

# TE Vwgh Erkenntnis 2005/4/26 2004/03/0190

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 26.04.2005

## Index

E000 EU- Recht allgemein;  
E3L E13206000;  
001 Verwaltungsrecht allgemein;  
10/10 Grundrechte;  
19/05 Menschenrechte;  
20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
91/01 Fernmeldewesen;

## Norm

32002L0021 Rahmen-RL Kommunikationsnetze Art11;  
32002L0021 Rahmen-RL Kommunikationsnetze Art12 Abs1;  
32002L0021 Rahmen-RL Kommunikationsnetze Art12;  
32002L0021 Rahmen-RL Kommunikationsnetze Art8 Abs2;  
32002L0021 Rahmen-RL Kommunikationsnetze Art8 Abs3;  
32002L0021 Rahmen-RL Kommunikationsnetze Art8 Abs4;  
32002L0021 Rahmen-RL Kommunikationsnetze Art8;  
32002L0021 Rahmen-RL Kommunikationsnetze Erwägungsgrund22;  
32002L0021 Rahmen-RL Kommunikationsnetze Erwägungsgrund23;  
ABGB §6;  
ABGB §7;  
AVG §17 Abs1;  
AVG §37;  
AVG §45 Abs1;  
AVG §45 Abs3;  
AVG §52;  
EURallg;  
MRKZP 01te Art1;  
StGG Art5;  
TKG 2003 §1;  
TKG 2003 §13;  
TKG 2003 §5 Abs1;

TKG 2003 §5 Abs3;  
TKG 2003 §5 Abs4 Z1;  
TKG 2003 §5 Abs4 Z2 litc;  
TKG 2003 §5 Abs4;  
TKG 2003 §5;  
TKG 2003 §6 Abs2;  
TKG 2003 §6 Abs3;  
TKG 2003 §6;  
TKG 2003 §7;  
TKG 2003 §8 Abs1;  
TKGNov 02te 1999;  
TWG 1998 §9 Abs2;  
VwRallg;

### **Beachte**

Serie (erledigt im gleichen Sinn):2004/03/0189 E 26. April 2005 2004/03/0191 E 26. April 2005 2004/03/0192 E 26. April 2005

### **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sauberer und die Hofräte Dr. Handstanger, Dr. Berger, Dr. Lehofer und Mag. Samm als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Zeleny, über die Beschwerde der W Genossenschaft mit beschränkter Haftung in Wien, vertreten durch Graf, Maxl & Pitkowitz, Rechtsanwälte in 1010 Wien, Stadiongasse 2, gegen den Bescheid des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie vom 21. September 2004, ZI 100348/III-P2/04, betreffend Einräumung von Leitungsrechten (mitbeteiligte Partei: T GmbH in W, vertreten durch Dr. Thomas Kustor, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Seilergasse 16), zu Recht erkannt:

### **Spruch**

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.171,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Begründung**

I.

1. Mit dem angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde dem Devolutionsantrag der mitbeteiligten Partei vom 23. Februar 2004 statt (Spruchpunkt I) und räumte der mitbeteiligten Partei gemäß §§ 5 ff Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl I Nr 70/2003, (TKG 2003) ein näher beschriebenes, durch Verweisung auf angeschlossene Beilagen umschriebenes Leitungsrecht an der Liegenschaft EZ 611, Grundstück Nr 83/3, Bezirksgericht Liesing, ein: Die mitbeteiligte Partei sei berechtigt, die beantragten Telekommunikationslinien (Breitbandkabelnetz) inklusive Zubehör auf der Liegenschaft zu errichten, zu betreiben und in Stand zu halten; die Beschwerdeführerin sei verpflichtet, dies zu dulden.

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen Folgendes aus:

Der Devolutionsantrag der mitbeteiligten Partei vom 23. Februar 2004 sei zulässig, weil die erstinstanzliche Behörde, das Fernmeldebüro für Wien, Niederösterreich und Burgenland (FB), nicht innerhalb der in § 113 Abs 3 TKG 2003 genannten Frist von drei Monaten entschieden habe. Die mitbeteiligte Partei habe am 28. Oktober 2003 die Einräumung eines Leitungsrechtes beantragt und die vom FB angeforderten weiteren Unterlagen (der ursprüngliche Antrag sei unvollständig gewesen) mit Schreiben vom 12. November 2003 nachgereicht. Ab diesem Zeitpunkt habe die Dreimonatsfrist zu laufen begonnen. Ein unüberwindliches Hindernis für eine Entscheidung sei ebenso wenig vorgelegen wie ein Verschulden der mitbeteiligten Partei an der Verzögerung, zumal die ursprünglichen Formfehler behoben worden seien.

Der Antrag der mitbeteiligten Partei sei nicht nur zulässig, sondern auch inhaltlich berechtigt: Die Liegenschaft, auf der das Leitungsrecht eingeräumt werden solle, stehe im Alleineigentum der Beschwerdeführerin; die mitbeteiligte Partei sei Bereitsteller eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes im Sinne von § 5 Abs 4 TKG 2003. Sie habe mit Schreiben

vom 25. September 2003, zugestellt am 26. September 2003, ein Leitungsrecht unter Beigabe von technischen Beschreibungen und Planskizzen geltend gemacht. Damit sei dem Gesetz Genüge getan, zumal § 6 Abs 2 TKG 2003 eindeutig von einer "Planskizze" spreche, entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin aber keine detaillierten Pläne fordere. Deren Vorbringen, die übermittelten Beschreibungen seien zu ungenau, könne nicht gefolgt werden, weil sich auf Grund der Planskizzen in Verbindung mit den Erläuterungen eine hinreichend genaue Beschreibung der zu verlegenden Telekommunikationslinien ergebe. Verhandlungen zwischen den Parteien seien nicht geführt worden bzw hätten sie keine privatrechtliche Vereinbarung gemäß § 6 TKG 2003 ergeben: "Das Angebot auf Verhandlungen mit der H (der H-GmbH, der das Nutzungsrecht an der von der Beschwerdeführerin im Haus errichteten Anlage übertragen sei) stellt kein Verhandlungsangebot im Sinne des § 6 TKG dar, da solche Verhandlungen nur zwischen dem Grundeigentümer und dem Leitungsberechtigten verlangt sind und die H nicht Grundeigentümer ist. Im Übrigen kommt es beim Tatbestand des § 6 Abs 3 TKG nicht auf die Verhandlungswilligkeit, sondern ausschließlich auf das Zustandekommen einer Vereinbarung an. Mit der Antragstellung bzw Antragsänderung an die Erstbehörde mit Schreiben vom 12.11.2003 war die gesetzlich vorgesehene Frist von sechs Wochen jedenfalls abgelaufen... An die Nichteinhaltung der Frist ist außer der möglichen Zurückweisung des Antrages durch die Behörde aus formalen Gründen keine weitere Sanktion gebunden. Insbesondere ist die neuerliche Antragstellung nach Ablauf von sechs Wochen zulässig. Um einen unzeitgemäßen und den sich schnell ändernden Wettbewerbsmarkt möglicherweise behindernden Formalismus zu vermeiden, ist die Antragstellung zulässig."

