

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Elfriede Solé als Vorsitzende sowie durch Dr. Erhard Fürst 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 ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft, vertreten durch Lansky, Ganzger und Partner Rechtsanwälte GmbH, Rotenturmstraße 29/9, 1010 Wien, in der Sitzung vom 20.11.2009 einstimmig beschlossen:

I. Spruch

A. Mitbenutzungsanordnung

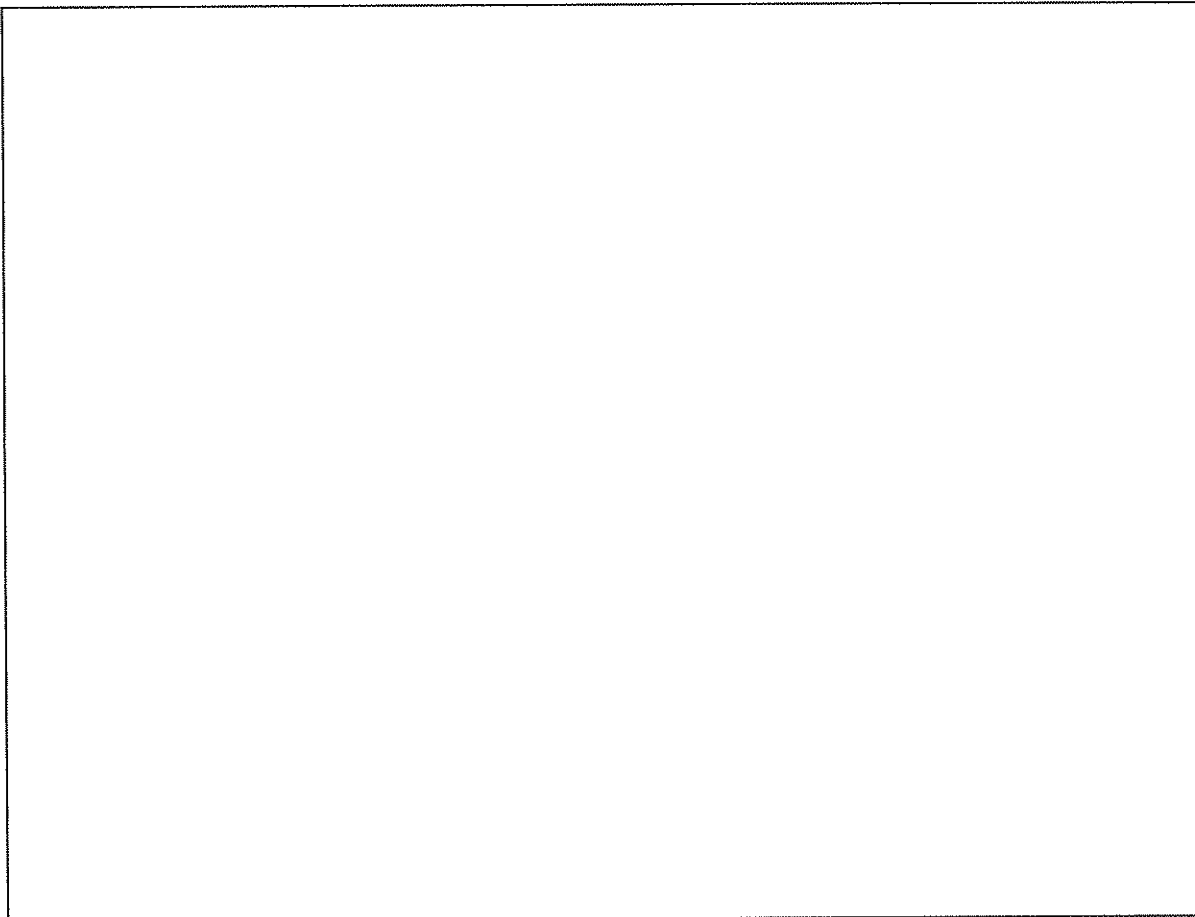
Gemäß §§ 8, 9 iVm §§ 117 Z 1 Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl I Nr. 70/2003 idF BGBl I Nr. 65/2009 (im Folgenden „TKG 2003“) wird folgende vertragsersetzende Regelung zwischen der Silver Server GmbH und der ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft angeordnet:

