

LU_GERICHTE V 98 189 vom 8. April 1998

LU Gerichte, 1998-04-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/lu_gerichte_V_98_189

FR: LU_GERICHTE V 98 189 du 8 avril 1998

IT: LU_GERICHTE V 98 189 del 8 aprile 1998

Regeste

Art. 35 FMG lässt keinen Raum für die Erteilung einer auf kantonales Strassenrecht gestützten Konzession. | Konzession

Volltext

Luzern Kantonsgericht sonstige 16.03.1999 V 98 189 (1999 II Nr. 27)

Art. 35 FMG lässt keinen Raum für die Erteilung einer auf kantonales Strassenrecht gestützten Konzession. | Konzession

Rechtsprechung Luzern Instanz: Verwaltungsgericht Abteilung: Verwaltungsrechtliche Abteilung Rechtsgebiet: Konzession Entscheiddatum: 16.03.1999 Fallnummer: V 98 189 LGVE: 1999 II Nr. 27 Leitsatz: Art. 35 FMG lässt keinen Raum für die Erteilung einer auf kantonales Strassenrecht gestützten Konzession. Rechtskraft: Diese Entscheidung ist rechtskräftig. Entscheid: Die A AG, die in der Gemeinde Z eine Fernmeldeanlage betreibt, erstellte in der Kantonsstrasse einen Kontrollschacht. Mit Verfügung vom 8. April 1998 erteilte das Baudepartement für die Sondernutzung der Kantonsstrasse eine Konzession nach den Bestimmungen des kantonalen Strassengesetzes unter verschiedenen Auflagen und Bedingungen. Die gegen diese Verfügung erhobene Verwaltungsbeschwerde der A AG wies der Regierungsrat mit Entscheid vom 18. August 1998 ab. Das Verwaltungsgericht hob diesen Entscheid auf und wies die Sache an das Baudepartement zurück. Aus den Erwägungen: 2. - Die Beschwerdeführerin betreibt wie erwähnt in der Gemeinde Z eine Fernmeldeanlage. Sie erstellte in der Kantonsstrasse K65 einen Kontrollschacht, welcher den Zugang zu den Leitungen und deren Wartung gewährleisten soll. Beide Parteien gehen zu Recht davon aus, dass es sich hierbei um einen technisch notwendigen Bestandteil einer Fernmeldeleitung handelt. Für die Errichtung des Kontrollschachtes ist daher grundsätzlich das am 1. Januar 1998 in Kraft getretene Fernmeldegesetz anwendbar (Art. 2 des Fernmeldegesetzes [FMG; SR 784.10]). Dessen Art. 35 Abs. 1 und Abs. 4 lauten wie folgt: 1 Die Eigentümerinnen und Eigentümer von Boden im Gemeingebrauch (wie Strassen, Fusswege, öffentliche Plätze, Flüsse, Seen sowie Ufer) sind verpflichtet, den Konzessionärinnen von Fernmeldediensten die Benutzung dieses Bodens für Bau und Betrieb von Leitungen und öffentlichen Sprechstellen zu bewilligen, sofern diese Einrichtungen den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigen. 4 Die Bewilligung ist in einem einfachen und raschen Verfahren zu erteilen. Ausser kostendeckenden Gebühren darf eine Entschädigung für die Inanspruchnahme von Grund und Boden, soweit sie den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigt, nicht verlangt werden. a) Gegenstand des angefochtenen Entscheides ist die Erteilung einer Sondernutzungskonzession sowie die Erhebung einer Konzessionsgebühr. Eine Konzession zur Verleihung des Rechts zur Sondernutzung einer öffentlichen Sache setzt voraus, dass der Konzessionserteiler frei ist, ob und allenfalls wem er eine Konzession erteilen will. Der Gesuchsteller hat mithin keinen

