

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Mag. Mathias Grandosek und Univ.-Prof. Dr. Otto Petrovic als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 12.09.2011 nach Durchführung des amtswegig eingeleiteten Verfahrens R 1/11 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

1. Gemäß § 91 Abs 2 TKG 2003 idgF wird festgestellt, dass die Wien Energie GmbH dadurch, dass sie die Herstellung des mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 22.03.2011, D 3/10-35, für die Silver Server GmbH angeordneten Zugangs zu einer Glasfaserstrecke vom Bürogebäude ■■■, 1150 Wien, bis zum Objekt ■■■, 1120 Wien, seit spätestens 15.06.2011 verweigert, ihre Verpflichtungen nach den §§ 8 f TKG 2003 iVm dem Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 22.03.2011, D 3/10-35, verletzt.

2. Der Wien Energie GmbH wird gemäß § 91 Abs 2 TKG 2003 idgF aufgetragen, die mit Spruchpunkt 1. festgestellten und aktuell andauernden Verletzungen von Verpflichtungen dadurch abzustellen, dass sie

a) bis längstens 20.09.2011 der Silver Server GmbH einen nicht länger als zwei Wochen nach dem 20.09.2011 liegenden verbindlichen Termin für die physische Herstellung des Zugangs zur Glasfaserstrecke vom Bürogebäude ■■■, 1150 Wien, bis zum Objekt ■■■, 1120 Wien, bekannt gibt;

b) den Zugang der Silver Server GmbH zu einer Glasfaserstrecke vom Bürogebäude ■■■, 1150 Wien, bis zum Objekt ■■■, 1120 Wien, an dem Realisierungstermin gemäß Spruchpunkt 2.a) physisch herstellt und in der Folge nach Maßgabe folgender Regelungen gewährt:

1. Anordnungsgegenstand

Gegenstand dieser Anordnung ist die Regelung der Mitbenutzung iSd §§ 8 ff TKG 2003 eines unbeschalteten Glasfaserpaares der WIEN ENERGIE GmbH ("Nutzungsgeber", "NG") durch die Silver Server GmbH ("Nutzungsberechtigter", "NB") zur Anbindung des Bürogebäudes ■■■, 1150 Wien, an das Netz des NB.

Dem NB wird dazu auf einer Glasfaserstrecke des NG vom Bürogebäude ■■■, 1150 Wien, bis zum Objekt ■■■, 1120 Wien, das Recht auf Mitbenutzung eines ■■■ Meter langen Glasfaserpaares sowie die Mitbenutzung der notwendigen Schächte und Muffen des NG im erforderlichen Ausmaß für die Errichtung einer Kommunikationslinie eingeräumt. Das Recht der Mitbenutzung durch den NB ist nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen auf ein Glasfaserpaar beschränkt und umfasst insbesondere nicht die Mitbenutzung von allfälligen Reservekapazitäten im Störfall.

2. Beginn und Umfang der Mitbenutzung

Der NB hat das Recht, mittels des oben näher bezeichneten Glasfaserpaares eine Kommunikationslinie für Zwecke von Telekommunikationsdiensten iSd § 3 Z 21 TKG 2003 zu betreiben. Der NB nutzt diese Kommunikationslinie ausschließlich im Rahmen seiner Berechtigung zur Erbringung von Telekommunikationsdiensten zur Anbindung des Bürogebäudes ■■■, 1150 Wien, an das eigene Netz des NB.

Die Überlassung der anordnungsgegenständlichen Rechte an Dritte ist dem NB ausschließlich im Umfang des § 12 Abs 4 TKG 2003 gestattet. Der NB teilt dem NG unverzüglich die erfolgte Überlassung der anordnungsgegenständlichen Rechte an Dritte mit.

3. Berechtigungsverhältnisse

An den Berechtigungsverhältnissen an den Anlagen und Einrichtungen der Anordnungspartner (wie Rohrleitungen, Kabel, Übertragungseinrichtungen, u.a.) ändert sich nichts.

Der NB wird von ihm allenfalls eingebrachte eigene Einrichtungen deutlich als Einrichtungen des NB kennzeichnen.

4. Abwicklung

Die konkrete Realisierung der Mitbenutzung ist in Abstimmung der Anordnungspartner durchzuführen. Die Anordnungspartner werden sowohl die genauen technischen Parameter der Mitbenutzung als auch den Zeitplan einvernehmlich festlegen. Auf die Regelung nach den Punkten 9 und 10 über die Bestellung von Koordinatoren wird hingewiesen.

Beide Parteien haben iSd § 9 Abs 1 TKG 2003 darauf hinzuwirken, dass die Mitbenutzung ohne unnötige Verzögerung realisiert werden kann.

5. Technische Rahmenbedingungen und Übergabe

Der NB darf zum Betrieb des Glasfaserpaares ausschließlich Anlagen einsetzen, die dem Gefährdungsgrad 1 gemäß EN 60825-2 entsprechen.

Übergabe kundenseitig:

Die kundenseitige Übergabe des Glasfaserpaares erfolgt im Bürogebäude ■■■■, 1150 Wien, am Patchpanel (oder einer vergleichbaren Einrichtung) des NG mit geeigneten marktüblichen Steckersystemen. Dieses Patchpanel ist auch gleichzeitig der Netzabschlusspunkt für den NG.

Übergabe netzseitig:

Die netzseitige Übergabe des Glasfaserpaares erfolgt im Objekt ■■■■, 1120 Wien, am Patchpanel (oder einer vergleichbaren Einrichtung) des NG mit geeigneten marktüblichen Steckersystemen. Dieses Patchpanel wird als Netzabschlusspunkt für den NG definiert. Dem NB wird im für die Mitbenutzung erforderlichen Umfang Zugang zu den Einrichtungen des NG gewährt.

Die Übergabe wird in einem Übergabeprotokoll dokumentiert. Dieses Übergabeprotokoll hat folgende Angaben zu enthalten:

- Eindeutige Verbindungsnummer, mit der Fehler eingemeldet werden können;
- Exakte Angaben über die örtliche Lage der beiden Endpunkte;
- Kabeltyp;
- Messprotokolle (OTDR-Berichte);
- Sonstige relevante Informationen.

6. Wartung/Instandsetzung der Anlagen des NG

Sämtliche Arbeiten in den Anlagen des NG, sowohl bei der Einbringung von Einrichtungen des NB, als auch während des laufenden Betriebs, als auch bei allfälligen Entstörmaßnahmen und bei der Entfernung der Einrichtungen des NB, dürfen nur in Abstimmung der Anordnungspartner vom NG, von durch den NG dem NB bekannt gegebenen Unternehmen nach Beauftragung durch den NB, oder nach ausdrücklicher Zustimmung des NG durch den NB selbst erfolgen. Werden Arbeiten nicht durch den NG vorgenommen, ist der NG berechtigt, eine Bauaufsicht zu stellen. Die Kosten für vom NG durchgeführte Arbeiten bzw. für die Bauaufsicht sind vom NB nach Aufwand in der erforderlichen und nachgewiesenen Höhe zu ersetzen.

