

RDVF 35/23-10

Bescheid

Die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) hat am 10.10.2023 über Antrag der [REDACTED] (Antragstellerin), gegen die [REDACTED] beschlossen:

I. Spruch

Der Antrag und der Eventualantrag der [REDACTED] vom 29.08.2023 auf Anordnung einer vertragsersetzenden Regelung betreffend die Koordinierung von Bauarbeiten in der Gemeinde [REDACTED] werden gemäß §§ 68, 69, 194 TKG 2021 zurückgewiesen.

II. Begründung

1 Gang des Verfahrens/Festgestellter Sachverhalt

Am 29.08.2023 stellte die Antragstellerin per E-Mail einen Antrag auf Anordnung einer vertragsersetzenden Regelung betreffend die Koordinierung von Bauarbeiten in der Gemeinde [REDACTED] gegenüber der [REDACTED]

Die ursprüngliche Formulierung des an die RTR-GmbH gerichteten Hauptantrages (ON 1) lautete:

Hauptantrag:

[REDACTED] bzw. die [REDACTED] beantragen deshalb wie bereits in zahlreichen vorangegangenen Verfahren auch die Anordnung der in Beilage 2 im Detail beschriebenen nachfolgenden sieben Elemente:

1. Ausführungsplanung (Detailplanung)
2. Tiefbaumaßnahmen inkl. Oberflächenwiederherstellung
3. Verlegen-Verbinden-Montieren von Rohren
4. Verlegen-Einbringen-Verbinden-Montieren von Glasfasern
5. Errichtung von Schaltstellen, Schächten und anderen Netzknoten
6. Realisierung Hausanschluss
7. Dokumentation errichteter TK-Anlagen

Der Eventualantrag wurde ebenfalls für die [REDACTED] bzw. [REDACTED] gestellt (ON 1).

Mit Schreiben vom 06.09.2023 (ON 3 bzw ON 4) wurden [REDACTED] und [REDACTED] aufgefordert, den Antrag nach § 13 Abs 3 AVG bis zum 15.09.2023 zu verbessern. Die Gesellschaften wurden aufgefordert klarzustellen, ob die verfahrensgegenständlichen Anträge Anträge der [REDACTED] der [REDACTED] oder ein gemeinsamer Antrag der beiden Gesellschaften sind.

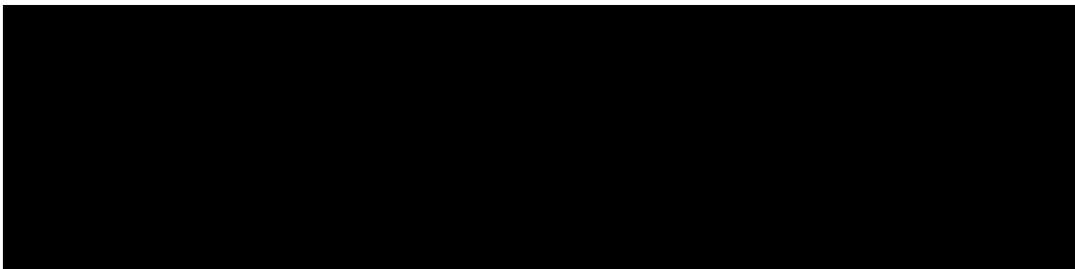
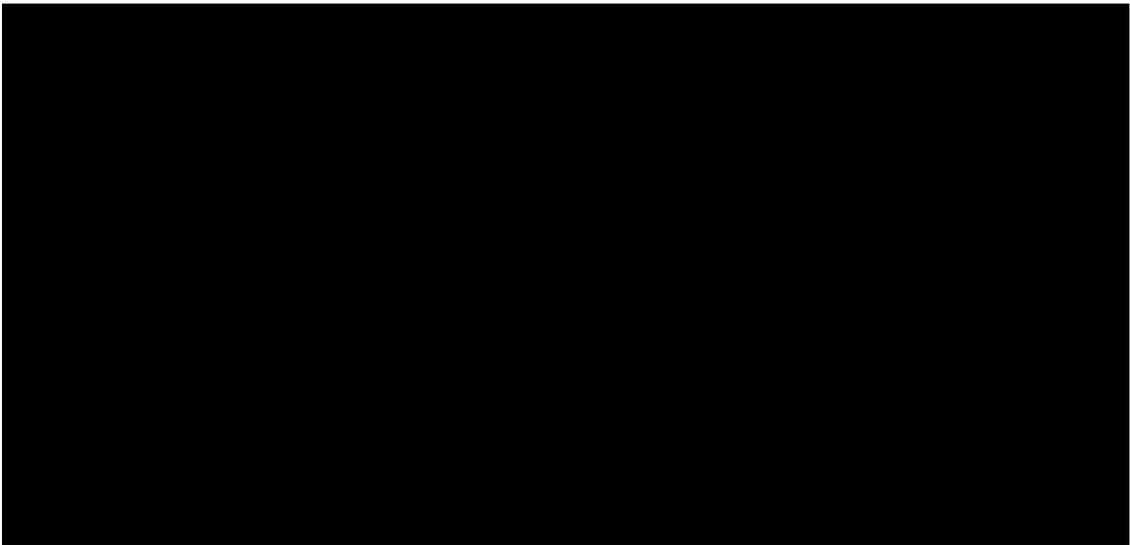
Die Gesellschaften teilte per E-Mail vom 15.09.2023 mit, dass es sich um Anträge der [REDACTED] handelt. Eine Verbesserung des Antrages betreffend die Frage, wer Antragsteller ist, erfolgte daher fristgerecht.