Anspruch auf eine Erteilung; vielmehr wird der Entscheid in das Ermessen der zuständigen Behörde gestellt (Häfelin/Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Zürich 1998, N 2008 und 2013). b) Die Vorinstanz ging sinngemäss davon aus, dass der Kanton bei der Beurteilung des Gesuchs zur Erstellung eines Kontrollschachts über ein solches freies Ermessen verfüge und dieses nicht durch Art. 35 FMG eingeschränkt werde. Sie erwog, auch wenn die Inanspruchnahme des öffentlichen Bodens für den Bau und den Betrieb von Leitungen nach dem Inkrafttreten des neuen Fernmeldegesetzes grundsätzlich durch das öffentliche Sachenrecht geregelt sei, werde die Hoheit der Kantone über den öffentlichen Grund durch Art. 35 FMG lediglich insoweit angetastet, als diese verpflichtet seien, den Konzessionärinnen die Benutzung des Bodens im Gemeingebrauch zu bewilligen, sofern die betreffenden Einrichtungen den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigen würden. Art. 35 Abs. 1 FMG stelle in erster Linie eine Handlungsanweisung an die Eigentümerinnen und Eigentümer von Grund und Boden im Gemeingebrauch dar, nicht jedoch eine Grundlage für Bewilligungserteilungen; letzteres ganz sicher nicht, wenn die Inanspruchnahme von öffentlichem Boden über den Gemeingebrauch hinausgehe. Bei der Benutzung von öffentlichem Boden durch das Verlegen von Leitungen in oder unter öffentlichem Grund handle es sich um einen Sondergebrauch oder eine Sondernutzung, die einer besonderen Bewilligung bedürfe. Kennzeichnend für die Sondernutzung sei, dass andere potentielle Bewerberinnen und Bewerber gänzlich von einer gleichen Nutzung ausgeschlossen seien, was im Bereich des Kontrollschachtes der Fall sei. Soweit es um diese Sondernutzung gehe, stehe die den Eigentümerinnen und Eigentümern von Boden im Gemeingebrauch in Art. 35 Abs. 1 FMG auferlegte Pflicht zur Erteilung der Bewilligung nicht zur Diskussion. In diesem Fall sei dem kantonalen Recht überlassen, die Kriterien für die Sondernutzung aufzustellen. Demgegenüber stellt sich die Beschwerdeführerin auf den Standpunkt, die Vorinstanz habe die Bewilligung zur Erstellung des Kontrollschachtes fälschlicherweise in Anwendung des kantonalen Strassengesetzes erteilt. Die Bewilligung hätte aber allein auf das eidgenössische Fernmeldegesetz abgestützt werden müssen, denn Art. 35 FMG bilde die materielle Grundlage für die Inanspruchnahme des Bodens im Gemeingebrauch für den Bau und Betrieb von Leitungen und schränke diesbezüglich die kantonale Hoheit über die Strassen ein. Kantonales Recht sei im Bereich des Fernmelderechts und im Umfang von Art. 35 FMG nicht anwendbar, weshalb der angefochtene Entscheid Bundesrecht verletze. c) Zu prüfen ist demnach, ob Art. 35 Abs. 1 FMG den Kantonen die Kompetenz einräumt, für das Verlegen von Leitungen eine Bewilligung nach kantonalem Recht vorzusehen. Diese Bestimmung ist in erster Linie aus sich selbst, d.h. nach ihrem Wortlaut, Sinn und Zweck sowie nach den ihr zugrundeliegenden Wertungen auszulegen. Bei unklaren oder unvollständigen Bestimmungen, die verschiedene, sich widersprechende Auslegungen zulassen, liegt es nahe, die Gesetzesmaterialien beizuziehen, um den Sinn einer Norm zu erkennen und damit falsche Auslegungen zu vermeiden. Dies gilt insbesondere, wenn der Entstehungsgeschichte eines neuen Gesetzes zu entnehmen ist, warum eine Bestimmung bisher in der Rechtsanwendung nicht zu befriedigen vermochte und der Gesetzgeber sie geändert wissen wollte (BGE 118 IV 264 Erw. 2b mit Hinweisen). aa) Das neue Fernmeldegesetz wurde im Zusammenhang mit der Neukonzeption des Schweizerischen Post- und Fernmeldewesens sowie der unternehmerischen Neuausrichtung der PTT-Betriebe geschaffen (Botschaft zum Postgesetz vom 10.6.1996, BBl 1996 III S. 1250). Die Reform sah die Umwandlung der PTT-Betriebe in zwei selbständige Unternehmungen vor. Die Post soll die Form einer rechtlich selbständigen Anstalt aufweisen, während die

