

D 3/10-35

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Mag. Mathias Grandosek und Univ.-Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder über Antrag der Silver Server GmbH, Lorenz-Mandl-Gasse 33/1, 1160 Wien, auf Erlass einer Mitbenutzungsanordnung gegenüber der WIEN ENERGIE GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Dr. Bertram Burtscher, Seilergasse 16, 1010 Wien, in der Sitzung vom 22.03.2011 einstimmig beschlossen:

I. Spruch

A. Mitbenutzungsanordnung

Gemäß §§ 8 ff iVm §§ 117 Z 1 Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl I Nr 70/2003 idF BGBl I Nr 50/2010 (im Folgenden „TKG 2003“) wird folgende vertragsersetzende Regelung zwischen der Silver Server GmbH und der WIEN ENERGIE GmbH (vormals: Wienstrom GmbH) angeordnet:

TELEKOM-CONTROL-KOMMISSION
BEI DER RUNDFUNK UND TELEKOM
REGULIERUNGS-GMBH

A-1060 Wien, Mariahilfer Straße 77-79
Tel: +43 (0) 1 58058 - 0
Fax: +43 (0) 1 58058 - 9191
<http://www.rtr.at>
e-mail: rtr@rtr.at
FN: 208312t HG Wien
DVR-Nr.: 0956732 Austria

„Anordnung über die Mitbenutzung von unbeschalteten Glasfasern („Dark-Fibre“)

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 [REDACTED], 1150 Wien, an das Netz des NB.

Dem NB wird dazu auf einer Glasfaserstrecke des NG vom Bürogebäude [REDACTED], 1150 Wien, bis zum Objekt [REDACTED], 1120 Wien, das Recht auf Mitbenutzung eines [REDACTED] 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 [REDACTED], 1150 Wien, an das eigene Netz des NB. 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 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 [REDACTED], 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 [REDACTED], 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 [REDACTED] Euro pro Meter, für [REDACTED] 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 verlaubliche 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 vorzulegen.

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 Klagoshaltung

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 Kündigungsstermin 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 Vergebührung gemäß den gesetzlichen Bestimmungen erfolgt durch den NB auf seine Kosten.“

II. Begründung

A. Gang des Verfahrens

Mit Schriftsatz vom 09.12.2010, eingelangt am 10.12.2010 (ON 1) brachte die Silver Server GmbH (in der Folge: Silver Server oder Antragstellerin) einen auf §§ 8 ff TKG 2003 gestützten Antrag auf Mitbenutzung von unbeschalteten Glasfasern gegen die (damalige) Wienstrom GmbH, nunmehr WIEN ENERGIE GmbH (in der Folge: Wien Energie oder Antragsgegnerin) ein.

Mit Schriftsatz vom 17.01.2011 nahm Wien Energie nach Fristverlängerung fristgerecht iSd § 9 Abs 2 TKG 2003 zum Antrag Stellung (ON 5). Weitere Stellungnahmen der Antragsgegnerin langten am 04.02.2011 (ON 12), am 17.02.2011 (ON 15), am 18.02.2011 (ON 17 und 18), am 22.02.2011 (ON 20), sowie 16.03.2011 (ON 25) ein.

Die Antragstellerin nahm am 03.02.2011 (ON 11) Stellung.

Mit 12.02.2011 wurde die Wienstrom GmbH in WIEN ENERGIE GmbH umfirmiert.

Am 17.02.2011 fand ein Einschautermin bei der Antragsgegnerin durch die von der Telekom-Control-Kommission bestellten Amtssachverständigen statt.

Am 08.03.2011 wurde den Parteien das Gutachten der Amtssachverständigen gemäß § 45 AVG übermittelt.

Am 16.03.2011 langte eine Stellungnahme der Antragsgegnerin zum Gutachten ein (ON 25). Die Antragstellerin nahm zum Gutachten nicht Stellung.

Am 21.03.2011 fand die von der Antragsgegnerin mit ON 25 beantragte mündliche Verhandlung vor der Telekom-Control-Kommission im Beisein der Amtssachverständigen und beider Parteien statt (ON 31). Ebenfalls am 21.03.2011 beschloss die Telekom-Control-Kommission den Schluss des Ermittlungsverfahrens gemäß § 121 Abs 4 TKG 2003 iVm § 39 Abs 3 AVG.

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Status der Antragstellerin

Die Antragstellerin ist Inhaberin einer Bestätigung gemäß §§ 15 iVm 133 Abs 4 Satz 2 TKG 2003 und erbringt öffentliche Sprachtelefon- und andere Telekommunikationsdienste, insbesondere breitbandige Internetdienste (amtsbekannt).

2. Zur Nachfrage nach den beantragten Leistungen

Mit Schreiben vom 30.11.2009 fragte Silver Server bei der Antragsgegnerin die Mitbenutzung gemäß § 8 ff TKG 2003 von „unbeschalteten Lichtwellenleitern (Dark Fiber)“ unter anderem zwischen dem Standort Bürogebäude 1150 Wien, [REDACTED] und dem vorgeschlagenen Übergabepunkt Standort Silver Server 1150 Wien, [REDACTED], nach. Silver Server teilte dabei mit, dass im Fall, dass ein örtlich näherer bzw kostengünstigerer Übergabepunkt vorhanden sei, dieser bevorzugt würde (Beilage .1 zu ON 1).

3. Zur Infrastruktur der Antragsgegnerin

Zwischen dem Standort Bürogebäude [REDACTED], 1150 Wien, und dem netzseitigen Übergabepunkt [REDACTED], 1120 Wien, verfügt die Antragsgegnerin unter Berücksichtigung aktueller Eigennutzung und technisch erforderlicher Betriebsreserven über zumindest ein freies Glasfaserpaar, das der Antragstellerin zur Mitbenutzung zur

Verfügung gestellt werden kann. Die kürzestmögliche Streckenführung zwischen diesen Übergabepunkten im Netz der Antragsgegnerin, auf der ein freies Glasfaserpaar verfügbar ist, beträgt [REDACTED] Meter. Aus technischer Sicht ist die beantragte Mitbenutzung eines Glasfaserpaares auf dieser Strecke vertretbar, Kapazitätsengpässe bestehen derzeit nicht (ON 15, Punkt 3; Gutachten ON 22, Punkt 3.2.3). Ebenso wenig sprechen „künftige technische Entwicklungen, welche die vorläufige Freihaltung von Leitungs-, Verrohrungs- und Schachtkapazitäten erfordern“ iSd § 8 Abs 1b TKG 2003 gegen die angeordnete Mitbenutzung (ON 5, Punkt 2.7 iVm ON 15, Punkt 3.3).

Die konkrete Beschaltungssituation auf dieser Strecke bzw den Teilabschnitten kann nicht festgestellt werden (Gutachten ON 22, Punkt 5.1).

Die Antragsgegnerin verfügt nicht über Glasfaserinfrastruktur an der Adresse [REDACTED], 1150 Wien. Innerhalb eines Umkreises von [REDACTED] Metern um diese Adresse bestehen allerdings bei der Dichte des Zugangsnetzes der Antragsgegnerin [REDACTED] Zugangspunkte (ON 25, Punkt 2.1.(a)). Trotz Aufforderung durch die Telekom-Control-Kommission hat die Antragsgegnerin im Verfahren keine anderen möglichen Zugangspunkte zu ihrem Netz als die Adressen [REDACTED], 1120 Wien, bekannt gegeben.

4. Rechtsgrundlage der Verlegung

Für die auf der bescheidgegenständlichen Strecke errichtete Infrastruktur übt die Antragsgegnerin Wege-, Leitungs- oder Nutzungsrechte nach dem TKG 2003 oder nach anderen Bundes- oder Landesgesetzen auf Grund eines Bescheides oder einer Vereinbarung mit dem Berechtigten aus.

5. Zum Entgelt für die gegenständliche Infrastruktur

Es kann nicht festgestellt werden, wie hoch die Kosten der Antragsgegnerin iSd § 8 Abs 4 TKG 2003 für die verfahrensgegenständliche Strecke sind.

Beim Einschautermin am 17.02.2011 erläuterten die Amtssachverständigen der Antragsgegnerin, welche Informationen für eine Kostenkalkulation erforderlich wären. Dazu wurde der Antragsgegnerin der Ausdruck einer tabellarischen Aufstellung der erforderlichen Kostendaten übergeben. Diese tabellarische Aufstellung zeigt die notwendigen Kostenelemente und Informationen zur baulichen Infrastruktur - wie zB Kabelkanäle, Rohrzüge, Kabelschächte etc - und Informationen zur Kostenaufteilung an Hand von Belegungsinformationen sowie die notwendigen Kostenelemente und Informationen zum LWL-Kabel und dessen Kostenaufteilung an Hand von Belegungsinformationen. Weiters enthält die tabellarische Aufstellung eine beispielhafte Kalkulation. Die Amtssachverständigen erläuterten die tabellarische Aufstellung und Möglichkeiten der Datenbeschaffung. Um für eine Kostenermittlung herangezogen werden zu können, sind zur baulichen Infrastruktur Längeninformationen zur Strecke und den Kabelabschnitten, die Einbauart (wie Erdlage, einzelner Rohrzug, Kabelkanal), die Anzahl der Züge sowie die Anzahl und Dimensionen von Kabel- und Abzweigschächten erforderlich. Zu den Herstellungskosten der baulichen Infrastruktur wurde dargestellt, dass die dafür erforderlichen Wiederbeschaffungswerte auch aus neueren entsprechenden Bauprojekten gewonnen werden könnten oder aus der Anlagenbuchhaltung. Kosten für Wartung und Instandhaltung sowie Akquisition könnten als Aufwand aus dem Buchhaltungssystem der Antragsgegnerin entnommen werden. Die Amtssachverständigen erläuterten weiters, dass ebenso wie die Kosten der Linienführung auch die Kosten für die Einbauten ermittelt werden könnten. Die sich daraus ergebenden Gesamtkosten der baulichen Infrastruktur werden anschließend auf das betreffende LWL-Kabel über die Anzahl der genutzten Züge (belegte Züge und Betriebsreserve) aufgeteilt. Auch die Ermittlung der Kosten für das Glasfaserkabel (LWL-Kabel) wurde erläutert. Die Wiederbeschaffungswerte für Herstellungskosten könnten, ebenso wie bei der baulichen Infrastruktur, aus aktuellen Projekten entnommen werden. Kosten für Wartung und Instandhaltung könnte wiederum als Aufwand aus dem Buchhaltungssystem der Antragsgegnerin entnommen werden. Die anteiligen Kosten der baulichen Infrastruktur und die Kosten des LWL-Kabels werden als Gesamtkosten für das

LWL-Kabel mittels der Informationen zu den Belegungsgraden auf die genutzten Fasernpaare (belegte Fasern und Betriebsreserve) aufgeteilt. Die Amtssachverständigen wurden diesbezüglich ausdrücklich aufgefordert, die im System [REDACTED] enthaltenen und beim Einschautermin gezeigten Belegungsgrade nicht abzuschreiben. Auch die Frage der wirtschaftlichen Nutzungsdauer und die Kapitalkosten wurden erläutert. Die Kapitalkosten wären für die LWL-Kabel mit demselben Wert wie für die bauliche Infrastruktur anzusetzen. Die Antragsgegnerin bekräftigte nach diesen Ausführungen nochmals, keine Kostendaten übergeben zu wollen (Gutachten ON 22; ON 29, Niederschrift mündliche Verhandlung ON 31 samt Beilage).

Die für eine alternativ mögliche Kostenabschätzung durch die Amtssachverständigen zumindest erforderlichen Informationen über die unterschiedlichen Kapazitäten und Belegungsgrade der einzelnen Kabel- bzw. Kabelkanalabschnitte sowie deren Längen sind bei der Antragsgegnerin zwar vorhanden, wurden aber weder der Telekom-Control-Kommission noch den Amtssachverständigen zur Verfügung gestellt bzw. nachgewiesen (Gutachten ON 22, Punkt 5.1, Niederschrift der mündlichen Verhandlung ON 31, bzw. amtsbekannt).

Im zwischen anderen Parteien geführten Verfahren D 1/10 der Telekom-Control-Kommission wurde im Jahr 2010 als gewichteter kostenbasierter Durchschnittswert von sechs Strecken in Wien für ein Glasfaserpaar ohne Mitbenutzung einer Betriebsreserve ein Monatsbetrag iHv [REDACTED] Euro pro Meter ermittelt, wobei mögliche unterschiedliche Belegungsgrade dieser Infrastrukturen in die Durchschnittsbildung Eingang gefunden haben. Eine unmittelbare Vergleichbarkeit der diesem Betrag zu Grunde liegenden Kosten mit den Kosten der Antragsgegnerin für ihre Infrastruktur kann nicht festgestellt werden (Gutachten ON 22, Punkt 5.1, bzw. amtsbekannt).

Es kann nicht festgestellt werden, in welcher Höhe ein marktübliches Entgelt iSd § 8 Abs 4 TKG 2003 für die verfahrensgegenständliche Leistung zu liegen kommt. Der im Verfahren D 1/10 ermittelte Durchschnittswert iHv [REDACTED] Euro kommt im Bereich dessen zu liegen, was die Antragsgegnerin mit der Antragstellerin im gewichteten Durchschnitt für ähnliche Leistungen in der Vergangenheit privatrechtlich vereinbart hat, nämlich etwa [REDACTED]. Die von der Antragsgegnerin in teilweise geschwärzter Form vorgelegten Verträge mit anderen Nachfragern ergeben ein durchschnittliches Entgelt iHv etwa [REDACTED] (Gutachten ON 22, Punkt 5.3).

