

D 6/20-43

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 07.03.2022 über Antrag der [REDACTED] vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Mathias Görg, LL.M., [REDACTED] gegen die [REDACTED] [REDACTED] vertreten durch Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG, [REDACTED] einstimmig beschlossen:

I. Spruch

Gemäß § 212 Abs 1 Telekommunikationsgesetz 2021, BGBl I 190/2021, iVm §§ 5, 6, 8, 9, 12a iVm 117 Z 1, 120 Abs 2a Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl I 70/2003 idF BGBl I 57/2021 (im Folgenden „TKG 2003“) wird

A) der Antrag, die Telekom-Control-Kommission möge zwischen den Verfahrensparteien ein Leitungsrecht gemäß § 5 Abs 4 TKG 2003 mit einem im Antrag ON 1 im Detail angegebenen Inhalt anordnen, **abgewiesen** und

B) folgende vertragsersetzende

Anordnung über die Zustimmung des Grundeigentümers zur Mitbenutzung gemäß § 8 Abs 3 TKG 2003

erlassen:

1.1. Zustimmung

Diese Anordnung ersetzt gemäß § 8 Abs 3 TKG 2003 die Zustimmung der [REDACTED] (in der Folge: Antragsgegnerin) als Grundeigentümerin zur Mitbenutzung des auf ihrem Grundstück [REDACTED] errichteten und betriebenen Antennentragemastes samt Zubehör der [REDACTED] durch die [REDACTED] (in der Folge: Antragstellerin) entsprechend den Bedingungen des Rahmenvertrags zwischen der Antragstellerin und der [REDACTED] laut **Anlage A**, der einen integrierten Bestandteil dieser Anordnung bildet.

1.2. Umfang der Mitbenutzung

Die Mitbenutzung des Mastes der [REDACTED] erfolgt durch die Antragsgegnerin im nachfolgend beschriebenen Umfang:

- Montage der Antennen (vier Versorgungsantennen samt Antennenzugehör sowie zwei Richtfunkantennen) am Mast innerhalb der seitens der [REDACTED] freigegebenen Antennenebene zwischen +28,00m und +30,00m direkt bzw auf erforderliche Ausleger;
- Errichtung der Systemtechnik auf einer Unterkonstruktion am bestehenden Mastfundament mit einer Eisfallschutzüberdachung;
- Zugang zu den Versorgungs- bzw Richtfunkantennen und den übrigen Systemtechnikkomponenten über einen fix montierten Sicherheitsaufstieg inkl einer Steigschutzsperre am Mastfuß;
- Stromanbindung durch Mitbenutzung der im Eigentum der [REDACTED] befindlichen Stromzuleitung vom Übergabepunkt des Ortsnetzes bis hin zum Zählerverteiler;
- Kabelführung entsprechend den gültigen technischen Anforderungen;
- Elektroinstallation nach den gültigen Vorschriften der ÖVE;
- Ausführung sämtlicher Blitzschutz- und Elektroarbeiten gem. den gültigen technischen Vorschriften und Richtlinien.

Die Spezifikationen der im Rahmen der Mitbenutzung zu errichtenden Anlage sind im Detail im Einreichplan vom 01.02.2019 laut **Anlage B** angeführt, der einen integrierten Bestandteil dieser Anordnung bildet.

1.3. Wirksamkeit der Zustimmung

Die Zustimmung zur Mitbenutzung im Umfang des Spruchpunktes I.B. wird wirksam, wenn der Antragstellerin die nach den eisenbahnrechtlichen Vorschriften erforderliche behördliche Bewilligung rechtskräftig erteilt wurde.

2. Kosten und Gebühren

Die Kosten für die Errichtung und den Betrieb der Anlage der Antragstellerin sowie alle damit gegebenenfalls in unmittelbarem Zusammenhang stehenden Gebühren sind von der Antragstellerin zu tragen.

3. Eigentum

Die Antragsgegnerin erwirbt an den von der Antragstellerin angebrachten bzw sonst errichteten Anlagen und sonstigen Gegenständen keinerlei Eigentum.

4. Zugang zum Grundstück

Die Berechtigung der Antragstellerin umfasst auch das Recht zum Zugang auf das Grundstück der Antragsgegnerin, soweit es zum Betrieb, der Wartung und der Instandhaltung der eingebrachten Anlagen erforderlich ist. Die Antragstellerin hat dabei die Vorschriften und Richtlinien der Antragsgegnerin für den Zugang zu Bahngrund im Gefährdungsbereich von Schienenanlagen in dem Umfang einzuhalten, in dem diese Vorschriften und Richtlinien ihr von der Antragsgegnerin nachweislich übermittelt werden.

5. Zustand der Anlagen

Die Antragstellerin ist verpflichtet, ihre Anlagen stets in verkehrssicherem Zustand zu halten. Insbesondere ist der Antragstellerin die Vornahme jeglicher Handlungen untersagt, durch die der Bestand der Eisenbahn oder ihr Zugehör oder die regelmäßige und sichere Führung des Betriebes der Eisenbahn und des Betriebes von Schienenfahrzeugen auf der Eisenbahn sowie des Verkehrs auf der Eisenbahn gefährdet wird.

6. Verfügungen

Die Antragsgegnerin hat Verfügungen über ihr Grundstück iSd § 11 TKG 2003, die geeignet sind, den störungsfreien Betrieb oder den Bestand der Anlage der Antragstellerin zu gefährden, nach Möglichkeit mindestens sechs Monate vorher der Antragstellerin anzuzeigen.

7.1. Abgeltung

Für die anordnungsgegenständliche Zustimmung zur Mitbenutzung hat die Antragstellerin an die Antragsgegnerin ab dem Zeitpunkt, in dem die Zustimmung zum Mitbenutzungsrecht wirksam wird (Punkt I.B.1.3.), jährlich im Vorhinein eine Abgeltung in Höhe von ████████ € (netto) zu bezahlen. Die erste Abgeltung ist ab Beginn der Wirksamkeit der Zustimmung zur Mitbenutzung (Punkt I.B.1.3.) zu aliquotieren. Sofern sich aus den anwendbaren Rechtsnormen eine Umsatzsteuerpflicht in Österreich ergibt, hat die Antragstellerin die Umsatzsteuer zusätzlich zu bezahlen.

7.2. Wertsicherung

Das jährliche Entgelt ist wertgesichert. Als Maß zur Berechnung der Wertbeständigkeit dient der von der Statistik Austria monatlich verlautbarte Verbraucherpreisindex 2020 bzw der an seine Stelle tretende Index. Als Bezugsgröße für Anpassungen dient die für den Monat, in dem die Anlage der Antragstellerin in Betrieb genommen wird, veröffentlichte Indexzahl. Schwankungen der Indexzahl nach oben oder unten bis ausschließlich 2,5 % bleiben unberücksichtigt. Diese Schwankungsbreite ist bei jedem Überschreiten nach oben oder unten neu zu berechnen, wobei stets die erste außerhalb des jeweils geltenden Spielraumes gelegene Indexzahl die Grundlage sowohl für die

Neufestsetzung des Forderungsbetrages als auch für die Berechnung des neuen Spielraumes zu bilden hat. Alle Veränderungsdaten sind auf eine gerundete Dezimalstelle zu berechnen.

8. Dauer

Die Zustimmung zur Mitbenützung wird auf unbestimmte Zeit eingeräumt.

9. Beendigung und (zeitweiliger) Widerruf

Das Recht der Parteien, diese Anordnung bei Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne des § 1118 ABGB außerordentlich zu kündigen, bleibt unberührt. Insbesondere kann die Antragsgegnerin die behördlich ersetzte Zustimmung widerrufen, wenn, soweit und solange sie Auswirkungen des Betriebs der Anlage der Antragstellerin feststellt, die den Eisenbahnbetrieb stören oder gefährden könnten.

10. Auflösende Bedingung

Diese Anordnung steht unter der auflösenden Bedingung der rechtskräftigen Versagung der eisenbahnrechtlichen Bewilligung der Mitbenützung gemäß Spruchpunkt I.B.1. durch die zuständigen Behörden.

11. Zusätzliche Nutzung

Eine nicht dem Umfang dieser Anordnung entsprechende Nutzung der Liegenschaft der Antragsgegnerin ist der Antragstellerin untersagt.

12. Beendigung

Nach Beendigung des angeordneten Rechtsverhältnisses wird die Antragstellerin den ursprünglichen Zustand wiederherstellen, sofern keine anderslautende Vereinbarung zwischen den Parteien getroffen wird.

13. Übertragung von Rechten und Pflichten

Die Parteien sind zur Übertragung ihrer Rechte und Pflichten aus dieser Anordnung im Umfang des § 12 TKG 2003 berechtigt.

