

Rechtsgutachten zur Neuregelung von Antennentragemasten im TKG

erstellt von

Univ.Prof.DDr. Michael Potacs

I. Ausgangslage und Gutachtensauftrag

Das TelekommunikationsG 2003 (im Folgenden TKG) wurde mit BGBl I 78/2018 einer Novelle unterzogen (im Folgenden TKG-Novelle), die auch die Infrastrukturnutzung im 2. Abschnitt des Gesetzes neu fasste und die mit 1.12.2018 In Kraft getreten ist. Ausgangspunkt der Novelle war das im Regierungsprogramm 2017 bis 2022 genannte Ziel einer landesweiten Versorgung mit Gigabit-Anschlüssen.¹ Die Novelle dient damit auch der von mehreren Ministerien vorgelegten „5 G-Strategie“, mit der „Österreichs Weg in die Gigabit-Gesellschaft und insbesondere die Einführung der 5G-Mobilfunktechnologie“² aufbereitet werden soll. Im Zuge dieser Novelle wurden die Leitungsrechte in § 5 TKG neu gestaltet und ergänzt, nach denen Bereitstellern eines öffentlichen Kommunikationsnetzes das Recht auf Inanspruchnahme von fremden Grund eingeräumt wird³.

Dabei wurde auch die Infrastrukturnutzung für Antennentragemasten einer gewissen Neuregelung unterzogen. Zwar wurden bereits zuvor durch die 7. TKG-Novelle⁴ die Antennentragemasten gemäß § 5 Abs 1 Z 1 TKG von den Leitungsrechten ausdrücklich ausgenommen. In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage zur 7. TKG-Novelle wird dies damit begründet, dass „die Errich-

¹ RV 257 BlgNR 24. GP, S 1.

² *BMVIT/BMF/BMDV*, 5G-Strategie. Österreichs Weg zum 5G-Vorreiter in Europa (2018) 5.

³ Zum Begriff des Leitungsrechtes siehe etwa *Bauer-Dorner/Mikula*, § 5, in Risz/Schilchegger (Hrsg), TKG (2016), Rz 2.

⁴ BGBl I 2011/102.

tung derartiger Anlagen regelmäßig von Diskussionen mit den Anrainern begleitet ist und die in solchen Fällen übliche und eingespielte Vorgangsweise des Dialogs und der einvernehmlichen Lösung mit den betroffenen Anrainern nicht durch Zwangsrechte ersetzt werden soll“⁵. In Bezug auf Antennentragemasten ist demnach seither anstelle eines Leitungsrechtes eine vertragliche Einigung mit den Grundeigentümern erforderlich.⁶

Die vorliegende Novelle traf in § 5 Abs 7 und Abs 8 TKG allerdings eine gewisse Neuregelung in Bezug auf Antennentragemasten, soweit diese auf Grundstücken oder Objekten errichtet wurden, die nicht „öffentliches Gut“⁷ darstellen und deren Eigentümer eine Gebietskörperschaft oder ein ausschließlich im Eigentum einer Gebietskörperschaft stehender Rechtsträger ist. Hinsichtlich der Inanspruchnahme solcher Grundstücke und Objekte (wie Amts- oder Bürogebäude) für Antennentragemasten ist nunmehr in § 5 Abs 7 TKG vorgesehen, dass lediglich „eine der Wertminderung entsprechende Abgeltung zu leisten“ ist. In § 5 Abs 8 TKG ist ergänzend dazu geregelt, dass die Regulierungsbehörde für derartige der Wertminderung entsprechende Abgeltungen mit Verordnung „Richtsätze“ festzulegen hat. Mit dieser Neuregelung sind Rechtsfragen verbunden, um deren Beantwortung der Gutachter ersucht wurde und mit denen sich daher die folgenden Ausführungen befassen.

II. Im Eigentum einer Gebietskörperschaft stehende Rechtsträger

So stellt sich zunächst einmal die Frage, was unter Rechtsträgern im Sinne von § 5 Abs 7 TKG ist, die „ausschließlich im Eigentum einer Gebietskörperschaft“ stehen. Unzweifelhaft handelt es sich nach der nunmehrigen Fassung⁸

⁵ RV 1389 BlgNR 24. GP, S 7. In Bezug auf „Kleinantennen“ wurde durch die TKG-Novelle allerdings ein Leitungsrecht in § 5 Abs 6 TKG geschaffen.

