

Wettbewerb / Markenschutz / Freizügigkeit / USt

EU-Osterweiterung

§ 12a Abs 3 MRG

Machtwechseltheorie am Ende?

Die elektronische AG

Internet und Hauptversammlung

Gewährleistung für

Arbeitskräfteüberlassung

Steuerreform 2005 und

Unternehmensbesteuerung

Neu

Rechtsprechung Unabhängiger Finanzsenat

Datenschutz und -rettung beim

Outsourcing

Haftung für Raucherschäden – séance ecolex

Referenten: *Wilhelm / Rabl / Leitner / Davani*

Montag, 21. 6. 2004, 17.00–19.00 Uhr, Juridicum Dachgeschoss, 1010 Wien

Kostenlose Teilnahme. Anmeldung: Tel 01/4277/34802,

E-mail: margarethe.mieselberger@univie.ac.at

Kollokationsraum – Miete oder Pacht?

MICHAEL HASBERGER

Die Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte erforderte ein vielfältiges Maßnahmenpaket. Die Telekommunikationsbetreiber waren nicht in der Lage, kurzfristig die für den Wettbewerb notwendige Netzinfrastruktur, über die in der Regel die Monopolbetreiber verfügen, aufzubauen. Daher erhielten die Betreiber den rechtlich durchsetzbaren Anspruch auf Netzzugang. Dies erforderte auch den Zugang zu technischen Einrichtungen des Monopolbetreibers und damit auch die Zurverfügungstellung von Flächen und Räumlichkeiten in den technischen Schaltzentralen. Die Rechtsnatur solcher Gebrauchsüberlassungen ist ungeklärt.

A. RECHTLICHE GRUNDLAGEN

Das Gemeinschaftsrecht kennt eine Fülle von Bestimmungen und Maßnahmen, die den Netzzugang regeln.¹⁾ Der Netzzugang spielt in der Praxis eine zentrale Rolle, denn nur so lässt sich Telekommuni-

Dr. Michael Hasberger ist Partner der *Hasberger Seitz & Partner* Rechtsanwälte GmbH in Wien.

1) Zur alten Rechtslage umfassend *Parschalk/Zuser*, Netzzugang und Zusammenschaltung im Telekommunikationsrecht, MR 1998, 663. Zur neuen Rechtslage vgl. RL 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie), ABl L 108 vom 24. 4. 2002.

kation, insb die telekommunikative Erreichbarkeit, realisieren. Der Zugang²⁾ kann allgemein zum Netz erfolgen oder nur zu bestimmten einzelnen Funktionen eines Telekommunikationsnetzes.³⁾ Die Zusammenschaltung von Netzen wird als Interconnection (IC) bezeichnet. Diese dient als Form des Netzzuganges dazu, es den Nutzern der verschiedenen Netze zu ermöglichen, untereinander zu kommunizieren.⁴⁾ § 41 Abs 1 TKG berechtigt die Regulierungsbehörde im Einklang mit den europarechtlichen Vorgaben⁵⁾ Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht⁶⁾ dazu zu verpflichten, Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen zu gewähren.

Sinn und Zweck dieser Regelung ist es, es den Betreibern eines öffentlichen Kommunikationsnetzes⁷⁾ Zugang zu entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen, in Österreich handelt es sich um Leitungen der Telekom Austria Aktiengesellschaft (TA), zu ermöglichen.⁸⁾ Die Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung ist die Überlassung von Teilen der Teilnehmeranschlussleitung durch den Zugangsnetzbetreiber an andere Betreiber.⁹⁾ Die Realisierung der (Voll-)Entbündelung¹⁰⁾ bedingt die Zurverfügungstellung von Räumlichkeiten in der Vermittlungsstelle, damit der Betreiber (Entbündelungspartner)¹¹⁾ übertragungstechnische Einrichtungen unterbringen und die erforderlichen Anbindungen schaffen kann. Dieser physische Zugang zum Hauptverteiler wird als Kollokation bezeichnet.¹²⁾ In Österreich¹³⁾ wird die geschlossene Kollokation in Form von getrennten Räumlichkeiten praktiziert, wobei die Zuteilung des naturgemäß knappen Raumes nach dem Prinzip des „First Come, First Served“ erfolgt.¹⁴⁾ Um eine Raumbuchung durch zeitlich zuvorkommende Betreiber hinten zu halten, wurden Kollokationsräumlichkeiten bis zu einem bestimmten Höchstmaß zugeteilt.¹⁵⁾

