

RDLN 3/22-20

Bescheid

Die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) hat am 04.04.2022 über Antrag der [REDACTED] Aktiengesellschaft, [REDACTED] vertreten durch Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG, [REDACTED], gegen die Gemeinde [REDACTED] [REDACTED] wegen Leitungsrecht nach § 54 TKG 2021 beschlossen:

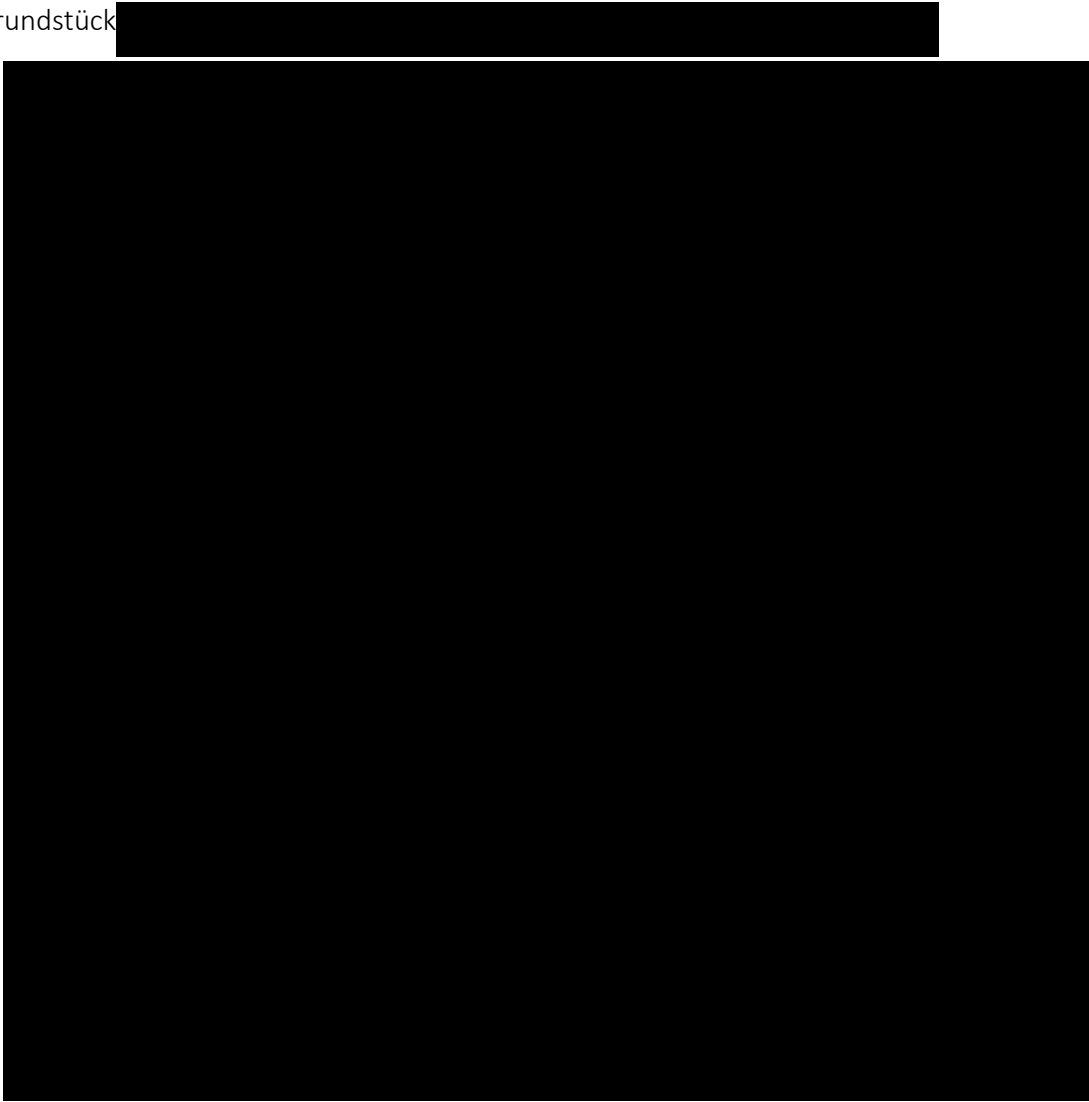
I. Spruch

Gemäß §§ 51, 54, 78, 194 Abs 1 Telekommunikationsgesetz 2021, BGBl I 190/2021 (im Folgenden „TKG 2021“), werden der [REDACTED] Aktiengesellschaft (in der Folge: Antragstellerin) Leitungsrechte an den folgenden Grundstücken im öffentlichen Gut der Gemeinde [REDACTED] (in der Folge: Antragsgegnerin) für die Errichtung und Erhaltung und, sofern dies ohne dauerhaften physischen Eingriff erfolgt, den Betrieb, die Erweiterung und die Erneuerung von Kommunikationslinien in einer Gesamtlänge von ca. [REDACTED] m unentgeltlich eingeräumt:

Grundstück Nr.	Kulturgattung	KG	EZ	Grundbuch	Maßnahme
[REDACTED]					

Der Verlauf der Kommunikationslinien und die Lage eines Verteilerkastens ist nachfolgend dargestellt (rot strichpunktierte Linie: K nette unbefestigt / orange durchgehende Linie: K nette befestigt, jeweils mit gelber Markierung):

