

D 5/17-8

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Elfriede Solé als Vorsitzende sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ.-Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 12.06.2017 über Antrag der A1 Telekom Austria AG, Lassallestraße 9, 1020 Wien, gegen [REDACTED], 9564 Patergassen, einstimmig folgenden vertragsersetzenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

Gemäß §§ 5, 6 iVm 117 Z 1 Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl I 70/2003 idF BGBl I 6/2016 (im Folgenden „TKG 2003“) wird folgende vertragsersetzende Regelung angeordnet:

Anordnung über ein Leitungsrecht

1 Gegenstand

Gegenstand dieser Anordnung ist die Einräumung eines Leitungsrechtes für die A1 Telekom Austria AG (in der Folge: Berechtigte) gegenüber [REDACTED] (in der Folge: Belasteter) an dessen Grundstück [REDACTED], Bezirksgericht Feldkirchen.

Das Leitungsrecht umfasst das Recht zur Errichtung, Erhaltung, zum Betrieb und der allfälligen Erweiterung und Erneuerung einer Kommunikationslinie, bestehend aus einem Minirohrverband mit einem Außendurchmesser von ca 50 mm, mit einer Verlegungstiefe von grundsätzlich 0,7 Metern. Da auf einer Länge von ca 40 Metern die Errichtung eines Weges durch den Antragsgegner geplant ist, hat die Verlegetiefe in diesem Bereich in Abstimmung der Parteien 1,5 Meter zu betragen. Die nachfolgende Darstellung zeigt den Verlauf der Kommunikationslinie:



Die Berechtigte nutzt die anordnungsgegenständliche Infrastruktur im Rahmen ihrer Allgemeingenehmigung gemäß § 15 TKG 2003 zur Erbringung öffentlicher Kommunikationsdienste.

2 Ausübung

Die Berechtigte hat bei der Ausübung des Leitungsrechts sämtliche einschlägigen Normen und Vorschriften einzuhalten und mit tunlichster Schonung des benützten Grundstücks sowie in möglichst wenig belästigender Weise vorzugehen.

3 Sonstige Bewilligungen

Die Berechtigte hat die für den laufenden Betrieb der anordnungsgegenständlichen Infrastruktur allenfalls zusätzlich erforderlichen Zustimmungen Dritter oder behördlichen Bewilligungen einzuholen. Der Belastete ist nicht verpflichtet, die Zustimmungen Dritter oder behördlichen Bewilligungen zu überprüfen oder einzufordern.

4 Erhaltung / Wartung

Den mit der Errichtung, Erhaltung, dem Betrieb und der allfälligen Erweiterung und Erneuerung der anordnungsgegenständlichen Infrastruktur Beauftragten der Berechtigten ist das Betreten des Grundstücks des Belasteten im notwendigen Ausmaß gestattet. Die Berechtigte hat bei allfälligen Wartungsarbeiten auf ihre Kosten für die tunlichste Aufrechterhaltung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs der benützten Grundstücke zu sorgen.

5 Entgelt

Für das anordnungsgegenständliche Leitungsrecht hat die Berechtigte binnen 14 Tagen nach Fertigstellung der Kommunikationslinie an den Belasteten ein einmaliges Entgelt in Höhe des Anbots der A1 von ■■■■ € pro Laufmeter zu bezahlen. Die Höhe der Abgeltung wird nach tatsächlicher, dauernd in Anspruch genommener Länge ermittelt. Sofern sich aus den anwendbaren Rechtsnormen eine Umsatzsteuerpflicht in Österreich ergibt, wird die Umsatzsteuer zusätzlich bezahlt.

6 Schad- und Klagloshaltung

Die Berechtigte wird den Belasteten für sämtliche Nachteile, die aus der Verletzung der Verpflichtungen dieser Anordnung oder aus mit dem Leitungsrecht zusammenhängenden Ansprüchen Dritter resultieren sollten, schad- und klaglos halten.

7 Anordnungsdauer

Diese Anordnung tritt mit Zustellung an die Parteien in Kraft und gilt solange, wie die Berechtigte die anordnungsgegenständliche Infrastruktur betreibt.

8 Schlussbestimmungen

Sollten einzelne Bestimmungen dieser Anordnung unwirksam oder undurchführbar werden, berührt dies nicht die Wirksamkeit oder Durchführbarkeit der restlichen Bestimmungen dieser Anordnung. Die unwirksame oder undurchführbare Bestimmung wird einvernehmlich durch eine wirksame oder durchführbare Bestimmung ersetzt, die in ihrem technischen und wirtschaftlichen Gehalt der unwirksamen oder undurchführbaren Bestimmung möglichst nahe kommt.