C. Beweiswürdigung

Die Feststellungen ergeben sich grundsätzlich, soweit im Folgenden nichts Abweichendes gesagt wird, aus den jeweils in Klammern angeführten glaubwürdigen und nachvollziehbaren Beweismitteln bzw. sind amtsbekannt.

Die Feststellung, dass die Antragsgegnerin für die auf der bescheidgegenständlichen Strecke errichtete Infrastruktur Wege-, Leitungs- oder Nutzungsrechte ausübt, beruht darauf, dass (auch) die rechtliche Mitbenutzbarkeit dieser Infrastruktur im Schriftsatz ON 15 nicht mangels solcher Rechte bestritten wurde. Da die Ausübung derartiger Rechte ein Tatbestandsmerkmal des § 8 Abs 1 TKG 2003 ist, kann dieses Vorbringen – zumal durch eine anwaltlich vertretene Partei – dahingehend verstanden werden, dass solche Rechte auch tatsächlich ausgeübt werden.

Die negative Feststellung über die Kosten der Antragsgegnerin iSd § 8 Abs 4 TKG 2003 für die verfahrensgegenständliche Strecke beruht darauf, dass die Antragsgegnerin trotz wiederholter Aufforderung nicht zumindest die für deren Ermittlung minimal erforderlichen Daten vorlegte. Gemäß dem Gutachten ON 22 wäre es den Amtssachverständigen grundsätzlich möglich gewesen, eine Kostenabschätzung vorzunehmen. Dazu wären jedoch für den erforderlichen Berechnungsschritt der Kostenverteilung zumindest Informationen über die unterschiedlichen Kapazitäten und Belegungsgrade der einzelnen Kabel- bzw. Kabelkanalabschnitte sowie deren Längen notwendig gewesen. Wie die Amtssachverständigen beim Einschautermin feststellten, verfügt die Antragsgegnerin zwar über diese Informationen, weigerte sich aber, diese vorzulegen (oder den Amtssachverständigen auch nur das Abschreiben zu gestatten) bzw diese nachzuweisen. In Ermangelung dieser Informationen war es somit auch nicht möglich, im Verfahren eine ersatzweise Kalkulation auf Basis von Annahmen über die Höhen der unterschiedlichen Kostendaten vorzunehmen. Die Antragsgegnerin legte erstmals in der von ihr beantragten mündlichen Verhandlung eine auf der Basis der ihr am 17.02.2011 in Papierform bzw am 17.03.2011 in elektronischer Form übermittelten Tabelle der Amtssachverständigen erstellte exemplarische Berechnung für die gegenständliche Strecke [REDACTED] vor. Danach ergäbe sich ein Betrag von [REDACTED] pro Meter pro Monat, bei dem noch keine Gemeinkosten berücksichtigt worden seien. Berücksichtige man einen Gemeinkostenanteil von [REDACTED], erhöhe sich dieser Betrag auf [REDACTED], wobei die [REDACTED] weit unter dem liegen, was Wien Energie-intern vorgeschrieben sei. Diese als „Draft“ übertitelte Aufstellung ist jedoch nach eigenen Angaben der Antragsgegnerin einerseits exemplarisch, andererseits nach Auffassung der Antragsgegnerin noch unvollständig, da keine Gemeinkosten einbezogen wurden und zum Dritten nicht durch Unterlagen oder sonstige Nachweise der einzelnen darin angenommenen Parameter gestützt. Auch diese Darstellung kann daher nicht als Basis für eine Feststellung von Kosten iSd § 8 Abs 4 TKG 2003 herangezogen werden, weshalb diesbezüglich insgesamt eine negative Feststellung zu treffen war.

Auch marktübliche Entgelte iSd § 8 Abs 4 TKG 2003 konnten nicht festgestellt werden. Dabei ist grundsätzlich zu berücksichtigen, dass derzeit ein relevanter Markt für Dark-Fibre nicht in der Telekommunikationsmärkteverordnung 2008 enthalten ist und daher keine Informationen über genaue Marktgegebenheiten und allenfalls marktübliche Entgelte bei der Regulierungsbehörde bekannt sind. Die von den Parteien dazu im Verfahren jeweils erstatteten Vorbringen und vorgelegten Unterlagen bzw Daten stützen – wie das Gutachten ON 22 ausführlich darstellt – die jeweilige Interessenlage. So ergeben die von der Antragstellerin vorgelegten Verträge mit der Antragsgegnerin über Dark Fibre ein gewichtetes Mittel von (nur) etwa [REDACTED], was auch etwa dem Antrag von [REDACTED] entspricht.

Demgegenüber kommt das gewichtete Mittel aus den von der Antragsgegnerin vorgelegten Verträgen bei [REDACTED] zu liegen, wobei zu berücksichtigen ist, dass das mit ON 5 als marktüblich bezeichnete und beantragte Entgelt von [REDACTED] von der Antragsgegnerin ursprünglich auf Basis eines einzigen Rahmenvertrages mit einem Kunden begründet wurde.

Erst über Aufforderung durch das Schreiben der RTR-GmbH vom 10.02.2011, ON 13, wurden in der Folge von der Antragsgegnerin auch andere Verträge gezeigt (17.02.2011) bzw vorgelegt (ON 17). Da diese jedoch nur in geschwärtzter Form – und somit für die Telekom-Control-Kommission nicht vollumfänglich überprüfbar – übermittelt wurden und da insbesondere von der Antragsgegnerin nur ein einziger Vertrag mit der Antragstellerin – dieser wurde nach den Ausführungen der Amtssachverständigen in ON 22, Punkt 5.2.3, in den „Mittelwert sämtlicher von Wien Energie vorliegenden Verträge“ auch einbezogen – vorgelegt wurde, ist auch die Vergleichbarkeit dieser Auswahl mit der verfahrensgegenständlichen Fragestellung nicht zweifelsfrei zu beurteilen. Dabei mag zwar das gegen eine Vergleichbarkeit der von Silver Server vorgelegten Verträge mit der Antragsgegnerin herangezogene Argument, dass höhere Abnahmemengen zu einem entsprechend niedrigeren Preis führen können, nicht ganz unplausibel sein. Ob sich die im Verfahren erhobenen Preisunterschiede jedoch ausschließlich daraus erklären lassen, kann insbesondere deshalb nicht beurteilt werden, weil die Antragsgegnerin diesbezüglich lediglich allgemeine Aussagen getroffen hat – „sehr hohen Forecast“, „[REDACTED]“; „nicht einmal ansatzweise realisiert“; „dass sehr bald eine gewisse Ernüchterung und realistische Beurteilung des Mengengerüstes eingetreten ist“ – und sich daher nicht feststellen lässt, warum tatsächlich gerade dieser eine Vertrag, der zu höherem Entgelt abgeschlossen wurde, das marktübliche Niveau darstellen sollte. Es wäre die Sache der Antragsgegnerin gewesen, im Detail darzustellen, warum die prognostizierten aber dem Vorbringen nach in der Folge nicht realisierten Abnahmemengen zu so massiv geringeren Preisen geführt haben sollten, wie die in den von Silver Server vorgelegten Verträgen. Das von der Antragsgegnerin (ON 25, Punkt 4.2) argumentierte, klar dokumentierte Ergebnis der Marktüblichkeitsüberprüfung liegt daher gerade nicht vor. Zudem ist fraglich, ob aus Verträgen eines einzigen Unternehmens eine Marktüblichkeit überhaupt ableitbar sein kann. Auch die anderen von den Amtssachverständigen herangezogenen Anhaltspunkte (ON 22, Punkt 5.2.4) können mangels Vergleichbarkeit nicht für eine positive Feststellung der Marktüblichkeit herangezogen werden. So sind insbesondere die von A1 Telekom Austria AG im RUO 2011 veröffentlichten Regelungen (und damit auch die Preise) für die Überlassung von Glasfaserpaaren nicht direkt vergleichbar, weil diese Leistungen einerseits nur im Zusammenhang mit einer (Teil-)Entbündelung der Kupferdoppelader überhaupt nachgefragt werden können und auch dann nur die Strecke bis zum Kabelverzweiger (bzw der ARU - „Access Remote Unit“) umfasst ist, nicht aber bis zum Endkunden. Auch die Wholesale EtherLink Leistungen sind – weil sie als Dienst auf einer anderen Wertschöpfungstiefe stehen, als passiver Infrastrukturzugang – nicht vergleichbar. Auch in der mündlichen Verhandlung wurden von den Parteien nur allgemeine Aussagen zur Marktüblichkeit gemacht. Angaben zu Preisen allfälliger alternativer Anbieter – ob es solche gerade für die gegenständlichen Strecken gibt wurde vermutet, aber nicht konkretisiert – wurden nicht gemacht (ON 31). Auf Basis der im Verfahren – mit iSd § 39 AVG zumutbarem Aufwand – erhobenen Daten ist daher zwar keine Marktüblichkeit feststellbar, aber immerhin zeigt sich, dass die von den Parteien jeweils dargestellten Daten etwa im Bereich der jeweiligen Anträge – [REDACTED] – zu liegen kommen.

Die Feststellung, welche Informationen die Amtssachverständigen der Antragsgegnerin am 17.02.2011 über die erforderlichen Kostendaten bzw in welcher Form diese erhoben bzw abgeschätzt hätten werden können, gegeben haben, beruht neben dem Gutachten ON 22 auf der glaubwürdigen Aussage des Amtssachverständigen Dr. [REDACTED] in der mündlichen Verhandlung vom 21.03.2011. Die Aussage der als Zeugin einvernommenen Mitarbeiterin der Antragsgegnerin, Dr. [REDACTED], die angab, ihr sei nicht erinnerlich, dass Fragen der Kostenrechnung im selben Detailgrad besprochen worden seien, wie in der mündlichen Verhandlung, kann die Glaubwürdigkeit des Amtssachverständigen nicht erschüttern. Die Zeugin gab ausdrücklich an, bei dem Termin am 17.02.2011 nicht durchgehend anwesend gewesen zu sein, sodass ausgeschlossen werden kann, dass sie eine umfassende Erinnerung zu den dort gemachten Angaben haben kann. Dass grundsätzlich über Kosten gesprochen wurde – etwa über das Thema WACC; darüber, dass Kosten durch aktuelle Verträge nachgewiesen werden könnten und über Vergleiche zum Verfahren D 1/10 – bestätigte auch die Zeugin, die im Übrigen angab, über keine Ausbildung in Kostenrechnung

zu verfügen. Auch der [REDACTED] der Antragsgegnerin, Ing. [REDACTED], bestätigte, dass ein Ausdruck des Excel-Sheets übergeben und auch grob erörtert wurde, gefühlsmäßig ähnlich oder etwas kürzer als im Rahmen der Verhandlung. Auch er konnte sich an das Thema WACC erinnern.

Mit Schriftsatz ON 25 nahm die Antragsgegnerin zum Gutachten der Amtssachverständigen, ON 22, Stellung. Auf die dabei vorgebrachten – bzw. großteils wiederholten – Argumente wurde an den entsprechenden Stellen dieses Bescheides eingegangen, worauf verwiesen wird. Soweit die Antragsgegnerin zusätzlich moniert, dass ihr teilweise Daten, die dem Gutachten zu Grunde gelegt seien, nicht ungeschwärzt übermittelt worden seien, ist auszuführen, dass diese Daten – diese betrafen Verträge der Antragstellerin mit anderen Unternehmen – in keine der Kalkulationen der Amtssachverständigen eingeflossen sind, da mangels Längeninformationen der Strecken keine Vergleichbarkeit angenommen werden konnte (ON 22, 5.2.2, dritter Absatz). Die Daten waren daher für das Verfahren irrelevant und – zumal auch am Verfahren unbeteiligte Dritte betroffen waren – gemäß § 125 TKG 2003 ebenso von der Einsicht durch die Antragsgegnerin auszunehmen, wie umgekehrt auch die mit ON 17 übermittelten Verträge der Antragsgegnerin mit dritten Unternehmen. Das Vorbringen in ON 25 kann daher zusammengefasst keine Zweifel an der Schlüssigkeit des Gutachtens der Amtssachverständigen begründen.

D. Rechtliche Beurteilung

1. Das Verfahren zur Einräumung von Mitbenutzungsrechten nach §§ 8f TKG 2003

§ 9 Abs 1 und 2 TKG 2003 idF BGBl I Nr 50/2010 lauten auszugsweise:

„(1) Jeder gemäß § 8 Abs. 1 und 1a Verpflichtete muss Bereitstellern eines Kommunikationsnetzes auf Nachfrage ein Angebot zur Mitbenutzung abgeben. [...] Alle Beteiligten haben hiebei das Ziel anzustreben, Mitbenutzung zu ermöglichen und zu erleichtern.