⁶ Mikula, Neuerungen bei den Leitungs- und Mitbenutzungsrechten durch die TKG-Novelle 2011, Medien und Recht 2011, 339 (340).

⁷ Zum Begriff des „öffentlichen Gutes“ siehe etwa VwGH 15.12.2003, 2003/03/0163, mwN.

⁸ Nach der Fassung des Ministerialentwurfes (GZ BMVIT-630.333/0002-III/PT2/8) zur Novelle war in § 5 Abs 7 TKG noch von „ausschließlich im Eigentum eines öffentlichen Rechtsträgers“ stehenden Objekten die Rede, was seinem Wortsinn nach sämtliche öffentliche Rechtsträger der öffentlichen Hand umfasste, auch wenn sie wie etwa die FMA (§ 1 FMABG) oder die E-Control (§ 2 E-ControlG) als „öffentliche Anstalt“ in niemandes Eigentum stehen. Durch die davon abweichende Formulierung bereits in der Regierungsvorlage ist

dieser Vorschrift um Rechtsträger, die sich im Eigentum einer Gebietskörperschaft befinden. Fraglich ist allerdings, ob unter „Eigentum“ im Sinne von § 5 Abs 7 TKG nur das „unmittelbare“ Eigentum einer Gebietskörperschaft oder auch das „mittelbare“ Eigentum zu verstehen ist. Würde „Eigentum“ im Sinne dieser Bestimmung nur das „unmittelbare“ Eigentum meinen, dann wären davon etwa Liegenschaften und Objekte der ASFINAG umfasst, weil die Anteile an der ASFINAG gemäß § 1 ASFINAG-Gesetz dem Bund vorbehalten⁹ sind und der Bund als Gebietskörperschaft somit „unmittelbarer“ Eigentümer der ASFINAG ist. Demgegenüber wäre bei diesem Verständnis aber etwa die BIG von § 5 Abs 7 TKG nicht erfasst, weil „unmittelbare“ Eigentümerin der BIG gemäß § 2 Abs 1 BIG-Gesetz die ÖBAG ist, die ihrerseits freilich ausschließlich im „unmittelbaren“ Eigentum des Bundes steht. Gleiches würde für die Tochtergesellschaften der ÖBB-Holding AG (wie die ÖBB-Infrastruktur AG) gelten, weil der Bund nur an der ÖBB-Holding AG „unmittelbar“ beteiligt ist.¹⁰

Der Begriff „Eigentum“ in § 5 Abs 7 TKG kann seinem Wortsinn nach aber auch so verstanden werden, dass er das „mittelbare“ Eigentum von Gebietskörperschaften an Rechtsträgern einschließt. Demnach wären von § 5 Abs 7 TKG alle Rechtsträger umfasst, die unabhängig von der rechtlichen Konstruktion letztlich im Eigentum einer Gebietskörperschaft stehen, weil die Gebietskörperschaft wenn auch vermittelt über Tochterunternehmen das Eigentum an dem betreffenden Rechtsträger hält. Bei diesem Verständnis wären von § 5 Abs 7 TKG auch Rechtsträger wie die BIG umfasst, bei denen die „ausschließliche“ Eigentümerstellung über eine Tochtergesellschaft (wie die ÖBAG) vermittelt wird.

Bereits eine historische Interpretation spricht dafür, dass „Eigentum“ im Sinne von § 5 Abs 7 TKG das „mittelbare Eigentum“ an Rechtsträgern einschließt. Denn neben § 5 Abs 7 TKG bezieht sich auch § 5 Abs 6 TKG auf „ausschließlich im Eigentum einer Gebietskörperschaft“ stehende Rechtsträger

allerdings anzunehmen, dass diese Rechtsträger nicht mehr von § 5 Abs 7 TKG umfasst sind. Ist doch nach der überzeugenden Rechtsprechung von VfGH und VwGH grundsätzlich anzunehmen, dass mit der Änderung einer Formulierung auch die Änderung des Sinngehaltes einer Vorschrift verbunden ist; *Potacs*, Auslegung im öffentlichen Recht (1994) 144, 148, mwN. Fraglich bleibt allerdings, ob die damit erfolgte Differenzierung zwischen Rechtsträgern der öffentlichen Hand (je nachdem, ob sie im Eigentum einer Gebietskörperschaft stehen oder nicht) sachlich gerechtfertigt und damit gleichheitskonform erscheint.