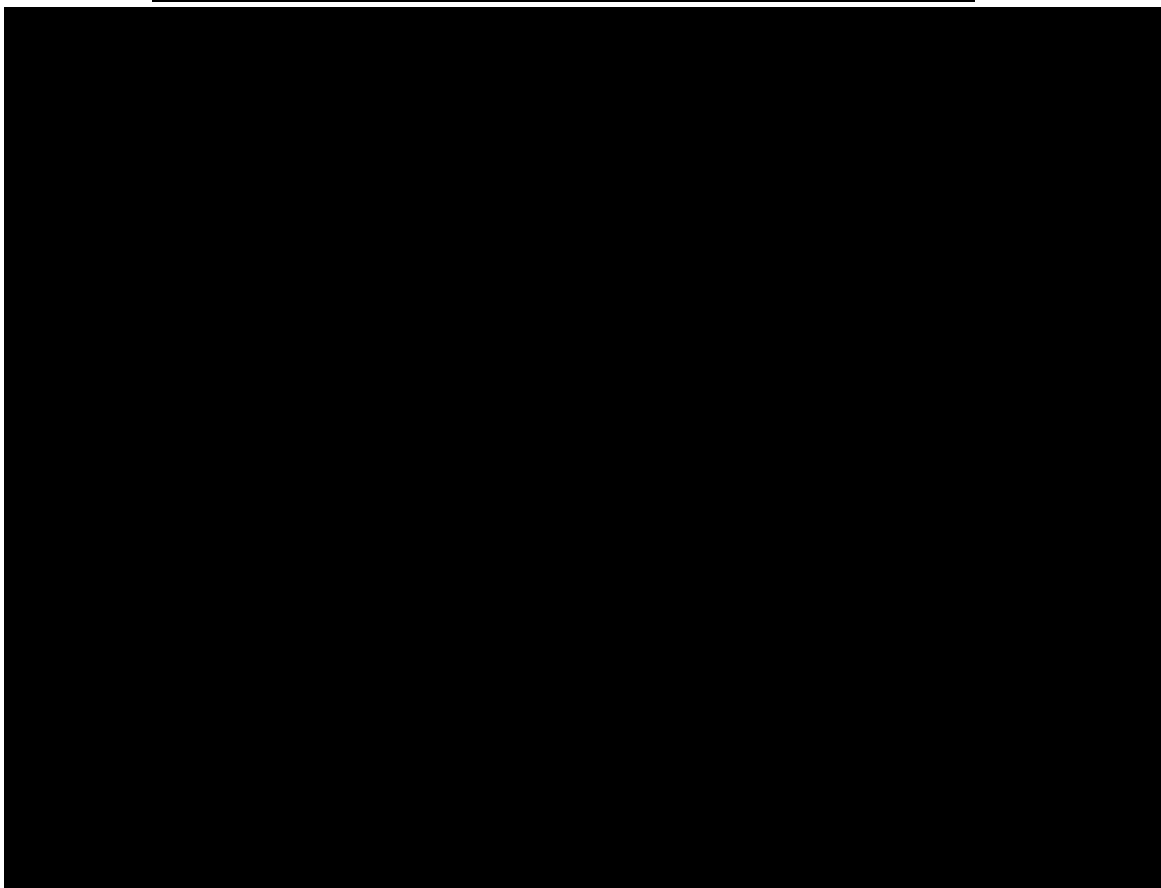
1. Grundst ck



2. Grundstück



3. Grundstück



II. Begründung

1 Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 01.02.2022, am 03.02.2022 bei der Behörde eingelangt (ON 1; verbessert mit ON 2 und ON 7), beantragte die Antragstellerin gegen die Antragsgegnerin eine Anordnung von Leitungsrechten im öffentlichen Gut gemäß § 54 TKG 2021.

Im vorgelagerten Streitschlichtungsverfahren gemäß § 78 Abs 1 TKG 2021 konnte keine Einigung erzielt werden (ON 9).

Am 03.03.2022 übermittelte die Antragsgegnerin ein E-Mail mit Informationen über Ausbauvorhaben auf nicht verfahrensgegenständlichen Grundstücken in ihrer Gemeinde (ON 13).

Der Antrag wurde der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 04.03.2022 (ON 16) unter Hinweis auf die Frist und Rechtsfolge gemäß § 78 Abs 2 TKG 2021 zugestellt. Die Antragsgegnerin übermittelte mit Schreiben vom 16.03.2022 (eingelangt am 17.03.2022; ON 17) Einwendungen gemäß § 78 Abs 2 TKG 2021.

2 Festgestellter Sachverhalt

Die Antragstellerin verfügt über eine Allgemeingenehmigung iSd § 6 TKG 2021 als Bereitstellerin eines öffentlichen Kommunikationsnetzes (amtsbekannt; unbestritten).

