

# TE Vwgh Erkenntnis 2003/12/15 2003/03/0163

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 15.12.2003

## Index

E000 EU- Recht allgemein;  
E3L E08500000;  
E3L E13206000;  
001 Verwaltungsrecht allgemein;  
20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);  
91/01 Fernmeldewesen;  
96/01 Bundesstraßengesetz;  
96/02 Sonstige Angelegenheiten des Straßenbaus;

## Norm

31990L0388 Telekommunikationsdienste Wettbewerb-RL Art4d idF 31996L0019;  
31996L0019 Nov-31990L0388;  
ABGB §287;  
ABGB §509;  
Asfinag ErmächtigungsG 1997 §2;  
Asfinag ErmächtigungsG 1997 §3;  
Asfinag ErmächtigungsG 1997 §6;  
BStG 1971 §1 Abs1 idF 2002/I/050;  
BStG 1971 §28 Abs1 idF 2002/I/050;  
BStG 1971 §28 Abs1;  
BStMG 2002 §12;  
BStMG 2002 §9;  
EURallg;  
TKG 1997;  
TWG 1929 §1;  
TWG 1998 §1 Abs4;  
TWG 1998 §1;  
VwRallg;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sauberer und die Hofräte Dr. Gall, Dr. Riedinger, Dr. Handstanger und Dr. Lehofer als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Zeleny, über die Beschwerde der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft in Wien, vertreten durch Doralt

Seist Csoklich, Rechtsanwalts-Partnerschaft in 1090 Wien, Währinger Straße 2-4, gegen den Bescheid des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie vom 29. April 2003, Zl. 100675/III-P2/03, betreffend Leitungsrechte nach dem Telekommunikationswegegesetz (mitbeteiligte Partei: E AG in M, vertreten durch Dr. Axel Reidlinger, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Seilergasse 16), zu Recht erkannt:

## **Spruch**

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 381,90 und der mitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 991,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Mehrbegehren der mitbeteiligten Partei wird abgewiesen.

## **Begründung**

1.1. Mit dem im Instanzenzug ergangenen angefochtenen Bescheid wurde die Beschwerdeführerin gemäß § 1 Abs. 4 und §§ 9, 10 und 18 Telekommunikationswegegesetz (TWG) verpflichtet, als Eigentümervertreterin und Fruchtgenussberechtigte die Errichtung und den Betrieb einer durch einen Lageplan und eine technische Beschreibung näher spezifizierten Telekommunikationslinie durch die mitbeteiligte Partei auf zwei im Eigentum der Republik Österreich stehenden Grundstücken ("Querung der A3 Südost Autobahn") zu dulden.

Die mitbeteiligte Partei sei gemäß einem Bescheid der Telekom-Control-Kommission zur Geltendmachung von Leitungsrechten nach § 1 TWG berechtigt. Eigentümerin beider Grundstücke sei die Republik Österreich, der Beschwerdeführerin sei die Kompetenz der "Bundesstraßenverwaltung" gemäß § 34 Bundesstraßengesetz übertragen worden. Auch sei die Beschwerdeführerin als Fruchtgenussberechtigte gemäß ASFINAG-Ermächtigungsgesetz in jedem Fall beteiligte Verwaltung im Sinn des § 9 Abs. 1 TWG.

Der Antrag der mitbeteiligten Partei habe sich auf die Geltendmachung eines Leitungsrechtes an öffentlichem Gut gerichtet, zugleich sei aber auch ein Eventualantrag auf Geltendmachung eines Leitungsrechtes an privatem Gut gestellt und für diesen Fall eine entsprechende Entschädigung gemäß § 6a Abs. 1 TWG angeboten worden. Bei den in Anspruch genommenen Grundstücken handle es sich jedoch um öffentliches Gut im Sinne des § 1 Abs. 4 bzw. § 9 Abs. 1 TWG. Unter öffentlichem Gut sei ein solches zu verstehen, dessen Eigentümer eine Gebietskörperschaft sei und an dem Gemeingebrauch bestehe. Ein konstituierendes Merkmal von öffentlichem Gut sei sohin dessen Widmung zum Gemeingebrauch. Dabei handle es sich um ein öffentlich-rechtliches Institut. Inhaltlich werde der Gemeingebrauch beschrieben als das Recht, "dass eine Straße von jedermann unter den gleichen Bedingungen ohne behördliche Bewilligung und unabhängig vom Willen des über den Straßengrund Verfügungsberechtigten benutzt werden kann (Krzizek, Das öffentliche Wegerecht (1967), 111)". Diese Umschreibung enthalte zwei Bedingungen, nämlich dass kein behördlicher Akt erforderlich und die Benützung unabhängig vom Willen des Verfügungsberechtigten sei. Das Erfordernis der Mautentrichtung widerspreche diesen Bedingungen nicht. Sonderrechte bedürften der ausdrücklichen behördlichen Gewährung; im Fall der Mauteinhebung sei jedoch keine bescheidmäßige Erledigung erforderlich. Die Berufungswerberin (nunmehrige Beschwerdeführerin) sei der Ansicht, dass anlässlich der Mauteinhebung ein privatrechtlicher Vertrag abgeschlossen werde; diese Ansicht sei durch die Rechtsprechung des OGH gestützt. Der Vertragsabschluss unterliege allerdings einem Kontrahierungzwang, welcher die unternehmerische Handlungsfreiheit dergestalt beeinträchtige, dass im Regelfall eine Willensentscheidung des Kontrahierungspflichtigen nicht mehr möglich sei. Die Benützung der gegenständlichen Autobahn könne sohin auch unabhängig vom Willen der Verfügungsberechtigten erfolgen.