II. Begründung

1 Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 25.02.2020 (ON 1) beantragte die Antragstellerin die Anordnung eines vertragsersetzenden Bescheides gegenüber der Antragsgegnerin. Primär ist der Antrag auf Anordnung eines Leitungsrechts nach § 5 Abs 4 TKG 2003 gerichtet, eventualiter auf Anordnung der Zustimmung des Grundeigentümers zur Mitbenutzung nach § 8 Abs 3 TKG 2003.

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 22.06.2020 (ON 5) unter Hinweis auf die Frist und Rechtsfolge gemäß § 12a TKG 2003 zugestellt. Die Antragsgegnerin erhob nach Fristerstreckung am 04.08.2020 rechtzeitige Einwendungen gegen den Antrag (ON 8).

Weitere Schriftsätze der Parteien langten am 02.09.2020 (ON 10), 25.09.2020 (ON 15), 27.10.2020 (ON 23), 11.11.2020 (ON 27), 18.12.2020 (ON 36), 16.06.2021 (ON 38) und 09.12.2021 (ON 40), alle von der Antragstellerin, sowie am 25.09.2020 (ON 14), am 18.10.2020 (ON 19), am 11.11.2020 (ON 28) und am 14.12.2020 (ON 34), alle von der Antragsgegnerin ein.

Am 19.10.2020 fand eine mündliche Verhandlung vor der Telekom-Control-Kommission unter Beteiligung beider Parteien und ihrer Vertreter statt.

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 Eisenbahngesetz 1957 (EisbG) und § 31 Bundesbahngesetz. Sie ist bürgerliche Eigentümerin des Grundstücks GST-Nr [REDACTED]. Durch das betroffene Grundstück führt eine Bahntrasse der Antragsgegnerin (ON 1; unstrittig).

Auf diesem Grundstück befindet sich in ca 20 Metern Entfernung zur Mitte der äußersten Gleisachse der auf dem Grundstück verlaufenden Bahntrasse ein ca 36 Meter hoher Antennenträgermast der [REDACTED] dessen Mitbenutzung in dem im Spruch ersichtlichen Umfang die Antragstellerin anstrebt. Die Bedingungen der Mitbenutzung sind zwischen [REDACTED] und der Antragstellerin vereinbart (ON 1; unstrittig).

Mit Schreiben vom 13.11.2019 fragte die Antragstellerin das geplante Vorhaben gemäß §§ 5 und 8 TKG 2003 gegenüber der Antragsgegnerin nach. In dieser Nachfrage war der Umfang des Vorhabens, einschließlich eines geplanten Zeitraumes, angegeben. Der Nachfrage waren auch detaillierte Einreichpläne angeschlossen. Das Nachfrageschreiben war ausdrücklich sowohl als Nachfrage nach einem Leitungsrecht iSd § 5 TKG 2003 als auch als Nachfrage nach einer

Zustimmung zur Mitbenutzung iSd § 8 Abs 3 TKG 2003 formuliert (ON 1, Beilage ./E). Eine Vereinbarung über die Zustimmung zur angestrebten Mitbenutzung ist nicht zu Stande gekommen (unstrittig).

Die widmungsgemäße Verwendung des Grundstückes wird durch die Mitbenutzung des Antennentragemastes der [REDACTED] durch die Antragstellerin nicht dauerhaft zusätzlich eingeschränkt.

Bei der Antragsgegnerin werden durch die Mitbenutzung des Mastes der [REDACTED] durch die Antragstellerin Einmalkosten iHv [REDACTED] € und jährliche Kosten iHv [REDACTED] € verursacht (ON 14, Beilage zu ON 19; ON 21; ON 34; Punkt 4.9.2.1)

Die Antragstellerin bezahlt in der Gemeinde [REDACTED] und den umliegenden Gemeinden ([REDACTED]) jährliche Abgeltungen für die Zustimmung von Grundeigentümern zu Mitbenutzungen von Drittinfrastruktur zwischen [REDACTED] und ca [REDACTED] € (netto). Der Durchschnitt dieser jährlichen Zahlungen beträgt knapp [REDACTED] € (ON 15, ON 23, jeweils samt Beilagen).

Beim Landeshauptmann der Steiermark als Eisenbahnbehörde ist ein eisenbahnrechtliches Verfahren betreffend Bewilligungen gemäß §§ 42, 43 EisbG der angestrebten Mitbenutzung des Mastes der [REDACTED] durch die Antragstellerin anhängig (ON 38, 40).

3 Beweiswürdigung

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

Die Feststellung, dass die widmungsgemäße Verwendung des Grundstückes durch die Mitbenutzung des Antennentragemast der [REDACTED] durch die Antragstellerin nicht dauerhaft zusätzlich eingeschränkt wird beruht darauf, dass die Antragsgegnerin zwar im Schriftsatz ON 8 einen diesbezüglichen Einwand erhob, diesen aber nur darauf stützte, dass im beantragten Vertragstext von der Antragstellerin „ein völlig unbestimmtes Recht zu „Ab- und Umbau der sowie jederzeitigem Zugang zur Funkanlage““ gefordert werde, wodurch auch „Ab- und Umbauten der Funkanlage umfasst [seien], welche die widmungsgemäße Verwendung des Grundstückes einschränken würden“. Damit bestätigt die Antragsgegnerin aber gerade, dass die beantragte und mittels der Beilage ./A zu ON 1 ausführlich dokumentierte Konfiguration der Funkanlage der Antragstellerin am Mast der [REDACTED] auch nach ihrer Meinung nicht zu einer unzulässigen Einschränkung der widmungsgemäßen Verwendung des Grundstückes führt, sondern dies erst bei allfälligen Umbauten gegebenenfalls zu befürchten wäre. Der von der Antragsgegnerin monierte Vertragsbestandteil wurde in die Anordnung nicht übernommen, so dass den Bedenken der Antragsgegnerin damit Rechnung getragen ist. Es kann somit festgestellt werden, dass die widmungsgemäße Verwendung des Grundstückes durch die beantragte Konfiguration der Funkanlage nicht dauerhaft zusätzlich eingeschränkt wird. Andere Gründe für eine unzulässige Einschränkung der widmungsgemäßen Verwendung des Grundstückes brachte die Antragsgegnerin nicht (iSd § 12a TKG 2003 rechtzeitig) vor, vielmehr bestätigte sie in der mündlichen Verhandlung vom 19.10.2020 auf Befragen durch die Telekom-Control-Kommission, ihre diesbezüglichen Bedenken nur auf die genannte weite Vertragsklausel bezogen zu haben ([REDACTED] *wirft die Frage auf, warum nach dem Vorbringen der [REDACTED] die widmungsgemäße Verwendung des Grundstückes durch die beabsichtigte Mitbenutzung dauerhaft zusätzlich eingeschränkt werden könnte.* [REDACTED])

verweist darauf, dass sich dieses Vorbringen ausschließlich darauf beziehe, dass [REDACTED] in ON 1 ein unbeschränktes Recht beantragt habe, ihre Anlagen erweitern oder umbauen zu können“).

Die Feststellung über die von der Antragstellerin im Umkreis des verfahrensgegenständlichen Standortes bezahlten Abgeltungen an Grundeigentümer beruht auf dem als glaubhaft beurteilten Vorbringen der Antragstellerin, samt vorgelegter Tabelle Beilage ./M zu ON 15. Diese Tabelle zeigt – in nicht geschwärzter Form – konkrete Daten betreffend 18 Standorte in der Umgebung von [REDACTED] sowie Erläuterungen der Antragstellerin dazu im Schriftsatz. Die Antragsgegnerin hat demgegenüber im Schriftsatz ON 19 zwar diese Daten als „willkürlich gefilterten Clusterschnitt“ kritisiert, ohne damit aber glaubwürdige Kritikpunkte entgegen zu halten. Vielmehr bestätigte die Antragstellerin in ON 23, Punkt 3.4, dass sie keine nicht genannten „Filterkriterien“ angewendet habe, sondern sämtliche Mastmitbenutzungen im Großraum [REDACTED] dargestellt hat („Selbstverständlich wurden keine Standorte vom Clusterschnitt ausgeschlossen.“).

4 Rechtliche Beurteilung

4.1 Anzuwendende Rechtslage

Nach § 212 Abs 1 TKG 2021 hat die Telekom-Control-Kommission am 01.11.2021 anhängige Verwaltungsverfahren (mit Ausnahme von Verfahren über Marktanalysen nach § 87 TKG 2021) nach der bis zum Inkrafttreten des TKG 2021 geltenden materiellen Rechtslage und Verfahrensrechtlage, einschließlich der Zuständigkeit, dh nach den Bestimmungen des TKG 2003, zu Ende zu führen.

4.2 Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

Gemäß §§ 6 Abs 3, 9 Abs 2, 117 Z 1 TKG 2003 ist die Telekom-Control-Kommission somit in am 01.11.2021 anhängigen Verfahren über Anträge auf Leitungs- und Mitbenutzungsrechte gemäß §§ 5, 8 TKG 2003 zur Entscheidung zuständig.