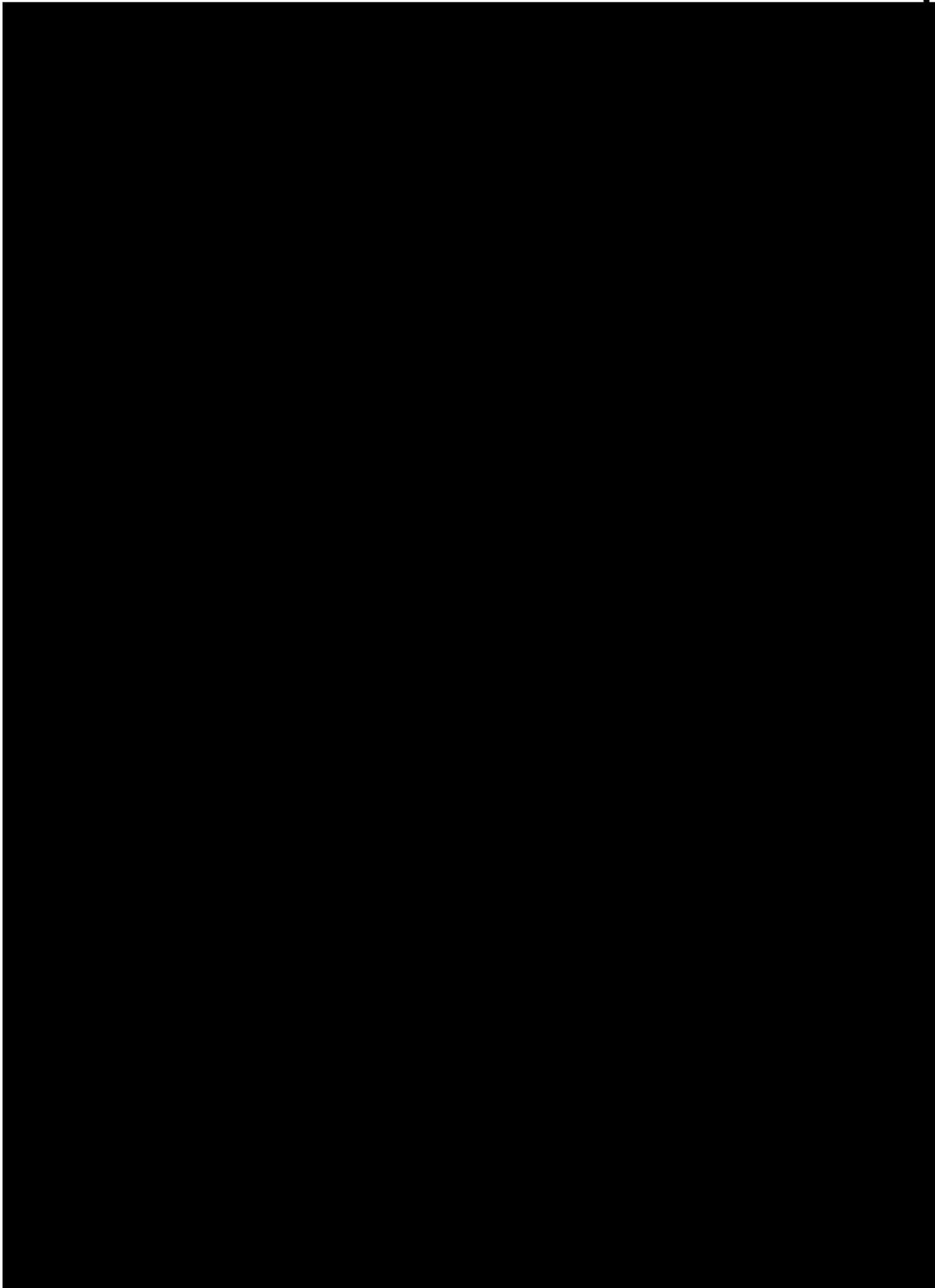
Mit E-Mail vom 02.10.2023 (ON 07) wurde die Antragstellerin, da aus den vorliegenden Unterlagen nach der Verbesserung hervorging, dass der Nachfrager und der Antragsteller nicht ident sind ua auf Folgendes betreffend die Verfahren RDVF 35/23 bis 38/23 hingewiesen: „Im vorliegenden Fall müssten die vier Anträge zurückgewiesen werden, sofern keine Antragszurückziehung erfolgt. In diesen Verfahren wurde eine gemeinsame Nachfrage von [REDACTED] und [REDACTED] vorgelegt; dies erweckt den Eindruck, dass [REDACTED] und [REDACTED] gemeinsam ausbauen. Die Nachfrage muss das Unternehmen stellen, das über ein Bauvorhaben verfügt und ausbauen möchte.“

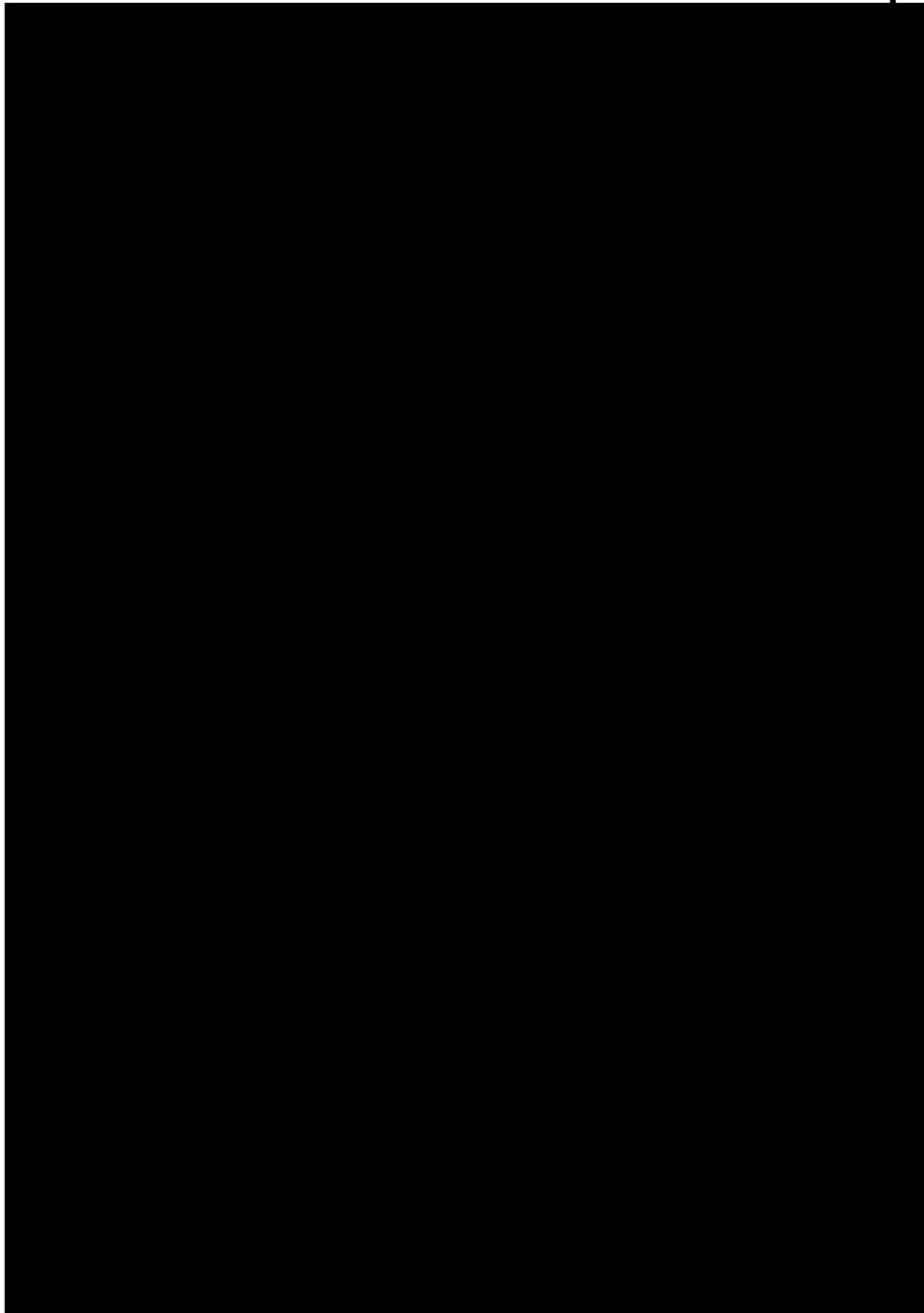
Am 4.10.2023 (ON 8) übermittelte die Antragsgegnerin eine Antwort per E-Mail. In Bezug darauf, dass die Nachfrage von jenem Unternehmen gestellt werden muss, das ausbauen möchte (in