„Anordnung über die Mitbenutzung von Leerverrohrungen

1. Anordnungsgegenstand

Gegenstand dieser Anordnung ist die Regelung der Mitbenutzung iSd §§ 8ff TKG 2003 einer Leerverrohrung der ÖBB- Infrastruktur Aktiengesellschaft („Nutzungsgeber“, „NG“) durch die Silver Server GmbH („Nutzungsberechtigter“, „NB“) zur Anbindung des Objekts 1020 Wien, [REDACTED], an das Netz des NB.

Dem NB wird dazu in 1020 Wien laut dem nachfolgend dargestellten Plan auf der Strecke zwischen dem Schacht [REDACTED] über die Schächte [REDACTED] bis zum Schacht [REDACTED] das Recht auf Mitbenutzung einer Leerverrohrung (ausgeführt mit [REDACTED]) des NG für die Errichtung einer Kommunikationslinie sowie die Mitbenutzung der genannten Schächte im erforderlichen Ausmaß nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen eingeräumt:



2. Beginn und Umfang der Mitbenutzung

Der NG räumt dem NB das Recht ein, in der oben näher bezeichneten Leerverrohrung, eine Kommunikationslinie für Zwecke von Telekommunikationsdiensten iSd § 3 Z 21 TKG 2003 durch Einbringen eines Lichtwellenleiters zu errichten und zu betreiben. Der NB nutzt diese Kommunikationslinie ausschließlich im Rahmen seiner Berechtigung zur Erbringung von Telekommunikationsdiensten zur Anbindung des Objekts 1020 Wien, [REDACTED], an das eigene Netz des NB. Das Mitbenutzungsrecht darf ausgeübt werden, sobald der NB dem NG glaubhaft gemacht hat, dass die zur Anbindung des Objekts 1020 Wien,

Es dürfen nur Kommunikationslinien eingebracht werden, die im Betrieb keine störenden Auswirkungen auf Dienste des NG haben.

6. Wartung/Instandsetzung der Anlagen des NG

Der NG ist verpflichtet, die mitbenutzte Leerverrohrung in einem für die Mitbenutzung brauchbaren Zustand zu erhalten. Die für notwendige Erhaltungsarbeiten anfallenden Kosten sind zwischen NG und NB angemessen aufzuteilen. Im Zweifel werden die Kosten zu gleichen Teilen getragen.

Wird bei der Instandsetzung der Anlagen des NG auch 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 eingebrachten Einrichtungen oder der über diese erbrachten Services des NB sind so gering wie möglich zu halten.

Ergeben sich beim NG konkrete Hinweise auf eine aktuelle Gefährdung oder Beeinträchtigung der Schieneninfrastruktur des NG oder der darüber erbrachten Dienste durch Maßnahmen zur Einbringung der Einrichtungen des NB, durch den laufenden Betrieb dieser Einrichtungen oder deren Wartung, ist der NG ausnahmsweise berechtigt, unmittelbar und ohne vorherige Verständigung des NB alle erforderlichen Maßnahmen zur Beseitigung dieser Gefährdung oder Beeinträchtigung zu treffen. Der NB ist jedenfalls sobald wie möglich von den vorgenommenen Maßnahmen, deren Grund und der voraussichtlichen Dauer einer Beeinträchtigung der Mitbenutzung zu verständigen. 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. Wartung der vom NB eingebrachten Einrichtungen

Der NB ist berechtigt, Wartungsmaßnahmen oder Reparaturarbeiten an den von ihm eingebrachten Einrichtungen selbst durchzuführen. Der Zugang zu den Anlagen des NG ist jedoch auch in diesem Fall nur in Abstimmung mit dem NG an den in Punkt 1 genannten Schächten gestattet. Der NG hat dem NB in diesem Fall einen innerhalb der auf den Zugang der Anfrage folgenden fünf Arbeitstage liegenden Termin bekannt zu geben, an dem der Zugang zu den entsprechenden Kabelschächten ermöglicht wird.