4.3 Gesetzliche Regelungen

§ 3 Z 35 TKG 2003, BGBl I 70/2003 idF BGBl I 57/2021, lautet:

„‘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;“

§ 5 TKG 2003, BGBl I 70/2003 idF BGBl I 57/2021, lautet auszugsweise:

„(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.

[...]

§ 8 TKG 2003, BGBl I 70/2003 idF BGBl I 57/2021, 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.

(3) Befindet sich auf einem Grundstück eine Einrichtung, deren Eigentümer oder sonst Nutzungsberechtigter gemäß Abs. 1, 1a, 1b oder 2 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.

[...]

(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 70/2003 idF BGBl I 57/2021, lautet auszugsweise:

„(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 70/2003 idF BGBl I 57/2021, 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 70/2003 idF BGBl I 57/2021, 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,

[...]“

§ 120 TKG 2003, BGBl I 70/2003 idF BGBl I 57/2021, lautet auszugsweise:

„(2a) Bezieht sich ein verfahrenseinleitender Antrag oder eine Regulierungsmaßnahme auf die Nutzung eines Kommunikationsnetzes, einer zugehörigen Einrichtung oder die Inanspruchnahme eines Kommunikationsdienstes oder einen Markt

1. sowohl für die Verbreitung von elektronischen Audiomedien und elektronischen audiovisuellen Medien im Sinne des § 1 Abs. 1 KOG, einschließlich Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk, oder von Zusatzdiensten im Sinne von § 2 Z 44 des Audiovisuelle Mediendienste-Gesetzes, als auch

2. für Telekommunikationsdienste,

und liegen die Voraussetzungen des § 39 Abs. 2a letzter Satz AVG nicht vor, bemisst sich die Zuständigkeit nach dem Hauptzweck der betroffenen Tätigkeit(en). Fällt der Hauptzweck unter die Z 1, nimmt die KommAustria die Aufgaben der Regulierungsbehörde nach Abs. 1 wahr, im Fall der Z 2 gelten die Bestimmungen der §§ 115 und 117.“

§ 212 Abs 1 TKG 2021, BGBl I 190/2021 lautet:

„(1) Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes anhängige Verwaltungsverfahren vor der Regulierungsbehörde sind mit Ausnahme der Verfahren nach § 87 nach der bis zum Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes geltenden materiellen Rechtslage und Verfahrensrechtlage, einschließlich der Zuständigkeit zu Ende zu führen.“

4.4 Nachfrage und Antrag

Wie festgestellt, fragte die Antragstellerin mit Schreiben vom 13.11.2019 das geplante Vorhaben gemäß §§ 5 und 8 TKG 2003 gegenüber der Antragsgegnerin unter Nennung der Komponenten des Projekts (Beilage von Einreichplänen) und des geplanten Zeitraumes detailliert nach. Die Voraussetzung einer schriftlichen Nachfrage nach einem Leitungsrecht und nach der Zustimmung zur Mitbenutzung (§ 8 Abs 3 TKG 2003) wenigstens vier Wochen vor Antragstellung ist daher erfüllt.

4.5 Subsidiarität der Anordnung zur Vereinbarung

Eine Vereinbarung über die Zustimmung zur Mitbenutzung ist unstrittig nicht zu Stande gekommen. Die diesbezügliche Formalvoraussetzung des Nichtvorliegens einer Einigung ist daher ebenfalls erfüllt.

4.6 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, 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 ebenso anzuwenden (VwGH 22.05.2013, 2010/03/0004).

4.7 Zum beantragten Leitungsrecht

Die Antragstellerin beantragt in erster Linie die Einräumung eines Leitungsrechts gemäß § 5 Abs 4 TKG 2003 für eine beabsichtigte Funkanlage auf dem Antennentragemast der [REDACTED] GmbH. Nach § 5 Abs 4 TKG 2003 stehen – wie auch die Antragsgegnerin in ON 8 zu Recht einwendet – Leitungsrechte allerdings nur zu, wenn (unter anderem) eine Mitbenutzung von Anlagen, Leitungen oder sonstigen Einrichtungen nach § 8 Abs 1, 1c oder 2 TKG 2003 nicht möglich oder nicht tunlich ist.

Die bestehende Anlage der [REDACTED] ist ein Antennentragemast iSd § 3 Z 35 TKG 2003. Nach § 8 Abs 2 TKG 2003 wäre die [REDACTED] als Eigentümer oder sonst Nutzungsberechtigter dieses Antennentragemastes verpflichtet, dessen Mitbenutzung durch die Antragstellerin als Bereitsteller eines öffentlichen Kommunikationsnetzes zu gestatten, sofern ihr dies wirtschaftlich zumutbar und es technisch, insbesondere frequenztechnisch, möglich ist. Da nach den Feststellungen bereits ein Vertrag zwischen der Antragstellerin und der [REDACTED] über diese Mitbenutzung vorliegt, ist unzweifelhaft, dass die genannten Bedingungen der wirtschaftlichen Zumutbarkeit und der technischen, insbesondere frequenztechnischen Möglichkeit erfüllt sind. Die Mitbenutzung des Antennentragemastes der [REDACTED] für die Errichtung und den Betrieb der eigenen Funkanlage ist nach dem Vorbringen der Antragstellerin (ON 1) auch das angestrebte Ziel, selbst wenn sie es rechtlich (unrichtig) als Leitungsrecht für die Errichtung einer Funkanlage einordnet. Der Antragstellerin steht daher nach § 5 Abs 4 Z 2 TKG 2003 kein Leitungsrecht für Errichtung und Betrieb einer Funkanlage gegen die Antragsgegnerin zu, da statt dieses Leitungsrechts vielmehr die Mitbenutzung des Antennentragemastes der [REDACTED] nach § 8 Abs 2 TKG 2003 möglich und tunlich ist. Der auf Anordnung eines Leitungsrechts abzielende Antrag war daher abzuweisen, weshalb auch auf das kontroverse Vorbringen der Parteien (ON 8, ON 10) darüber, ob und inwieweit Funkanlagen überhaupt auf Basis von Leitungsrechten errichtet werden können, nicht einzugehen ist.

4.8 Zur beantragten Zustimmung zur Mitbenutzung durch den Grundeigentümer

Für den Fall, dass ein Leitungsrecht nicht zustehen sollte, beantragte die Antragstellerin eventualiter (vgl auch unten Punkt 4.10.2) allerdings eine vertragsersetzende Regelung über die Zustimmung der Antragsgegnerin als Grundeigentümerin nach § 8 Abs 3 TKG 2003.

Befindet sich auf einem Grundstück eine Einrichtung, deren Eigentümer oder sonst Nutzungsberechtigter gemäß (unter anderem) § 8 Abs 2 TKG 2003 verpflichtet ist, Mitbenutzung zu gestatten, ist auch diese Mitbenutzung vom Eigentümer oder sonst Nutzungsberechtigten des Grundstückes 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.

Die widmungsgemäße Verwendung des Grundstückes ist nach den Feststellungen nicht dauerhaft zusätzlich eingeschränkt (vgl auch unten Punkt 4.10.5). 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, wovon im Übrigen im Schriftsatz vom 18.10.2020, ON 19, auch die Antragsgegnerin ausgeht, wonach ihre Zustimmung „*zwingend erforderlich ist, und dass seitens H3A stets ein Entgelt für die Zustimmung entrichtet wird.*“ Da die Antragsgegnerin vor und im Verfahren diese Zustimmung nicht erteilt hat, kann diese über Antrag von der Telekom-Control-Kommission ersetzt werden (vgl *Bauer-Dorner/Mikula in Riesz/Schilchegger* (Hrsg), Kommentar zum TKG [2016] Rz 35 zu § 8), was spruchgemäß (Spruchpunkt I.B.) erfolgt.

Die Telekom-Control-Kommission erachtet dabei die in Spruchpunkt I.B. 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.

4.9 Zur angeordneten Abgeltung

4.9.1 Abgeltung nach § 5 TKG 2003

Nach den Ausführungen in Punkt 4.7 steht der Antragstellerin das primär beantragte Leitungsrecht gemäß § 5 Abs 4 Z 2 TKG 2003 nicht zu. Der Anspruch der Antragsgegnerin auf Abgeltung richtet sich daher entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin (ON 1; Punkt 3.3.) nicht nach § 5 Abs 5, Abs 7 TKG 2003 iVm der WR-V 2019 (BGBl II 310/2019), sondern nach der für die Mitbenutzung geltenden Bestimmung des § 8 Abs 4 TKG 2003. Entgegen der Meinung der Antragstellerin (ON 10, Punkt 5) erstreckt sich diese Bestimmung schon dem Wortlaut nach („*Dem durch ein Mitbenutzungsrecht Belasteten*“) nicht nur auf den Inhaber der mitbenutzten Infrastruktur, sondern auch auf den Abgeltungsanspruch des Grundeigentümers, wenn dieser – da eine vermehrte physische Beanspruchung des Grundstückes nicht zweifelsfrei ausgeschlossen ist – ein Zustimmungsrecht hat. Angesichts der mit § 8 Abs 4 TKG 2003 für die vorliegende Situation daher unmittelbar anwendbaren Regelung über die Abgeltung, bleibt auch für die von der Antragstellerin in (ON 10, Punkt 5) geforderte analoge Anwendung der Bestimmungen für Leitungsrechte,

einschließlich der WR-V 2019, mangels Vorliegens einer Regelungslücke kein Raum. Der Antragsgegnerin steht daher für die mit dieser Anordnung ersetzte Zustimmung eine Abgeltung gemäß § 8 Abs 4 TKG 2003 zu.