Sofern nun ein Netzbetreiber einen Zugang zu den TASL der TA möchte, erhält dieser auf Nachfrage bei der TA ein diesen Zugang regelndes Angebot.¹⁶⁾ Sofern darüber keine Einigung erzielt werden kann und kein Vertrag abgeschlossen wird, kann die Telekom-Controll-Kommission angerufen werden.¹⁷⁾ Deren Entscheidung, die Zusammenschaltungsanordnung (Bescheid), ersetzt nach überwiegender Meinung die zivilrechtliche Willenseinigung der Zusammenschaltungsparteien.¹⁸⁾ Die in der Regel sehr umfangreichen Anordnungen/Verträge enthalten auch Regelungen über das für die Benützung der Kollokationsräume zu leistende Entgelt, über die Nutzung selbst sowie auch über die Kündigung der Vertragsverhältnisse betreffend die Kollokationsräume.¹⁹⁾ Auf Basis dieser Anordnungen/Verträge schließt nun in der Regel die TA Bestandverträge mit anderen Betreibern.

B. BESTANDVERTRÄGE

Für Bestandverträge ist die Gebrauchsüberlassung gegen Entgelt²⁰⁾ charakteristisch. Als Konsensualvertrag²¹⁾ kommt der Bestandvertrag unabhängig von der Übergabe der Sache rechtswirksam zustande. Es ist nun zu unterscheiden zwischen der entgeltlichen Überlassung einer Sache zum bloßen Gebrauch (Miete) und der entgeltlichen Überlassung einer Sa-

che zu Gebrauch und Fruchtbezug (Pacht). Diese Grenzziehung ist für den Anwendungsbereich des MRG deshalb von Bedeutung, da nur der Mieter nicht jedoch der Pächter den Schutz des MRG in Anspruch nehmen kann.²²⁾ Durch die frei vereinbarte, allenfalls durch die Telekom-Controll-Kommission angeordnete Überlassung einer bestimmten Kollokationsräumlichkeit zu einem bestimmten Bestandzins kommt zwischen der TA und dem Betreiber ein Bestandvertrag zustande.²³⁾

1. GESCHÄFTSRAUMMIETE

Aus der behördlichen Anordnung²⁴⁾ kann gefolgert werden, dass die von der TA anderen Betreibern zum Gebrauch überlassenen Kollokationsräume als Geschäftsräumlichkeiten zu qualifizieren sind. So finden sich Sonderregeln für den Mietzins, wonach auf die orts- bzw marktüblichen Entgelte für Geschäftsraummiets abgestellt wird.²⁵⁾ Als Maßstab

2) § 3 Z 23 TKG.

3) § 41 Abs 1 TKG, „... Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen ...“.

4) Die Legaldefinition in § 3 Z 25 TKG.

5) Art 12 der Zugangsrichtlinie.

6) Significant Market Power = SMP s § 35 TKG.

7) § 3 Z 1 TKG.

8) §§ 35 ff TKG. Derzeit gilt noch die Feststellung der Marktbeherrschung nach der alten Gesetzeslage (§ 33 TKG 1997, vgl § 133 Abs 7 und Abs 8 TKG).

9) Die Teilnehmeranschlussleitung (TASL), in der Regel eine Kupferdoppelader, verhindert den Netzabschluss beim Endkunden über den hausnah gelegenen Kabelverzweiger mit dem Hauptverteiler in der Vermittlungsstelle. Vgl Art 2 lit b) VO (EG) Nr 2887/2000 des europäischen Parlaments und des Rates vom 18. 12. 2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss, ABl L 336 vom 30. 12. 2000. Dazu *Parschalk/Zuser/Otto*, Telekommunikationsrecht (2002) 113 ff.

10) Hier wird dem Betreiber die physische Leitung am Hauptverteiler übergeben. Daneben gibt es die Frequenzbündelung, die die Nutzung des Frequenzspektrums, ohne ausschließlichen Zugang zum physischen Übertragungsmedium ermöglicht sowie die Bitstrombündelung, bei der an einem bestimmten Übergangspunkt der Datenstrom an den Betreiber übergeben wird. Vgl dazu *Parschalk/Zuser/Otto*, Telekommunikationsrecht (2002) 116.

11) Nutzer iSd § 2 Abs 2 Zusammenschaltungsverordnung (ZVO), BGBl II 1998/14.

12) Die Kollokation am Hauptverteiler ist Gegenstand dieses Beitrages.

13) Im Gegensatz zur cageless collocation = hier befinden sich die Geräte beider Betreiber in einem Raum.

14) Bescheid der TCK vom 12. 3. 2001, Z 12/00.

15) Ursprünglich erfolgte die Anordnung von Mindestflächen, vgl Bescheid der TCK vom 2. 7. 1999, Z 1, Z 2 und Z 4/99, siehe auch Übersicht in *Martin Geppert/Ernst-Olaf Ruble/Fabian Schuster*, Handbuch Recht und Praxis der Telekommunikation², Rz 1125.

16) § 5 Abs 2 ZVO.

17) § 117 TKG.

18) *Parschalk/Zuser/Otto*, 102 zu Fn 428; allgemein *Bernhard Raschauer*, Mitbenutzung von Leitungen und Netzzugang, ÖZW 2000, 65; ÖJZ 2004, 13 ff.

19) Der Verf erhielt Einblick in standardmäßige Bestandverträge.

20) § 1090 ABGB.

21) *Würth in Rummel*³ §§ 1092 bis 1094 Rz 1; MietSlg 27.141.

22) Zur Grenzziehung *Würth in Rummel*³ § 1091 Rz 2.

23) MietSlg 27.141.

24) Beispielsweise Z 12/00 Anhang 8 (vgl FN 14).

25) Z 12/00 Anhang 8 1.3. bzw 2.2.2. orts- bzw marktübliche Entgelte (vgl FN 14).

wird der von der Bundesinnung der Immobilien- und Vermögenstreuhänder herausgegebene „Mietenspiegel“, in der jeweils geltenden Fassung, herangezogen. Auch die Parteien der auf Basis der behördlichen Anordnung geschlossenen Verträge über die einzelnen Kollokationsräumlichkeiten gehen von Geschäftsraummiets und damit der Anwendbarkeit des MRG aus. Zusammengefasst werden folgende, hier für diese Untersuchung wesentliche Regelungen, getroffen:

- Die Vereinbarung der ausschließlichen und widmungsgemäßen Verwendung für den anordnungsgegenständlichen Zweck (Kollokation);
- die Vereinbarung wichtiger Kündigungsgründe iSd § 30 Abs 2 Z 13 MRG;
- die Vereinbarung der Tragung anteiliger Betriebskosten;
- die Vereinbarung der Geltung des MRG;²⁶⁾

Unter Geschäftsräumlichkeiten aller Art werden gem § 1 Abs 1 MRG Geschäftsräume, Magazine, Werkstätten, Arbeitsräume, Amts- und Kanzleiräume subsumiert. Der Begriff „Geschäftsraum“ wird nach Lehre und Rechtsprechung durch den Vertragszweck bestimmt.²⁷⁾ Reine Flächen, die in Bestand gegeben werden, fallen nicht in den Anwendungsbereich des MRG. Nach Lehre und Judikatur wird als Raum ein dreidimensional abgegrenztes Gebilde qualifiziert.²⁸⁾

Aus der behördlichen Anordnung und den darauf fußenden Bestandverträgen ist daher zu schließen, dass die zur Ermöglichung des Netzzuganges vermieteten Kollokationsräume als Geschäftsräumlichkeiten iSd § 1 MRG qualifiziert werden können.

Demnach würden die Kollokationsräume, insb auch den Kündigungsbestimmungen des MRG²⁹⁾ unterliegen, sodass ausschließlich gerichtliche Aufkündigungen das Bestandverhältnis beenden können.³⁰⁾

2. PACHT

Interessant und bislang noch nicht einer näheren Untersuchung zugeführt ist der Umstand, dass die Bestandverträge auch Regelungen beinhalten, die typischerweise nicht für Geschäftsräumlichkeiten getroffen werden.³¹⁾ So verpflichtet sich der Betreiber gegenüber der TA, spätestens drei Monate nach

Abnahme eines Kollokationsraumes, diesen Raum entsprechend zu nutzen. Bei Verletzung dieser Verpflichtung wird der TA ein außerordentliches Kündigungsrecht eingeräumt. Nicht stimmig ist im Hinblick auf die von den Beteiligten sichtlich vorausgesetzte Anwendbarkeit des MRG, dass eine sofortige Beendigung des Bestandverhältnisses, ohne Einhaltung von Kündigungsfristen und Terminen, vorgesehen ist.

Die erwähnte Verpflichtung, den Kollokationsraum binnen drei Monaten nach Abnahme entsprechend zu nutzen (die entsprechenden technischen Gegebenheiten herzustellen, damit eine Entbündelung ermöglicht wird), verbunden mit dem außerordentlichen Kündigungsrecht des Bestandgebers im Fall der Verletzung dieser Verpflichtung, könnte einer für eine Unternehmenspacht typische Betriebspflicht nahe kommen. Unternehmenspacht liegt vor, wenn ein lebendes Unternehmen Gegenstand des Bestandvertrages ist.³²⁾ Wesentlich ist, dass eine organisierte Erwerbsgelegenheit mit allem, was zum Begriff des good will gehört, übergeben wird. Daher zählen auch Betriebsmittel, Kundenstock und etwa auch eine Gewerbeberechtigung dazu.³³⁾

In der behördlichen Anordnung werden die technischen Voraussetzungen eines Standardkollokationsraumes festgelegt. Diese gewährleisten, dass der Bestandnehmer (Betreiber) in die Lage versetzt wird, seine Telekommunikationsdienstleistungen, die aufgrund der regulatorischen Rahmenbedingungen auf das technische Know How der TA aufbauen können, anzubieten.³⁴⁾ Insofern werden wesentliche Mittel,

26) Sofern ein Ausschluss nicht vereinbart werden kann. Nach herrschender Rsp kann die Anwendung des MRG durch Parteienvereinbarung nicht ausgeschlossen werden, vgl MietSlg 40.212.

27) *Wirth in Rummel*^B § 1 MRG Rz 3; MietSlg 37.569; MietSlg 43.128.

28) JBl 1984, 241 und 251; MietSlg 38.374/12; wobl 1991/4. Kollokationsflächen, die ebenfalls zur Verfügung gestellt werden können, werden im Rahmen dieses Beitrags daher nicht untersucht.

29) § 30 MRG.

30) MietSlg 31.451.

31) Soweit überblickbar existiert noch keine Judikatur zur rechtlichen Qualifikation von Kollokationsräumlichkeiten.

32) SZ 25/217; 10 Ob 188/00w.

33) MietSlg 41.080; 8 Ob 556/90; MietSlg 52.132.