Telekommunikationsunternehmung als spezialgesetzliche Aktiengesellschaft ausgestaltet wird (Botschaft zu einem Postorganisationsgesetz und zu einem Telekommunikationsunternehmensgesetz vom 10.6.1996, BBl 1996 III S. 1316). Mit dieser Neukonzeption wird im Bereich der Kommunikation eine Öffnung des Marktes unter Gewährleistung der Grundversorgung angestrebt. Der Grund hierfür besteht darin, dass Post- und Telekommunikationsmärkte in beträchtlichem Tempo weltweit dem freien Wettbewerb geöffnet, Monopole aufgehoben oder zumindest gelockert werden, neue Anbieter auftreten und der Kampf um Marktanteile mit Vehemenz zunimmt (erwähnte Botschaft, a.a.O., S. 1364). Unter der alten Ordnung genossen die PTT-Betriebe verschiedene Privilegien. So waren sie unter anderem berechtigt, den im Gemeingebrauch stehenden Boden für Briefkasten, Wertzeichenautomaten, öffentliche Sprechstellen und ähnliche dem öffentlichen Interesse dienende Einrichtungen unentgeltlich zu benützen. Nach dem Bundesgesetz vom 24. Juni 1902 betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (EleG; SR 734.0) durften Telegraf- und Telefonlinien ausserdem unentgeltlich auf öffentlichem, dem Gemeingebrauch dienendem Grund und Boden errichtet oder in solches Gebiet gelegt werden (erwähnte Botschaft, a.a.O., S. 1309f.). Das Bundesgericht führte dazu aus, Art. 5 EleG ermächtigte den Bund, für die Erstellung von ober- und unterirdischen Telefonleitungen näher bezeichnete öffentliche Sachen unentgeltlich in Anspruch zu nehmen. Art. 5 EleG enthalte eine öffentlich-rechtliche, gesetzliche Eigentumsbeschränkung; er setze fest, inwieweit öffentliches Grundeigentum unentgeltlich und ohne Durchführung eines Enteignungsverfahrens vom Bunde für die Erstellung von Telefonleitungen in Anspruch genommen werden dürfe. Nach dem Sinn und Zweck gehe die Ordnung in Art. 5 EleG indessen weiter und enthalte auch eine Befreiung vom kantonalen Baupolizeirecht. Über die Erstellung von Telefonleitungen habe das EleG Vorschriften aufgestellt, welche kantonale Kompetenzen ausschliessen. Eine Gemeindebehörde, welche sich selber aufgrund des autonomen Gemeinderechts eine Entscheidbefugnis beilege, verstosse daher gegen die derogatorische Kraft des Bundesrechts (BGE 97 I 526ff.). Nach der alten Regelung durften somit die Kantone für die Inanspruchnahme öffentlichen Bodens keine Bewilligungspflicht einführen. bb) Der Entwurf des Bundesrates zum revidierten Fernmeldegesetz sah vor, eine dem Art. 5 EleG analoge Regelung aufzunehmen, welche die bisher zu Gunsten des Bundes bestehende öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung allen Inhaberinnen von Fernmeldekonzessionen zukommen lasse. Der Umfang der Eigentumsbeschränkung werde dabei im bisherigen, insbesondere durch die Praxis des Bundesgerichts abgesteckten Rahmen belassen. Neu werde die Regelung der Einzelheiten dem Bundesrat übertragen. Dieser solle vor allem der nun wichtig werdenden Koordinationspflicht unter den Konzessionärinnen selber, aber auch in Bezug auf die anderen Werke Aufmerksamkeit schenken. Es solle verhindert werden, dass öffentlicher Grund innert relativ kurzer Zeit mehrmals durch verschiedene Konzessionärinnen mit Bauarbeiten belastet werde (Botschaft zum revidierten Fernmeldegesetz vom 10.6.1996, BBl 1996 III S. 1438). In diesem Sinne regelte der Entwurf in Art. 35 Abs. 1 lit. a unter dem Titel «öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung», dass Konzessionärinnen von Fernmeldeanlagen berechtigt sind, für die Erstellung von Leitungen und öffentlichen Sprechstellen den Boden im Gemeingebrauch wie Strassen, Fusswege, öffentliche Plätze, Flüsse, Seen sowie Ufer unentgeltlich und bewilligungsfrei in Anspruch zu nehmen. In Abs. 3 dieser Bestimmung wurde vorgeschlagen, dass der Bundesrat die Einzelheiten regle, namentlich die Koordinationspflicht der Konzessionärinnen (erwähnte Botschaft, a.a.O., S.