4.9.2 Abgeltung nach § 8 Abs 4 TKG 2003

Für den Fall der (eventualiter beantragten) Anordnung der Zustimmung zur Mitbenutzung nach § 8 Abs 3, Abs 4 TKG 2003 beantragt die Antragstellerin ein „von der Telekom-Control-Kommission festzusetzendes angemessenes Entgelt“ (ON 1, Punkt 5.b).

Auch die Antragsgegnerin beantragt – in ihren Einwendungen gemäß § 12a TKG 2003, ON 8, Punkt 4.2 sowie in ON 14, Punkt 1.4 – die Anordnung einer angemessenen Abgeltung nach § 8 Abs 4 TKG 2003. Die Antragsgegnerin bringt diesbezüglich in ON 8 (Punkt 4.2.2) vor, zwischen der Antragstellerin und der [REDACTED] als Masteigentümerin sei ein Entgelt vereinbart, das den wirtschaftlichen Wert der vereinbarten Mitbenutzung repräsentiere. Es sei angemessen, diesen wirtschaftlichen Wert und damit das Mitbenutzungsentgelt auch bei der Festsetzung der angemessenen Abgeltung der Antragsgegnerin als Grundeigentümerin gemäß § 8 Abs 3 TKG 2003 zu berücksichtigen, um unerwünschte Investitionsanreize und unerwünschtes Freeriding zu vermeiden. Dabei übersieht die Antragsgegnerin aber, dass § 8 Abs 4 TKG 2003 grundsätzlich eine auf Kosten beruhende Abgeltung des durch ein Mitbenutzungsrecht Belasteten vorsieht. Es ist – auch unter Berücksichtigung der Erfordernisse der Angemessenheit und der Marktüblichkeit in § 8 Abs 4 TKG 2003 (siehe dazu auch unten Punkt 4.9.2.2) – kein Grund ersichtlich, warum das zwischen dem Mitbenutzungswerber und dem Masteigentümer für die Mitbenutzung vereinbarte Entgelt für eine gänzlich andere Gegenleistung auch Einfluss auf die dem Grundeigentümer aus dem zwischen ihm und dem Mitbenutzungswerber bestehenden Rechtsverhältnis erwachsenen Kosten bzw dafür zustehende angemessene, marktübliche Abgeltung haben sollte. Kosten für die Errichtung der Anlage, Kosten der Akquisition oder laufende Betriebskosten dieser Anlage (vgl § 8 Abs 4 TKG 2003) sind beim Grundeigentümer nicht angefallen, weshalb ihm dafür auch keine Abgeltung zusteht.

Auch der Hinweis auf Investitionsanreize und unerwünschtes Freeriding stützt die Argumentation der Antragsgegnerin nicht, will das TKG 2003 mit § 8 Abs 2 und Abs 3 doch gerade die Mitbenutzung vorhandener Infrastruktur unterstützen bzw dazu anreizen. Dem Grundeigentümer ist nach § 8 Abs 3 und Abs 4 TKG 2003 die bloße Zustimmung zu einer – die widmungsgemäße Verwendung des Grundstückes definitionsgemäß nicht dauerhaft zusätzlich einschränkenden – Mitbenutzung fremder Infrastruktur abzugelten. Dabei sind die ihm dadurch gegebenenfalls entstehenden Kosten zu berücksichtigen. Eine demgegenüber an den (idR wohl deutlich höheren) Kosten der mitbenutzten Infrastruktur orientierte Abgeltung würden aber gerade die gegenteiligen Anreize setzen, nämlich zum weitest möglichen Verzicht auf eine Mitbenützung. Es ist auch weder nach dem Wortlaut der Norm, noch nach deren Zweck ersichtlich, warum die Errichtungskosten der Infrastruktur doppelt, nämlich einmal gegenüber dem Eigentümer der Infrastruktur und einmal gegenüber dem Grundeigentümer zu berücksichtigen sein sollten.

Dem TKG 2003 ist schließlich auch der Gedanke an eine Beteiligung des Grundeigentümers am Vorteil, den der Mitbenutzer durch die Mitbenutzung generiert, fremd, also eine Abgeltung des Grundeigentümers, die sich allgemein am „wirtschaftlichen Wert der Mitbenutzung“ (ON 8, Punkt 4.2.2) orientiert. Das zwischen der Antragstellerin und der [REDACTED] vereinbarte Entgelt für die Mitbenutzung ist daher, entgegen der Meinung der Antragsgegnerin, für deren Abgeltung nach § 8 Abs 3, Abs 4 TKG 2003 irrelevant.

4.9.2.1 Mit der Mitbenützung verbundene Kosten der Antragsgegnerin

Die für die Antragsgegnerin relevanten Kosten sind vielmehr die im § 8 Abs 4 TKG 2003 genannten mit der Mitbenützung verbundenen sonstigen Kosten. Nachdem die Antragsgegnerin mit ihrem Schriftsatz ON 8 vom 04.08.2020 rechtzeitig gemäß § 12a TKG 2003 das Thema der Abgeltung eingewendet hatte, brachte sie über Fragen der Telekom-Control-Kommission (ON 13) nach den Kosten „für die Prüfung und Evidenzhaltung eines Vertragsverhältnisses über die Mitbenützung eines bestehenden, einem Dritten ... gehörenden Mast durch einen Mitbenutzer“ im Schriftsatz vom 25.09.2020, ON 14, folgende Kosten vor, die teilweise gemäß § 8 Abs 3, Abs 4 TKG 2003 zu berücksichtigen sind, teilweise jedoch aus folgenden Gründen nicht:

4.9.2.1.1 Nicht anzuerkennende Kostenpositionen

Laut Schriftsatz **ON 14, Punkt 2.1.2**, fallen bei der Antragsgegnerin Einmalkosten an, „die sich aufgrund **eisenbahnrechtlicher** Vorgaben sowie der Durchführung des **eisenbahnrechtlichen** Verfahrens ergeben“ (Hervorhebung nur hier). Unter der Überschrift „Akquisition und Genehmigung: Prüfung und Genehmigung **gemäß TKG**“ wurden dabei in Punkt 2.1.2 (a) nachfolgende Positionen angegeben:

(a) Einmalkosten:

Akquisition und Genehmigung: Prüfung und Genehmigung gemäß TKG

Aufwand [h]	Kosten TKG [€]

Details hierzu:

1 Anfrage des Mobilfunkbetreibers		
	1.1 Anfrage	
	1.2 Zuständigkeitsprüfung	
	1.3 Machbarkeitsprüfung	
	1.4 Rückfrage/Zusage/Absage (Sofortabsage)	
	1.5 Bautechnische Begehung, Ortsaugenschein	
2 Eingabe des Bauvorhabens		
	2.1 Ansuchen, allgemein	
	2.2 Systemmäßige Ablage	
	2.3 Bearbeitungsbestätigung	

Ebenfalls im Schriftsatz ON 14 antwortete die Antragsgegnerin unter **Punkt 2.2.2 (a)** auf die weitere Frage der Behörde (ON 13) nach sonstigen im Zusammenhang mit der von der Antragstellerin angestrebten Mitbenützung des Mastes anfallenden Kosten wiederum, es würden Einmalkosten erhoben und nach tatsächlichem Aufwand in Rechnung gestellt, „die sich aufgrund **eisenbahnrechtlichen** Vorgaben sowie der Durchführung des **eisenbahnrechtlichen** Verfahrens ergeben“. Diese wurden unter der Überschrift „Akquisition und Genehmigung: Prüfung und Genehmigung **gemäß § 42 / § 43 EisbG**“ in Punkt 2.2.2 (a) wie folgt angegeben:

(a) Einmalkosten:

Akquisition und Genehmigung: Prüfung und Genehmigung gemäß § 42 / § 43 EisbG

Aufwand [h]	Kosten [€]

Details hierzu:

1 Anfrage des Mobilfunkbetreibers		
	1.1 Anfrage	
	1.2 Zuständigkeitsprüfung	
	1.3 Machbarkeitsprüfung	
	1.4 Rückfrage/Zusage/Absage (Sofortabsage)	
	1.5 Bautechnische Begehung, Ortsaugenschein	
4 Erstellung der Einverständniserklärung (§42 bzw. §43)		

