

D 21/20-5

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Elfriede Solé als Vorsitzende sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ.-Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 17.08.2020 über Antrag der [REDACTED] vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Gerhard Wagner, [REDACTED] gegen die [REDACTED] [REDACTED] vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Robert Stadler, [REDACTED] einstimmig beschlossen:

I. Spruch

Der Antrag der [REDACTED] „auf Feststellung des Bestehens des Leitungsrechtes gemäß §§ 5 ff TKG 2003 gegen die [REDACTED] hinsichtlich des im Eigentum der Antragsgegnerin stehenden Grundstückes Nr. [REDACTED] der Katastralgemeinde [REDACTED] mit der Grundstücksadresse [REDACTED] [REDACTED] und des darauf befindlichen Silos und die Modalitäten der diesbezüglichen Ausübung festzusetzen“ wird gemäß §§ 5, 6, 12a iVm 117 Z 1 Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl I 70/2003 idgF (im Folgenden „TKG 2003“) zurückgewiesen.

II. Begründung

1 Gang des Verfahrens und Sachverhalt

Mit Schreiben vom 25.06.2020 (ON 1) beantragte die [REDACTED] (in der Folge: Antragstellerin) gegen die [REDACTED] (in der Folge: Antragsgegnerin) wie im Spruch ersichtlich.

Im vorgelagerten Streitschlichtungsverfahren bei der RTR-GmbH gemäß § 121 TKG 2003 konnte keine Einigung erzielt werden (ON 3).

Die Antragstellerin ist Bereitsteller eines öffentlichen Kommunikationsnetzes und erbringt öffentliche Kommunikationsdienste (amtsbekannt).

[Telekom-Control-Kommission \(TKK\)](#)

bei der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH)

Mariahilfer Straße 77–79

1060 WIEN, ÖSTERREICH

www.rtr.at

E: rtr@rtr.at

T: +43 1 58058-0

F: +43 1 58058-9191

FN 208312t, HG Wien

Die Antragsgegnerin ist eine eingetragene Genossenschaft, deren Mitglieder keine Gebietskörperschaften sind (ON 3).

Die Antragstellerin betreibt auf dem im Spruch genannten Grundstück bzw Silo der Antragsgegnerin Antennenanlagen. Sämtliche dabei zum Einsatz kommenden Antennen weisen weniger als 30 Liter Volumen auf (ON 3).

2 Beweiswürdigung

Die Feststellungen ergeben sich aus den jeweils in Klammern angeführten glaubwürdigen und nachvollziehbaren Beweismitteln bzw sind amtsbekannt oder unstrittig.

3 Rechtliche Beurteilung

3.1 Gesetzliche Regelungen

§ 3 TKG 2003, BGBl I 2003/70 idgF, lautet auszugsweise:

„10. ‚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;

[...]

36. „Kleinantennen“ Funkanlagen, die den Formfaktor von 0,03 m³ nicht überschreiten;

[...]“

§ 5 TKG 2003, BGBl I 2003/70 idgF, lautet auszugsweise:

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

1. zur Errichtung und zur Erhaltung von Kommunikationslinien mit Ausnahme der Errichtung von Antennentragemasten im Sinne des § 3 Z 35,

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

3. zur Einführung, Führung und Durchleitung von Kabelleitungen (insbesondere Glasfaser und Drahtleitungen) sowie zu deren Erhaltung in Gebäuden, in Gebäudeteilen (insbesondere in Kabelschächten und sonstigen Einrichtungen zur Verlegung von Kabeln) und sonstigen Baulichkeiten,

3a. zur Errichtung und zur Erhaltung von Kleinantennen einschließlich deren Befestigungen und der erforderlichen Zuleitungen,

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

[...]

Der Inhalt des jeweiligen Leitungsrechtes ergibt sich aus der Vereinbarung oder aus der Entscheidung der Regulierungsbehörde. Vereinbarungen über Leitungsrechte sind der Regulierungsbehörde auf deren begründetes Verlangen vorzulegen.

[...]

(4) Bereitsteller eines öffentlichen Kommunikationsnetzes sind berechtigt, Leitungsrechte ausgenommen das Leitungsrecht nach Abs. 1 Z 3a, an privaten Liegenschaften in Anspruch zu nehmen, sofern öffentliche Rücksichten nicht im Wege stehen und wenn

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 § 8 Abs. 1, 1c oder 2 nicht möglich oder nicht tunlich ist.

[...]

(6) Bereitsteller eines öffentlichen Kommunikationsnetzes sind berechtigt, das Leitungsrecht nach Abs. 1 Z 3a an Objekten in Anspruch zu nehmen, die ausschließlich im Eigentum einer Gebietskörperschaft oder eines Rechtsträgers, der ausschließlich im Eigentum einer Gebietskörperschaft steht, stehen und die nicht öffentliches Gut im Sinn von Abs. 3 darstellen, sofern öffentliche Rücksichten nicht im Wege stehen und wenn

1. die widmungsgemäße Verwendung der Objekte und Liegenschaften durch diese Nutzung nicht oder nur unwesentlich dauernd eingeschränkt wird und

2. eine Mitbenutzung von Anlagen, Leitungen oder sonstigen Einrichtungen nach § 8 Abs. 1, 1c oder 2 nicht möglich oder nicht tunlich ist.

[...]“

§ 6 TKG 2003, BGBl I 2003/70 idgF, lautet auszugsweise:

„ [...]“

(2) Werden Leitungsrechte in den nicht in Abs. 1 geregelten Fällen in Anspruch genommen, so hat der Leitungsberechtigte dem Eigentümer der Liegenschaft oder des Objekts das beabsichtigte Vorhaben unter Beigabe einer Planskizze schriftlich und nachweislich bekanntzumachen und diesem

eine Abgeltung gemäß § 5 Abs. 5 anzubieten. Bestehen auf der in Anspruch genommenen Liegenschaft andere Anlagen, so ist gegenüber ihren Unternehmern in gleicher Weise vorzugehen.

(3) Kommt zwischen dem Verpflichteten und dem Berechtigten eine Vereinbarung über das Leitungsrecht nach § 5 Abs. 3, Abs. 4 oder Abs. 6 oder über die Abgeltung eines Leitungsrechts gemäß § 5 Abs. 5 binnen einer Frist von vier Wochen ab nachweislicher Bekanntmachung des Vorhabens nicht zustande, kann jeder der Beteiligten die Regulierungsbehörde zur Entscheidung anrufen.

[...]“

§ 12a TKG 2003, BGBl I 2003/70 idgF, lautet auszugsweise:

„(1) Wird die Regulierungsbehörde nach den §§ 6, 6a, 6b, 7, 9, 9a oder 11 angerufen, gibt sie dem Antragsgegner unverzüglich nach Fortführung des Verfahrens gemäß § 121 Abs. 3 schriftlich und nachweislich die Gelegenheit, binnen zwei Wochen seine Einwendungen gegen den Antrag darzulegen. Auf begründeten Antrag kann die Regulierungsbehörde diese Frist erforderlichenfalls verlängern. In ihrer Entscheidung hat die Regulierungsbehörde nur fristgerechte Einwendungen zu berücksichtigen. Auf diese Rechtsfolge ist in der Aufforderung zur Stellungnahme ausdrücklich hinzuweisen.

(2) Über den Antrag hat die Regulierungsbehörde unverzüglich, jedenfalls aber binnen sechs Wochen nach dem Einlangen der Stellungnahme des Antragsgegners oder dem Ablauf der Frist zur Stellungnahme, gegebenenfalls auch mit Zwischenbescheid, zu entscheiden. Die Anordnung ersetzt die nicht zu Stande gekommene Vereinbarung. Die Parteien des Verfahrens sind verpflichtet, an diesem Verfahren mitzuwirken und alle zur Beurteilung der Sachlage erforderlichen Auskünfte zu erteilen sowie erforderliche Unterlagen vorzulegen.

[...]“

§ 117 TKG 2003, BGBl I 2003/70 idgF, lautet auszugsweise:

„Der Telekom-Control-Kommission sind folgende Aufgaben zugewiesen:

1. die Entscheidung in Verfahren gemäß §§ 6, 6a, 6b Abs. 7, 7, 9, 9a Abs. 8, 11, 12a und 13,

[...]“

3.2 Zu den verfahrenseinleitenden Anträgen der Antragstellerin

Gemäß §§ 6 Abs 2 iVm 117 Z 1 TKG 2003 ist die Telekom-Control-Kommission in Verfahren über Anträge auf Leitungsrechte gemäß § 5 f TKG 2003 grundsätzlich zur Entscheidung zuständig. Nach § 12a Abs 2 TKG 2003 ersetzt dabei die Anordnung der Telekom-Control-Kommission die nicht zu Stande gekommene Vereinbarung. Das Nichtvorliegen eines Vertragsverhältnisses ist daher Verfahrensvoraussetzung für eine Anordnung der Telekom-Control-Kommission nach §§ 5 f TKG 2003. Ein zulässiger Antrag an die Telekom-Control-Kommission ist entsprechend auch auf (konstitutive) **Anordnung** eines vertragsersetzenden Rechtsverhältnisses zu richten. Demgegenüber hat die Antragstellerin im vorliegenden Fall die **Feststellung des Bestehens** eines

Leitungsrechts gemäß §§ 5 f TKG 2003 beantragt. Eine Zuständigkeit der Regulierungsbehörde, derartige Feststellung zu treffen, ist im TKG 2003 aber nicht vorgesehen.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs kann ein Feststellungsbescheid über Rechte und Rechtsverhältnisse auch dann ergehen, wenn dies von einer Partei beantragt wird, diese ein rechtliches Interesse an der Feststellung hat und es sich um ein notwendiges Mittel zweckentsprechender Rechtsverteidigung handelt oder wenn die Feststellung im öffentlichen Interesse liegt. Ein im öffentlichen Interesse oder im rechtlichen Interesse einer Partei begründeter Anlass zur Erlassung eines Feststellungsbescheides liegt aber dann nicht vor, wenn die für die Feststellung maßgebende Rechtsfrage im Rahmen eines anderen gesetzlich vorgezeichneten Verwaltungsverfahrens oder eines gerichtlichen Verfahrens zu entscheiden ist (VwGH vom 22.10.2015, Ra 2015/16/0069). Im vorliegenden Fall ist bereits ein auf Entfernung der Anlagen der Antragstellerin gerichtetes Verfahren beim Bezirksgericht Freistadt anhängig, in dem über die zur Feststellung beantragte Rechtsfrage des Vorliegens bzw des Inhalts eines allfälligen Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien entschieden werden wird. Die beantragte, gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehene, Feststellung des Bestehens eines Leitungsrechts kann daher nicht erfolgen, da kein durch ein rechtliches Interesse der Antragstellerin begründeter Anlass dafür iSd zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs vorliegt.

Zusätzlich zur Feststellung des Bestehens des Leitungsrechts beantragt die Antragstellerin auch „*die Modalitäten der diesbezüglichen Ausübung festzusetzen*“. Auch dieser Antrag richtet sich nicht auf Anordnung eines Leitungsrechts, sondern vielmehr auf Ergänzung bzw Klarstellung des Inhalts des nach dem Vorbringen bereits bestehenden Leitungsrechts. Auch derartige Anordnungen sind aber von der lediglich **vertragsersetzenden** Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission nicht umfasst.

Der Antrag auf Festsetzung der Modalitäten der Ausübung eines Leitungsrechts kann auch nicht dahingehend interpretiert werden, dass damit die Anordnung eines (neuen) Leitungsrechts gemeint sei, da dies nicht mit der primär beantragten Feststellung eines bereits bestehenden Leitungsrechts in Einklang zu bringen wäre. Im Übrigen ist die Behörde nicht verpflichtet, klar formulierte Anträge einer – zumal anwaltlich vertretenen – Partei dahingehend umzudeuten, dass sie erst durch diese Interpretation zulässig erscheinen.

Der Vollständigkeit halber weist die Telekom-Control-Kommission noch darauf hin, dass eine Anordnung eines neuen Leitungsrechts für die bestehenden Anlagen nach § 5 Abs 6 TKG 2003 auch bei entsprechender Antragslage und Fehlen eines Vertrages auch deshalb nicht möglich wäre, da Leitungsrechte für Kleinantennen (Funkanlagen mit dem Formfaktor $0,03 \text{ m}^3$, also weniger als 30 Liter Volumen) lediglich gegenüber öffentlichen Eigentümern iSd § 5 Abs 6 TKG 2003 zustehen, wozu die Antragsgegnerin nach den Feststellungen nicht zählt.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht den Parteien dieses Verfahrens gemäß § 121 Abs 5 TKG 2003 das Rechtsmittel der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen, wobei eine Eingabegebühr in der Höhe von Euro 30,- zu entrichten ist (BGBl II 387/2014 idgF). Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides bei der Behörde, die diesen Bescheid erlassen hat, einzubringen.

Wien, am 17.08.2020

Telekom-Control-Kommission

Dr. Elfriede Solé
Die Vorsitzende