⁹ Ebenso ist der Bund auch „unmittelbarer“ Eigentümer der Österreichischen Bundesforste AG; siehe § 2 Abs 1 BundesforsteG.

¹⁰ Siehe § 2 Abs 1 BundesbahnG.

und es ist kaum anzunehmen, dass § 5 Abs 6 TKG insoweit eine andere Bedeutung hat wie § 5 Abs 7 TKG. In den Erläuterungen der Regierungsvorlage heißt es zu § 5 Abs 6 TKG: „Die Beschränkung dieses Rechts auf Objekte, die im Eigentum einer Gebietskörperschaft oder eines Rechtsträgers, der ausschließlich im Eigentum einer Gebietskörperschaft steht, stehen, erfolgte deshalb, da nicht zuletzt durch die öffentliche Hand rechtspolitisches Interesse am Aufbau qualitativ hochwertiger Infrastruktur definiert wurde. Öffentliche Grundeigentümer sollen daher auch vermehrt zu deren Verwirklichung beitragen als private Grundeigentümer.“¹¹ Im Lichte dieser gesetzgeberischen Zielsetzung wäre es gänzlich unverständlich, wenn lediglich im „unmittelbaren“ Eigentum von Gebietskörperschaften stehende Rechtsträger in die Pflicht genommen würden. Ganz im Gegenteil ist aus dieser in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gebrachte Inanspruchnahme der „öffentlichen Hand“ bzw „öffentlicher Grundeigentümer“ zu schließen, dass es nicht auf die formale Eigentümerstruktur, sondern den Charakter als öffentliches Eigentum ankommt, der aber auch bei im „mittelbaren“ Eigentum von Gebietskörperschaften stehenden Rechtsträgern völlig außer Streit steht.

Eine klare Bestätigung findet dieser Befund auch darin, dass andernfalls die Verpflichtungen des § 5 Abs 6 und Abs 7 TKG durch Gründung von Tochtergesellschaften leicht umgangen werden könnten. Das ist auch bei der Auslegung dieser Rechtsvorschriften in Rechnung zu stellen, weil dem Gesetzgeber wohl kaum eine leicht umgehbare Regelung als von ihm gewollt zu gesonnen werden kann. Dementsprechend ist auch nach der Rechtsprechung des VwGH eine Rechtsvorschrift zur Vermeidung von Umgehungen „nicht nach formellen Gesichtspunkten, sondern in wirtschaftlichen Betrachtungsweise zu beurteilen“¹². Charakteristisches Merkmal einer solchen „wirtschaftlicher Betrachtungsweise“ ist es, dass eine Vorschrift nicht unter formalen Aspekten (wie etwa der „unmittelbaren“ Eigentümerstellung), sondern nach ihrem wirtschaftlichen Sinn und Zweck ausgelegt wird.¹³ Dieser besteht aber wie dargelegt darin, die öffentliche Hand beim Ausbau der Infrastruktur stärker in die Pflicht zu neh-

¹¹ RV 257 BlgNR 26. GP, S 4. Ebenso *BMVIT/BMF/BMDV*, 5G-Strategie, 22.

¹² VwGH 26.9.2017, Ra 2017/04/0049. Dazu näher *Potacs*, Umgehung im Wirtschaftsverwaltungsrecht, *ÖZW* 2018, 158 ff.

¹³ Näher *Potacs*, Zur „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ im öffentlichen Recht, in FS Schäffer (2006), 669 (674).

men, was kaum eine Einschränkung auf im „unmittelbaren“ Eigentum von Gebietskörperschaften stehenden Rechtsträgern erlaubt. Im Hinblick darauf ist überdies darauf hinzuweisen, dass eine insoweit unterschiedliche Behandlung zwischen im „unmittelbaren“ und lediglich im „mittelbaren“ Eigentum von Gebietskörperschaften sachlich auch nur schwer zu rechtfertigen wäre, weshalb nicht zuletzt auch auf Grund einer verfassungskonformen Auslegung im Hinblick auf den Gleichheitssatz § 5 Abs 7 TKG nicht nur im „unmittelbaren“, sondern auch im „mittelbaren“ Eigentum von Gebietskörperschaften stehende Rechtsträger umfasst.

