

TE Vwgh Erkenntnis 2022/4/8 Ro 2022/03/0016

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 08.04.2022

Index

001 Verwaltungsrecht allgemein
10/07 Verwaltungsgerichtshof
40/01 Verwaltungsverfahren
91/01 Fernmeldewesen

Norm

AVG §38
TKG 2003
TKG 2003 §12a Abs2
TKG 2003 §8 Abs2
TKG 2003 §9 Abs1
TKG 2003 §9 Abs2
VwGG §26 Abs1
VwGG §34 Abs1
VwRallg

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Handstanger und die Hofräte Dr. Lehofer, Mag. Nedwed, Mag. Samm und Dr. Himberger als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Dr. Zeleny, über die Revision der Telekom-Control-Kommission gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. Oktober 2021, Zl. W194 2233678-1/17E, betreffend eine Angelegenheit nach dem TKG 2003 (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Telekom-Control-Kommission; mitbeteiligte Parteien: 1. H GmbH in W, vertreten durch Dr. Mathias Görg, Rechtsanwalt in 1070 Wien, Museumstraße 5/14, und 2. Ö AG in W, vertreten durch die Walch/Zehetbauer/Motter Rechtsanwälte OG in 1010 Wien, Biberstraße 11), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Revision wird als unbegründet abgewiesen.

Der Bund hat der erstmitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von Euro 1.106,40 binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Die Revisionsbeantwortung der zweitmitbeteiligten Partei wird zurückgewiesen.

Begründung

1 Die Erstmitbeteiligte (iF auch: Antragstellerin) ist Bereitstellerin eines öffentlichen Kommunikationsnetzes und

Erbringerin öffentlicher Kommunikationsdienste. Die Zweitmitbeteiligte (iF auch: Ö) ist ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen und Eigentümerin bzw. Betreiberin von Hochspannungsmasten, darunter des verfahrensgegenständlichen Hochspannungsmastes Nr. 760150A an einem Standort in B.

2 Die Mitbeteiligten hatten am 21. Juni 2002 ein „Generalübereinkommen“ über die „Festlegung der Bedingungen, zu denen die Mitbenutzung von Ö-Hochspannungsmasten als Tragkonstruktion für Antennen“ der Antragstellerin erfolgen könne, geschlossen. Danach sei - als Bestandteil des Generalübereinkommens - über die als Antennenstandorte konkret genutzten Masten ein „einvernehmlich zu führendes und laufend zu aktualisierendes Verzeichnis“ zu erstellen; der verfahrensgegenständliche Mast ist darin enthalten.

3 Punkt II. („Begriffsbestimmungen“) des Generalübereinkommens lautet:

„Unter einem Ö-Hochspannungsmast ist ausschließlich ein Mast einer 110/55-kV-Bahnstromleitung oder ein Mast der 15 kV Oberleitung zu verstehen, nicht jedoch sonstige Eisenbahnanlagen. Bei den von diesem Übereinkommen umfassen Antennen der [Antragstellerin] handelt es sich ausschließlich um Antennen der Bauart Flat Panel Directional und/oder um Microwave Dishes (mit einem maximalen Durchmesser von 60 cm) für das UMTS-Netz. Örtlich bedingte Abweichungen sind im Einzelfall zu verhandeln.“

4 Die Antragstellerin nutzte den gegenständlichen Mast daraufhin zunächst für die UMTS-Technologie und in der Folge auch für die GSM-Technologie sowie die LTE-Technologie.

5 Während das Vorliegen einer vertraglichen Grundlage zur Nutzung des Mastes für die UMTS-Technologie auf Basis des Generalübereinkommens samt Bestandverzeichnis zwischen den Mitbeteiligten unstrittig ist, bestehen Auffassungsunterschiede hinsichtlich der Berechtigung zur Nutzung für die GSM- bzw. LTE-Technologie:

6 Die Ö steht auf dem Standpunkt, dafür bestehe keine vertragliche Grundlage, vielmehr wäre pro Technologie ein Generalübereinkommen und ein Bestandverzeichnis abzuschließen. Sie hat demgemäß die Antragstellerin mit dem Vorbringen, diese benütze titellos, auf Zahlung von Benützungsentgelt für die Nutzung von Masten der Ö, darunter auch den hier gegenständlichen, geklagt. Dieser Zivilprozess ist derzeit unterbrochen.

7 Die Antragstellerin vertritt in dem von der Ö angestrebten Zivilprozess die Auffassung, der mit der Ö geschlossene Vertrag decke die Mitbenutzung unabhängig von der verwendeten Technologie.

Im Antrag vom 24. Oktober 2019 an die Telekom-Control-Kommission, die belangte Behörde des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht und nunmehrige Revisionswerberin (iF auch: TKK), auf Anordnung eines Mitbenutzungsrechts gemäß § 8 Abs. 2 TKG 2003 brachte sie hingegen - ausdrücklich aus Gründen prozessualer Vorsicht - vor, wegen der Strittigkeit einer vertraglichen Deckung mache sie im Verfahren über diesen Antrag geltend, eine solche Deckung bestehet nicht.

8 Mit Bescheid vom 11. Mai 2020 wies die TKK den Antrag, sie möge zwischen den Mitbeteiligten für den gegenständlichen Hochspannungsmast „ein Vertragsverhältnis über die Mitbenutzung durch die Antragstellerin hinsichtlich der Nutzung für die GSM-Technologie ... und die LTE-Technologie ... zusätzlich zur UMTS-Technologie mittels dreier Mobilfunk-Sektorantennen ... anordnen, und zwar gegen ein Nettoentgelt von EUR 20,- pro Monat, davon EUR 5,- für GSM seit dem 04.08.2015 sowie EUR 15,- für LTE seit dem 23.09.2015“, mit näher dargestellten Kündigungsregelungen und im Übrigen entsprechend Regelungen des Generalübereinkommens, gemäß §§ 8, 9, 12a iVm 117 Z 1 TKG 2003 zurück.

9 Dem legte die TKK im Wesentlichen Folgendes zu Grunde:

10 Bei dem verfahrensgegenständlichen Hochspannungsmast handle es sich um einen Starkstromleitungsmaст iSd §§ 3 Z 34 iVm 8 Abs. 2 TKG 2003. Nach § 8 Abs. 2 TKG 2003 müssten Nutzungsberchtigte eines solchen Mastes dessen Mitbenutzung durch Bereitsteller eines öffentlichen Kommunikationsnetzes gestatten, sofern ihnen dies wirtschaftlich zumutbar und es technisch möglich sei. Diese Mitbenutzung biete somit die Möglichkeit, Antennenanlagen anzubringen und zu betreiben; die eingesetzte Mobilfunktechnologie sei dafür aber nicht relevant, das TKG 2003 kenne keine Einschränkung der Mitbenutzung auf bestimmte Technologien. Vielmehr seien entsprechende Regulierungsmaßnahmen „weitestgehend technologienutral zu gestalten“ (Hinweis auf § 1 Abs. 3 TKG 2003). Auch für die Bemessung der Abgeltung der Mitbenutzung sei nach § 8 Abs. 4 TKG 2003 die vom Berechtigten eingesetzte Technologie nicht entscheidend. Die Mitbenutzung nach § 8 Abs. 2 TKG 2003 sei daher technologienutral ausgestaltet und umfasse die Berechtigung zum Anbringen und zum Betrieb von Antennenanlagen auf fremden Massen

unabhängig von der eingesetzten Technologie.

11 Zwischen den Streitteilen bestehe ohnehin ein Vertragsverhältnis mit einer Regelung über die Nutzung des Mastes für Anbringung und Betrieb der Antennenanlagen der Antragstellerin. Eine Änderung oder Ergänzung eines bestehenden Vertrages sei von der Zuständigkeit der TKK nicht umfasst, weshalb eine vertragsersetzende Anordnung ausscheide.

12 An dieser Beurteilung ändere nichts, dass von der TKK in der Vergangenheit auch in Fällen dauerhaft strittiger Rechtsverhältnisse (bei Streit schon um das Bestehen eines Vertrags) eine vertragsersetzende Anordnung erlassen worden sei. Im vorliegenden Fall nämlich bestehe unzweifelhaft ein aufrechter Vertrag über die Mitbenützung, nur sei dessen genauer Inhalt zwischen den Parteien strittig. Es könne dahingestellt bleiben, wie der Vertrag auszulegen sei: Falls eine Nutzung für andere Technologien als UMTS ungeregelt geblieben sei, wären die gegenseitigen Rechte und Pflichten im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu ermitteln; derartige Streitigkeiten fielen gemäß § 1 JN in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte. Wäre eine derartige Nutzung aber vertraglich zugelassen oder vertraglich ausgeschlossen, bestehe erst recht keine Zuständigkeit der TKK zur Änderung, Ergänzung oder Beendigung des Vertrags.

13 Mit dem in Revision gezogenen Erkenntnis gab das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) der gegen diesen Bescheid von der Erstmitbeteiligten erhobenen Beschwerde statt und behob den Bescheid ersatzlos; die ordentliche Revision wurde für zulässig erklärt.

14 Das BVwG legte - nach einer Darstellung der maßgebenden Rechtsgrundlagen - fallbezogen einleitend dar, es sei zunächst zu klären, ob eine vertragliche Grundlage für die Nutzung des Mastes für die GSM- und die LTE-Technologie bestehe und falls dies zu verneinen sei, ob für diesen Teilbereich der Nutzung eine Entscheidungskompetenz der TKK gegeben sei. Ausgehend von den zwischen den Streitteilen bestehenden vertraglichen Regelungen bestehe für die Nutzung des Mastes für diese Technologien keine Grundlage; die bestehenden Verträge beschränkten sich vielmehr auf die Nutzung für die Technologie UMTS. Zudem müsse berücksichtigt werden, dass zwischen den Streitteilen zumindest strittig sei, ob das fragliche Vertragsverhältnis vorliege. Die tatsächliche Nutzung des Mastes durch die Antragstellerin auch für GSM und LTE stehe dieser Beurteilung nicht entgegen, weil jedenfalls die Entgeltfrage strittig sei, wie insbesondere der anhängige Zivilprozess zeige.

15 „Nur ergänzend“ sei anzumerken, dass die Prüfung des allfälligen Bestehens einer zivilrechtlichen Vereinbarung zwischen den Parteien von der TKK bzw. nun vom BVwG in einem Verfahren nach §§ 8, 9 und 12a TKG 2003 als Vorfrage zu beurteilen sei.

16 Mangels Bestehens einer Vereinbarung hinsichtlich der Technologien GSM und LTE sei zu prüfen, ob die TKK unter Beachtung der Besonderheiten des konkreten Falls, also der bereits bestehenden Vereinbarungen zwischen den Parteien, den verfahrenseinleitenden Antrag zu Recht zurückgewiesen habe.

17 Ausgehend von der (näher dargestellten) Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs, wonach bei der konkreten Ausgestaltung einer vertragsersetzenden Anordnung der Behörde ein weiter Ermessensspielraum zustehe, dabei das „Mitbenutzungsverhältnis“ als Ganzes zu beurteilen und das „Äquivalenzgefüge“ einer Vereinbarung und einer vertragsersetzenden Anordnung zu beachten sei, und mit Blick auf näher dargestellte Literaturmeinungen gelte es zu beachten, dass eine vertragsersetzende Anordnung eine schon bestehende Vereinbarung nicht „verdoppeln“, aber auch das Gesamtgefüge bestehender Vereinbarungen nicht verzerren dürfe.

18 Daraus folge, dass nur von bestehenden Vereinbarungen inhaltlich klar abgrenzbare Bereiche einer vertragsersetzenden Anordnung zugänglich seien. Diese Voraussetzung sei hier erfüllt, eine „Sperrwirkung“ der bestehenden, sich auf die Nutzung durch UMTS beschränkenden vertraglichen Regelung liege nicht vor.

19 Die Argumentation der TKK, Regulierungsmaßnahmen seien weitestgehend technologienneutral zu gestalten, übersehe, dass betreffend den gegenständlichen Mast bislang keine Regulierungsmaßnahme getroffen worden sei. Dem TKG 2003 könne nicht entnommen werden, dass eine Anordnung hinsichtlich der Nutzung bisher nicht vertraglich geregelter Technologien im Rahmen der §§ 8, 9 und 12a TKG 2003 unzulässig wäre. Zu berücksichtigen sei auch die aus diesen Regelungen ersichtliche Intention des Gesetzgebers, die Parteien mithilfe der der Regulierungsbehörde übertragenen Anordnungskompetenz rasch aus einer Pattsituation zu führen.

20 Die Zurückweisung des Antrags der Antragstellerin sei daher zu Unrecht erfolgt, weshalb der angefochtene Bescheid ersatzlos zu beheben gewesen sei.

21 Die Revision sei zulässig, weil zur Frage des Entscheidungsspielraums der Regulierungsbehörde in einem Fall wie dem vorliegenden keine Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs vorliege.

22 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende Revision der belangten Behörde, deren Zulässigkeitsbegründung auf die des BVwG verweist und ergänzend geltend macht, die vom BVwG angesprochene Frage korreliere mit dem gesetzlichen Umfang der Mitbenutzungsrechte nach dem TKG 2003: Dieses biete die Möglichkeit, fremde Masten als Tragkonstruktion für Antennenanlagen zu nutzen, schränke die Mitbenutzung aber nicht auf bestimmte Technologien oder bestimmte Anwendungen im Rahmen der Errichtung einer Kommunikationslinie ein (Hinweis auf VwGH 22.5.2013, 2010/03/0004). Da zwischen den Streiteilen ohnehin ein Vertragsverhältnis über die Verwendung des Mastes als Tragkonstruktion für die bestehenden Antennenanlagen der Antragstellerin bestehe, scheide eine vertragsersetzende Anordnung iSd TKG 2003 aus, möge die vertragliche Regelung auch auf die Verwendung für eine bestimmte Technologie eingeschränkt sein. Entgegen der Auffassung des BVwG führten allfällige vertragliche Beschränkungen der Mitbenutzung nicht schon zu einer Anordnungszuständigkeit der TKK.

23 Die Ö hat einen als Revisionsbeantwortung bezeichneten Schriftsatz erstattet, in dem sie der Auffassung der Revision beitritt.

24 Die Antragstellerin hat eine Revisionsbeantwortung mit dem Antrag erstattet, der Revision nicht Folge zu geben.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

25 Im Revisionsfall hatte die Antragstellerin (Beklagte in dem von der Ö als Klägerin wegen titelloser Benützung eingeleiteten Zivilprozess auf Zahlung von Benützungsentgelt für die erfolgte Mitbenützung von Masten der Ö) einen Antrag an die TKK nach § 9 Abs. 2 TKG 2003 auf Einräumung eines Mitbenutzungsrechts betreffend den gegenständlichen Mast für die Nutzung mittels der GSM- und der LTE-Technologie, zusätzlich zur UMTS-Technologie, gestellt. Sie hat dabei - aus „prozessualer Vorsicht“, insoweit im Gegensatz zu ihrem im Zivilprozess vertretenen Standpunkt - vorgebracht, die bestehende Vereinbarung decke die Mitbenutzung auch mittels der GSM- und LTE-Technologie nicht ab und es lägen die Voraussetzungen für die Entscheidung durch die Regulierungsbehörde vor.

26 Die TKK hat den Antrag auf Basis der Auffassung zurückgewiesen, der Antrag sei wegen der bestehenden Vereinbarung (unabhängig davon, wie sie auszulegen sei und ob sie die gewünschte Nutzung decke) unzulässig.

27 Das BVwG hingegen hat die Zulässigkeit des Antrags bejaht: Die bestehende Vereinbarung beziehe sich ausschließlich auf die Nutzung für die UMTS-Technologie und sei daher kein Hindernis für die beantragte Anordnung, zumal diese von der bestehenden Vereinbarung inhaltlich klar abgrenzbar sei.

28 Die Revision macht dagegen - zusammengefasst - Folgendes geltend:

29 Das Recht zur Mitbenutzung von Antennentragmasten für Bereitsteller öffentlicher Kommunikationsdienste sei unabhängig von Dienstmerkmalen, Technologien und konkreten Verwendungen. Dies ergebe sich nicht nur aus den Gesetzesmaterialien, sondern auch aus der Regelung des § 1 Abs. 3 TKG 2003, die eine „weitestgehend technologieneutrale“ Gestaltung von Regulierungsmaßnahmen verlange, und aus § 8 Abs. 4 TKG 2003, wonach es für die Bemessung der Abgeltung der Mitbenutzung nicht auf die beabsichtigte Verwendung ankomme. Daran ändere das Bestehen vertraglicher Einschränkungen der gesetzlichen Berechtigung zur Mitbenutzung nichts. Die behördliche Anordnung der Mitbenutzung (bloß) für bestimmte Technologien sei somit unzulässig.

30 Das BVwG übersehe zudem die Untrennbarkeit der beantragten Anordnung und des bestehenden Vertrags, die sich schon aus der Nutzung der bereits bestehenden Antennenanlagen ergäbe, aber auch aus dem Erfordernis einer Berücksichtigung der bestehenden Entgeltvereinbarung. Eine Bedachtnahme auf den bestehenden Vertrag durch Anordnung bloß ergänzender Regelungen führe zu einem unzulässigen Eingriff in das Äquivalenzgefüge. Würde hingegen eine vom bestehenden Vertrag unabhängige Anordnung getroffen, käme es zu einer - gleichfalls unzulässigen - „Verdoppelung“ der Rechtsbeziehungen.

Ausgehend von der Ansicht, wonach die Mitbenutzung generell die Berechtigung umfasse, fremde Masten als Tragkonstruktionen für Antennenanlagen zu nutzen, und dem Umstand, dass die Antragstellerin über einen

aufrechten - wenngleich gegenüber dem gesetzlichen Umfang eingeschränkten - Vertrag mit der Berechtigung verfüge, den Mast als Tragkonstruktion für ihre Antennenanlagen zu nutzen, würden diese Konsequenzen vermieden.

31 Die Zurückweisung des verfahrenseinleitenden Antrags der Antragstellerin begründe auch kein Rechtsschutzdefizit: Die gegebenenfalls hinter dem gesetzlichen Umfang der Mitbenutzung zurückbleibende vertragliche Regelung (bloß „für das UMTS-Netz“) sei Resultat der Parteieneinigung, nicht aber des Fehlens gesetzlicher oder behördlicher Möglichkeiten. Regelungszweck der vertragsersetzenden behördlichen Anordnung sei aber nicht die Änderung eines von einer Seite als nicht zufriedenstellend empfundenen Vertrags. Die vorliegende Antragstellung diene der nachträglichen behördlichen Sanierung des eigenen rechtswidrigen Verhaltens der Antragstellerin, die ohne für klare Vertragsverhältnisse zu sorgen und ohne die Ö über den tatsächlichen Einsatz anderer Technologien zu informieren, auch GSM und LTE auf den verfahrensgegenständlichen Antennenanlagen eingesetzt habe; der Antrag sei daher auch deshalb unzulässig.

32 Eine vertragliche Einigung könne weder dafür ausschlaggebend sein, wie gesetzliche Regelungen auszulegen seien, noch könne sie die Zuständigkeit der Regulierungsbehörde bestimmen. Da das Zivilgericht keine verbindliche Beurteilung der Zuständigkeit der Regulierungsbehörde vornehmen könne, seien seine diesbezüglichen Ausführungen (im Unterbrechungsbeschluss) nicht zielführend.

33 Die Revision ist aus dem schon vom BVwG dargelegten Grund zulässig; sie ist aber nicht begründet.

34 Wenn die belangte Behörde - wie hier - einen Antrag zurückgewiesen hat, ist Sache des Beschwerdeverfahrens vor dem Verwaltungsgericht lediglich die Frage der Rechtmäßigkeit dieser Zurückweisung (vgl. nur etwa VwGH 1.9.2017, Ra 2016/03/0055, mwN). Diese ist im Revisionsfall daher an der Rechtslage im Zeitpunkt der zurückweisenden Entscheidung (11. Mai 2020) zu messen.

35 Die demnach maßgeblichen Bestimmungen des TKG 2003, BGBl. I Nr. 70/2003 idF seit der Novelle BGBl. I Nr. 134/2015 (TKG 2003), lauten - auszugsweise - wie folgt:

„Zweck“

§ 1. (1) Zweck dieses Bundesgesetzes ist es, durch Förderung des Wettbewerbes im Bereich der elektronischen Kommunikation die Versorgung der Bevölkerung und der Wirtschaft mit zuverlässigen, preiswerten, hochwertigen und innovativen Kommunikationsdienstleistungen zu gewährleisten.

(2) Durch Maßnahmen der Regulierung sollen folgende Ziele erreicht werden:

1. Schaffung einer modernen elektronischen Kommunikationsinfrastruktur zur Förderung der Standortqualität auf hohem Niveau;

2. Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Kommunikationsnetzen und Kommunikationsdiensten einschließlich bei der Bereitstellung von Inhalten durch

a) Sicherstellung größtmöglicher Vorteile in Bezug auf Auswahl, Preis und Qualität für alle Nutzer, wobei den Interessen behinderter Nutzer, älterer Menschen und Personen mit besonderen sozialen Bedürfnissen besonders Rechnung zu tragen ist;

b) Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen oder Wettbewerbsbeschränkungen;

c) Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und Innovationen sowie die Sicherstellung von bestehenden und zukünftigen Investitionen in Kommunikationsnetze und -dienste;

d) Sicherstellung einer effizienten Nutzung und Verwaltung von Frequenzen und Nummerierungsressourcen;

e) effiziente Nutzung von bestehenden Infrastrukturen.

(2b) Dieses Bundesgesetz dient auch der Erleichterung des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation und der Schaffung entsprechender Anreize, indem die gemeinsame Nutzung bestehender physischer Infrastrukturen gefördert und ein effizienterer Ausbau neuer physischer Infrastrukturen ermöglicht wird, damit solche Netze zu geringeren Kosten errichtet werden können.

...

(3) Die in Abs. 2 bis 2b genannten Maßnahmen sind weitestgehend technologienutral zu gestalten. Innovative Technologien und Dienste sowie neu entstehende Märkte unterliegen nur jener Regulierung, die erforderlich ist, um Verzerrung des Wettbewerbs zu vermeiden und die erforderlich ist, um die Ziele dieses Gesetzes zu erreichen.

(4) Durch dieses Bundesgesetz werden folgende Richtlinien der Europäischen Union umgesetzt:

1. Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. Nr. L 108 vom 24. April 2002, S 33, in der Fassung der Richtlinie 2009/140/EG, ABl. Nr. L 337 vom 18.12.2009, S. 37,

2. Richtlinie 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie), ABl. Nr. L 108 vom 24. April 2002, S 21, in der Fassung der Richtlinie 2009/140/EG, ABl. Nr. L 337 vom 18.12.2009, S. 37,

3. Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie), ABl. Nr. L 108 vom 24. April 2002, S 51, in der Fassung der Richtlinie 2009/136/EG, ABl. Nr. L 337 vom 18.12.2009, S. 11,

4. Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie), ABl. Nr. L 108 vom 24. April 2002, S 7, in der Fassung der Richtlinie 2009/140/EG, ABl. Nr. L 337 vom 18.12.2009, S. 37,

5. Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABl. Nr. L 201 vom 31. Juli 2002, S 37, in der Fassung der Richtlinie 2009/136/EG, ABl. Nr. L 337 vom 18.12.2009, S. 11,

6. Richtlinie 2002/77/EG über den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. Nr. L 249 vom 19.9.2002, S. 21,

7. Richtlinie 2014/61/EU über Maßnahmen zur Reduzierung der Kosten des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation, ABl. Nr. L 155 vom 15.05.2014, S.1 und

...

Begriffsbestimmungen

§ 3. Im Sinne dieses Bundesgesetzes bedeutet

...

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

...

Mitbenutzungsrechte

§ 8. (1) ...

(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 ihnen dies wirtschaftlich zumutbar und es technisch, insbesondere frequenztechnisch möglich ist. Aus diesem Grund erforderliche technische Änderungen hat der Eigentümer oder sonst Nutzungsberechtigte durchzuführen oder durchführen zu lassen, wenn es sich um geringfügige Änderungen handelt und der Mitbenutzungswerber die Kosten dafür übernimmt. Das Recht zur Mitbenutzung beinhaltet auch die Mitbenutzung der für den Betrieb notwendigen Infrastruktur. Der Eigentümer oder sonst Nutzungsberechtigte darf seine Verfügungsgewalt über die Anlage nicht zu Ungunsten des Mitbenutzers ausüben.

...

(4) Dem durch ein Mitbenutzungsrecht Belasteten ist eine angemessene Abgeltung zu leisten. Dabei sind jedenfalls die Kosten für die Errichtung der mitbenutzten Anlage, einschließlich der Kosten der Akquisition, die laufenden Betriebskosten und die mit der Mitbenützung verbundenen sonstigen Kosten sowie die Marktüblichkeit von Entgelten

angemessen zu berücksichtigen.

Einräumung von Mitbenutzungsrechten

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

(2) Kommt zwischen dem Verpflichteten und dem Berechtigten eine Vereinbarung über das Mitbenützungsrecht 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.

...

Verfahren

§ 12a. (1) Wird die Regulierungsbehörde nach den §§ 6, 6a, 6b, 7, 9, 9a oder 11 angerufen, gibt sie dem Antragsgegner unverzüglich nach Fortführung des Verfahrens gemäß § 121 Abs. 3 schriftlich und nachweislich die Gelegenheit, binnen zwei Wochen seine Einwendungen gegen den Antrag darzulegen. Auf begründeten Antrag kann die Regulierungsbehörde diese Frist erforderlichenfalls verlängern. In ihrer Entscheidung hat die Regulierungsbehörde nur fristgerechte Einwendungen zu berücksichtigen. Auf diese Rechtsfolge ist in der Aufforderung zur Stellungnahme ausdrücklich hinzuweisen.

(2) Über den Antrag hat die Regulierungsbehörde unverzüglich, jedenfalls aber binnen sechs Wochen nach dem Einlangen der Stellungnahme des Antragsgegners oder dem Ablauf der Frist zur Stellungnahme, gegebenenfalls auch mit Zwischenbescheid, zu entscheiden. Die Anordnung ersetzt die nicht zu Stande gekommene Vereinbarung. Die Parteien des Verfahrens sind verpflichtet, an diesem Verfahren mitzuwirken und alle zur Beurteilung der Sachlage erforderlichen Auskünfte zu erteilen sowie erforderliche Unterlagen vorzulegen.

..."

36 Im Revisionsfall ist - aus den oben zusammengefasst dargelegten Gründen - strittig, ob die bestehende Vereinbarung zwischen den Streitteilen ein Hindernis für die Erlassung der begehrten Anordnung durch die Regulierungsbehörde darstellt.

37 Wie insbesondere § 9 Abs. 2 und § 12a Abs. 2 TKG 2003 deutlich machen, soll die behördliche Anordnung der Mitbenutzung die mangels Einigung der Parteien nicht zustande gekommene Vereinbarung ersetzen.

38 Das TKG 2003 geht also - auch hier - vom Primat der privatautonomen Gestaltung aus (vgl. etwa VwGH 18.3.2004, 2002/03/0247), der Regulierungsbehörde kommt eine Zuständigkeit zur Regelung also nur insoweit zu, als keine - zu ersetzende - Vereinbarung besteht.

39 Zwischen den Streitteilen besteht zwar eine Vereinbarung über die Mitbenutzung des Mastes durch die Antragstellerin. Ob diese Vereinbarung auch die Mitbenutzung des Mastes mittels der GSM- und der LTE-Technologie deckt, ist zwischen ihnen strittig. Diese Frage wäre im schon anhängigen, auf Zahlung gerichteten Zivilprozess (dort als Vorfrage) zu klären, und könnte zudem von den ordentlichen Gerichten - sei es über einen darauf gerichteten Antrag im schon anhängigen Verfahren, sei es etwa über eine Feststellungsklage in einem noch anhängig zu machenden Verfahren - als Hauptfrage geklärt werden.

40 Da eine bindende Entscheidung darüber bislang nicht vorliegt, handelt es sich im Verfahren vor der TKK bzw. vor dem BVwG dabei um eine Vorfrage iSd § 38 AVG.

41 Gemäß § 38 AVG ist die Behörde, sofern die Gesetze nicht anderes bestimmen, u.a. berechtigt, im Ermittlungsverfahren auftauchende Vorfragen, die als Hauptfragen von anderen Verwaltungsbehörden oder von den Gerichten zu entscheiden wären, nach der über die maßgebenden Verhältnisse gewonnenen eigenen Anschauung zu beurteilen und diese Beurteilung ihrem Bescheid zugrunde zu legen. Sie kann aber auch das Verfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Vorfrage aussetzen, wenn die Vorfrage schon den Gegenstand eines anhängigen Verfahrens bei der zuständigen Verwaltungsbehörde bzw. beim zuständigen Gericht bildet oder ein solches Verfahren

gleichzeitig anhängig gemacht wird.

42 Bei einer Vorfrage iSd § 38 AVG muss es sich um eine Frage handeln, die von einer anderen Behörde bzw. einem Gericht als Hauptfrage zu entscheiden ist, zumal der besondere prozessökonomische Sinn der Vorschrift des § 38 AVG nur dann erreicht werden kann, wenn die andere Entscheidung, deren Ergehen abgewartet wird, in der Folge die Behörde bindet, wobei eine solche Bindungswirkung jedoch immer nur eine Entscheidung über eine Hauptfrage entfaltet. Die gegenseitige Bindung der Gerichte und der Verwaltungsbehörden erstreckt sich nur so weit, wie die Rechtskraft reicht, d.h. sie erfasst nur den Inhalt des Spruchs, nicht aber die Entscheidungsgründe (vgl. VwGH 6.11.2020, Ro 2020/03/0014, mwN).

43 Die TKK bzw. das mittels Beschwerde angerufene BVwG hatten also - mangels Vorliegens einer bindenden Entscheidung durch die ordentlichen Gerichte - diese Frage selbst (als Vorfrage) zu beantworten. Damit wurde die Rechtsfrage betreffend die Reichweite des bestehenden Vertrags zwar für das Verfahren nach § 12a TKG 2003 vom BVwG selbst beantwortet, aber nicht mit über dieses Verwaltungsverfahren hinausgehender Bindungswirkung und in einer der Rechtskraft fähigen Weise entschieden.

Für das vorliegende Revisionsverfahren ist allerdings davon auszugehen, dass der bestehende Vertrag die von der Antragstellerin gewünschte Mitbenutzung nicht (voll) abdeckt.

44 Die Regelung betreffend die Mitbenutzungsrechte an Antennentrage- und Starkstromleitungsmasten nach§ 8 Abs. 2 TKG 2003 geht der Sache nach zurück auf die NovelleBGBl. I Nr. 27/1999. Mit dieser Novellierung des TKG [1997] wurde u.a. § 7 TKG [1997] neu gefasst, wobei § 7 Abs. 2 TKG [1997] die nun in § 8 Abs. 2 TKG 2003 getroffene Regelung - im Wesentlichen inhaltsgleich - enthielt.

45 Explizites Ziel der Regelung war „einerseits die Möglichkeit der Weiterentwicklung der Mobiltelefonie sicherzustellen und andererseits die Errichtung weiterer zusätzlicher Masten möglichst einzuschränken“ (ErläutRV, 1468 BlgNR, 20. GP). In den Gesetzesmaterialien wird auch der Primat vertraglicher Einigung angesprochen, wenn es heißt:

„Mitbenutzung gemäß Abs. 2 soll grundsätzlich auf der Basis privatrechtlicher Vereinbarungen erfolgen. Nur für den Fall, daß ein Vertrag nicht zustande kommt, soll die Regulierungsbehörde als Schiedsrichter tätig werden und über die Mitbenützung entscheiden.“

46 In Verfahren über die Erlassung einer Mitbenutzungsanordnung, die eine entsprechende privatautonome Vereinbarung ersetzen soll, sind ebenso wie bei einer Zusammenschaltungsanordnung nach dem TKG 2003 von der Behörde jene Regelungen zu treffen, die ansonsten von den Parteien des Mitbenutzungsvertrages selbst zu vereinbaren gewesen wären („vertragsersetzender Bescheid“). Bei der konkreten Ausgestaltung der Mitbenutzungsbedingungen kommt der Regulierungsbehörde im Rahmen der von ihr zu treffenden „schiedsrichterlich-regulatorischen Entscheidung“ notwendiger Weise ein weiter Ermessensspielraum zu, soweit nicht die anzuwendenden Rechtsvorschriften konkrete Vorgaben vorsehen (VwGH 24.4.2013, 2010/03/0155, mwN). Eine strenge Antragsbindung, die mit dem Gebot der Herstellung eines fairen Ausgleichs der jeweiligen Interessen nicht in Einklang zu bringen wäre, besteht dabei nicht (vgl. in diesem Sinne VwGH 3.9.2008, 2006/03/0079).

47 Entgegen der Auffassung der Revisionswerberin hindert der zwischen den Mitbeteiligten bestehende Vertrag, der - wovon im Revisionsfall aufgrund der bindenden Vorfragenbeurteilung des BVwG auszugehen ist - nur einen Teil der von der Antragstellerin gewünschten Mitbenutzung abdeckt, die Erlassung der begehrten, den bestehenden Vertrag ergänzenden Anordnung nicht. Warum nämlich die von der Antragstellerin begehrte vertragsersetzende Ergänzung einer bestehenden Vereinbarung schon per se das zu wahrende Äquivalenzgefüge beeinträchtigen sollte, wird von der Revision nicht dargelegt und ist auch vom Verwaltungsgerichtshof nicht zu erkennen. Festzuhalten ist weiters, dass der Antrag darauf zielt, eine Mitbenutzung des Mastes für die Antragstellerin als Bereitstellerin eines öffentlichen Kommunikationsnetzes zu ermöglichen, ohne Einschränkung auf die im Generalübereinkommen angesprochene UMTS-Technologie; damit ist weder eine unzulässige „Zweckbindung“ verbunden noch ein Verstoß gegen das Gebot des § 1 Abs. 3 TKG 2003, Regulierungsmaßnahmen nach Abs. 2 weitestgehend technologienutral zu gestalten.

48 Zudem trifft die der Revision augenscheinlich zu Grunde liegende Prämisse, der Regulierungsbehörde komme im Verfahren zur Erlassung einer Mitbenutzungsanordnung keine Zuständigkeit zur Ergänzung bzw. Änderung bestehender Vereinbarungen zu, nicht zu:

49 Mit dem Gebot, in der zu erlassenden Mitbenutzungsanordnung das diesbezügliche Vertragsverhältnis der Parteien in umfassender Weise zu regeln und dabei einen fairen Ausgleich der jeweiligen Interessen der Parteien herzustellen (vgl. VwGH 28.11.2013, 2011/03/0124), wäre es nämlich nicht vereinbar, eine Bindung der Regulierungsbehörde an eine allfällige Einigung der Parteien in Teilbereichen anzunehmen (so schon VwGH 8.9.2004, 2000/03/0330, dort zu einer Zusammenschaltungsanordnung nach dem TKG [1997]; in diesem Sinne auch VwGH 26.4.2016, Ro 2014/03/0084, betreffend einen Weiterverbreitungsauftrag nach dem AMD-G).

50 Festzuhalten ist schließlich, dass die von der Revision vertretene Sichtweise, die darauf hinausläuft, von der Antragstellerin die Kündigung des bestehenden Vertrages zu verlangen, um dann erst die Regulierungsbehörde anrufen zu können, nicht nur in einem Spannungsverhältnis zu dem vom TKG 2003 gesteckten Ziel steht, Mitbenützung zu ermöglichen und zu erleichtern, und damit die „Weiterentwicklung der Mobiltelefonie“ - ohne Beschränkung auf eine „alte“ Technologie - sicherzustellen, sondern zudem mit dem Grundsatz der Effektivität (auch) von Regulierungsmaßnahmen nicht in Einklang zu bringen wäre.

51 Nach dem Gesagten erweist sich die Revision als unbegründet. Sie war deshalb gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

52 Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung.

53 Die Zurückweisung der „Revisionsbeantwortung“ der zweitmitbeteiligten Partei beruht darauf, dass das VwGG keinen Eintritt als mitbeteiligte Partei auf Seiten der revisionswerbenden Partei kennt. Wenn sich die zweitmitbeteiligte Partei daher in ihrer Revisionsbeantwortung im Ergebnis der Amtsrevision anschloss, war dieser Schriftsatz der Sache nach als verspätete Revision zu werten und gemäß § 34 Abs. 1 VwGG zurückzuweisen (vgl. VwGH 4.10.2021, Ra 2021/03/0051, mwN).

Wien, am 8. April 2022

Schlagworte

Ermessen VwRallg8

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2022:RO2022030016.J00

Im RIS seit

12.05.2022

Zuletzt aktualisiert am

17.05.2022

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at