Dem ordnungsgemäß geltend gemachten Leitungsrecht stünden öffentliche Rücksichten nicht entgegen. Näher zu prüfen seien aber die Voraussetzungen des § 5 Abs 4 Z 2 lit c TKG 2003, weil von der Beschwerdeführerin die Möglichkeit der technischen und wirtschaftlichen Mitbenutzung der Leitungen der H (die auf der Liegenschaft bereits eine entsprechende Anlage betreibe) eingewendet worden sei. Dazu habe der (im Verfahren 12 Cg 39/00f des Handelsgerichtes Wien - klagende Parteien: S AG und andere, beklagte Partei: T GmbH - vom Gericht bestellte) Sachverständige Prof. Dipl. Ing. Dr. H P in seinem Gutachten zusammenfassend ausgeführt, eine Nutzung des Telekabelnetzes durch Dritte zur Einleitung von Telefonanschlüssen sei an sich mit beträchtlichem technischen Aufwand möglich, aus Gründen des Aufwandes jedoch unwirtschaftlich. Das Gutachten sei in sich schlüssig, die Argumentation nachvollziehbar. Die Beschwerdeführerin habe "keine vergleichbaren Gründe, die das Ergebnis des Gutachtens verändern würden, vorgelegt". Auch ihr Einwand, das Gutachten beziehe sich auf einen anderen Sachverhalt, könne die Schlüssigkeit der grundsätzlichen Aussage zur Frage der Tunlichkeit/Möglichkeit der Mitbenutzung eines Koaxial-Kabelnetzes zur Einspeisung zusätzlicher Signale nicht in Zweifel ziehen. Die belangte Behörde gehe daher davon aus, dass die Inanspruchnahme der von der H genutzten Anlagen durch die mitbeteiligte Partei nicht möglich und nicht tunlich im Sinne des § 5 Abs 4 Z 2 lit c TKG 2003 sei. Mangels Tunlichkeit der Mitbenutzung komme es auf die von der Beschwerdeführerin weiter aufgeworfenen Fragen zur Mitbenutzung bzw der Einordnung der Nutzungsvereinbarung nicht mehr an. Unberechtigt sei das Vorbringen der Beschwerdeführerin, durch das Leitungsrecht käme es zu einer dauernden und wesentlichen Beschränkung der Nutzung der Liegenschaft. Vielmehr sei unstrittig, dass in Gebäuden mehrere Leitungen nebeneinander verlegt werden könnten, ohne dass eine Beeinträchtigung der Nutzung gegeben sei. Die Beschwerdeführerin habe gar nicht weiter begründet, warum durch mehrere Anbieter von Telekommunikationsdiensten die widmungsgemäße Verwendung der Liegenschaft eingeschränkt werden könnte. Aus der von der mitbeteiligten Partei vorgeschlagenen Verlegung der Leitungen in den dafür vorgesehenen Leitungsschächten des Gebäudes könne nicht auf eine Nutzungsbeeinträchtigung geschlossen werden, vielmehr sei das Bemühen der mitbeteiligten Partei erkennbar, mit tunlichster Schonung im Sinne des § 10 TKG 2003 vorzugehen. Schließlich sei "darauf hinzuweisen, dass gemäß § 11 TKG 2003 die Beschwerdeführerin in ihren Verfügungsrechten nicht beeinträchtigt wird und insbesonders die Telekabel schon auf Grund dieser gesetzlichen Vorschrift zur Entfernung oder Veränderung ihrer Leitung im Bedarfsfall verpflichtet ist."

2. Mit der gegen diesen Bescheid erhobenen Beschwerde machte die Beschwerdeführerin Rechtswidrigkeit seines Inhaltes, Rechtswidrigkeit infolge Unzuständigkeit der belangten Behörde und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend und stellte den Antrag, den angefochtenen Bescheid kostenpflichtig aufzuheben. Die Beschwerdepunkte legte sie wie folgt fest:

"Die Beschwerdeführerin wird durch den angefochtenen Bescheid in ihrem Recht auf Zurück- bzw. Abweisung des Devolutionsantrages der mitbeteiligten Partei verletzt. Weiters wird die Beschwerdeführerin in ihrem Recht auf Nicht-Einräumung eines Leitungsrechtes verletzt, weil die Voraussetzungen der §§ 5 ff. Telekommunikationsgesetz 2003

('TKG'), BGBI. I Nr. 70/2003, nicht vorliegen.

Darüber hinaus wird die Beschwerdeführerin in ihrem Recht auf Durchführung eines vollständigen, dem Grundsatz der materiellen Wahrheit entsprechenden Ermittlungsverfahrens unter anderem deswegen verletzt, weil es die belangte Behörde unterlassen hat, im Rahmen des Ermittlungsverfahrens Beweise über die 'Möglichkeit und Tunlichkeit' der Mitbenutzung des bestehenden Leitungsnetzes durch die mitbeteiligte Partei zu erheben. Ferner fehlt eine nachvollziehbare Bescheidbegründung, sodass auch aus diesem Grund eine Verletzung von wesentlichen Verfahrensvorschriften vorliegt."

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde abzuweisen. Die mitbeteiligte Partei erstattete ebenfalls eine Gegenschrift mit dem Antrag auf Abweisung der Beschwerde.

## II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Die im vorliegenden Fall maßgeblichen Rechtsvorschriften lauten (auszugsweise) wie folgt:

1.1. Telekommunikationsgesetz 2003, BGBI I Nr 70/2003 (TKG 2003):

"Leitungs- und Mitbenutzungsrechte

Leitungsrechte

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

1. zur Errichtung und zur Erhaltung von Kommunikationslinien im Luftraum oder unter der Erde,
2. zur Anbringung und Erhaltung von Leitungsstützpunkten, Vermittlungseinrichtungen und sonstigen Leitungsobjekten und anderem Zubehör,
3. zur Einführung und Führung von Kabelleitungen in Gebäuden und sonstigen Baulichkeiten,
- 4.

zum Betrieb der unter Z 1, 2 und 3 angeführten Anlagen sowie

### 5.

zur Ausästung, worunter das Beseitigen von hinderlichen Baumpflanzungen und das Fällen einzelner Bäume verstanden wird, sowie zur Vornahme von Durchschlägen durch Waldungen. Der Inhalt des jeweiligen Leitungsrechtes ergibt sich aus der Vereinbarung oder aus der Entscheidung der Fernmeldebehörde.

(2) Den mit der Errichtung und Erhaltung der unter Abs. 1 Z 1, 2 oder 3 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.