(2) Kommt zwischen dem Verpflichteten und dem Berechtigten eine Vereinbarung über das Mitbenutzungsrecht oder die Abgeltung binnen einer Frist von vier Wochen ab Einlangen der Nachfrage nicht zustande, so kann jeder der Beteiligten die Regulierungsbehörde zur Entscheidung anrufen. Ruft der Berechtigte die Regulierungsbehörde an, so hat diese dem Verpflichteten unverzüglich schriftlich und nachweislich die Gelegenheit zu geben, binnen zwei Wochen seine Einwendungen gegen das gewünschte Mitbenutzungsrecht oder die vorgeschlagene Abgeltung darzulegen. Auf Antrag des Verpflichteten kann die Behörde diese Frist erforderlichenfalls verlängern. In ihrer Entscheidung hat die Behörde nur fristgerechte Einwendungen des Verpflichteten zu berücksichtigen. Auf diese Rechtsfolge ist der Verpflichtete in der Aufforderung zur Stellungnahme ausdrücklich hinzuweisen. Über das Mitbenutzungsrecht hat die Regulierungsbehörde unverzüglich, jedenfalls aber binnen sechs Wochen nach dem Einlangen der Stellungnahme des Verpflichteten oder dem Ablauf der Frist zur Stellungnahme, gegebenenfalls auch mit Zwischenbescheid, zu entscheiden.“

Voraussetzung für die Antragstellung an die Telekom-Control-Kommission in einem Verfahren nach § 9 TKG 2003 sind damit – wie in den Verfahren nach § 50 TKG 2003 – eine entsprechende Nachfrage des (potenziell) Berechtigten und wenigstens vierwöchige Verhandlungen über das Mitbenutzungsrecht.

2. Der Antrag der Silver Server GmbH

2.1. Zur Nachfrage der Silver Server

Mit dem rechtzeitig vor Antragstellung an die Antragsgegnerin gerichteten Schreiben der Silver Server vom 30.11.2009, Beilage ./1 zu ON 1, fragte Silver Server bei der Antragsgegnerin die Mitbenutzung gemäß § 8 ff TKG 2003 von „unbeschalteten Lichtwellenleitern (Dark Fiber)“ unter anderem zwischen dem Standort Bürogebäude 1150

Wien, [REDACTED] und dem vorgeschlagenen Übergabepunkt Standort Silver Server 1150 Wien, [REDACTED], nach, wobei örtlich nähere bzw kostengünstigere Übergabepunkte, die der Silver Server aber nicht bekannt waren, bevorzugt würden. Der Antrag der Silver Server langte am 10.12.2010, somit mehr als vier Wochen nach der Nachfrage bei der RTR-GmbH als Geschäftsstelle der Telekom-Control-Kommission ein. Die Verfahrensvoraussetzung der rechtzeitigen Nachfrage ist somit erfüllt.

2.2. Zu den Grenzen des Verfahrensgegenstandes

2.2.1. Einschränkung des Mitbenutzungsrechts auf die Nutzung zur Erbringung von Telekommunikationsdiensten

Gemäß § 120 Abs 1 TKG 2003 nimmt, soweit sich ein verfahrenseinleitender Antrag auf die Nutzung eines Kommunikationsnetzes, einer zugehörigen Einrichtung oder die Inanspruchnahme eines Kommunikationsdienstes zur Verbreitung von Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk oder Rundfunkzusatzdiensten im Sinne des § 2 Privatfernsehgesetzes, BGBl I Nr 84/2001, bezieht, die KommAustria auch die Aufgabe der Mitbenutzung gemäß § 8 und § 9 TKG 2003 wahr. Die Erl zur RV dazu lauten auszugsweise wie folgt: *„Betrifft ein Antrag mehrere Nutzungsarten (zB Rundfunkübertragung und Telekommunikationsdienst), so sind die Anträge zu trennen und von der jeweils zuständigen Regulierungsbehörde zu bearbeiten.“* Daraus ergibt sich, dass die jeweilige Regulierungsbehörde auch nur für die entsprechende Nutzungsart – Telekommunikationsdienste oder Verbreitung von Rundfunk – eine Anordnung gemäß § 9 TKG 2003 treffen kann. Die Anordnung der Telekom-Control-Kommission über den Antrag der Silver Server kann somit nur eine Mitbenutzung der nachgefragten Infrastruktur für Kommunikationslinien zur Erbringung von Telekommunikationsdiensten umfassen.

Die Nutzung der mitbenutzten Infrastruktur auch für die Verbreitung von Rundfunk ist daher nicht verfahrensgegenständlich und der Antragstellerin daher nicht gestattet. Da sich dies aus der angeordneten Formulierung, wonach lediglich Telekommunikationsdienste iSd § 3 Z 21 TKG 2003 umfasst sind, zweifelsfrei ergibt, wurde der von der Antragsgegnerin beantragte zusätzliche Hinweis, dass Rundfunkdienste nicht umfasst seien, nicht aufgenommen.

2.2.2. Zum Umfang und der Konkretisierung des Antrags

Die Antragsgegnerin thematisierte in verschiedenen Schriftsätzen (ON 5, ON 12, ON 15 sowie ON 25) und in der mündlichen Verhandlung die aus ihrer Sicht erforderliche Konkretisierung eines Antrags in einem Verfahren nach den §§ 8 ff TKG 2003.

So brachte die Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 17.01.2011, ON 5, vor, der Antrag ON 1 lasse nicht erkennen, welcher der darin genannten endkundenseitigen mit welchem netzseitigen Zugangspunkt verbunden werden solle, oder ob alle Punkte vermascht verbunden werden sollten. Der Antrag sei daher unschlüssig.

Diesem Vorbringen kann nicht gefolgt werden. Einerseits ist der Antrag darauf gerichtet, sofern ein längenabhängiges Entgelt festgelegt würde, die „kürzeste Strecke“ zu erhalten (ON 1, Punkt 3.1). Da jeweils ein Fasernpaar zwischen zwei Punkten in 1020 und zwei Punkten in 1150 Wien beantragt wurde, ergibt sich schon daraus, dass nach dem Antrag die jeweils näher aneinander liegenden Punkte verbunden werden sollten und keine Vermaschung bzw keine Verbindung beider endkundenseitigen Punkte mit dem netzseitigen Zugangspunkt in 1020 Wien, beantragt war. Außerdem ist auch der Nachfrage, die dem Antrag als Beilage /1 beigefügt war, klar zu entnehmen, welche Punkte nach dem Antrag miteinander verbunden werden sollten. Die von der Antragsgegnerin diesbezüglich vermutete Unschlüssigkeit des Antrages liegt daher ebenso wenig vor, wie die in ON 25, Punkt 5.2, monierte Aktenwidrigkeit der Bezeichnung der Strecken durch die Amtssachverständigen, die lediglich der Klarstellung dient.

Weiters argumentiert die Antragsgegnerin, zuletzt wieder in der Stellungnahme ON 25 zum Gutachten, am genannten Zugangspunkt in 1150 Wien, [REDACTED], verfüge sie nicht über Infrastruktur und „eine Verpflichtung zur Offenlegung von nicht antragsgegenständlichen Details der Netzinfrastruktur“ entbehre jeder Rechtsgrundlage (ON

5). Dabei übersieht die Antragsgegnerin jedoch, dass sie nicht zur Offenlegung ihrer gesamten Infrastruktur im Umkreis von [REDACTED] Metern um den genannten Zugangspunkt, sondern lediglich dazu aufgefordert war, für den Fall dass an den im Antrag genannten Streckenanfangs- und Streckenendpunkten, „insbesondere den Standorten (Kollokationen) der Silver Server GmbH kein Zugang zu unbeschalteten Leitungen in Erdkabeln möglich sein [sollte], sofern vorhanden, andere Zugangsmöglichkeiten in der Nähe“ (ON 2) zu nennen. Diese Verpflichtung ist entgegen der Meinung der Antragsgegnerin von den §§ 8 f TKG 2003, insbesondere von § 9 Abs 1, wonach alle „Beteiligten ... das Ziel anzustreben [haben], Mitbenutzung zu ermöglichen und zu erleichtern“, auch umfasst. Der Nachfrager nach Mitbenutzung weiß in der Regel nicht konkret, wo – insbesondere die netzseitigen – Zugangsmöglichkeiten zur Infrastruktur des Antragsgegners sind. Würde man daher, wie die Antragsgegnerin, tatsächlich jede Verpflichtung zur Offenlegung von möglichen Zugangspunkten verneinen und zusätzlich nur eine Antragsstellung für zulässig erachten, bei der die beiden Endpunkte (dennoch) konkret genannt werden können, verbliebe für eine sinnvolle Anwendung der gegenständlichen Bestimmungen praktisch kaum mehr Raum. Der Nachfrager hätte nur die Möglichkeit, Nachfragen bzw Anträge „auf gut Glück“ zu stellen, bis er einen vorhandenen und verwendbaren Zugangspunkt gefunden hat. Bei rechtsrichtiger Interpretation der §§ 8 f TKG 2003 ist es daher ausreichend, wenn der Nachfrager im Antrag mögliche (netzseitige) Zugangspunkte, zB eine eigene Kollokation, nennt, damit der Infrastrukturinhaber prüfen und bekannt geben kann, ob und gegebenenfalls wo er in der Nähe über zumindest einen Zugangspunkt verfügt.

Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass gemäß § 9 Abs 2 TKG 2003 im Verfahren nur auf fristgerechte Einwendungen Bedacht zu nehmen ist, wofür dem Verpflichteten lediglich 2 Wochen zur Verfügung stehen. In dieser Zeit muss der Inhaber der nachgefragten Infrastruktur nicht nur prüfen ob, bzw welche Infrastruktur tatsächlich besteht, sondern auch, welche Umstände der nachgefragten Mitbenutzung für die Beurteilung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit und technischen Vertretbarkeit eine Rolle spielen und in welcher Weise dies der Fall ist. Daraus lässt sich ableiten, dass die Nachfrage bzw der Antrag entsprechend konkret gefasst sein muss, um diese Beurteilung zu ermöglichen. Der Antrag der Silver Server erfüllt über die Nennung je eines endkundenseitigen und eines möglichen netzseitigen Zugangspunktes diese Voraussetzung. Es ist der Antragsgegnerin daher zwar insofern zuzustimmen, als die bloß allgemeine Einholung von Information darüber, welche fremde Infrastruktur vorhanden ist, um in der Folge die eigenen Ausbaupläne darauf aufzubauen, nicht vom Gesetzeszweck umfasst ist. Die Mitteilung, ob an dem beantragten netzseitigen Zugangspunkt oder wo in dessen Nähe zumindest ein möglicher Zugangspunkt vorhanden ist, ist aber von den §§ 8 f TKG 2003 entgegen der Rechtsauffassung der Antragsgegnerin zweifellos umfasst.

Da in aller Regel, wie auch im vorliegenden Fall, nur der Infrastrukturinhaber über diese verfahrensrelevanten Informationen zu möglichen Zugangspunkten verfügt und diese in diesem Sinne „antragsgegenständlichen Details der Netzinfrastuktur“ auch nicht in anderer Weise amtswegig beigeschafft werden können, besteht die Verpflichtung zur Offenlegung im dargestellten Umfang nicht zuletzt auch nach der einschlägigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zur Mitwirkungspflicht von Parteien in Verwaltungsverfahren (vgl dazu unten Punkt 5.3.6.1.3).

Vor diesem Hintergrund überzeugt auch das, zuletzt in ON 25 und ON 31 wiederholte, Vorbringen der Antragsgegnerin über eine bloß „vorläufige“ Antragslage bzw Antragstellung nicht. Mit dieser Formulierung bezieht sich die Antragsgegnerin offenkundig auf das Schreiben der RTR-GmbH vom 10.02.2011, ON 13, mit welchem der Antragsgegnerin wegen ihres (oben dargestellten) Vorbringens über die vermeintliche Unschlüssigkeit des Antrags formal mitgeteilt wurde, welche Streckenführungen „vorläufig“ als antrags- und verfahrensgegenständlich betrachtet wurden. Die Antragsgegnerin hatte bis dahin für die beantragte Strecke in 1150 Wien lediglich mitgeteilt, an der konkret genannten Adresse [REDACTED] über keine Glasfaserinfrastruktur zu verfügen, ohne jedoch – entgegen ihrer Mitwirkungsverpflichtung – einen alternativen Zugangspunkt genannt zu haben, obwohl nach eigener Aussage (ON 25, Punkt 2.1.(a)) „bei der Dichte des Zugangsnetzes der Antragsgegnerin [REDACTED] Zugangspunkte“ in der Umgebung der im Antrag genannten

Adresse bestehen. Die Antragsgegnerin wurde mit ON 13 daher ausdrücklich gefragt, ob der in Beilage /2 zu ON 1, dem Angebot der Antragsgegnerin an die Antragstellerin vom Februar 2010, genannte Zugangspunkt in 1120 Wien, [REDACTED], rechtlich, technisch und wirtschaftlich für eine Mitbenutzung verfügbar sei, widrigenfalls ein anderer Zugangspunkt zu nennen war. Die Formulierung „vorläufig“ bezog sich dabei lediglich darauf, dass die genannte Streckenführung „Bürogebäude [REDACTED], 1150 Wien, bis Übergabepunkt [REDACTED], 1120 Wien“ vorbehaltlich der Antwort der Antragsgegnerin auf diese Frage als verfahrensgegenständlich zu betrachten war. Da das Vorhandensein eines möglichen Übergabepunkts in der [REDACTED], 1120 Wien, in der Folge mit ON 15 zugestanden wurde, ist der Verfahrensgegenstand spätestens seit dieser Stellungnahme vom 17.02.2011 geklärt und ausreichend konkretisiert. Der Umstand, dass die verfahrensgegenständlichen Strecken nicht bereits früher geklärt waren, lag ausschließlich daran, dass die Antragsgegnerin ihrer oben dargestellten Verpflichtung zur Nennung des nächsten möglichen Zugangspunktes nicht bereits auftragsgemäß mit ihrer ersten Stellungnahme vom 17.01.2011, ON 5, nachgekommen war.

Dieser Zugangspunkt war nach den obigen Ausführungen auch von Anfang an vom Antrag der Silver Server umfasst. Es liegt insofern auch nicht die von der Antragsgegnerin (ON 15, Punkt 2) argumentierte bzw als erforderlich erachtete (ON 25, Punkt 2.1.(c)) Antragsänderung vor, zumal die Antragsgegnerin keinen anderen bzw näheren Zugangspunkt im Verfahren genannt hat. Der diesbezüglich gegenteiligen Rechtsauffassung der Antragsgegnerin wird daher aus diesen Gründen nicht gefolgt.

3. Trennbarkeit des Verfahrensgegenstandes

Silver Server beantragte mit ON 1 die Mitbenutzung von Glasfaserpaaren auf zwei unterschiedlichen Strecken in Wien. Die relevanten Fragestellungen der jeweils vorhandenen Infrastruktur, der technischen Vertretbarkeit und der wirtschaftlichen Zumutbarkeit einschließlich des angemessenen Entgelts wurden zwar aus verfahrensökonomischen Gründen im Rahmen eines gemeinsamen Ermittlungsverfahrens behandelt, eine Untrennbarkeit der Entscheidungspunkte iSd § 59 AVG iVm der einschlägigen Rechtsprechung (Vgl zB VwGH vom 13.3.1984, 83/07/0230: „Von einer die getrennte Entscheidung unzulässig machenden Untrennbarkeit mehrerer Entscheidungspunkte kann nur dann gesprochen werden, wenn keiner der Entscheidungspunkte für sich allein selbständig bestehen könnte.“) ist jedoch nicht gegeben.

Die Berechtigung zur Mitbenutzung der einzelnen Strecken ist vielmehr nach den jeweiligen Gegebenheiten unabhängig voneinander zu beurteilen, weshalb es – nicht zuletzt aus Gründen der Praktikabilität und der Lesbarkeit – zweckmäßig ist, über jede Strecke mit gesondertem Bescheid zu entscheiden.

4. Verpflichtung zur Gestattung der Mitbenutzung nach § 8 Abs 1 TKG 2003

§ 8 TKG 2003 idF BGBl I Nr 50/2010 lautet auszugsweise:

„(1) Wer ein Wege-, Leitungs- oder Nutzungsrecht nach diesem Bundesgesetz oder nach anderen Bundes- oder Landesgesetzen auf Grund eines Bescheides oder einer Vereinbarung mit dem Berechtigten ausübt, muss die Mitbenützung dieser Rechte oder der auf Grund dieser Rechte errichteten Leitungen, Einrichtungen oder von Teilen davon für Kommunikationslinien insoweit gestatten, als ihm dies wirtschaftlich zumutbar und es technisch vertretbar ist.

...

(1b) Bei Ausübung der Rechte nach Abs. 1 und Abs. 1a sind die Nutzung bestehender Einrichtungen sowie künftige technische Entwicklungen, welche die vorläufige Freihaltung von Leitungs-, Verrohrungs- und Schachtkapazitäten erfordern, zu berücksichtigen.

...

(4) Dem durch ein Mitbenutzungsrecht Belasteten ist eine angemessene geldwerte Abgeltung zu leisten. Dabei sind jedenfalls die Kosten für die Errichtung der mitbenutzten

Anlage, einschließlich der Kosten der Akquisition, die laufenden Betriebskosten und die mit der Mitbenützung verbundenen sonstigen Kosten sowie die Marktüblichkeit von Entgelten angemessen zu berücksichtigen.“

4.1. Zu den Tatbestandsmerkmalen des § 8 Abs 1 und Abs 1b TKG 2003 im Einzelnen

4.1.1. Ausüben von Rechten

Nach den Feststellungen übt die Antragsgegnerin als Inhaberin der bescheidgegenständlichen Leitungen Rechte iSd § 8 Abs 1 TKG 2003 aus.

4.1.2. Mitbenutzbare Infrastruktur – aktuelle Eigennutzung

Nach den Feststellungen ist unter Berücksichtigung aktueller Eigennutzung einschließlich einer Betriebsreserve zumindest ein Glasfaserpaar zwischen den verfahrensgegenständlichen Endpunkten für eine Mitbenutzung durch die Antragstellerin verfügbar.

4.1.3. Nutzung für Kommunikationslinien

Bei den auf der anordnungsgegenständlichen Strecke bestehenden Glasfasern handelt es sich um für Zwecke von Kommunikationslinien nutzbare Infrastruktur iSd § 8 Abs 1 TKG 2003. Die Antragstellerin ist Inhaberin einer Bestätigung gemäß §§ 15 iVm 133 Abs 4 Satz 2 TKG 2003 und erbringt öffentliche Sprachtelefon- und andere Telekommunikationsdienste iSd § 3 Z 21 TKG 2003, insbesondere breitbandige Internetdienste. Nach dem Vorbringen der Antragstellerin im Antrag ON 1, ist auch die Mitbenutzung der verfahrensgegenständlichen Infrastruktur für die Anbindung des Objekts 1150 Wien, [REDACTED], geplant. Die Mitbenutzung soll daher für Kommunikationslinien iSd § 8 Abs 1 TKG 2003 erfolgen, ist aber auch auf diese Nutzungsart eingeschränkt (vgl. oben Punkt II.D.2.2.1).

4.1.4. Technische Vertretbarkeit und wirtschaftliche Zumutbarkeit

Die technische Vertretbarkeit der beantragten Mitbenutzung eines Glasfaserpaares konnte ebenfalls festgestellt werden. Bei der Prüfung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit berücksichtigt die Telekom-Control-Kommission neben dem Entgelt (dazu Punkt 5.3.6) für die Mitbenutzung insbesondere, dass auch „Kapazitätsengpässe“ – im Sinne kurzfristigen, künftigen Eigenbedarfs der Antragsgegnerin an den vorhandenen Leitungen – nicht bestehen. Es spricht somit nichts gegen die Annahme der wirtschaftlichen Zumutbarkeit der Mitbenutzung eines Faserpaares durch die Antragstellerin, zumal diese Mitbenutzung auf einen Verwendungszweck – die Anbindung des gegenständlichen Endkundenobjekts – eingeschränkt wird, zu dem die Antragsgegnerin die Möglichkeit zur Stellungnahme gemäß § 9 Abs 2 TKG 2003 hatte und wahrgenommen hat.

„Künftige technische Entwicklungen, welche die vorläufige Freihaltung von Leitungs-, Verrohrungs- und Schachtkapazitäten erfordern“ iSd § 8 Abs 1b TKG 2003 sprechen nach den auf dem Vorbringen der Antragsgegnerin beruhenden Feststellungen nicht gegen eine Mitbenutzung. Zusätzlich wird darauf hingewiesen, dass bei der gesamten Ausgestaltung des Anordnungstextes im Rahmen der Abwägung der Interessen auf die Zumutbarkeit iSd § 8 Abs 1 TKG 2003 Rücksicht zu nehmen war. Auf die Begründung unten in Punkt II.D.5 wird verwiesen.

4.1.5. Ergebnis

Die Antragsgegnerin ist daher zusammengefasst gemäß § 8 TKG 2003 verpflichtet, der Antragstellerin die entgeltliche Mitbenutzung für Telekommunikationslinien gemäß Spruchpunkt I.A.1 zu gestatten.

5. Zur Anordnung im Konkreten

5.1. Vertragsersetzende Wirkung des Bescheides nach § 9 TKG 2003

Wie auch nach §§ 48, 50 TKG 2003 hat auch jeder gemäß § 8 Abs 1 und 1a TKG 2003 Verpflichtete auf Nachfrage „ein Angebot zur Mitbenutzung“ abzugeben. Ebenso haben „Alle Beteiligten ... hiebei das Ziel anzustreben, Mitbenutzung zu ermöglichen und zu erleichtern.“ Abs 2 bestimmt zusätzlich, dass nur dann, wenn „zwischen dem Verpflichteten und dem Berechtigten eine Vereinbarung über das Mitbenützungsrecht oder die Abgeltung ... nicht zustande“ kommt, die Regulierungsbehörde zur Entscheidung angerufen werden kann. Auch bei der Mitbenutzung nach § 9 TKG 2003 ist daher primär ein Vertrag das vom Gesetz intendierte Ziel. Die Anordnung der Telekom-Control-Kommission soll auch bei Streitigkeiten über Mitbenutzungsrechte den nicht zustande gekommenen Vertrag ersetzen. Die Anordnung im gegenständlichen Verfahren hat daher, wie auch von beiden Parteien beantragt, vertragsersetzenden Charakter.

Im Erkenntnis vom 19.10.2004, ZI 2000/03/0300, führte der Verwaltungsgerichtshof betreffend die Anordnungsmöglichkeit der Telekom-Control-Kommission nach der hinsichtlich der Vertragsersetzung vergleichbaren Bestimmung des § 41 TKG (1997) aus, dass die Telekom-Control-Kommission „nicht für jede in einer Zusammenschaltungsanordnung getroffene Bestimmung jeweils einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage (bedarf), vielmehr müssen die in einer Zusammenschaltungsanordnung enthaltenen einzelnen Regelungen der Anforderung eines fairen Ausgleichs ... gerecht werden.“ Diese Judikatur, die den Ermessensspielraum der Telekom-Control-Kommission bei der Anordnung vertragsersetzender Bescheide beschreibt, ist auf die Bestimmung des § 9 TKG 2003 idgF ebenso anzuwenden. So führte der Verwaltungsgerichtshof auch im Erkenntnis vom 03.09.2008, 2006/03/0079, aus, dass der Telekom-Control-Kommission im Zusammenhang mit Verfahren nach § 50 TKG 2003 „notwendiger Weise ein weiter Ermessensspielraum zu[kommt], soweit nicht die anzuwendenden Rechtsvorschriften ... konkrete Vorgaben vorsehen.“

5.2. Allgemeines zum Anordnungstext

Beide Parteien beantragten Vertragstexte, die auf der (veröffentlichten) Anordnung der Telekom-Control-Kommission im Verfahren D 1/10 basieren. Soweit Abweichungen beantragt wurden, war der vom Verwaltungsgerichtshof geforderte faire Ausgleich der Interessen der Verfahrensparteien zu finden.

5.3. Zu den angeordneten Regelungen im Einzelnen

5.3.1. Zu Punkt 1 – Anordnungsgegenstand; Punkt 2 – Beginn und Umfang der Mitbenutzung

Punkt 1 spezifiziert die Infrastruktur, zu deren Mitbenutzung die Antragstellerin berechtigt ist und zwar grundsätzlich nach den relevanten Endpunkten. Die von der Antragstellerin ebenfalls beantragte Mitbenutzung auch der notwendigen Schächte und Muffen im erforderlichen Ausmaß wurde entgegen dem Antrag der Antragsgegnerin ebenfalls aufgenommen. Dies bedeutet allerdings nicht, dass die Antragstellerin damit – über die Regelung des Punktes 6 hinausgehend – einen eigenständigen Zugang zu diesen Schaltstellen erhält, sondern lediglich, dass diese auf der Strecke liegenden Infrastrukturelemente ebenfalls notwendig sind, um eine Verbindung zwischen den Endpunkten zu betreiben.

Zum Beginn der Mitbenutzung beantragte Silver Server eine (der Regulierungspraxis entsprechende) Regelung, wonach das Mitbenutzungsrecht ausgeübt werden dürfe, sobald der NB dem NG glaubhaft gemacht hat, dass die zur Anbindung des Objekts zusätzlich erforderliche eigene Infrastruktur errichtet wurde bzw dass diese zeitgleich mit der Realisierung der Mitbenutzung errichtet werden wird. Die Antragsgegnerin brachte dagegen vor, dass diese Regelung eine zeitlich unbeschränkte entgeltfreie Option auf Geltendmachung der Mitbenutzung bewirke und beantragte daher demgegenüber eine Regelung, wonach das Mitbenutzungsrecht grundsätzlich ab Rechtskraft ausgeübt werden dürfe. Das Entgelt sei ab der Übergabe, spätestens aber nach 30 Tagen bzw bei von der Antragsgegnerin zu vertretenden Verzögerungen, ab deren Wegfall, geschuldet.

Die Telekom-Control-Kommission erachtet folgende, zwischen diesen Positionen vermittelnde Lösung als angemessen: Eine Regelung, wonach nach Ablauf von 30 Tagen jedenfalls das Entgelt zu bezahlen wäre, erscheint der Telekom-Control-Kommission für den Fall, dass der NB das Mitbenutzungsrecht faktisch noch nicht ausüben kann, weil seine eigene Infrastruktur noch nicht bereit ist, dem NB gegenüber unangemessen zu sein. Andererseits ist aber tatsächlich zu berücksichtigen, dass bei der von Silver Server beantragten Regelung ein gewisses Potenzial dafür besteht, dass die von der Antragsgegnerin als unentgeltliche unbefristete Option bezeichnete Situation eintritt, die wiederum der Antragsgegnerin gegenüber unangemessen wäre. Aus diesem Grund ist es zweckmäßig und angemessen, zwar grundsätzlich vom – auf der bisherigen Anordnungspraxis beruhenden – Antrag der Silver Server auszugehen, die Möglichkeit der Geltendmachung des Mitbenutzungsrechts aber zeitlich zu befristen. Bei der angeordneten Frist von zwei Monaten berücksichtigt die Telekom-Control-Kommission, dass Silver Server nach eigenen Angaben am netzseitigen Zugangspunkt bereits einen aufrechten Zugang zum Netz der Antragsgegnerin unterhält und daher eine rasche Ausübung des Mitbenutzungsrechts realisierbar sein muss. Von der Antragsgegnerin zu vertretende Verzögerungen verlängern diese Frist.