Auch die Materialien zum Bundesstraßen-Mautgesetz 2002 kämen zu diesem Ergebnis. Im Allgemeinen Teil der Erläuterungen werde nämlich die Maut als "ein nach privatrechtlichen Grundsätzen zu beurteilendes Entgelt für die Benützung von Straßen" bezeichnet. In der Folge werde ausdrücklich festgehalten, dass es auf eine Willensübereinkunft zwischen der ASFINAG und dem Kraftfahrzeuglenker oder dem Zulassungsbewerber gleichwohl nicht ankomme. Es handle sich um ein gesetzliches Schuldverhältnis, nicht um einen Vertrag. Aus den zitierten Materialien ergebe sich, dass auch der Gesetzgeber die der Mauteinhebung unterworfenen Straßen als im Gemeingebrauch stehend und damit als dem öffentlichen Gut zugehörig betrachte. Auch die herrschende Lehre und ständige Rechtsprechung gingen davon aus, dass die Mauteinhebung den Gemeingebrauch nicht aufhebe. Vielmehr werde in der Lehre zum Entstehen und zum Untergang des Gemeingebrauchs festgehalten, dass immer ein Hoheitsakt sowohl zur Begründung als auch zur Auflösung des Gemeingebrauchs erforderlich sei. Durch privatrechtliche

Rechtsgeschäfte könne ein Gemeingebräuch weder begründet, noch beeinträchtigt, noch aufgehoben werden, und zwar auch nicht durch privatrechtliche Verfügung des Eigentümers der zum öffentlichen Gut erklärten Sache. Eine privatrechtliche Entgelteinhebung sei genauso wenig wie das Einräumen eines Fruchtgenussrechtes an dem im Gemeingebräuch stehenden Gut ein hoheitlicher Akt. Der Verwaltungsgerichtshof habe in VwSlg. 11.111/A erkannt, dass weder die Entgelteinhebung noch die Errichtung einer Schrankenanlage zur Sicherstellung der Entgelteinhebung dem Gemeingebräuch entgegenstünden. Die Berufungswerberin (nunmehrige Beschwerdeführerin) vermeine, dass der am gegenständlichen Straßenabschnitt zunächst bestandene Gemeingebräuch nur durch Verwaltungsakt aufgehoben werden könne und dieser Verwaltungsakt in § 2 ASFINAG-Ermächtigungsgesetz zu sehen sei. Dieser verpflichte aber lediglich den Bundesminister für Finanzen, der ASFINAG das Fruchtgenussrecht an den aufgezählten Straßen zu übertragen, die eigentliche Einräumung des Fruchtgenusses erfolge jedoch erst durch den Übertragungsakt "Fruchtgenussvertrag". Durch einen derartigen Akt des Privatrechts könne jedoch der Gemeingebräuch nicht aufgehoben werden. An dem in Rede stehenden Straßenabschnitt bestehe somit nach wie vor Gemeingebräuch und er sei daher dem öffentlichen Gut zuzurechnen.

1.2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in der die Aufhebung des angefochtenen Bescheides wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes sowie Kostenersatz beantragt wird.

1.3. Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen. Die mitbeteiligte Partei erstattete ebenfalls eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen.

2. Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

2.1. § 1 Abs. 3 und 4 des Bundesgesetzes über Telekommunikationswege (TWG), BGBl. Nr. 435/1929 i.d.F. BGBl. I Nr. 100/1997, lauteten:

"(3) Inhabern einer Konzession zur Erbringung eines öffentlichen Telekommunikationsdienstes und anderen Anbietern öffentlicher Telekommunikationsdienste stehen Leitungsrechte an in fremdem Privateigentum stehenden Liegenschaften zu, sofern

1. deren widmungsgemäße Verwendung durch die Nutzung nicht oder nur unwesentlich dauernd eingeschränkt wird,
2. sich darauf keine durch ein Recht gesicherte unter § 1 Abs. 1 Z 1, 2 oder 3 angeführte Anlage befindet,
3. überwiegende öffentliche Rücksichten nicht im Wege stehen.

(4) Inhabern einer Konzession zur Erbringung eines öffentlichen Telekommunikationsdienstes stehen Leitungsrechte an öffentlichem Gut, wie Straßen, Fußwegen, öffentlichen Plätzen und dem darüber liegenden Luftraum, ausgenommen das öffentliche Wassergut, unentgeltlich zu, sofern überwiegende öffentliche Rücksichten nicht im Wege stehen. Unentgeltlichkeit im Sinne dieser Bestimmung betrifft nicht die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bestehenden rechtlichen Grundlagen der Einhebung von Abgaben."

§ 6a Abs. 1 TWG lautete:

"§ 6a. (1) Der Eigentümer oder sonst Nutzungsberechtigte einer gemäß § 1 Abs. 3 belasteten Liegenschaft ist durch eine einmalige Abgeltung zu entschädigen."

2.2. Die Beschwerdeführerin erachtet sich durch den Bescheid in ihren Rechten verletzt, für die Inanspruchnahme von Autobahngrund für die Errichtung von Telekommunikationslinien als Nutzungsberechtigte eine angemessene Entschädigung zu erhalten sowie die Inanspruchnahme von Autobahngrund für die Errichtung von Telekommunikationslinien nicht unentgeltlich dulden zu müssen. An Autobahnen im Allgemeinen und sohin auch an den verfahrensgegenständlichen Grundstücken bestehe kein Gemeingebräuch und diese seien daher kein öffentliches Gut im Sinne des § 1 Abs. 4 TWG.

Nach Ansicht der Beschwerdeführerin dürfe die Benützung der Autobahn kraft gesetzlicher Anordnung nur auf Grund eines Vertrages erfolgen; nach der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 22. Februar 2001, 2 Ob 33/01v, gelte auch für Mautstrecken die ständige Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, der zufolge der Mautstraßenerhalter auf Grundlage eines mit dem Straßenbenutzer entgeltlich geschlossenen Vertrages bei der Erfüllung seiner vertraglich übernommenen Schutz- und Sorgfaltspflichten für jedes Verschulden einzustehen habe. Es könne nicht sein, dass die

Benützung der Autobahnen dann, wenn dies für die Beschwerdeführerin nachteilige Folgen nach sich ziehe, als Ausfluss eines Vertragsverhältnisses qualifiziert werde, während eben diese Benützung in anderen Fällen - ebenfalls zum Nachteil der Beschwerdeführerin - auf andere Rechtstitel zurückgeführt werde.

Der Umstand, dass es der Beschwerdeführerin nicht frei stehe, Personen willkürlich vom Abschluss eines Benutzungsvertrages auszuschließen, könnte nur als Kontrahierungszwang qualifiziert werden; dieser Kontrahierungszwang führe jedoch nicht dazu, dass die Benützung unabhängig vom Willen des zum Vertragsabschluss Verpflichteten erfolge. Die Annahme eines Kontrahierungzwanges stehe aber einem dem öffentlichen Recht zuzurechnenden Gemeingebrauch entgegen; wenn das angestrebte Rechtsverhältnis dem öffentlichen Recht angehöre, könne kein Kontrahierungszwang bestehen. Dort, wo ein Vertragsabschluss als Voraussetzung für die rechtmäßige Benützung einer fremden Sache gesetzlich vorgesehen sei, bleibe kein Platz für die Annahme eines Gemeingebrauchs. Das rechtliche Konstrukt des Gemeingebrauchs an einer Straße, die nur nach vorherigem Vertragsabschluss mit dem Nutzungsberechtigten befahren werden dürfe, sei im vorliegenden Fall auch nicht erforderlich, um die Befriedigung eines allgemeinen Verkehrsbedürfnisses sicherzustellen. Die Sicherung dieses Verkehrsbedürfnisses werde durch den die Beschwerdeführerin treffenden Kontrahierungszwang ohnedies gewährleistet.

