausbaus von Komponenten von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation als Bereitsteller eines öffentlichen Kommunikationsnetzes) glaubhaft gemacht und das beabsichtigte Ausbauvorhaben, einschließlich des Gebiets, in dem die Koordinierung von Bauarbeiten beabsichtigt ist, samt dem beabsichtigten Zeitplan, detailliert angegeben. Die Voraussetzung einer schriftlichen Nachfrage wenigstens einen Monat vor Antragstellung (15.02.2022) gemäß § 69 Abs 2 TKG 2021 ist daher erfüllt.

4.6 Zu den Anträgen der Parteien

§§ 68 f iVm 78 TKG 2021 sehen eine Zuständigkeit der RTR-GmbH zur Erlassung vertragsersetzender Anordnungen vor. Trotz der Formulierung des Antrages ON 1, „*zu überprüfen ob die zugrundeliegenden Kosten im angemessenen Verhältnis aufgeteilt wurden*“, ist der Antrag angesichts der aktenkundigen Tatsache, dass zwischen den Parteien wegen der Auffassungsunterschiede über die Kostenaufteilung auch über die übrigen Vertragsbestandteile keine Vereinbarung zu Stande gekommen ist, als Antrag auf Erlassung eines (vollständigen) Rechtsverhältnisses als vertragsersetzende Anordnung iSd §§ 68 f TKG 2021 zu beurteilen.

Da die formellen und materiellen Voraussetzungen für eine Anordnung der Koordinierung von Bauarbeiten vorliegen, kommt die RTR-GmbH dem (Haupt-)Antrag der Antragsgegnerin auf Abweisung des verfahrenseinleitenden Antrags ON 1 nicht nach. Zusätzlich beantragt die Antragsgegnerin Feststellungen dahingehend, (i) dass die Pflichten der Antragsgegnerin in der gegenständlichen Konstellation nicht über eine Ankündigung des Beginns der Arbeiten mit einer Vorlaufzeit von vier Wochen hinausgehen, dass (ii) die Aufteilung der tatsächlichen Tiefbaukosten von ca. EUR [REDACTED] pro Laufmeter zwischen Antragstellerin und Antragsgegnerin im Verhältnis von 50% zu 50% angemessen iSd § 68 Abs 3 TKG 2021 seien und (iii) dass von der Antragsgegnerin vorgeschlagene Vereinbarung über die Mitverlegung von Infrastruktur im Rahmen des Fiber To The Home-Ausbaus vom 04.03.2022, insbesondere im Sinne des § 68 TKG 2021 rechtskonform sei. Diese (formal als Feststellungen beantragten) Inhalte sind mit der vertragsersetzenden Anordnung miterledigt (auf deren Begründung, insbesondere in den Punkten 4.8 und 4.9, verwiesen wird), ein rechtliches Interesse an gesonderten Feststellungen ist nicht ersichtlich.

4.7 Zu den Tatbestandsmerkmalen des § 68 TKG 2021

Wie festgestellt, plant die Antragsgegnerin als Bereitstellerin eines öffentlichen Kommunikationsnetzes und damit als „Netzbereitsteller“ iSd § 4 Z 64 TKG 2021, indirekt (über einen Generalunternehmer) die verfahrensgegenständlichen Bauarbeiten.

Auch die Antragstellerin ist Bereitstellerin eines öffentlichen Kommunikationsnetzes und damit „Netzbereitsteller“ iSd § 4 Z 64 TKG 2021 und beabsichtigt nach den Feststellungen den Ausbau

von Komponenten von Hochgeschwindigkeitsnetzen auf den von der Antragsgegnerin geplanten Strecken.

Die Koordinierung der Bauarbeiten wurde gemäß §§ 68 Abs 1, 69 Abs 1 TKG 2021 nachgefragt und angeboten, eine Vereinbarung kam jedoch nicht zustande (§ 78 Abs 4 letzter Satz TKG 2021).