Der konkrete Zeitpunkt der Übergabe der mitbenutzten Infrastruktur ist nach Punkt 4 des Anordnungstextes zwischen den Parteien – unter Berücksichtigung von § 9 Abs 1 letzter Satz TKG 2003 – zu koordinieren und ehestmöglich zu realisieren. Nach ungenutztem Ablauf der (allenfalls verlängerten) Frist endet das Anordnungsverhältnis der Parteien. Das Mitbenutzungsrecht könnte dann nicht mehr ausgeübt werden, weshalb auch keine weitere Evidenzhaltung durch die Antragsgegnerin mehr erforderlich wäre.

5.3.2. Zu Punkt 3 - Berechtigungsverhältnisse

Punkt 3 stellt klar, dass sich durch die gegenständliche Anordnung an den bestehenden Berechtigungsverhältnissen nichts ändert. Auf § 12 Abs 3 TKG 2003 wird in diesem Zusammenhang verwiesen. Die Kennzeichnungspflicht der von der Antragstellerin allenfalls, soweit zulässig, eingebrachten eigenen Einrichtungen dient der Erleichterung der Abwicklung des Mitbenutzungsverhältnisses. Die von der Antragsgegnerin diesbezüglich beantragte Erweiterung, wonach der NG bei fehlender Kennzeichnung auch für „*ungrob fahrlässige*“ Beschädigungen nicht hafte, wurde nicht angeordnet, da nach Punkt 11 für anderes Verschulden als grob fahrlässiges oder vorsätzliches Verhalten ohnedies nicht gehaftet wird. Sollte es sich bei dieser Formulierung demgegenüber um einen Irrtum handeln und tatsächlich die Haftung auch für grob fahrlässiges Verhalten ausgeschlossen werden, so erscheint dies unangemessen und wird aus diesem Grund nicht angeordnet.

5.3.3. Zu Punkt 4 - Abwicklung

Die Abwicklung der konkreten Realisierung ist grundsätzlich zwischen den Parteien im Wege der zu installierenden Koordinatoren abzustimmen. Die diesbezügliche Anordnung beruht im Wesentlichen auf übereinstimmenden Anträgen der Parteien. Die von der Antragsgegnerin zusätzlich beantragte Regelung, wonach „*der NG nicht zur Herstellung von Einrichtungen verpflichtet ist, die die beantragte Mitbenutzung überhaupt erst ermöglichen*“, wurde als nicht verfahrensrelevant nicht übernommen, da die technische Realisierbarkeit der konkreten verfahrensgegenständlichen Mitbenutzung im Verfahren unstrittig war.

5.3.4. Zu Punkt 5 - Technische Rahmenbedingungen und Übergabe

Die von den Parteien beantragten Texte zu den Übergabepunkten sind inhaltlich weitgehend ähnlich, wenn sie sich auch teilweise in der Formulierung unterscheiden. Übergabepunkt ist jeweils das Patchpanel oder eine vergleichbaren Einrichtung der Antragsgegnerin. Da im Objekt [REDACTED] bereits eine Zugangsmöglichkeit der Antragstellerin zum Netz der Antragsgegnerin besteht, wird zweckmäßigerweise die nach Punkt 4 dieser Anordnung konkret zu vereinbarende Übergabe der verfahrensgegenständlichen Glasfasern dort stattfinden. Eine Verpflichtung der Antragsgegnerin, im erforderlichen Umfang auch Zugang zu ihren eigenen Einrichtungen zu gewähren, wurde aufgenommen. Eine Verpflichtung, auch Zugang zu den Räumlichkeiten des Endkunden oder anderer Verfügungsberechtigter zu gewähren, scheidet aus, weil die Antragsgegnerin diesbezüglich selbst nicht

verfügungsberechtigt ist. Die Telekom-Control-Kommission geht jedoch diesbezüglich von einer „Best-Effort“-Verpflichtung iSd § 9 Abs 1 TKG 2003 aus, wonach die Antragsgegnerin einen derartigen Zugang soweit möglich unterstützen muss. Allenfalls für den Zugang von dritter Seite erforderliche Zustimmungen (vgl etwa das Vorbringen der Antragsgegnerin in ON 15, Punkt 3.1) hat nach Punkt 10.3 dieser Anordnung die Antragstellerin (vorab) beizubringen.

Die von beiden Parteien (grundsätzlich) übereinstimmend beantragte Regelung über die Erstellung eines Übergabeprotokolls, das die in Punkt 5 genannten Angaben zu enthalten hat, erscheint der Telekom-Control-Kommission zweckmäßig. Auf Basis des Antrags der Antragsgegnerin wurde jedoch der von Silver Server beantragte Punkt „Anzahl der Steckverbindungen“ durch „Messprotokolle (OTDR-Berichte)“ ersetzt, da nach den Ausführungen der Amtssachverständigen im Gutachten ON 22, Punkt 3.2.4., mittels OTDR-Messungen nicht nur die Dämpfung und Position der Steckverbindungen, sondern auch der Spleißverbindungen und die Dämpfung der Fasern selbst gemessen werden kann und die Regelung daher in dieser Form zweckmäßiger ist.

5.3.5. Zu Punkt 6 - Wartung/Instandsetzung der Anlagen des NG und Punkt 7 - Änderungen der Anlagen des NG

Die Punkte 6 und 7 beruhen auf im Wesentlichen übereinstimmenden Anträgen, die sich nur geringfügig sprachlich unterschieden. Auf das – wie die Regelung in Punkt 7 – ebenfalls auf § 11 TKG 2003 beruhende außerordentliche Kündigungsrecht nach Punkt 12.2.2 des Anordnungstextes, wenn nicht nur eine Verlegung, sondern eine Entfernung der Einrichtungen der Antragstellerin zwingend erforderlich sind, wird hingewiesen.

5.3.6. Zu Punkt 8 - Entgelte

5.3.6.1. Höhe des monatlichen Entgelts

Bei der Anordnung des Entgelts iHv [REDACTED] pro Meter und Monat geht die Telekom-Control-Kommission von folgenden Überlegungen aus:

Die einschlägige Bestimmung des § 8 Abs 4 TKG 2003 schreibt vor, dass dem durch ein Mitbenutzungsrecht Belasteten eine angemessene geldwerte Abgeltung zu leisten ist. Dabei sind *„jedenfalls die Kosten für die Errichtung der mitbenutzten Anlage, einschließlich der Kosten der Akquisition, die laufenden Betriebskosten und die mit der Mitbenützung verbundenen sonstigen Kosten sowie die Marktüblichkeit von Entgelten angemessen zu berücksichtigen“*.

Die Antragsgegnerin wurde erstmals mit Schreiben der RTR-GmbH vom 14.12.2010, ON 2 (Punkt 5.), aufgefordert, (auch) die Kosten in diesem Sinn mitzuteilen.

5.3.6.1.1. Vorbringen der Antragsgegnerin

Die Antragsgegnerin legte mit ihrem innerhalb der Frist des § 9 Abs 2 TKG 2003 am 17.01.2011 erstatteten Schriftsatz ON 5 entgegen dieser Aufforderung durch die Telekom-Control-Kommission keine Kostendaten bzw –belege vor, da sie die konkret beantragten Strecken für ungeklärt erachtete. Auch nach einer weiteren Aufforderung vom 21.01.2011 (ON 7), legte die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 04.02.2011, ON 12, keine entsprechende Kostendaten vor. Vielmehr sei dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit folgend auf das gelindeste Mittel abzustellen und daher das angemessene Entgelt ausschließlich nach Marktüblichkeit zu bemessen. Lediglich sofern *„die TKK eine Darlegung der Kosten auch in Ansehung eines hinreichend begründeten, marktüblichen Entgelts für notwendig erachtet und dies entsprechend begründet,“* werde *„die Antragsgegnerin selbstverständlich ihrer Mitwirkungspflicht nachkommen und die gewünschten Kostendaten zumindest in jenem Umfang, der mit zumutbarem Aufwand leistbar ist, erheben.“* (ON 12, Punkt 2.1). Mit Schreiben vom 10.02.2011, ON 13, wurden der Antragsgegnerin im Hinblick auf die vermeintliche Unklarheit des Verfahrensgegenstandes die entsprechenden Strecken mitgeteilt (vgl. diesbezüglich oben Punkt II.D.2.2.2) und sie erneut aufgefordert, die nach § 8

Abs 4 TKG 2003 „jedenfalls“ zu berücksichtigenden und daher erforderlichen Kostendaten beizubringen. Diese Aufforderung wurde mit Schriftsatz vom 17.02.2011, ON 15, lediglich mit einem Verweis auf die bisherigen Ausführungen dazu beantwortet. Auch den Amtssachverständigen wurden beim Einschautermin am 17.02.2011 oder danach keine für eine Kostenberechnung relevanten Parameter übermittelt, obwohl unterschiedliche Möglichkeiten einer Ermittlung der Berechnungsparameter mit der Antragsgegnerin erörtert worden waren. Vielmehr wurde auch den Amtssachverständigen gegenüber klargestellt, dass Kosteninformationen nicht übermittelt würden, da marktübliche Entgelte vorzuziehen seien. Die für eine alternativ mögliche Kostenabschätzung durch die Amtssachverständigen zumindest erforderlichen Informationen über die unterschiedlichen Kapazitäten und Belegungsgrade der einzelnen Kabel- bzw. Kabelkanalabschnitte sowie deren Längen sind bei der Antragsgegnerin zwar vorhanden, wurden aber ebenfalls nicht zur Verfügung gestellt. In weiteren Stellungnahmen vom 28.02.2011, ON 20, und vom 16.03.2011, ON 25, und in der mündlichen Verhandlung (ON 31) thematisierte die Antragsgegnerin die Fragen real verfügbarer bzw konkreter Kosten und legte eine interne Kalkulationsunterlage in generischer Form, also wiederum ohne das Verfahren betreffende Daten, vor. Eine Berechnung zu den verfahrensgegenständlichen Strecken auf Basis dieser Kalkulationsunterlage habe die Antragsgegnerin noch nicht vorgenommen. In der mündlichen Verhandlung wurde eine auf der mit ON 29 übermittelten Tabelle der Amtssachverständigen beruhende exemplarische Berechnung von Kosten für die gegenständliche Strecke vorgelegt. Belege für die darin getroffenen Annahmen wurde keine übermittelt (ON 31).

5.3.6.1.2. Interpretation des § 8 Abs 4 TKG 2003

Die Antragsgegnerin hat somit im gesamten Verfahren keine verwendbaren Kostendaten und –belege vorgelegt. Schon der Wortlaut des § 8 Abs 4 TKG 2003 bestimmt jedoch klar, dass bei der Bemessung eines angemessenen Entgelts „jedenfalls die Kosten“ zu berücksichtigen sind. Zumindest soweit es daher in einem Verfahren möglich ist, solche zu erheben, scheidet eine ausschließliche Berücksichtigung der Marktüblichkeit, sofern eine solche überhaupt feststellbar gewesen wäre, aus. Eine solche käme allenfalls in Frage, wenn Kosten ohne Verschulden einer Partei tatsächlich nicht erhoben werden können, was allerdings nach den Ausführungen der Amtssachverständigen unwahrscheinlich ist. Zusätzlich zeigt auch eine am Zweck der Vorschrift – nämlich angemessene und die richtigen Investitionsanreize setzende Entgelte sicherzustellen – orientierte Interpretation, dass ein – zumal nach Wahl der Partei – ausschließlich nach Marktüblichkeit bemessenes Entgelt von § 8 Abs 4 TKG 2003 nicht vorgesehen sein kann. Eine Partei, die nach einer eigenen Abschätzung ihrer Kosten annimmt, dass diese (stark) unter den tatsächlich verrechneten Preisen liegen, könnte sich nämlich ausschließlich auf die Marktüblichkeit berufen und somit von der Regulierungsbehörde verlangen, derartige überhöhte Preise – im Extremfall sogar Monopolpreise – als „angemessen“ zu betrachten und anzuordnen. Aus diesen Überlegungen folgt jedenfalls, dass „Kosten“ und „Marktüblichkeit“ keine gleichberechtigt nebeneinander stehenden Alternativen sind; umso weniger kann eine Partei wählen, ob ihre Entgelte auf Basis von Kosten oder nach Marktüblichkeit beurteilt werden sollen.

