

D 36/20-16

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 19.04.2021 über Antrag der [REDACTED] gegen [REDACTED] [REDACTED] vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Thomas Gratzl, [REDACTED] einstimmig folgenden vertragsersetzenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

Gemäß §§ 5, 6 iVm 117 Z 1 Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl I 70/2003 idgF (im Folgenden „TKG 2003“) wird folgende vertragsersetzende Regelung angeordnet:

Anordnung über ein Leitungsrecht

1. Gegenstand dieser Anordnung ist die Einräumung eines Leitungsrechtes gemäß § 5 Abs 4 TKG 2003 für die [REDACTED] (in der Folge: Antragstellerin) gegenüber [REDACTED] [REDACTED] (in der Folge: Antragsgegner) an dessen Grundstück [REDACTED]

Das Leitungsrecht umfasst das Recht zur Erhaltung, zum Betrieb und der allfälligen Erweiterung und Erneuerung einer bereits verlegten Kommunikationslinie, bestehend aus einem vom nördlichen Nachbarhaus [REDACTED] kommenden, sichtbar im Dachboden an der Dachkonstruktion mittels Schellen befestigten ca 9,3 Meter langen Koaxialkabel, das über einen im Dachboden befindlichen Abzweiger geführt wird. An der Südseite des Hauses des Antragsgegners wird das Kabel als ca 3,7 Meter lange Freileitung zum südlich gelegenen Nachbargrundstück weitergeführt. Die nachfolgende Darstellung zeigt schematisch den bestehenden Verlauf der Kommunikationslinie:

Das Leitungsrecht umfasst alle durch die Antragstellerin im Rahmen ihrer Allgemeingenehmigung gemäß § 15 TKG 2003 angebotenen, bereits bestehenden und künftigen Dienste und auch die Weiterleitung zur Versorgung nachfolgender Teilnehmer mit Kommunikationsdiensten.

2. Für das anordnungsgegenständliche Leitungsrecht hat die Antragstellerin binnen 14 Tagen nach Zustellung dieses Bescheides an den Antragsgegner zu Händen des Antragsgegnervertreeters eine einmalige Abgeltung in Höhe von ████████ € zu bezahlen. Sofern sich aus den anwendbaren Rechtsnormen eine Umsatzsteuerpflicht in Österreich ergibt, wird die Umsatzsteuer zusätzlich bezahlt. Eine allfällige Vergebühung gemäß den gesetzlichen Bestimmungen erfolgt durch die Berechtigten auf ihre Kosten.

3. Die Antragstellerin hat bei der Ausübung des Leitungsrechts sämtliche einschlägigen Normen und Vorschriften einzuhalten und mit tunlichster Schonung des benützten Grundstücks sowie in möglichst wenig belästigender Weise vorzugehen. Die Antragstellerin hat die für den laufenden Betrieb der anordnungsgegenständlichen Infrastruktur allenfalls zusätzlich erforderlichen Zustimmungen Dritter oder behördlichen Bewilligungen einzuholen.

4. Die Antragstellerin ist berechtigt, das Grundstück oder Gebäude zur Vornahme von Bau-, Kontroll- und Wartungsarbeiten zu betreten. Mit Ausnahme von Notfällen wird die Antragstellerin dies nur während des Tages und nach vorheriger Terminabsprache mit dem Eigentümer oder dessen Vertreter vornehmen.

5. Sollte durch eine bauliche Verfügung des Antragsgegners eine Änderung der erforderlichen Installationen notwendig werden, so wird der Antragsgegner die Antragstellerin möglichst vier Wochen vor Beginn der Arbeiten verständigen. Der Antragsgegner wird der Antragstellerin nach



Möglichkeit einen anderen geeigneten Platz auf der oben genannten Liegenschaft kostenlos zur Verfügung stellen. Die Kosten einer notwendigen Umverlegung trägt die Antragstellerin.

6. Dieses Leitungsrecht gilt solange, wie die Antragstellerin über eine Allgemeingenehmigung zur Erbringung öffentlicher Kommunikationsdienste verfügt und in deren Rahmen solche Dienste unter Verwendung der unter Punkt 1. genannten Kommunikationslinie erbringt.

7. Das Leitungsrecht geht gemäß § 12 TKG 2003 beidseitig auf Rechtsnachfolger über.

8. Es ist österreichisches Recht, insbesondere die Bestimmungen des TKG in der jeweils gültigen Fassung anzuwenden.

II. Begründung

1 Gang des Verfahrens / Festgestellter Sachverhalt

Mit Schreiben vom 04.11.2020, eingelangt am 05.11.2020 (ON 1) beantragte die [REDACTED] (idF: Antragstellerin) ein Leitungsrecht gemäß §§ 5 ff TKG 2003 gegen [REDACTED] (idF: Antragsgegner).

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

Der Antrag wurde dem Antragsgegner zu Händen seines Rechtsvertreters mit Schreiben vom 04.12.2020 unter Hinweis auf die Frist und Rechtsfolge gemäß § 12a TKG 2003 zugestellt (ON 6). Der Antragsgegner nahm, nach Erstreckung der Frist, fristgerecht zum Antrag Stellung (ON 9). Weitere Eingaben datieren vom 01.04.2021 (Antragstellerin; ON 11) und 09.04.2021 (Antragsgegner; ON 13).

2 Festgestellter Sachverhalt

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

Der Antragsgegner ist grundbücherlicher Alleineigentümer der Liegenschaft GST-NR [REDACTED] (ON 1, Beilage ./3).

Die Antragstellerin verlegte im Jahr 2002 im Zuge des Vertragsabschlusses über Kommunikationsdienste mit dem damaligen Liegenschaftseigentümer die derzeit noch bestehende Freileitung und die Verkabelung samt Abzweiger im Dachboden des auf der obigen Liegenschaft errichteten Hauses [REDACTED]. Eine schriftliche Vereinbarung wurde darüber nicht abgeschlossen. Die Kommunikationslinie wird derzeit nur mehr für die Versorgung anderer Teilnehmer eingesetzt, ein Vertragsverhältnis zwischen dem Antragsgegner und der Antragstellerin über die Erbringung von Kommunikationsdiensten besteht nicht (ON 1). Die Berechtigung zur Erhaltung, zum Betrieb, zur Erweiterung und Erneuerung dieser Infrastrukturen, einschließlich des Rechts zum Betreten der Liegenschaft für Wartungs-, Erhaltungs- und Erneuerungszwecke, ist zwischen den Parteien dauerhaft strittig (ON 1; unwidersprochen).

Die Antragstellerin fragte das beantragte Leitungsrecht unter Anlage einer Planskizze und Angebot einer Abgeltung mit einem an den Antragsgegnervertreter gerichteten Schreiben vom 07.10.2020 nach (Beilage ./9 zu ON 1).

Die Mitbenützung anderer Infrastrukturen anstelle des beantragten Leitungsrechts ist nicht möglich (ON 1; unwidersprochen).

Mit Urteil vom 31.12.2020, [REDACTED] gab das Bezirksgericht [REDACTED] einer Klage des Antragsgegners auf Entfernung der Anlagen der Antragstellerin statt (ON 11). Gegen das Urteil wurde Berufung erhoben, das Rechtsmittelverfahren ist anhängig (ON 13).

3 Beweiswürdigung

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

4 Rechtliche Beurteilung

4.1 Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

Gemäß §§ 6 Abs 3 iVm 117 Z 1 TKG 2003 ist die Telekom-Control-Kommission in Verfahren über Anträge auf Leitungsrechte gemäß §§ 5 f TKG 2003 zur Entscheidung zuständig.

4.2 Gesetzliche Regelungen

§ 3 Z 10 TKG 2003, BGBl I 2003/70 idgF, lautet:

„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;“

§ 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,

[...]

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.

(2) Den mit der Errichtung und Erhaltung der unter Abs. 1 Z 1, 2, 3 oder 3a angeführten Anlagen Beauftragten ist das Betreten des Inneren von Gebäuden, dringende Notfälle ausgenommen, nur bei Tageszeit und nach vorheriger Anmeldung bei dem Hauseigentümer oder dessen Vertreter und nur insoweit gestattet, als es andere gesetzliche Vorschriften nicht verbieten.

[...]

(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.

(5) Dem Eigentümer einer gemäß Abs. 4 belasteten Liegenschaft ist eine der Wertminderung entsprechende Abgeltung zu leisten.“

§ 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.

[...]“

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

„(1) Bei der Ausübung von Rechten nach den §§ 5, 6a, 6b, 7, 8 und 9a ist in möglichst wenig belästigender Weise und mit tunlichster Schonung der benützten Grundstücke, Gebäude, Gebäudeteile oder Baulichkeiten bzw. der in Anspruch genommenen Anlagen, Leitungen, sonstigen Einrichtungen oder physischen Infrastrukturen und der Rechte Dritter vorzugehen. Insbesondere hat der Berechtigte während der Ausführung von Arbeiten auf seine Kosten für die tunlichste Aufrechterhaltung des bestimmungsgemäßen Gebrauches der benützten Grundstücke, Gebäude, Gebäudeteile oder Baulichkeiten bzw. der in Anspruch genommenen Anlagen, Leitungen, sonstigen Einrichtungen oder physischen Infrastrukturen zu sorgen und nach Beendigung der Arbeiten

schleunigst einen klaglosen Zustand herzustellen. Auch ist auf andere bestehende oder genehmigte Arbeiten Rücksicht zu nehmen. [...]"

§ 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,

[...]"

4.3 Nachfrage und Antrag

Mit dem an den späteren Antragsgegnervertreter gerichteten Schreiben vom 07.10.2020 (Beilage ./9 zu ON 1) fragte die Antragstellerin das in der Folge beantragte Leitungsrecht unter Anlage einer Planskizze und Angebot einer Abgeltung nach. Der Antragsgegner brachte mit ON 9 diesbezüglich vor, das Verfahren sei *„nicht formgerecht eingeleitet, da die Anfrage (als verfahrenseinleitender Akt) nicht an den Antragsgegner (selbst) übermittelt wurde.“* Über die Kommunikationslinie auf der Liegenschaft des Antragsgegners wurde bereits vor dieser Nachfrage vom 07.10.2020 vom Antragsgegnervertreter mit der Antragstellerin korrespondiert (amtsbekannt; Verfahren D 28/20 der Telekom-Control-Kommission). Den §§ 5, 6 TKG 2003 ist nicht zu entnehmen, dass eine Nachfrage nach Leitungsrechten jedenfalls unmittelbar an den Eigentümer gestellt werden muss und die Übermittlung an einen aus Vorkorrespondenz in derselben Sache bekannten und ausgewiesenen Rechtsanwalt unzulässig oder iSd § 6 TKG 2003 unwirksam wäre. Für die Telekom-Control-Kommission besteht kein Zweifel, dass jedenfalls in dieser Konstellation eine wirksame Nachfrage gemäß § 6 TKG 2003 erfolgte. Die Voraussetzung einer schriftlichen Nachfrage wenigstens vier Wochen vor Antragstellung gemäß § 6 Abs 2 TKG 2003 ist daher erfüllt.

Zur Nachfrage wird im Übrigen auch auf VwGH vom 22.01.1997, 96/03/0104 verwiesen, wonach *„dem Eigentümer einer Liegenschaft der Verlauf einer bereits errichteten Leitung bekannt sein*

dürfte“, weshalb an die beizulegende Planskizze diesbezüglich keine erhöhten Anforderungen zu stellen sind.

4.4 Subsidiarität der Anordnung zur Vereinbarung

Das Vorliegen einer Vereinbarung über das Leitungsrecht ist dauerhaft strittig bzw wird eine solche vom Antragsgegner ausdrücklich in Abrede gestellt. Die diesbezügliche Formalvoraussetzung des Nichtvorliegens eines Vertrages bzw eine diesem gleichzuhaltende dauerhafte Strittigkeit des Rechtsverhältnisses ist daher ebenfalls erfüllt.

4.5 Vertragsersetzende Wirkung des Bescheides

Gemäß § 12a Abs 2 TKG 2003 hat die Anordnung der Telekom-Control-Kommission vertragsersetzende Wirkung. Im Erkenntnis vom 19.10.2004, ZI 2000/03/0300, führt der Verwaltungsgerichtshof betreffend die 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, ZI 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 den Ermessensspielraum der Telekom-Control-Kommission bei der Anordnung vertragsersetzender Bescheide beschreibt, ist auf die Bestimmungen der §§ 8 ff, 12a TKG 2003 idGF ebenso anzuwenden (VwGH 22.05.2013, ZI 2010/03/0004).

4.6 Leitungsrecht für bestehende Leitungen und Anlagen

Selbst wenn der gesetzlich intendierte Normalfall der Einräumung eines Leitungsrechts die vor der tatsächlichen Verlegung erfolgende Vereinbarung oder Anordnung sein muss, kann aus den einschlägigen Bestimmungen nicht abgeleitet werden, dass die Einräumung eines Leitungsrechts für bereits bestehende Infrastrukturen ausgeschlossen wäre. Das Leitungsrecht kann daher nicht nur für neu zu errichtende Teile einer Kommunikationslinie, sondern auch für faktisch bereits verlegte eingeräumt werden (vgl auch VwSlg 6783 A/1965: „Ein Leitungsrecht kann auch nach Herstellung einer Fernmeldeanlage wirksam geltend gemacht werden.“).