Ablehnungsgründe für die nachgefragte Koordinierung der Bauarbeiten iSd § 68 Abs 2 TKG 2021 sind nicht zu prüfen, da die Antragsgegnerin die Nachfrage weder vor Verfahrenseinleitung abgelehnt, noch Ablehnungsgründe gemäß § 78 Abs 2 TKG 2021 im Verfahren eingewendet hat.

Die Voraussetzungen für eine Anordnung der Koordinierung von Bauarbeiten gemäß §§ 68 TKG 2021 sind somit erfüllt.

4.8 Inhalt der Anordnung

Die vertragsersetzende Anordnung beruht auf dem Entwurf, den die Antragsgegnerin der Antragstellerin vor Verfahrenseinleitung übermittelt hat und den auch die Parteien ihren Verhandlungen zu Grunde gelegt haben. Die RTR-GmbH erachtet die angeordnete Textierung als fairen Ausgleich der Interessenlagen der Parteien (vgl oben Punkt 4.4) und insofern als angemessene Regelung.

In der Schlichtungsverhandlung vor der RTR-GmbH vom 14.03.2022 (ON 11) einigten sich die Parteien darauf, dass sie einander wechselseitig nach den gesetzlichen Schadenersatzvorschriften haften sollen (siehe Spruchpunkt 8). Nach der Schlichtungsverhandlung waren zwischen den Parteien noch zwei Punkte strittig:

Einerseits blieb die Frage offen, wann bzw wie lange im Voraus die Antragsgegnerin der Antragstellerin den konkreten Beginn der Bauarbeiten anzukündigen habe bzw überhaupt dazu in der Lage sei. Dieser Punkt ist insofern erledigt, als der Antragstellerin nach den Feststellungen ein Baubeginn bereits mit Anfang Mai 2022 bekannt gegeben wurde. Da der gegenständliche Bescheid eine den konkret beantragten Sachverhalt betreffende Regelung darstellt, ist eine (allgemeine) Regelung über die Vorankündigung von Bauarbeiten nicht erforderlich. Lediglich für den Fall, dass die Antragsgegnerin weitere (vgl zuletzt ON 18 und ON 26) Änderungen des Zeitplans plant oder ihr solche Planungen der ausführenden Unternehmen bekannt werden, erachtet es die RTR-GmbH als angemessen, dass diese neuen Zeitpläne der Antragstellerin unverzüglich bekannt gegeben werden müssen (Punkt 3.1 der Anordnung).

Der zweite strittig gebliebene Punkt betrifft die anteilige Kostentragung gemäß § 68 Abs 3 TKG 2021, wozu auf den nachfolgenden Punkt 4.9 verwiesen wird.

4.9 Anteilige Kostentragung

Die mit der Koordinierung der Bauarbeiten verbundenen Kosten sind nach § 68 Abs 3 TKG 2021 in angemessenem Verhältnis aufzuteilen.

Zwischen den Parteien ist strittig, wie diese angemessene Aufteilung erfolgen soll, in welcher Höhe sich die Antragstellerin also an den projektierten Kosten für die Bauarbeiten beteiligen soll. Die Antragstellerin vertritt dabei die Meinung, die der Antragsgegner zugesagte Breitbandförderung müsse bei der angemessenen Aufteilung der Kosten dahingehend berücksichtigt werden, dass die Antragstellerin, die Antragsgegnerin und der Fördergeber je ein Drittel zu tragen hätten bzw dass die Nettokosten der Grabung nach Abzug der (prospektiven) Förderung von den Parteien des Verfahrens je zur Hälfte getragen werden sollen. Bei der (unstrittigen) Annahme von Kosten von ca

■ € pro lfm erachte die Antragstellerin somit ■ € pro lfm als angemessenen Anteil (ON 1), der von ihr zu tragen sei.