Die Grundstücke Nr. [REDACTED] und [REDACTED] alle EZ [REDACTED] KG [REDACTED] [REDACTED] stehen im grundbücherlichen Alleineigentum der Antragsgegnerin und gehören zum von der Antragsgegnerin verwalteten öffentlichen Gut (ON 1; ON 9; unbestritten).

Mit Schreiben vom 28.09.2021 verständigte die Antragstellerin die Antragsgegnerin unter Beigabe einer Planskizze und einer Übernahmebestätigung über die beabsichtigten Errichtungen von Kommunikationslinien in deren öffentlichem Gut. In dieser Nachfrage wurden die geplanten Arbeiten in der im Spruch ersichtlichen Weise bekannt gegeben und in der Planskizze dargestellt (Beilagen ./A, ./B und ./C zu ON 1 idF lt ON 7).

Nach einem E-Mail der Antragstellerin an die Antragsgegnerin vom 02.10.2021 (Beilage ./D zu ON 1) übermittelte die Antragsgegnerin am 22.10.2021, mithin innerhalb von vier Wochen nach Einlangen der Nachfrage vom 28.09.2021 schriftliche Einwendungen gegen das beabsichtigte Vorhaben (Beilage ./E zu ON 1). Darin wurde ausgeführt:

„Sie sind ausreichend in Kenntnis darüber, dass das Land Kärnten über die BIK den Breitbandausbau in der Großregion [REDACTED] betreibt. Darüber hinaus ist Ihnen hinlänglich bekannt, welche Rahmenbedingungen dafür herrschen, weil sich ja auch Ihr Unternehmen an der Ausschreibung beteiligt hat.

