

D 21/21-11

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Mag. Nikolaus Schaller als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ.-Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 15.11.2021 über Antrag der [REDACTED] gegen das [REDACTED] einstimmig beschlossen:

I. Spruch

Gemäß § 212 Abs 1 Telekommunikationsgesetz 2021, BGBl I 190/2021, iVm §§ 5 Abs 3, 6 Abs 1, 117 Z 1 Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl I 70/2003 idF BGBl I 57/2021 (im Folgenden „TKG 2003“) wird **festgestellt**, dass der [REDACTED] Leitungsrechte zur Querung der zum öffentlichen Gut des Landes Salzburg gehörenden Grundstücke GST-NR [REDACTED] EZ [REDACTED] KG [REDACTED] und GST-NR [REDACTED] EZ [REDACTED] KG [REDACTED] seit den in der nachfolgenden Tabelle genannten Zeitpunkten zustehen und die Peter Rauter GmbH berechtigt war, ab diesen Zeitpunkten mit dem Bau der nachgefragten Kommunikationslinien (Querungen) zu beginnen:

Telekom-Control-Kommission (TKK)

bei der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH)

Mariahilfer Straße 77–79
1060 WIEN, ÖSTERREICH
www.rtr.at

E: rtr@rtr.at
T: +43 1 58058-0
F: +43 1 58058-9191

FN 208312t, HG Wien

	Nachfrage vom	Baubeginn zulässig ab
	07.05.2021	05.06.2021
	07.05.2021	05.06.2021
	07.05.2021	05.06.2021
	10.08.2021	08.09.2021
	10.08.2021	08.09.2021

II. Begründung

1 Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 10.09.2021, am selben Tag bei der Behörde eingelangt (ON 1), beantragte die Antragstellerin gegen die Antragsgegnerin eine Anordnung über Leitungsrechte gemäß §§ 5 Abs 3, 6 Abs 1 TKG 2003.

Im vorgelagerten Streitschlichtungsverfahren bei der RTR-GmbH gemäß § 121 TKG 2003 konnte keine Einigung erzielt werden (ON 3).

Der Antrag wurde der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 11.10.2021 (ON 5) unter Hinweis auf die Frist und Rechtsfolge gemäß § 12a TKG 2003 zugestellt. Am 14.10.2021 langte eine weitere Stellungnahme der Antragstellerin ein (ON 6). Die Antragsgegnerin erhob am 18.10.2021 rechtzeitige Einwendungen gemäß § 12a TKG 2003 gegen den Antrag (ON 8).

2 Festgestellter Sachverhalt

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

Die Grundstücke GST-NR [REDACTED] EZ [REDACTED] KG [REDACTED] Irrsdorf [REDACTED] und GST-NR [REDACTED] EZ [REDACTED] KG [REDACTED] stehen im grundbücherlichen Alleineigentum der Antragsgegnerin (offenes Grundbuch, ON 1) und gehören zu deren öffentlichem Gut (ON 1; ON 3; unbestritten). Das Amt der [REDACTED] Landesregierung, [REDACTED] ist Verwalter der Landesstraße [REDACTED] (ON 1; unbestritten).

Am 07.05.2021 und am 10.08.2021 verständigte die Antragstellerin die Landesstraßenverwaltung über deren Webportal schriftlich und nachweislich und jeweils unter Beigabe von Planskizzen über die beabsichtigten Errichtungen von Kommunikationslinien. In beiden Verständigungen wurde bekannt gegeben, dass Querungen der [REDACTED], *mittels Erdrakete in einer Tiefe von mind. 1,20 m unter der Asphaltdecke*“ erfolgen sollten (Beilagen zu ON 1).

Die Landesstraßenverwaltung erhob innerhalb von vier Wochen nach Einlangen dieser Verständigungen weder Einwendungen gegen die Vorhaben, noch unterbreitete sie Alternativvorschläge (ON 1; unbestritten).

Zwischen der Antragstellerin und der Landesstraßenverwaltung wurde am 24.09.2021 (Datum der letzten Vertragsunterzeichnung) zur Zahl [REDACTED] ein Sondernutzungsvertrag über die Modalitäten der Errichtung und des Betriebs der Kommunikationslinien der Antragstellerin abgeschlossen (ON 8 samt Beilage).

Die Antragstellerin baut Glasfaserinfrastrukturen (unter anderem) im [REDACTED] aus und fragt hierfür regelmäßig auch Leitungsrechte im öffentlichen Gut der Antragsgegnerin nach, weshalb sie an „einer guten und raschen Zusammenarbeit mit der Landesstraßenverwaltung“ interessiert ist (ON 1; ON 6; unstrittig).

3 Beweiswürdigung

Die Feststellungen ergeben sich aus den jeweils in Klammern angeführten glaubwürdigen und nachvollziehbaren Beweismitteln bzw sind amtsbekannt oder iSd § 12a TKG 2003 unbestritten.

4 Rechtliche Beurteilung

4.1 Anzuwendende Rechtslage

Nach § 212 Abs 1 TKG 2021 hat die Telekom-Control-Kommission am 01.11.2021 anhängige Verwaltungsverfahren über Anträge auf Leitungsrechte nach der bis zum Inkrafttreten des TKG 2021 geltenden materiellen Rechtslage und Verfahrensrechtlage, einschließlich der Zuständigkeit, dh nach den Bestimmungen des TKG 2003, zu Ende zu führen.

4.2 Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

Gemäß §§ 6 Abs 3, 117 Z 1 TKG 2003 ist die Telekom-Control-Kommission somit in am 01.11.2021 anhängigen Verfahren über Anträge auf Leitungsrechte gemäß § 5 TKG 2003 nach wie vor zur Entscheidung zuständig.

4.3 Gesetzliche Regelungen

§ 3 Z 10 TKG 2003, BGBl I 2003/70 idF BGBl I 57/2021, lautet:

„10. ‚Kommunikationslinie‘ unter- oder oberirdisch geführte Übertragungswege (Kommunikationsanlagen) einschließlich deren Zubehör wie Schalt-, Verstärker- oder Verzweigungseinrichtungen, Stromzuführungen, Verkabelungen in Gebäuden, Masten, Antennen, Türme und andere Trägerstrukturen, Leitungsrohre, Leerrohre, Kabelschächte, Einstiegsschächte und Verteilerkästen;“

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

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

1. zur Errichtung und zur Erhaltung von Kommunikationslinien mit Ausnahme der Errichtung von Antennentragemasten im Sinne des § 3 Z 35,

2. zur Errichtung und Erhaltung von Leitungsstützpunkten, Vermittlungseinrichtungen und sonstigen Leitungsobjekten oder anderem Zubehör,

[...]

4. zum Betrieb, der Erweiterung und Erneuerung der unter Z 1, 2, 3 und 3a angeführten Anlagen, sofern dies ohne dauerhaften physischen Eingriff erfolgt, sowie

[...]

Der Inhalt des jeweiligen Leitungsrechtes ergibt sich aus der Vereinbarung oder aus der Entscheidung der Regulierungsbehörde. Vereinbarungen über Leitungsrechte sind der Regulierungsbehörde auf deren begründetes Verlangen vorzulegen.

[...]

(3) Bereitsteller eines Kommunikationsnetzes sind berechtigt, Leitungsrechte an öffentlichem Gut, wie Straßen, Fußwege, öffentliche Plätze und den darüber liegenden Luftraum, 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.

[...]“

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

„(1) Nimmt der Bereitsteller eines Kommunikationsnetzes gemäß § 5 Abs. 3 Leitungsrechte in Anspruch, so hat er dem Verwalter des öffentlichen Gutes das dort beabsichtigte Vorhaben unter Beigabe einer Planskizze schriftlich und nachweislich bekannt zu geben. Hat der Verwalter des öffentlichen Gutes gegen das Vorhaben Einwendungen, so hat er dem Bereitsteller binnen vier Wochen nach Einlangen der Verständigung schriftlich die Gründe darzulegen und einen Alternativvorschlag zu unterbreiten, widrigenfalls mit dem Bau begonnen werden kann.

[...]

(3) Kommt zwischen dem Verpflichteten und dem Berechtigten eine Vereinbarung über das Leitungsrecht nach § 5 Abs. 3, Abs. 4 oder Abs. 6 oder über die Abgeltung eines Leitungsrechts gemäß § 5 Abs. 5 binnen einer Frist von vier Wochen ab nachweislicher Bekanntmachung des Vorhabens nicht zustande, kann jeder der Beteiligten die Regulierungsbehörde zur Entscheidung anrufen.

[...]“

§ 12a TKG 2003, BGBl I 2003/70 idF BGBl I 57/2021, lautet auszugsweise:

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

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

[...]"

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

„Der Telekom-Control-Kommission sind folgende Aufgaben zugewiesen:

1. die Entscheidung in Verfahren gemäß §§ 6, 6a, 6b Abs. 7, 7, 9, 9a Abs. 8, 11, 12a und 13,

[...]"

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

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

4.4 Nachfrage und Antrag

Mit den an die Antragsgegnerin gerichteten Nachfragen vom 07.05.2021 und vom 10.08.2021 fragte die Antragstellerin das Leitungsrecht unter Anlage von Planskizzen gegenüber der Antragsgegnerin nach. Die Voraussetzung schriftlicher und nachweislicher Nachfragen wenigstens vier Wochen vor Antragstellung gemäß § 6 Abs 1 und Abs 3 TKG 2003 ist daher erfüllt.

4.5 Feststellung des Leitungsrechts

4.5.1 Formulierung und Inhalt des Antrags

Die Antragstellerin beantragte mit ON 1 die **Einräumung** eines Leitungsrechts, obwohl dieses laut Antrag ON 1 eine öffentliche Landesstraße, also öffentliches Gut, betreffen soll und die Antragstellerin daher auch (richtig) auf § 5 Abs 3 TKG 2003 Bezug nahm. Im Rahmen der Schlichtungsverhandlung vor der RTR-GmbH und nochmals mit dem Schriftsatz ON 6 beantragte die Antragstellerin dann die **Feststellung**, dass das Leitungsrecht bereits ex lege entstanden war. Nach ständiger Entscheidungspraxis der Telekom-Control-Kommission sind Änderungen des verfahrenseinleitenden Antrags in Verfahren nach dem 2. Abschnitt des TKG 2003 nicht zulässig, wenn die dem Antragsgegner nach § 12a TKG 2003 zur Verfügung stehende Frist bereits (auch nur teilweise) abgelaufen ist, widerspräche es doch dem Grundsatz der Waffengleichheit im Verfahren, könnte der Antragsteller seinen Antrag noch einseitig ändern, wenn der Antragsgegner gar keine Einwendungen gegen diesen neuen Antragsinhalt mehr vorbringen kann oder dafür nicht mehr die vollständige Frist des § 12a Abs 1 TKG 2003 zur Verfügung hat.

Eine solche unzulässige Änderung des Antrages liegt hier aber nicht vor, da jede behördliche Einräumung eines Rechts implizit auch die Feststellung umfasst, dass dieses Recht besteht. Ebenso umfasst somit jeder Antrag auf Einräumung eines Rechts (wie in ON 1) implizit auch die Feststellung des Bestehens dieses Rechtes. Weder die Tatsache, dass die (nicht anwaltlich vertretene) Antragstellerin mit ON 1 die Einräumung des Leitungsrechts beantragt hat, noch die Übermittlung des Schriftsatzes ON 6 zu einem Zeitpunkt, in dem die Aufforderung nach § 12a TKG 2003 bereits an die Antragsgegnerin zugestellt war, stehen daher der Feststellung des Bestehens eines Leitungsrechts entgegen, sollte ein solches Recht tatsächlich ex lege entstanden sein (siehe dazu Punkt 4.5.2) und auch ein Feststellungsbescheid zulässig sein (siehe dazu Punkt 4.5.3).

4.5.2 Entstehung des Leitungsrechts

Nimmt der Bereitsteller eines Kommunikationsnetzes Leitungsrechte im öffentlichen Gut in Anspruch, so hat er dem Verwalter des öffentlichen Gutes das dort beabsichtigte Vorhaben unter Beigabe einer Planskizze schriftlich und nachweislich bekannt zu geben (§ 6 Abs 1 TKG 2003). Das ist nach den Feststellungen mit den Verständigungen vom 07.05.2021 und vom 10.08.2021 erfolgt. Wie festgestellt, hat die Landesstraßenverwaltung gegen die bekannt gegebenen Pläne keine Einwendungen erhoben und auch keinen Alternativvorschlag gemacht.

In den Einwendungen vom 18.10.2021, ON 8, bringt die Antragsgegnerin nun vor, „*[z]wischen der [REDACTED] und der Landesstraßenverwaltung wurde am 24.09.2021 [...] ein Sondernutzungsvertrag abgeschlossen [...]. [...] Aus Sicht der Landesstraßenverwaltung wurde durch die privatrechtliche Einigung am 24.09.2021 das Leitungsrecht unter Auflagen eingeräumt. Wie bereits in der Schlichtungsverhandlung am 06.10.2021 ausgeführt, besteht seitens der Telekom-Control-Kommission keine Rechtsgrundlage zur Einräumung eines Leitungsrechtes, da ohnehin Einvernehmen gemäß § 6 Abs 3 TKG besteht.*“

Diese Rechtsmeinung der Antragsgegnerin, dass erst „*durch die privatrechtliche Einigung [...] das Leitungsrecht unter Auflagen eingeräumt*“ worden sei, trifft nach § 6 Abs 1 TKG 2003 nicht zu. Erhebt nämlich der Verwalter des öffentlichen Gutes gegen das bekannt gegebene Vorhaben keine rechtzeitigen Einwendungen oder unterbreitet er keinen Alternativvorschlag, kann nach der ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung des § 6 Abs 1 TKG 2003 „*mit dem Bau begonnen werden*“; das Leitungsrecht im öffentlichen Gut entsteht in diesen Situationen daher ex lege (vgl *Bauer-Dorner/Mikula in Riesz/Schilchegger (Hrsg), TKG (2016), § 6, Rz 4 mwN*).

Mangels rechtzeitiger Einwendungen ist das Leitungsrecht daher mit Ablauf der vierwöchigen Fristen im Umfang der Verständigungen ex lege entstanden und nicht erst mit dem Abschluss des Vertrages. Dieser regelt lediglich die Modalitäten der Ausübung dieses Leitungsrechts (vgl EBRV 845 Blg 25. GP, 3), weshalb die Antragsgegnerin insofern zu Recht davon ausgeht, dass keine diesbezügliche vertragsersetzende Anordnung mehr möglich ist.

4.5.3 Zulässigkeit eines Feststellungsbescheides

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs kann ein Feststellungsbescheid über Rechte und Rechtsverhältnisse ergehen, wenn dies von einer Partei beantragt wird, diese ein rechtliches Interesse an der Feststellung hat und es sich um ein notwendiges Mittel zweckentsprechender Rechtsverteidigung handelt oder wenn die Feststellung im öffentlichen Interesse liegt. Dies jeweils unter der Voraussetzung, dass die maßgeblichen Rechtsvorschriften

eine Feststellung dieser Art nicht ausschließen (VwGH vom 25.08.2005, 2004/16/0281; VwGH vom 22.10.2015, Ra 2015/16/0069).

Der Zeitpunkt des Entstehens des Leitungsrechts – vier Wochen nach den Nachfragen oder erst mit Abschluss des Vertrages – ist zwischen den Parteien strittig. Angesichts der regelmäßigen Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien über Leitungsrechte und der von der Antragsgegnerin vertretenen (unrichtigen) Rechtsmeinung, dass Leitungsrechte im öffentlichen Gut auch ohne rechtzeitige Einwendungen erst eingeräumt werden müssen, erachtet die Telekom-Control-Kommission ein rechtliches Interesse der Antragstellerin an der begehrten Feststellung als gegeben. Auch besteht ein evidentes öffentliches Interesse iSd zitierten Judikatur des VwGH an einem möglichst raschen Ausbau von zeitgemäßen Telekommunikationsinfrastrukturen und damit auch an der im Spruch getroffenen Feststellung. Dieselbe Wertung kommt auch in der (wenn auch gemäß § 212 Abs 1 TKG 2021 hier noch nicht unmittelbar anwendbaren) nunmehr ausdrücklichen Bestimmung des § 54 Abs 4 TKG 2021 zum Ausdruck, wonach *„jeder der Beteiligten bei der Regulierungsbehörde die Feststellung beantragen [kann], ob und in welchem Umfang ein Leitungsrecht gemäß Abs. 1 und Abs. 3 besteht.“*

Demgegenüber hat die Antragstellerin in der Schlichtungsverhandlung vor der RTR-GmbH (ON 3) angegeben, dass die mit der ersten Verständigung vom 07.05.2021 nachgefragten Querungen bei Kilometer [REDACTED] (Querung eines Weges) und bei Kilometer [REDACTED] wegen der mit der zweiten Verständigung vom 10.08.2021 nachgefragten Querung bei Kilometer [REDACTED] nicht mehr erforderlich sind. Diesbezüglich besteht also weder ein rechtlich erhebliches Interesse der Antragstellerin noch ein öffentliches Interesse an einer Feststellung, weshalb entsprechende Feststellungen unterbleiben.

4.5.4 Einwendungen gemäß § 12a Abs 1 TKG 2003

Die Antragsgegnerin wendete ausschließlich das in Punkt 4.5.2 dargestellte Argument eines aufrechten Vertrages gemäß § 12a Abs 1 TKG 2003 formal gegen den Antrag ein (ON 8). Andere mögliche Einwendungen – etwa die in ON 6 von der Antragstellerin thematisierten Punkte, inwieweit die Nachfragen oder Planskizzen den Anforderungen des § 6 Abs 1 TKG 2003 entsprochen haben oder die Anwendbarkeit des [REDACTED] Landesstraßengesetzes – sind nach § 12a Abs 1 TKG 2003 mangels entsprechender Einwendungen daher in der Entscheidung nicht zu berücksichtigen.

Die Telekom-Control-Kommission weist aber darauf hin, dass Leitungsrechte – lege non distinguente auch solche im öffentlichen Gut – nach § 5 Abs 1 TKG 2003 ausdrücklich nur *„unbeschadet der nach sonstigen gesetzlichen Vorschriften zu erfüllenden Verpflichtungen“* gelten. Das festgestellte (zivilrechtliche) Recht auf Baubeginn steht daher unter diesem Vorbehalt.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.



III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht den Parteien dieses Verfahrens gemäß § 121 Abs 5 TKG 2003 das Rechtsmittel der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen, wobei eine Eingabegebühr in der Höhe von Euro 30,- zu entrichten ist (BGBl II 387/2014 idgF). Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides bei der Behörde, die diesen Bescheid erlassen hat, einzubringen.

Wien, am 15.11.2021

Telekom-Control-Kommission

Mag. Nikolaus Schaller
Der Vorsitzende