2.3. Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ist nach den von der Beschwerdeführerin ausgeführten Beschwerdegründen nur mehr strittig, ob es sich bei den von der mitbeteiligten Partei für ein Leitungsrecht in Anspruch genommenen Grundstücken um öffentliches Gut im Sinne des § 1 Abs. 4 TWG - das von der Leitungsberechtigten unentgeltlich in Anspruch genommen werden kann - handelt. Der Begriff des öffentlichen Gutes wird im TWG nicht definiert, wohl aber durch eine demonstrative Aufzählung von "Straßen, Fußwegen, öffentlichen Plätzen und dem darüber liegenden Luftraum" ergänzt. Es ist daher auch im Anwendungsbereich des TWG von dem in der Verwaltungsrechtslehre - ausgehend von § 287 ABGB - entwickelten Begriffsverständnis auszugehen, wonach das öffentliche Gut jene Sachen umfasst, "die im Eigentum des Staates stehen und an denen Gemeingebrauch besteht" (Antonioli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht3 (1996), S. 698). Wie sich schon aus den Aufzählungen in § 287 ABGB ("Landstraßen, Ströme, Flüsse, Seehäfen und Meeresufer") und auch in § 1 Abs. 4 TWG ergibt, sind (dem Gemeingebrauch gewidmete) Straßen wesentlicher Teil des öffentlichen Gutes. Gemeingebrauch an einer Straße liegt vor, wenn die Benützung durch jedermann unter den gleichen Bedingungen ohne behördliche Bewilligung und unabhängig vom Willen des über den Straßengrund Verfügungsberechtigten erfolgen kann (vgl. Krzizek,

Das öffentliche Wegerecht (1967), S. 61).

Die verfahrensgegenständlichen Grundstücke, die im Eigentum der Republik Österreich stehen, sind Teil der - durch die Aufnahme in das Verzeichnis 1 zum Bundesstraßengesetz 1971 (BStrG 1971), BGBl. Nr. 286/1971 i.d.F. BGBl. I Nr. 50/2002, zur Bundesstraße erklärt - A 3 (Südost Autobahn); der Beschwerdeführerin wurde daran auf der Grundlage des ASFINAG-Ermächtigungsgesetzes, BGBl. I Nr. 113/1997, das Recht der Fruchtnießung eingeräumt. Gemäß § 6 ASFINAG-Ermächtigungsgesetz wurde der Beschwerdeführerin zudem das Recht eingeräumt, die Einhebung von Mauten und Benützungsgebühren von sämtlichen Nutzern der ihr übertragenen Straßen entsprechend den Bestimmungen des Bundesstraßenfinanzierungsgesetzes 1996 (BStFG), BGBl. Nr. 201/1996, und der sonstigen gesetzlich festgelegten Mauten und Benützungsgebühren vorzunehmen.

Gemäß § 28 Abs. 1 BStrG 1971 steht die Benützung der unmittelbar dem Verkehr dienenden Flächen der Bundesstraßen jedermann im Rahmen der straßenpolizeilichen und kraftfahrrrechtlichen Vorschriften offen. Diese Bestimmung begründet den Gemeingebrauch an Bundesstraßen (vgl. Walter/Mayer, Besonderes Verwaltungsrecht2 (1987), S. 538; Merli, Öffentliche Nutzungsrechte und Gemeingebrauch (1995), S. 188).

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin steht die Einhebung einer Maut für die Benützung einer Straße der Annahme des Gemeingebrauchs nicht entgegen; die Beurteilung, ob die Straßenbenützung ohne Einschränkung und unabhängig vom Willen des Grundeigentümers und dritter Personen erfolgt, stellt lediglich auf die tatsächlichen Benützungsverhältnisse ab (vgl. das hg. Erkenntnis vom 23. Juni 1988, Slg. Nr. 12.744/A). Unentgeltlichkeit ist keine unabdingbare Voraussetzung des Gemeingebrauchs (vgl. auch Neisser, Gemeingebrauch und Zufahrtsrecht, ÖJZ 1967, 597, hier 598; Krzizek, Das öffentliche Wegerecht (1967), 60; Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht2 (2003), Rz 1409; Prantl, Private Entgelteinhebung auf öffentlichen Straßen, ZfV 1994, 405, hier: 406; Merli, Öffentliche Nutzungsrechte und Gemeingebrauch (1995), 280).