Unter Punkt 1 („Anfrage des Mobilfunkbetreibers“) sind dabei jeweils dieselben Positionen angegeben, wie auch zur „Prüfung und Genehmigung gemäß TKG“ in Punkt 2.1.2. (a). Angesichts dieser doppelten Angabe von Kostenpositionen wurde die Antragsgegnerin von der Telekom-Control-Kommission mit ON 26 neuerlich um Aufklärung ersucht, wie insbesondere die Dauer von [REDACTED] Stunden für Begehung/Ortsaugenschein in Punkt 2.1.2 (a) („Prüfung und Genehmigung gemäß TKG“) zusammengesetzt sei. Daraufhin verwies die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 14.12.2020, ON 34, erneut darauf, dass aufgrund „der Position des Standortes in der Nähe der Gleisanlage und des Gefährdungspotenzials der Anlagen“ eine detaillierte fachliche Prüfung notwendig sei. Damit wurde in der Sache aber wiederum auf die **eisenbahnrechtlichen** Vorgaben der §§ 42, 43 EisbG Bezug genommen, nicht aber aufgeklärt, warum eine „Prüfung ... gemäß TKG“ erforderlich sein sollte. Zur parallelen Position von ebenfalls [REDACTED] Stunden für Begehung/Ortsaugenschein in Punkt 2.2.2 (a) („Prüfung und Genehmigung gemäß § 42 / § 43“) wurde nicht Stellung genommen, hierzu argumentiert die Antragsgegnerin vielmehr lediglich (ON 34, Punkt 1.2.3), warum diese Kosten, die ihre Grundlage in Bestimmungen des EisbG haben, entsprechend der RL 2014/61/EU in einem Verfahren nach dem TKG 2003 zu berücksichtigen seien, wozu auf Punkt 4.10.3 dieses Bescheides verwiesen wird. Auch in der mündlichen Verhandlung vor der Telekom-Control-Kommission vom 19.10.2020 (ON 21) gab die Antragsgegnerin über Befragen an, keine Hindernisse für die gegenständliche Mitbenutzung des Mastes der [REDACTED] durch die Antragstellerin aus telekommunikationsrechtlicher Hinsicht zu sehen. ([REDACTED] möchte wissen, worin konkret aus Sicht der [REDACTED] das Hindernis für eine Mitbenutzung dieses Masts liege. [REDACTED] führt aus, das Hindernis bestehe **nicht in telekommunikationsrechtlicher, sondern in eisenbahnrechtlicher Hinsicht.** [REDACTED] nimmt Bezug auf den Schriftsatz vom 18.10., in dem ausgeführt werde, dass eine Mitbenutzung des Antennentragemasts durch [REDACTED] problematisch sei, und hält fest, dass es unlogisch sei, wenn eine Mitbenutzung durch [REDACTED] demgegenüber kein Problem darstelle. Retter verweist darauf, dass hierzu ein eisenbahnrechtliches Verfahren anhängig sei und für dessen Dauer – bis zum Verfahrensabschluss – öffentliche Rücksichten zu nehmen seien, so dass eine Bewilligung nach dem TKG „untunlich“ sei.“; ON 21; Hervorhebung nur hier). Tatsächlich ist daher auch aus Sicht der Antragsgegnerin keine telekommunikationsrechtliche Prüfung des

Vorhabens erforderlich, sondern lediglich eine Prüfung (und allenfalls Genehmigung) nach eisenbahnrechtlichen Regelungen.

Zusammengefasst hat die Antragsgegnerin daher lediglich aus eisenbahnrechtlicher Sicht Bedenken gegen die angestrebte Mitbenutzung des Mastes der [REDACTED] durch die Antragstellerin vorgebracht, worüber auch ein Verfahren vor den zuständigen Behörden anhängig ist. Schon deshalb ist nicht ersichtlich, warum der Antragsgegnerin die in Punkt 2.1.2 (a) des Schriftsatzes ON 14 („Prüfung und Genehmigung *gemäß TKG*“) veranschlagten Kosten für insgesamt [REDACTED] Stunden zustehen sollten (vgl aber auch unten zur Beurteilung hinsichtlich tatsächlich nicht angefallener Kosten). Da das erwähnte eisenbahnbehördliche Verfahren noch nicht abgeschlossen ist, wurde zur Berücksichtigung der Interessenlage der Antragsgegnerin eine auflösende Bedingung für den Fall in die Anordnung aufgenommen, dass der Antragstellerin die eisenbahnbehördliche Bewilligung von den zuständigen Instanzen endgültig versagt werden sollte.

Das gegenläufige Vorbringen der Parteien zur Frage, ob § 8 Abs 4 TKG 2003 Kosten für eine (i) „Prüfung und Genehmigung *gemäß § 42 / § 43 EisbG*“ und (ii) für eine „Prüfung und Erstellung des Vertragsverhältnisses laut TKG“ (beide Punkt 2.2.2. (a) lt ON 14) umfassen kann, kann insofern auf sich beruhen bleiben, da feststeht, dass derartige Kosten bei der Antragsgegnerin tatsächlich nicht angefallen sind. Die Antragsgegnerin hat weder eine Prüfung und Genehmigung gemäß dem EisbG durchgeführt oder eine Einverständniserklärung nach dem EisbG ausgearbeitet und der Antragstellerin zukommen lassen. Vielmehr ist, wie erwähnt, betreffend eine solche Bewilligung über Antrag der Antragstellerin ein Verfahren (im zweiten Rechtsgang) von der Eisenbahnbehörde anhängig. Ein allfälliger Kostenersatz für Verfahren nach dem EisbG ist nach diesem Gesetz zu beurteilen, derartige Kosten können aber nicht nach § 8 Abs 4 TKG 2003 als Kosten der Mitbenutzung umgedeutet und verlangt werden. Auch ist evident, dass keine „Prüfung und Erstellung eines Vertragsverhältnisses laut TKG“ Kosten verursacht haben kann, da dieses Rechtsverhältnis nunmehr mit dem gegenständlichen Bescheid von der Telekom-Control-Kommission zu ersetzen ist. Es mag zwar sein, dass diese von der Antragsgegnerin vorgebrachten Kostenpositionen – zumindest teilweise und auf die tatsächlich erforderliche Höhe reduziert – als mit der Mitbenutzung verbundene Kosten iSd § 8 Abs 4 TKG 2003 beurteilt werden könnten. Dem § 8 Abs 4 TKG 2003 ist aber jedenfalls nicht zu entnehmen, dass für Kosten, die beim Grundeigentümer gar nicht angefallen sind (und nicht anfallen werden, da die zugrunde liegenden Bewilligungen bzw Anordnungen behördlich erteilt wurden) vom Mitbenutzer eine Abgeltung zu leisten ist. Aus den dargestellten Gründen erkennt die Telekom-Control-Kommission diese geltend gemachten Kostenpositionen (Punkt 2.2.2. (a) lt ON 14) nicht als Kosten der Mitbenutzung iSd § 8 Abs 4 TKG 2003 an.

4.9.2.1.2 Anzuerkennende Kostenpositionen

Demgegenüber können die nachfolgend dargestellten Positionen gemäß Schriftsatz ON 14 als gemäß § 8 Abs 3, Abs 4 TKG 2003 relevante mit der Mitbenutzung verbundene Kosten berücksichtigt werden.

Dabei ist vorauszuschicken, dass die Telekom-Control-Kommission die Meinung der Antragstellerin im Schriftsatz ON 23, Punkt 2.5., die von der Antragsgegnerin bekannt gegebenen Positionen seien überhöht und würden zudem nicht deren Kosten abbilden, nicht teilt. Wie die Antragsgegnerin in ON 14, ON 19 (Beilage; „KOSA 2020“-Tabelle) und ON 34 ausführt, handelt es sich bei den angegebenen Stundensätzen um die im Rahmen der Kostenrechnung der Antragsgegnerin für Leitungen für Dritte tatsächlich verrechneten Sätze. Diese sind daher auch auf die an die

Antragsteller zu erbringenden Leitungen anwendbar. Auch die Höhe der Stundensätze (■■■■ € bzw ■■■■ € pro Stunde) erachtet die Telekom-Control-Kommission nicht als überhöht.

Konkret werden in ON 14, Punkt 2.1.2. (b) Kosten für die **Evidenzhaltung** des Vertragsverhältnisses angeführt. Diese werden in gleichem Maß auch nach einer vertragsersetzenden Anordnung der Telekom-Control-Kommission anfallen:

(b) Sonstige Kosten:

Evidenzhaltung des Vertragsverhältnisses:

Aufwand [h] p.a.	Kosten [€] pro Monat
■■■■	■■■■

Details hierzu:

7 Vertragswesen und Vertragsnacharbeit		■■■■
	7.3 Übermittlung des Einzelstandortvertrags	■■■■
	7.7 Information an BLM / Technik / SAE	■■■■
	7.8 Kommunikation intern	■■■■

Mit Schriftsatz vom 14.12.2020, ON 34, Punkt 1.2.2., bestätigte die Antragsgegnerin diesbezüglich, dass es sich – obwohl in ON 14 hierzu „Kosten [€] pro Monat“ verzeichnet wurden – um einmalige Kosten handelt. Die monatlich angegebenen Kosten von ■■■■ €, ergeben pro Jahr ■■■■ €, was bei den verzeichneten ■■■■ Stunden p.a. (iW) dem Stundensatzsatz für „BS-Umsetzungsmanagement“ für Leistungen für Dritte iHv ca ■■■■ € (vgl Beilage zu ON 19) entspricht.