Dem NB steht 24 Stunden, 7 Tage die Woche, ganzjährig eine Hotline zur Verfügung, bei der Fehler und Probleme eingemeldet werden können. Im Fehlerfall ist der NB verpflichtet, die Fehlerursache und den Ort des Fehlers, soweit ihm diese bekannt sind, dem NG mitzuteilen. Der NG ist verpflichtet, die mitbenutzte Infrastruktur in einem für die Mitbenutzung brauchbaren Zustand zu erhalten bzw diesen Zustand wieder herzustellen, soweit dies wirtschaftlich und technisch vertretbar ist. Die für notwendige Wartungs- und Instandsetzungsarbeiten anfallenden Kosten werden grundsätzlich durch das Mitbenutzungsentgelt gemäß Punkt 8.1. abgedeckt. Sollte sich jedoch herausstellen, dass der Fehler im Verantwortungsbereich des NB gelegen ist, ist der NG berechtigt, seinen Aufwand in der erforderlichen und nachgewiesenen Höhe dem NB in Rechnung zu stellen.

Wird bei der Wartung oder Instandsetzung der Anlagen des NG eine Beschädigung von Einrichtungen des NB festgestellt, informiert der NG den NB unverzüglich darüber. Der NG informiert den NB vorab von der Durchführung von erforderlichen Wartungs- oder Instandsetzungsarbeiten und den dafür vorgesehenen Zeitplan. Beeinträchtigungen der vom

NB allenfalls eingebrachten Einrichtungen oder der über diese erbrachten Services des NB sind so gering wie möglich zu halten. Beide Parteien haben iSd § 9 Abs 1 TKG 2003 darauf hinzuwirken, dass die Einschränkung der Mitbenutzung möglichst gering gehalten und ehestmöglich wieder beseitigt wird.

7. Änderungen der Anlagen des NG

Durch das Recht auf Mitbenutzung wird der NG gemäß § 11 TKG 2003 an der freien Verfügung über seine Liegenschaften und Anlagen grundsätzlich nicht gehindert. Erfordert eine solche Verfügung die Änderung der Mitbenutzung oder der allenfalls vom NB eingebrachten Einrichtungen oder kann eine solche dadurch beschädigt werden, so hat der NG den NB wenigstens drei Monate, bzw sollte das nicht möglich sein, möglichst lange vor Beginn der Arbeiten, hiervon zu verständigen. Jede Partei trägt die ihr dadurch entstandenen Kosten selbst.

Die Parteien haben iSd § 9 Abs 1 TKG 2003 darauf hinzuwirken, dass die Mitbenutzung, wenn auch zu geänderten Bedingungen, aufrecht bleiben kann. Die Bedingungen, zu denen die Mitbenutzung weiter erfolgen soll, sind zu vereinbaren. Unter den Bedingungen des § 9 TKG 2003 kann die Telekom-Control-Kommission zur Entscheidung angerufen werden.

Wurde die Verständigung durch Verschulden des NG nicht rechtzeitig erstattet und der Bestand oder Betrieb der vom NB eingebrachten Einrichtungen durch die Maßnahmen des NG geschädigt, so ist dieser nach Maßgabe des Punktes 11 zum Schadenersatz verpflichtet.

Der NG ist auch zum Schadenersatz verpflichtet, wenn er vorsätzlich durch eine unrichtige Verständigung die Verlegung einer Anlage herbeigeführt hat oder wenn der NB binnen zweier Wochen nach Empfang der Anzeige eine andere Ausführung der beabsichtigten Veränderung, bei der die Mitbenutzung ohne Beeinträchtigung des angestrebten Zweckes hätte unverändert bleiben können, unter Anbot der Übernahme allfälliger Mehrkosten, die dem NG erwachsen wären vorgeschlagen hat und der NG darauf ohne triftigen Grund nicht eingegangen ist.

8. Entgelte

8.1. Beginn der Entgeltzahlungspflicht und Höhe des monatlichen Entgelts

Für die anordnungsgegenständliche Mitbenutzung eines Glasfasernpaares hat der NB an den NG ab der Übergabe iSd Punktes 5 ein monatliches Entgelt in Höhe von ■■■ Euro pro Meter, für ■■■ Meter somit 100,35 Euro zu bezahlen.

8.2. Wertsicherung des monatlichen Entgelts

Das monatliche Entgelt ist wertgesichert. Als Maß zur Berechnung der Wertbeständigkeit dient der von der Statistik Austria monatlich verlautbarte Verbraucherpreisindex 2005 bzw der an seine Stelle tretende Index.

Als Bezugsgröße für Anpassungen gemäß dieser Anordnung dient die für den Monat der Entgeltzahlungspflicht nach Punkt 8.1 errechnete Indexzahl. Eine Anpassung erfolgt jeweils am 1. Jänner und am 1. Juli eines jeden Jahres. Alle Veränderungsdaten sind auf eine gerundete Dezimalstelle zu berechnen.

Verlangt der NG auf Basis dieser Wertsicherung erhöhte monatliche Entgelte vom NB, hat er dem NB die zur Ermittlung des höheren Betrages herangezogenen Werte spätestens zeitgleich mit der Übermittlung der ersten Rechnung über diese Beträge mitzuteilen.

8.3. Sonstige Entgelte

Sonstige mit der Mitbenutzung verbundene Entgelte im Sinne dieser Anordnung, zB für vom NG durchgeführte Arbeiten oder Bauaufsicht, können nach dem erforderlichen und nachgewiesenen Aufwand zu marktüblichen Preisen in Rechnung gestellt werden.

8.4. Fälligkeit/Verzug

Monatliche Entgelte sind, soweit die zugrunde liegende Leistung nicht im gesamten Monat bezogen wird, beginnend mit dem Tag der mangelfreien Abnahme der Leistung, für den Rest des Monats anteilig (1/30 des monatlichen Entgelts für jeden verbleibenden Tag) zu zahlen.

Ordnungsgemäß ausgestellte Rechnungen sind binnen 30 Tagen nach Rechnungserhalt zur Zahlung fällig.

8.5. Verzugszinsen

Bei der Verzögerung der Zahlung von Geldforderungen beträgt der Zinssatz fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz der Österreichischen Nationalbank. Dabei ist der Basiszinssatz, der am letzten Kalendertag eines Halbjahres gilt, für das nächste Halbjahr maßgebend.

Verzugszinsen sind in gesonderten Rechnungen zu fakturieren und haben folgende Informationen zu enthalten:

- das Rechnungsdatum,
- die jeweilige Rechnungsnummer und das Rechnungsdatum der aushaftenden Originalrechnung, aufgrund der Verzugszinsen verrechnet werden,
- Anzahl der Verzugstage,
- den aushaftenden Betrag,
- den verrechneten Zinssatz sowie
- die verrechneten Verzugszinsen.