Nach richtiger Rechtsansicht ist gemäß § 8 Abs 4 TKG 2003 vielmehr primär (arg „jedenfalls“) von den Kosten für die mitzubeneutzende Infrastruktur auszugehen. Dabei ist vorab klarzustellen, dass das TKG 2003 Inhaber von Infrastruktur verpflichtet, die Mitbenutzung zu gestatten, wobei der damit verbundene Eingriff vom Verfassungsgerichtshof mit Beschluss vom 09.03.2011, B 3/10-8, als verhältnismäßige Beschränkung des Eigentumsrechts beurteilt wurde. Diesem Eigentumseingriff korrespondiert ein Recht des Infrastrukturihabers auf angemessenes Entgelt, sofern ein solches geltend gemacht und im Verfahren entsprechend § 8 Abs 4 TKG 2003 nachgewiesen wird. Entgegen der im Verfahren vertretenen Rechtsansicht der Antragsgegnerin ist es daher grundsätzlich die eigene Obliegenheit der Antragsgegnerin, die Grundlagen ihrer möglichen Anspruchstellung vorzubringen und unter Beweis zu stellen und nicht die Verpflichtung der Behörde der Partei

dies abzunehmen, zumal es sich um Daten handelt, über die nur die Antragsgegnerin verfügt (vgl dazu unten). Dahingestellt bleiben kann dabei, ob Einwendungen der Antragsgegnerin gegen das von der Antragstellerin beantragte Entgelt iHv [REDACTED] nicht auch gemäß § 9 Abs 2 TKG 2003 präkludiert sind, weil die Antragsgegnerin dazu rechtzeitig konkretes Vorbringen zu erstaten gehabt hätte. Der anwaltlich vertretenen Antragsgegnerin gegenüber besteht insbesondere auch keine Manuduktionspflicht gemäß § 13a AVG. Die Telekom-Control-Kommission bzw die von dieser bestellten Amtssachverständigen wären somit lediglich gehalten gewesen, von der Antragsgegnerin beantragte und nachgewiesene kostenbasierte Entgelte auf Plausibilität und Schlüssigkeit zu prüfen. Dennoch – und obwohl sich die Antragsgegnerin teilweise ausdrücklich weigerte entsprechende Daten vorzulegen und unter Beweis zu stellen – haben sowohl die Telekom-Control-Kommission als auch die von dieser bestellten Amtssachverständigen der Antragsgegnerin mitgeteilt, welche Daten zu übermitteln und nachzuweisen sind. Nach den Ergebnissen des Verfahrens wäre es der Antragsgegnerin daher jedenfalls möglich gewesen, angemessene Entgelte auf der Basis der Kosten für die mitzubeneutzende Infrastruktur zu verlangen und nachzuweisen:

Primär wäre dabei eine Ermittlung aller relevanten Kostendaten aus den (vorhandenen) Daten der Antragsgegnerin zweckmäßig gewesen, was von des Amtssachverständigen auftragsgemäß auch angestrebt wurde. Nach den Feststellungen erläuterten die Amtssachverständigen beim Einschautermin am 17.02.2011 der Antragsgegnerin, welche Parameter für eine Kostenberechnung relevant waren. Dabei wurde unterstützend eine tabellarische Darstellung der erforderlichen Daten samt einer exemplarischen Kostenkalkulation vorgelegt, sowie unterschiedliche Möglichkeiten einer Ermittlung der – nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin nicht vorhandenen – Berechnungsparameter durch die Antragsgegnerin erörtert. Vor dem Hintergrund der festgestellten Erläuterungen der Amtssachverständigen beim Einschautermin am 17.02.2011 – und der ebenfalls bei diesem Termin ausgesprochenen ausdrücklichen Weigerung der Antragsgegnerin, Kostendaten übergeben oder diskutieren zu wollen – erweist sich auch das Vorbringen der Antragsgegnerin in ON 25, Punkt 2.1, dass das „wohlbegründete Ersuchen der Antragsgegnerin um Klarstellung, wie konkrete Kosten nachzuweisen sind, die es in der abgefragten Form nicht gibt, ... bislang unbeantwortet“ geblieben sei, als nicht überzeugend. In der mündlichen Verhandlung thematisierte die Antragsgegnerin weiters, dass die kürzeste Strecke nicht notwendig auch die billigste Strecke sein müsse und stellte die Frage, welche Strecke in derartigen Fällen für eine Kostenermittlung heranzuziehen sei. Es könne nicht sein, dass Wien Energie für den Antragsteller die kostengünstigste Strecke suchen müsse, wenn es tausende Varianten gäbe. Der Antragsgegnerin ist dabei grundsätzlich zuzustimmen, dass sie nicht jedenfalls verpflichtet ist, die kostengünstigste Strecke zu ermitteln. Die damit thematisierte Frage steht aber – entgegen der Rechtsansicht der Antragsgegnerin – im gegenständlichen Fall der Ermittlung von Kosten insofern nicht entgegen, als der Antrag der Silver Server (ON 1) ausdrücklich auf die kürzeste Strecke gerichtet ist, sofern längenabhängige Entgelte angeordnet werden. Diese kürzestmöglichen Strecken sind daher auch – ebenfalls entgegen der diesbezüglichen Rechtsansicht der Antragsgegnerin – verfahrensgegenständlich und wären somit auch die Kosten für diese Strecken zu ermitteln und nachzuweisen gewesen. Auch geht die Antragsgegnerin selbst in ON 20, Punkt 1.2, offenbar davon aus, dass ihr zumindest eine Abschätzung von Kostendaten für die antragsgegenständlichen Strecken möglich gewesen wäre, da sie ausführt, eine Berechnung zu den verfahrensgegenständlichen Strecken auf Basis ihrer (in generischer Form vorgelegten) Kalkulationsunterlage bislang „noch nicht“ vorgenommen zu haben.

Die relevanten Kostenrechnungsparameter in Form von Wiederbeschaffungswerte hätten somit bei Mitwirkung der Antragsgegnerin entgegen deren Vorbringen in einer für das gegenständliche Verfahren geeigneten Weise aus den vorhandenen Daten gewonnen und nachgewiesen werden können. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass zufolge der Argumentation der Antragsgegnerin die anzuwendende Bestimmung des § 8 Abs 4 TKG 2003 letztlich unanwendbar wäre. Einerseits seien reale, konkrete Kostendaten für gerade die zur Mitbenutzung beantragten Strecken nicht verfügbar, da in aller Regel diese

Streckenführungen nicht geplant bzw gebaut würden, worauf zuletzt auch in der mündlichen Verhandlung wieder hingewiesen wurde. Kostendaten lägen vielmehr nur für konkrete Baulose vor, die aber mangels Vergleichbarkeit nicht direkt herangezogen werden könnten (ON 12, Punkt 2.1., ON 20, ON 25, 2.1.(d)). Nach dem Vorbringen in ON 25, 2.1. letzter Absatz, sei es aber auch nicht zulässig, aus diesen vorhandenen Daten Schlüsse auf die konkreten Kosten der beantragten Strecken zu ziehen, da dies mit dem Wortlaut des § 8 Abs 4 TKG 2003 („... Kosten für die Errichtung der mitbenutzten Anlage ...“; Unterstreichung auch im Original) nicht in Einklang stünde. Da somit die nach § 8 Abs 4 TKG 2003 „jedenfalls“ zu berücksichtigenden Kosten weder vorhanden sind, noch durch Rückschlüsse auf vorhandene Daten ermittelt werden dürften, unterstellt die Argumentation der Norm letztlich einen unvollziehbaren und somit verfassungswidrigen Inhalt (VfGH vom 16.12.1999, G69/99,G70/99: „*Rechtsvorschriften dürfen nicht so ausgelegt werden, dass sie überflüssig und daher inhaltslos werden (vgl. VfSlg. 2546/1953, 6404/1971, 9185/1981, 13.162/1992)*“).

Auch ohne (vollständigem) Vorliegen sämtlicher Kostenrechnungsparameter wäre es nach den Feststellungen alternativ möglich gewesen, unter eigener Abschätzung einiger Parameter eine Kostenermittlung durchzuführen, hätte die Antragsgegnerin zumindest die – vorhandenen – Informationen über Kapazitäten und Belegungsgrade der einzelnen Kabel- bzw. Kabelkanalabschnitte sowie deren Längen zur Verfügung gestellt. Zu diesem Thema der „*Lieferung von Belegungsdaten*“ bringt die Antragsgegnerin in ON 25, Punkt 2.2., vor, die Aussage im Gutachten, wonach die Antragsgegnerin „*trotz mehrfacher, expliziter Aufforderung*“ keine Belegungsgrade geliefert habe, sei „*unrichtig und aktenwidrig*“. Vielmehr sei die technische Nutzbarkeit stets außer Streit gestellt worden und die Antragsgegnerin auch nur einmal, nämlich am 21.01.2011 (ON 7) dazu aufgefordert worden, diese Daten zu liefern. Das weitere Schreiben der RTR-GmbH vom 10.02.2011 habe diese Aufforderung nicht mehr enthalten, weshalb die Antragsgegnerin auch nicht von einer weiteren Relevanz dieser Daten ausgehen konnte. Dieses Vorbringen überzeugt insofern nicht, als die Belegungsgrade einerseits nicht (nur) zum Nachweis der Streckenführung, sondern, wie dargestellt wurde, im Hinblick auf die Kostenrechnung erforderlich gewesen wären und eingefordert wurden. Andererseits wurde die Antragsgegnerin mit dem genannten Schreiben vom 10.02.2011, ON 13, ausdrücklich aufgefordert, die erforderlichen Kostenrechnungsdaten „*den bestellten Amtssachverständigen nach Maßgabe von deren konkreten Vorgaben zu liefern.*“ Diese konkreten Vorgaben erfolgten beim Einschautermin am 17.02.2011, bei dem die Antragsgegnerin jedoch keine Kostendaten übergeben oder Fragen der Kostenrechnung besprechen wollte, da marktübliche Entgelte vorzuziehen seien. Die Amtssachverständigen wurden, obwohl sie ausdrücklich darauf hingewiesen hatten, zumindest diese Daten zu benötigen, sogar ausdrücklich aufgefordert, die im System [REDACTED] enthaltenen, kostenrechnungsrelevanten Belegungsgrade, nicht abzuschreiben. Auch in den mit ON 18 übermittelten Screenshots waren diese Daten unkenntlich gemacht und in der in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Tabelle waren zwar Belegungsgrade angeführt, allerdings ohne dass die Antragsgegnerin dafür Nachweise beigebracht hätte. Tatsächlich ist somit entgegen dem Vorbringen der Antragsgegnerin eine mehrfache Aufforderung zur Lieferung (wenigstens) der Belegungsgrade aktenkundig (ON 7, ON 13 und Einschautermin am 17.02.2011, ON 31) und auch die Argumentation, dass die Antragsgegnerin ab dem 10.02.2011 nicht von einer weiteren Relevanz dieser Daten ausgehen konnte, findet keine Deckung im Akt, da der genannte Einschautermin erst danach stattgefunden hat. Auch die alternativ mögliche Kostenermittlung iSd § 8 Abs 4 TKG 2003 unter Abschätzung einiger Parameter durch die Amtssachverständigen war somit wegen der Weigerung der Antragsgegnerin, zumindest die dazu grundlegend erforderlichen Daten zu übermitteln, nicht möglich.

5.3.6.1.3. Mitwirkungsverpflichtung der Antragsgegnerin

Mit Erkenntnis vom 25.02.2004, ZI. 2002/03/0273 stellte der Verwaltungsgerichtshof klar, dass dem „*Grundsatz der Amtswegigkeit des Verwaltungsverfahrens ... nach der hg. Rechtsprechung (vgl. u.a. das Erkenntnis vom 27. März 1990, ZI. 89/04/0139) eine Verpflichtung der Partei zur Mitwirkung bei der Ermittlung des maßgebenden Sachverhaltes*

[korrespondiert], was insbesondere dann der Fall ist, wenn der amtswegigen behördlichen Erhebung im Hinblick auf die nach den materiell-rechtlichen Verwaltungsvorschriften zu beachtenden Tatbestandsmerkmale faktische Grenzen gesetzt sind, insbesondere, wenn die Behörde zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhaltes der Mitwirkung der Partei bedarf, weil sich die Behörde die für den maßgeblichen Sachverhalt relevanten Daten nicht von Amts wegen verschaffen kann.“

Wie oben dargestellt wurde, hat sich die Antragsgegnerin trotz mehrfacher Aufforderungen und detaillierten Erläuterungen am 17.02.2011 zu den relevanten Daten bzw den Möglichkeiten zu deren Ermittlung geweigert, bei ihr vorhandene bzw daraus ableitbare, verfahrensrelevante und nicht amtswegig in anderer Weise zu erhebende Daten zu übergeben bzw nachzuweisen. Auch mit den nach dem 17.02.2011 übermittelten Schriftsätzen wurden keine der geforderten Daten oder Unterlagen geliefert oder der angebotene Kontakt mit den Amtssachverständigen gesucht, um allenfalls weitere Informationen einzuholen oder die angebotene Diskussion mit diesen zu führen. Erst in der mündlichen Verhandlung am 21.03.2011 wurde seitens der Antragsgegnerin – unter neuerlichem Hinweis darauf, dass nach ihrer Auffassung nach wie vor kein konkreter Antrag vorliege und dass weder der Verfahrensgegenstand noch Details über die Art und Weise, wie Kosten zu ermitteln sind, mitgeteilt worden seien – Fragen zur Kostenermittlung an die Amtssachverständigen gestellt. Dabei thematisierte die Antragsgegnerin den Kapitalkostenzinssatz (WACC), die Aquisitionskosten, die Anwendung der Kosten konkreter Baulose auf die beantragten Strecken, den Ansatz und die Ermittlung von Wiederbeschaffungswerten, die Berücksichtigung von Betriebsreserven, die Berücksichtigung von Gemeinkosten, die Berücksichtigung von Belegungsgraden, die Aufteilung von Leerkapazitäten über den FDC-Ansatz und die Abschreibungsdauern. Derartige Fragestellungen, wie sie in der mündlichen Verhandlung geäußert wurden, hätten spätestens ab 17.02.2011 den Beginn des Dialogs zwischen Antragsgegnerin und Amtssachverständigen über die Kostenermittlung darstellen können. Dennoch hat es nach diesem Termin nach den Angaben des Amtssachverständigen Dr. ■■■ keine weitergehende Diskussionsbereitschaft seitens Wien Energie gegeben (Niederschrift der mündlichen Verhandlung ON 31). Mit Schriftsatz vom 16.03.2011, ON 25, wurde demgegenüber ausdrücklich argumentiert, dass die Antragsgegnerin seit 10.02.2011 (ON 13) nicht mehr davon auszugehen gehabt hätte, dass sie die eingeforderten Belegungsgrade noch zu liefern hätte. Auch nach dem Einschautermin am 17.02.2011 wurde, mit Ausnahme der generischen Tabelle Beilage ./4 zu ON 20, keine der geforderten Informationen geliefert.