Die Antragsgegnerin wendet in ihrer Stellungnahme ON 15 ein, eine Kostenteilung zwischen den Parteien von 50:50 sei grundsätzlich angemessen, bestritten werde aber, dass die Antragstellerin an der von der Antragsgegnerin erwirkten Förderzusage mitprofitieren könne. Nach Ansicht der Antragsgegnerin könne die Förderung bei der Aufteilung der projektierten Kosten nicht berücksichtigt werden, da eine anteilige Übertragung der Förderung auf die Antragstellerin eine widmungswidrige Verwendung der zugesagten Fördermittel bewirken würde, die tatsächliche Höhe der Förderung von der Förderstelle erst nach Abschluss des Projekts ermittelt werde und der Antragsgegnerin auch jede Verfügung über die Förderung nach den Förderungsbedingungen untersagt sei.

Die RTR-GmbH hat dazu Folgendes erwogen: Nach den einschlägigen Förderungsbedingungen (Förderungsvertrag, Beilage ./6 zu ON 15 und Sonderrichtlinie Breitband Austria 2020 Access, BBA 2020_A, Beilage ./7 zu ON 15) bezweckt die Förderung nicht nur die Versorgung von Endnutzern durch die Antragsgegnerin als Förderungsnehmer selbst. Vielmehr hat die Antragsgegnerin insofern auch infrastrukturasierten Wettbewerb zu ermöglichen, als sie nach den Förderbedingungen zu fairen und diskriminierungsfreien Bedingungen einen umfassenden „Zugang auf Vorleistungsebene“ gewährleisten muss (Beilage ./7 zu ON 15, Besondere Förderungsbedingungen, Seite 17). Danach hat jeder Förderungsnehmer ausreichende Kapazitäten sowie Zugangspunkte für die **Mitbenutzung durch Dritte** vorzusehen. Die Förderungsbedingungen bezwecken somit nicht nur die Errichtung der Infrastrukturen, sondern auch deren möglichst **effiziente Auslastung** durch die Mitbenutzung Dritter. Nimmt ein Interessent diese Möglichkeit der Mitbenutzung (ggf auch behördlich; §§ 60 ff TKG 2021) in Anspruch, werden die (zu diesem Zeitpunkt idR feststehenden) Förderbeträge, die beim Förderungsnehmer selbst keine Kosten darstellen, bei der Ermittlung des iSd § 65 TKG 2021 kostenbasierten Zugangspreises als Abzugsposten bei den Bruttokosten berücksichtigt, sodass nur die Nettokosten für die Ermittlung des Zugangspreises herangezogen werden (vgl zB die Kostenkalkulation des BMLRT unter <https://info.bmlrt.gv.at/themen/telekommunikation-post/breitband/breitbandfoerderung/breitbandaustria2020/hilfen.html>). Der Mitbenutzer – der zur effizienten Nutzung (Auslastung) der unter Einsatz öffentlicher Mittel errichteten Infrastruktur beiträgt – partizipiert somit von der Förderung. Da diese Mitbenutzung unmittelbar in den Förderbedingungen vorgesehen ist, ist auch sichergestellt, dass die auf den Mitbenutzer anteilig entfallenden Fördermittel nicht widmungswidrig verwendet werden (vgl Punkt 6.1 des Schriftsatzes ON 15).

Anders ist die Situation bei der verfahrensgegenständlichen **Koordinierung** von Bauarbeiten. Hier wird nicht die von den Förderbedingungen vorgesehene möglichst effiziente Auslastung der geförderten Infrastruktur angestrebt (insofern geht das Argument der Antragstellerin in ON 20, „*da ja alle (weiteren) Nutzer einer gefördert errichteten Infrastruktur von den Zuschüssen der öffentlichen Hand profitieren sollen*“ ins Leere), sondern – im Gegenteil – deren **Überbauung** durch parallel verlegte eigene Infrastrukturen der Antragstellerin. Selbst wenn eine Koordinierung nach § 68 TKG 2021 auch im Verhältnis zweier Telekommunikationsunternehmen bei geförderten Bauarbeiten zulässig ist (zu den dadurch möglichen Synergien siehe sogleich), kann den aktenkundigen Förderbedingungen nicht entnommen werden, dass sie bezwecken oder auch nur ermöglichen sollten, die Überbauung des geförderten Projekts an der Förderung partizipieren zu lassen. Hier wäre auch – entsprechend dem Vorbringen der Antragsgegnerin in ON 15 – nicht sichergestellt, dass die Förderungsmittel gerade iSd zu Grunde liegenden Sonderrichtlinie und des Förderungsvertrages (Beilagen zu ON 15) eingesetzt werden, da die Antragsgegnerin die Errichtung eines FTTH-Netzes, die Antragstellerin aber in erster Linie ■ Senderanbindungen plant. Die