Insgesamt ist daher festzuhalten, dass sich der Anspruch auf eine der Wertminderung entsprechende Abgeltung gemäß § 5 Abs 7 TKG auf „unmittelbar“ und „mittelbar“ im ausschließlichen Eigentum von Gebietskörperschaften stehende Liegenschaften und Objekte bezieht.¹⁴ Dementsprechend unterliegen diesem Anspruch auch 100%-Tochtergesellschaften (wie die BIG) von „unmittelbar“ im ausschließlichen Eigentum einer Gebietskörperschaft stehenden Gesellschaften (wie der ÖBAG). Aber auch weitere Tochtergesellschaften („Tochtergesellschaften weiterer Stufe“, etwa der BIG) wären davon umfasst, wenn sie ausschließlich im Eigentum der betreffenden Tochtergesellschaft und damit im „mittelbaren“ Eigentum einer Gebietskörperschaft stehen.

III. Abgeltung der Wertminderung

A. Reichweite

All diesen Rechtsträgern wurde gemäß § 5 Abs 7 TKG der Anspruch für Antennentragemasten auf ihren Objekten und Liegenschaften auf „eine der Wertminderung entsprechende Abgeltung“ begrenzt. Allerdings ist die Einräumung entsprechender Nutzungsrechte für Antennentragemasten auch nach der TKG-

¹⁴ In diesem Sinne wohl auch Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie *Ing. Hofer* (StProtNR 26. GP, 43. Sitzung, 203): „Wir haben festgelegt, dass die öffentliche Hand ihr Eigentum zur Verfügung stellen muss, das heißt: alle Grundstücke der ÖBB, alle Grundstücke der Asfinag, der Bundesforste, jedes Gemeindeamt, das Ländereigentum, das Eigentum von BIG und Belig.“

Novelle nicht als Leitungsrecht ausgestaltet und unterliegt daher einer vertraglichen Vereinbarung. Außerdem ist zu bedenken, dass es nach dem Gutachter mitgeteilten Informationen derzeit eine Reihe in der Vergangenheit abgeschlossener Verträge mit längerer Laufzeit ohne Kündigungsrecht gibt. Vor diesem Hintergrund stellt sich daher die weitere Frage, ob die Begrenzung auf eine der Wertminderung entsprechende Abgeltung gemäß § 5 Abs 7 TKG auch für im zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Bestimmung (31.11.2018¹⁵) bereits laufende Verträge gilt, in denen ein anderes (höheres) Entgelt vereinbart wurde.

Auf Grund einer Wortsinninterpretation von § 5 Abs 7 TKG ist diese Frage ganz zweifellos zu bejahen. Wird doch nach dieser Vorschrift der Anspruch auf eine der Wertminderung entsprechende Abgeltung in Bezug auf Objekte und Liegenschaften eingeräumt, auf denen ein Antennentragemast „errichtet wurde“. Seinem Wortsinn nach bezieht sich dieser Anspruch daher auf bereits „errichtete“ Antennentragemasten, was nach dem Konzept des TKG aber nur auf vertraglicher Grundlage möglich erscheint. Eine Wortsinninterpretation ergibt daher, dass der Anspruch auf eine der Wertminderung entsprechende Abgeltung gemäß § 5 Abs 7 TKG auch auf bei Inkrafttreten der TKG-Novelle bereits abgeschlossene Verträge gilt. Das ist für die Auslegung dieser Vorschrift von erheblichem Gewicht, weil nach begründeter Lehre¹⁶ und Rechtsprechung¹⁷ bei der Auslegung verwaltungsrechtlicher Bestimmungen von einem Vorrang der Wortsinninterpretation auszugehen ist. Hinzu kommt, dass für dieses auf Grund einer Wortsinninterpretation gewonnene Auslegungsergebnis auch eine systematische Interpretation spricht. Denn in § 5 Abs 3 TKG heißt es in Bezug auf das dort eingeräumte unentgeltliche Leistungsrecht ausdrücklich, dass die Unentgeltlichkeit „nicht die bereits am 1. August 1997 bestanden habenden rechtlichen Grundlagen der Einhebung von Abgaben“ betrifft. In Ermangelung einer entsprechenden Übergangsvorschrift in § 5 Abs 7 TKG kann daher aus der dargelegten Regelung in § 5 Abs 3 TKG *e contrario* der Umkehrschluss gezogen werden, dass sich der Anspruch auf Wertminderung gemäß § 5 Abs 7 TKG sehr wohl auch auf bei Inkrafttreten der TKG-Novelle bereits geltende Verträge bezieht.

¹⁵ BGBl I 78/2018 Z 154 iV mit Art 49 Abs 1 B-VG.

¹⁶ ZB *Potacs*, Auslegung und Legalitätsprinzip, ZfV 2015, 230 (232 f).

¹⁷ ZB VwGH 23.2.2001, 98/06/240.

Außerdem fügt sich dieses Ergebnis in die aus der Regierungsvorlage erkennbare historische Absicht des Gesetzgebers, wonach „die öffentliche Hand“ wegen ihres rechtspolitischen Interesses am Aufbau qualitativ hochwertiger Infrastruktur „vermehrt zu deren Verwirklichung beitragen“¹⁸ soll. Auch die Formulierung im Ausschussbericht unterstützt dieses Auslegungsergebnis, wenn danach der Ausschuss davon ausgeht, „dass die Entgelte für vertraglich *eingeräumte* Entgelte für Antennenmasten sich ausschließlich an der Wertminderung orientieren“¹⁹. Insbesondere ist aber auch noch zu bedenken, dass nach der EG-Rahmenrichtlinie die Schaffung der „Voraussetzungen für einen lautereren, wirksamen Wettbewerb“²⁰ durch die Mitgliedstaaten zum Ziel erklärt wird. Wie der OGH bereits festgestellt hat, ist mit diesem Ziel „die Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen für alle Telekommunikationsunternehmen zum Nutzen der Verbraucher“²¹ verbunden. Nach zutreffender Ansicht des OGH würde es diesem Ziel zuwiderlaufen, wenn in Bezug auf bestehende und künftig abzuschließende Verträge ein Unterschied bestünde.²² Genau dies wäre aber auch im vorliegenden Zusammenhang der Fall, wenn der Anspruch auf Abgeltung lediglich der Wertminderung nur für künftig abzuschließende und nicht auch für bestehende Verträge gelten würde. Auf Grund einer Wortsinninterpretation sowie systematischer, historischer und unionsrechtskonformer Auslegung ist daher anzunehmen, dass der Anspruch auf Abgeltung der Wertminderung gemäß § 5 Abs 7 TKG auch für Verträge gilt, die bei Inkrafttreten der TKG-Novelle bereits bestanden haben.

Es ist zu betonen, dass diesem Befund auch das Argument verfassungskonformer Auslegung wegen des damit verbundenen Eingriffs in das Grundrecht auf Eigentum²³ nicht überzeugend entgegengehalten werden kann. Zwar unterliegen auch Gebietskörperschaften²⁴ sowie andere juristische Personen des öffentlichen Rechts²⁵ prinzipiell dem Grundrechtsschutz. Allerdings ist der

¹⁸ RV 257 BlgNR 26. GP, S 4.

¹⁹ AB 315 BlgNR 26. GP, S 4 (Hervorhebung nicht im Original).

²⁰ Erwägungsgrund 22 der RL 2002/21/EG (ABl L 108/36).

²¹ OGH 17.3.2005, 6 Ob 310/04b.

²² Ebenda.

²³ Zum Charakter von gesetzlichen Eingriffen in Verträge als Eingriffe in das Grundrecht auf Eigentum siehe etwa VfSlg 17071/2003.

²⁴ ZB VfSlg 11828/1988.

²⁵ ZB 10000/1984, mwN.

Grundrechtsschutz juristischer Personen des öffentlichen Rechts nach herrschender Lehre gegenüber jenem Privater erheblich herabgesetzt.²⁶ Das ist auch bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung in Rechnung zu stellen, an denen Eigentumseingriffe zu messen sind.²⁷ Im Hinblick darauf kann kaum zweifelhaft sein, dass die Geltung von § 5 Abs 7 TKG für bestehende Verträge verfassungskonform erscheint, zumal das in der Regierungsvorlage genannte Ziel der vermehrten Beitragsleistung öffentlicher Liegenschaftseigentümer im Hinblick auf deren rechtspolitischem Interesse „am Aufbau einer qualitativ hochwertigen Infrastruktur“²⁸ eine durchaus angemessene Rechtfertigung bietet.