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Benützung der gegenständlichen Grundstücke auf Grund eines Vertrages erfolgt, wie dies von der Beschwerdeführerin unter Bezugnahme auf den - zur Rechtslage vor In-Kraft-Treten des Bundesstraßen-Mautgesetzes 2002 ergangenen - Beschluss des Obersten Gerichtshofes vom 22. Februar 2001, 2 Ob 33/01v, vertreten wird, oder ob es ungeachtet eines nach privatrechtlichen Grundsätzen zu beurteilenden Entgelts (vgl. dazu auch das hg. Erkenntnis vom 20. September 2001, Zl. 2001/06/0096, zur Maut nach dem BStFG) für die Benützung der Straße auf die Willensübereinkunft zwischen der Beschwerdeführerin und dem Kraftfahrzeuglenker oder dem Zulassungsbesitzer gleichwohl nicht ankommt und es sich daher um ein gesetzliches Schuldverhältnis handelt, wie dies die Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum Bundesstraßen-Mautgesetz 2002 (1139 BlgNR 21. GP S. 13) ausführen. Auch wenn man entgegen der erklärten Absicht des Gesetzgebers annehmen wollte, dass ein Vertragsabschluss Voraussetzung für die Zulässigkeit der Benutzung der verfahrensgegenständlichen Bundesstraße wäre, so würde dies nichts daran ändern, dass unabhängig vom Willen der Beschwerdeführerin, die den Vertragsabschluss nicht verweigern darf, die Benutzung für jedermann unter den gleichen Bedingungen - eben der Bezahlung eines vom Bundesminister für Verkehr im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Finanzen gemäß §§ 9 und 12 BStMG festgelegten, nach Ansicht der Beschwerdeführerin gegebenenfalls auf dieser Grundlage mit ihr zu vereinbarenden Benützungsentgeltes - möglich wäre (vgl. Prantl, ZfV 1994, 407; Krzizek, Der Gemeingebräuch an öffentlichen Straßen, ZVR 1960, 121, hier: 122).

Folgte man hingegen der Ansicht der Beschwerdeführerin, so hätte das (zum Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides nicht mehr in Kraft stehende) BStFG, auf das sich die Beschwerdeführerin stützt, bzw. das Bundesstraßen-Mautgesetz 2002 (BStMG), BGBl I Nr. 109/2002, der den Gemeingebräuch begründenden Bestimmung des § 28 BStG 1971 materiell derogiert, da - nach dem In-Kraft-Treten des Bundesstraßen-Übertragungsgesetzes, BGBl. I Nr. 50/2002, - auf sämtlichen Bundesstraßen (mit wenigen, in der Mautstreckenausnahmenverordnung BGBl. II Nr. 497/2002, festgelegten Ausnahmen) Mautpflicht besteht. Damit wäre durch die gesetzlich vorgesehene Mautpflicht der - bis dahin jedenfalls unstrittig bestehende - Gemeingebräuch an Bundesstraßen aufgehoben und durch einen ausschließlich zivilrechtlich zu beurteilenden Kontrahierungszwang ersetzt worden. Sämtliche nach Art. 10 Abs. 1 Z. 9 B-VG wegen ihrer Bedeutung für den Durchzugsverkehr durch Bundesgesetz als Bundesstraßen erklärten Straßenzüge wären somit nicht mehr als öffentliche Straßen - das sind "solche, an denen Gemeingebräuch besteht" (Resch, Verkehrsrecht, in:

Holoubek/Potacs, Öffentliches Wirtschaftsrecht, (2002), S. 799, hier: S. 805) -, sondern als Privatstraßen zu beurteilen. Für die Annahme einer derart grundlegenden Änderung im System des öffentlichen Straßenrechts findet sich freilich weder im Gesetzeswortlaut des BStFG und des BStMG noch in den Gesetzesmaterialien ein Anhaltspunkt.

Der Annahme der Beschwerdeführerin, an Autobahnen und somit auch an den verfahrensgegenständlichen Grundstücken bestünde - auf Grund des nach Ansicht der Beschwerdeführerin erforderlichen Vertragsabschlusses - kein Gemeingebräuch, steht im Übrigen auch der Umstand entgegen, dass zum Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides durch die belangte Behörde nicht alle Verkehrsteilnehmer zur Entrichtung eines nach privatrechtlichen Grundsätzen zu beurteilenden Entgelts verpflichtet waren, sondern - worauf die mitbeteiligte Partei zu Recht hinweist - Kraftfahrzeuge mit einem höchstzulässigen Gesamtgewicht von mehr als 12 Tonnen der Straßenbenützungsabgabe auf Grund des Straßenbenützungsabgabegesetzes (StraBAG), nicht aber der Maut nach BStMG unterlagen.