von der Antragsgegnerin angestrebte Förderung kann der Antragstellerin somit nicht zugutekommen, weshalb die Aufteilung der (projektieren) Kosten für die Bauarbeiten iHv ca. [REDACTED] € / lfm die Förderung der Antragsgegnerin (und umgekehrt auch die der A1 ggf zugesagte Förderung; ON 20) außer Acht zu lassen hat.

Da beide Parteien, wenn auch mit den dargestellten unterschiedlichen Auffassungen hinsichtlich der Berücksichtigung der Förderungszusagen, von einer **Hälftaufteilung** im Verhältnis der Parteien untereinander ausgehen – die Anordnung erfolgt entsprechend dem Vorbringen der Antragsgegnerin in ON 11 und ON 15 mit [REDACTED] € – entspricht eine solche Aufteilung der aktenkundigen Interessenlage der Parteien (vgl Punkt 4.4) und wird auch von der RTR-GmbH als angemessen iSd § 68 Abs 3 TKG 2021 erachtet. Aus der Vorgabe der Angemessenheit des § 68 Abs 3 TKG 2021 kann insbesondere nicht abgeleitet werden, dass der Nachfrager einen Anspruch darauf hätte, nur denselben Nettokostenanteil tragen zu müssen wie der Bauführer. Dass die Antragsgegnerin nach der Abrechnung der Förderung weniger Kosten gehabt haben könnte als die Antragstellerin, ändert in der konkreten Situation nichts an der Angemessenheit der angeordneten Aufteilung (50:50 der projektieren Grabungskosten), zumal alle Beteiligten (inkl der Förderstelle, die die Förderung nur auf Basis der tatsächlichen Kosten der Antragsgegnerin auszuzahlen hat; siehe Punkt 3.2 des Förderungsvertrages) gegenüber parallelen Alleinverlegungen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin von der angeordneten Koordinierung profitieren.

Auch das mit ON 20 geänderte Vorbringen der Antragstellerin hinsichtlich ihrer eigenen Förderzusage für die gegenständlichen Strecken (samt Beilagen, zB das Schreiben des BMLRT) erfordert, soweit es nach § 78 Abs 3 TKG 2021 überhaupt zulässig sein sollte (vgl ON 24), keine andere Beurteilung der Sach- und Rechtslage.

Festgehalten wird, dass sich diese Ausführungen nur auf die Aufteilung von Kosten iSd § 68 Abs 3 TKG 2021 beziehen. Unberührt bleiben „gegenüber den geplanten Bauarbeiten zusätzliche Kosten“ iSd § 68 Abs 2 lit a) TKG 2021 (zB die Kosten der Bestätigung der technischen Machbarkeit), die von der Antragstellerin als Nachfragerin alleine getragen werden müssen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht den Parteien dieses Verfahrens gemäß § 200 Abs 7 TKG 2021 das Rechtsmittel der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen, wobei eine Eingabegebühr in der Höhe von Euro 30,- zu entrichten ist (BGBl II 387/2014 idgF). Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides bei der Behörde, die diesen Bescheid erlassen hat, einzubringen.

Wien, am 02.05.2022

Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH

Dr. Klaus M. Steinmaurer, MBA
Geschäftsführer Fachbereich Telekommunikation und Post