(3) Bereitsteller eines Kommunikationsnetzes sind berechtigt, Leitungsrechte an öffentlichem Gut, wie Straßen, Fußwege, öffentliche Plätze und den darüber liegenden Luftraum, ausgenommen das öffentliche Wassergut, unentgeltlich und ohne gesonderte Bewilligung nach diesem Gesetz in Anspruch zu nehmen. Unentgeltlichkeit im Sinne dieser Bestimmung betrifft nicht die bereits am 1. August 1997 bestanden habenden rechtlichen Grundlagen der Einhebung von Abgaben.

(4) Bereitsteller eines öffentlichen Kommunikationsnetzes sind berechtigt, Leitungsrechte an privaten Liegenschaften in Anspruch zu nehmen, sofern öffentliche Rücksichten nicht im Wege stehen und wenn

1. die widmungsgemäße Verwendung des Grundstückes durch die Nutzung nicht oder nur unwesentlich dauernd eingeschränkt wird und wenn
  2. a) sich auf einem Grundstück keine Leitung oder Anlage befindet oder
  - b)

eine bestehende Anlage erweitert werden soll,

c)

sich auf einem Grundstück eine Leitung oder Anlage befindet, welche jedoch nicht im Eigentum desjenigen steht, welcher das Grundstück in Anspruch nehmen möchte, und die Mitbenutzung der bestehenden Leitung oder Anlage nicht möglich oder nicht tunlich ist oder der Eigentümer der Leitung oder Anlage nicht gemäß § 8 Abs. 1 zur Gestaltung der Mitbenutzung verpflichtet ist.

(5) Dem Eigentümer einer gemäß Abs. 4 belasteten Liegenschaft ist eine der Wertminderung entsprechende Abgeltung zu leisten. Verfahren zur Einräumung von Leitungsrechten, Abgeltung

§ 6. (1) Berechtigte gemäß § 5 Abs. 3 haben ihre Vorgangsweise bei der Ausübung dieser Rechte mit den Eigentümern oder Nutzungsberechtigten der betroffenen Grundstücke abzustimmen.

(2) Werden Leitungsrechte geltend gemacht, so hat der Leitungsberichtige den Eigentümern unter Beigabe einer Planskizze die auf ihren Liegenschaften beabsichtigten Herstellungen bekannt zu geben. Bestehen auf den in Anspruch genommenen Liegenschaften andere Anlagen, so ist gegenüber ihren Unternehmern in gleicher Weise vorzugehen.

(3) Kommt zwischen dem gemäß § 5 Abs. 4 Verpflichteten und dem Berechtigten eine Vereinbarung über das Leitungsrecht an privaten Liegenschaften oder über die einmalige Abgeltung binnen einer Frist von sechs Wochen ab Einlangen der Nachfrage nicht zustande, kann jeder der Beteiligten die Fernmeldebehörde zur Entscheidung anrufen.

(4) Bis zur Rechtskraft der Entscheidung der Fernmeldebehörde über das Leitungsrecht darf der Bau der beabsichtigten Anlage nicht in Angriff genommen werden.

(5) Sofern ein Vorschlag der Fernmeldebehörde über die Höhe der Abgeltung von einem der Beteiligten abgelehnt wird, ist die Höhe der Abgeltung auf Grund der Schätzung eines beeideten Sachverständigen zu bestimmen. Die Kosten für die dem Sachverständigen zustehenden Gebühren sind vom Leitungsberichtigen zu tragen. Diese Kosten können in angemessenem Verhältnis geteilt werden, wenn dies der Billigkeit entspricht.

(6) Jede der Parteien kann binnen drei Monaten ab Erlassung des die Abgeltung bestimmenden Bescheides die Festsetzung des Betrages bei jenem Bezirksgericht begehren, in dessen Sprengel sich der Gegenstand des Nutzungsrechtes befindet. Der Bescheid der Behörde tritt hinsichtlich des Ausspruchs über die Abgeltung mit Anrufung des Gerichtes außer Kraft. Der Antrag an das Gericht auf Festsetzung der Abgeltung kann nur mit Zustimmung der anderen Parteien zurückgezogen werden.

#### Nutzungsrecht an durch Recht gesicherten Leitungen oder Anlagen

§ 7. Wird auf einem Grundstück eine durch Recht gesicherte Leitung oder Anlage vom Inhaber auch für die Errichtung, den Betrieb, die Erweiterung oder die Erneuerung von Kommunikationslinien genutzt, ist dies vom Eigentümer zu dulden, wenn durch die Errichtung, den Betrieb, die Erweiterung oder die Erneuerung der Kommunikationslinie die widmungsgemäße Verwendung des Grundstückes nicht dauerhaft zusätzlich eingeschränkt wird. Dem Eigentümer oder sonst Nutzungsberechtigten ist eine angemessene Entschädigung zu zahlen, sofern nicht eine solche bereits für eine Nutzung zu Zwecken der Kommunikation geleistet wurde. Die Regulierungsbehörde legt binnen sechs Monaten im Einvernehmen mit Vertretern der betroffenen Parteien bundesweit einheitliche Richtsätze zur einmaligen Abgeltung fest, die in geeigneter Form kundzumachen und auf Verlangen auszuzahlen sind. Sobald ein Angebot auf Entschädigung gemäß den einheitlichen Richtsätzen vorliegt, wird die Nutzung des Grundstücks für Zwecke von Kommunikationslinien nicht gehemmt.

#### Mitbenutzungsrechte

§ 8. (1) Wer ein Wegerecht nach anderen Bundesgesetzen oder wer ein Leitungsrecht nach § 5 oder ein Recht nach § 7 oder § 13 dieses Bundesgesetzes in Anspruch genommen hat, muss insoweit die Mitbenutzung der auf Grund dieser Rechte errichteten Kommunikationslinien oder von Teilen davon gestatten, sofern die Inanspruchnahme von öffentlichem Gut nicht möglich oder nicht tunlich ist, und die Mitbenutzung für den Inhaber der Kommunikationslinie wirtschaftlich zumutbar und technisch vertretbar ist.

(2) Eigentümer oder sonst Nutzungsberechtigte eines Antennenträgemastes oder eines Starkstromleitungsmastes

müssen dessen Mitbenutzung durch Bereitsteller eines öffentlichen Kommunikationsnetzes, durch Feuerwehren, Rettungsdienste sowie Sicherheitsbehörden gestatten, sofern dies 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 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 geldwerte Abgeltung zu leisten. Dabei sind jedenfalls die Kosten für die Errichtung, einschließlich der Kosten der Akquisition, sowie die laufenden Betriebskosten der mitbenutzten Anlage angemessen zu berücksichtigen.

(5) Starkstromleitungsmasten sind Tragwerke samt Fundamenten, Erdungen, Isolatoren, Zubehör und Armaturen, die zum Auflegen von Leitungen oder Leitungssystemen mit einer Betriebsspannung von 110 kV oder mehr zur Fortleitung von elektrischer Energie dienen. Verfahren zur Einräumung von Mitbenutzungsrechten

§ 9. (1) Jeder gemäß § 8 Abs. 1 Verpflichtete muss Bereitstellern eines Kommunikationsnetzes auf Nachfrage ein Angebot zur Mitbenutzung abgeben. Jeder gemäß § 8 Abs. 2 Verpflichtete muss Bereitstellern eines öffentlichen Kommunikationsnetzes sowie Feuerwehren, Rettungsdiensten sowie Sicherheitsbehörden auf Nachfrage ein Angebot zur Mitbenutzung abgeben. Alle Beteiligten haben hiebei das Ziel anzustreben, Mitbenutzung zu ermöglichen und zu erleichtern.