Es liegt daher nicht im Interesse der [REDACTED] Gemeinde, dass sich zwei - vom Land Kärnten beherrschte Unternehmen - in unserem Gemeindegebiet eine Konkurrenzsituation aufbauen. Deswegen

erachten wir es als nicht zielführend, dass im verfahrensgegenständlichen Ortsbereich von [REDACTED] durch die [REDACTED] errichtet wird.

Dabei ist für uns folgender Punkt wesentlich:

Die Straßeninfrastruktur wird durch die geplanten Aufgrabungen grundsätzlich in Mitleidenschaft gezogen. Doppelte Aufgrabungen schließen wir per se aus und fragen an, ob Sie gemäß § 6a. TKG 2003 idgF mit der BIK (Breitbandinitiative Kärnten) bzw. der öGIG (Österreichische Glasfaser-Infrastrukturgesellschaft) Kontakt aufgenommen haben. Gemäß § 6a. Abs 1 TKG 2003 vorletzter Satz ist nämlich eine Koordinierung vorgesehen haben.

Als Alternative unterbreiten wir Ihnen weiters den Vorschlag, dass Sie die geplanten Maßnahmen in der Großregion [REDACTED] insoweit abwarten, bis die Erhebung der Endkunden (sogenannte Take-up Rate) abgeschlossen ist. Sollte das projektgemäße Ziel nicht erreicht worden sein, können wir über weitere Ausbauschritte Ihres Unternehmens in unserem Gemeindegebiet verhandeln, und verweisen hierzu auf das E-Mail Ihres Herrn Dr. [REDACTED] vom 2. 10. 2021 an mich.“ [Anm.: gemeint Bürgermeister [REDACTED].

In der Folge wurden weitere Schreiben vom 28.10.2021 (Antragstellerin; Beilage ./F zu ON 1), vom 09.11.2021 (Antragsgegnerin; Beilage ./G zu ON 1) und 19.11.2021 (Antragsgegnerin; Beilage ./H zu ON 1) an die jeweils andere Partei übermittelt.

Eine Einigung über das nachgefragte Leitungsrecht kam nicht zustande (ON 1; ON 9; unstrittig).

3 Beweiswürdigung

Die Feststellungen ergeben sich aus den jeweils in Klammern angeführten glaubwürdigen und nachvollziehbaren Beweismitteln bzw sind amtsbekannt oder iSd § 78 Abs 2 TKG 2021 unbestritten.

4 Rechtliche Beurteilung

4.1 Gesetzliche Regelungen

§ 4 Z 51 TKG 2021, BGBl I 2021/190, lautet:

„51. ‚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;“

§ 51 TKG 2021, BGBl I 2021/190, lautet auszugsweise:

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

1. zur Errichtung und Erhaltung von Kommunikationslinien mit Ausnahme der Errichtung von Antennentragemasten,

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 5 angeführten Anlagen, sofern dies ohne dauerhaften physischen Eingriff erfolgt,

[...]“

§ 54 TKG 2021, BGBl I 2021/190, lautet auszugsweise:

„(1) Bereitsteller eines Kommunikationsnetzes sind berechtigt, Leitungsrechte nach § 51 Abs. 1 an öffentlichem Gut, wie Straßen, Fußwegen oder öffentlichen Plätzen und dem darüber liegenden Luftraum, unentgeltlich und ohne gesonderte Bewilligung nach diesem Gesetz in Anspruch zu nehmen.

(2) Unentgeltlichkeit im Sinne des Abs. 1 betrifft nicht

1. die rechtlichen Grundlagen der Einhebung von Abgaben, sofern diese bereits am 1. August 1997 bestanden haben;

2. den Ersatz des vom Belasteten wegen des geltend gemachten Leitungsrechts tatsächlich getragenen Aufwands im nachgewiesenen Umfang und

3. die Beteiligung am Ersatz der tatsächlichen Aufwendungen des Mitbenutzungsverpflichteten, insbesondere der Errichtungs- und Betriebskosten für die mitbenutzte Anlage.

