

RDVF 11/23-14

Bescheid

Die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) hat am 27.04.2023 über Antrag der [REDACTED] AG, [REDACTED] (Antragstellerin), gegen die [REDACTED] GmbH, [REDACTED] (Antragsgegnerin), vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Thomas Hamerl, [REDACTED] beschlossen:

I. Spruch

Der Antrag der [REDACTED] AG vom 27.03.2023 auf Anordnung einer vertragsersetzenden Regelung gegenüber der [REDACTED] GmbH über die Koordinierung der Bauarbeiten in der Stadtgemeinde [REDACTED] wird gemäß §§ 68, 69, 194 TKG 2021 zurückgewiesen.

II. Begründung

1 Sachverhalt / Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 13.12.2022 informierte die Antragstellerin die Antragsgegnerin wie folgt:

Betreff: Koordinierung von Bauarbeiten

13. Dezember 2022

Sehr geehrter Herr

AG als Bereitsteller eines öffentlichen Kommunikationsnetzes, plant in der Stadtgemeinde den Ausbau der dort bestehenden Infrastruktur um Komponenten von Hochgeschwindigkeitsnetzen (NGA-Ausbau).

Konkret plant im Gebiet die Errichtung von FTTH-Anschlüssen zur Verbesserung der Festnetz-Breitbandversorgung von rd. 400 Haushalten und Unternehmen. In der Anlage A finden sie ein entsprechendes Ausbaupolygon mit unserer vorläufigen Ausbauplanung. Gegebenenfalls kann es im Rahmen der Detailplanung auch noch zu einer Abänderung bzw. Erweiterung dieses Ausbaubereiches kommen.

Aufgrund der am 7.12.2022 stattgefundenen Koordinierungsbesprechung in erfuhren wir, dass Anfang 2023 ein Ausbau erfolgen soll. Wir gehen somit davon aus, dass auch Ihre Planungen soweit fortgeschritten sind um eine Koordinierung durchführen zu können.

Nachdem sich durch die parallel geplanten Aktivitäten erhebliche Synergien heben lassen, frägt hiermit formell bei der GmbH an, die in der Stadt Ortsteil geplanten Baumaßnahmen zu koordinieren. Wir ersuchen die GmbH deshalb um die Legung eines konkreten Angebotes auf Abschluss einer Vereinbarung über die Koordinierung dieser Bauarbeiten in Form einer Mitlegung. ist selbstverständlich bereit die mit der Mitlegung verbundenen Kosten in angemessenem Verhältnis mitzutragen.

Sollten Sie noch Details zur Erstellung eines konkreten Angebotes benötigen so stehe ich ihnen dafür gerne zur Verfügung. Ich ersuche Sie um Rückmeldung bis zum Ende der KW2 / 2023, bis wann Ihnen die Legung eines Angebotes möglich ist.

Ich verbleibe mit freundlichen Grüßen

Anlage A: Gebietsübersicht

(Beilage zu ON 1).

In der Folge korrespondierten die Parteien über den Inhalt und Detailgrad der Nachfrage und die Auslegung der §§ 68 f TKG 2021. Ein Zeitplan für einen von der Antragstellerin geplanten eigenen Ausbau in wurde nicht übermittelt. Eine Einigung über die von der Antragstellerin angestrebte Koordinierung von Bauarbeiten wurde nicht erzielt (Beilagen zu ON 1; ON 11).

Mit Schreiben vom 27.03.2023 (samt Beilagen), am selben Tag bei der Behörde eingelangt (ON 1), beantragte die Antragstellerin gegen die Antragsgegnerin die Anordnung einer vertragsersetzenden Regelung über die Koordinierung der Bauarbeiten in der Stadtgemeinde [REDACTED] gemäß §§ 68 f TKG 2021.

Am 14.04.2023 (ON 4; Antragsgegnerin) bzw am 20.04.2023 (ON 7; Antragstellerin) übermittelten die Parteien weitere Schriftsätze.

Am 21.04.2023 fand eine Schlichtungsverhandlung im Beisein von Vertretern beider Parteien statt, bei der keine Einigung erzielt werden konnte (ON 11).

2 Beweiswürdigung

Die Feststellungen ergeben sich aus den jeweils in Klammern angeführten glaubwürdigen und nachvollziehbaren Beweismitteln.

3 Rechtliche Beurteilung

3.1 Gesetzliche Regelungen

§ 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 Ausbauvorhaben, 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 hierfür nicht die Telekom-Control-Kommission oder die KommAustria zuständig ist.

[...]“

3.2 Zuständigkeit der RTR-GmbH

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

3.3 Nachfrage / Zeitplan

Wie festgestellt, informierte die Antragstellerin die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 13.12.2022 über ihre Absicht, Bauarbeiten iSd §§ 68 f TKG 2021 koordinieren zu wollen.

Nach § 69 Abs 1 TKG 2021 hat der an einer Koordinierung Interessierte in der (schriftlichen) Nachfrage *„sein beabsichtigtes Ausbauvorhaben, einschließlich des Gebiets, in dem eine Koordinierung von Bauarbeiten beabsichtigt ist, **samt dem beabsichtigten Zeitplan**, detailliert anzugeben.“* (Hervorhebung nur hier). Das Nachfrageschreiben der Antragstellerin vom 13.12.2022 enthielt demgegenüber, wie festgestellt, keinerlei Angabe eines von der Antragstellerin für ein allfälliges eigenes Ausbauvorhaben beabsichtigten Zeitplans. Im vorliegenden Fall kann daher dahingestellt bleiben, was unter einer *„detaillierten“* Angabe des (Gebiets und) Zeitplans zu verstehen wäre, ein Schreiben ohne jede Angabe eines Zeitplans erfüllt zweifellos nicht die gesetzliche Voraussetzung einer Nachfrage nach Koordinierung von Bauarbeiten.

Da eine den gesetzlichen Vorgaben des § 69 Abs 2 TKG 2021 entsprechende Nachfrage eine Zulässigkeitsvoraussetzung eines Antrags auf Anordnung einer vertragsersetzenden Regelung über die Koordinierung von Bauarbeiten ist, war der verfahrenseinleitende Antrag mangels tauglicher Nachfrage zurückzuweisen.

Ein Verbesserungsauftrag gemäß § 13 Abs 3 AVG ist nach der Rechtsprechung des VwGH nicht erforderlich, wenn dieser aussichtslos ist, weil von vornherein feststeht, dass der geforderte Nachweis nicht erbracht werden kann (vgl *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 13 (Stand 1.1.2014, rdb.at), Rz 27 mwN). Die Antragstellerin hat die der Antragsgegnerin übermittelte (unzureichende) Nachfrage im Verfahren bereits vorgelegt und im Rahmen der Schlichtungsverhandlung vom 21.04.2023 (ON 11) auch nicht in Abrede gestellt, dass in der Nachfrage kein Zeitplan angegeben war. Ein Verbesserungsauftrag betreffend das Fehlen der Verfahrensvoraussetzung einer Nachfrage (Angabe des beabsichtigten Zeitplans) wäre daher aussichtslos iSd genannten Rechtsprechung.

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 (§ 9 VwGVG, BGBl I 2013/33 idgF) offen, wobei vor Einbringung der Beschwerde eine Eingabegebühr in der Höhe von 30 Euro unter Angabe des Verwendungszwecks an das Finanzamt Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten, zu entrichten und die Entrichtung der Gebühr bei Einbringung der Beschwerde nachzuweisen sind (BGBl II 2014/387 idgF). Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides bei der Behörde, die den Bescheid erlassen hat, einzubringen.

Wien, am 27.04.2023

Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH

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