RDVF 46/23-15

Bescheid

Die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (in der Folge: RTR-GmbH) hat am 16.02.2024 über Antrag der [redacted]Co KG vom 25.09.2023 (in der Folge: Antragstellerin), [redacted] vertreten durch Lichtenberger & Partner Rechtsanwälte, [redacted] gegen die [redacted]GmbH, [redacted] (in der Folge: Antragsgegnerin), folgenden vertragsersetzenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

Gemäß §§ 61, 65, 67, 78, 194 Abs 1 Telekommunikationsgesetz 2021, BGBl I Nr 190/2021 idgF (im Folgenden „TKG 2021") wird folgende vertragsersetzende Regelung zwischen der [redacted] Co KG und der [redacted] GmbH angeordnet:

Anordnung über ein Mitbenutzungsrecht

1 Gegenstand der Anordnung

1.1 Allgemeines

Die [redacted] GmbH (in der Folge: Antragsgegnerin) ist Nutzungsberechtigte des nachstehend angeführten Leerrohres, das [redacted] Co KG (in der Folge: Antragstellerin) für Zwecke des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation zur Erbringung von Kommunikationsdiensten nutzen wird. Diese Anordnung regelt die Nutzungsüberlassung an die Antragstellerin, bezieht sich ausschließlich auf die konkret angeführte Strecke und begründet keinen Rechtsanspruch auf zukünftige Nutzungen anderer Strecken.

1.2 Leistungsinhalt

a) Die Antragsgegnerin überlässt der Antragstellerin in der Gemeinde [redacted] auf der 120 Meter langen Strecke, deren Verlauf im nachfolgenden Plan als gelbe Linie abgebildet ist, zwischen dem Verteilerkasten [redacted] und dem Hausanschluss [redacted] ein Leerrohr mit einem Außendurchmesser von 14 mm und einem Innendurchmesser von 10 mm zur Nutzung für die Errichtung und den Betrieb einer Kommunikationslinie.

[redacted]

Die Antragstellerin ist berechtigt, in dieses Leerrohr auf eigene Kosten Glasfasern einzubringen.

b) Die Antragsgegnerin gestattet der Antragstellerin die Mitbenutzung des Verteilerkastens [redacted] zur Durchleitung eines von der Antragstellerin in das unter a) genannte Leerrohr eingebrachten Glasfaserkabels in das Hausanschlussrohr von [redacted] nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen.

2 Eigentumsverhältnisse

An der sachenrechtlichen Zuordnung der Anlagen und Einrichtungen (wie Rohrleitungen, Kabel, Übertragungseinrichtungen, Verteilerkästen ua) ändert sich nichts. Die Antragstellerin wird die in die mitbenutzte Leerverrohrung und den Verteilerkasten eingebrachten eigenen Einrichtungen an den Verbindungsstellen deutlich als Einrichtungen der Antragstellerin kennzeichnen.

3 Abwicklung

Die konkrete Abwicklung erfolgt in Abstimmung und Zusammenarbeit beider Parteien. Die Anordnungspartner werden sowohl die genauen technischen Parameter der Mitbenutzung als auch den Zeitplan einvernehmlich festlegen. Die Parteien haben Koordinatoren zu bestimmen, welche

die einzelnen Arbeitsschritte für die Phase der Umsetzung und für die nachfolgende Laufzeit schriftlich abstimmen. Sämtliche Arbeiten in Bezug auf die Glasfasereinbringung in die Rohranlage der Antragsgegnerin dürfen von der Antragstellerin selbst und auf ihre Kosten erfolgen. Allenfalls erforderliche Arbeiten im Verteilerkasten für das Durchstecken des Kabels vom Leerrohr gemäß Punkt 1.2. a) in das Anschlussrohr von [redacted] sind jedoch von der Antragsgegnerin oder einem von ihr beauftragten Fachunternehmen auf Kosten der Antragstellerin durchzuführen.

4 Anordnungsdauer und Beendigungsmöglichkeiten

4.1 Beginn der Anordnung

Diese Anordnung wird mit der Zustellung wirksam und gilt, solange die Antragstellerin die anordnungsgegenständliche Infrastruktur (Rohranlage) für die Erbringung öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste nutzt.

