

RDVF 47/23-15

Bescheid

Die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (in der Folge: RTR-GmbH) hat am 05.06.2024 über Antrag der [REDACTED], vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Mathias Görg, LL.M., [REDACTED] gegen die [REDACTED] [REDACTED] folgenden vertragsersetzenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

Gemäß § 66 Abs 2 iVm § 67 Abs 4 und §§ 51, 53, 78, 194 Abs 1 Telekommunikationsgesetz 2021, BGBl. I Nr. 190/2021 idF BGBl. I Nr 6/2024 (im Folgenden „TKG 2021“) werden folgende vertragsersetzende Regelungen angeordnet:

I. Zustimmung des Grundeigentümers zur Mitbenutzung gemäß § 66 Abs 2 TKG 2021

1. Nutzungsgegenstand

Die [REDACTED] (in der Folge: Antragsgegnerin) ist Eigentümerin des Grundstückes mit der Adresse [REDACTED]

2. Telekommunikationsanlagen

Telekommunikationsanlagen sind alle zur Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen notwendigen technischen Anlagen und Einrichtungen samt Zubehör, wie beispielsweise Versorgungseinheit, Antennenträger, Antennenanlage, Zugang, Dachausstieg, Anschluss an das öffentliche Versorgungsnetz, Kabel etc, einschließlich der damit verbundenen baulichen Maßnahmen.

3. Umfang und Zweck der Nutzung

1. Auf dem Nutzungsgegenstand befindet sich ein Mast des [REDACTED] auf welchem ein BOS-Digitalfunknetz betrieben wird. [REDACTED] (in der Folge: [REDACTED] oder Antragstellerin) beabsichtigt die Errichtung und den Betrieb einer Telekommunikationsanlage im Wege der Mitbenutzung dieses Antennentragemastes iSd § 64 TKG 2021. Diese Anordnung regelt die Bedingungen der Duldung dieser Mitbenutzung durch die Antragsgegnerin iSd § 66 Abs. 2 TKG.

2. Die Antragsgegnerin räumt [REDACTED] das Recht ein, auf dem Nutzungsgegenstand gemäß dem Einreichplan vom 13.02.2023 laut Anlage A, welche einen integrierten Bestandteil dieser Anordnung bildet, Telekommunikationsanlagen zu errichten, zu beaufsichtigen, zu betreiben, in Stand zu halten und dem Stand der Technik entsprechend zu erneuern und aus-, ab- oder umzubauen.

Dies umfasst insbesondere folgende Arbeiten:

- Montage von insgesamt sechs Versorgungsantennen, aufgeteilt auf zwei Antennenebenen, am Mast;
- Montage von insgesamt zwölf sogenannten „remote radio units“ (RRU) als Zugehör zu den Versorgungsantennen im Bereich der unteren und oberen Antennenebene am Mast;
- Montage von vier Richtfunkantennen am Mast;
- Montage einer GPS-Antenne am Mast;
- Aufstellung eines Systemtechnikschrankes (1,90m x 1,08m) inkl Eifallschutzdach am bestehenden Mastfundament;
- Aufstellung eines Klimaaußengerätes samt Eifallschutz und eines Gitterpodests mit Zaunerweiterung neben dem Systemtechnikschrank.

3. Die Antragsgegnerin räumt [REDACTED] den jederzeitigen ungehinderten Zugang und die Zufahrt zu den Telekommunikationsanlagen und zu den Räumlichkeiten mit oder ohne technische Hilfsmittel ein. Soweit erforderlich, gestattet die Antragsgegnerin [REDACTED] an geeigneter Stelle den Einbau eines Schlüsseltresors.

4. Alle Rechte aus dieser Anordnung kann [REDACTED] von ihren Angestellten, Subunternehmern und sonstigen von ihr beauftragten Personen wahrnehmen lassen.

4. Eigentumsrechte

Die Antragsgegnerin erwirbt an den von [REDACTED] eingebrachten Telekommunikationsanlagen und sonstigen Gegenständen von [REDACTED] keinerlei Eigentum.

5. Pflichten der Antragsgegnerin

Die Antragsgegnerin ist verpflichtet,

1. [REDACTED] bei allen erforderlichen Behördenverfahren nach besten Kräften zu unterstützen und insbesondere die für die Errichtung, den Betrieb, die Erneuerung und den Aus- oder Abbau der Telekommunikationsanlagen notwendigen Vollmachten und Erklärungen auszustellen und abzugeben (zB Bauansuchen und ähnliche Anträge);
2. alle Maßnahmen zu unterlassen, welche geeignet sind, den störungsfreien Betrieb oder den Bestand der Anlage zu gefährden, beziehungsweise den Eintritt derartiger Umstände soweit zumutbar, [REDACTED] ehest möglich, jedoch mindestens sechs Monate vor deren Realisierung anzuzeigen. Dies gilt auch für die Errichtung und den Betrieb von Funkdiensten Dritter. Die Antragsgegnerin wird diesfalls auf Dritte im Sinne einer technischen Koordination mit [REDACTED] einwirken.
3. Für die Dauer einer, ein Monat übersteigenden und von der Antragsgegnerin zu vertretenden Unbenutzbarkeit ist [REDACTED] von der Pflicht zur Zahlung der Abgeltung befreit.