Dabei ist auch zu bedenken, dass der mit der Geltung von § 5 Abs 7 TKG für bestehende Verträge verbundene Eigentumseingriff dadurch abgeschwächt wird, dass der Anspruch auf Abgeltung der Wertminderung für laufende Verträge erst ab Inkrafttreten der TKG-Novelle *ex nunc* besteht. Dies ist daraus zu schließen, dass gemäß Art 49 B-VG gesetzliche Regelungen grundsätzlich mit Ablauf des Tages der Kundmachung ihre verbindliche Geltung (ihren zeitlichen „Bedingungsbereich“²⁹) erlangen, soweit „nicht ausdrücklich anderes bestimmt ist“. Da in der TKG-Novelle aber keine Rückwirkung ausdrücklich angeordnet wird, ist gemäß Art 49 B-VG davon auszugehen, dass Anspruch gemäß § 5 Abs 7 TKG in Bezug auf laufende Verträge erst *ex nunc* ab Inkrafttreten der TKG-Novelle besteht. Nur der Vollständigkeit halber ist auch noch klarzustellen, dass der Anspruch auf Abgeltung der Wertminderung gemäß § 5 Abs 7 TKG auch für nach Inkrafttreten der TKG-Novelle abgeschlossene Verträge besteht. Dies ist nicht zuletzt auf Grund verfassungskonformer Auslegung im Hinblick auf den Gleichheitssatz anzunehmen, weil es insoweit kaum eine sachliche Rechtfertigung für eine Differenzierung zwischen zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der TKG-Novelle bestehenden und danach abgeschlossenen Verträgen gäbe.

²⁶ ZB Korinek/Holoubek, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 163 f; Berka, Verfassungsrecht⁷ (2018) Rz 1242 ff; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹² (2019) Rz 705.

²⁷ ZB Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹² Rz 717.

²⁸ RV 257 BlgNR 26. GP, S 4.

²⁹ ZB Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹¹ (2015) Rz 491.

Alles in allem ist daher festzuhalten, dass der Anspruch auf Abgeltung lediglich der Wertminderung gemäß § 5 Abs 7 TKG sowohl *ex nunc* für zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der TKG-Novelle bereits bestehende Verträge als auch für nach diesem Zeitpunkt abgeschlossene Verträge gilt.

B. Geltendmachung

Damit stellt sich als weitere Frage, wie der Anspruch auf Abgeltung der Wertminderung von den Beteiligten geltend gemacht werden kann. Schon auf Grund einer Wortsinninterpretation von § 6 Abs 3 TKG ist davon auszugehen, dass die Regulierungsbehörde dafür nicht zuständig ist. Denn in dieser Bestimmung sind die Angelegenheiten angeführt, in denen „jeder der Beteiligten die Regulierungsbehörde zur Entscheidung anrufen“ kann. Dazu zählen zwar die Angelegenheiten des § 5 Abs 3 bis 6 TKG, nicht jedoch auch jene des § 5 Abs 7 TKG. Daraus ist der Schluss zu ziehen, dass der Anspruch auf Wertminderung nach dieser Vorschrift auch nicht vor der Regulierungsbehörde geltend gemacht werden kann. Bestätigt wird dieses Ergebnis einer Wortsinninterpretation durch eine historische Auslegung, weil im Ministerialentwurf noch eine Zuständigkeit der Regulierungsbehörde „zur Entscheidung über die Angemessenheit einer vertraglich vereinbarten Abgeltung“³⁰ vorgesehen war. Das Fehlen dieser Regelung bereits in der Regierungsvorlage und in weitere Folge im Gesetz kann wohl nur dahingehend gedeutet werden, dass in diesen Angelegenheiten letztlich keine Zuständigkeit der Regulierungsbehörde gewollt war, weil mit der Änderung einer Formulierung grundsätzlich auch eine Änderung des Sinngehaltes einer Vorschrift verbunden ist³¹.

In Bezug auf die Zuständigkeit zur Geltendmachung einer Abgeltung der Wertminderung gemäß § 5 Abs 7 TKG für die Errichtung von Antennentragemasten ist außerdem in Rechnung zu stellen, dass die Errichtung von Antennentragemasten auch nach der TKG-Novelle weiterhin nicht als Leitungsrecht ausgestaltet ist, sondern nach wie vor der vertraglichen Vereinbarung unterliegt.