Auf die obigen Ausführungen dazu, warum der Argumentation der Antragsgegnerin über einen nicht konkretisierten Antrag bzw Verfahrensgegenstand, der einer Ermittlung von Kostendaten im Wege gestanden habe, nicht gefolgt werden kann, wird auch in diesem Zusammenhang verwiesen. In der mündlichen Verhandlung argumentierte die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang weiters, die Tabelle der Amtssachverständigen (ON 29 bzw Beilage zu ON 31; „Excel-Sheet“) sei der Antragsgegnerin zwar am 17.02.2011 in Papierform übergeben worden. Annahmen dazu, welche Kostendaten herangezogen werden sollen, hätten aber „erst im elektronischen Sheet getroffen werden“ können, das erst am 17.03.2011 um ca. 18:00 Uhr auch in elektronischer Form übermittelt wurde. Diese Argumentation überzeugt insofern nicht, als die Tabelle primär dazu diene, die zu berücksichtigenden Kostenpositionen – wie Herstellungskosten, Kapitalkosten, Wartungskosten – darzustellen. Die in der Tabelle enthaltenen Formeln, etwa zur Ermittlung konkreter Werte für die Kapitalkosten oder die Abschreibung aus diesen Eingangsparametern, sind jedoch vergleichsweise einfach und daher ohne großen Aufwand auch aus dem Ausdruck, der am 17.02.2011 übergeben und erläutert wurde, zu erschließen. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass der Antragsgegnervertreter auch erst am 17.03.2011, also einen Monat nach dem Einschautermin, um Übermittlung der Tabelle auch in elektronischer Form ersuchte, die ihm auch umgehend am selben Tag zur Verfügung gestellt wurde (ON 29). Auch dieses Argument kann daher die Nichtlieferung von konkreten Kostendaten im Verfahren nicht rechtfertigen, zumal die in der mündlichen Verhandlung

dafür angeführte Begründung, nämlich dass erst im Gutachten die konkreten Strecken genannt worden seien, nicht zutreffend ist (vgl Punkt II.D.2.2.2).

Auch für diese zuletzt im Rahmen der – von der Antragsgegnerin beantragten – mündlichen Verhandlung vorgelegten exemplarischen Datenannahmen (Beilage zur Niederschrift ON 31) übergab die Antragsgegnerin keine Unterlagen oder Belege, die einer Überprüfung durch die Telekom-Control-Kommission zugänglich wären. Der Verwaltungsgerichtshof hat diesbezüglich mit Erkenntnis vom 02.06.1999, 98/04/0111 entschieden, dass es die *„Mitwirkungspflicht der Partei erfordert ... , dass diese den ihr vorgehaltenen Beweisergebnissen, die sie als unvollständig oder unrichtig erachtet, konkrete Behauptungen entgegengesetzt und entsprechende Beweise hiefür anbietet. Unterlässt sie dies, so bedeutet dies keinen Verfahrensmangel, wenn die Behörde von Amts wegen keine weiteren Ermittlungen durchführt, vielmehr geht eine sich aus der mangelnden Mitwirkung der Partei allenfalls ergebende unvollständige oder unrichtige Sachverhaltsannahme seitens der Behörde insofern zu Lasten der Partei, als sie eine solche vor dem VwGH nicht mehr geltend machen kann.“* Die Verpflichtung der Behörde zur amtswegigen Ermittlung des maßgebenden Sachverhaltes findet nämlich dort ihre Grenze, wo es der Mitwirkung der Partei bedarf. Dies trifft insbesondere dort zu, wo die Behörde den maßgeblichen Sachverhalt ohne Mitwirkung der Partei nicht oder nur unvollständig ermitteln könnte (VwGH vom 15.09.2005, Zl. 2005/07/0049).

Die Antragsgegnerin hat den im Gutachten ON 22 zusammengefassten Verfahrensergebnissen über die Kostenrechnung in diesem Sinn keine *„konkrete Behauptungen entgegengesetzt“*, da die Kalkulation in der vorgelegten Tabelle ausdrücklich als exemplarisch und (hinsichtlich der Gemeinkosten) unvollständig bezeichnet wurde. Insbesondere hat die Antragsgegnerin aber auch keine *„entsprechende[n] Beweise“* für ihre Annahmen angeboten, sondern lediglich einen Ausdruck der Tabelle, ohne Belege für ihre Annahmen, vorgelegt. Die Antragsgegnerin hat in der mündlichen Verhandlung nicht einmal die für eine Kostenabschätzung durch die Amtssachverständigen zumindest erforderlichen Belegungsgrade vorgelegt (Daten laut ON 18, jedoch in ungeschwärtzter Form). (Vgl. auch VwGH vom 19.04.2001, 99/06/0049: *„... durch die bloße Behauptung ... ohne nähere Konkretisierung dieser Behauptung in sachverhaltsmäßiger Hinsicht entspricht die Partei dieser Mitwirkungspflicht aber nicht.“*).

Die Antragsgegnerin hat durch dieses Vorgehen somit – zumal ihr bereits spätestens einen Monat zuvor am 17.02.2011 Details zur Kostenrechnung und Diskussionsbereitschaft der Amtssachverständigen mitgeteilt worden waren – ihre Mitwirkungsverpflichtung im Verfahren im Sinne dieser Rechtssprechung verletzt. Bei Berücksichtigung der Vorgehensweise der anwaltlich vertretenen Antragsgegnerin, die zusammengefasst auch neun Wochen nach dem Ablauf der zweiwöchigen Stellungnahmefrist des § 9 Abs 2 TKG 2003 am 17.01.2011, nach wie vor die Grundlagen ihrer eigenen Anspruchstellung auf angemessenes Entgelt iSd § 8 Abs 4 TKG 2003 nicht unter Beweis gestellt hat, war daher – auch vor dem Hintergrund der knappen Entscheidungsfrist des § 9 TKG 2003 – das Ermittlungsverfahren gemäß § 121 Abs 4 TKG 2003 iVm § 39 Abs 3 AVG zu schließen, um die mit der Novelle BGBl I Nr 65/2009 intendierte rasche Entscheidung über die beantragte Mitbenutzung zu ermöglichen.

5.3.6.1.4. Anordnung von [REDACTED] pro Meter und Monat

Direkt auf die Situation der Antragsgegnerin abgestellte Kosten der Mitbenutzung konnten wegen deren Verletzung der Mitwirkungsverpflichtung im Verfahren nicht festgestellt werden. Ebenso wenig war es möglich, marktübliche Entgelte zu erheben, weshalb ein Sachverhalt, der den Tatbestand des § 8 Abs 4 TKG 2003 direkt erfüllt, nicht festgestellt werden konnte. Vor dem Hintergrund der Entscheidungspflicht der Telekom-Control-Kommission ist aber dennoch eine der Intention dieser Norm möglichst nahe kommende Entscheidung zu treffen.

Dabei geht die Telekom-Control-Kommission von folgender Überlegung aus: Das von der Antragstellerin beantragte Entgelt iHv [REDACTED] wurde im Verfahren D 1/10 der Telekom-

Control-Kommission auf Basis von plausiblen Kostendaten nach einem FDC- („Fully Distributed Cost“-) Ansatz als gewichtete Durchschnittskosten (einer anderen Partei) für sechs Glasfaserstrecken in Wien ermittelt. Auch in diesem Verfahren war die Mitbenutzung jeweils eines Glasfaserpaares ohne Mitbenutzung einer Betriebsreserve gegenständlich. Dieses – insoweit grundsätzlich vergleichbare – Entgelt stellt den einzigen plausiblen Wert im gegenständlichen Verfahren dar, der den in § 8 Abs 4 TKG 2003 genannten Kosten nahekommt und dessen Anordnung daher die zu findende weitestgehende Annäherung an § 8 Abs 4 TKG 2003 erlaubt.

Dabei ist allerdings klarzustellen, dass die diesem Entgelt zu Grunde liegenden Kosten nicht den – auf Wiederbeschaffungswerten basierenden – Kosten der Antragsgegnerin entsprechen müssen. Diese könnten sowohl höher als auch niedriger sein, letzteres zB auf Basis der Annahme, dass die Belegungsgrade bei Wien Energie tendenziell höher sein könnten als bei A1 Telekom Austria, weil Wien Energie die verfahrensgegenständliche Leistung auch kommerziell anbietet. Die Telekom-Control-Kommission verkennt auch nicht, dass dieser Durchschnittswert selbst im Verfahren D 1/10 nicht herangezogen wurde, da die Vergleichsbasis aus lediglich sechs Strecken als zu gering erachtet wurde, um für eine Durchschnittsbildung repräsentativ zu sein. Im Verfahren D 1/10 lagen aber auch konkrete, die einzelnen Strecken betreffende valide Kostendaten vor, die herangezogen werden konnten, sodass die Anwendung des insofern weniger geeigneten Durchschnittwertes dort nicht erforderlich war. Zum diesbezüglichen Vorbringen der Antragsgegnerin in ON 25, Punkt 3.(e), ist darauf zu verweisen, dass das von der Antragsgegnerin angeführte Entgelt von [REDACTED] im Verfahren D 1/10 für den Fall ermittelt wurde, dass die „Betriebsreserve auch für SIL nutzbar“ wäre (ON 22, Punkt 5.1). Da dies im gegenständlichen Verfahren nicht beantragt und angeordnet wurde, entspricht dieser (höhere) Wert weniger einer vergleichbaren Anordnung, als der herangezogene Wert von [REDACTED]. Weiters ist klarzustellen, dass die Anordnung des Entgelts von [REDACTED] auf der Antragslage im gegenständlichen Verfahren beruht und somit nicht notwendigerweise eine Aussage über eine mögliche Marktüblichkeit – zB im Sinne eines Mindestentgelts bei Nichtvorliegen von Kostendaten – für Folgeverfahren darstellt. Bei gegebener abweichender Antrags- und Sachlage kann in Folgeverfahren auch ein anderer Wert als angemessenes Entgelt festgesetzt werden.

§ 8 Abs 4 TKG 2003 schreibt vor, dass *neben den Kosten auch „die Marktüblichkeit von Entgelten angemessen zu berücksichtigen“* ist. Das angeordnete Entgelt von [REDACTED] stellt nach dem Gesagten die im Verfahren bestmögliche Annäherung an die Kosten dar. Eine Marktüblichkeit von Entgelten konnte aus den in der Beweiswürdigung dargestellten Gründen zwar nicht festgestellt werden, immerhin zeigt sich aber, dass sich das angeordnete Entgelt in der Größenordnung bewegt, die zwischen den Parteien in der Vergangenheit bereits in mehreren Verträgen privatrechtlich vereinbart wurde. Dieser der Antragstellerin durchschnittlich verrechnete Preis von etwa [REDACTED] soll sich laut Vorbringen der Antragsgegnerin lediglich aus dem prognostizierten Mengengerüst gerechtfertigt haben. Inwieweit sich jedoch nur aus der Abnahmemenge der mitbenutzten Leitungen eine derartige Kostenersparnis ergeben sollte, dass sich daraus der Unterschied zwischen dem Durchschnittsentgelt der durch Silver Server vorgelegten Verträge und dem (einzigen) von der Antragsgegnerin vorgelegten Vertrag zwischen den Parteien erklären ließe, wurde von der Antragsgegnerin nicht dargelegt und nachgewiesen. Auch Überlegungen hinsichtlich der Marktüblichkeit sprechen daher zumindest nicht gegen die getroffene Anordnung.

Abschließend berücksichtigt die Telekom-Control-Kommission auch, dass in vertragsersetzenden Verfahren die wechselseitigen Interessen der Parteien aufeinander abzustimmen sind (vgl oben Punkt 5.1). Das Interesse der Antragstellerin manifestiert sich in ihrem Antrag, wohingegen das Interesse der Antragsgegnerin an der Nichtübermittlung ihrer verfahrensrelevanten Kostendaten von dieser offenbar höher eingeschätzt wurde, als das Interesse an einem allenfalls günstigeren Nachweis ihrer Kosten. Im Hinblick auf diese Verletzung der Mitwirkungsverpflichtung überzeugt auch das Vorbringen der Antragsgegnerin im Schriftsatz ON 25 über die fehlende Relevanz dieses Entgelts für das

gegenständliche Verfahren nicht. Der angeordnete Wert stellt im gegenständlichen Verfahren vielmehr trotz aller möglichen Vorbehalte hinsichtlich der Vergleichbarkeit jedenfalls die nach den Verfahrensergebnissen beste mögliche Annäherung an ein angemessenes Entgelt iSd § 8 Abs 4 TKG 2003 dar und wird daher der Anordnung zu Grunde gelegt. Auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 25.02.2004, Zl. 2002/03/0273, wonach sich die Behörde sogar bei bloßen Inkonsistenzen in den grundsätzlich übermittelten Daten in ihren Feststellungen auch auf Daten stützen konnte, die sie in einem vorangegangenen Verfahren zweifelsfrei ermittelt hatte, wird verwiesen. Dies hat umso mehr zu gelten, wenn gar keine Daten bzw Nachweise geliefert werden.

5.3.6.2. Beginn der Entgeltzahlungspflicht

Das monatliche Entgelt ist ab der Übergabe zu bezahlen. Die von der Antragsgegnerin diesbezüglich beantragte Regelung, wonach nach Ablauf von 30 Tagen ab Bescheiderlassung jedenfalls das Entgelt zu bezahlen wäre, erachtet die Telekom-Control-Kommission als nicht angemessen, weshalb diese Regelung nicht übernommen wurde. Auf die Begründung in Punkt 5.3.1 wird verwiesen.

5.3.6.3. Entgeltanpassung bei Erweiterung der mitbenutzten Infrastruktur

Die Antragsgegnerin beantragte als Punkt 8.2 eine Regelung, nach der für „den Fall einer nach Rechtskraft dieser Anordnung vorgenommenen Erweiterung der mitbenutzten Infrastruktur, die infolge der Mitbenutzung durch den NB und der dadurch blockierten Ressourcen erforderlich wurde, ... der NG berechtigt [wäre] die Höhe des Entgelts unter Berücksichtigung der dann gegebenen Belegungssituation der mitbenutzten Infrastruktur anzupassen“. Diese Regelung wurde nicht übernommen. Eine Blockierung der mitbenutzten Infrastruktur kann vor dem Hintergrund des § 11 TKG 2003 und des darauf basierenden Kündigungsrechts nach dieser Anordnung nicht eintreten, da Eigenbedarf der Mitbenutzung vorgeht. Eine allfällige Erweiterung der Infrastruktur kann daher wegen der Mitbenutzung nicht erforderlich werden. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass in dem nunmehr angeordneten im Verfahren D 1/10 der Telekom-Control-Kommission ermittelten, Entgelt von [REDACTED] mögliche Änderungen der Belegungssituation insofern berücksichtigt sind, als ein Mittelwert aus der geringeren Belegungssituation zum Zeitpunkt des damaligen Lokalausweises und einer zukünftigen höheren Belegungssituation (gemäß Stellungnahme der damaligen Antragsgegnerin) angewendet wurde.

5.3.6.4. Wertsicherung

Die von der Antragsgegnerin beantragte Wertsicherung des monatlichen Entgelts ist entgegen dem Vorbringen der Silver Server wegen der grundsätzlich, d.h. vorbehaltlich der außerordentlichen Kündigungsmöglichkeiten, angeordneten Langfristigkeit des Mitbenutzungsrechts erforderlich und entspricht auch im Wesentlichen der von der Statistik Austria empfohlenen Formulierung für Klauseln ohne Schwelle (http://www.statistik.at/web_de/statistiken/preise/verbraucherpreisindex_vpi_hvpi/wertsicherung_plus_rechner/index.html) und der Regulierungspraxis. Auch die Tatsache, dass nach Ansicht der Silver Server die Dark-Fibre Preise tendenziell fallen könnten, spricht nicht gegen eine Valorisierung des Entgelts, sondern fällt unter das normale unternehmerische Risiko. Klarzustellen ist, dass die jeweils am 1. Jänner und am 1. Juli vorzunehmende Indexanpassung theoretisch auch zu einem geringeren Entgelt führen könnte, das dann zur Verrechnung zu kommen hat.

5.3.6.5. Sonstige Entgelte

Da bei der Ermittlung des monatlichen Entgelts neben den Errichtungskosten anfallende einmalige Kosten, die anlässlich der Mitbenutzung entstehen können, nicht berücksichtigt sind, können diese – wie diesbezüglich auch übereinstimmend beantragt wurde – zusätzlich nach erforderlichem Aufwand in Rechnung gestellt werden.

Die von der Antragsgegnerin beantragte zusätzliche Regelung, wonach der „NB ... dem NG den nachgewiesenen zusätzlichen Aufwand für die Bereitstellung der nach diesem Verfahren

notwendigen Unterlagen in Form eines Einmalbetrages in Höhe von 20% des für das erste Jahr vereinbarten Nutzungsentgeltes binnen zwei Wochen ab Rechnungslegung durch den NG“ zu ersetzen habe, wurde nicht angeordnet. Dieses Vorbringen wurde erstmals im nach Ablauf der (erstreckten) Frist nach § 9 Abs 2 TKG 2003 eingebrachten Schriftsatz vom 04.02.2011, ON 12, erstattet und ist daher nach der zitierten Bestimmung nicht zu berücksichtigen.

5.3.6.6. Sonstige Regelungen betreffend Entgelte

Die in den Punkten 8.4, 8.5 und 8.7 angeordneten Regelungen – Fälligkeit/Verzug, Verzugszinsen, Steuern – entsprechen der ständigen Regulierungspraxis, stellen einen angemessenen Ausgleich der beteiligten Interessen sicher und entsprechen auch den diesbezüglich im Wesentlichen übereinstimmenden Anträgen der Parteien. Insbesondere wurden die Verzugszinsen iHv 5% über dem Basiszinssatz übereinstimmend beantragt.

Auch die Anträge über die Regelung der Sicherheitsleistung stimmen weitgehend überein. Folgende Adaptierungen wurden jedoch auf Basis der zweckmäßig erscheinenden Argumentation der Antragsgegnerin vorgenommen:

Nach Punkt 8.6.1 kann eine Sicherheitsleistung nicht erst nach einem Jahr, sondern bereits ab der Übergabe der mitbenutzten Infrastruktur gefordert werden. Im ersten Jahr ist die Höhe mit dem prognostizierten Dreimonatsumsatzsaldo, danach mit dem durchschnittlichen Dreimonatsumsatzsaldo der letzten vier Quartale begrenzt.

Ebenso zweckmäßig und angemessen ist die von der Antragsgegnerin in Punkt 8.6.3 eingefügte Regelung über die Verpflichtung des Empfängers der Sicherheitsleistung, diese nach jeder Beendigung des durch diese Anordnung begründeten Vertragsverhältnisses binnen zwei Wochen zurückzustellen.

5.3.7. Zu den Punkten 9 und 10 - Pflichten des Nutzungsgebers und des Nutzungsberechtigten

Auch die Anträge über die weiteren Pflichten der Anordnungsparteien stimmen inhaltlich überein, wurden aber über Antrag der Antragsgegnerin geringfügig anders strukturiert bzw nummeriert.

5.3.8. Zu Punkt 11 - Haftung

Die Telekom-Control-Kommission erachtet die angeordnete allgemein gefasste Regelung betreffend die wechselseitige Haftung nach den schadenersatzrechtlichen Bestimmungen für geeignet, wobei auf Basis des Antrags der Antragsgegnerin die Haftung auf grobes Verschulden eingeschränkt wurde.

5.3.9. Zu Punkt 12 – Anordnungsdauer, Kündigung

Die Anordnung in den Punkten 12 und 12.1 über die grundsätzlich unbefristete Dauer und die ordentliche Kündigungsmöglichkeit frühestens nach Ablauf von zwanzig Jahren beruht auf übereinstimmenden Anträgen der Parteien. Da das Mitbenutzungsrecht längstens binnen zwei Monaten ab Rechtskraft ausgeübt werden muss, widrigenfalls diese Möglichkeit verfällt, wurde in Punkt 12 klargestellt, dass die grundsätzlich unbestimmte Geltung unter dem Vorbehalt des Punktes 2 (erster Absatz, vorletzter und letzter Satz) steht.

Die in Punkt 12.2.1 angeordneten außerordentlichen Kündigungsgründe entsprechen der Regulierungspraxis, erscheinen zweckmäßig und angemessen und wurden auch im Wesentlichen in dieser Form übereinstimmend beantragt.

Ein außerordentlicher Kündigungsgrund wegen betrieblicher Unzumutbarkeit nach Punkt 12.2.1, Unterpunkt 1 ist – entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin – für die Antragstellerin insbesondere auch dann gegeben, wenn sie alle mittels der anordnungsgegenständlichen Infrastruktur angebotenen Kunden aus Gründen, die sie nicht selbst verursacht hat, verliert. Die in diesem Zusammenhang von der Antragsgegnerin ins Treffen geführten Argumente überzeugen nicht. So geht gemessen an der grundsätzlich 20-jährigen Laufzeit dieser Anordnung, insbesondere das Argument, wonach das Risiko des Kundenverlustes

„durch stärkere bzw. längere Kundenbindung abzufedern“ sein könnte, ins Leere. Auch der weiteren Argumentation, dass ein erhebliches Missbrauchspotenzial durch Zusammenwirken der Antragstellerin mit einem Kunden gegeben sein könnte, wird nicht gefolgt, da ein derartiges Zusammenwirken zwischen der Antragstellerin und einem (Geschäfts-)Kunden zu dem Zweck, die Antragsgegnerin als Vorleistungserbringer zu schädigen, angesichts der damit verbundenen Nachteile (zB Serviceunterbrechungen) und Aufwendungen (Transaktionskosten) wenig wahrscheinlich ist. Demgegenüber erachtet die Telekom-Control-Kommission die mögliche Konsequenz, dass die Antragstellerin trotz nicht selbst verursachten Verlustes aller Kunden langfristig weiterhin an die Anordnung gebunden sein sollte, als nicht angemessen. Dies würde auch der Intention der §§ 8 ff TKG 2003, nämlich der Sicherstellung einer effizienten Nutzung vorhandener Infrastruktur, nicht entsprechen, da faktisch nicht benutzte Leitungen blockiert und somit für allenfalls vorhandene andere Nachfrager nicht verfügbar wären.

Das außerordentliche Kündigungsrecht nach Punkt 12.2.2 beruht auf § 11 TKG 2003, betrifft aber im Unterschied zu Punkt 7 des Anordnungstextes (vgl. oben Punkt 5.3.5) die Situation, dass eine Verfügung der Antragsgegnerin über ihre Anlagen zwingend die gänzliche oder teilweise Beendigung der Mitbenutzung erfordert. Diese Situation wird insbesondere dann gegeben sein, wenn bei der Antragsgegnerin kurzfristiger, konkret nachweisbarer Eigenbedarf an der mitbenutzten Infrastruktur oder Teilen davon eintritt oder wenn die gänzliche Entfernung der Anlagen erforderlich wird. Die Parteien haben in diesem Fall unmittelbar nach Ausspruch der Kündigung mit Verhandlungen über die genauen Umstände der Änderung (zB verkürzte Streckenführung) oder der Beendigung und Abwicklung des Mitbenutzungsverhältnisses zu beginnen. Da auch die Modalitäten bei bzw. nach Beendigung des Mitbenutzungsrechts eine „Vereinbarung über das Mitbenutzungsrecht“ iSd § 9 TKG 2003 betreffen, besteht auch diesbezüglich (bei Vorliegen der verfahrensrechtlichen Voraussetzungen) die Möglichkeit, die Entscheidung der Telekom-Control-Kommission nach § 9 TKG 2003 zu beantragen, die allerdings wegen der Subsidiarität der Anordnung zum Vertrag bzw zum bestehenden vertragsersetzenden Bescheid erst nach Ablauf der Kündigungsfrist wirksam werden kann. Die Frist von 12 Wochen beruht auf der in § 9 TKG vorgesehenen Verfahrensdauer. Die Antragsgegnerin kann gemeinsam mit der Kündigung eine Nachfrage nach § 9 TKG 2003 übermitteln und nach vier Wochen einen Antrag an die Telekom-Control-Kommission stellen. Unter Berücksichtigung der zweiwöchigen Stellungnahme- und der sechswöchigen Entscheidungsfrist kann zum Ablauf der Kündigungsfrist, allenfalls mit Zwischenbescheid, über die Berechtigung der Kündigung und die Modalitäten des in geänderter Fassung weiterbestehenden Mitbenutzungsrechts oder dessen Beendigung entschieden werden. Bei der Vereinbarung über die Auflösung bzw. in einem allfälligen diesbezüglichen Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission werden insbesondere die Voraussetzungen des § 11 TKG zu prüfen sein. Bis zur Einigung bzw. Entscheidung wird – außer bei Gefahr im Verzug; dazu sogleich – zur Vermeidung einer Regelungslücke das aufgekündigte Anordnungsverhältnis vorläufig weiter angewendet.

Ebenfalls unter dem Titel des künftigen Eigenbedarfs beantragte die Antragsgegnerin eine außerordentliche Kündigungsmöglichkeit bei Gefahr in Verzug. Diese Regelung erachtet die Telekom-Control-Kommission als erforderlich und angemessen, da die Antragsgegnerin primär ein Energieversorgungsunternehmen ist und daher allfällige Gefahrenlagen hinsichtlich dieses Tätigkeitsbereichs über die beantragte raschere Kündigungsmöglichkeit berücksichtigt werden müssen. Die in Punkt 12.2.2 angeordnete Regelung entspricht weitgehend dem Antrag, wurde aber dahingehend ergänzt, dass die Verständigung der Antragstellerin „begründet“ zu erfolgen hat.

5.3.10. Zu Punkt 13 – Schlussbestimmungen

Ebenso entsprechen die in Punkt 13 angeordneten Schlussbestimmungen der Regulierungspraxis, sind zweckmäßig und angemessen und wurden im Wesentlichen von beiden Parteien in dieser Weise beantragt. Die von der Antragsgegnerin diesbezüglich beantragte Ergänzung, wonach die Antragsgegnerin hinsichtlich aller Gebühren schad- und klaglos zu halten sei, ist bereits in Punkt 10.5 abgebildet und wurde daher bei den Schlussbestimmungen nicht nochmals aufgenommen.

III. Rechtsmittelbelehrung

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

IV. Hinweise

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof oder den Verwaltunggerichtshof 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 22.03.2011

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann