

D 25/19-23

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Mag. Nikolaus Schaller als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ.-Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 11.05.2020 über Antrag der [REDACTED] vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Mathias Görg, LL.M, [REDACTED] gegen die [REDACTED] vertreten durch Walch & Zehetbauer Rechtsanwälte OG, [REDACTED] einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

Der Antrag der [REDACTED] die Telekom Control Kommission möge „zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin für den 110kv-Hochspannungsmast der Antragsgegnerin am Standort [REDACTED] ein Vertragsverhältnis über die Mitbenutzung durch die Antragstellerin hinsichtlich der Nutzung für die GSM-Technologie (mittels GSM-Basisbandkarte) und die LTE-Technologie (mittels LTE-Basisbandkarte) zusätzlich zur UMTS-Technologie mittels dreier Mobilfunk-Sektorantennen (hilfsweise: mittels dreier Mobilfunk-Sektorantennen wie aus den einen integrierenden Bestandteil der zu treffenden Anordnung darstellenden Planunterlagen Beilage ./D ersichtlich) anordnen, und zwar gegen ein Nettoentgelt von EUR [REDACTED] - pro Monat, davon EUR [REDACTED] für GSM seit dem 04.08.2015 sowie EUR [REDACTED] für LTE seit dem 23.09.2015, bei beiderseitiger ordentlicher Kündigungsmöglichkeit binnen drei Monaten zum Monatsletzten hin, aber Ausschluss einer ordentlichen Kündigung durch die Antragsgegnerin für zehn Jahre ab Bescheidrechtskraft, und im Übrigen entsprechend dem einen integrierenden Bestandteil der zu treffenden Anordnung darstellenden Generalübereinkommen der Parteien vom 21.06.2002 zu EN 032-01-2002, Art. III (1. Abs.), IV-VI, VII (2. sowie vorletzter und letzter Absatz), VIII (2. Abs. [endend mit „... zu ersetzen“] sowie auf der Folgeseite 2.-4. Abs. [beginnend mit „Es wird ausdrücklich“] und 8.-11. Abs. [beginnend mit „Die Firma nimmt zur Kenntnis“]) und IX (Beilage ./A)“, wird gemäß §§ 8, 9, 12a iVm 117 Z 1 Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl I 70/2003 idgF (im Folgenden „TKG 2003“) zurückgewiesen.

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

II. Begründung

1 Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 24.10.2019 (ON 1) beantragte die [REDACTED] (in der Folge: Antragstellerin) die Anordnung eines vertragsersetzenden Bescheides wie im Spruch ersichtlich gegenüber der [REDACTED] (in der Folge: Antragsgegnerin).

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

Der Antrag wurde der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 06.12.2019 (ON 5) unter Hinweis auf die Frist und Rechtsfolge gemäß § 12a TKG 2003 zugestellt. Die Antragsgegnerin erhob nach Fristerstreckung am 20.01.2020 rechtzeitige Einwendungen gegen den Antrag (ON 9).

Weitere Schriftsätze der Parteien langten am 03.01.2020 (ON 8), 04.02.2020 (ON 11), 10.03.2020 (ON 18), 14.04.2020 (ON 20), alle von der Antragstellerin sowie am 07.02.2020 (ON 12), 02.03.2020 (ON 15), 09.03.2020 (ON 16), alle von der Antragsgegnerin ein.

2 Festgestellter Sachverhalt

Die Antragstellerin ist Bereitstellerin eines öffentlichen Kommunikationsnetzes und erbringt öffentliche Kommunikationsdienste, mit dem Hauptzweck der betroffenen Tätigkeiten auf Telekommunikationsdiensten (amtsbekannt; unstrittig).

Die Antragsgegnerin ist ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen gemäß § 1a EisebG und § 31 Bundesbahngesetz. Sie ist Eigentümerin und Betreiberin des verfahrensgegenständlichen 110 kV Hochspannungsmastes [REDACTED] am Standort [REDACTED] [REDACTED] unstrittig).

Die Parteien (bzw ihre Rechtsvorgänger) schlossen am 21.06.2002 ein mit „EN 032-01-2002“ bezeichnetes Generalübereinkommen über die „Festlegung der Bedingungen, zu denen die Mitbenutzung von [REDACTED]-Hochspannungsmasten als Tragkonstruktion für Antennen“ der Antragstellerin erfolgen kann. Nach Punkt III. dieses Generalübereinkommens ist zusätzlich über die als Antennenstandorte konkret genutzten Hochspannungsmasten der Antragsgegnerin ein „*einvernehmlich zu führendes und laufend zu aktualisierendes Verzeichnis*“ zu erstellen, das als Bestandteil des Generalübereinkommens gilt (ON 1, Beilage ./A; unstrittig). Ein solches Bestandsverzeichnis wurde für den verfahrensgegenständlichen Hochspannungsmast am 12.12.2007 abgeschlossen (ON 1, Beilage ./B; unstrittig). Beide Vertragsbestandteile – das Generalübereinkommen und das Bestandsverzeichnis – sind nach wie vor aufrecht (unstrittig).

Die Antragsgegnerin klagte gegen die Antragstellerin zivilrechtliche Ansprüche wegen titelloser Benützung (auch) des verfahrensgegenständlichen Hochspannungsmastes beim Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien ein. Dieses Verfahren wurde mit Beschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 08.01.2020, 5 Cg 56/19w-12, unterbrochen. Einem dagegen

erhobenen Rekurs gab das Oberlandesgericht Wien mit Beschluss vom 10.03.2020, 13 R 30/20g, nicht Folge (unstrittig).

Mit Schreiben vom 23.09.2019 fragte die Antragstellerin das verfahrensgegenständliche Mitbenutzungsrecht gegenüber der Antragsgegnerin nach. In der Nachfrage samt Beilagen war der Umfang des nachgefragten Mitbenutzungsrechts, einschließlich der Zeiträume, für die das Recht nachgefragt wurde, angegeben (ON 1, Beilage ./D).

3 Beweiswürdigung

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

4 Rechtliche Beurteilung

4.1 Gesetzliche Regelungen

§ 3 Z 34 TKG 2003, BGBl I 2003/70 idgF, lautet:

„‘Starkstromleitungsmasten‘ Tragwerke samt Fundamenten, Erdungen, Isolatoren, Zubehör und Armaturen, die zum Auflegen von Leitungen oder Leitungssystemen mit einer Betriebsspannung von 110 kV oder mehr zur Fortleitung von elektrischer Energie dienen;“

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

„[...]“

(2) 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.

[...]“

(4) Dem durch ein Mitbenutzungsrecht 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.“

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

„(1) [...] Jeder gemäß § 8 Abs. 2 Verpflichtete muss Bereitstellern eines öffentlichen Kommunikationsnetzes sowie Feuerwehren, Rettungsdiensten sowie Sicherheitsbehörden auf schriftliche Nachfrage ein Angebot zur Mitbenutzung abgeben. In der Nachfrage sind jeweils die Komponenten des Projekts, für das Mitbenutzung begehrt wird, einschließlich eines genauen Zeitplans anzugeben. Alle Beteiligten haben hierbei das Ziel anzustreben, die Mitbenutzung zu ermöglichen und zu erleichtern.

(2) Kommt zwischen dem Verpflichteten und dem Berechtigten eine Vereinbarung über das Mitbenutzungsrecht oder die Abgeltung binnen einer Frist von vier Wochen ab Einlangen der Nachfrage nicht zustande, so 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) [...] Die Anordnung ersetzt die nicht zu Stande gekommene Vereinbarung. [...]“

§ 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,

[...]“

4.2 Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

Gemäß §§ 9 Abs 2 iVm 117 Z 1, 120 Abs 2a TKG 2003 ist die Telekom-Control-Kommission in Verfahren über Anträge auf Mitbenutzungsrechte gemäß § 8 ff TKG 2003 grundsätzlich zur Entscheidung zuständig.

Die Telekom-Control-Kommission teilt die von der Antragsgegnerin vorgebrachte Rechtsansicht nicht, dass wegen des anhängigen zivilgerichtlichen Verfahrens keine Zuständigkeit der Regulierungsbehörde gegeben sei. Die ordentliche Gerichtsbarkeit hat gemäß § 1 JN über die eingeklagten zivilrechtlichen Ansprüche im Zusammenhang mit dem verfahrensgegenständlichen Starkstromleitungsmast zu entscheiden. Die Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission betreffend Mitbenutzung betrifft demgegenüber die Anordnung vertragsersetzender Bescheide nach dem TKG 2003 (vgl dazu aber unten Punkt 4.4).

4.3 Nachfrage und Antrag

Mit den laut Feststellungen an die Antragsgegnerin gerichteten Schreiben vom 23.09.2019 fragte die Antragstellerin gemäß § 9 Abs 1 TKG 2003 ein Mitbenutzungsrecht nach. Die Voraussetzung einer schriftlichen Nachfrage wenigstens vier Wochen vor Antragstellung (24.10.2019) gemäß § 9 Abs 1 TKG 2003 ist daher erfüllt.

4.4 Vorliegen eines Vertragsverhältnisses

Der verfahrensgegenständliche Hochspannungsmast der Antragsgegnerin dient nach den Feststellungen zum Auflegen von Leitungen oder Leitungssystemen mit einer Betriebsspannung von 110 kV zur Fortleitung von elektrischer Energie. Er ist daher ein Starkstromleitungsmast iSd §§ 3 Z 34 iVm 8 Abs 2 TKG 2003.

Nach § 8 Abs 2 TKG 2003 müssen Eigentümer oder sonst Nutzungsberechtigte eines Starkstromleitungsmastes dessen Mitbenutzung durch Bereitsteller eines öffentlichen Kommunikationsnetzes gestatten, sofern ihnen dies wirtschaftlich zumutbar und es technisch, insbesondere frequenztechnisch möglich ist. Diese Mitbenutzung nach dem TKG 2003 bietet Bereitstellern eines öffentlichen Kommunikationsnetzes somit die Möglichkeit, Antennen(anlagen) auf dem fremden Mast anzubringen und zu betreiben. Die eingesetzten Mobilfunk-Technologien oder Protokolle (GSM/2G, UMTS/3G, LTE/4G, NR/5G) sind aber – frequenztechnisch störungsfreien Betrieb vorausgesetzt – in Bezug auf diese Mitbenutzung nicht relevant bzw kennt das TKG 2003 keine Einschränkung der Mitbenutzung auf bestimmte dieser Technologien. Regulierungsmaßnahmen, auch solche wie § 8 TKG 2003, die eine „effiziente Nutzung von bestehenden Infrastrukturen“ (§ 1 Abs 2 Z 2 lit e TKG 2003) sicherstellen, sind nach § 1 Abs 3 TKG 2003 vielmehr ausdrücklich „weitestgehend technologieneutral zu gestalten“. Auch § 8 Abs 4 TKG 2003 stellt für die Bemessung der Abgeltung der Mitbenutzung primär darauf ab, welche Kosten für die Errichtung der mitbenutzten Infrastruktur anfallen und, in der Folge, ob die auf diesen Kosten beruhenden Entgelte gegebenenfalls marktüblich sind. Ohne Relevanz ist aber auch in Bezug auf die Abgeltung, welche Technologien der Berechtigte einsetzt oder in welcher Weise er die Mitbenutzung im Rahmen seines Geschäftsmodells einsetzt. Die Mitbenutzung nach § 8 Abs 2 TKG 2003 ist daher technologieneutral ausgestaltet, dh sie umfasst die Berechtigung zum Anbringen und zum Betrieb von Antennenanlagen auf fremden Masten, unabhängig von der eingesetzten Technologie.

Zwischen den Parteien besteht nach den Feststellungen ein Vertragsverhältnis mit gerade diesem Inhalt, nämlich eine Regelung über die Nutzung des verfahrensgegenständlichen Starkstromleitungsmastes für (die Anbringung und) den Betrieb der Antennenanlagen der Antragstellerin. Nach § 12a Abs 2 TKG 2003 ersetzt die Anordnung der Telekom-Control-Kommission in Verfahren nach §§ 8 f TKG 2003 die nicht zu Stande gekommene Vereinbarung, sie ist somit lediglich vertragsersetzend. Eine Änderung oder Ergänzung eines bestehenden Vertragsverhältnisses, mag dieses die Bedürfnisse des Berechtigten auch nicht (mehr) vollständig erfüllen, ist von der Zuständigkeit der Behörde nicht umfasst. Wegen dieses aufrechten Vertragsverhältnisses scheidet eine vertragsersetzende Anordnung der Telekom-Control-Kommission über eine Mitbenutzung somit aus.