In ON 14, Punkt 2.2.2. (b), bringt die Antragsgegnerin zudem folgende Betriebskosten vor:

(b) Betriebskosten:

für den angefragten Greenfield Standort mit Betreibermast

Aufwand TKG [h] p.a.	Kosten [€] pro Monat
■■■■	■■■■

Details hierzu:

8 Betriebskosten		■■■■
	8.1 jährliche Sichtkontrolle und auf Gefährdung des sicheren Eisenbahnbetriebs	■■■■
	8.2 Kontrolle Standort Einhaltung Vertragsbedingungen	■■■■
	8.3 Winterdienst	■■■■

Auch diese, hier regelmäßig anfallenden, **Betriebskosten** sind bei der gegenständlichen Anordnung relevant, da der Antragsgegnerin eine jährliche Kontrolle der Einhaltung der Bedingungen und der Anlage der Antragstellerin, sowie ein Winterdienst zuzugestehen sind. Die monatlich angegebenen Kosten von ■■■■ €, ergeben pro Jahr ■■■■ €, was bei den verzeichneten ■■■■ Stunden p.a. dem Stundensatzsatz für „BS-Planung und Steuerung“ für Leistungen für Dritte iHv ca ■■■■ € (vgl Beilage zu ON 19) entspricht.

Auch die in ON 14, Punkt 2.2.2. (c), verzeichneten Kosten für Verrechnung werden im Rahmen des angeordneten Rechtsverhältnisses anfallen und sind daher zu berücksichtigen:

(c) Sonstige Kosten:

Kosten für Verrechnung

Aufwand [h] p.a.	Kosten [€] pro Monat

Details hierzu:

7 Vertragswesen und Vertragsnacharbeit		
	7.4 Zahlungseingang	
	7.5 Gegenzeichnung des Zahlungseingangs	
	7.6 Honorarverrechnung	

Die monatlich angegebenen Kosten von [REDACTED] €, ergeben pro Jahr [REDACTED] €, was bei den verzeichneten [REDACTED] Stunden p.a. ebenfalls dem Stundensatz für „BS-Planung und Steuerung“ für Leistungen für Dritte iHv ca. [REDACTED] € (vgl. Beilage zu ON 19) entspricht.

Demgegenüber sind die auch in ON 14, Punkt 2.2.2. (c), verzeichneten Gemeinkosten iHv 10% der Betriebskosten nicht anzuerkennen. In Verfahren über Mitbenutzungsrechte nach §§ 8 ff TKG2003 ist das relevante Betrachtungsobjekt der Kostenermittlung jeweils das konkrete Ausbauprojekt. Nichts Anderes ist bei Anordnungen der Zustimmung des Grundeigentümers nach § 8 Abs 3 TKG 2003 angemessen. Kosten, die nicht durch das Projekt (bzw hier eben die konkret ersetzte Zustimmung zur Mitbenutzung) verursacht werden, werden daher nicht berücksichtigt. Dies beträfe etwa Kosten nachgelagerter Wertschöpfungsstufen (zB Downstreamkosten wie Marketing, Customer Service, etc), aber auch die verzeichneten Gemeinkosten.

Zusammengefasst fallen somit Einmalkosten iHv [REDACTED] € und jährliche Kosten iHv ([REDACTED] [REDACTED] € an, die der Antragsgegnerin nach § 8 Abs 4 TKG 2003 jedenfalls zu ersetzen sind.

4.9.2.2 Marktüblichkeit und Angemessenheit der Abgeltung

Zur Marktüblichkeit von Abgeltungen ist im vorliegenden Fall zu berücksichtigen, dass zwischen den Parteien ein Vertrag (ZKS50-MB2007, Beilage ./J zu ON 10 bzw identisch Beilage ./1 zu ON 14) bestand, der unter anderem auch das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien umfasste, wenn die Antragstellerin Drittinfrastrukturen auf Grundstücken der Antragsgegnerin mitbenutzte. Dieser Vertrag ist ausgelaufen.

Im Vergleich zu den im ausgelaufenen Vertrag vereinbarten Abgeltungen und auch zu den von der Antragstellerin als Vergleichswerte vorgebrachten Abgeltungen, die in ihrem [REDACTED] mit Drittvermietern vereinbart wurden, ist der Umfang der anzuerkennenden Kosten gering. Nach der gesetzlichen Vorgabe des § 8 Abs 4 TKG 2003 ist aber, soweit möglich, auch der Maßstab der Marktüblichkeit zu berücksichtigen. Diesbezüglich berücksichtigt die Telekom-Control-Kommission, dass im vorliegenden Fall beide Parteien – die Antragstellerin in ON 10, Punkt 5, die Antragsgegnerin in ON 19, Punkt 2 – im Verfahren zumindest auch die ehemals vereinbarten Abgeltungen nach ausgelaufenen Vertrag ([REDACTED] als Basis für eine „naheliegende“

(Antragstellerin) oder „angemessene“ (Antragsgegnerin) Bemessung der Abgeltung vorgebracht haben. Zwar argumentiert die Antragsgegnerin in den Schriftsätzen ON 19, Punkt 2, und ON 34, Punkt 3.1, eine angemessene Abgeltung betrage auf Basis des ausgelaufenen Vertrages [REDACTED] € pro Monat, da dieser Vertrag sowohl gemäß Punkt 4.3 ein "Nutzungsentgelt bei der Nutzung von Superädifikaten Dritter" iHv (valorisiert) [REDACTED] €, als auch gemäß Punkt 4.1.1. b) ein gesondertes Entgelt iHv [REDACTED] € für Nutzungen vorsehe, welche eine "zusätzliche Inanspruchnahme des Grundstücks" mit sich bringen. Bei dieser Argumentation übersieht die Antragsgegnerin aber – worauf die Antragstellerin in ON 23, Punkt 3.1.2. zutreffend hinweist –, dass sich angesichts der Systematik des Vertrages, dessen Punkt 4.1 ("Nutzungsentgelt Rooftop, Greenfield") sich lediglich auf Anlagen bezog, die direkt auf Bahngrund oder -gebäuden errichtet wurden, während (nur) Punkt 4.3 („Nutzungsentgelt bei der Nutzung von Superädifikaten Dritter“) auf die gegenständliche Konstellation einer Zustimmung zur Mitbenutzung von Drittinfrastrukturen auf Bahngrund anwendbar wäre. Einer Einbeziehung dieses Vertrages in die Beurteilung der Marktüblichkeit kann daher auch nur die Abgeltung nach Punkt 4.3., somit [REDACTED] € valorisiert mit dem aktuellsten verfügbaren Wert des VPI 2005 für Dezember 2021 =) [REDACTED] € pro Monat, zu Grunde gelegt werden. Zudem berücksichtigt die Telekom-Control-Kommission auch, dass die Antragstellerin mit ihrem Schriftsatz ON 15, Beilage ./M, eine Liste mit Abgeltungen, die sie im Umkreis des verfahrensgegenständlichen Standortes ([REDACTED]) bezahlt, vorgelegt hat. Der Durchschnitt dieser jährlichen Zahlungen beträgt, wie festgestellt, knapp [REDACTED] €, die Spannweite der Abgeltungen reicht von [REDACTED] € bis über [REDACTED] €. Die Abgeltung nach dem ausgelaufenen Vertrag würde, valorisiert und hochgerechnet auf den jährlichen Betrag, [REDACTED] € pro Monat x 12 Monate =) [REDACTED] € betragen. Die Kosten der Antragsgegnerin betragen demgegenüber, wie oben in Punkt 4.9.2.1.2 dargestellt wurde, (neben einmaligen Kosten von [REDACTED] €) jährlich nur [REDACTED] € und kommen damit sogar unterhalb des von der Antragstellerin selbst vorgebrachten Bereichs von Abgeltungen für vergleichbare Leitungen im Raum [REDACTED] (Minimum [REDACTED] €) zu liegen.