6. Pflichten von [REDACTED]

[REDACTED] ist verpflichtet,

1. den Nutzungsgegenstand unter größtmöglicher Schonung der Interessen der Antragsgegnerin zu behandeln und bestehende technische Anlagen und Funkanlagen Dritter nicht zu stören;
2. die Antragsgegnerin von geplanten Bauarbeiten an den Telekommunikationsanlagen, die über die erstmalige Errichtung und die laufende Erhaltung hinausgehen, ausgenommen bei dringend erforderlichen Maßnahmen, 14 Tage vorher zu verständigen;
3. die Telekommunikationsanlagen sowie die genutzten Räumlichkeiten stets in verkehrssicherem Zustand zu halten.

7. Energieversorgung

Um eine ununterbrochene Energieversorgung zu gewährleisten, ist die Antragstellerin im Falle einer nicht bloß kurzfristigen Unterbrechung der Stromzufuhr zur temporären Aufstellung und zum Betrieb eines Notstromaggregates berechtigt, um drohenden Schaden abzuwenden, sofern damit keine baulichen Maßnahmen verbunden sind.

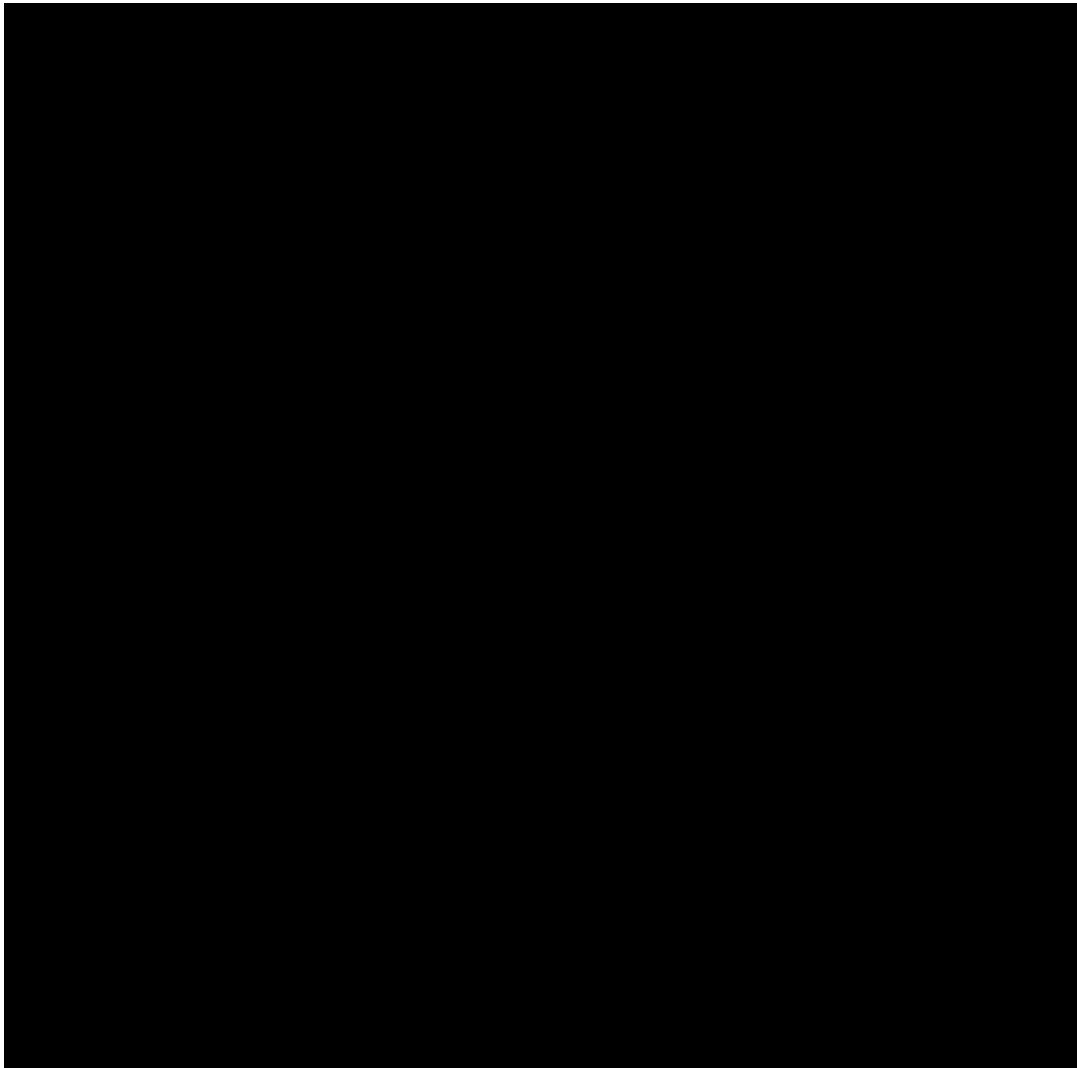
II. Leitungsrecht

Gegenstand dieser Anordnung ist die Einräumung eines Leitungsrechtes für die [REDACTED] gegenüber der [REDACTED] als Eigentümerin an deren Grundstück [REDACTED]

Das Leitungsrecht umfasst das Recht zur Errichtung, Erhaltung und, sofern dies ohne dauerhaften physischen Eingriff erfolgt, zum Betrieb, zur Erweiterung und Erneuerung gemäß einschlägigen Normen und Vorschriften einer in etwa 5 m langen Stromleitung mit folgenden technischen Spezifikationen:

- Dimensionierung NYY-J 5x16mm² in Schutzrohr;
- Außendurchmesser Kabel 24mm;
- Verlegetiefe des Kabels im Sandbett ca 70cm, Künettentiefe ca 80cm, Künettenbreite 40cm;
- Kabelabdeckplatten in ca 60cm Tiefe und Trassenwarnband in ca 30cm Tiefe.

Die nachfolgende Darstellung skizziert die Streckenführung (gelb eingekreiste rot strichlierte Linie):



Die Antragstellerin hat den Antragsgegnern nach Errichtung der Kommunikationslinie (Stromzuführung) eine lagegenaue Plandarstellung in Papierform oder auf deren Wunsch in elektronischer Form (als PDF; gegebenenfalls auch nach Absprache der Parteien in anderen bei der Antragstellerin vorhandenen elektronischen Formaten) zur Verfügung zu stellen, in der der Verlauf,

die Länge und die Verlegetiefe ersichtlich sind. Die Antragstellerin nutzt die beschriebene Infrastruktur im Rahmen ihrer Allgemeingenehmigung zur Erbringung öffentlicher Kommunikationsdienste bzw zur Anbindung des unter I. beschriebenen Vorhabens an das Stromnetz.

III. Gemeinsame Bestimmungen

1. Ausübung

Die Antragstellerin hat bei der Ausübung der Rechte nach dieser Anordnung sämtliche einschlägigen Normen und Vorschriften einzuhalten und in möglichst wenig belästigender Weise und mit möglicher Schonung des benützten Grundstücks vorzugehen. Die Antragstellerin hat, insbesondere während der Ausführung von Arbeiten, auf ihre Kosten für die weitestmögliche Aufrechterhaltung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs des benützten Grundstücks zu sorgen und nach Beendigung der Arbeiten unter Berücksichtigung einschlägiger Richtlinien ehestmöglich einen klaglosen Zustand herzustellen. Auch auf andere bestehende oder genehmigte Arbeiten ist Rücksicht zu nehmen.

2. Haftung

Die Parteien haften im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen.

3. Abgeltung

1. Für die Einräumung der in dieser Anordnung bezeichneten Rechte unter Punkt I. und II. verpflichtet sich [REDACTED] zur Zahlung einer jährlichen Abgeltung von EUR [REDACTED]. Sofern sich aus den anwendbaren Rechtsnormen eine Umsatzsteuerpflicht in Österreich ergibt, hat die Antragstellerin die Umsatzsteuer zusätzlich zu bezahlen.

Dieser Betrag ist ab dem auf den Baubeginn nächstfolgenden Monatsersten fällig. Besichtigungen, Vermessungen und ähnliche Begehungen gelten nicht als Baubeginn.

Die erste Zahlung erfolgt bei jährlichem Zahlungszyklus aliquot, die Folgezahlungen kalenderaliquot.

2. Die Abgeltung nach dieser Anordnung beinhaltet bereits alle anfallenden Neben- und Betriebskosten exklusive Energiekosten der Telekommunikationsanlagen.

3. Die Abgeltung wird gemäß dem von der Statistik Austria verlautbarten Verbraucherpreisindex 2020 oder dem an seine Stelle tretenden Index wertgesichert. Ausgangsbasis für die Wertsicherung ist die für den Monat der Wirksamkeit dieser Anordnung errechnete Indexzahl. Die Anpassung der Vergütung erfolgt jeweils zum 1.1. eines jeden Jahres auf Basis der für Oktober des Vorjahres verlautbarten Indexzahl. Schwankungen bis einschließlich 10 % nach oben oder unten bleiben unberücksichtigt. Bei Überschreiten dieser Grenze wird jedoch die gesamte Veränderung voll berücksichtigt. Die neue Indexzahl bildet jeweils die neue Ausgangsgrundlage für die Berechnung der weiteren Überschreitungen.

4. Bei unterjähriger Kündigung erfolgt eine aliquote Rückerstattung der Abgeltung.
5. Die Abgeltung ist von [REDACTED] auf ein von der Antragsgegnerin bekanntzugebendes Bankkonto zu entrichten.

4. Dauer

1. Die Zustimmung zur Mitbenützung und das Leitungsrecht werden auf unbestimmte Zeit eingeräumt.
2. Die Anordnung steht unter der aufschiebenden Bedingung, dass [REDACTED] innerhalb eines Jahres um die erforderlichen behördlichen Genehmigungen zur Errichtung und zum Betrieb der Telekommunikationsanlagen ansucht. Unterbleibt eine behördliche Einreichung innerhalb dieses Zeitraums, so gilt die (vertragsersetzende) Anordnung als nicht zustande gekommen. Entsprechendes gilt, wenn sich der Nutzungsgegenstand insbesondere zum Betrieb einer Telekommunikationseinrichtung als Sende- und Empfangsstation technisch nicht eignet. Ein sich daraus ergebender Anspruch der Antragsgegnerin auf Schaden- und Aufwandsersatz ist ausgeschlossen.