(2) Kommt zwischen dem Verpflichteten und dem Berechtigten eine Vereinbarung über das Mitbenutzungsrecht oder über die einmalige Abgeltung binnen einer Frist von sechs Wochen ab Einlangen der Nachfrage nicht zustande, kann jeder der Beteiligten die Regulierungsbehörde zur Entscheidung anrufen.

(3) Bereitsteller eines öffentlichen Kommunikationsnetzes sind verpflichtet, Rahmenvereinbarungen für die Mitbenutzung der von ihnen genutzten Antennenträgemasten zu erstellen.

(4) Rahmenvereinbarungen gemäß Abs. 4 und Vereinbarungen über Mitbenutzungsrechte gemäß § 8 sind der Regulierungsbehörde schriftlich vorzulegen; sie werden von dieser veröffentlicht. Ausübung von Rechten nach den §§ 5, 7, und 8, Ausästungen, Durchschläge, Verlegung in den Boden

§ 10. (1) Bei Ausübung von Rechten nach den §§ 5, 7 und 8 ist mit tunlichster Schonung der benützten Liegenschaften, der in Anspruch genommenen Anlagen und der Rechte Dritter sowie in möglichst wenig belästigender Weise vorzugehen. Insbesondere hat der Berechtigte während der Ausführung der Arbeiten auf seine Kosten für die tunlichste Aufrechterhaltung des bestimmungsgemäßen Gebrauches der benützten Liegenschaft und der in Anspruch genommenen Anlagen zu sorgen und nach Beendigung der Arbeiten schleunigst einen klaglosen Zustand herzustellen. Auch ist auf andere bestehende oder genehmigte Arbeiten Rücksicht zu nehmen.

(2) Ausästungen können nur in dem für die Errichtung, Erweiterung und Erhaltung der in § 5 Abs. 1 Z 1, 2 oder 3 angeführten Anlagen und zur Vermeidung von Betriebsstörungen unumgänglich notwendigen Umfang beansprucht werden. Durchschläge durch geschlossene Waldungen können von dem Berechtigten nur verlangt werden, wenn sich keine andere wirtschaftliche Möglichkeit der Leitungsführung ergibt und die Erhaltung und forstgemäße Bewirtschaftung des Waldes dadurch nicht gefährdet wird.

(3) Die Ausästungen und Durchschläge sind, insoweit zwischen den Beteiligten nicht ein Übereinkommen zustande kommt, auf Aufforderung des Berechtigten vom Belasteten (Verwaltung des benützten öffentlichen Gutes oder Eigentümer der benützten privaten Liegenschaft) in angemessener Frist vorzunehmen; bei Versäumnis der Frist oder bei Gefahr im Verzug kann die Ausästung vom Berechtigten durchgeführt werden.

(4) Die Kosten der Ausästung und der Vornahme von Durchschlägen sind vom Berechtigten zu tragen.

(5) Die Berechtigten sind mit Ausnahme des Falles gemäß § 7 verpflichtet, nach Maßgabe der technischen Möglichkeiten und unter Abwägung der wirtschaftlichen Bedingungen ihre Kommunikationslinien in den Boden zu verlegen, wenn sich der Grundeigentümer (Nutzungsberechtigte) gegen eine Verlegung im Luftraum über seinem Grund ausspricht."

1.2. Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie)

Erwägungsgründe:

"(22) Um die Voraussetzungen für einen lauteren, wirksamen Wettbewerb zu schaffen, sollte sichergestellt werden, dass zügige, nichtdiskriminierende und transparente Verfahren zur Erteilung von Rechten für die Installation von Einrichtungen bestehen. Diese Richtlinie berührt nicht die nationalen Rechtsvorschriften über die Enteignung oder Nutzung von Grundbesitz, die normale Ausübung der Eigentumsrechte, den normalen Gebrauch öffentlichen Grund und Bodens oder den Neutralitätsgrundsatz in Bezug auf die Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten.

(23) Die gemeinsame Nutzung von Einrichtungen kann aus städtebaulichen, gesundheits- oder umweltpolitischen Gründen vorteilhaft sein und sollte von den nationalen Regulierungsbehörden auf der Grundlage freiwilliger Vereinbarungen gefördert werden. In den Fällen, in denen Unternehmen keinen Zugang zu tragfähigen Alternativen haben, ist es unter Umständen angebracht, die gemeinsame Nutzung von Einrichtungen oder Grundbesitz zwingend vorzuschreiben. Hierzu zählt u.a. die physische Kollision und die gemeinsame Nutzung von Leitungsrohren, Bauwerken, Masten, Antennen oder Antennensystemen. Eine obligatorische gemeinsame Nutzung von Einrichtungen oder Grundbesitz sollte den Unternehmen nur nach einer umfassenden öffentlichen Anhörung vorgeschrieben werden.

(24) Haben Betreiber von Mobiltelefondiensten Türme oder Masten aus Umweltschutzgründen gemeinsam zu nutzen, so kann diese vorgeschriebene gemeinsame Nutzung zu einer Verringerung der für jeden Betreiber aus Gründen der öffentlichen Gesundheit höchstzulässigen Sendeleistung führen; dies wiederum kann es erforderlich machen, dass die Betreiber weitere Sendestationen einrichten, um die landesweite Versorgung sicherzustellen.

## Artikel 11

### Wegerechte

(1) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die zuständige Behörde

- bei der Prüfung eines Antrags auf Erteilung von Rechten für die Installation von Einrichtungen auf, über oder unter öffentlichem oder privatem Grundbesitz an ein Unternehmen, das für die Bereitstellung öffentlicher Kommunikationsnetze zugelassen ist, oder

- bei der Prüfung eines Antrags auf Erteilung von Rechten für die Installation von Einrichtungen auf, über oder unter öffentlichem Grundbesitz an ein Unternehmen, das für die Bereitstellung von nicht-öffentlichen elektronischen Kommunikationsnetzen zugelassen ist,

wie folgt verfährt:

- Sie handelt auf der Grundlage transparenter, öffentlich zugänglicher Verfahren, die nichtdiskriminierend und unverzüglich angewandt werden, und

- sie befolgt die Grundsätze der Transparenz und der Nichtdiskriminierung, wenn sie die betreffenden Rechte an Bedingungen knüpft.

Die vorstehend genannten Verfahren können je nachdem, ob der Antragsteller öffentliche Kommunikationsnetze bereitstellt oder nicht, unterschiedlich sein.