Der Beschwerdeführerin kann daher nicht darin gefolgt werden, dass durch die Mautpflicht der Gemeingebräuch an Bundesstraßen aufgehoben wäre und diese somit nicht mehr dem öffentlichen Gut angehören würden. Für den Standpunkt der Beschwerdeführerin lässt sich auch aus dem von ihr behaupteten Widerspruch zwischen der Annahme eines Kontrahierungszwangs und dem Gemeingebräuch nichts gewinnen. Wie bereits ausgeführt, kann zu den die Ausübung des Gemeingebräuchs regelnden allgemeinen Bedingungen auch die Entrichtung eines Entgelts zählen, das auf privatrechtlicher Grundlage zu beurteilen ist; dies ändert - wenn die sonstigen Voraussetzungen des Gemeingebräuchs vorliegen - nichts am Charakter der Straße als öffentlicher Straße. Von diesem Verständnis geht auch der Oberste Gerichtshof in seinem Beschluss vom 7. Dezember 1993, 5 Ob 505/93, aus, in dem eine Kontrahierungspflicht des Betreibers einer Mautstraße angenommen wird, gerade weil es sich bei der dort verfahrensgegenständlichen (Maut-)Straße um eine - dem Gemeingebräuch gewidmete - öffentliche Straße handelt.

2.4. Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, dass es mit den Wertungen des Gesetzgebers unvereinbar wäre, wenn zwar die Benutzung der Autobahnen durch Kraftfahrzeuge entgeltpflichtig sei, hinsichtlich der Benutzung für die

Errichtung von Telekommunikationslinien jedoch Unentgeltlichkeit angenommen werde, ist zunächst festzuhalten, dass das von der mitbeteiligten Partei geltend gemachte Leitungsrecht unstrittig seine Grundlage nicht im Gemeingebräuch an Bundesstraßen hat, sondern sich auf die ausdrückliche gesetzliche Anordnung des § 1 Abs. 4 TWG stützt.

§ 1 TWG wurde durch die Novelle BGBl. I Nr. 100/1997 neu gefasst. Die Gesetzesmaterialien verweisen zu den mit dieser Novelle vorgenommenen Änderungen im TWG lediglich darauf, dass das geltende Telegraphenwegegesetz "die bewährte Rechtsgrundlage für die Begründung von Wegerechten" bilde und dieses Rechtsinstrumentarium daher erhalten bleiben solle; das Gesetz werde daher an die geänderte Rechtslage angepasst und in "Telekommunikationswegegesetz" umbenannt (Erläuterungen zur Regierungsvorlage, 759 BlgNR 20. GP, S. 59). In der bis zum Inkrafttreten der Novelle BGBl. I Nr. 100/1997 geltenden Fassung des TWG war das Leitungsrecht in § 1 Abs. 1 TWG folgendermaßen geregelt:

"(1) Dem Bunde und den öffentlichen Telegraphenanstalten (§ 15 T. G.) stehen für die Herstellung, die Instandhaltung und den Betrieb von Telegraphen (§ 1 T. G.) an öffentlichen Straßen und Wegen und an sonstigem öffentlichen Gute sowie an unverbauten und in fremdem Privateigentum stehenden Grundstücken einschließlich der Privatgewässer sowie an Gebäuden und sonstigen Baulichkeiten Leitungsrechte unter der Voraussetzung zu, dass durch die Leitungsrechte der bestimmungsgemäße Gebrauch der zu benützenden Liegenschaften nicht dauernd behindert wird und überwiegende öffentliche Rücksichten nicht im Wege stehen."

Nach dieser Bestimmung war die Post- und Telegraphenverwaltung berechtigt, unentgeltlich Leitungsrechte an öffentlichen Straßen geltend zu machen (vgl. Schaginger - Vavra,

Das österreichische Fernmelderecht (1965), Anm. 5, 6 und 11 zu § 1 TWG). Die in der Regierungsvorlage zur Novelle BGBl. I Nr. 100/1997 angesprochene Anpassung an die geänderte Rechtslage bezieht sich darauf, dass mit dem ebenfalls mit BGBl. I Nr. 100/1997 erlassenen Telekommunikationsgesetz (TKG) eine Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes erfolgte, wodurch - gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen Rechnung tragend - insbesondere auch die Errichtung leitungsgebundener Netze ohne fernmelderechtliche Bewilligung ermöglicht wurde (vgl. die Erläuterungen zu § 5 TKG in der Regierungsvorlage 759 BlgNR 20. GP, S. 47). Hinsichtlich der Einräumung von Wegerechten bestimmte Art. 4d der Richtlinie 90/388/EWG der Kommission vom 28. Juni 1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste, ABI. Nr. L 192 vom 24. Juli 1990, S. 10, in der Fassung der Richtlinie 96/19/EG der Kommission vom 13. März 1996 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG hinsichtlich der Einführung des vollständigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten, ABI. Nr. L 74 vom 22. März 1996, S. 13, dass die Mitgliedstaaten Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze bei der Erteilung von Wegerechten für die Bereitstellung solcher Netze nicht diskriminieren dürfen.