8.6. Sicherheitsleistungen

Die Parteien dieser Anordnung sind berechtigt, von der jeweils anderen Partei eine Sicherheitsleistung nach folgenden Bestimmungen zu fordern:

8.6.1. Höhe der Sicherheitsleistung

Eine Sicherheitsleistung kann nach der Übergabe der mitbenutzten Infrastruktur an den NB gefordert werden. Die Höhe der Sicherheitsleistung ist im ersten Jahr mit dem prognostizierten Dreimonatsumsatzsaldo begrenzt. Nach Ablauf des ersten Jahres kann maximal der durchschnittliche Dreimonatsumsatzsaldo der letzten vier Quartale als Höhe der Sicherheitsleistung verlangt werden.

Die Höhe der Sicherheitsleistung wird quartalsweise entsprechend dieser Regelung angepasst.

8.6.2. Art der Sicherheitsleistung

Nach Wahl der Partei, von der die Sicherheitsleistung zu erlegen ist, sind folgende Alternativen zur Erlegung einer Sicherheitsleistung möglich:

- Akonto-Zahlung oder
- Bankgarantie oder
- Patronatserklärung.

Die Leistung einer Sicherheit hat binnen 14 Tagen nach einer diesbezüglichen schriftlichen Aufforderung durch die aufgeforderte Partei zu erfolgen. Wird die Sicherheitsleistung nicht oder nicht ordnungsgemäß binnen 14 Tagen erbracht, so ist eine Nachfrist von sieben Tagen zu setzen. Wird die Sicherheit nicht binnen dieser Nachfrist gelegt, so kann eine außerordentliche Kündigung gemäß Punkt 12.2.1 dieser Anordnung erfolgen.

Die die Sicherheit erlegende Partei kann die Art der Sicherheitsleistung nach Ablauf eines jeden Quartals durch eine jeweils andere Art ersetzen.

Die Höhe der Sicherheitsleistung wird quartalsweise entsprechend Punkt 8.6.1 angepasst, wobei im Fall einer Akonto-Zahlung die pro Quartal angefallenen Zinsen in der Anpassung Berücksichtigung finden.

8.6.2.1. Akonto-Zahlung

Jene Partei, die eine Sicherheit erlegt, überweist diese auf ein von der die Sicherheit fordernden Partei zu nennendes Konto. Der geleistete Betrag ist von der Partei, die die Sicherheit fordert, zu verzinsen. Die Zinsen gelangen in Höhe der aktuellen Verzinsung einer Bundesanleihe mit zehnjähriger Restlaufzeit (<http://www.oekb.at/de/kapitalmarkt/bundesanleihen/statistiken/seiten/benchmark-bundesanleihen.aspx>) mit einem Aufschlag von 2% zur Verrechnung.

8.6.2.2. Bankgarantie

Jene Partei, die eine Sicherheit zu leisten hat, hinterlegt bei der anderen Partei eine Bankgarantie in der Höhe gemäß Punkt 8.6.1.

Die Bankgarantie muss von einem Kreditinstitut mit Sitz in einem EWR-Land oder der Schweiz ausgestellt werden.

Die Inanspruchnahme der Sicherheitsleistung muss ohne Prüfung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses (abstrakte Bankgarantie) und unter Verzicht auf jede Einrede und Einwendung bis zur Höhe gemäß Punkt 8.6.1 möglich sein. Auch die teilweise Inanspruchnahme der Sicherheitsleistung (Ausstellung auf einen "Höchstbetrag") durch den Begünstigten muss gesichert sein.

Die Bankgarantie hat zumindest eine Gültigkeit bis zum Ablauf des Folgequartals aufzuweisen. Zum Zeitpunkt des Ablaufs einer solchen Bankgarantie hat eine gültige Bankgarantie für zumindest das Folgequartal vorzuliegen. Fällt das Ende der Frist auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag, ist die Sicherheitsleistung am darauf folgenden Werktag vorzulegen.

Die Partei, welche die Sicherheitsleistung in Form einer Bankgarantie erbringt, trägt dafür sämtliche Kosten einschließlich aller Gebühren und Abgaben.

8.6.2.3. Patronatserklärung

Jene Partei, die eine Sicherheit zu leisten hat, hinterlegt nach vorheriger Vereinbarung bei der anderen Partei eine Patronatserklärung einer Muttergesellschaft in der Höhe gemäß Punkt 8.6.1.

Die die Sicherheit fordernde Partei kann die Erlegung einer Patronatserklärung ablehnen. In diesem Fall hat die Partei, die die Sicherheit zu erlegen hat, eine andere Art der Sicherheit nach Punkt 8.6.2 zu wählen.

Die Inanspruchnahme der Sicherheitsleistung muss ohne Prüfung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses und unter Verzicht auf jede Einrede und Einwendung bis zur vereinbarten Höhe möglich sein. Auch die teilweise Inanspruchnahme der Sicherheitsleistung durch den Begünstigten muss gesichert sein.

Die Patronatserklärung hat zumindest eine Gültigkeit bis zum Ablauf des Folgequartals aufzuweisen. Zum Zeitpunkt des Ablaufs der Patronatserklärung hat eine gültige Patronatserklärung für zumindest das Folgequartal vorzuliegen. Fällt das Ende der Frist auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag, ist die Sicherheitsleistung am darauf folgenden Arbeitstag vorzuliegen.

8.6.3. Rückgabe der Sicherheitsleistung

Der Empfänger der Sicherheitsleistung ist jederzeit berechtigt, diese zur Gänze oder teilweise zurückzustellen. Der Empfänger der Sicherheitsleistung ist nach jeder Beendigung des durch diese Anordnung begründeten Vertragsverhältnisses verpflichtet, die Sicherheitsleistung in jenem Umfang, als diese nicht zur Deckung von gemäß Punkt 8.6.4 berechtigten Ansprüchen herangezogen wurde, binnen zwei Wochen ab rechtswirksamer Beendigung zurückzustellen.

Wurde die Sicherheitsleistung in Form einer Akonto-Zahlung erbracht, so ist diese verzinst zurückzuzahlen.

8.6.4. Befriedigung

- Jede Partei ist berechtigt, folgende Ansprüche aus den Sicherheitsleistungen zu decken:
- Offene fällige Forderungen aus den anordnungsgegenständlichen Leistungen,
- Verzugszinsen aus Forderungen aus den anordnungsgegenständlichen Leistungen,
- anerkannte oder gerichtlich zugesprochene Schadenersatzforderungen der die Sicherheit fordernden Partei.

Aus der Sicherheitsleistung werden zuerst die Verzugszinsen und erst dann die restlichen Ansprüche befriedigt.

Die die Sicherheitsleistung in Anspruch nehmende Partei wird der anderen Partei die Inanspruchnahme der Sicherheitsleistung ehebaldigst zur Kenntnis bringen. In diesem Fall ist die die Sicherheit leistende Partei verpflichtet, binnen 14 Tagen neuerlich eine Sicherheitsleistung in der Höhe gemäß Punkt 8.6.1 zu erlegen.

8.7. Steuern, Abgaben und Gebühren

Alle Entgelte verstehen sich als Nettoentgelte exklusive einer gesetzlichen Umsatzsteuer oder sonstiger Steuern, Abgaben und Gebühren. Sofern sich aus den anwendbaren Rechtsnormen eine Umsatzsteuerpflicht oder sonstige Pflicht zur Entrichtung von Steuern, Abgaben und Gebühren ergibt, werden diese zusätzlich in Rechnung gestellt.

9. Weitere Pflichten des Nutzungsgebers

Der NG ist neben den oben genannten Verpflichtungen zusätzlich zu Folgendem verpflichtet:

9.1. Nutzung der Einrichtungen

Die Einrichtungen des NB sind unter größtmöglicher Schonung zu behandeln sowie die Interessen des NB zu wahren. Der NG wird den NB bei Bedarf und nach Ressourcenverfügbarkeit bei Arbeiten an dessen Einrichtungen unterstützen, wobei die Verrechnung nach Aufwand erfolgt.

9.2. Koordinator des NG

Der NG hat innerhalb einer Woche nach Rechtskraft dieser Anordnung dem NB einen Koordinator (Name, Funktion, Kontaktdaten) zu benennen, der für alle nach dieser Anordnung erforderlichen Abstimmungen und Mitteilungen als Ansprechpartner des NB fungiert, sowie die Kontaktdaten der Störungshotline nach Punkt 6 bekannt zu geben. Der NG hat dafür Sorge zu tragen, dass während der gesamten Dauer dieser Anordnung ein Koordinator und die Störungshotline nach Punkt 6 zur Verfügung stehen.

10. Weitere Pflichten des Nutzungsberechtigten

Der NB ist neben den oben genannten Verpflichtungen zusätzlich zu Folgendem verpflichtet:

10.1. Nutzung der Einrichtungen

Die mitbenutzten Anlagen des NG sind unter größtmöglicher Schonung zu benutzen sowie die Interessen des NG zu wahren. Insbesondere ist dem NB die Errichtung von Anlagen oder die Vornahme sonstiger Handlungen verboten, durch die der Bestand der Einrichtungen des NG oder über diese erbrachte Dienstleistungen gefährdet werden.

10.2. Koordinator

Der NB hat innerhalb einer Woche nach Rechtskraft dieser Anordnung dem NG einen Koordinator (Name, Funktion, Kontaktdaten) zu benennen, der für alle nach dieser Anordnung erforderlichen Abstimmungen und Mitteilungen als Ansprechpartner des NG fungiert. Der NB hat dafür Sorge zu tragen, dass während der gesamten Dauer dieser Anordnung ein Koordinator bestellt ist.

10.3. Zugang

Sofern der NB nicht zugleich Eigentümer der oder Verfügungsberechtigter über die Liegenschaften ist, über die die vom NG anordnungsgegenständliche Infrastruktur geführt wird, hat der NB für alle Liegenschaften, Gebäude und Räume, die für die Nutzung der mitbenutzten Infrastruktur allenfalls erforderliche Zustimmungen des Eigentümers oder sonstigen Verfügungsberechtigten zur Mitbenutzung einzuholen. Der NG ist nicht verpflichtet, die Zustimmungen zu überprüfen oder einzufordern.

10.4. Bewilligungen

Der NB hat die für die Inanspruchnahme von Liegenschaften, Gebäuden und Räumen für die eigenen Einrichtungen allenfalls erforderlichen behördlichen Bewilligungen einzuholen. Der NG ist nicht verpflichtet, die behördlichen Bewilligungen zu überprüfen oder einzufordern.

10.5. Schad- und Klagloshaltung

Der NB wird den NG für allfällige Nachteile, die aus der Verletzung der Verpflichtungen dieser Anordnung resultieren sollten, schad- und klaglos halten.

11. Haftung

Beide Anordnungspartner haften einander nach den allgemeinen schadenersatzrechtlichen Bestimmungen für Schäden aus Vertragsverletzung, jedoch nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit.

12. Anordnungsdauer, Kündigung

Diese Anordnung tritt mit Zustellung an die Parteien in Kraft und gilt - vorbehaltlich Punkt 2 - auf unbestimmte Zeit.

12.1. Ordentliche Kündigung

Beide Anordnungspartner können diese Anordnung frühestens nach Ablauf von zwanzig Jahren ab Rechtskraft, jeweils unter Einhaltung einer sechsmonatigen Frist zum Monatsende schriftlich kündigen. Das Recht auf außerordentliche Kündigung der Anordnung gemäß Punkt 12.2.2 wegen Änderung der Anlagen des NG bleibt davon unberührt.

12.2. Außerordentliche Kündigung

12.2.1. Allgemeine Regelungen

Beide Anordnungspartner können diese Anordnung aus wichtigem Grund nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen durch eingeschriebene schriftliche Erklärung an den jeweiligen anderen Anordnungspartner mit sofortiger Wirkung beenden. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere dann vor, wenn

1. der kündigenden Partei eine weitere Erbringung der Leistungen aus technischen oder betrieblichen Gründen, die sie nicht selbst verursacht hat, unzumutbar ist;
2. die andere Partei ihr gegenüber mit der Zahlung von Entgelten trotz Fälligkeit und zweimaliger fruchtloser schriftlicher Nachfristsetzung von jeweils mindestens vierzehn Tagen in Verzug ist; dies gilt nicht bei gerichtlicher Hinterlegung im Streitfall gemäß § 1425 ABGB;

3. die andere Partei die Bedingungen des aus dieser Anordnung entstehenden Rechtsverhältnisses schwerwiegend verletzt, sodass die Fortsetzung für die andere Partei unzumutbar wird, und die Verletzung und deren Folgen nicht binnen 30 Tagen nach schriftlicher Aufforderung durch eingeschriebenen Brief der verletzten Partei vollständig beseitigt worden sind;
4. wenn ein Insolvenzverfahren mangels kostendeckenden Vermögens nicht eröffnet wird;
5. die Partei eine geforderte Sicherheitsleistung gemäß Punkt 8.6 nicht erlegt;
6. dem NG von Liegenschaftseigentümern oder sonst dazu berechtigten Dritten die Berechtigung zur Nutzung der Liegenschaften entzogen wird und der NG aus diesem Grund seine Anlagen sowie allenfalls eingebrachte Anlagen des Anordnungspartners von der Liegenschaft entfernen muss.

12.2.2. Außerordentliche Kündigung des NG gemäß § 11 TKG 2003

Erfordert eine Verfügung des NG über seine mitbenutzten Anlagen, insbesondere kurzfristiger, konkret nachweisbarer Eigenbedarf an der mitbenutzten Infrastruktur oder Teilen davon oder die Entfernung dieser Anlagen zwingend die gänzliche oder teilweise Beendigung der Mitbenutzung des NB, so hat der NG das Recht, die Anordnung unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von zwölf Wochen außerordentlich zu kündigen.

Dem NG steht bei Gefahr in Verzug und nachweislich fehlenden, zumutbaren Alternativen zur Aufrechterhaltung von Energieerzeugung, -verteilung und -versorgung, insbesondere wenn die Vermeidung und/oder dauerhafte Behebung von Störungen des eigenen und des Stromnetzes von verbundenen Unternehmen nur unter Realisierung von Eigenbedarf an mitbenutzten Fasern möglich ist, ein sofortiges außerordentliches Kündigungsrecht zur Deckung dieses Eigenbedarfs zu, wobei der NB unverzüglich schriftlich und begründet darüber zu informieren ist.

Die Parteien treten in diese Fällen unmittelbar nach Ausspruch der Kündigung in Verhandlungen über die genauen Umstände der Beendigung und allfälligen Abwicklung bzw der Änderung des Mitbenutzungsverhältnisses, wie die Entfernung von allenfalls eingebrachten eigenen Einrichtungen des NB, allfällige Alternativen zur Mitbenutzung, etc, ein. Unter den Voraussetzungen des § 9 TKG 2003 kann die Telekom-Control-Kommission von beiden Anordnungsparteien zur Entscheidung angerufen werden.

Bis zum Abschluss dieser Verhandlungen oder bis zu einer allfälligen Entscheidung der Telekom-Control-Kommission wird diese Anordnung - soweit es sich nicht um eine außerordentliche Kündigung wegen Gefahr im Verzug handelt - auch über den Kündigungstermin hinaus vorläufig weiter angewendet.

13. 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. Auf § 9 Abs 4 TKG 2003 wird hingewiesen.

Eine allfällige Vergebühung gemäß den gesetzlichen Bestimmungen erfolgt durch den NB auf seine Kosten.

3. Der Wien Energie GmbH wird gemäß § 91 Abs 2 TKG 2003 idgF aufgetragen, der Telekom-Control-Kommission über die erfolgte Bekanntgabe des Herstellungstermins sowie über die erfolgte physische Herstellung nach den Spruchpunkten 2.a) und 2.b) zeitnah zu berichten.

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

Die Silver Server GmbH (im Folgenden: Silver Server) teilte der Telekom-Control-Kommission mit Schreiben vom 20.06.2011 mit, dass die Wien Energie GmbH (im Folgenden: Wien Energie) die Umsetzung der Bescheide der Telekom-Control-Kommission vom 22.03.2011, D 3/10-35 und -36 verweigere und regte die Einleitung von Aufsichtsverfahren an.

Aus dem mitgeteilten bzw zur GZ S 13/11 der Telekom-Control-Kommission einschließlich einer mündlichen Verhandlung zusätzlich erhobenen Sachverhalt (R 1/11, ON 2) ergab sich der Verdacht, dass Wien Energie möglicherweise ihren Verpflichtungen nach den §§ 8 f TKG 2003 iVm dem Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 22.03.2011, D 3/10-35, nicht nachkommt, weshalb die Telekom-Control-Kommission mit Beschluss vom 01.08.2011 das gegenständliche Verfahren R 1/11 einleitete. Wegen der ebenfalls vom Silver Server behaupteten rechtswidrigen Nichtumsetzung des Bescheides der Telekom-Control-Kommission vom 22.03.2011, D 3/10-36, wurde von der Einleitung eines Verfahrens nach § 91 TKG 2003 abgesehen.

Mit Schreiben vom 02.08.2011, ON 3, wurden Wien Energie der Sachverhalt und die mögliche Rechtsverletzung durch Nichtumsetzung des Bescheides D 3/10-35 gemäß § 91 Abs 1 TKG 2003 vorgehalten und diese aufgefordert, diese Verletzungen binnen eines Monats abzustellen.

Mit Schreiben vom 16.08.2011, ON 5, bestritt Wien Energie eine Verletzung von Verpflichtungen und beantragte die Einstellung des Verfahrens R 1/11.

Am 05.09.2011 teilte Wien Energie auf Nachfrage mit, dass der Bescheid D 3/10-35 trotz Ablaufs der einmonatigen Frist mit 02.09.2011 nicht umgesetzt wurde (ON 7).

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Anordnung der Mitbenutzung

Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 22.03.2011, D 3/10-35, wurde zwischen der Wien Energie GmbH und der Silver Server GmbH eine vertragsersetzende Regelung der Mitbenutzung iSd §§ 8 ff TKG 2003 durch die Silver Server GmbH auf einer Glasfaserstrecke der Wien Energie GmbH vom Bürogebäude ■■■■, 1150 Wien, bis zum Objekt ■■■■, 1120 Wien, angeordnet. Der Anordnungstext des Bescheides D 3/10-35 lautet grundsätzlich wie

im Spruchpunkt 2.b) ersichtlich ist. Der erste Absatz des Anordnungspunkts 2. des Bescheides D 3/10-35 umfasst zusätzlich noch folgende Sätze „Das Mitbenutzungsrecht darf ausgeübt werden, sobald der NB dem NG glaubhaft gemacht hat, dass die zur Anbindung dieses Bürogebäudes zusätzlich erforderliche Infrastruktur des NB errichtet wurde bzw dass diese zeitgleich mit der Realisierung der Mitbenutzung errichtet werden wird. Das Mitbenutzungsrecht muss längstens binnen zwei Monaten ab Rechtskraft dieser Anordnung ausgeübt werden. Vom NG zu vertretende Verzögerungen verlängern diese Frist entsprechend.“ (amtsbekannt und unstrittig).

2. Sachverhalt nach der Erlassung des Bescheides D 3/10-35:

Am 23.03.2011 erfolgte die Zustellung des Bescheides der Telekom-Control-Kommission vom 22.03.2011, D 3/10-35, an die Parteien.

Am 04.04.2011 wurde eine gemeinsame Besprechung der Silver Server und der Wien Energie abgehalten, bei der Wien Energie unter anderem mitteilte, dass eine Realisierung innerhalb von zwei Monaten unrealistisch sei, dass aber aus ihrer Sicht eine Realisierung auch nicht innerhalb von zwei Monaten erfolgen müsse. Innerhalb dieser Frist müsse das Mitbenutzungsrecht lediglich ausgeübt werden.

Am 26.04.2011 erfolgte eine gemeinsame Begehung der Standorte 1120 Wien, ■■■ und 1150 Wien, ■■■ durch beide Parteien. Dabei wurden die fertigen Übernahmemöglichkeiten von Silver Server an beiden Standorten besichtigt. Um ein bestehendes Glasfaserkabel der Wien Energie vom Standort 1120 Wien, ■■■ nach 1120 Wien, ■■■ für die Realisierung des Zugangs der Silver Server verwenden zu können, ist in einem Kollokations-Raum der ■■■ in 1120 Wien, ■■■, eine Durchschaltung („Patch“) durchzuführen. Wien Energie wies Silver Server darauf hin, dass dafür eine Zustimmung der ■■■ zur Nutzung ihres Kollokations-Raumes in der ■■■ erforderlich sein würde.