Änderungen und/oder Ergänzungen dieser Anordnung bedürfen der Schriftform. Dies gilt auch für eine gänzliche oder teilweise Abänderung oder Aufhebung dieses Schriftformerfordernisses.

Eine allfällige Vergebühung gemäß den gesetzlichen Bestimmungen erfolgt durch die Berechtigte auf ihre Kosten.

II. Begründung

1 Gang des Verfahrens / Festgestellter Sachverhalt

Mit Schreiben vom 10.04.2017 (ON 1) beantragte die A1 Telekom Austria AG (idF: Antragstellerin) ein Leitungsrecht gemäß §§ 5 ff TKG 2003 gegen [REDACTED] (idF: Antragsgegner).

Im vorgelagerten Streitschlichtungsverfahren bei der RTR-GmbH gemäß § 121 TKG 2003 wurde eine für den 21.04.2017 anberaumte Schlichtungsverhandlung von der Antragstellerin wahrgenommen, nicht aber vom Antragsgegner. Mit E-Mail vom 02.05.2017 ergänzte die Antragstellerin auftragsgemäß technische Details zur geplanten Kommunikationslinie (ON 4).

Der Antrag wurde dem Antragsgegner mit Schreiben vom 10.05.2017 (ON 5) unter Hinweis auf die Frist und Rechtsfolge gemäß § 12a TKG 2003 vorab per E-Mail ([REDACTED]) und per Rsb zugestellt und am 11.05.2017 von [REDACTED] (Vermerk „Mitbewohner“ am Rückschein angekreuzt; ON 5) übernommen. Der Antragsgegner nahm im Verfahren nicht Stellung zum Antrag oder den übrigen übermittelten Aktenbestandteilen.

2 Festgestellter Sachverhalt

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

Mit Schreiben vom 22.11.2016 fragte die Antragstellerin das verfahrensgegenständliche Leitungsrecht gegenüber dem Antragsgegner nach. Dabei übermittelte die Antragstellerin eine Planskizze und bot eine Abgeltung iHv [REDACTED] Euro pro Laufmeter an (Nachfrageschreiben vom 22.11.2016; ON 1, Anlage 1). Das Abgeltungsangebot wurde in der Folge auf [REDACTED] € pro Laufmeter erhöht (ON 1, Anlage 4).

Mit handschriftlichem Vermerk vom 15.02.2017 auf dem Nachfrageschreiben lehnte der Antragsgegner das Angebot der Antragstellerin ab (ON 1, Anlage 5). Eine Vereinbarung über das Leitungsrecht ist nicht zu Stande gekommen.

Die Kommunikationslinie soll aus einem Minirohrverband mit einem Außendurchmesser von ca 50 mm bestehen, in den die Antragstellerin in der Folge Kabeln einbringen wird. Die geplante Verlegetiefe soll grundsätzlich 70 cm betragen. Auf einer Länge von ca 40 Metern ist die Errichtung eines Weges durch den Antragsgegner geplant. In diesem Bereich soll die Verlegetiefe 1,5 Meter betragen. Die Antragstellerin beabsichtigt, mit der beantragten Infrastruktur einen Sendemast zu versorgen, der bereits auf einem Gebäude (Stall) auf dem Grundstück [REDACTED] errichtet worden ist. Dieses Grundstück steht nicht im Eigentum des Antragsgegners. Das beantragte Leitungsrecht soll nur Kommunikationsinfrastruktur (Leerrohr / LWL) umfassen, nicht auch Stromleitungen. Die Stromversorgung erfolgt auf anderem Weg. Die Verlegung soll am Grundstück [REDACTED] zeitnah nach Vorliegen der Berechtigung erfolgen (ON 4).

3 Beweiswürdigung

Die Feststellungen ergeben sich aus den jeweils in Klammern angeführten glaubwürdigen und nachvollziehbaren Beweismitteln bzw sind amtsbekannt oder unstrittig.

4 Rechtliche Beurteilung

4.1 Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

Gemäß §§ 6 Abs 3 iVm 117 Z 1 TKG 2003 ist die Telekom-Control-Kommission in Verfahren über Anträge auf Leitungsrechte gemäß § 8 TKG 2003 zur Entscheidung zuständig.

4.2 Gesetzliche Regelungen

§ 3 Z 10 TKG 2003, BGBl I 2003/70 idgF, 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 idgF, 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 Leitungstützpunkten, Vermittlungseinrichtungen und sonstigen Leitungsobjekten oder anderem Zubehör,

[...]

4. zum Betrieb, der Erweiterung und Erneuerung der unter Z 1, 2 und 3 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.

(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.

[...]

(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 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 belasteten Liegenschaft ist eine der Wertminderung entsprechende Abgeltung zu leisten.“

§ 6 TKG 2003, BGBl I 2003/70 idgF, lautet auszugsweise:

„ [...]