1496). Anlässlich der Beratung des neuen FMG beantragte dann Nationalrat Banga unter anderem, Art. 35 Abs. 1 FMG so zu formulieren, wie er heute im Gesetz steht. Er führte dazu aus, den Konzessionärinnen solle zwar ein Anspruch auf Benutzung von Grund und Boden für ober- und unterirdische Telekommunikationsanlagen und Leitungen zustehen. Nötig seien jedoch Bewilligungen, in denen die Einzelheiten, insbesondere die Gebührenpflicht, die Entschädigung für die Inanspruchnahme, die Koordinationspflicht, die Pflicht zur Absprache mit den betroffenen Grundeigentümern sowie die Voraussetzungen für die Leitungsverlegungen und öffentlichen Sprechstellen, zu regeln seien. Sein Änderungsantrag bezwecke, dass die vom Bund zu erteilende Konzession lediglich den betrieblichen Aspekt zum Inhalt habe, nicht jedoch den Tatbestand der baulichen Sondernutzung von Grund und Boden regle. Für Letzteres sei auf alle Fälle eine kantonale bzw. eine kommunale Bewilligung erforderlich. Man stelle sich vor: Eine Strasse, in der kürzlich die Wasser- und Abwasserleitungen ersetzt worden seien, werde fertiggestellt und mit Deckbelag, mit Feinbelag, versehen. Kurze Zeit später solle diese Strasse wieder aufgerissen werden, und zwar ohne Bewilligung, um ein privates Fernmeldekabel zu verlegen. Ein solches Vorgehen würde auf Unverständnis stossen (Amtl. Bull. [Nationalrat] 1996 S. 2312f.). Bundesrat Leuenberger entgegnete, soweit das Anliegen von Herrn Banga die Verfahren betreffe - also wer, wann, wo, wie tief graben dürfe - decke der Entwurf des Bundesrates seine Interessen vollumfänglich ab. Es bestehe für die Konzessionärinnen die Pflicht, sich vor dem Graben mit Gemeinden und Kantonen abzusprechen. Der Bundesrat werde diese Pflichten im Detail in einer Verordnung regeln. Er möchte aber nicht, dass auf Gemeindeebene noch ein zusätzliches Bewilligungsverfahren eingeführt werde (Amtl. Bull. [Nationalrat] 1996 S. 2314). Trotz weiterer Opposition seitens anderer Ratsmitglieder stimmte der Nationalrat der vorgeschlagenen Bewilligungspflicht zu (Amtl. Bull. [Nationalrat] 1996 S. 2314). Im Zweitrat hielt Ständerat Schüle als Berichterstatter der ständerätlichen Kommission fest, der Nationalrat habe am Bewilligungsverfahren festgehalten, und die Kommission habe dazu präzisiert: Es solle ein einfaches und rasches Verfahren ohne Ausschreibung und Rekursverfahren Platz greifen. Die Mehrheit der Kommission habe dem Nationalrat zugestimmt aufgrund des «permanenten Ärgernisses PTT», dass immer dann, wenn ein Strassenbelag frisch erneuert worden sei, die Telecom komme und für ihre Zwecke die Strasse wieder aufreisse. Diesen wilden Grabereien in den Gemeinden wolle man nicht weiterhin Tür und Tor öffnen. Mit einer einfach zu erteilenden Bewilligung könne die Koordination besser sichergestellt werden, als wenn diese Aufgabe dem Bundesrat übertragen werde. Ein Regelungsbedarf sei ausgewiesen (Amtl. Bull. [Ständerat] 1997 S. 96). Auch im Ständerat wurde schliesslich der Antrag Banga zu Art. 35 Abs. 1 FMG trotz gegenteiliger Voten angenommen (Amtl. Bull. [Ständerat] 1997 S. 99).

cc) Aus diesen Ausführungen geht hervor, dass der Gesetzgeber - im Gegensatz zur früheren Regelung - die Inanspruchnahme von Boden im Gemeingebrauch durch Leitungen und Sprechstellen nicht mehr bewilligungsfrei gestatten wollte. Die Eigentümer des Bodens im Gemeingebrauch - vorab Gemeinde oder Kanton - haben der Konzessionärin eine Bewilligung zu erteilen, und zwar gestützt auf Art. 35 Abs. 1 FMG. Ist aber das Bewilligungsverfahren für die Inanspruchnahme von Boden im Gemeingebrauch bereits abschliessend durch das Bundesgesetz geregelt, so bleibt für eine zusätzliche Regelung im kantonalen Recht kein Raum. Insbesondere lässt sich in den Verhandlungsprotokollen der eidgenössischen Räte kein Hinweis finden, dass es den Kantonen gestattet werden sollte, nebst der Bewilligung nach Art. 35 Abs. 1 FMG noch weitere Bewilligungsarten gestützt auf kantonales Recht vorzusehen. Wie dargelegt, sollte gemäss Botschaft zum