(3) Werden Leitungsrechte nach dieser Bestimmung in Anspruch genommen, hat der Leitungsberechtigte dem Verwalter des öffentlichen Gutes das 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 diese dem Leitungsberechtigten binnen vier Wochen nach Einlangen der Verständigung schriftlich die Gründe darzulegen und einen Alternativvorschlag zu unterbreiten, widrigenfalls das Leitungsrecht im bekannt gemachten Umfang entsteht.

(4) Werden Einwendungen erhoben und kommt zwischen dem Leitungsberechtigten und dem Verwalter des öffentlichen Gutes binnen einer Frist von vier Wochen ab der Bekanntmachung des Vorhabens nach Abs. 3 keine Vereinbarung über die Ausübung des Leitungsrechts zustande, kann jeder der Beteiligten die Entscheidung der Regulierungsbehörde beantragen. Ebenso kann jeder der Beteiligten bei der Regulierungsbehörde die Feststellung beantragen, ob und in welchem Umfang ein Leitungsrecht gemäß Abs. 1 und Abs. 3 besteht.“

§ 78 TKG 2021, BGBl I 2021/190, lautet auszugsweise:

„(1) Wird ein Antrag nach §§ 52 bis 75 an die Regulierungsbehörde gerichtet, ist ein Streitschlichtungsverfahren durchzuführen, sofern nicht alle Verfahrensparteien auf die Durchführung dieses Verfahrens ausdrücklich verzichten. Wird binnen vier Wochen eine einvernehmliche Lösung herbeigeführt, ist das Verfahren bei der Regulierungsbehörde einzustellen.

(2) Wird keine einvernehmliche Lösung gemäß Abs. 1 hergestellt, hat die Regulierungsbehörde dem Antragsgegner unverzüglich nach Ablauf der Frist gemäß Abs. 1 schriftlich und nachweislich die Gelegenheit zu geben, binnen zweier Wochen Vorbringen zum Antrag zu erstatten, Beweismittel vorzulegen und Anträge zu stellen. Auf begründeten Antrag kann die Regulierungsbehörde diese Frist erforderlichenfalls um längstens weitere zwei Wochen verlängern. In ihrer Entscheidung hat die Regulierungsbehörde nur fristgerechtes Vorbringen sowie fristgerechte Beweismittel und Anträge zu berücksichtigen. Auf diese Rechtsfolge ist in der Aufforderung zur Stellungnahme ausdrücklich hinzuweisen.

[...]“

§ 194 TKG 2021, BGBl I 2021/190, lautet auszugsweise:

„(1) Die RTR-GmbH hat sämtliche Aufgaben, die durch dieses Bundesgesetz und durch die auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Verordnungen der Regulierungsbehörde übertragen sind, wahrzunehmen, sofern hierfür nicht die Telekom-Control-Kommission oder die KommAustria zuständig ist.

[...]“

4.2 Zuständigkeit der RTR-GmbH

Im Antrag ON 1 stützt die Antragstellerin ihr Begehren auch auf § 205 TKG 2021. In der Schlichtungsverhandlung vom 28.02.2022 (ON 9) stellte der Antragstellervertreter allerdings klar, dass eine bescheidmäßige Erledigung gemäß § 78 TKG 2021, keine Schlichtungsempfehlung der RTR-GmbH gemäß § 205 TKG 2021, angestrebt wird.

Gemäß §§ 194 Abs 1 TKG 2021 ist die RTR-GmbH in Verfahren über Anträge betreffend Leitungsrechte nach §§ 51, 54 und 78 TKG 2021 zur Entscheidung zuständig.

4.3 Nachfrage und Antrag

Mit der Nachfrage vom 28.09.2021 verständigte die Antragstellerin die Antragsgegnerin als Verwalterin des öffentlichen Gutes unter Beilage einer Planskizze über die Inanspruchnahme eines Leitungsrechts mit dem im Spruch ersichtlichen Inhalt. Die Voraussetzung schriftlicher und nachweislicher Nachfrage wenigstens vier Wochen vor Antragstellung (03.02.2022) gemäß § 54 Abs 4 TKG 2021 ist daher erfüllt.

4.4 Kein Leitungsrecht ex-lege

Nach den Feststellungen hat die Antragsgegnerin innerhalb von vier Wochen nach Einlangen der Nachfrage schriftliche Einwendungen dahingehend erhoben, dass es nicht im Interesse der Antragsgegnerin liege, wenn im Gemeindegebiet eine Konkurrenzsituation zweier Unternehmen aufgebaut werde. Es sei daher „nicht zielführend“, dass die Antragstellerin Breitbandinfrastruktur errichte. Zudem wurden doppelte Aufgrabungen ausgeschlossen, die Antragstellerin solle eine

Koordinierung von Bauvorhaben mit der BIK (BIK Breitbandinitiative Kärnten GmbH) oder der öGIG GmbH anstreben. In diesem Schreiben wurde als Alternativvorschlag unterbreitet, mit den geplanten Maßnahmen in der Großregion Görtschitztal zuzuwarten, bis klar sei, wo die BIK bzw öGIG ihre projektgemäßen Ziele nicht erreicht hätten, um für diese Gebiete dann ggf einen Ausbau der Antragstellerin weiter verhandeln zu können.

Selbst wenn diese Einwendungen und der Alternativvorschlag keine nach dem TKG 2021 relevanten Ablehnungsgründe für ein Leitungsrecht darstellen (siehe dazu sogleich), ist das Leitungsrecht wegen der rechtzeitigen schriftlichen Einwendungen dennoch nicht nach § 54 Abs 3 letzter Satz TKG 2021 unmittelbar ex lege entstanden, weshalb – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen – die beantragte Anordnung in Frage kommt.

4.5 Einwendungen im Verfahren

Auch im Verfahren wendete die Antragsgegnerin gemäß § 78 Abs 2 TKG 2021 ähnliche Argumente wie gegen die Nachfrage der Antragstellerin ein (ON 17). Es habe ab dem Jahr 2019 Gespräche mit der Antragstellerin über eine Zusammenarbeit beim Breitbandausbau in der Gemeinde gegeben, die aber nicht zu einer Einigung geführt hätten. Die Antragsgegnerin habe sich vielmehr dem vom Land Kärnten über dessen Tochterunternehmen BIK organisierten regionalen Ausbauprojekt Großregion [REDACTED] angeschlossen. Im Rahmen dieses Projekts sei die öGIG auf Basis einer Ausschreibung mit dem Ausbau der Region beauftragt worden. Arbeiten dazu hätten bereits im Sommer 2021, also vor der Nachfrage der Antragstellerin an die Antragsgegnerin, begonnen. Die Antragsgegnerin habe sich mit der Kosten/Nutzensituation auseinandergesetzt und sei angesichts der „Auswahl der Partner beim Ausbau dieser Technologie, die auch vom Land Kärnten so gewünscht war“ und wegen der technischen Rahmenbedingungen (mehrfaches Aufgraben; siehe oben) der Meinung, dass sich die Antragstellerin mit ihrer beantragten „inselartigen Lösung für Teilbereiche [...] grundsätzlich am großen Projekt zu orientieren“ habe. Die Antragstellerin solle daher mit der BIK bzw der öGIG wegen einer koordinierten Vorgehensweise Gespräche aufnehmen, ein Leitungsrecht werde nicht eingeräumt.

Damit bringt die Antragsgegnerin aber keine nach § 54 TKG 2021 relevanten Einwendungen im Verfahren vor, die einer Anordnung eines Leitungsrechts im öffentlichen Gut entgegen stehen. Dass die eigenen Ausbauinteressen der Antragsgegnerin (im Rahmen des Projekts Region [REDACTED]) einfacher umzusetzen wären, wenn keine an diesen Plänen unbeteiligten Dritten (wie die Antragstellerin) parallel auch eigene Projekte in der Region umsetzen können, bedarf keiner Vertiefung. Die Antragsgegnerin übersieht dabei aber, dass nicht der Schutz der eigenen Ausbaupläne oder -interessen gegen Konkurrenzierung, sondern nach § 1 Abs 2 Z 2 TKG 2021 vielmehr (unter anderem) die Förderung eines nachhaltigen und effizienten infrastrukturbasierten Wettbewerbs bei der Einräumung von Leitungsrechten zu berücksichtigen ist. Die Rechtsmeinung der Antragsgegnerin, wegen ihrer eigenen Ausbaupläne könne sie die Ausbaupläne der Antragstellerin dadurch verhindern (oder zumindest behindern), dass sie als Grundeigentümerin bzw Verwalterin des öffentlichen Gutes das Leitungsrecht verweigert, findet daher im TKG 2021 keine Deckung. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Antragsgegnerin eine „Verzögerungshandlung der ho. Gemeinde“ im Schreiben ON 17, Punkt 4, in Abrede stellt, gesteht sich doch im selben Punkt der Stellungnahme ausdrücklich zu, dass es ihr gerade um eine „positive, erfolgreiche und nicht konkurrenzierende Abhandlung“ (Hervorhebung nicht im Original) des Breitbandausbaus gehe.

Soweit die Antragsgegnerin die „*technischen Rahmenbedingungen*“ (mehrfaches Aufgraben einer Gemeindestraße) einwendet, ist auszuführen, dass ein koordiniertes Vorgehen bei (weitgehend) zeitgleich geplanten Bauarbeiten jedenfalls als zweckmäßige (und auch in § 68 TKG 2021 vorgesehene) Vorgehensweise anzusehen ist. Die Forderung der Antragsgegnerin, dass sich das kleinräumige Projekt (der Antragstellerin) in das größere Projekt (der Antragsgegnerin bzw der BIK/ÖGIG) zu integrieren habe, entspricht aber ebenfalls nicht dem TKG 2021. Nach § 68 TKG 2021 ist vielmehr entscheidend, welcher Netzbereitsteller (der nach § 68 TKG 2021 potenziell Verpflichtete) zuerst ein Projekt plant und welcher Netzbereitsteller dann eine Koordinierung der geplanten Bauarbeiten nachfragt. Ein Ablehnungs- oder Verzögerungsgrund für Leitungsrechte, an denen schon grundsätzlich kein Interesse der Antragsgegnerin besteht, ergibt sich aber auch daraus nicht.

4.6 Einräumung des Leitungsrechts

Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Einräumung eines Leitungsrechts im öffentlichen Gut gemäß § 54 TKG 2021 liegen daher vor, weshalb das Recht antragsgemäß im Umfang des Spruchs angeordnet werden konnte. Das Leitungsrecht steht nach § 54 Abs 1 TKG 2021 unentgeltlich zu. Dass (sonstige) Zahlungen iSd § 54 Abs 2 TKG 2021 in Frage kommen könnten, wurde nicht eingewendet (§ 78 Abs 2 TKG 2021).

Festzuhalten ist abschließend, dass das angeordnete Leitungsrecht „*unbeschadet der nach sonstigen gesetzlichen Vorschriften zu erfüllenden Verpflichtungen*“ lediglich das zivilrechtliche (bzw telekommunikationsrechtliche) Rechtsverhältnis der Parteien betrifft. Nach anderen Rechtsmaterien erforderliche verwaltungsrechtliche Bewilligungen, zB nach Bauvorschriften, StVO oä, sind zusätzlich einzuholen.

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 04.04.2022

Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH

Dr. Klaus M. Steinmaurer, MBA
Geschäftsführer Fachbereich Telekom und Post