Am 06.05.2011 übermittelte Silver Server eine Genehmigung des Hauseigentümers für die Errichtung einer Inhouseverkabelung durch Wien Energie von der ■■■ nach ■■■, beide 1120 Wien, an Wien Energie.

Am 26.05.2011 urgierte Wien Energie eine Genehmigung der ■■■ zur Nutzung ihres Kollokations-Raumes in 1120 Wien, ■■■ bei der ■■■. Die Erteilung dieser Genehmigung wurde durch die ■■■ gegenüber Wien Energie ebenfalls am 26.05.2011 abgelehnt.

Mit E-Mail vom 27.05.2011 übermittelte Wien Energie eine Zusammenfassung des zu diesem Zeitpunkt nach ihrer Ansicht aktuellen Standes der Umsetzung der Bescheide D 3/10-35 und -36 an Silver Server. Dieses E-Mail enthält unter anderem folgende Mitteilungen:

- „6.5.2011 / ■■■ schickt email mit Genehmigung für die Verlegung der Inhaus Verkabelung von ■■■ auf ■■■; Inhalt jetzt eindeutig und OK“
- „aktueller Stand Verbindung ■■■ – ■■■ / .) dafür benötigen wir keine Bestätigung bez. Bereitstellung der fertigen Übernahmemöglichkeiten von SIL (wurde bei der Begehung am 26.4. besichtigt)“;
- „Feedback von ■■■ erhalten: ■■■ gestattet uns die Leitungsrealisierung durch ihren Raum in der ■■■ nicht“
- „aktueller Stand Verbindung ■■■ – ■■■ ... dzt. geplante Realisierung der Verbindung durch Wien Energie: 6.6.2011“.

Eine vergleichbare Frist für die nach dem Bescheid D 3/10-35 gegenständliche Strecke wurde weder in diesem E-Mail noch sonst gesetzt.

Am 31.05.2011 wurde ein E-Mail der Silver Server an Wien Energie übermittelt. Dabei wurde Folgendes mitgeteilt: *„Nach Rückfrage bei der Geschäftsführung der ■■■ ... konnte diese abschlägige Antwort nicht verifiziert werden. Bitte um umgehende Zusendung eines entsprechend formulierten Genehmigungsschreibens, das wir dann über die ■■■ Geschäftsführung zeichnen lassen werden. Somit sollte dann einer Übergabe nichts mehr im Wege stehen.“* Dieses E-Mail wurde am 01.06.2011 von Wien Energie wie folgt beantwortet: *„ad ■■■: die weitere Vorgehensweise wird jetzt lt. meinem Wissensstand ■■■ intern diskutiert.“*

Mit an Silver Server gerichtetem Schreiben vom 07.06.2011 teilte Wien Energie mit, dass *„Mangels bescheidmäßiger Erfüllung bis zum 3.6.2011 ... die WIEN ENERGIE GmbH davon aus[gehe], dass die Mitbenutzungsrechte gemäß den Bescheiden D 3/10-35 und D 3/10-36 erloschen sind und erachtet die vorgenannten Bescheide als gegenstandslos.“* Diese Rechtsansicht wurde – nach einem Antwortschreiben der Silver Server an Wien Energie vom 09.06.2011 – mit Schreiben der Wien Energie vom 14.06.2011 neuerlich bekräftigt.

Am 15.06.2011 übermittelte die ■■■ ein E-Mail mit nachfolgendem Inhalt an Wien Energie: *„■■■ steht einer Umsetzung des Bescheids D3/10-35 der Telekom-Control-Kommission vom 22.3.2011, mit dem die Mitbenutzung von unbeschalteten Glasfasern zwischen Silver Server GmbH und Wien Energie GmbH angeordnet wurde, nicht entgegen und wird zur Realisierung ggf. erforderliche Schritte wie bspw. Zutritt zum Kollokationsraum der ■■■ in 1120, ■■■, zwecks Durchschaltung des bescheidgegenständlichen Glasfaserpaares, nicht behindern.“*

Wien Energie verweigert trotz Einräumung einer einmonatigen Frist gemäß § 91 Abs 1 TKG 2003 nach wie vor die Umsetzung des rechtskräftigen Bescheides D 3/10-35.

C. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ist amtsbekannt bzw beruht auf den zu den Geschäftszahlen S 13/11 und R 1/11 durchgeführten Erhebungen (vgl R 1/11-2) einschließlich der mündlichen Verhandlung vom 01.08.2011 und wurde auch von den Parteien nicht bestritten.

D. Rechtliche Beurteilung

1. Allgemeines:

1.1. Aufsichtsverfahren nach § 91 TKG 2003:

§ 91 TKG 2003 lautet auszugsweise: *„Hat die Regulierungsbehörde in Bezug auf durch sie zu besorgende Aufgaben Anhaltspunkte dafür, dass ein Unternehmen gegen die Vorschriften dieses Bundesgesetzes, gegen die Bestimmungen einer auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnung oder gegen einen auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Bescheid verstößt, teilt sie dies dem Unternehmen mit und räumt gleichzeitig Gelegenheit ein, zu den Vorhalten Stellung zu nehmen oder etwaige Mängel in angemessener Frist nach Erhalt der Mitteilung abzustellen. Diese Frist darf ein Monat nur dann unterschreiten, wenn das betreffende Unternehmen zustimmt oder bereits wiederholt gegen einschlägige Bestimmungen verstoßen hat.“*

(2) Stellt die Regulierungsbehörde fest, dass nach Ablauf der gesetzten Frist die Mängel, deretwegen das Aufsichtsverfahren eingeleitet wurde, nicht abgestellt sind, ordnet sie mit Bescheid die gebotenen, angemessenen Maßnahmen an, die die Einhaltung der verletzten Bestimmungen sicherstellen, und setzt eine angemessene Frist fest, innerhalb der der Maßnahme zu entsprechen ist. ...“

1.2. Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission:

Nach § 117 Z 1 TKG 2003 obliegt der Telekom-Control-Kommission die Anordnung der Mitbenutzung im Streitfall gemäß § 9 Abs 2 TKG 2003. Auch die Überprüfung der Einhaltung der auf dieser Basis angeordneten Verpflichtungen stellt eine durch die Telekom-Control-Kommission zu besorgende Aufgabe iSd § 91 TKG 2003 dar. Die Telekom-Control-Kommission ist somit für die Durchführung des gegenständlichen Verfahrens zuständig.

1.3. Aufforderung an Wien Energie:

Die in § 91 Abs 1 TKG 2003 vorgeschriebene Frist zur Abstellung des Missbrauchs wurde der Wien Energie GmbH mit Schreiben vom 02.08.2011, ON 3, eingeräumt und ist ergebnislos verstrichen.