5. Sonstige Bewilligungen

Ungeachtet dieser Anordnung hat die Antragstellerin sämtliche für die Errichtung und den Betrieb des in dieser Anordnung beschriebenen Vorhabens nötigen behördlichen Bewilligungen einzuholen.

6. Betreten des Grundstücks

Den mit der Errichtung, der Erhaltung, dem Betrieb, der Erweiterung oder der Erneuerung der angeführten Anlagen, Leitungen oder sonstigen Einrichtungen Beauftragten der Antragstellerin ist das Betreten des Grundstücks im notwendigen Ausmaß insoweit gestattet, als es andere gesetzliche Vorschriften nicht verbieten. Die Antragstellerin wird versuchen, die Antragsgegner vor jedem Betreten des Grundstücks telefonisch oder gegebenenfalls schriftlich zu verständigen.

7. Ordentliche Kündigung

Beide Parteien sind unter Einhaltung einer zwölfmonatigen Kündigungsfrist berechtigt, diese Anordnung zum Ende eines jeden Kalendermonats schriftlich zu kündigen. Seitens der Antragsgegnerin wird jedoch für die Dauer von 20 Jahren ab Wirksamkeit der Anordnung auf die ordentliche Kündigung verzichtet, sodass sie frühestens nach Ablauf og Frist erklärt werden kann.

8. Vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund

Die Anordnung kann mit sofortiger Wirkung mittels schriftlicher Erklärung aufgelöst werden, insbesondere wenn

1. die Antragstellerin den Nutzungsgegenstand nicht zu den angeordnungsgegenständlichen Zwecken benützt,

2. die Antragstellerin wesentliche Bestimmungen dieser Anordnung verletzt - insbesondere mit ihren Zahlungen in Verzug gerät oder einen erheblich nachteiligen Gebrauch vom Nutzungsgegenstand macht - und nicht innerhalb einer schriftlich zu setzenden Frist von 14 Tagen einen anordnungsgemäßen Zustand wiederherstellt,

durch die Antragstellerin, insbesondere wenn

1. der Antragstellerin die Allgemeingenehmigung entzogen wird,
2. der Nutzungsgegenstand aus technischen Gründen nicht oder nicht mehr für den anordnungsgegenständlichen Zweck verwendet werden kann.
3. für die Antragstellerin die betriebliche Notwendigkeit zur Nutzung des anordnungsgegenständlichen Grundstückes entfällt
4. die Antragsgegnerin wesentliche Bestimmungen dieser Anordnung verletzt und nicht innerhalb einer schriftlich zu setzenden Frist von 14 Tagen einen anordnungsgemäßen Zustand wiederherstellt.

9. Wiederherstellung

Nach Beendigung des angeordneten Rechtsverhältnisses wird [REDACTED] den ursprünglichen Zustand wiederherstellen, sofern keine anderslautende Vereinbarung zwischen den Parteien getroffen wird.

10. Rechtsübergang/Übertragung der Rechte und Pflichten

1. Die mit dieser Anordnung eingeräumten Rechte und Pflichten gehen kraft Gesetzes auf den jeweiligen Eigentümer oder Nutzungsberechtigten der auf ihrer Basis errichteten Kommunikationslinien, Anlagen, Leitungen, sonstigen Einrichtungen über. Die mit dieser Anordnung eingeräumten Rechte und Pflichten sind gegen jeden Besitzer des in Anspruch genommenen Grundstückes wirksam.

2. Die Antragsgegnerin hat [REDACTED] (Abteilung Properties) unverzüglich von einer allfälligen Übertragung der Rechte und Pflichten aus dieser Anordnung schriftlich zu benachrichtigen.

2. Die Antragsgegnerin duldet die für [REDACTED] verpflichtende Mitbenutzung der anordnungsgegenständlichen Anlage durch Dritte.

3. [REDACTED] ist zur Übertragung der anordnungsgegenständlichen Rechte und Pflichten sowie zur Untervermietung an Dritte berechtigt.

4. Die Antragsgegnerin ist nur nach vorheriger Verständigung von [REDACTED] berechtigt, Dritten die Nutzung des Nutzungsgegenstandes oder anderer Teile der anordnungsgegenständlichen Liegenschaft zur Errichtung und zum Betrieb einer funktechnischen Anlage zu gestatten. Diesfalls hat eine technische Koordination mit [REDACTED] zu erfolgen.

11. Allgemeine Bestimmungen

1. Änderungen und Ergänzungen dieser Anordnung bedürfen der Schriftform. Mündliche Nebenabreden bestehen nicht.
2. Allfällige Gebühren und Kosten im Zusammenhang mit der Errichtung dieser Anordnung gehen zu Lasten von [REDACTED]. Die Kosten etwaiger Rechtsberatung trägt jedoch jede Partei selbst.
3. Sollte diese Anordnung lückenhaft oder eine ihrer Bestimmungen unwirksam sein, so wird die Wirksamkeit der übrigen Teile davon nicht beeinträchtigt. Für diesen Fall verpflichten sich die Parteien, eine wirksame Regelung zu treffen, die der unwirksamen bzw lückenhaften Bestimmung wirtschaftlich und technisch möglichst nahekommt.
4. Personenbezogene Daten der Antragsgegnerin, die zur Verwaltung und Abwicklung des Rechtsverhältnisses erforderlich sind, werden elektronisch erfasst und verarbeitet. Diese Daten werden nach Ablauf gesetzlicher Verjährungsfristen gelöscht.
5. Die Antragsgegnerin hat das Recht, ihre Daten zu vervollständigen, zu berichtigen oder einen Antrag auf Auskunft der gespeicherten Daten zu stellen. Die Antragsgegnerin wird angehalten, diesbezüglich schriftlich mit [REDACTED] Abteilung Properties, in Kontakt zu treten. Bei Fragen steht die Abteilung Properties telefonisch unter [REDACTED] oder per E-Mail an [REDACTED] zur Verfügung. Sollte es Anlass zu Beschwerden wegen der Datenverarbeitung geben, steht es der Antragsgegnerin frei, sich an [REDACTED] oder an die Datenschutzbehörde zu wenden.