Nach VwGH vom 19.10.2004, ZI 2000/03/0300 und VwGH 22.05.2013, 2010/03/0004 (vgl oben Punkt 4.6) hat eine Anordnung die Anforderung eines fairen Ausgleichs der beteiligten Interessen zu erfüllen. Angesichts der dargestellten Überlegungen – auch der Tatsache, dass die Antragstellerin selbst einen Rückgriff auf die Abgeltung nach dem ausgelaufenen Vertrag als „naheliegend“ bezeichnete – erachtet es die Telekom-Control-Kommission für angemessen, statt einer Abgeltung, die nur die nachgewiesenen Kosten abbildet, eine Abgeltung unter Rückgriff auf die Entgelte nach dem ausgelaufenen Vertrag, somit in Höhe von jährlich (gerundet) [REDACTED] € festzulegen. Dieser Betrag deckt jedenfalls die festgestellten (einmaligen und laufenden) Kosten der Antragsgegnerin iSd § 8 Abs 4 TKG 2003 ab und berücksichtigt zudem auch angemessen die Marktüblichkeit der Abgeltung. Die Telekom-Control-Kommission erachtet diesen Betrag aus diesen Gründen daher als angemessene Abgeltung iSd § 8 Abs 4 TKG 2003. Angesichts der unbefristeten Dauer des Rechtsverhältnisses ist diese jährliche Abgeltung – wie es auch im ausgelaufenen Vertrag, Punkt 4.6, – vorgesehen war, wertgesichert, wofür der aktuelle VPI 2020 heranzuziehen ist.

Zum Vorbringen der Antragstellerin in ON 23, Punkt 3., wonach die Behörde in der mündlichen Verhandlung „ausdrücklich klargestellt“ habe, dass sie iZm § 8 Abs 4 TKG 2003 nur einen kostenbasierten Ansatz verfolge, wird darauf hingewiesen, dass die genannte Norm neben den (gegenständlich auch abgedeckten) Kosten zusätzlich eben auch, soweit möglich, eine Berücksichtigung der Marktüblichkeit als Maßstab der Angemessenheit der Abgeltung vorgibt. Wenn – wie hier – die Kosten deutlich unter den von der Antragstellerin selbst als marktüblich vorgebrachten Entgelten liegen, hat eine angemessene Abgeltung auch diesen Umstand zu

berücksichtigen. Ausdrücklich festzuhalten ist diesbezüglich aber, dass dieser Entscheidung die im vorliegenden Verfahren gegebene Sachlage und das Parteivorbringen, sowie deren Würdigung durch die Telekom-Control-Kommission zu Grunde liegen und daraus daher nicht allgemein geschlossen werden kann, dass von den Verpflichteten verlangte oder in der Vergangenheit zwischen den Parteien oder Dritten vereinbarte Entgelte jedenfalls als marktüblich anzusehen sind.

4.10 Zu den (sonstigen) Einwendungen der Antragsgegnerin iSd § 12a TKG 2003

4.10.1 Antragszurückweisung wegen aufrechter Verträge

Die Antragsgegnerin bringt vor, es lägen aufrechte Vertragsverhältnisse zwischen der [REDACTED] und der Antragstellerin vor, weshalb eine Anordnung der Telekom-Control-Kommission ausgeschlossen sei (ON 8, Punkt 1.1). Begründend wird ausgeführt, das Vorhaben der Antragstellerin sei von der [REDACTED] in deren Verhandlungen mit der Antragsgegnerin bereits mitberücksichtigt worden und die Antragstellerin sei vertraglich zur Nutzung des antragsgegenständlichen Antennentragemasts gegenüber [REDACTED] berechtigt. Dieser Rechtsansicht folgt die Telekom-Control-Kommission nicht. Der Vertrag zwischen der Antragstellerin und der [REDACTED] regelt ausschließlich deren wechselseitiges Rechtsverhältnis betreffend die Mitbenutzung des bestehenden Mastes, hat aber auf das Rechtsverhältnis der Verfahrensparteien gemäß § 8 Abs 3 TKG 2003 (siehe oben Punkt 4.8) keinen unmittelbaren Einfluss. Das eingewendete Verfahrenshindernis liegt daher nicht vor.

4.10.2 Mangelhaftigkeit der Antragsunterlagen

Die Antragsgegnerin wendet zudem die Mangelhaftigkeit der Antragsunterlagen der Antragstellerin ein (ON 8, Punkt 1.2). Begründend führt sie dazu einerseits aus, die Antragstellerin könne nicht einmal selbst beurteilen, ob sie ein Leitungsrecht für eine Funkanlage oder die Zustimmung zu einem Mitbenutzungsrecht des Mastes der [REDACTED] beantrage. Es sei weder die Aufgabe der Antragsgegnerin noch der Telekom-Control-Kommission, dieses unspezifizierte Vorbringen zu interpretieren. Dabei übersieht die Antragsgegnerin aber, dass die Antragstellerin lediglich eine – zulässige – Abfolge von Haupt- (Leitungsrecht) und Eventualantrag (Zustimmung zur Mitbenutzung) gestellt hat, über die die Telekom-Control-Kommission im Rahmen ihrer Zuständigkeit (siehe oben Punkt 4.2) zu entscheiden hat.

Die weitere Argumentation der Antragsgegnerin, die dem Nachfrageschreiben und Antrag beiliegenden Unterlagen ließen nicht im Detail erkennen, was beantragt sei, teilt die Telekom-Control-Kommission angesichts des Detailgrades dieser Unterlagen nicht. Dabei berücksichtigt die Telekom-Control-Kommission auch folgende Umstände: Zum einem wurde (vgl ON 1; Beilage ./B) ein vergleichbares Vorhaben bei der Einreichung der [REDACTED] von der Antragsgegnerin mitgeprüft. Zum anderen bestand jahrelang ein Vertrag zwischen den Parteien (siehe oben Beilage ./J zu ON 10), in dem die Mitbenutzung von Fremdinfrastrukturen auf Bahngrund geregelt war, so dass weit eher anzunehmen ist, dass die Antragstellerin einen zwischen den Parteien üblichen Detailgrad der Nachfrage (des Antrags) gewählt hat, als dass gerade im vorliegenden Fall die beigelegten detaillierten Unterlagen der Antragsgegnerin tatsächlich keine Beurteilung des Vorhabens ermöglichen sollten. Auch in der mündlichen Verhandlung vor der Telekom-Control-Kommission am 19.10.2021 verwies die Antragsgegnerin auf die Frage der Behörde, worin konkret nach Ansicht der Antragsgegnerin das Hindernis für eine Mitbenutzung dieses Masts liege, lediglich darauf, dass hierzu ein eisenbahnrechtliches Verfahren anhängig sei

und für dessen Dauer – bis zum Verfahrensabschluss – öffentliche Rücksichten zu nehmen seien, so dass eine Bewilligung nach dem TKG „*untunlich*“ sei. Auch aus diesen Gründen folgt die Telekom-Control-Kommission dem Vorbringen der Antragsgegnerin (die im Übrigen auf die Nachfrage nicht einmal fristgerecht reagiert hat), der Antrag oder dessen Beilagen seien unzureichend, nicht. Vielmehr erachtet die Telekom-Control-Kommission dieses Vorbringen als Schutzbehauptung der Antragsgegnerin, um sich ihrer gesetzlichen Verpflichtungen nach dem TKG 2003 zu entziehen.

4.10.3 Verfassungsrechtliche und unionsrechtliche Einwendungen

Zum Vorbringen der Antragsgegnerin in ON 34, Punkt ab 3.2.2, ist einerseits auszuführen, dass § 8 Abs 3 TKG 2003 der Antragsgegnerin gar kein Sonderopfer iSd Rechtsprechung des VfGH abverlangt, da von der Regelung jeder Grundeigentümer potenziell betroffen ist. Der Inhalt des gegenständlichen Verfahrens ist auch keine Enteignung. § 8 Abs 3, 4 TKG 2003 bilden zudem die für Eigentumsbeschränkungen erforderliche Verhältnismäßigkeit über die Berücksichtigung der Kosten und der allenfalls gegebenen Marktüblichkeit (wie vorliegend erfolgt) und der Vorgabe einer angemessenen Abgeltung auch vollständig ab. Unrichtig ist auch die Meinung der Antragsgegnerin, die Regelung beabsichtige, den Grundeigentümern genau dieselben Abgeltungen zuzugestehen, die sie auch selbst „*am Markt*“ verlangen hätten können bzw es müsse der Nutzen der Antragsgegnerin überwiegen, was nur bei Anordnung der von ihr verlangten Abgeltung der Fall sein könne. Vertragsersetzende Anordnungen bezwecken gerade umgekehrt, die Rechtsverhältnisse zwischen den Beteiligten dort auf gesetzlich geregelte Umfänge (hier: § 8 Abs 4 TKG 2003) zurückzuführen, wo eine Einigung an überzogenen Forderungen der Verpflichteten scheitert. Die auf dieser unrichtigen Meinung der Antragsgegnerin aufbauenden verfassungsrechtlichen Überlegungen gehen daher ins Leere.