Fernmeldegesetz die frühere Regelung von Art. 5 EleG samt der vom Bundesgericht entwickelten Rechtsprechung, d.h. auch der Grundsatz, dass im Bereich der Erstellung von Fernmeldeleitungen kantonale Kompetenzen ausgeschlossen sind, weitergeführt werden. Der Änderungsantrag von Nationalrat Banga zielte denn auch keineswegs auf die Schaffung neuer kantonaler Zuständigkeiten ab, sein Anliegen betraf vielmehr die Einführung einer Bewilligungspflicht, um die Koordination unter den Konzessionärinnen sicherzustellen. dd) Daran vermögen die Erwägungen im angefochtenen Entscheid nichts zu ändern. Der Regierungsrat führt darin aus, dass es im Bereich der Sondernutzung - worunter auch das Verlegen von Leitungen zu verstehen sei - dem kantonalen Recht überlassen sei, Nutzungskriterien aufzustellen. Zur Stützung dieser Argumentation wird der letzte Halbsatz von Art. 35 Abs. 1 FMG («sofern die betreffenden Einrichtungen den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigen») zitiert. Daraus schliesst die Vorinstanz, dass die kantonale Hoheit überall dort bestehe, wo der Gemeingebrauch durch das Verlegen von Leitungen beeinträchtigt werde, mit anderen Worten, dass Art. 35 Abs. 1 FMG bloss dort zur Anwendung gelange, wo eben keine solche Beeinträchtigung gegeben sei. Dieser Auslegung kann so nicht gefolgt werden, denn damit würde die in Art. 35 Abs. 1 FMG festgelegte Bewilligungspflicht nie zum Tragen kommen. Das Verlegen von Leitungen schränkt den Gemeingebrauch stets insoweit ein, als andere potentielle Bewerber von der gleichen Nutzung ausgeschlossen sind. Mithin können solche baulichen Massnahmen gar nie erstellt werden, ohne gleichzeitig den Gemeingebrauch in seiner begrifflichen Ausgestaltung im juristischen Sinne zu beeinträchtigen. Deshalb käme die Auffassung der Vorinstanz im Ergebnis einem Ausschluss dieser bundesrechtlichen Bestimmung gleich, und es bliebe in jedem Fall die Erteilung einer kantonalen Konzession zu prüfen. Der letzte Halbsatz von Art. 35 Abs. 1 FMG ist daher vielmehr so zu verstehen, dass eine Bewilligung nach eidgenössischem Recht immer dann genügt, wenn der bestimmungsgemässe Gebrauch einer Strasse, eines Fussweges usw. nicht beeinträchtigt wird. Er stellt damit eine inhaltliche Schranke des grundsätzlichen Bewilligungsanspruchs dar. Erst wenn die Nutzung von Boden im Gemeingebrauch durch eine Fernmeldeanlage darüber hinausgeht, etwa durch das Erstellen von Gebäuden für Telefonzentralen und dergleichen, dürfen die Kantone zusätzliche Bewilligungen verlangen (vgl. BGE 97 I 528). Jede andere Interpretation würde Art. 35 Abs. 1 FMG seines Gehalts entleeren. d) Aus diesen Erwägungen folgt, dass Art. 35 Abs. 1 FMG nicht einen Ermessensspielraum zugesteht, der für die Erteilung einer auf kantonales Strassenrecht gestützten Konzession erforderlich ist (vgl. oben Erw. 2a). Der Wortlaut von Art. 35 Abs. 1 FMG lässt darauf schliessen, dass der Gesuchsteller grundsätzlich einen Anspruch auf eine Bewilligung hat. Auch mit der Einschränkung im letzten Halbsatz dieser Bestimmung («sofern diese Einrichtungen den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigen») wird nicht ein Ermessensspielraum geschaffen, sondern eine inhaltliche Schranke des grundsätzlichen Bewilligungsanspruchs festgehalten. Diese Schranke ist nicht erreicht, solange der bestimmungsgemässe Gebrauch der Sache noch möglich ist. Der grundsätzliche Bewilligungsanspruch endet indessen dort, wo die bestimmungsgemässe Nutzung der im Gemeingebrauch stehenden Grundstücke beeinträchtigt wird. Erst hier beginnt das Ermessen des Eigentümers von Boden im Gemeingebrauch, eine solche Nutzung mittels Erteilung einer Konzession dennoch zuzulassen und eine Konzessionsgebühr zu verlangen (Art. 35 Abs. 4 FMG). Im vorliegenden Fall wird der bestimmungsgemässe Gebrauch der Kantonsstrasse durch die Erstellung des Kontrollschachts unbestrittenermassen nicht beeinträchtigt. Nach dem Gesagten hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf die Erteilung einer Bewilligung nach

Art. 35 Abs. 1 FMG. Für eine Konzession nach § 23 StrG und einer Konzessionsgebühr besteht folglich kein Raum mehr.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.