³⁰ Siehe § 6 Abs 3a des Ministerialentwurfes GZ BMVIT-630.333/0002-III/PT2/2018.

³¹ Siehe dazu FN 8.

Daher ist davon auszugehen, dass es sich bei den daraus erwachsenden Ansprüchen um privatrechtliche Rechtsverhältnisse handelt, die gemäß § 1 JN vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen sind. Das gilt ebenso für den Anspruch auf Abgeltung der Wertminderung gemäß § 5 Abs 7 TKG, der letztlich eine gesetzliche Ausgestaltung dieses grundsätzlich privatrechtlich konzipierten Rechtsverhältnisses darstellt. Auch die Abgeltung auf Wertminderung gemäß § 5 Abs 7 TKG ist daher gemäß § 1 JN vor ordentlichen Gerichten geltend zu machen, zumal andernfalls auf Grund des klaren Ausscheidens einer Zuständigkeit der Regulierungsbehörde nach dem TKG für derartige Ansprüche überhaupt kein Rechtsschutz erlangt werden könnte, was aber mit rechtsstaatlichen Vorgaben der Verfassung kaum in Einklang zu bringen wäre³². Allerdings ist fraglich, weshalb nicht auch die Abgeltung der Wertminderung gemäß § 5 Abs 7 TKG vor der Regulierungsbehörde geltend gemacht werden kann, zumal in Hinblick auf die Abgeltung gemäß § 5 Abs 5 TKG sehr wohl die Regulierungsbehörde nach § 6 Abs 3 TKG angerufen werden kann. Nicht zuletzt im Hinblick auf den Gleichheitssatz stellt sich die Frage, ob diese Differenzierung sachlich gerechtfertigt ist.

Insgesamt ist daher festzuhalten, dass die Entscheidung über Ansprüche auf Abgeltung der Wertminderung gemäß § 5 Abs 7 TKG in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte fällt.

IV. Richtsatzverordnung

A. Keine Rückwirkung

Allerdings wurde der Regulierungsbehörde in Bezug auf die Abgeltung von Wertminderungen gemäß § 5 Abs 7 TKG durch die TKG-Novelle dennoch eine gewisse Kompetenz eingeräumt. Hat sie doch gemäß § 5 Abs 8 TKG für die der Wertminderung von Liegenschaften und Objekten entsprechenden Abgeltung

³² Siehe zum Erfordernis eines effektiven Rechtsschutzes auf Grund des rechtsstaatlichen Prinzips der Verfassung zB *Öhlinger/Eberhard*, Verfassung¹², Rz 83 f.

gen „durch Verordnung Richtsätze festzulegen“, an die dann auch die ordentlichen Gerichte gebunden sind. Diese Verordnung ist nach § 5 Abs 8 TKG von der Regulierungsbehörde binnen eines Jahres nach Inkrafttreten der TKG-Novelle zu erlassen, also spätestens 1.12.2019. Nach ständiger Rechtsprechung des VfGH ist eine rückwirkende Erlassung von Verordnungen nur dann zulässig, wenn das Gesetz dazu ausdrücklich ermächtigt.³³ Eine solche explizite gesetzliche Ermächtigung zur Rückwirkung von Richtsatzverordnungen ist aber im TKG nicht enthalten. Es ist daher davon auszugehen, dass die Regulierungsbehörde eine Richtsatzverordnung gemäß § 5 Abs 8 TKG nicht rückwirkend erlassen darf. Der jüngst von der Regulierungsbehörde zur öffentlichen Konsultation veröffentlichte Entwurf der Richtsatzverordnung³⁴ sieht auch keine solche Rückwirkung vor.