II. Begründung

1 Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 27.10.2023, am selben Tag bei der Behörde eingelangt (ON 1), beantragte die Antragstellerin die Duldung der Mitbenutzung eines BOS-Antennentragemastes samt Herstellung einer Stromzuleitung durch die Antragsgegnerin.

Am 22.11.2023 fand eine Schlichtungsverhandlung nach § 78 Abs 1 TKG 2021 bei der RTR-GmbH statt, in der keine Einigung erzielt werden konnte (ON 5).

Die Anträge wurden der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 29.11.2023 (ON 7) unter Hinweis auf die Frist und Rechtsfolge gemäß § 78 Abs 2 TKG 2021 zugestellt. Die Antragsgegnerin gab mit Schreiben vom 19.12.2023 eine Stellungnahme ab (ON 9), auf welche die Antragstellerin mit Schreiben vom 28.12.2023 replizierte (ON 11).

2 Festgestellter Sachverhalt

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 (amtsbekannt; unstrittig)

Die Antragsgegnerin ist eine Gebietskörperschaft (Marktgemeinde) und grundbücherliche Eigentümerin des Grundstücks [REDACTED]

Auf dem betroffenen Grundstück befindet sich ein im Eigentum (oder jedenfalls im rechtmäßigen Besitz) des [REDACTED] befindlicher (Greenfield-) Mast mit einer Gesamthöhe von 36,0 m, auf welchem ein BOS-Digitalfunknetz betrieben wird und dessen Mitbenutzung in dem im Spruch ersichtlichen Umfang die Antragstellerin anstrebt. Die Zustimmung des [REDACTED] zur Errichtung und zum Betrieb der antragsgegenständlichen Funkanlage auf diesem Antennentragemast gegenüber der Antragstellerin liegt vor (ON 1, ON 8).

Für die Herstellung der Stromversorgung beabsichtigt die Antragstellerin auf dem oben genannten Grundstück die Errichtung einer in etwa 5m langen Stromleitung mit folgenden technischen Spezifikationen (ON 1, ON 13):

- Dimensionierung NYY-J 5x16mm² in Schutzrohr;
- Außendurchmesser Kabel 24mm;
- Verlegetiefe des Kabels im Sandbett ca 70cm, Künettentiefe ca 80cm, Künettenbreite 40cm;
- Kabelabdeckplatten in ca 60cm Tiefe und Trassenwarnband in ca 30cm Tiefe.

Mit Schreiben vom 18.09.2023 fragte die Antragstellerin das geplante Vorhaben gemäß §§ 67 TKG 2021 gegenüber der Antragsgegnerin nach. In dieser Nachfrage war der Umfang des Vorhabens, einschließlich eines geplanten Zeitraumes, angegeben. Der Nachfrage waren auch detaillierte Einreichpläne angeschlossen (ON 1, Beilage E). Eine Vereinbarung über die Duldung der

angestrebten Mitbenutzung bzw ein Leitungsrecht hinsichtlich der Stromleitung ist nicht zu Stande gekommen (unstrittig).

Die widmungsgemäße Verwendung des Grundstückes wird durch die Mitbenutzung des Antennentragemastes des [REDACTED] durch die Antragstellerin und die Errichtung der Stromleitung nicht dauerhaft zusätzlich eingeschränkt (ON 1).

Auf dem betroffenen Grundstück bestehen keine anderen Infrastrukturen, die an Stelle der geplanten Leitungsführung für die Verlegung eines Stromkabels mitbenutzt werden könnten (unbestritten).

Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin ein jährliches Entgelt von EUR [REDACTED] (netto) angeboten und im Verfahren die Festlegung eines entsprechenden Entgeltes beantragt. Die Antragsgegnerin hat sich in ihren Einwendungen vom 14.12.2023 zum Entgelt nicht geäußert. Es liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass das von der Antragstellerin angebotene Entgelt nicht angemessen wäre.

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.

Das Vorliegen der Zustimmung des [REDACTED] ergibt sich, wie von der Antragstellerin in ON 8 bekanntgegeben, aus den Freigabevermerken auf dem Einreichplan und wurde im Übrigen von der Antragsgegnerin auch nicht in Zweifel gezogen.

Aufgrund der Ausgestaltung des Vorhabens, insbesondere des Umstandes, dass dabei nur zusätzliche Antennen bzw Zubehör auf dem bestehenden Mast bzw dem bestehenden Fundament angebracht werden, ergibt sich ohne Zweifel, dass die widmungsgemäße Verwendung des Grundstückes durch die Mitbenutzung nicht dauerhaft zusätzlich eingeschränkt wird. Auch durch die Verlegung des Stromkabels auf dem ca 1,5m breiten Streifen zwischen dem Mastfundament und der Grundstücksgrenze auf der dem bestehenden Sportplatz abgewandten Seite ist eine Beeinträchtigung der widmungsgemäßen Nutzung des Grundstückes nicht zu erwarten. Zudem wurden von der Antragsgegnerin auch keine dieser Annahme entgegenstehenden Einwendungen erhoben.

4 Rechtliche Beurteilung

4.1 Gesetzliche Regelungen

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

„51. ‚Kommunikationslinie‘ unter- oder oberirdisch geführte Übertragungswege (Kommunikationsanlagen) einschließlich deren Zubehör wie Schalt-, Verstärker- oder Verzweigungseinrichtungen, Stromzuführungen, Verkabelungen in Gebäuden, Masten, Antennen, Türme und andere Trägerstrukturen, Leitungsrohre, Leerrohre, Kabelschächte, Einstiegsschächte und Verteilerkästen;“

„59. „Antennentragemasten“ Masten oder sonstige Baulichkeiten, die zu dem Zweck errichtet wurden oder tatsächlich dazu verwendet werden, um Antennen, das sind jene Teile einer Funkanlage, die unmittelbar zur Abstrahlung oder zum Empfang von elektromagnetischen Wellen dienen, zu tragen; nicht als Antennentragemasten gelten die Befestigungen von Kleinantennen;“

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

„(1) Leitungsrechte umfassen unbeschadet der nach sonstigen gesetzlichen Vorschriften zu erfüllenden Verpflichtungen das Recht

1. zur Errichtung und Erhaltung von Kommunikationslinien mit Ausnahme der Errichtung von Antennentragemasten,

2. zur Errichtung und Erhaltung von Leitungsstützpunkten, Vermittlungseinrichtungen und sonstigen Leitungsobjekten oder anderem Zubehör,

[...]

4. zum Betrieb, der Erweiterung und Erneuerung der unter Z 1, 2, 3 und 5 angeführten Anlagen, sofern dies ohne dauerhaften physischen Eingriff erfolgt,

[...]“

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

(1) Bereitsteller eines öffentlichen Kommunikationsnetzes sind berechtigt, das Leitungsrecht nach § 51 Abs. 1 Z 1 bis Z 4 und Z 6 an in öffentlichem Eigentum stehenden Liegenschaften in Anspruch zu nehmen, wenn öffentliche Rücksichten nicht im Wege stehen und

- 1. die widmungsgemäße Verwendung der Liegenschaft durch diese Nutzung nicht oder nur unwesentlich dauernd eingeschränkt wird und*
- 2. eine Mitbenutzung von Anlagen, Leitungen oder sonstigen Einrichtungen nach §§ 60 bis 64 nicht möglich oder nicht tunlich ist.*

(2) Bereitsteller eines öffentlichen Kommunikationsnetzes sind berechtigt, das Leitungsrecht nach § 51 Abs. 1 Z 5 an in öffentlichem Eigentum stehenden Liegenschaften und Objekten in Anspruch zu nehmen, wenn öffentliche Rücksichten nicht im Wege stehen und

- 1. die widmungsgemäße Verwendung der Liegenschaft oder des Objekts durch diese Nutzung nicht oder nur unwesentlich dauernd eingeschränkt wird und*
- 2. eine Mitbenutzung von Anlagen, Leitungen oder sonstigen Einrichtungen nach §§ 60 bis 64 nicht möglich oder nicht tunlich ist.*

(3) Dem durch ein Leitungsrecht gemäß Abs. 1 oder Abs. 2 belasteten Eigentümer ist eine der Wertminderung entsprechende Abgeltung zu leisten.

(4) Werden Leitungsrechte nach dieser Bestimmung in Anspruch genommen, hat der Leitungsberechtigte dem Eigentümer das beabsichtigte Vorhaben unter Beigabe einer Planskizze

schriftlich und nachweislich bekanntzumachen und diesem eine Abgeltung gemäß Abs. 3 anzubieten.

(5) Kommt zwischen dem Leitungsberechtigten und dem Eigentümer binnen einer Frist von vier Wochen ab der Bekanntmachung des Vorhabens nach Abs. 4 keine Vereinbarung über das Leitungsrecht gemäß Abs. 1 oder Abs. 2 oder über die Abgeltung gemäß Abs. 3 zustande, kann jeder der Beteiligten die Entscheidung der Regulierungsbehörde beantragen.

(6) Besteht an einem öffentlichen Eigentum direktes oder indirektes privates Miteigentum, so hat die Regulierungsbehörde bei der Auferlegung von Zwangsrechten eine Abwägung des öffentlichen Eingriffsinteresses gegen das Privateigentum vorzunehmen.

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

„§ 64. Eigentümer oder sonst Nutzungsberechtigte eines Antennentragemastes oder eines Starkstromleitungsmastes müssen dessen Mitbenutzung durch Bereitsteller eines öffentlichen Kommunikationsnetzes, durch Feuerwehren, Rettungsdienste sowie Sicherheitsbehörden gestatten, sofern ihnen dies wirtschaftlich zumutbar und es technisch, insbesondere frequenztechnisch möglich ist. Aus diesem Grund erforderliche technische Änderungen hat der Eigentümer oder sonst Nutzungsberechtigte durchzuführen oder durchführen zu lassen, wenn es sich um geringfügige Änderungen handelt und der Mitbenutzungswerber die Kosten dafür übernimmt. Das Recht zur Mitbenutzung beinhaltet auch die Mitbenutzung der für den Betrieb notwendigen Infrastruktur. Der Eigentümer oder sonst Nutzungsberechtigte darf seine Verfügungsgewalt über die Anlage nicht zu Ungunsten des Mitbenutzers ausüben.“

§ 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.“

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

„§ 66“ [...]

(2) Befindet sich auf einer Liegenschaft eine Einrichtung, deren Eigentümer oder sonst Nutzungsberechtigter gemäß §§ 60 bis 64 verpflichtet ist, Mitbenutzung zu gestatten, ist auch diese Mitbenutzung vom Eigentümer oder sonst Nutzungsberechtigten der Liegenschaft zu dulden, wenn dadurch die widmungsgemäße Verwendung der Liegenschaft nicht dauerhaft zusätzlich eingeschränkt wird. Falls durch die Mitbenutzung eine vermehrte physische Beanspruchung der Liegenschaft nicht zweifelsfrei ausgeschlossen werden kann, hat der Eigentümer oder Nutzungsberechtigte der Liegenschaft ein Zustimmungsrecht und Anspruch auf angemessene Abgeltung. Die Abgeltung hat sich insbesondere an der Marktüblichkeit zu orientieren.“

§ 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.

[...]“

§ 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 hierfür 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 KOOG, 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.

Gemäß §§ 194 Abs 1 TKG 2021 ist die RTR-GmbH zudem in Verfahren über Anträge betreffend Leitungsrechte nach §§ 51, 53 und 78 TKG 2021 zur Entscheidung zuständig.

4.3 Nachfrage und Antrag sowie Antragsinterpretation

Wie festgestellt, fragte die Antragstellerin mit Schreiben vom 18.09.2023 die in der Folge beantragte Duldung der Mitbenutzung gemäß § 67 Abs 4 iVm § 66 Abs 2 TKG 2021 gegenüber der Antragsgegnerin nach. Die Voraussetzung einer schriftlichen Nachfrage wenigstens vier Wochen vor Antragstellung ist daher erfüllt.

Sowohl aus der Nachfrage als auch aus dem Antrag geht eindeutig hervor, dass die Antragstellerin zur Versorgung der Telekommunikationsanlagen, die sie errichten möchte, auch eine ca 5 Meter lange Stromleitung im Erdreich verlegen möchte. Diese Leitung ist auch im Einreichplan eingezeichnet.

Zwar stützt die Antragstellerin ihren Antrag auf § 67 Abs 4 iVm § 66 Abs 2 TKG 2021, der die Duldung der Mitbenutzung regelt, inhaltlich besteht jedoch kein Zweifel daran, dass für die Stromzuleitung ein Leitungsrecht beantragt wird, zumal in diesem Zusammenhang keine Mitbenutzung angestrebt wird, die von der Antragsgegnerin geduldet werden soll, sondern die „Duldung“ der Verlegung eines Kabels, was einem Leitungsrecht entspricht.

Nach der Judikatur des VwGH (zB VwGH 19.01.2011, 2009/08/0058; 03.10.2013, 2012/06/0185) kommt es bei der Ermittlung von Rechtsqualität und Inhalt eines Anbringens nicht auf die Bezeichnung durch den Einschreiter, sondern auf den Inhalt der Eingabe, also auf das daraus erkenn- und erschließbare Ziel des Einschreiters an. Entscheidend ist, wie das Erklärte, also der Wortlaut des Anbringens unter Berücksichtigung der konkreten gesetzlichen Regelung, des Verfahrenszwecks und der Aktenlage objektiv verstanden werden muss. Wie oben ausgeführt, besteht im gegenständlichen Fall kein Zweifel daran, dass hinsichtlich der Stromleitung, die nicht auf dem Fundament des Antennentragegestanks, sondern daneben im Erdreich verlegt werden soll, ein Leitungsrecht an öffentlichem Eigentum nach § 53 TKG 2021 beantragt wurde.

Die Nachfrage vom 18.09.2023 enthielt alle für ein Leitungsrecht erforderlichen Angaben (Beschreibung des Vorhabens, Planskizze, Anbieten einer Abgeltung, wenn auch als pauschales Gesamtentgelt für das Leitungsrecht und die Duldung der Mitbenutzung des Antennentragegestanks), weshalb auch hinsichtlich des Leitungsrechtes die Verfahrensvoraussetzung einer schriftlichen Nachfrage erfüllt ist.

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 die Duldung der Mitbenutzung ist nicht zu Stande gekommen. Die diesbezügliche Formalvoraussetzung des Nichtvorliegens eines Vertrages ist daher ebenfalls erfüllt.

4.6 Zu den weiteren Tatbestandsmerkmalen des § 66 Abs 2 TKG 2021

Die Antragsgegnerin verfügt über eine Allgemeingenehmigung iSd § 6 TKG 2021 als Bereitstellerin eines öffentlichen Kommunikationsnetzes.

