

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und DI Peter Knezu als weitere Mitglieder über die Anträge der Multikom Austria Telekom GmbH, Jakob-Haringer-Straße 1, 5020 Salzburg, gegenüber der Salzburg AG für Energie, Verkehr und Telekommunikation, vertreten durch RA Dr. Clemens Thiele, Dr. Franz Rehrl Platz 7, 5020 Salzburg, in ihrer Sitzung vom 16.04.2007 einstimmig beschlossen:

I. Spruch

1. Die Anträge der Multikom Austria Telekom GmbH vom 20.11.2006, in der geänderten Fassung vom 09.02.2007, die Telekom-Control-Kommission möge

„Mitbenutzungsrechte gemäß § 8 TKG anhand konkreter Kommunikationslinien einräumen und

Mitbenutzungskonditionen und –bedingungen von Kommunikationslinien bescheidmäßig anordnen“

werden zurückgewiesen.

2. Der Antrag der Multikom Austria Telekom GmbH vom 20.11.2006, in der geänderten Fassung vom 09.02.2007, die Telekom-Control-Kommission möge

„die Mitbenutzungsvereinbarung gemäß § 9 Absatz 4 TKG durch die Regulierungsbehörde veröffentlichen zu lassen“

wird abgewiesen.

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

Mit Schriftsatz vom 17.11.2006, ON 1, eingelangt am 20.11.2006, beantragte die Multikom Austria Telekom GmbH (Multikom) die „*Einräumung vom Mitbenutzungsrechten nach § 8 TKG*“ gegenüber der Salzburg AG für Energie, Verkehr und Telekommunikation (SAG).

Entsprechend dem Rahmenbeschluss der Telekom-Control-Kommission vom 01.09.2003 wurde der Akt der RTR-GmbH zur Durchführung des verpflichtenden Streitschlichtungsverfahrens nach § 121 TKG 2003 weitergeleitet. Am 13.12.2006 fand in diesem zur Zahl RVST 23/06 geführten Verfahren eine Verhandlung statt.

Nach fruchtlosem Verstreichen der sechswöchigen Frist nach § 121 TKG 2003 wurde das Verfahren zur GZ D 1/06 vor der Telekom-Control-Kommission weitergeführt und die Antragstellerin mit Schreiben vom 24.01.2007, ON 5, sowie mit Schreiben vom 03.04.2007, ON 13, zu ergänzenden Stellungnahmen aufgefordert. Multikom übermittelte weitere Schriftsätze am 09.02.2007, ON 8 und am 10.04.2007, ON 14.

Stellungnahmen der SAG langten am 17.01.2007 (noch zur Zahl RVST 23/06; vgl. D 1/06-ON 3) und 06.03.2007, ON 8, ein.

Am 07.02.2007 bzw. 11.04.2007 fanden Telefongespräche zwischen der Geschäftsstelle der Telekom-Control-Kommission und der Multikom, ON 7, bzw. zwischen der Geschäftsstelle der Telekom-Control-Kommission und dem Antragsgegnervertreter RA Dr. Thiele, ON 16, statt.

B. Festgestellter Sachverhalt

Beide Parteien sind Betreiber öffentlicher Kommunikationsnetze und verfügen über entsprechende Allgemeinerechtigungen gemäß § 15 TKG 2003 (amtsbekannt).

Mit Schreiben vom 29.05.2006 teilte Multikom der SAG mit, dass geplant sei, „*auf den Strecken Wals-Lehen, Techno-Z – Lehen und Techno-Z – Alpenstraße*“ LWL-Leitungen zu verlegen. Gemäß „§ 9 TKG“ werde die Mitbenutzung des Leitungs- und Wegenetzes auf den genannten Strecken nachgefragt (Beilage zu ON 1). Mit Schreiben vom 19.06.2006 und 19.07.2006, sowie mit e-Mail vom 28.08.2006 (Beilagen zu ON 1) forderte die SAG die Multikom zur Konkretisierung ihrer Nachfragen auf, ohne dass Multikom diesen Aufforderungen nachkam. Lediglich in einem Fall lag eine mit e-Mail der Multikom vom 07.09.2006 durch Grundstücksnummern konkretisierte Nachfrage vor. Diesbezüglich wurde eine Überprüfung der Möglichkeit der Mitbenutzung (Vorhandensein von Leerverrohrung) durch die SAG vorgenommen und die (negative) Antwort am 14.09.2006 sowie am 13.10.2006 der Multikom übermittelt (im Rahmen der Verhandlung vom 13.12.2006 durch SAG vorgelegte Korrespondenz, ON 3, Beilage zum Protokoll vom 13.12.2006). Weitere Konkretisierungen der geforderten Mitbenutzung wurden der SAG nicht übermittelt (Beilagen zu ON 1 und ON 3; Telefonnotiz vom 11.04.2007, ON 16).

Die Leitungswege zwischen den im Antrag der Multikom (ON 1, Seite 5) genannten Standorten führen über viele Grundstücke mit unterschiedlichen Eigentümern. Diese Strecken (Luftlinie) sind teilweise mehrere Kilometer lang (ON 3, Protokoll vom 13.12.2006, Seite 2). Die SAG verfügt nicht in ihrem gesamten Leitungsnetz durchgängig über (zusätzliche) Leerverrohrungen. Solche Verrohrungen sind nur abschnittsweise vorhanden,

weshalb nur bei einer genauen Angabe der Grundstücke bzw. Parzellen, über die eine Leitung geführt werden soll, eine Überprüfung möglich ist, ob überhaupt Leerverrohrung vorhanden ist. Auf Grund der vor Antragstellung von Multikom der SAG übermittelten Informationen war eine derartige Überprüfung nicht möglich (ON 3, Protokoll vom 13.12.2006, Seite 1f).

Die Feststellungen ergeben sich aus den jeweils angeführten unbedenklichen Urkunden bzw. sind amtsbekannt.

C. Rechtliche Beurteilung

Nach §§ 9 Abs. 1 und Abs. 2 iVm 117 Z1 iVm 121 Abs. 2 und Abs. 3 TKG 2003 hat ein (potenzieller) Mitbenutzungswerber die in Aussicht genommene Mitbenutzung von Kommunikationslinien beim Inhaber dieser Linien nachzufragen. Dieser hat „auf Nachfrage ein Angebot auf Mitbenutzung“ zu legen und die Parteien haben in der Folge über diese nachgefragte Mitbenutzung zu verhandeln. Dabei haben beide Parteien das Ziel anzustreben, die Mitbenutzung zu ermöglichen und zu erleichtern. Kommt (dennoch) kein Vertrag über die Mitbenutzung zu Stande, kann nach zumindest sechswöchigen Verhandlungen die Telekom-Control-Kommission angerufen werden, deren Entscheidung den Vertrag ersetzt. (Formale) Voraussetzung für die Zulässigkeit der Anrufung der Telekom-Control-Kommission ist daher, dass ein Bereitsteller eines Kommunikationsnetzes (§ 9 Abs. 1 TKG 2003) eine Nachfrage stellt, und dass über diese begehrte Mitbenutzung wenigstens sechs Wochen verhandelt wird.

Diese – dem Verfahren für die Anordnung von Zusammenschaltungsverträgen analogen – Regelungen, insbesondere die Verpflichtung des Inhabers nach § 9 Abs. 1 TKG 2003 „auf Nachfrage ein Angebot auf Mitbenutzung“ zu legen, setzen voraus, dass die Nachfrage ausreichend konkret sein muss, dass der Inhaber der Kommunikationslinie überprüfen kann, ob er überhaupt über die angefragte Infrastruktur verfügt. Im konkreten Fall verfügt die SAG nach den Feststellungen nicht in ihrem gesamten Leitungsnetz durchgängig über (zusätzliche) Leerverrohrungen, sondern hat solche nur abschnittsweise verlegt, weshalb nur bei einer genauen Angabe der Grundstücke bzw. Parzellen, über die eine Leitung geführt werden soll, eine Überprüfung möglich ist, ob überhaupt Leerverrohrung vorhanden ist.

Multikom hat demgegenüber vor Antragstellung lediglich in allgemeiner Form von der SAG die Mitbenutzung von Leitungswegen zwischen verschiedenen Standorten, die teilweise über sehr viele Grundstücke geführt würden und die teilweise mehrere Kilometer lang sind, gefordert. Der SAG war es daher (vor Antragstellung) nicht möglich zu überprüfen, ob und inwieweit die von Multikom gewünschte Leerverrohrung überhaupt vorhanden ist. So forderte die SAG die Multikom auch wiederholt zur Konkretisierung ihrer Nachfragen auf, ohne dass Multikom diesen Aufforderungen nachkam. Die Tatsache, dass die SAG bei entsprechend konkreten Nachfragen sehr wohl Überprüfungen der Möglichkeit der Mitbenutzung vorgenommen hat bzw. hätte, zeigt sich an Hand der von der SAG im Rahmen der Verhandlung vom 13.12.2006 vorgelegten Korrespondenz. Die in diesem einen Fall konkret nachgefragten Grundstücke wurden auf das Vorhandensein von Leerverrohrung geprüft und die (negative) Antwort der Multikom übermittelt. Weitere Konkretisierungen wurden der SAG allerdings nicht übermittelt.

Mangels ausreichender Konkretisierung der begehrten Mitbenutzung, die der SAG die Legung ebenso konkreter Angebote und die Verhandlung über diese Mitbenutzung ermöglicht hätte, können die Forderungen der Multikom daher nicht als „Nachfrage“ iSd zitierten Bestimmungen des TKG 2003 gesehen werden, so dass diese Voraussetzung für die Antragstellung nicht vorliegt. Eine derart ausreichend konkrete Nachfrage kann nach der Systematik des TKG 2003 und vor dem Hintergrund der Tatsache, dass die Nachfrage eine Antragsvoraussetzung darstellt, nur vor Antragstellung erfolgen, so dass, selbst wenn man

die mit Schriftsatz vom 10.04.2007, ON 14, nachgereichte Übermittlung von Grundstücksnummern für ausreichend erachtete, diese Informationen nicht mehr als derartige Nachfrage iSd § 9 Abs. 2 TKG 2003 zu werten wären und daher keine Zulässigkeit des Antrags bewirken kann.