4.2 Auflösung wegen Verfügungen der Antragsgegnerin

Das angeordnete Mitbenutzungsrecht kann durch die Antragsgegnerin aufgelöst werden bzw kann sie dessen Änderung verlangen, wenn sie eine Verfügung iSd § 75 Abs 1 TKG 2021 plant, auf Grund welcher sie die Notwendigkeit der Beendigung oder Änderung des Mitbenutzungsrechts nachweisen kann. Die Antragsgegnerin hat die Antragstellerin in diesem Fall in angemessener Frist vor Beginn der geplanten Arbeiten zu verständigen (Anzeige). Die Antragstellerin hat rechtzeitig die erforderlichen Vorkehrungen, gegebenenfalls auch die Entfernung oder Verlegung eigener zur Realisierung der Mitbenutzung erforderlicher Anlagen auf eigene Kosten durchzuführen. Die Antragstellerin kann der Antragsgegnerin einen Alternativvorschlag unterbreiten. Die Beteiligten haben auf eine einvernehmliche kostengünstige Lösung hinzuwirken.

5 Entgelte

5.1 Mitbenutzungsentgelt

Für die anordnungsgegenständliche Mitbenutzung hat die Antragstellerin an die Antragsgegnerin eine jährliche Abgeltung in Höhe von [redacted] Euro pro Laufmeter, für 120 Meter somit [redacted] Euro, zu bezahlen.

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin binnen 14 Tagen ab Zustellung der Anordnung die dafür erforderliche Bankverbindung bekanntzugeben.

5.2 Sonstige Entgelte

Sonstige mit der Mitbenutzung verbundene Entgelte im Sinne dieser Anordnung, zB für von der Antragsgegnerin durchgeführte Arbeiten oder Bauaufsicht, können nach dem erforderlichen und nachgewiesenen Aufwand zu marktüblichen Preisen in Rechnung gestellt werden.

5.3 Umsatzsteuer

Alle Entgelte verstehen sich als Nettoentgelte exklusive einer gesetzlichen Umsatzsteuer. Sofern sich aus den anwendbaren Rechtsnormen eine Umsatzsteuerpflicht ergibt, wird die Umsatzsteuer zusätzlich in Rechnung gestellt.

5.4 Fälligkeit

Das jährliche Nutzungsentgelt ist im Voraus binnen 30 Tagen ab Rechnungslegung zur Zahlung fällig. Die Abrechnung erfolgt per 01.01. eines jeden Jahres für das laufende Jahr.

Alle übrigen zu leistenden Zahlungen werden binnen 30 Tagen ab Rechnungslegung fällig, soweit nicht ausdrücklich anders geregelt.

Für Zeiträume kleiner als ein Jahr wird das Nutzungsentgelt anteilig verrechnet.

Die erstmalige Rechnungslegung erfolgt frühestens einen Tag nach Realisierung der Mitbenutzung (Einbringung der Glasfaser) durch die Antragstellerin.

5.5 Entgeltanpassungen

Sämtliche Entgelte und Beträge nach Punkt 5.1. werden jährlich auf Basis des VPI 2020 wertgesichert.

Die Indexzahl basiert auf dem Basisgrundwert des VPI 2020 (= 100). Der für die jeweilige Indexierung heranzuziehende vereinbarte Grundwert ist die Indexzahl für Februar 2024. Die Anpassung des oben genannten Entgelts findet jährlich zum jeweils 01.01. statt. Die Anpassung wird immer bezogen auf die Indexzahl des Februars des jeweils vorangegangenen Jahres im Verhältnis zur Indexzahl des Februar 2024 vorgenommen.

Sollte der genannte VPI 2020 nicht mehr verlautbart werden, so tritt an dessen Stelle der Index, der dem bis dahin von der Statistik Austria (oder einer ähnlichen Institution) verlautbarten Index am nächsten kommt. Sollte die vereinbarte Wertsicherung undurchführbar oder unzulässig werden, so ist die Antragsgegnerin berechtigt, eine gleichwertige Anpassung des jährlichen Nettobetrages zu fordern.

6 Schad- und Klagloshaltung

Die Antragstellerin wird die Antragsgegnerin für sämtliche Nachteile, die aus der Verletzung der Verpflichtungen dieser Anordnung oder aus mit dem Mitbenutzungsrecht zusammenhängenden Ansprüchen Dritter resultieren sollten, schad- und klaglos halten.

7 Pflichten der Parteien

7.1 Pflichten der Antragstellerin

(1) Die mitbenutzten Anlagen der Antragsgegnerin sind unter größtmöglicher Schonung zu benutzen sowie die Interessen der Antragsgegnerin zu wahren.

(2) Die Antragstellerin hat in Bezug auf alle Liegenschaften, Gebäude und Räume die für die Nutzung der mitbenutzten Leerverrohrungen allenfalls erforderlichen Zustimmungen des Eigentümers oder sonstiger Verfügungsberechtigter einzuholen. Die Antragsgegnerin ist nicht verpflichtet, die Zustimmungen zu überprüfen oder einzufordern.

(3) Ungeachtet dieser Anordnung hat die Antragstellerin sämtliche für das in dieser Anordnung beschriebene Vorhaben nötigen behördlichen Bewilligungen einzuholen. Die Antragsgegnerin ist nicht verpflichtet, die behördlichen Bewilligungen zu überprüfen oder einzufordern. Wenn die Antragstellerin trotz fehlender behördlicher Bewilligungen das in dieser Anordnung beschriebene Projekt realisiert, hat sie die Antragsgegnerin für allfällige Nachteile aufgrund der fehlenden behördlichen Bewilligung schad- und klaglos zu halten.

7.2 Pflichten der Antragsgegnerin

(1) Notwendige Umbau- oder Umlegungsarbeiten an der zur Verfügung gestellten Rohranlage wird die Antragsgegnerin der Antragstellerin in angemessener Frist vor Beginn der Arbeiten mitteilen und auch eine Darstellung ihres Handlungsbedarfes bekanntgeben. Umbau- oder Umlegungsarbeiten an der zur Nutzung überlassenen Leerrohranlage erfolgen von und auf Kosten der Antragsgegnerin. Umbau- oder Umlegungsarbeiten eingebrachter Glasfasern der Antragstellerin werden von und auf Kosten der Antragstellerin durchgeführt.

Ausgenommen von der Verständigungspflicht in angemessener Zeit sind Fälle von Gefahr im Verzug o.ä., die eine sofortige Umlegung/Abänderung erforderlich machen. In diesem Fall werden sich die Parteien so rasch wie möglich verständigen, notfalls verlegt eine Partei die Anlagen beider Parteien gemeinsam. Für diese Kosten haben die Parteien anteilig aufzukommen.

(2) Die Einrichtungen der Antragstellerin sind unter größtmöglicher Schonung zu behandeln sowie die Interessen der Antragstellerin zu wahren.

(3) Die Antragsgegnerin hat bei Überlassung oder Übertragung der anordnungsgegenständlichen Leerverrohrung an Dritte sicherzustellen, dass der Betrieb der bereits bestehenden Einrichtungen der Antragstellerin nicht beeinträchtigt wird. Die Antragsgegnerin teilt der Antragstellerin unverzüglich die erfolgte Überlassung oder Übertragung der anordnungsgegenständlichen Leerverrohrung an Dritte mit.

(4) Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, die anordnungsgegenständliche Infrastruktur in gebrauchsfähigem Zustand zu erhalten.

8 Sonstige Bestimmungen

8.1 Umstandsklausel

Sollten in Folge künftiger erlassener Gesetze, Regierungs- und Verwaltungsmaßnahmen Änderungen oder Anpassungen dieser Anordnung erforderlich werden, werden die Parteien unverzüglich Verhandlungen aufnehmen und eine wirtschaftliche, gleichwertige Neufassung einvernehmlich anstreben.

8.2 Steuern und Gebühren

Allfällige aufgrund der Durchführung dieser Anordnung zu entrichtenden Steuern und Gebühren trägt die Antragstellerin.

8.3 Salvatorische Klausel

Sollte eine Bestimmung dieser Anordnung ganz oder teilweise unwirksam oder undurchführbar sein oder werden, berührt dies nicht die Wirksamkeit oder Durchführbarkeit der übrigen Bestimmungen. Die unwirksame oder undurchführbare Bestimmung wird durch eine wirksame oder durchführbare Bestimmung ersetzt, die in ihrem wirtschaftlichen Gehalt der unwirksamen oder undurchführbaren Bestimmung möglichst nahekommt.

8.4 Änderungen

Änderungen und/oder Ergänzungen dieser Anordnung bedürfen der Schriftform. Dies gilt auch für eine gänzliche oder teilweise Abänderung oder Aufhebung dieses Schriftformerfordernisses.

II. Begründung

1 Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 25.09.2023, am selben Tag bei der Behörde eingelangt (ON 1), beantragte die Antragstellerin die Einräumung von Mitbenutzungsrechten an einem Leerrohr sowie einem Verteilerkasten gemäß §§ 60 ff TKG 2021 gegen die Antragsgegnerin.

Am 17.10.2023 fand eine Schlichtungsverhandlung nach § 78 Abs 1 TKG 2021 bei der RTR-GmbH statt, in der keine Einigung erzielt werden konnte (ON 11).

Die Anträge wurden der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 27.10.2023 (ON 13) unter Hinweis auf die Frist und Rechtsfolge gemäß § 78 Abs 2 TKG 2021 zugestellt. Die Antragsgegnerin gab innerhalb der Frist gemäß § 78 Abs 2 TKG 2021 keine Stellungnahme ab.

2 Festgestellter Sachverhalt

2.1 Allgemeines

Die Antragstellerin verfügt über eine aufrechte Allgemeingenehmigung iSd § 6 TKG 2021 als Bereitstellerin eines öffentlichen Kommunikationsnetzes und erbringt mittels eines Hochgeschwindigkeitsnetzes für die elektronische Kommunikation öffentliche Kommunikationsdienste, mit dem Hauptzweck der betroffenen Tätigkeiten auf Telekommunikationsdiensten (ON 11; unstrittig).

Die Antragstellerin übermittelte mit Schreiben vom 23.04.2023 (Beilagen zu ON 1) eine Nachfrage auf Mitbenutzung der verfahrensgegenständlichen Leerrohrstrecke sowie des Verteilerkastens an die Antragsgegnerin. In der Nachfrage wurde eine konkrete Strecke als Komponenten des Projekts, für das Mitbenutzung begehrt wurde und eine Mitbenutzung „*zum nächstmöglichen Zeitpunkt*“ nachgefragt. Eine Einigung über die Mitbenutzung kam nicht zustande (ON 1 und ON 11; unstrittig).

Die Antragsgegnerin hat von der Gemeinde [redacted] ab 08.04.2022 deren gesamtes Leerrohrnetz gemietet und ist nach dem Vertrag mit der Gemeinde auch zur Gewährung der gesetzlich vorgesehenen Mitbenutzungsrechte verpflichtet (ON 1; unstrittig)

Die Antragsgegnerin verfügt über eine aufrechte Allgemeingenehmigung iSd § 6 TKG 2021 als Bereitstellerin eines öffentlichen Kommunikationsnetzes (amtsbekannt und unstrittig).

2.2 Streckenführung

Die Antragsgegnerin verfügt in der Gemeinde [redacted] über ein – teils von der Gemeinde gemietetes – Leerrohrnetz. Teil dieses Netzes ist ein derzeit ungenutztes Leerrohr mit einem Außendurchmesser von 14 mm und einem Innendurchmesser von 10 mm vom Hausanschluss [redacted] bis zum Anschlussverteiler [redacted], wo sich ein von der Gemeinde errichteter und von der Antragsgegnerin gemieteter Verteilerkasten befindet. Die Länge der Leerrohrstrecke vom [redacted] bis zum [redacted] beträgt 120 Meter.

2.3 Abgeltung

Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin in ihrer Nachfrage ein monatliches Entgelt von EUR [redacted] pro Laufmeter und Monat angeboten und dementsprechend die Festlegung eines jährlichen Mitbenutzungsentgeltes von EUR [redacted] (EUR [redacted] x 120 Laufmeter x 12 Monate) beantragt. Die Antragsgegnerin hat sich zwar im Schlichtungsverfahren gegen die Höhe des Entgeltes ausgesprochen, hat jedoch nach Zustellung des Antrages gemäß § 78 Abs 2 TKG 2021 keine Einwendungen vorgebracht.