(2) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass bei öffentlichen Behörden oder Gebietskörperschaften, die an Betreibern elektronischer Kommunikationsnetze und/oder -dienste beteiligt sind oder diese kontrollieren, eine tatsächliche strukturelle Trennung zwischen der für die Erteilung der in Absatz 1 genannten Rechte zuständigen Stelle und den Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Eigentum oder der Kontrolle besteht.

(3) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass es wirksame Verfahren gibt, die es Unternehmen erlauben, gegen Entscheidungen über die Erteilung von Rechten für die Installation von Einrichtungen Beschwerde bei einer von den beteiligten Parteien unabhängigen Stelle einzulegen.

## Artikel 12

### Kollokation und gemeinsame Nutzung von Einrichtungen

(1) Darf ein Unternehmen, das elektronische Kommunikationsnetze anbietet, nach innerstaatlichem Recht Einrichtungen auf, über oder unter öffentlichem oder privatem Grundbesitz installieren oder kann es ein Verfahren zur Enteignung oder Nutzung von Grundbesitz in Anspruch nehmen, so fördert die nationale Regulierungsbehörde die gemeinsame Nutzung dieser Einrichtungen oder Grundstücke.

(2) Insbesondere wenn Unternehmen aus Gründen des Umweltschutzes, der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit oder der Stadtplanung und der Raumordnung keinen Zugang zu tragfähigen Alternativen haben, können die Mitgliedstaaten nur nach einer öffentlichen Anhörung von angemessener Dauer, bei der alle interessierten Parteien Gelegenheit zur Meinungsäußerung erhalten müssen, einem Betreiber eines elektronischen Kommunikationsnetzes die gemeinsame Nutzung von Einrichtungen oder Grundbesitz (einschließlich physischer Kollokation) vorschreiben oder Maßnahmen zur Erleichterung der Koordinierung öffentlicher Bauarbeiten treffen. Solche Anordnungen können Regeln für die Umlegung der Kosten bei gemeinsamer Nutzung von Einrichtungen oder Grundbesitz enthalten."

2.1. Unter dem Gesichtspunkt der Unzuständigkeit der belangten Behörde meint die Beschwerdeführerin, der Devolutionsantrag der mitbeteiligten Partei sei unzulässig gewesen, weil der Antrag unvollständig gewesen sei. Mit Schriftsatz vom 12. November 2003 seien zwar Nachweise über die Eigentumsverhältnisse an den belasteten Grundstücken nachgereicht worden, nicht aber die vom FB geforderten technischen Unterlagen. Ein vollständiger Antrag sei bei der zur Sachentscheidung berufenen Stelle zu keinem Zeitpunkt eingelangt. Die Devolutionsfrist beginne aber erst mit der Vorlage ausreichender Unterlagen, ohne die der Antrag nicht vollständig sei. Der Devolutionsantrag wäre deshalb zurückzuweisen gewesen. Selbst wenn man von seiner Zulässigkeit ausgeinge, hätte er abgewiesen werden müssen, weil mangels Vorlage der geforderten technischen Unterlagen die erstinstanzliche Behörde kein Verschulden an der Verzögerung treffe.

2.2. Dieses Vorbringen ist nicht zielführend: Dem an das FB gerichteten Antrag der mitbeteiligten Partei vom 28. Oktober 2003 auf Einräumung eines Leitungsrechtes waren folgende Unterlagen angeschlossen:

"Beilage ./1

Sprachtelefoniekonzession vom 9.3.1998;

Beilage ./2

Mietleitungskonzession vom 9.3.1998;

Beilage ./3

Dienste- und Konzessionsstatus vom 29.9.2003;

Beilage ./4

Rahmenvereinbarung T - S; 1992;

Beilage ./5

Auszug aus dem gemeinsam verhandelten Betreibervertrag;

Beilage ./6

Klageschrift zu 12 Cg 39/00 f (HG- Wien);

Beilage ./7

Gerichtlicher Vergleich im Verfahren 12 C 1561/03 g;

Beilage ./8

Konvolut der Antwortschreiben der S AG an die T GmbH vom 19.9.2003;

Beilage ./9

Nachfrageschreiben der T GmbH an die S AG vom 14.8.2003

Beilage ./10

Verständigungsschreiben an die T A AG vom 14.8.2003;

Beilage ./11

Klageschrift zu 33 Cg 137/02 m (HG- Wien)."

Mit Schreiben vom 1. November 2003 erteilte das FB der

mitbeteiligten Partei folgenden Auftrag:

"Betreff: T GmbH, vs. S AG, et.al. LEITUNGSRECHTE TKG 2003 in Gebäuden

Sehr geehrte Damen und Herren!

Zu Ihrem Antrag vom 28.10., eingelangt am 29.10., ersuchen

wir um Nachreichung folgender Unterlagen bzw. Informationen bis

spätestens

14.11.2003:

1) Nachweis der Eigentumsverhältnisse der Antragsgegnerinnen an den belasteten Grundstücken (Kopie der Grundbuchsauszüge)

2) Technische Unterlagen zu den von Ihnen zu verlegenden Leitungen (z.B. Datenblätter der verwendeten Kabel, vorhandener Leitungsverstärker, u.a.) (vgl. Punkt 3.1.e des Antrages, S. 5f)

3) Klärung, an welchen Grundstücken Leitungsrechte geltend gemacht werden, da zwischen dem Antrag und der Nachfrage (Beilagen 9 und 10 des Antrages) Unterschiede bestehen:

Antrag:

Nachfrage des Leitungsrechtes

Pkt.1.a:

Sonnleithnerg.19/ Fernkorgn. 20

Sonnleithnerg. 15-17 / Fernkorgn. 18- 20

Pkt.1.b:

Anton Baumgartnerstr. 127 u. 129

In der Wiesen / Erlaaerplatz / Anton Baumgartnerstr.

Pkt.1.c:

Collmanng. 1, 5, 7, 9

Collmanng. 1 und 7

Pkt.1.d:

Hetzendorferstr. 44

Hetzendorferstr. 52 - 54

und

Erlaaerplatz 2

In der Wiesen / Erlaaerplatz / Rösslergasse

Um Klärung, Ergänzung bzw. Änderung des Antrages wird ersucht."

Dazu nahm die mitbeteiligte Partei mit Schriftsatz vom 12. November 2003 Stellung und legte folgende weitere Unterlagen vor:

Beilage 12:

Grundbuchsauszug

Beilage 13:

Auszug aus dem Katasterplan

Beilage 14:

Auszug aus dem Stadtplan

Beilage 15:

Grundbuchsauszug

Beilage 16:

Grundbuchsauszug

Beilage 17:

Auszug aus dem Katasterplan

Beilage 18:

Auszug aus dem Stadtplan

Beilage 19:

Grundbuchsauszug

Beilage 20:

Grundbuchsauszug

Beilage 21:

Grundbuchsauszug

Beilage 22:

Auszug aus dem Katasterplan

Beilage 23:

Auszug aus dem Stadtplan

Beilage 24:

Grundbuchsauszug

Beilage 25:

Grundbuchsauszug

Beilage 26:

Schreiben vom 25. September 2003

Weitere Unterlagen, nämlich technische Beschreibungen über die Kabelanlagen sowie Teile von Kabeln, überbrachte der Rechtsvertreter der mitbeteiligten Partei am 14. November 2003 unmittelbar dem FB (vgl den Aktenvermerk vom 14. November 2003). Dieser Aktenvermerk schließt mit dem Passus "Die Rechtslage wird geprüft. Für technische Auskünfte wird Herr B (T) u.U. auch als Zeuge genannt." Weitere Verbesserungsaufträge erfolgten nicht.