Multikom wurde bereits mit Schreiben der Telekom-Control-Kommission vom 24.01.2007, ON 5, darauf hingewiesen, dass nach der vorliegenden Aktenlage eine Einräumung des beantragten Mitbenutzungsrechts aus rechtlichen Gründen nicht möglich erscheine. Multikom wurde ausdrücklich aufgefordert, zu diesem Vorhalt Stellung zu nehmen. Diese geforderte Stellungnahme hätte nicht nur die (materielle) Konkretisierung der beantragten Mitbenutzung, sondern – auf Grund der gesetzlichen Vorgaben insbesondere des § 9 Abs. 2 TKG 2003 – auch die Darlegung des Vorliegens der Formalvoraussetzungen (Nachfrage) zu umfassen gehabt, damit eine Anordnung der Mitbenutzung in der beantragten Form erfolgen hätte können. Weder mit ihrem Schriftsatz vom 09.02.2007, ON 8, noch mit dem über weitere Aufforderung der Telekom-Control-Kommission vom 03.04.2007 übermittelten Schriftsatz vom 10.04.2007, ON 14, wurde jedoch das Vorliegen der Formalvoraussetzungen – die den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende Nachfrage – von Multikom dargelegt. Auch die mit Schriftsatz vom 09.02.2007, ON 8, vorgenommene Antragsänderung änderte daran nichts.

Da somit eine der (Formal-) Voraussetzungen der Zulässigkeit der Anrufung der Telekom-Control-Kommission nicht gegeben ist, waren die Anträge der Multikom laut Spruchpunkt 1. spruchgemäß zurückzuweisen.

Anders als bei der Mitbenutzung von Antennentragemasten (§§ 8 Abs. 2 iVm 9 Abs. 3 TKG 2003) ist im TKG 2003 nicht vorgesehen, dass Inhaber von Kommunikationslinien Rahmenvereinbarungen für die Mitbenutzung dieser Linien nach § 8 Abs. 1 TKG 2003 erstellen und der Regulierungsbehörde anzeigen müssen. Auf den diesbezüglichen Antrag der Multikom, die Telekom-Control-Kommission möge *„die Mitbenutzungsvereinbarung gemäß § 9 Absatz 4 TKG durch die Regulierungsbehörde veröffentlichen ... lassen“* sind daher die oben genannten Verfahrensvorschriften, insbesondere das Erfordernis einer ausreichenden Nachfrage, nicht anzuwenden. Gleichwohl besteht kein (materieller) Anspruch der Multikom nach § 9 TKG 2003 gegenüber der SAG bzw. der Regulierungsbehörde auf Veröffentlichung einer Rahmenvereinbarung, weshalb der diesbezügliche Antrag der Multikom mit Spruchpunkt 2. abzuweisen war.

Der Vollständigkeit halber, und im Hinblick auf eine allfällige Neuantragstellung der Multikom nach Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen, wird darauf hingewiesen, dass für die Einräumung eines Mitbenutzungsrechtes – bei (formaler) Zulässigkeit des Antrages – die Tatbestandsvoraussetzungen des § 8 Abs. 1 TKG 2003 erfüllt sein müssen, was insbesondere beinhaltet, dass die Unmöglichkeit und Untunlichkeit der Inanspruchnahme öffentlichen Gutes dargetan wird. Die Argumentation der Multikom im Schriftsatz vom 10.04.2007, ON 14, beruht demgegenüber auf dem Gedanken, dass die Geltendmachung von Mitbenutzungsrechten im Vergleich zur Geltendmachung zusätzlicher (neuer) Leitungsrechte oder der Inanspruchnahme öffentlichen Gutes immer den *„geringst mögliche(n) Eingriff in die öffentliche Ordnung, in die Rechtspositionen von Eigentümern und anderen Rechtsbesitzern“* darstellt und daher die Inanspruchnahme öffentlichen Gutes stets untunlich wäre. Diese (auf allgemeinen Grundsätzen bzw. Überlegungen beruhende) Interpretation würde jedoch dem ausdrücklich vorgesehenen Tatbestandselement der Unmöglichkeit und Untunlichkeit der Inanspruchnahme öffentlichen Gutes (der spezielleren Norm) des § 8 Abs. 1 TKG 2003 jeden Anwendungsbereich nehmen und kann daher nicht überzeugen.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid ist gemäß § 121 Abs. 5 TKG 2003 kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

IV. Hinweis

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und auch an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden, wobei jeweils eine Eingabengebühr in der Höhe von € 180,- zu entrichten ist. Die Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 16.04.2007

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann

ZV:

- Multikom Austria Telekom GmbH, z. Hdn. der Geschäftsführung, Jakob-Haringer-Straße 1, 5020 Salzburg
- Salzburg AG für Energie, Verkehr und Telekommunikation, z. Hdn. RA Dr. Clemens Thiele, Dr. Franz Rehr
Platz 7, 5020 Salzburg