diesem Fall die [REDACTED], enthielt die Nachfrage jedoch keine Ausführungen. Eine Zurückziehung des Antrages im Verfahren RDVF 35/23 erfolgte nicht.

Dem Antrag war folgende Nachfrage vom 11.07.2023, welche an die Antragsgegnerin gerichtet wurde, beigelegt (ON 1):







2 Beweiswürdigung

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

Es wurde die Nachfrage vom 11.07.2023 vorgelegt (ON 1). Auf Grund der Formulierungen und Gestaltung der Nachfrage, insbesondere auch im Zusammenhang mit dem Satz, [REDACTED] und [REDACTED] (in Folge kurz [REDACTED], als Bereitsteller eines öffentlichen Kommunikationsnetzes, plant in Teilen der Marktgemeinde [REDACTED] den Ausbau der dort bestehenden Infrastruktur um Komponenten von Hochgeschwindigkeitsnetzen (NGA-Ausbau). Konkret plant [REDACTED] die Errichtung von FTTH-Anschlüssen zur Verbesserung der Festnetz-Breitbandversorgung.“ ist nicht erkennbar, dass es sich um ein (alleiniges) Bauvorhaben der [REDACTED] handelt. Die Formulierung deutet vielmehr darauf hin, dass es sich um ein gemeinsames Bauvorhaben der [REDACTED] und der [REDACTED] (etwa im Rahmen einer ARGE) handelt.

3 Rechtliche Beurteilung

3.1 Gesetzliche Regelungen

§ 68 TKG 2021, BGBl I 2021/190 idgF, 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 idgF, 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 idgF, 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 idgF, 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.

[...]“

§ 13 Abs 3 AVG, BGBl 1991/51 idgF lautet:

„(3) Mängel schriftlicher Anbringen ermächtigen die Behörde nicht zur Zurückweisung. Die Behörde hat vielmehr von Amts wegen unverzüglich deren Behebung zu veranlassen und kann dem Einschreiter die Behebung des Mangels innerhalb einer angemessenen Frist mit der Wirkung auftragen, dass das Anbringen nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist zurückgewiesen wird. Wird der Mangel rechtzeitig behoben, so gilt das Anbringen als ursprünglich richtig eingebracht.“

3.2 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 TKG 2021 zur Entscheidung zuständig, weil diese Aufgabe nicht der Telekom-Control-Kommission oder der KommAustria zugewiesen ist (§§ 198, 199 TKG 2021).

3.3 Nachfrage/Antragsvoraussetzung

Nach § 69 Abs 2 TKG 2021 ist die Nachfrage Voraussetzung für das Verfahren nach § 78 TKG 2021. Kommt zwischen den beteiligten Parteien eine Vereinbarung über die Koordinierung der Bauarbeiten gemäß § 68 Abs 1 TKG 2021, einschließlich der angemessenen Kostentragung gemäß § 68 Abs 3 TKG 2021, binnen eines Monats ab dem Einlangen der Nachfrage nicht zustande, kann jeder der Beteiligten die Entscheidung der Regulierungsbehörde beantragen. Eine Nachfrage ist daher jedenfalls eine Voraussetzung für ein Verfahren nach §§ 68 f TKG 2021.

Wie festgestellt, war auf Grund der Formulierungen und Gestaltung der Nachfrage, insbesondere auch im Zusammenhang mit dem Satz „**_____** und **_____** (in Folge kurz **_____**, als Bereitsteller eines öffentlichen Kommunikationsnetzes, plant in Teilen der Marktgemeinde **_____** den Ausbau der dort bestehenden Infrastruktur um Komponenten von Hochgeschwindigkeitsnetzen (NGA-Ausbau). Konkret plant **_____** die Errichtung von FTTH-Anschlüssen zur Verbesserung der Festnetz-Breitbandversorgung.“ nicht erkennbar, dass es sich um ein Bauvorhaben der **_____** handelt.

Für eine Interpretation, wonach bei Anträgen auf Mitverlegung nach §§ 68 f TKG 2021 aus der Nachfrage nicht eindeutig hervorgehen muss, wer der Nachfrager ist, bietet das TKG 2021 keine Anhaltspunkte. Vielmehr geht das Gesetz erkennbar davon aus, dass vor einer vertragsersetzenden Anordnung zumindest ein (einmonatiges) Hinwirken auf eine privatrechtliche Einigung stehen soll. Dies ist jedoch nur dann möglich, wenn für den Nachfrager erkennbar ist, mit wem er die Verhandlungen für eine etwaige privatrechtliche Einigung führen muss. Der Nachfrager und der

Antragsteller müssen daher identisch sein. Da eine den gesetzlichen Vorgaben des § 69 Abs 2 TKG 2021 entsprechende Nachfrage der Antragstellerin eine Zulässigkeitsvoraussetzung eines Antrags auf Anordnung einer vertragsersetzenden Regelung über die Mitverlegung ist, waren der verfahrenseinleitende Antrag und der Eventualantrag mangels entsprechender 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. Ein Verbesserungsauftrag 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 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz, VwGGVG, BGBl I Nr 33/2013 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 ist (BuLVwG-Eingabengebührverordnung, BuLVwG-EGebV, BGBl II 387/2014 idgF). Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides bei der Behörde, die den Bescheid erlassen hat, einzubringen.

Wien, am 10.10.2023

Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH

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