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin hat also die mitbeteiligte Partei den Verbesserungsauftrag des FB erfüllt. Die von der Beschwerdeführerin gerügte Unzuständigkeit der belangten Behörde liegt daher nicht vor.

3.1. Unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit des Inhaltes bemängelt die Beschwerdeführerin zunächst, dass die von der mitbeteiligten Partei vorgelegten, dem angefochtenen Bescheid zugrunde gelegten "Planskizzen" nur unbestimmte Musterschemata über die Einleitung von Kabelleitungen in Gebäude darstellten, aus denen weder ersichtlich sei, welche Art von Leitungen noch wo sie verlegt werden sollten. Auch wenn eine "Planskizze" nicht den selben Detaillierungsgrad aufweisen könnte wie ein "Plan", könnten damit doch nicht bloß vage Darstellungen oder Musterschemata gemeint sein. Zweck des Vorliegens von "Planskizzen" sei nämlich, dem Antragsgegner eine Prüfung zu ermöglichen, ob die widmungsgemäße Verwendung des Grundstückes durch die auf der Liegenschaft beabsichtigten Herstellungen eingeschränkt würde.

3.2. Dieses Vorbringen ist nicht zielführend: Gemäß § 6 Abs 2 TKG 2003 hat der Leitungsberechtigte den Eigentümern "unter Beigabe einer Planskizze die auf ihren Liegenschaften beabsichtigten Herstellungen bekannt zu geben", wenn Leitungsrechte geltend gemacht werden. Entsprechend den Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum TKG 2003 (128 BlgNR 22. GP, 5) sollte das Verfahren zur Einräumung von Leitungsrechten "auf der Grundlage des bislang im TWG normierten Verfahrens festgesetzt" werden. Gemäß § 9 Abs 2 des Telekommunikationswegegesetzes (TWG) hatte der Leitungsberechtigte bei Geltendmachung von Leitungsrechten an fremden privaten Liegenschaften "den Eigentümern erforderlichenfalls unter Beigabe einer Planskizze die auf ihren Liegenschaften beabsichtigten Herstellungen bekanntzugeben". Die ordnungsgemäße Bekanntgabe der "beabsichtigten Herstellung" erfordert nunmehr also jedenfalls die Beigabe einer "Planskizze", während dies nach der früheren Rechtslage nur "erforderlichenfalls" nötig war. Eine über das Ziel, dem Eigentümer die beabsichtigte Herstellung bekannt zu geben, hinaus gehende inhaltliche Festlegung des Inhaltes der "Planskizze" ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Entscheidend war und ist vielmehr weiterhin, dass durch die Bekanntgabe der Eigentümer der belasteten Liegenschaft Kenntnis von der beabsichtigten Leitungsführung erhält. Dies ermöglicht ihm eine Prüfung im Sinne des § 5 Abs 4 Z 1 TKG 2003 und steckt gleichzeitig den Gegenstand eines allfälligen späteren Verfahrens ab. Eine ins Detail gehende Beschreibung der genauen Lage der Leitungen ist aber in diesem Stadium des Verfahrens nicht nötig (vgl das hg Erkenntnis vom 22. Jänner 1997, Slg 14595/A). Gerade dann, wenn etwa das Gebäude, an dem Leitungsrechte geltend gemacht werden, noch gar nicht errichtet ist und dem Leitungsberechtigen kein detaillierter Plan des Gebäudes zur Verfügung steht (dem Vorbringen der mitbeteiligten Partei nach habe die Beschwerdeführerin sich geweigert, Pläne des Gebäudes zur Verfügung zu stellen), soll die Einräumung eines Leitungsrechtes nicht daran scheitern, dass der Leitungsberechtigte keine zumutbare Möglichkeit einer detaillierten Konkretisierung durch Vorlage genauer Pläne hat.

Da die von der mitbeteiligten Partei dem Antrag zu Grunde gelegten Skizzen in Verbindung mit der verbalen Beschreibung dem § 6 Abs 2 TKG 2003 genügten, bestand entgegen der von der Beschwerdeführerin vertretenen Ansicht die Antragslegitimation der mitbeteiligten Partei zu Recht.

4.1. Im Übrigen streiten die Parteien darüber, ob die im Haus schon vorhandene Anlage (die dem Vorbringen der Beschwerdeführerin nach von ihr errichtet und an der das Nutzungsrecht der H übertragen worden sei) ein Hindernis für das von der mitbeteiligten Partei beantragte Leitungsrecht ist:

Die Beschwerdeführerin vertritt die Auffassung, die Geltendmachung eines Leitungsrechtes (der Aufbau einer eigenen Anlage) sei nur dann zulässig, wenn die Mitbenutzung einer bestehenden Anlage nicht möglich oder nicht tunlich sei, weshalb zunächst die Tunlichkeit der Mitbenutzung der bestehenden Anlage durch die mitbeteiligte Partei geprüft hätte werden müssen, wobei die belangte Behörde - wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften - zu einem unrichtigen Ergebnis gekommen sei.

Sie hat bereits in ihrer Stellungnahme vom 28. Mai 2004 vorgebracht, dass der Inhaber der bestehenden Anlage gemäß § 8 TKG 2003 auch zur Gestattung der Mitbenutzung verpflichtet sei:

Sie habe mit der H einen Nutzungs- und Betreibervertrag geschlossen, "mit dem der H in privatrechtlicher Regelung der gesetzlichen Rechte der H das Leitungsrecht gemäß § 5 Abs 4 TKG unter anderem für die auf den antragsgegenständlichen Liegenschaften errichteten bzw zu errichtenden Gebäude und die dort errichteten und zu errichtenden Kommunikationslinien übertragen wurde". H sei Bereitstellerin eines öffentlichen Kommunikationsnetzes und habe dies der Rundfunk und Telekom Regulierungs GmbH angezeigt, worüber von dieser am 10. März 2004 eine Bestätigung ausgestellt worden sei.

Das vertraglich an H übertragene Leitungsrecht sei ein umfassendes und beinhaltende in § 5 Abs 1 Z 1 bis 5 TKG 2003 vorgesehenen Rechte. Der Vertrag stelle eine Einigung über ein gesetzliches Leitungsrecht im Sinne des § 6 Abs 3 erster Halbsatz TKG dar und umschreibe den Inhalt des Leitungsrechtes gemäß § 5 Abs 1 letzter Satz TKG 2003.