B. Gesetzlicher Anspruch ohne Richtsatzverordnung

Damit stellt sich schließlich auch noch die Frage, ob für die Zeit zwischen Inkrafttreten der TKG-Novelle bis zur Erlassung der Richtsatzverordnung ein Anspruch auf Abgeltung der Wertminderung unmittelbar auf Grund des Gesetzes besteht. Diese Frage ist bereits auf Grund einer Wortsinninterpretation von § 5 Abs 7 und Abs 8 TKG zu bejahen. Denn weder in der einen noch in der anderen Vorschrift wird der Anspruch auf Abgeltung der Wertminderung von der vorangegangenen Erlassung einer Richtsatzverordnung abhängig gemacht. Daher ist auf Grund von Art 49 Abs 1 B-VG davon auszugehen, dass der Anspruch auf Abgeltung der Wertminderung gemäß § 5 Abs 7 TKG ab Inkrafttreten dieser Bestimmung am 1.12.2018 auch ohne Richtsatzverordnung unmittelbar durch das Gesetz eingeräumt wurde. Für diese Auffassung spricht außerdem eine systematische Interpretation von § 5 Abs 8 TKG. Denn nach dieser Bestimmung sind Richtsätze von der Regulierungsbehörde nicht nur in Bezug auf Abgeltungen gemäß § 5 Abs 7 TKG, sondern auch im Hinblick auf Abgeltungen von Leitungsrechten gemäß § 5 Abs 5 TKG zu erlassen. Zur Entscheidung

³³ ZB VfSlg 7139/1973; 8946/1980; 17773/2006; 19005/2010; VfGH 12.12.2016, V 57-58/2016-10, mwN. Zur Begründung dieser Judikatur siehe etwa *Potacs*, Devisenbewirtschaftung (1991) 285, mwN.

³⁴ Entwurf der Verordnung der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH), mit der Richtsätze für die Abgeltung der Wertminderung von Liegenschaften und Objekten durch Antennentragsmasten und Leitungsrechte festgelegt werden RVON 5/2018.

über die Abgeltung dieser Leistungsrechte kann gemäß § 6 Abs 3 die Regulierungsbehörde angerufen werden und auch hier ist dem Gesetz nicht zu entnehmen, dass dafür zuvor eine Richtsatzverordnung zu erlassen wäre. Wird aber die Geltendmachung eines Anspruches auf Abgeltung gemäß § 5 Abs 5 TKG nicht von einer Richtsatzverordnung abhängig gemacht, so kann kaum anderes für die Geltendmachung der Abgeltung der Wertminderung gemäß § 5 Abs 7 TKG angenommen werden, weil das Gebot zur Erlassung von Richtsätzen in § 5 Abs 8 TKG für beide Ansprüche in gleicher Weise geregelt ist.

Daraus folgt, dass ab Inkrafttreten der TKG-Novelle auch schon vor Erlassung einer Richtsatzverordnung ein Anspruch auf Abgeltung der Wertminderung unmittelbar auf Grund von § 5 Abs 7 TKG besteht.

V. Ergebnis

Zusammenfassend kann aus den vorangegangenen Darlegungen als Ergebnis festgehalten werden:

1. Der Anspruch auf eine der Wertminderung entsprechende Abgeltung gemäß § 5 Abs 7 TKG bezieht sich nicht nur auf „unmittelbar“, sondern auch „mittelbar“ im ausschließlichen Eigentum von Gebietskörperschaften stehenden Rechtsträgern. Dementsprechend unterliegen diesem Anspruch auch 100%-Tochtergesellschaften (wie die BIG) von „unmittelbar“ im ausschließlichen Eigentum einer Gebietskörperschaft stehenden Gesellschaften (wie der ÖBAG). Aber auch Tochtergesellschaften „weiterer Stufe“ (Tochtergesellschaften von Tochtergesellschaften) wären davon erfasst, wenn sie ausschließlich im Eigentum der betreffenden Tochtergesellschaft und damit im „mittelbaren“ Eigentum einer Gebietskörperschaft stehen.

2. Der Anspruch auf Abgeltung der Wertminderung gemäß § 5 Abs 7 TKG gilt sowohl *ex nunc* für zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der TKG-Novelle bereits bestehende Verträge als auch für nach diesem Zeitpunkt abgeschlossene Verträge.

3. Die Entscheidung über Ansprüche auf Abgeltung der Wertminderung gemäß § 5 Abs 7 TKG fällt in die Zuständigkeit der ordentlichen

Gerichte, was aber im Hinblick auf den Gleichheitssatz nicht ganz unproblematisch ist.

4. Eine Richtsatzverordnung gemäß § 5 Abs 8 TKG über die Abgeltung der Wertminderungen darf von der Regulierungsbehörde nicht rückwirkend erlassen werden.

5. Bereits vor Erlassung einer Richtsatzverordnung besteht ein Anspruch auf Abgeltung der Wertminderung unmittelbar auf Grund von § 5 Abs 7 TKG.

Wien, 28.6.2018

Michael Rhen