2. Verletzung von Verpflichtungen durch die Wien Energie GmbH

Nach § 8 TKG 2003 haben Inhaber von für Kommunikationslinien verwendbaren Infrastrukturen unter den dort normierten Voraussetzungen deren Mitbenutzung zu gestatten. Nach § 9 Abs 1 TKG 2003 haben dabei alle Beteiligten das Ziel anzustreben, Mitbenutzung zu ermöglichen und zu erleichtern. Diese grundsätzliche gesetzliche Verpflichtung wird, wenn keine Einigung zwischen den Beteiligten zu Stande kommt, über Antrag durch eine vertragsersetzende bescheidmäßige Anordnung der Telekom-Control-Kommission konkretisiert. Die im gegenständlichen Fall relevanten Verpflichtungen der Wien Energie GmbH ergeben sich somit aus den §§ 8 f TKG 2003 iVm dem Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 22.03.2011, D 3/10-35. Eine grundlegende Verpflichtung der Wien Energie GmbH besteht dabei in der faktischen Realisierung des Zugangs der Silver Server GmbH zur (gemäß D 3/10-35) anordnungsgegenständlichen Infrastruktur, wobei nach Punkt 4. des Anordnungstextes des Bescheides D 3/10-35 beide Parteien ausdrücklich darauf hinzuwirken haben, dass die Mitbenutzung ohne unnötige Verzögerung realisiert werden kann.

Dieser Realisierung der Mitbenutzung hatte allerdings nach dem Bescheid D 3/10-35 eine Ausübung des Mitbenutzungsrechts durch die Silver Server GmbH voranzugehen. Der relevante Teil des Punktes 2. des Anordnungstextes des Bescheides D 3/10-35 lautet wie folgt: *„Das Mitbenutzungsrecht darf ausgeübt werden, sobald der NB dem NG glaubhaft gemacht hat, dass die zur Anbindung dieses Bürogebäudes zusätzlich erforderliche Infrastruktur des NB errichtet wurde bzw dass diese zeitgleich mit der Realisierung der Mitbenutzung errichtet werden wird. Das Mitbenutzungsrecht muss längstens binnen zwei Monaten ab Rechtskraft dieser Anordnung ausgeübt werden. Vom NG zu vertretende Verzögerungen verlängern diese Frist entsprechend.“* Die von der Silver Server zu erfüllende Voraussetzung für die Ausübung des Mitbenutzungsrechtes war daher (ausschließlich) die Glaubhaftmachung, dass die zur Anbindung des Bürogebäudes zusätzlich erforderliche Infrastruktur der Silver Server errichtet wurde bzw dass diese zeitgleich mit der Realisierung der Mitbenutzung errichtet werden wird. Das Vorliegen dieser Voraussetzung wurde nach den Feststellungen bereits beim gemeinsamen Begehungstermin der Parteien am 26.04.2011 – also noch vor Ablauf der zweimonatigen Frist für die Ausübung mit 23.05.2011 – festgestellt, was der Silver Server durch Wien Energie am 27.05.2011 auch bestätigt wurde.

Nach Punkt 10.3 des Bescheides D 3/10-35 hatte die Silver Server GmbH zwar auch, sofern sie nicht Eigentümer der oder Verfügungsberechtigter über die Liegenschaften ist, über die die von der Wien Energie GmbH anordnungsgegenständliche Infrastruktur geführt wird, für alle Liegenschaften, Gebäude und Räume, die für die Nutzung der mitbenutzten Infrastruktur allenfalls erforderliche Zustimmungen des Eigentümers oder sonstigen Verfügungsberechtigten zur Mitbenutzung einzuholen. Die Beibringung dieser allenfalls erforderlichen Genehmigungen von dritter Seite sind allerdings nicht in Punkt 2. des Anordnungstextes genannt und somit auch keine Voraussetzung für die wirksame Ausübung des Mitbenutzungsrechts. Derartige Genehmigungen sind vielmehr – sofern der Nutzungsgeber sie einfordert – allenfalls bis zur Realisierung beizubringen. Weder die Genehmigung des Hauseigentümers für die Verlegung des Inhouse-Kabels von ■■■ nach ■■■ (obwohl diese bereits vor Ablauf der zweimonatigen Frist vorgelegen wäre), noch insbesondere die erst seit 15.06.2011 vorliegende Genehmigung der ■■■ zur Nutzung ihres Kollokations-Raumes sind daher für die Beurteilung der Ausübung der Mitbenutzung, insbesondere deren Rechtzeitigkeit, relevant.

Da Silver Server das Mitbenutzungsrecht somit rechtzeitig mit 26.04.2011 ausgeübt hat, ist die von Wien Energie mit ihren an Silver Server gerichteten Schreiben vom 07.06. und vom 14.06.2011 geäußerte Rechtsansicht über eine nicht fristgerechte Ausübung wegen Nichtvorliegens der Genehmigung der ■■■, die auch im gegenständlichen Verfahren wiederholt wurde, verfehlt. Wien Energie ist daher grundsätzlich seit 26.04.2011 bzw. sieht man die Genehmigung der ■■■ zumindest als eine Voraussetzung der Realisierung (nicht der Ausübung) an, spätestens seit 15.06.2011 zur Realisierung der Mitbenutzung iSd Bescheides D 3/10-35 verpflichtet. Dies beinhaltet in einem ersten Schritt, die Bekanntgabe eines Herstellungstermins entsprechend Spruchpunkt 2.a) des gegenständlichen Bescheides, sowie im Weiteren die faktische Realisierung iSd Spruchpunkts 2.b).

Lediglich der Vollständigkeit halber wird angemerkt, dass selbst im Fall, dass man auch die Genehmigung der ■■■ als eine Voraussetzung der Ausübung des Mitbenutzungsrechts ansehen würde, sich Wien Energie nicht auf den Ablauf der zweimonatigen Frist berufen könnte. Diese zweimonatige Frist wurde im Hinblick auf Vorbringen der Wien Energie in den Bescheid D 3/10-35 als eine Art Schutzfrist zu Gunsten des Infrastrukturinhabers aufgenommen. Die Frist sollte verhindern, dass der Mitbenutzungswerber nach Anordnung der Bedingungen der Mitbenutzung gegenüber dem Infrastrukturinhaber nicht zeitnah erklärt, ob er die Mitbenutzung tatsächlich in Anspruch nehmen will. Diese dadurch bewirkte theoretisch zeitlich unbeschränkte Option auf Geltendmachung der Mitbenutzung erschien der Telekom-Control-Kommission unangemessen, weshalb die Ausübung an die zweimonatige Frist gebunden wurde. Im Hinblick auf diesen Schutzcharakter zu Gunsten des Nutzungsgebers ist daher eine – auch konkludente – Verlängerung bzw ein Verzicht auf die Geltendmachung der Frist durch diesen möglich. Dieser Frist korrespondiert aber auch – über § 9 Abs 1 TKG 2003 iVm Punkt 4. des Anordnungstextes – eine Verpflichtung der Wien Energie, die Realisierung der Mitbenutzung ohne unnötige Verzögerungen sicherzustellen. Dieser Verpflichtung ist Wien Energie nicht nachgekommen. Vielmehr wurde bereits bei der ersten gemeinsamen Besprechung am 04.04.2011 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass eine Realisierung innerhalb von zwei Monaten aus Gründen, die im eigenen Bereich liegen, unrealistisch sei, ohne aber einen nach Ansicht der Wien Energie realistischen Termin zu nennen. Diese bloße Mitteilung stellt entgegen der Ansicht der Wien Energie im Schriftsatz vom 16.08.2011 daher auch kein Nachkommen der „*bescheidmäßig angeordneten Abstimmungspflicht*“ iSd Punktes 4. des Anordnungstextes dar. Dazu hätte vielmehr zumindest ein Realisierungstermin genannt und die geforderte Abstimmung zu diesem mit Silver Server gesucht werden müssen. Ein solcher Realisierungstermin wurde aber, anders als für die im Bescheid D 3/10-36 gegenständliche Strecke, selbst dann nicht genannt, als