Befindet sich auf einem Grundstück eine Einrichtung, deren Eigentümer oder sonst Nutzungsberechtigter gemäß (unter anderem) § 66 Abs 2 TKG 2021 verpflichtet ist, Mitbenutzung

zu gestatten, ist auch diese Mitbenutzung vom Eigentümer oder sonst Nutzungsberechtigten des Grundstücks zu dulden, wenn dadurch die widmungsgemäße Verwendung des Grundstückes nicht dauerhaft zusätzlich eingeschränkt wird. Falls durch diese zusätzliche Mitbenutzung eine vermehrte physische Beanspruchung des Grundstückes nicht zweifelsfrei ausgeschlossen werden kann, hat der Eigentümer oder Nutzungsberechtigte des Grundstückes ein Zustimmungsrecht.

Der auf dem verfahrensgegenständlichen Grundstück bestehende BOS-Mast fällt unter die Definition des Antennentragemasten nach § 4 Z 59 TKG 2021. Das [REDACTED] als Eigentümer bzw Nutzungsberechtigter des Antennentragemasten ist daher grundsätzlich zur Gewährung der Mitbenutzung verpflichtet. Von der technischen Möglichkeit und wirtschaftlichen Zumutbarkeit ist angesichts der diesbezüglichen Zustimmung des [REDACTED] auszugehen.

Die widmungsgemäße Verwendung des Grundstückes ist nach den Feststellungen nicht dauerhaft zusätzlich eingeschränkt. Eine vermehrte physische Beanspruchung des Grundstückes kann im vorliegenden Fall allerdings nicht zweifelsfrei ausgeschlossen werden. So werden zB schon für die Errichtungs- und allfälligen Wartungsarbeiten zeitweilige Beanspruchungen des Grundstückes erforderlich sein. Die Zustimmung der Antragsgegnerin als Grundeigentümerin ist daher für die Realisierung der angestrebten Mitbenutzung erforderlich. Da die Antragsgegnerin vor und im Verfahren diese Zustimmung nicht erteilt hat, kann diese über Antrag von der RTR-GmbH ersetzt werden, was spruchgemäß erfolgt.

Die RTR-GmbH erachtet dabei die im Spruch angeordneten vertragsersetzenden Detailregelungen als erforderlich, um die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Parteien in einer Weise zu regeln, dass der vom Verwaltungsgerichtshof geforderte faire Ausgleich der Interessen der Verfahrensparteien sichergestellt wird.

4.7 Abgeltung

Die von der Antragstellerin angebotene und beantragte Abgeltung wurde von der Antragsgegnerin nicht in Frage gestellt und es wurden auch keine diesbezüglichen Einwendungen erhoben. Da auch sonst keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das von der Antragsgegnerin 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 an der Schlichtungsverhandlung nicht teilgenommen; in weiterer Folge hat sie zwar Einwendungen erhoben, darin aber primär baurechtliche Aspekte vorgebracht, die für das gegenständliche Verfahren nicht relevant sind. Nur hinsichtlich der Anordnung eines Ersatzstandortes wurden konkrete Einwendungen vorgebracht, hinsichtlich aller übrigen Punkte – insbesondere hinsichtlich der Höhe des Entgeltes – sind allfällige Einwendungen somit iSd § 78 Abs 2 TKG 2021 präkludiert.

4.9 Inhalt der Anordnung

Da von der Antragstellerin ein Vertragsentwurf vorgelegt und von der Antragsgegnerin mit Ausnahme einer Einwendung hinsichtlich eines allfälligen Ersatzstandortes keine Einwendungen vorgebracht wurden, wurden in die gegenständliche Anordnung im Wesentlichen die Punkte aus dem Vertragsentwurf der Antragstellerin aufgenommen und nur jene Adaptierungen vorgenommen, die für die Verständlichkeit und den vom Verwaltungsgerichtshof geforderten fairen Ausgleich der Interessen der Verfahrensparteien notwendig waren.

Hinsichtlich der Verpflichtung, für den Fall geplanter Bau- und Erhaltungsmaßnahmen, welche eine Beeinträchtigung des Telekommunikationsdienstes von ■■■ insbesondere der Richtfunkstrecke ergeben könnten, auf Verlangen von ■■■ die Verlegung der Telekommunikationsanlagen auf einen gleichwertigen Standort zu dulden, brachte die Antragsgegnerin Einwendungen vor. Da eine solche Klausel nicht zwingend erforderlich ist und das TKG 2021 ohnehin Regelungen für den Fall der notwendigen Entfernung bzw möglichen Beschädigung der Anlagen des Berechtigten vorsieht, wurde die Klausel in die gegenständliche Anordnung nicht aufgenommen.

Festzuhalten ist abschließend, dass die angeordneten Berechtigungen „*unbeschadet der nach sonstigen gesetzlichen Vorschriften zu erfüllenden Verpflichtungen*“ lediglich das zivilrechtliche (bzw telekommunikationsrechtliche) Rechtsverhältnis der Parteien betreffen. Nach anderen Rechtsmaterien gegebenenfalls erforderliche verwaltungsrechtliche Bewilligungen, zB nach Bau- sowie Naturschutzvorschriften, StVO, oÄ, sind zusätzlich einzuholen.

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 05.06.2024

Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH

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