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 idgF, lautet auszugsweise:

„1. „Kommunikationsnetz" elektronische Übertragungssysteme, ungeachtet dessen, ob sie auf einer permanenten Infrastruktur oder zentralen Verwaltungskapazität basieren, und gegebenenfalls Vermittlungs- und Leitwegeinrichtungen sowie anderweitige Ressourcen – einschließlich der nicht aktiven Netzbestandteile –, die die Übertragung von Signalen über Kabel, Funk, optische oder andere elektromagnetische Einrichtungen ermöglichen, einschließlich Satellitennetze, feste (leitungs- und paketvermittelt, einschließlich Internet) und mobile Netze, Stromleitungssysteme, soweit sie zur Signalübertragung genutzt werden, Netze für Hör- und Fernsehfunk sowie Kabelfernsehnetze, unabhängig von der Art der übertragenen Informationen;

[…]

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;

[…]

53. „physische Infrastrukturen" Komponenten eines Netzes, die andere Netzkomponenten aufnehmen können, selbst jedoch nicht zu aktiven Netzkomponenten werden, wie beispielsweise Fernleitungen, Masten, Leitungsrohre, Kontrollkammern, Einstiegsschächte, Verteilerkästen, Gebäude und Gebäudeeingänge, Antennenanlagen, Türme und Pfähle; vom Begriff umfasst sind auch unbeschaltete Glasfasern; Komponenten von Netzen, die für die Versorgung mit Wasser für den menschlichen Gebrauch im Sinne des Art. 2 Nr. 1 Richtlinie 98/83/EG über die Qualität von

Wasser für den menschlichen Gebrauch, ABl. 1998 L 330/32 idF der Verordnung (EG) Nr. 596/2009, ABl. L 188/14 genutzt werden, sind keine physischen Infrastrukturen im Sinne dieser Bestimmung;

[…]

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;

[…]“

§ 61 TKG 2021, BGBl I 2021/190 idgF, lautet:

„§ 61. Netzbereitsteller haben als Eigentümer oder sonst Nutzungsberechtigte physischer Infrastrukturen Bereitstellern öffentlicher Kommunikationsnetze auf schriftliche Nachfrage die Mitbenutzung dieser physischen Infrastrukturen für Zwecke des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation insoweit zu gestatten, als ihnen dies wirtschaftlich zumutbar und es, insbesondere technisch, vertretbar ist.“

§ 65 TKG 2021, BGBl I 2021/190 idgF, lautet:

„§ 65. Dem durch ein Mitbenutzungsrecht gemäß §§ 60 bis 64 Belasteten ist eine angemessene Abgeltung zu leisten. Dabei sind jedenfalls die Kosten für die Errichtung der mitbenutzten Anlage, einschließlich der Kosten der Akquisition, die laufenden Betriebskosten und die mit der Mitbenützung verbundenen sonstigen Kosten, sowie die Marktüblichkeit von Entgelten angemessen zu berücksichtigen, wobei zur Ermittlung der Kosten Durchschnittswerte zu Grunde gelegt werden können.“

§ 67 TKG 2021, BGBl I 2021/190 idgF, lautet auszugsweise:

§ 67. (1) Jeder gemäß §§ 60 bis 64 und 66 Abs. 2 Verpflichtete muss Bereitstellern eines öffentlichen Kommunikationsnetzes auf schriftliche Nachfrage ein Angebot zur Mitbenutzung oder zur Duldung der Mitbenutzung gemäß § 66 Abs. 2 abgeben.

[…]

(3) In der Nachfrage gemäß Abs. 1 und 2 sind jeweils die Komponenten des Projekts, für das Mitbenutzung begehrt wird, einschließlich eines genauen Zeitplans anzugeben. Darüber ist auch der Grundeigentümer zu informieren.

(4) Kommt zwischen dem Verpflichteten und dem Berechtigten eine Vereinbarung über das Mitbenützungsrecht gemäß §§ 60 bis 64, die Abgeltung gemäß § 65 oder die Duldung der Mitbenutzung einschließlich der Abgeltung gemäß § 66 Abs. 2 binnen einer Frist von vier Wochen ab Einlangen der Nachfrage nicht zustande, so kann jeder der Beteiligten die Entscheidung der Regulierungsbehörde beantragen.

[…]"

§ 75 TKG 2021, BGBl I 2021/190 idgF, lautet auszugsweise:

„(1) Durch die Rechte nach §§ 51 bis 70 werden die Belasteten in der freien Verfügung über ihre Liegenschaft, Objekte oder der in Anspruch genommenen Anlagen, Leitungen, sonstigen Einrichtungen oder physischen Infrastrukturen (zB Veränderung, Verbauung, Einbauten oder andere Maßnahmen) nicht behindert. Erfordert eine solche Verfügung die Entfernung oder Änderung einer Anlage des Berechtigten oder kann eine solche dadurch beschädigt werden, so hat der Belastete den Berechtigten in angemessener Frist vor Beginn der Arbeiten hiervon zu verständigen (Anzeige). Der Berechtigte hat rechtzeitig die erforderlichen Vorkehrungen, gegebenenfalls auch die Entfernung oder Verlegung seiner Anlage auf eigene Kosten durchzuführen. Der Berechtigte kann dem Belasteten einen Alternativvorschlag unterbreiten. Die Beteiligten haben auf eine einvernehmliche kostengünstige Lösung hinzuwirken.

(2) Wurde die Anzeige gemäß Abs. 1 durch Verschulden des Anzeigepflichtigen nicht rechtzeitig erstattet und der Bestand oder Betrieb der Anlage durch die Maßnahmen des Anzeigepflichtigen geschädigt, so ist dieser zum Schadenersatz verpflichtet. Der Belastete ist ferner zum Schadenersatz verpflichtet, wenn er vorsätzlich durch eine unrichtige Anzeige die Entfernung oder Verlegung einer Anlage herbeigeführt hat oder wenn der Berechtigte binnen zweier Wochen nach Empfang der Anzeige eine andere Ausführung der beabsichtigten Veränderung, bei der die Anlage ohne Beeinträchtigung des angestrebten Zweckes hätte unverändert bleiben können, unter Anbot der Übernahme allfälliger Mehrkosten, die dem Belasteten erwachsen wären, vorgeschlagen hat und der Belastete darauf ohne triftigen Grund nicht eingegangen ist. Zur Entscheidung über derartige Ersatzansprüche sind die ordentlichen Gerichte zuständig.

(3) Kommt zwischen dem Belasteten und dem Berechtigten eine Einigung über eine wegen einer Verfügung gemäß Abs. 1 erforderliche Beendigung von Rechten nach §§ 51 bis 70, eine dadurch verursachte Abänderung einer Anlage oder die damit verbundenen Rechtsfolgen binnen einer Frist von vier Wochen ab Einlangen der Verständigung gemäß Abs. 1 nicht zustande, so kann jeder der Beteiligten die Entscheidung der Regulierungsbehörde beantragen.

[...]"

§ 77 TKG 2021, BGBl I 2021/190 idgF, lautet auszugsweise:

„[...]

(2) Alle Beteiligten haben das Ziel anzustreben, die Inanspruchnahme und Ausübung von Rechten nach diesem Abschnitt zu ermöglichen und zu erleichtern.

[...]"

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

„(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.

[...]

(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 idgF, lautet auszugsweise:

„(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.

[…]"

§ 198 TKG 2021, BGBl I 2021/190 idgF, lautet auszugsweise:

„§ 198. Der Telekom-Control-Kommission sind folgende Aufgaben zugewiesen:

[…]

11. Entscheidungen in Verfahren gemäß §§ 79 und 85;

[…]“

§ 199 TKG 2021, BGBl I 2021/190 idgF, lautet auszugsweise:

(1) Soweit sich

1. ein verfahrenseinleitender Antrag oder eine Regulierungsmaßnahme auf die Nutzung eines Kommunikationsnetzes oder einer zugehörigen Einrichtung oder die Inanspruchnahme eines Kommunikationsdienstes zur Verbreitung von

a) elektronischen Audiomedien und elektronischen audiovisuellen Medien im Sinne des § 1 Abs. 1 KOG, einschließlich Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk,

b) Zusatzdiensten im Sinne des § 2 Z 44 des Audiovisuelle Mediendienste-Gesetzes (AMD-G),

c) Video-Sharing-Plattformen im Sinne des § 2 Z 37b AMD-G oder

d) Kommunikationsplattformen im Sinne des § 2 Z 4 des Kommunikationsplattformen-Gesetzes (KoPl-G) oder

2. eine Regulierungsmaßnahme auf einen Markt für die Verbreitung der in der Z 1 angeführten Dienste bezieht, nimmt abweichend von der in §§ 194 und 198 vorgenommenen Zuständigkeitsverteilung die KommAustria die in Abs. 2 angeführten Aufgaben der Regulierungsbehörde im Sinne dieses Bundesgesetzes wahr.

(2) Von der KommAustria unter den Voraussetzungen gemäß Abs. 1 wahrzunehmen sind:

[…]

11. die Anordnung der Mitbenutzung gemäß den §§ 60 bis 67,

[…]

(4) Bezieht sich ein verfahrenseinleitender Antrag oder eine Regulierungsmaßnahme auf die Nutzung eines Kommunikationsnetzes oder einer zugehörigen Einrichtung, auf die Inanspruchnahme eines Kommunikationsdienstes oder auf einen Markt

1. sowohl für die Verbreitung von

a) elektronischen Audiomedien und elektronischen audiovisuellen Medien im Sinne des § 1 Abs. 1 KOG, einschließlich Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk,

b) Zusatzdiensten im Sinne des § 2 Z 44 AMD-G,

c) Video-Sharing-Plattformen im Sinne des § 2 Z 37b AMD-G oder

d) Kommunikationsplattformen im Sinne des § 2 Z 4 KoPl-G, als auch

2. für andere Kommunikationsdienste, und liegen die Voraussetzungen des § 39 Abs. 2b letzter Satz AVG nicht vor, richtet sich die Zuständigkeit nach dem Hauptzweck der betroffenen Tätigkeiten. Fällt der Hauptzweck unter die Z 1, hat die KommAustria die Aufgaben der Regulierungsbehörde nach Abs. 1 und 2 wahrzunehmen; im Fall der Z 2 gelten die §§ 194 und 198.“

4.2 Zuständigkeit der RTR-GmbH

Gemäß § 198 TKG 2021 sind in dessen 7. Abschnitt („*Netzausbau und Infrastrukturnutzung*“) der Telekom-Control-Kommission lediglich die Zuständigkeiten zu Entscheidungen in Verfahren gemäß § 79 (Enteignung) und § 85 (Kooperationen über aktive Netzkomponenten) zugewiesen. Gemäß §§ 194 Abs 1 iVm 199 Abs 4 Z 2 TKG 2021 ist daher die RTR-GmbH in Verfahren über Anträge betreffend Mitbenutzungsrechte nach §§ 60 ff TKG 2021 zur Entscheidung zuständig, sofern, wie festgestellt, der Hauptzweck der betroffenen Tätigkeiten auf Telekommunikationsdiensten liegt.

4.3 Nachfrage und Antrag

Wie festgestellt, fragte die Antragstellerin mit Schreiben vom 23.04.2023 die in der Folge beantragten Mitbenutzungsrechte gemäß § 67 Abs 3 TKG 2021 gegenüber der Antragsgegnerin nach. Die Voraussetzung einer schriftlichen Nachfrage nach einem Mitbenutzungsrecht wenigstens vier Wochen vor Antragstellung 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 dem 7. Abschnitt des TKG 2021 maßgeblich.

4.5 Subsidiarität der Anordnung zur Vereinbarung

Eine Vereinbarung über das Mitbenutzungsrecht ist nicht zu Stande gekommen. Die diesbezügliche Formalvoraussetzung des Nichtvorliegens eines Vertrages ist daher ebenfalls erfüllt.

4.6 Zu den weiteren Tatbestandsmerkmalen des § 61 Abs 1 TKG 2021

Die Antragsgegnerin verfügt über eine Allgemeingenehmigung iSd § 6 TKG 2021 als Bereitstellerin eines öffentlichen Kommunikationsnetzes. Als solche fällt sie auch unter den Begriff des Netzbereitstellers iSd §§ 61 iVm 4 Z 64 TKG 2021. Die Antragsgegnerin wurde auch als Nutzungsberechtigte des Leerrohres festgestellt, das ihrerseits eine physische Infrastruktur iSd § 4 Z 53 TKG 2021 darstellt.

Nach den Feststellungen ist die Antragstellerin ebenfalls Bereitstellerin eines öffentlichen Kommunikationsnetzes und erbringt mittels Hochgeschwindigkeitsnetze für die elektronische Kommunikation öffentliche Kommunikationsdienste, zu welchem Zweck nach Punkt 1.1 der Anordnung auch das verfahrensgegenständliche Leerrohr zu nutzen ist.

Das zur Mitbenutzung angeordn Leerrohr ist nach den Feststellungen bei der Antragsg rin verfügbar und erhält diese eine angemessene Abgeltung, die der Höhe nach knapp über jenem Betrag liegt, der von den Amtssachverständigen der RTR-GmbH in den vorangegangenen Verfahren (RDMB 1/21 und RDMB 1/22) gegen die Gemeinde [redacted] erhoben wurde. Die RTR-GmbH erachtet die angeordnete Mitbenutzung daher als der Antragsgegnerin wirtschaftlich zumutbar und, insbesondere technisch, vertretbar. Umstände, die gegen diese Annahme sprechen könnten, wurden auch nicht eingewendet.

4.7 Abgeltung

Die von der Antragstellerin angebotene und beantragte Abgeltung in Höhe von EUR [redacted] je Laufmeter und Monat bzw EUR [redacted] pro Laufmeter und Jahr wurde von der Antragsgegnerin im Schlichtungsverfahren zwar als zu niedrig erachtet, im fortgesetzten Verfahren nach Zustellung des Antrages brachte die Antragsgegnerin jedoch keine Einwendungen vor, weshalb sie mit ihren Entgeltvorstellungen iSd § 78 Abs 2 TKG 2021 präkludiert ist und diese im gegenständlichen Verfahren nicht berücksichtigt werden dürfen. Das von der Antragstellerin angebotene Entgelt liegt knapp über jenem Betrag, der von den Amtssachverständigen der RTR-GmbH in ihrem Zwischenbericht zum vorgelagerten Verfahren mit der Gemeinde [redacted] (RDMB 1/21 und RDMB 2/22) erhoben wurde. Da somit keine Anhaltspunkte bestehen, dass das angebotene Entgelt nicht angemessen wäre, war dieses der vertragsersetzenden Anordnung zu Grunde zu legen.

4.8 Präklusion von Einwendungen seitens der Antragsgegnerin

Die Antragsgegnerin hat sich zwar im Rahmen des Schlichtungsverfahrens geäußert und ihre Entgeltvorstellungen dargelegt, nach Zustellung des verfahrenseinleitenden Antrages gemäß§ 78 TKG 2021 jedoch keine Einwendungen erhoben, weshalb allfälliges Vorbringen präkludiert ist und somit nicht zu berücksichtigen war.

4.9 Inhalt der Anordnung

Da von der Antragstellerin kein Vertragsentwurf vorgelegt und von der Antragsgegnerin keine rechtzeitigen Einwendungen eingebracht wurden, wurden in die gegenständliche Anordnung jene Regelungen aufgenommen, die unbedingt erforderlich sind, um die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Parteien in einer Weise zu regeln, dass dem Zweck der Mitbenutzung genüge getan und der vom Verwaltungsgerichtshof geforderte faire Ausgleich der Interessen der Verfahrensparteien sichergestellt wird.

Über die Modalitäten des Durchführens der Kabel durch den Verteilerkasten (Durchführung durch die Antragsgegnerin oder ein von ihr beauftragtes Fachunternehmen auf Kosten der Antragstellerin) konnte in der Schlichtungsverhandlung Einigkeit erzielt werden, weshalb eine entsprechende Regelung in die Anordnung aufgenommen wurde.

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,- an das Finanzamt Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten, 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 16.02.2024

Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH

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