nach dem gemeinsamen Besichtigungstermin am 26.04.2011 feststand, dass Silver Server die eigene erforderliche Infrastruktur realisiert hatte.

Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission widerspricht es schon den allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen von Treu und Glauben, dass die Wien Energie als Anordnungspartner eines vertragsersetzenden Bescheides ihrem Anordnungspartner erklärte, ihre eigenen Verpflichtungen nicht fristgerecht wahrnehmen zu wollen, sich umgekehrt aber auf den Ablauf einer korrespondierenden Schutzfrist zu ihren Gunsten berief. Einen Inhalt, der der Wien Energie eine derartige Vorgehensweise ermöglichen würde, sollte die von der Telekom-Control-Kommission angeordnete Schutzfrist auch nach ihrem Regelungszweck nicht aufweisen. Zudem sieht die Telekom-Control-Kommission in der Vorgehensweise der Wien Energie – der bloßen Mitteilung, dass eine Realisierung innerhalb von zwei Monaten unrealistisch sei, dass aber aus ihrer Sicht eine Realisierung auch nicht innerhalb von zwei Monaten erfolgen müsse – auch einen konkludenten Verzicht auf die Geltendmachung der Schutzfrist gegenüber Silver Server. Selbst unter Zugrundelegung der, wie dargestellt unrichtigen, Rechtsansicht der Wien Energie, wonach die Genehmigung der ■■■ eine Voraussetzung für die Ausübung des Mitbenutzungsrechts der Silver Server gewesen sei, konnte sich Wien Energie daher in den an Silver Server gerichteten Schreiben vom 07.06.2011 und 14.06.2011 jedenfalls nicht wirksam auf den Ablauf der zweimonatigen (bzw einer nicht gesetzten verlängerten) Frist berufen. Da inzwischen alle Voraussetzungen für eine Ausübung und Realisierung des Bescheides D 3/10-35 erfüllt sind, wäre es Wien Energie nunmehr auch nicht mehr möglich, ein neues Fristende zu setzen. Selbst unter Zugrundelegung der Rechtsansicht der Wien Energie, wonach die Genehmigung der ■■■ grundsätzlich eine Voraussetzung der Ausübung der Mitbenutzung gewesen sei, verweigert diese daher zu Unrecht die Realisierung der Mitbenutzung.

Wien Energie verweigert daher zusammengefasst jedenfalls seit spätestens 15.06.2011 bis dato die Realisierung der bescheidmäßig angeordneten Mitbenutzung von Infrastruktur gemäß §§ 8 f TKG 2003 iVm dem Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 22.03.2011, D 3/10-35 und verstößt damit iSd § 91 TKG 2003 gegen Vorschriften des TKG 2003 bzw gegen einen auf dessen Basis erlassenen Bescheid, was spruchgemäß festzustellen war.

3. Aufsichtsmaßnahmen nach § 91 Abs 2 TKG 2003:

Stellt die Regulierungsbehörde fest, dass nach Ablauf der gesetzten Frist die Mängel, deretwegen das Aufsichtsverfahren eingeleitet wurde, nicht abgestellt sind, ordnet sie mit Bescheid die gebotenen, angemessenen Maßnahmen an, die die Einhaltung der verletzten Bestimmungen sicherstellen, und setzt eine angemessene Frist fest, innerhalb der der Maßnahme zu entsprechen ist.

Da die der Wien Energie mit ON 3 gesetzte Frist iSd § 91 Abs 1 TKG 2003 abgelaufen ist und nach den Feststellungen nach wie vor keine Realisierung der Mitbenutzung erfolgt ist, dauert der „Mangel“ iSd § 91 Abs 2 TKG 2003 noch an. Es waren Wien Energie daher, neben der entsprechenden Feststellung der Rechtsverletzung, die erforderlichen und angemessenen Maßnahmen, die die Einhaltung der verletzten Bestimmungen sicherstellen, nämlich die zeitnahe tatsächliche Herstellung der Mitbenutzung und deren weitere Gewährung nach den Regelungen des Bescheides D 3/10-35, spruchgemäß aufzutragen. Um die für Leistungsbescheide erforderliche Bestimmtheit sicherzustellen, wurden diese Regelungen in Spruchpunkt 2.b) im Detail aufgenommen. Da das Mitbenutzungsrecht bereits ausgeübt wurde, hatten lediglich die entsprechenden Teile des Anordnungspunktes 2. spruchgemäß zu entfallen.

Hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit der angeordneten Maßnahmen berücksichtigt die Telekom-Control-Kommission, dass seit der Erlassung des Bescheides D 3/10-35 bereits mehr als fünf Monate vergangen sind und daher eine zeitnahe Umsetzung der Bescheidregelungen zu erfolgen hat. Nach den Feststellungen wurde für die nach dem Bescheid D 3/10-36 gegenständlichen Strecke am 27.05.2011 ein Realisierungstermin für 06.06.2011, also lediglich 10 Tage später, bekannt gegeben. Die mit dem gegenständlichen Bescheid eingeräumten Fristen sind daher jedenfalls ausreichend und angemessen. Die Mitteilung des Realisierungstermins und die weitere Abstimmung der Realisierung wird zweckmäßigerweise mit an den bzw mit dem als Koordinator iSd Anordnungspunktes 10.2 des Bescheides D 3/10-35 benannten Mitarbeiter der Silver Server erfolgen.

Die Berichtspflichten laut Spruchpunkt 3. sind zur Überprüfung der angeordneten Maßnahmen erforderlich. Wien Energie wird dabei zweckmäßigerweise die (E-Mail-) Korrespondenz mit der Silver Server auch der Telekom-Control-Kommission, p.A. deren Geschäftsstelle, zur Kenntnis bringen.

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 Euro 220,- zu entrichten ist. Die Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 12.09.2011

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann