

D 25/21-9

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 29.11.2021 über Antrag der [REDACTED] vertreten durch Kroker, Tonini, Höss & Lajlar Rechtsanwälte, [REDACTED] gegen [REDACTED] vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Heinrich Luchner, [REDACTED] einstimmig beschlossen:

I. Spruch

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

A. werden die Anträge der [REDACTED] (idF: Antragstellerin), die Telekom-Control-Kommission möge

1. feststellen, dass der Antragstellerin ein Leitungsrecht für die Verlegung und Führung von Kommunikationslinien iSd § 3 Z 10 TKG 2003 gemäß § 5 Abs 3 iVm § 6 Abs 1 TKG 2003 auf dem GST-Nr [REDACTED] EZ [REDACTED] KG [REDACTED] (Leitungsverlauf gemäß einem im Antrag dargestellten Lageplan) zukommt, **zurückgewiesen** und

2. (in eventu) der Antragstellerin ein Zwangsleitungsrecht für die Verlegung von Kommunikationslinien iSd § 3 Z 10 TKG 2003, insbesondere von Leerverrohrungen, gemäß § 5 Abs 4 TKG 2003 auf dem GST-Nr [REDACTED] EZ [REDACTED] KG [REDACTED] (Leitungsverlauf gemäß einem im Antrag dargestellten Lageplan) einräumen, **abgewiesen** und

3. [REDACTED] zum Ersatz der Kosten dieses Verfahrens verpflichten, **abgewiesen**, und

B. wird der Antrag von [REDACTED] (idF: Antragsgegner), die Telekom-Control-Kommission möge die Antragstellerin zum Ersatz der Kosten des Verfahren verpflichten, **abgewiesen**.

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

II. Begründung

1 Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 05.10.2021, am selben Tag bei der Behörde eingelangt (ON 1), beantragte die Antragstellerin gegen den Antragsgegner wie im Spruch ersichtlich.

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

Der Antrag wurde dem Antragsgegner mit Schreiben vom 03.11.2021 (ON 5) unter Hinweis auf die Frist und Rechtsfolge gemäß § 12a TKG 2003 zugestellt. Der Antragsgegner erhob rechtzeitig Einwendungen gemäß § 12a TKG 2003 gegen den Antrag (ON 6).

2 Festgestellter Sachverhalt

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

Das Grundstück GST-Nr. [REDACTED] EZ [REDACTED] KG [REDACTED] Bezirksgericht [REDACTED] steht im grundbücherlichen Alleineigentum des Antragsgegners (offenes Grundbuch, ON 1; unbestritten).

Der Antragsgegner schloss mit der [REDACTED] einen Dienstbarkeitsvertrag über die Errichtung einer Gasleitung auf diesem Grundstück ab. Diese Gasleitung wurde im Jahr 2019 verlegt (ON 3, ON 6).

Im Zuge der Errichtung der Gasleitung verlegte die Antragstellerin in derselben offenen Künette einen 50 mm Leerrohr-Schlauch und einen 8x7 Minirohrverband. Lichtwellenleiterkabeln sind noch nicht eingezogen, da die dafür erforderlichen Verteiler noch nicht fertig sind. Die Kommunikationslinie ist daher auch noch nicht in Betrieb (ON 3).