34) Z 12/00 (vgl FN 14), vgl allgemein MR 1998, 363.

die zum Betrieb eines Telekommunikationsunternehmens gehören gerade durch den Netzzugang, insb auch den Zugang zu Kollokationsräumen, durch den Bestandgeber (TA) beigestellt. Es schadet auch nicht, dass es bei der Überlassung der Kollokationsräumlichkeit an einzelnen Kriterien für die Einordnung als Pacht fehlt, da im Anlassfall auf die Kriterien abzustellen ist, denen größere wirtschaftliche Bedeutung zukommt.³⁵⁾ Da erst durch die Ermöglichung des Netzzuganges in Form der Zurverfügungstellung des Kollokationsraumes die Erbringung der Telekommunikationsdienstleistung ermöglicht wird, ist die Nutzungspflicht ein wesentliches und wirtschaftlich besonderes bedeutendes Kriterium. Zu berücksichtigen ist auch die Besonderheit, die sich aufgrund der regulatorischen Rahmenbedingungen für die Telekommunikationsunternehmen ergibt. Da die TA als ehemaliges Monopolunternehmen verpflichtet wird, die notwendige Netzinfrastruktur Mitbewerbern zur Verfügung zu stellen, kann allein von der Ausgangslage ein von der Judikatur³⁶⁾ bei Pachtverhältnissen gefordertes eigenes Interesse des Bestandgebers am Bestehen und an einer kontinuierlichen Weiterführung des übergebenden Unternehmens nicht gegeben sein und auch nicht verlangt werden. Es könnte ein solches Interesse des Bestandgebers durch das regulatorische Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb³⁷⁾ ersetzt werden. Ebenso könnte aufgrund der besonderen Ausgangslage argumentiert werden, dass das Fehlen eines Kundenstockes der Qualifikation als Unternehmenspacht nicht abträglich sei, da gerade durch die Überlassung von Kollokationsräumlichkeiten die Erringung eines Kundenstockes erst ermöglicht werden soll.³⁸⁾

Wollte man daher die Kollokationsräume als Pachtverhältnisse qualifizieren, so wäre das MRG nicht anzuwenden. Dies hätte insb für die Zinsbildung und auch für die Beendigung der Pachtverhältnisse, da eine gerichtliche Aufkündigung nicht notwendig wäre, Folgen.

C. ERGEBNIS

Unter Berücksichtigung der von der Judikatur zur Qualifikation als Pacht geforderten Kriterien spricht vieles bei der Überlassung von Kollokationsräumen für Pachtverhältnisse. Die regulatorischen Besonderheiten und Rahmenbedingungen berücksichtigend könnte die Regulierungsbehörde, deren Anordnungen dem Betrieb eines Telekommunikationsanbieters erst ermöglichen, die Kriterien ersetzen, die der in Bestand gebende Netzanbieter nicht erfüllen kann.³⁹⁾

35) SZ 58/8; 10 Ob 11/00s.

36) MietSlg 39.100; MietSlg 41.080.

37) § 1 Abs 2 Z 2 TKG.

38) Nach der Judikatur ist das Fehlen eines Kundenstockes nicht entscheidungswesentlich, wenn ein solcher sich nach den konkreten Umständen besonders leicht erringen lässt, vgl MietSlg 42.086.

39) Ähnlich einem Pachtverhältnisse abschließenden Betreiber eines Einkaufszentrums, das einen Branchenmix sowie Gemeinschaftsflächen und verschiedene Einrichtungen der Infrastruktur bietet, könnte die Regulierungsbehörde fungieren und einzelne aufgrund der regulatorischen Situation nicht erfüllbare Kriterien ersetzen. OGH 23. 11. 2000, 6 Ob 59/00w; immolex 2001/30.

SCHLUSSSTRICH

Die Gebrauchsüberlassung von Kollokationsflächen wird sowohl von der Regulierungsbehörde als auch von den Betreibern als Geschäftsraummiets qualifiziert. Gerade die Verpflichtung, die Kollokationsräumlichkeiten entsprechend zu nutzen, spricht für die für eine Unternehmenspacht typische Betriebspflicht. Unter Berücksichtigung der regulatorischen Rahmenbedingungen und Besonderheiten könnten Kollokationsräumlichkeiten als Pachtverhältnisse qualifiziert werden.