In Erwiderung der Replik der mitbeteiligten Partei, die Vereinbarung zwischen der Beschwerdeführerin und der H begründe kein Leitungsrecht gemäß § 6 Abs 3 TKG 2003 im Sinne des § 5 Abs 1 TKG 2003, sondern eine bloße Nutzungsvereinbarung, legte die Beschwerdeführerin mit Schriftsatz vom 19. Juli 2004 den "Nutzungs- und Betreibervertrag" zwischen ihr und der H vor und brachte vor, damit sei ein gesetzliches Leitungsrecht eingeräumt worden. Für die Geltendmachung eines gesetzlichen Leitungsrechts sei in § 6 TKG 2003 ein eigenes Verfahren vorgesehen, das "entweder in eine Vereinbarung zwischen dem Grundeigentümer und dem Leitungswerber oder mangels Einigung in eine an die Stelle der Vereinigung tretende Entscheidung der Fernmeldebehörden mündet". Mit dem Nutzungs- und Betreibervertrag sei ersteres erfüllt. Die Einräumung von Leitungsrechten sei auch nach Verlegung der Leitungen zulässig. Die H treffe "als gesetzlich leitungsberechtigte Betreiberin" gemäß § 8 Abs 1 TKG 2003 die Verpflichtung, bestehende Leitungen von Bereitstellern von Kommunikationsdiensten mitbenutzen zu lassen. Auf diese Mitbenutzungspflicht und das Verfahren der Einräumung nehme der Vertrag ausdrücklich Bezug, wenn darin festgehalten sei, "dass Dritte, die in berechtigter Weise gesetzliche Rechte, insbesondere nach dem TKG, in Anspruch nehmen, im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften Zugang zu und Mitbenutzung an den Kommunikationslinien erhalten". H sei demgemäß verpflichtet, entsprechend dem Verfahren zur Einräumung von Mitbenutzungsrechten nach § 9 Abs 1 TKG 2003 einem nachfragenden Bereitsteller eines Kommunikationsnetzes ein Angebot zur Mitbenutzung abzugeben. Auch wenn die H nicht Eigentümer, sondern nur "Inhaber" der Leitungen sei, bestehe die Mitbenutzungspflicht, weil es nicht auf die "sachenrechtliche Eigentümerschaft" ankomme, sondern nur darauf, ob jemand ein Wegerecht ... in Anspruch genommen habe. Durch die

Bezugnahme in § 5 Abs 4 Z 2 lit c TKG 2003 auf die Pflicht zur Mitbenutzung nach § 8 Abs 1 TKG 2003 komme der subsidiäre Charakter des gesetzlichen Leitungsrecht bei bereits bestehender Netzinfrastruktur zum Ausdruck.

Demgegenüber steht die mitbeteiligte Partei auf dem Standpunkt, dass es auf die Möglichkeit und Tunlichkeit der Mitbenutzung der schon vorhandenen Anlage durch sie im vorliegenden Fall gar nicht ankomme, weil der Eigentümer der Leitung oder Anlage nicht gemäß § 8 Abs 1 TKG 2003 zur Gestattung der Mitbenutzung verpflichtet sei. Die H habe nicht gemäß § 8 Abs 1 TKG 2003 ein Wege- oder sonstiges Recht in Anspruch genommen habe, vielmehr sei ihr von der Beschwerdeführerin ein Mitbenutzungsrecht freiwillig eingeräumt worden.

Bei der zwischen H und der Beschwerdeführerin geschlossenen Vereinbarung handle es sich nicht um die Einräumung eines Leitungsrechtes im Sinne des § 5 Abs 1 TKG 2003, sondern bloß um eine Nutzungsvereinbarung. Das Eigentum an den Netzen bleibe ausdrücklich der Beschwerdeführerin, während die H lediglich ein Recht zur Nutzung der Netze habe. Dazu komme, dass die Beschwerdeführerin nicht zur Gestattung der Mitbenutzung der von ihr selbst oder in ihrem Auftrag errichteten und in ihrem Eigentum stehenden Netze verpflichtet werden könne; sie habe dies gegenüber der H freiwillig getan. Dieses freiwillig der H eingeräumte Nutzungsrecht stehe deshalb der Geltendmachung eines Leitungsrechtes durch die mitbeteiligte Partei nicht entgegen.

Diese Auffassung konkretisierte die mitbeteiligte Partei in ihrem Schriftsatz vom 5. August 2004: Eine Verpflichtung zur Mitbenutzung gemäß § 8 Abs 1 TKG 2003 bestehe weder für die Beschwerdeführerin als Eigentümerin der Anlage noch für die H als freiwillig Nutzungsberechtigte. Der Eigentümer einer Anlage sei nach der abschließenden Aufzählung des § 8 Abs 1 TKG 2003 gerade nicht zur Mitbenutzung verpflichtet, die H habe aber keine Vereinbarung im Sinne des § 5 Abs 1 letzter Satz TKG 2003 geschlossen.

Die belangte Behörde hat die Beantwortung dieser Fragen nicht für notwendig erachtet, weil die Mitbenutzung der bestehenden Anlage jedenfalls untnlich sei; die Untunlichkeit der Mitbenützung wurde auf das von der mitbeteiligten Partei vorgelegte Gutachten von Dipl. Ing. Dr. P gestützt.

4.2. Die mitbeteiligte Partei hatte mit Schriftsatz vom 5. August 2004 das Gutachten dieses Sachverständigen vorgelegt, der im Verfahren vor dem Handelsgericht Wien, GZ 12 Cg 39/00f - zusammengefasst - insbesondere damit beauftragt worden war, zu klären, ob eine Mitbenutzung des von der mitbeteiligte Partei üblicherweise errichteten Leitungssystems durch die Beschwerdeführerin möglich bzw tunlich sei. Zur Beantwortung der Frage, ob die Nichteinhaltung des von der Beschwerdeführerin beantragten Sachverständigengutachtens zur Möglichkeit bzw Tunlichkeit der Mitbenutzung der (von der Beschwerdeführerin errichteten) bestehenden Anlage durch die

mitbeteiligte Partei bei gleichzeitiger Verwertung des zu einem anderen Beweisthema erstatteten Gutachtens des Sachverständigen Dipl. Ing. Dr. P einen relevanten Verfahrensmangel darstellt, ist zunächst die Rechtsfrage zu klären, ob - unabhängig von der Möglichkeit bzw Tunlichkeit der Mitbenutzung - die weiteren Voraussetzungen des § 5 Abs 4 Z 2 lit c letzter Halbsatz TKG 2003 erfüllt sind, was dann zutrifft, wenn "der Eigentümer der Leitung oder Anlage nicht gemäß § 8 Abs 1 zur Gestattung der Mitbenutzung verpflichtet ist". Eine auf dem Grundstück schon vorhandene Anlage, die nicht im Eigentum desjenigen steht, der ein Leitungsrecht in Anspruch nehmen möchte, hindert die Einräumung eines (weiteren) Leitungsrechtes also dann nicht, wenn entweder die Mitbenutzung nicht möglich oder nicht tunlich ist oder wenn nicht gemäß § 8 Abs 1 TKG 2003 eine Verpflichtung zur Gestattung der Mitbenutzung besteht. Möglichkeit und Tunlichkeit der Mitbenutzung allein reichen also grundsätzlich nicht aus, den Leitungswerber auf die Mitbenutzung der schon bestehenden Anlage zu verweisen. § 5 Abs 4 Z 2 lit c TKG 2003 verweist hinsichtlich des Rechtsanspruches einer Mitbenutzung auf § 8 Abs 1 TKG 2003. Danach muss - bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen - die Mitbenutzung von demjenigen geduldet werden, der "ein Wegerecht nach anderen Bundesgesetzen oder ein Leitungsrecht nach § 5 oder ein Recht nach § 7 oder § 13 dieses Bundesgesetzes in Anspruch genommen hat".