Um angesichts dieses unzweifelhaft bestehenden Vertragsverhältnisses eine Zuständigkeit zur Anordnung eines vertragsersetzenden Bescheides zu argumentieren, bringt die Antragstellerin vor, die Telekom-Control-Kommission habe in der Vergangenheit nicht nur in unzweifelhaft

vertragslosen Situationen, sondern auch im Fall dauerhaft strittiger Rechtsverhältnisse vertragsersetzende Anordnungen erlassen. Zwischen den Parteien des Verfahrens sei in diesem Sinne dauerhaft strittig, wie der Einsatz anderer Technologien als UMTS im bestehenden Vertragsverhältnis geregelt sei, konkret, ob ein Einsatz der Technologien GSM und LTE vom Vertrag umfasst sei. Aus der damit angesprochenen Entscheidungspraxis der Telekom-Control-Kommission ist für die Rechtsposition der Antragstellerin aber nichts zu gewinnen. Richtig ist zwar, dass in Ausnahmefällen bei dauerhaft strittigen Rechtsverhältnissen Anordnungen erlassen wurden. Diesen Bescheiden lagen aber Situationen zu Grunde, in denen schon das Bestehen eines Vertrages an sich strittig war (vgl zB TKK vom 21.01.2013, D 5/12: *„Wie festgestellt, ist aber die Gültigkeit dieser Vereinbarung per se, also nicht zB nur die Anwendung einzelner Bestimmungen, zwischen den Parteien seit mehr als zwei Jahren, also dauerhaft, strittig und daher das gegenseitige Rechtsverhältnis in ähnlicher Weise ungeklärt, wie es in einer Situation gänzlich ohne Vertrag wäre.“*). Anders ist – wie ausgeführt – der vorliegende Fall gelagert, wo unzweifelhaft ein aufrechter Vertrag über eine Mitbenutzung im Sinn des TKG 2003 besteht und lediglich dessen genauer Inhalt zwischen den Parteien strittig ist.

Es kann dabei auch dahingestellt bleiben, ob eine Nutzung für andere Technologien als UMTS im bestehenden Vertrag (i) ungerregelt geblieben ist oder ob eine solche Nutzung (ii) vertraglich vereinbart oder (iii) vertraglich ausgeschlossen wurde. In allen Fällen besteht zwischen den Parteien ein Vertrag über die Mitbenutzung des Starkstromleitungsmastes. Im unter (i) genannten Fall können die Parteien unterschiedliche Auffassungen über ihre Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag haben, die im Wege der (allenfalls ergänzenden) Vertragsauslegung zu ermitteln wären. Solche Streitigkeiten über den Inhalt von bestehenden Verträgen und über die Durchsetzung der daraus folgenden Rechte oder Pflichten fallen aber nicht in die Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission, sondern gemäß § 1 JN in die der ordentlichen Gerichte. In den unter (ii) und (iii) genannten Fällen wäre die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit anderer Technologien als UMTS sogar unmittelbar vertraglich geregelt, weshalb auch hier keine Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission besteht, diese Regelung nach Wunsch einer Vertragspartei zu ändern, zu ergänzen oder zu beenden. In allen Fällen ist daher mit der spruchgemäßen Zurückweisung des Antrages vorzugehen.

Zusammengefasst beantragt die Antragstellerin nicht die Anordnung eines vertragsersetzenden Bescheides in einem vertragslosen oder zumindest iSd bisherigen Entscheidungspraxis der Telekom-Control-Kommission dauerhaft strittigen Rechtszustand. Vielmehr soll die Telekom-Control-Kommission einen zwischen den Parteien gegebenenfalls unklar gebliebenen Inhalt eines zweifelsfrei bestehenden Vertrages klarstellen bzw ergänzen. Dieser Antrag ist von der Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission aber nicht umfasst. Diese Beurteilung betrifft den gesamten beantragten Zeitraum (*„für GSM seit dem 04.08.2015 [...], für LTE seit dem 23.09.2015“*), da das Vertragsverhältnis ab 12.12.2007 (Datum des Bestandsverzeichnisses) bestanden hat und bis dato aufrecht ist.

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 11.05.2020

Telekom-Control-Kommission

Mag. Nikolaus Schaller
Der Vorsitzende