Die Antragsgegnerin bringt in ON 34, Punkte 1.2.3 und 3.3.3, zudem vor, § 8 Abs 4 TKG 2003 müsse – auch bezogen auf den vorliegenden Fall einer Zustimmung des Grundeigentümers zur Mitbenutzung – entsprechend der Kostensenkungs-RL 2014/61/EU unionsrechtskonform dahingehend interpretiert werden, dass auch die Kosten der Erstellung einer Einverständniserklärung nach dem EisbG bzw Prüfungsaufwand dafür zu berücksichtigen seien. Dabei übersieht die Antragsgegnerin aber, dass – worauf auch die Antragstellerin im Schriftsatz ON 36 zu Recht hinweist – die genannte Richtlinie die Mitbenutzung physischer Infrastrukturen regelt, nicht aber Rechtsverhältnisse zwischen Mitbenutzer und Grundeigentümer betrifft. Da vorliegend keine physischen Infrastrukturen der Antragsgegnerin mitbenutzt werden sollen, geht die Argumentation der Antragsgegnerin somit ins Leere. Im Übrigen wird auch hierzu darauf verwiesen, dass die Antragsgegnerin eine eisenbahnrechtliche Einverständniserklärung im konkreten Fall nicht ausgestellt hat, weshalb ihr dafür auch keine Kosten zustehen können. Allfälliger Kostenersatz im diese Erklärung substituierenden (anhängigen) eisenbahnrechtlichen Verfahren vor den zuständigen Behörden, sind nach den dort einschlägigen Rechtsgrundlagen zu beurteilen.

4.10.4 Öffentliche Rücksichten

Die Antragsgegnerin bringt in ON 8, Punkt 3.1, vor, das angestrebte Vorhaben liege im Eisenbahnverbotsbereich und Gefährdungsbereich. Da es sich bei Eisenbahnverbotsbereichen und Gefährdungsbereichen um in § 5 Abs 6 TKG 2003 genannte öffentliche Rücksichten handle, sei der Antrag nicht genehmigungsfähig. Da kein Leitungsrecht eingeräumt wird, kann dieses auf die gesetzliche Regelung über Leitungsrechte (§ 5 TKG 2003) bezogene Vorbringen nicht unmittelbar zielführend im Sinne der Interessenlage der Antragsgegnerin sein.

Nach den Feststellungen ist aber der Mast, dessen Mitbenutzung die Antragstellerin anstrebt, etwa 20 Meter von der Mitte der äußersten Gleisachse der auf dem Grundstück verlaufenden Bahntrasse entfernt und befindet sich die Anlage daher zwar nicht im zwölf Meter umfassenden Bauverbotsbereich nach § 42 EisbG, wohl aber im Gefährdungsbereich („In der Umgebung von Eisenbahnanlagen“) nach § 43 EisbG. Nach § 43 Abs 3 EisbG ist vor der Bauausführung die Bewilligung der Eisenbahnbehörde einzuholen, wenn in der Umgebung von Eisenbahnanlagen (Gefährdungsbereich) Anlagen errichtet werden sollen, durch die der Betrieb der Eisenbahn, der Betrieb von Schienenfahrzeugen auf der Eisenbahn oder der Verkehr auf der Eisenbahn gefährdet werden kann. Die Bewilligungspflicht entfällt gemäß § 43 Abs 4 EisbG, wenn es über die Errichtung der Anlage zwischen dem Eisenbahnunternehmen und dem Errichter zu einer schriftlich festzuhaltenden zivilrechtlichen Einigung über zu treffende Vorkehrungen gekommen ist, die eine Gefährdung des Betriebes der Eisenbahn, des Betriebes von Schienenfahrzeugen auf der Eisenbahn oder des Verkehrs auf der Eisenbahn ausschließen. Der Umstand, dass der Mast im Gefährdungsbereich liegt, wird – wenn auch nicht als öffentliche Rücksichten iSd § 5 Abs 6 (bzw § 5 Abs 4) TKG 2003 – bei der Anordnung insofern berücksichtigt, als einerseits in Spruchpunkt I.B.9. ein Widerrufsrecht angeordnet wurde, wenn, soweit und solange die Antragsgegnerin Auswirkungen des Betriebs der Anlage der Antragstellerin feststellt, die den Eisenbahnbetrieb stören oder gefährden könnte. Beseitigt die Antragstellerin diese störenden Umstände, lebt die ersetzte Zustimmung gemäß § 8 Abs 3 TKG 2003 wieder auf. Zudem wurde in Spruchpunkt I.B.10. eine auflösende Bedingung hinsichtlich der angeordneten Zustimmung zur Mitbenutzung aufgenommen, falls die Bewilligung der Eisenbahnbehörde rechtskräftig versagt werden sollte. Die von der Antragsgegnerin beantragte Abweisung des Antrags ist aber nicht angemessen oder erforderlich, weil die gegenständliche Anordnung ausschließlich das Rechtsverhältnis der Parteien hinsichtlich der (Zustimmung zur) Mitbenutzung nach dem TKG 2003 regelt. Nach anderen Rechtsmaterien gegebenenfalls erforderliche Bewilligungen (zB nach dem EisbG) sind – worauf auch die Antragstellerin im Schriftsatz ON 10, Punkt 2, hinweist – kumulativ einzuholen, entgegen der Rechtsmeinung der Antragsgegnerin aber keine (formale) Voraussetzung einer Anordnung von Rechten nach dem TKG 2003.

4.10.5 Widmungsgemäße Verwendung des Grundstückes

Die Antragsgegnerin bringt in ON 8, Punkte 3 und 3.2, zudem vor, die widmungsgemäße Verwendung des Grundstückes werde durch die Mitbenutzung des Antennentragemastes der [REDACTED] durch die Antragstellerin dauerhaft zusätzlich eingeschränkt, weshalb der Antrag „nicht genehmigungsfähig“ sei. Da allerdings festgestellt wurde (oben Punkte 2 und 3), dass die widmungsgemäße Verwendung des Grundstückes durch die von der Antragstellerin angestrebte Mitbenutzung nicht dauerhaft zusätzlich eingeschränkt wird, geht auch diese Einwendung der Antragsgegnerin ins Leere. Soweit die Antragsgegnerin mit ON 34, Punkt 5.3, zudem vorbringt, eine Einschränkung der widmungsgemäßen Verwendung des Grundstückes könne nach eisenbahnrechtlichen Bestimmungen der §§ 42, 43 EisbG nicht ausgeschlossen werden, wird auf die Anordnungen in den Spruchpunkten I.B.9. und I.B.10. samt deren Begründungen verwiesen.

4.10.6 Erfordernis der Zumietung weiterer Flächen

In ON 14, Punkt 2.3.5., ON 27, Punkt II. und ON 34, Punkt 4. bringt die Antragsgegnerin vor, die Antragstellerin wäre verpflichtet, zusätzlich in Anspruch genommene Grundflächen bei der Antragsgegnerin zuzumieten. Diesem Vorbringen tritt die Antragstellerin in ON 23, Punkt 3. mit der schlüssigen Argumentation entgegen, lediglich das Eisfallschutzdach überrage die Fläche, auf der

das Mastfundament der [REDACTED] errichtet sei, geringfügig, die Antragsgegnerin verliere aber keine Grundfläche, die sie als Eigentümerin zu irgendwelchen anderen Zwecken benötigen könnte. Die Telekom-Control-Kommission folgt hierbei der Argumentation der Antragstellerin. Das geringfügige überragen des bestehenden Fundaments durch das Eisfallschutzdach der Antragstellerin im Luftraum erachtet die Telekom-Control-Kommission als von der Duldungsverpflichtung gemäß § 8 Abs 3 TKG 2003 umfasst. Nach § 8 Abs 2 TKG 2003 haben nämlich Eigentümer oder sonst Nutzungsberechtigte eines Antennentragemastes nicht nur dessen Mitbenutzung zu gestatten, sondern auch erforderliche geringfügige technische Änderungen durchzuführen oder durchführen zu lassen. Korrespondierend damit sieht § 8 Abs 3 TKG 2003 vor, dass auch der Grundeigentümer die Mitbenutzung iSd § 8 Abs 2 TKG 2003 zu dulden hat, also einschließlich allfälliger geringfügiger technischer Änderungen an der mitbenutzten Anlage. Die Grenze der Duldungsverpflichtung des Grundeigentümers ist gesetzlich (erst) mit einer dauerhaften zusätzlichen Einschränkung der widmungsgemäßen Verwendung seines Grundstückes vorgegeben. In einer Situation wie der vorliegenden, bei der keine zusätzliche Inanspruchnahme von Grundfläche erforderlich ist, sondern nur ein Teil der technisch erforderlichen Ausrüstung das bestehende Fundament der mitbenutzten Anlage überragt, ist nicht von einer solchen dauerhaften zusätzlichen Einschränkung der widmungsgemäßen Verwendung des Grundstückes auszugehen. Der Antrag ist daher – entgegen der Argumentation der Antragsgegnerin in ON 34 – auch zur Gänze von der Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission umfasst.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht den Parteien dieses Verfahrens gemäß §§ 212 Abs 1 TKG 2021 iVm 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 07.03.2022

Telekom-Control-Kommission

Dr. Elfriede Solé
Die Vorsitzende