Entgegen der Ansicht der mitbeteiligten Partei kann es im gegebenen Zusammenhang nicht darauf ankommen, ob ein Recht im Sinne des § 8 Abs 1 TKG 2003 "freiwillig" (durch Vertrag) eingeräumt wurde oder durch Entscheidung der zuständigen Behörde.

§ 6 TKG legt das Verfahren zur Einräumung von Leitungsrechten fest und bestimmt in seinem Abs 3 das Prinzip einer Vereinbarung über das Leitungsrecht; die Anrufung des Fernmeldebüros ist also erst nach erfolglosem Verstreichen einer sechswöchigen Frist ab Einlangen der Nachfrage zulässig. Auch wenn die "Rechtfertigung" des § 8 Abs 1 TKG 2003 darin gesehen werden könnte, dass derjenige, der selbst auf Grund eines durchsetzbaren Anspruchs gegen den Liegenschaftseigentümer eine "Kommunikationslinie" errichtet hat, insofern also ein Recht "in Anspruch genommen" hat, eher einen Eingriff in seine Rechtsposition (durch Gestattung der Mitbenutzung) dulden soll als der immerhin schon einmal durch (zumindest potentielle) Zwangsrechtseinräumung belangte Eigentümer, wäre es ein Wertungswiderspruch, den Eigentümer einer Liegenschaft, der ein Recht im Sinn des § 8 Abs 1 TKG 2003 unter Vorwegnahme der behördlichen Entscheidung vertraglich eingeräumt hat, ohne den Leitungswerber auf den Verfahrensweg zu verweisen, Ansprüchen eines (zweiten) Leitungswerbers auf Einräumung eines Leitungsrechtes auszusetzen, ohne Möglichkeit, ihn auf die Mitbenutzung der schon bestehenden Anlage zu verweisen. Die gegenteilige Sichtweise würde insofern "unnötige" Verfahren produzieren, als der Eigentümer dann seine Verpflichtung bestreiten müsste, um in einem allfälligen späteren Verfahren mit einem weiteren Leitungswerber seine Ansprüche zu wahren. Aus der Sicht des Leitungsberechtigten wiederum macht es jedenfalls dann, wenn ihm vertraglich nur das eingeräumt wurde, was er zwangsweise hätte durchsetzen können, keinen Unterschied, wenn er im Sinne des § 8 Abs 1 TKG 2003 zur Gestattung der Mitbenutzung auch dann verpflichtet ist, wenn ihm das Recht im Sinne des § 8 Abs 1 TKG 2003 vertraglich übertragen wurde.

Auch aus der Formulierung im § 8 Abs 1 TKG 2003 "in Anspruch genommen" kann - entgegen der offenbar von Weissenburger in Stratil, TKG 2003 (2004), Anm 1 zu § 8 vertretenen Ansicht - nicht abgeleitet werden, es komme auf die Durchsetzung des gesetzlichen Rechts durch behördliche Entscheidung an. So spricht schon § 5 Abs 3 und Abs 4 TKG 2003 davon, dass Bereitsteller eines Kommunikationsnetzes berechtigt sind "... in Anspruch zu nehmen", während die Regelung des Verfahrens zur Durchsetzung dieser Rechte in § 6 TKG 2003 offen lässt, eine "Vereinbarung über das Leitungsrecht" schließen, die also schon deshalb zwangsläufig als die Inanspruchnahme eines Leitungsrechtes gesehen werden kann. Diese Auslegung korreliert im Übrigen mit Art 12 Abs 1 der Richtlinie 2002/21/EG, wonach (schon) dann, wenn "ein Unternehmen ... ein Verfahren zur Enteignung oder Nutzung von Grundbesitz in Anspruch nehmen kann", die Regulierungsbehörde die gemeinsame Nutzung dieser Einrichtungen zu fördern hat.

Als Zwischenergebnis ist also festzuhalten, dass jedenfalls dann, wenn ein Recht im Sinne des § 8 Abs 1 TKG 2003 vertraglich eingeräumt wurde, das auch durch behördliche Entscheidung etwa im Sinne des § 6 Abs 3 TKG 2003 erlangt werden hätte können, eine Verpflichtung zur Gestattung der Mitbenutzung im Sinne des § 8 Abs 1 TKG 2003 besteht (sofern die Mitbenutzung für den Inhaber der Kommunikationslinie wirtschaftlich zumutbar und technisch vertretbar ist) und damit ein Hindernis für die Einräumung eines eigenen Leitungsrechtes im Sinne des § 5 Abs 4 Z 2 lit c TKG 2003 vorliegt.

4.3. Offen bleibt dabei vorerst die Frage, was zu gelten hat, wenn der Eigentümer der Liegenschaft selbst eine Leitung

bzw Anlage im Sinne des § 5 Abs 1 TKG 2003 errichtet hat und betreibt (Die belangte Behörde hat diesbezüglich keine Feststellungen getroffen; das Vorbringen der Parteien dazu geht - wie aufgezeigt -

diametral auseinander). Der Fall des § 8 Abs 1 TKG 2003 liegt insofern nicht vor, als diese Bestimmung davon ausgeht, dass es sich beim Eigentümer der Liegenschaft und bei demjenigen, der ein Recht im Sinne dieser Bestimmung in Anspruch genommen hat, um unterschiedliche Personen handelt. Den Eigentümer der Anlage trifft dann also keine Verpflichtung im Sinne des § 8 Abs 1 TKG 2003. Damit scheint auf den ersten Blick schon die Frage beantwortet, ob diese bestehende Anlage ein Hindernis für die Einräumung eines Leitungsrechtes im Sinne des § 5 Abs 4 Z 2 lit c TKG 2003 sein kann, mit anderen Worten, ob der Eigentümer der Liegenschaft dem Leitungswerber auf eine Mitbenutzung der schon errichteten Anlage (Möglichkeit und Tunlichkeit unterstellt) verweisen kann. Dieser Schluss (

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.  
[www.jusline.at](http://www.jusline.at)