4.7 Einwendungen

Der Antragsgegner hat über Aufforderung gemäß § 12a TKG 2003 mit Schriftsatz vom 13.01.2021 (ON 9) rechtzeitig gemäß § 12a TKG 2003 Einwendungen gegen den Antrag eingebracht.

In den Einwendungen bringt der Antragsgegner zusammengefasst vor, er werde sich mit allen Mitteln gegen das Ansinnen der Antragstellerin, ein Leitungsrecht eingeräumt zu erhalten, wehren. Die Kommunikationslinie diene lediglich der Versorgung eines benachbarten Haushalts. Es stehe in einem Missverhältnis, dass der Antragsgegner „eine Eigentumseinschränkung massivster Art (als solche ist eine Dienstbarkeit zu bezeichnen) hinnehmen“ müsse, damit wirtschaftliche Interessen der Antragstellerin gefördert würden. Es bestünden andere technische Möglichkeiten, um den (einzigsten) Haushalt, für dessen Versorgung die Leitung dienen solle, auch anderweitig zu versorgen. Die Antragstellerin habe nicht dargelegt, ob und unter welchen Bedingungen eine alternative

Leitungsführung ohne Inanspruchnahme des Grundstücks des Antragsgegners möglich sei bzw in der Vergangenheit möglich gewesen wäre. Eine Antragstellung auf Einräumung eines Leitungsrechtes dürfe nur dann unternommen werden, „*wenn sämtliche sonstigen Möglichkeiten (die bestanden) auch ausgeschöpft worden sind.*“ Es bestehe jedenfalls kein Grund, das Eigentum des Antragsgegners zu belasten, damit die Antragstellerin einen Vorteil daraus ziehen könne. Schließlich verweist der Antragsgegner auf den Grundbuchsstand, der der Einräumung eines Leitungsrechtes wegen eines Veräußerungs- und Belastungsverbots jedenfalls entgegenstehe.

Damit wendet der Antragsgegner allerdings keine Umstände ein, die der Einräumung eines Leitungsrechtes nach §§ 5 f TKG 2003 entgegenstehen. Voraussetzung für ein Leitungsrecht über Privatgrund ist, dass ein Bereitsteller eines öffentlichen Kommunikationsnetzes eine Kommunikationslinie errichten will. Eine bestimmte Anzahl an versorgten oder erreichbaren Kunden ist – entgegen der unrichtigen Rechtsmeinung des Antragsgegners – gesetzlich nicht gefordert, um ein Leitungsrecht zu ermöglichen (vgl für die wertungsmäßig gleichgelagerten Mitbenutzungsrechte VwGH vom 28.11.2013, 2011/03/0124, wonach „*die Glaubhaftmachung eines ‚konkreten Projekts‘ (etwa zur Anbindung bestimmter Kunden) nicht als Voraussetzung für die Geltendmachung des Mitbenutzungsrechtes*“ im Gesetz vorgesehen sei). Der Antragsgegner verkennt auch die Eingriffsintensität des angeordneten Rechts. Leitungsrechte nach dem TKG 2003 mögen zwar Eigentumsbeschränkungen sein, sind aber – schon mangels Verbücherung – keine Dienstbarkeiten, wie der Antragsgegner vorbringt. Folgerichtig ist mittels § 11 TKG 2003 auch die Intensität des Eigentumseingriffs wesentlich geringer ausgestaltet als bei Dienstbarkeiten, weshalb auch das vom Antragsgegner befürchtete Missverhältnis zwischen Intensität des Eigentumseingriffs und angeordneter Berechtigung tatsächlich nicht vorliegt. Mangels Verbücherung (vgl § 12 Abs 3 TKG 2003) hat auch das vorgebrachte Veräußerungs- und Belastungsverbot keinen Einfluss auf das Leitungsrecht.

Auch aus dem Argument, die Antragstellerin ziehe einen Vorteil aus dem beantragten Recht, ist für den Antragsgegner nichts zu gewinnen. Vielmehr ist es seit der Liberalisierung der Telekommärkte gerade die Regel, dass (auch) private Unternehmen Kommunikationsdienste anbieten und dafür unter Einsatz von Leitungsrechten Infrastrukturen errichten müssen. Die gesetzlich dafür vorgesehenen Eigentumsbeschränkungen durch die Leitungsrechte erklären sich aus dem evidenten öffentlichen Interesse (so auch ausdrücklich §§ 1, 13 Abs 2 TKG 2003) an leistungsfähiger Kommunikationsinfrastruktur und –diensten.

Anders als der Antragsgegner meint, bestehen Leitungsrechte über Privatgrundstücke nach § 5 TKG 2003 auch nicht nur dann, wenn sämtliche allenfalls bestehenden anderen Möglichkeiten in der Umgebung ausgeschöpft wurden (zur Mitbenutzung siehe sogleich unter Punkt 4.8). Die Abgeltungspflicht für Privatgrund nach § 5 Abs 5 TKG 2003 stellt die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs sicher und auch, dass Unternehmen ohnehin primär die unentgeltlichen Leitungsrechte über öffentliches Gut in Anspruch nehmen werden, sofern solche Möglichkeiten in technisch und wirtschaftlich vergleichbarer Weise zur Verfügung stehen.

Zusammengefasst kann daher das Vorbringen des Antragsgegners seine die gesetzliche Duldungsverpflichtung nach § 5 TKG 2003 negierende Rechtsansicht nicht stützen.

4.8 Sonstige Tatbestandsmerkmale des § 5 Abs 4 TKG 2003

Umstände, die dem Leitungsrecht entgegenstehende öffentliche Rücksichten oder eine Einschränkung der widmungsgemäßen Verwendung der Liegenschaft iSd § 5 Abs 4 TKG 2003 nahe

legen würde, wurden nicht vorgebracht und unterliegen daher der Präklusionswirkung des § 12a TKG 2003. Nach den Feststellungen kommt auch eine Mitbenutzung von auf der Liegenschaft vorhandenen Infrastrukturen anstelle des beantragten Leitungsrechts nicht infrage.

4.9 Inhalt der Anordnung

Konkrete Einwendungen gegen den beantragten Vertragstext und die beantragte Abgeltung erhob der Antragsgegner nicht. Die Anordnung stützt sich daher – einschließlich der Abgeltung – grundsätzlich auf den iSd § 12a TKG 2003 insofern unwidersprochenen Antrag ON 1, insbesondere den von der Antragstellerin beantragten Vereinbarungstext Beilage ./12. Die von der Antragstellerin in Punkt 3. ihres Antragstextes beantragte Regelung, nach der der Belastete verpflichtet wäre, über diese Anordnung und die finanzielle Abgeltung gegenüber Dritten Stillschweigen zu bewahren, wird nicht angeordnet. Nach § 123 TKG 2003 ist die Entscheidung der Telekom-Control-Kommission zu veröffentlichen und besteht zudem nach § 12 TKG 2003 jedenfalls eine Verpflichtung zur Mitteilung des Leitungsrechtes gegenüber Rechtsnachfolgern, weshalb die Telekom-Control-Kommission diese Regelung als unzweckmäßig erachtet. Zudem wurden Adaptierungen des beantragten Textes vorgenommen (zB zu Umsatzsteuer und Vergebühung; zur Ausübung des Leitungsrechts und zu allenfalls erforderlichen Zustimmungen Dritter oder behördlichen Bewilligungen; zum Gerichtsstand), die erforderlich sind, 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.

4.10 Antrag auf Unterbrechung des Verfahrens

Das Bezirksgericht [REDACTED] hat, wie festgestellt, inzwischen einer Klage auf Entfernung der Leitungen der Antragstellerin stattgegeben. Daraus ergeben sich aber keine Hindernisse für die spruchgemäße Einräumung des Leitungsrechts an die Antragstellerin, da das Zivilgericht das Vorliegen eines Rechtstitels zur Benützung der Liegenschaft lediglich bezogen auf den für das gerichtliche Verfahren entscheidungsrelevanten Zeitpunkt zu beurteilen hatte. Das mit diesem Bescheid eingeräumte Leitungsrecht stellt nunmehr nachträglich einen solchen Rechtstitel dar und schafft damit eine neue Vertrags- und Rechtslage. Diese Situation stellt *„genau jenen Anwendungsfall des [...] TKG 2003 dar[...], wonach bei Nichteinigung über die Einräumung eines Leitungsrechts die Regulierungsbehörde angerufen werden kann.“* (BVwG vom 01.12.2017, W249 2118784-1/19E). Da im gerichtliche Verfahren somit keine Vorfragen zum mit diesem Bescheid angeordneten Leitungsrecht zu beantworten waren, wurde dem Antrag des Antragsgegners auf Unterbrechung des Verfahrens, nicht nachgekommen.

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 19.04.2021

Telekom-Control-Kommission

Mag. Nikolaus Schaller
Der Vorsitzende