Die Antragstellerin nahm weder vor der Verlegung dieser Infrastrukturen im Jahr 2019 noch nach deren Verlegung aus eigenem Antrieb mit dem Antragsgegner Kontakt auf, um ein Leitungsrecht abzuklären. Die Antragstellerin unterlag dabei keinem Irrtum über die Eigentumsverhältnisse am Grundstück oder dessen fehlende Eigenschaft als öffentliches Gut. Mit Schreiben vom 23.10.2020 forderte der Antragsgegner über seinen Rechtsvertreter die Entfernung der Anlagen der Antragstellerin. In Beantwortung dieses Schreibens teilte die Antragstellerin mit Schreiben vom 11.11.2020 mit, es sei irrtümlich verabsäumt worden, einen Vertrag mit dem Antragsgegner abzuschließen, da die Umsetzung der Gasleitungsverlegung durch die [REDACTED] kurzfristig erfolgt sei und die Mitverlegung der Leerverrohrung rasch habe beauftragt werden müssen. Erst mit diesem Antwortschreiben vom 11.11.2020 übermittelte die Antragstellerin dem Antragsgegner erstmals einen Dienstbarkeitsbestellungsvertrag und eine Vereinbarung über das Leitungsrecht, bot eine Abgeltung an und forderte einen Vertragsabschluss über die bereits verlegte Kommunikationslinie. Mit einem weiteren Schreiben vom 26.11.2020 verweigerte der Antragsgegner die Annahme der übermittelten Vertragsangebote und forderte neuerlich die Entfernung der Leitungen (Beilagen zu ON 1 bzw zu ON 3; ON 6).

Eine Vereinbarung über das Leitungsrecht ist nicht zu Stande gekommen (ON 1; ON 3; ON 6; unbestritten). Der Antragsgegner klagte vor dem Bezirksgericht [REDACTED] (GZ [REDACTED]) auf Entfernung der Kommunikationslinie der Antragstellerin. Das Beweisverfahren wurde am 06.10.2021 geschlossen, das Urteil wird schriftlich ergehen (ON 1, ON 3).

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.

Die Feststellung, dass die Antragstellerin keinem Irrtum über die fehlende Eigenschaft des Grundstücks als öffentliches Gut oder über dessen Eigentumsverhältnisse unterlag, beruht auf folgenden Überlegungen: Einerseits führte der Mitarbeiter der Antragstellerin in der Schlichtungsverhandlung vor der RTR-GmbH (ON 3) aus, die Gemeinde habe versehentlich verabsäumt, den Grundeigentümer vor Verlegung der Leerverrohrung zu fragen. Dies legt nahe, dass der Antragstellerseite klar war, dass nicht die Gemeinde selbst Eigentümerin des Grundstücks war. Auch im Schreiben der Antragstellerin vom 11.11.2020 wurde lediglich ausgeführt, es sei verabsäumt worden, einen Vertrag mit dem Antragsgegner abzuschließen, ohne dass dessen Eigentümerschaft oder die Frage von öffentlichem Gut thematisiert wurde. Das Argument, bei der Straße handle es sich um öffentliches Gut und das Leitungsrecht sei daher wirksam ex lege entstanden, wurde somit zwar im Antrag ON 1 (erstmalig) vorgebracht, die Antragstellerin bzw deren Mitarbeiter irrten bei Verlegung der Anlagen im Jahr 2019 aber nicht über die tatsächlichen Verhältnisse.

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, Einstiegschächte 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.

(4) Bereitsteller eines öffentlichen Kommunikationsnetzes sind berechtigt, Leitungsrechte ausgenommen das Leitungsrecht nach Abs. 1 Z 3a, an privaten Liegenschaften in Anspruch zu nehmen, sofern öffentliche Rücksichten nicht im Wege stehen und wenn

1. die widmungsgemäße Verwendung der Liegenschaft durch diese Nutzung nicht oder nur unwesentlich dauernd eingeschränkt wird und

2. eine Mitbenutzung von Anlagen, Leitungen oder sonstigen Einrichtungen nach § 8 Abs. 1, 1c oder 2 nicht möglich oder nicht tunlich ist.

(5) Dem Eigentümer einer gemäß Abs. 4 oder Abs. 6 belasteten Liegenschaft ist eine der Wertminderung entsprechende Abgeltung zu leisten.

[...]“

§ 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.

(2) Werden Leitungsrechte in den nicht in Abs. 1 geregelten Fällen in Anspruch genommen, so hat der Leitungsberechtigte dem Eigentümer der Liegenschaft oder des Objekts das beabsichtigte Vorhaben unter Beigabe einer Planskizze schriftlich und nachweislich bekanntzumachen und diesem eine Abgeltung gemäß § 5 Abs. 5 anzubieten. Bestehen auf der in Anspruch genommenen Liegenschaft andere Anlagen, so ist gegenüber ihren Unternehmern in gleicher Weise vorzugehen.

(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.“

§ 74 AVG, BGBl I 51/1991 idgF lautet:

„(1) Jeder Beteiligte hat die ihm im Verwaltungsverfahren erwachsenden Kosten selbst zu bestreiten.

(2) Inwiefern einem Beteiligten ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht, bestimmen die Verwaltungsvorschriften. [...]“

4.4 Zum Hauptantrag auf Feststellung eines Leitungsrechts

Die Antragstellerin beantragt primär die Feststellung des Bestehens eines Leitungsrechts. Begründend wird ausgeführt, es handle sich bei dem Teil des Grundstücks des Antragsgegners, über den eine Straße verläuft, um eine öffentliche Straße und damit um öffentliches Gut iSd § 5 Abs 3 TKG 2003, weshalb Bereitsteller eines Kommunikationsnetzes berechtigt seien, Leitungsrechte daran unentgeltlich und ohne gesonderte Bewilligung nach dem TKG in Anspruch zu nehmen. Zum Vorliegen von Gemeingebrauch wird vorgebracht, eine Straße sei dann als öffentlich anzusehen, wenn sie *„von jedermann unter denselben Bedingungen genutzt werden kann“* (§ 1 StVO), wenn sie also nach dem äußeren Anschein zur allgemeinen Benützung freisteht, was gegenständlich der Fall sei. Der Antragsgegner bestreitet diese Rechtsansicht, vor allem das Vorliegen eines Gemeingebrauchs.

Nach dem Erkenntnis des VwGH vom 15.12.2003, 2003/03/0163 ist zur Definition des öffentlichen Gutes auch im Telekommunikationsrecht von dem in der Verwaltungsrechtslehre - ausgehend von § 287 ABGB - entwickelten Begriffsverständnis auszugehen. Das öffentliche Gut umfasst danach jene Sachen, *"die im Eigentum des Staates stehen und an denen Gemeingebrauch besteht"*. Öffentliches Gut verlangt somit – kumulativ – sowohl das Eigentum einer Gebietskörperschaft (oder ggf einer anderen Körperschaft öffentlichen Rechts; vgl *Helmich* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.04 § 287 Rz 3 Stand 1.7.2018, rdb.at) und eine Widmung zum Gemeingebrauch. Da das gegenständliche Grundstück im Eigentum des Antragsgegners, also in privatem Eigentum, steht, kann es somit schon deshalb nicht zum öffentlichen Gut iSd §§ 5 Abs 3, 6 Abs 1 TKG 2003 gehören (vgl auch *Holzner* in *Rummel/Lukas*, ABGB § 287 Rz 4 Stand 1.7.2016, rdb.at). Die von den Parteien kontrovers diskutierte Frage, ob an der Straße Gemeingebrauch besteht, kann daher dahingestellt bleiben.

Anders als nach § 54 Abs 4 TKG 2021 enthält das im Verfahren anwendbare TKG 2003 keine ausdrückliche Zuständigkeit zur Feststellung des Bestehens eines Leitungsrechts im öffentlichen Gut. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs kann ein nicht gesetzlich ausdrücklich vorgesehener 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). Da das Grundstück nicht

zum öffentlichen Gut gehört, können diese Voraussetzungen für die beantragte Feststellung nicht vorliegen, weshalb der Antrag spruchgemäß zurückgewiesen wurde.

4.5 Zum Eventualantrag auf Einräumung eines Leitungsrechts

Eventualiter beantragt die Antragstellerin, ihr (nachträglich) ein Leitungsrecht für die bereits bestehenden Leerrohre einzuräumen. Die Anordnung von Leitungsrechten für bestehende Infrastrukturen ist auch grundsätzlich möglich und in der behördlichen Entscheidungspraxis nicht unüblich. Dies betraf iW Fälle, in denen Infrastrukturen über einige Zeit in Verwendung waren, wegen des Zeitverlaufs (und ggf auch wegen Unternehmensübernahmen) nachträglich aber nicht mehr nachweisbar war, wann und mit welchem Inhalt die – zumindest mögliche oder wahrscheinliche – Berechtigung zur Verlegung und zum Betrieb der Leitungen erworben worden war.

Im Schriftsatz ON 6 wendet der Antragsgegner aber zu Recht ein, Leitungsrechte nach dem TKG 2003 könnten nicht dazu dienen, rechtswidrige Eingriffe in fremdes Grundeigentum zu sanieren. Die Antragstellerin verlegte, als sich mit der Errichtung der Gasleitung eine günstige Gelegenheit bot, nicht nur Leerrohre ohne die vorherige Zustimmung des Antragsgegners zu suchen. Sie hat auch nach der Verlegung nicht zeitnahe die Zustimmung des Eigentümers eingeholt, sondern hat erst am 11.11.2020 (dh erst gegen Ende des auf die Verlegung folgenden Jahres) und auch nur als Reaktion auf das Schreiben des Antragsgegners überhaupt ein Leitungsrecht nachgefragt. Die Antragstellerin hat damit offenkundig eigenmächtig und rechtswidrig in das Eigentum des Antragsgegners eingegriffen, ohne etwa einem Irrtum über die Eigentumsverhältnisse oder die Zugehörigkeit des Grundstücks zum öffentlichen Gut unterlegen zu sein. Von einer – wie in den bisherigen Verfahren – dem Grunde nach strittigen Rechts- bzw Vertragslage, die billigerweise einer nachträglichen Klärung zugeführt werden könnte, kann nicht die Rede sein.

Dasselbe Verständnis (hinsichtlich des TKG 2003) kommt auch in den Erläuterungen zum TKG 2021, mit dem die bisherige Entscheidungspraxis positiviert wurde, zum Ausdruck. Nach EBRV 1043 BlgNR 27. GP, 24 (zu § 56 Abs 4) soll nämlich *„die bereits bisher von der Rechtsprechung angenommene Möglichkeit, Leitungsrechte auch für bereits bestehende Infrastrukturen (nachträglich) in Anspruch nehmen zu können, nunmehr einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung zugeführt werden. Diese Fälle entstehen vor allem bei historisch errichteten Infrastrukturen, etwa, wenn auf Grund von im Lauf der Geschichte verloren gegangener Unterlagen kein Nachweis über die Begründung des Leitungsrechts mehr geführt werden kann. [...] Verlegungen von Anlagen ohne vorab das Einvernehmen mit dem Eigentümer überhaupt gesucht zu haben oder die gegen dessen Willen errichtet wurden sind von dieser Regelung weiterhin nicht umfasst. ...“* (Hervorhebungen nicht im Original).

Der Antrag auf Einräumung eines Leitungsrechts für die rechtswidrig errichteten Infrastrukturen war daher spruchgemäß abzuweisen.

4.6 Zu den Anträgen auf Anordnung des Kostenersatzes

Beide Parteien beantragen, die jeweils andere Partei zum Ersatz der Verfahrenskosten zu verpflichten.

Gemäß § 74 AVG hat jeder Beteiligte die ihm im Verwaltungsverfahren erwachsenden Kosten selbst zu bestreiten. Davon abweichende Kostenersatzregelungen in Materiensetzen sind zwar



möglich, bestehen aber im TKG 2003 nicht, weshalb den Anträgen auf Zuerkennung von Kostenersatz nicht nachgekommen wurde.

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 29.11.2021

Telekom-Control-Kommission

Mag. Nikolaus Schaller
Der Vorsitzende