(2) Werden Leitungsrechte in den nicht in Abs. 1 geregelten Fällen in Anspruch genommen, so hat der Leitungsberechtigte dem Eigentümer der Liegenschaft 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 oder Abs. 4 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.

[...]“

§ 10 TKG 2003, BGBl I 2003/70 idgF, lautet auszugsweise:

„(1) Bei der Ausübung von Rechten nach den §§ 5, 6a, 6b, 7, 8 und 9a ist in möglichst wenig belästigender Weise und mit tunlichster Schonung der benützten Grundstücke, Gebäude, Gebäudeteile oder Baulichkeiten bzw. der in Anspruch genommenen Anlagen, Leitungen, sonstigen Einrichtungen oder physischen Infrastrukturen und der Rechte Dritter vorzugehen. Insbesondere hat der Berechtigte während der Ausführung von Arbeiten auf seine Kosten für die tunlichste Aufrechterhaltung des bestimmungsgemäßen Gebrauches der benützten Grundstücke, Gebäude, Gebäudeteile oder Baulichkeiten bzw. der in Anspruch genommenen Anlagen, Leitungen, sonstigen Einrichtungen oder physischen Infrastrukturen zu sorgen und nach Beendigung der Arbeiten schleunigst einen klaglosen Zustand herzustellen. Auch ist auf andere bestehende oder genehmigte Arbeiten Rücksicht zu nehmen. [...]“

§ 12a TKG 2003, BGBl I 2003/70 idgF, 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 idgF, 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,

[...]“

4.3 Nachfrage und Antrag

Mit dem an die Antragsgegnerin gerichteten Schreiben vom 22.11.2016 fragte die Antragstellerin das verfahrensgegenständliche Leitungsrecht unter Anlage einer Planskizze und Angebot einer Abgeltung gegenüber der Antragsgegnerin nach. Die Voraussetzung einer schriftlichen Nachfrage wenigstens vier Wochen vor Antragstellung gemäß § 6 Abs 2 TKG 2003 ist daher erfüllt.

4.4 Subsidiarität der Anordnung zur Vereinbarung

Eine Vereinbarung über das Leitungsrecht ist unstrittig nicht zu Stande gekommen. Die diesbezügliche Formalvoraussetzung des Nichtvorliegens eines Vertrages ist daher ebenfalls erfüllt.

4.5 Vertragsersetzende Wirkung des Bescheides

Gemäß § 12a Abs 2 TKG 2003 hat die Anordnung der Telekom-Control-Kommission vertragsersetzende Wirkung. Im Erkenntnis vom 19.10.2004, ZI 2000/03/0300, führt der Verwaltungsgerichtshof betreffend die Anordnungsmöglichkeit der Telekom-Control-Kommission nach der hinsichtlich der Vertragsersetzung analogen Bestimmung des § 41 TKG (1997) aus, dass die Telekom-Control-Kommission *„nicht für jede in einer Zusammenschaltungsanordnung getroffene Bestimmung jeweils einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage [bedarf], vielmehr müssen die in einer Zusammenschaltungsanordnung enthaltenen einzelnen Regelungen der Anforderung eines fairen Ausgleichs ... gerecht werden.“* Im Erkenntnis vom 03.09.2008, 2006/03/0079, führt der Verwaltungsgerichtshof aus, dass der Telekom-Control-Kommission im Zusammenhang mit derartigen Verfahren *„notwendiger Weise ein weiter Ermessensspielraum*

zu[kommt], soweit nicht die anzuwendenden Rechtsvorschriften ... konkrete Vorgaben vorsehen."
Diese Judikatur, die den Ermessensspielraum der Telekom-Control-Kommission bei der Anordnung vertragsersetzender Bescheide beschreibt, ist auf die Bestimmungen der §§ 8 ff, 12a TKG 2003 idgF ebenso anzuwenden (VwGH 22.05.2013, 2010/03/0004).

4.6 Inhalt der Anordnung

Der Antragsgegner hat trotz nachweislicher Aufforderung iSd § 12a TKG 2003 keine Einwendungen gegen den Antrag eingebracht.

Die Anordnung beruht daher auf dem iSd § 12a TKG 2003 unwidersprochenen Antrag ON 1. Die angeordneten (vertragsersetzenden) Detailregelungen erachtet die TKK als erforderlich, um die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Parteien in einer Weise zu regeln, dass der vom Verwaltungsgerichtshof geforderte faire Ausgleich der Interessen der Verfahrensparteien sichergestellt wird. Diese Regeln entsprechen auch der Regulierungspraxis in Verfahren über Infrastrukturrechte nach dem TKG 2003.

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 12.06.2017

Telekom-Control-Kommission

Dr. Elfriede Solé
Die Vorsitzende