Erwägungsgrund 23 zur RL 96/19/EG führte dazu aus:

"Anbieter von öffentlichen Telekommunikationsnetzen benötigen Zugang zu öffentlichem und privatem Grundbesitz, um Anlagen zu errichten, die erforderlich sind, um die Endnutzer zu erreichen. Die Telekommunikationsorganisationen genießen in vielen Mitgliedstaaten gesetzliche Privilegien, ihr Netz auf öffentlichem oder privatem Grund zu errichten, und zwar ohne Entgelt oder zu einem Entgelt, das lediglich die entstandenen Kosten ausgleicht. Wenn die Mitgliedstaaten neu lizenzierten Betreibern nicht vergleichbare Möglichkeiten zum Ausbau ihrer Netze einräumen, würde dies zu Verzögerungen führen und in manchen Gebieten der Beibehaltung ausschließlicher Rechte zu Gunsten der Telekommunikationsorganisationen gleichkommen. Gemäß Artikel 90 in Verbindung mit Artikel 59 dürfen die Mitgliedstaaten außerdem neue Marktteilnehmer, die in der Regel aus anderen Mitgliedstaaten kommen, im Vergleich zu ihren nationalen Telekommunikationsorganisationen und anderen nationalen Unternehmen, denen zur Erleichterung des Ausbaus ihrer Telekommunikationsnetze Wegerechte eingeräumt wurden, nicht diskriminieren."

Mit der Fortführung der bestehenden Unentgeltlichkeit der Nutzung öffentlichen Gutes bei der Einräumung von Wegerechten an neu in den Markt eintretende Unternehmen sollte daher auch eine Diskriminierung gegenüber dem früheren Monopolunternehmen, dem insbesondere durch § 1 TWG in der Fassung vor der Novelle BGBl. I Nr. 100/1997 "gesetzliche Privilegien" im Sinne des zitierten Erwägungsgrundes 23 der RL 96/19/EG eingeräumt waren, vermieden werden. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Post- und Telegraphenverwaltung bei dem bereits vor der Liberalisierung durch das TKG erfolgten Aufbau ihres Telekommunikationsnetzes nach der Stammfassung des § 1 TWG

Leitungsrechte an sämtlichen öffentlichen Straßen, somit insbesondere auch an Bundesstraßen einschließlich der Autobahnen, unentgeltlich geltend machen konnte, während andere Unternehmen erst mit dem In-Kraft-Treten des TKG am 1. August 1997 das Recht erhielten, Telekommunikationsnetze bewilligungsfrei zu errichten. Der von der Beschwerdeführerin behauptete Wertungswiderspruch liegt daher nicht vor, vielmehr steht die Einräumung des unentgeltlichen Leitungsrechts an öffentlichen Straßen, auch soweit für deren Benützung zu Verkehrszielen eine gesetzliche Mautpflicht vorgesehen ist, mit den vom Gesetzgeber im TWG in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht verfolgten Zielsetzungen im Einklang.

2.5. Schließlich bringt die Beschwerdeführerin vor, dass der ihr vom Bund eingeräumte Fruchtgenuss als umfassendes Gebrauchsrecht den Gemeingebrauch schon per definitionem ausschließe. Die öffentliche Hand habe mit Abschluss dieses Fruchtgenussvertrages sämtliche Gebrauchsrechte an den Autobahnen an die Beschwerdeführerin - sohin an ein privatrechtliches Rechtssubjekt - übertragen. Die öffentliche Hand habe keine Gebrauchsrechte an diesen Liegenschaften mehr, die sie der Allgemeinheit zur freien Benutzung überlassen könnte.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die im Alleineigentum der Republik Österreich stehende Beschwerdeführerin, der die Straßenverwaltung am gesamten hochrangigen Straßennetz obliegt, die nach dem ASFINAG-Gesetz umfassenden Steuerungs-, Kontroll- und Aufsichtsbefugnisse des Bundes unterliegt und deren Tätigkeit maßgeblich durch zahlreiche sondergesetzliche Regelungen bestimmt wird, im Hinblick auf die ihr gesetzlich übertragenen Aufgaben im Zusammenhang mit Planung, Finanzierung, Bau, Erhaltung und dem Betrieb des Bundesstraßennetzes tatsächlich nicht der öffentlichen Hand zuzurechnen ist, wie dies die Beschwerdeführerin meint (vgl. die Schlussanträge des Generalanwalts vor dem EuGH vom 9. September 2003 in der Rechtssache C-157/02 (Rieser / ASFINAG), Rz. 27-31), zumal - wie im Folgenden ausgeführt wird - durch die Einräumung des Fruchtgenussrechts keine Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs erfolgt ist.

Die Beschwerdeführerin beruft sich in diesem Zusammenhang auf einen Beitrag von Michael Gruber (Überlegungen zum Fruchtgenussrecht der ASFINAG an Autobahnen, bbl 2002, 9), der auf einer für eine Tochtergesellschaft der Beschwerdeführerin erstellten Untersuchung beruht. In diesem Beitrag wird der nach Ansicht des Autors "per definitionem" gegebene Ausschluss des Gemeingebrauchs durch das der Beschwerdeführerin eingeräumte Fruchtgenussrecht im Wesentlichen damit begründet, dass durch das ASFINAG-Ermächtigungsgesetz der fruchtgenussberechtigten Beschwerdeführerin das Recht eingeräumt wurde, Mauten nach dem BStFG einzuhören und damit diese Straßen nicht mehr jedermann ohne weiteres zum Verkehr offen ständigen. Wie bereits unter Hinweis auf die hg. Rechtsprechung ausgeführt wurde, steht jedoch die Einhebung eines Entgelts für die Benützung der Straße der Annahme des Gemeingebrauchs nicht entgegen, und zwar auch dann nicht, wenn das Entgelt nicht von der Gebietskörperschaft, sondern von einem Dritten eingehoben wird, wie dies in dem Erkenntnis vom 23. Juni 1988, Slg. Nr. 12.744/A, zu Grunde liegenden Sachverhalt der Fall war.

Dass mit der - auf Grund gesetzlicher Ermächtigung durch privatrechtlichen Vertrag erfolgten - Einräumung des Fruchtgenussrechtes die Aufhebung des Gemeingebrauchs bewirkt worden wäre, trifft nicht zu. Die Widmung eines Straßenzuges als Bundesstraße erfolgt durch ausdrücklichen gesetzlichen Akt, nämlich durch die Aufnahme in ein Verzeichnis gemäß § 1 BStG 1971; die A 3 (Südost Autobahn) ist im Verzeichnis 1 zum BStG enthalten und damit unbestritten als Bundesstraße gewidmet, an der - wie bereits ausgeführt - Gemeingebrauch im Sinne des § 28 BStG 1971 besteht. Der Beschwerdeführerin ist es auch nicht - wie Gruber (bbl 2002, S. 11) vermeint - möglich zu bestimmen, wer die Straßen, an denen ihr das Fruchtgenussrecht eingeräumt wurde, benutzen darf. Dies ergibt sich nicht nur aus § 28 BStG, sondern auch aus den gesetzlichen Vorschriften, die den zuständigen Mitgliedern der Bundesregierung unter anderem ermöglichen, die Mauttarife festzusetzen, Ausnahmen von der Mautpflicht festzulegen und durch den gesetzlichen Genehmigungsvorbehalt Einfluss auf den Inhalt der Mautordnung zu nehmen. Das der Beschwerdeführerin eingeräumte Fruchtgenussrecht ermöglicht ihr daher nicht, hinsichtlich der dem Gemeingebrauch unterliegenden unmittelbar dem Verkehr dienenden Flächen unabhängig vom Willen des Eigentümers Verfügungen vorzunehmen, die den Gemeingebrauch einschränken würden. Auch aus der Einräumung des Fruchtgenussrechts lässt sich daher entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin keine Aufhebung des Gemeingebrauchs und - damit notwendig verbunden - Auflösung der öffentlichen Straße ableiten. Die belangte Behörde hat die verfahrensgegenständlichen Grundstücke daher zu Recht als öffentliches Gut im Sinne des § 1 Abs. 4 TWG beurteilt.

2.6. Die Beschwerde war somit gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

2.7. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 333/2003. Das Kostenmehrbegehren der mitbeteiligten Partei war abzuweisen, weil im pauschalierten Schriftsatzaufwand die Umsatzsteuer bereits enthalten ist.

Wien, am 15. Dezember 2003

**Schlagworte**

Definition von Begriffen mit allgemeiner Bedeutung VwRallg7 Gemeinschaftsrecht Richtlinie EURallg4 Auslegung unbestimmter Begriffe VwRallg3/4

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2003:2003030163.X00

**Im RIS seit**

22.01.2004

**Zuletzt aktualisiert am**

07.10.2008

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.  
[www.jusline.at](http://www.jusline.at)