In dringenden Fällen hat der NG unverzüglich, jedenfalls aber innerhalb des auf die Anfrage folgenden Arbeitstages den Zugang zu den Anlagen zu ermöglichen. Ein dringender Fall liegt vor, wenn der NB dem NG bei der Störungseinmeldung glaubhaft macht, dass wegen der Störung der eingebrachten Einrichtungen die Erbringung des Endkundenservices nicht mehr möglich ist.

Der NG ist in jedem Fall berechtigt, auf Kosten des NB eine Bauaufsicht zu stellen.

Wird bei der Instandsetzung der Einrichtungen des NB auch eine Beschädigung von Anlagen des NG festgestellt, informiert der NB den NG unverzüglich darüber.

8. 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 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. Der NB hat rechtzeitig die erforderlichen Vorkehrungen, gegebenenfalls auch die Verlegung seiner Anlage, auf eigene Kosten durchzuführen.

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 Anzeige 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 zum Schadenersatz verpflichtet.

Der NG ist auch zum Schadenersatz verpflichtet, wenn er vorsätzlich durch eine unrichtige Anzeige 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 Anlage 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.

9. Entgelte

9.1. Höhe des monatlichen Entgelts

Für die anordnungsgegenständliche Mitbenutzung hat der NB an den NG ab dem Zeitpunkt, in dem das Mitbenutzungsrecht nach Punkt 2 ausgeübt werden kann, ein monatliches Entgelt in Höhe von 0,64 Euro pro Laufmeter zu bezahlen. Die Summe der Luftlinienentfernungen zwischen den in Punkt 1 genannten Einstiegsschächten gilt solange als Entfernung, bis der NG dem NB die tatsächliche Länge der mitbenutzten Leerverrohrung in Laufmetern glaubhaft macht.

9.2. Wertsicherung des monatlichen Entgelts

Das monatliche Entgelt ist nach Maßgabe folgender Regelung 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 November 2009 errechnete Indexzahl. Schwankungen der Indexzahl nach oben oder unten bis ausschließlich 5 % bleiben unberücksichtigt. Diese Schwankungsbreite ist bei jedem Überschreiten nach oben oder unten neu zu berechnen, wobei stets die erste außerhalb des jeweils geltenden Spielraumes gelegene Indexzahl die Grundlage sowohl für die Neufestsetzung des Forderungsbetrages als auch für die Berechnung des neuen Spielraumes zu bilden hat. 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.

9.3. 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.

9.4. 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.

9.5. Verzugszinsen

Bei der Verzögerung der Zahlung von Geldforderungen beträgt der gesetzliche Zinssatz acht 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.

9.6. Sicherheitsleistungen

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

9.6.1. Höhe der Sicherheitsleistung

Eine Sicherheitsleistung kann erstmals ein Jahr nach dem Einbringen der Einrichtungen des NB in die mitbenutzte Leerverrohrung gefordert werden. Es 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.

9.6.2. 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 7 Tagen zu setzen. Wird die Sicherheit nicht binnen dieser Nachfrist gelegt, so kann eine außerordentliche Kündigung gemäß Punkt 13.2.1 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 9.6.1 angepasst, wobei im Fall einer Akonto-Zahlung die pro Quartal angefallenen Zinsen in der Anpassung Berücksichtigung finden.

9.6.2.1. 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.

9.6.2.2. Bankgarantie

Jene Partei, die eine Sicherheit zu leisten hat, hinterlegt bei der anderen Partei eine Bankgarantie in der Höhe gemäß Punkt 9.6.1.

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 9.6.1 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 vorzuliegen.

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

9.6.2.3. 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 9.6.1.

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 9.6.2 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.

9.6.3. Rückgabe der Sicherheitsleistung

Der Empfänger der Sicherheitsleistung ist jederzeit berechtigt, diese zur Gänze oder teilweise zurückzustellen.

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

9.6.4. 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 ehe baldigst zur Kenntnis bringen. In diesem Fall ist die die Sicherheit leistende Partei verpflichtet, binnen 14 Tagen neuerlich eine Sicherheitsleistung in der Höhe gemäß Punkt 9.6.1 zu erlegen.

9.7. 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.

10. Pflichten des Nutzungsgebers

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

1. 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.

2. 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. Der NG hat dafür Sorge zu tragen, dass während der gesamten Dauer dieser Anordnung ein Koordinator bestellt ist.

3. Der NG hat bei Überlassung oder Übertragung der anordnungsgegenständlichen Leerverrohrung an Dritte sicherzustellen, dass die Verpflichtungen aus dieser Anordnung auf diese überbunden werden und der Betrieb der bereits bestehenden Einrichtungen des NB nicht beeinträchtigt wird. Der NG teilt dem NB unverzüglich die erfolgte Überlassung oder Übertragung der anordnungsgegenständlichen Leerverrohrung an Dritte mit.

11. Pflichten des Nutzungsberechtigten

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

1. 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 Eisenbahn oder ihr Zugehör oder die regelmäßige und sichere Führung des Betriebes der Eisenbahn und des Betriebes von Schienenfahrzeugen auf der Eisenbahn sowie des Verkehrs auf der Eisenbahn gefährdet wird (§ 43 EisebG 1957).
2. 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.
3. Sofern der NB nicht zugleich Eigentümer der oder Verfügungsberechtigter über die Liegenschaften ist, über die die vom NG anordnungsgegenständlichen Leerverrohrungen geführt werden, hat der NB für alle Liegenschaften, Gebäude und Räume, die für die Nutzung der mitbenutzten Leerverrohrungen allenfalls erforderliche Zustimmungen des Eigentümers oder sonstigen Verfügungsberechtigten zur Mitbenutzung einzuholen. Der NG ist nicht verpflichtet, die Zustimmungen zu überprüfen oder einzufordern.
4. 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.
5. Der NB wird den NG für allfällige Nachteile, die aus der Verletzung der Verpflichtungen der Punkte 3 und 4. resultieren sollten, schad- und klaglos halten.

12. Haftung

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

13. Anordnungsdauer, Kündigung

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

13.1. Ordentliche Kündigung

Beide Anordnungspartner können diese Anordnung frühestens nach Ablauf von dreißig Jahren ab Rechtskraft, jeweils unter Einhaltung einer sechsmonatigen Frist zum Monatsende schriftlich kündigen. Das Recht auf außerordentliche Kündigung der Anordnung gemäß Punkt 13.2.2 wegen Änderung der Anlagen des NG bleibt davon unberührt.

13.2. Außerordentliche Kündigung

13.2.1. 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. bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der anderen Partei unbeglichene Forderungen aus diesem Anordnungsverhältnis bestehen oder wenn die Eröffnung eines solchen Verfahrens mangels Masse abgelehnt wird;
5. die Partei eine geforderte Sicherheitsleistung gemäß Punkt 9.6 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 und mit diesen die Anlagen des Anordnungspartners von der Liegenschaft entfernen muss.

13.2.2. Außerordentliche Kündigung des NG gemäß § 11 TKG 2003

Erfordert eine Verfügung des NG über seine Liegenschaften oder Anlagen zwingend die Entfernung der vom NB eingebrachten Einrichtungen, so hat der NG das Recht, die Anordnung unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten zum Monatsletzten außerordentlich zu kündigen. Die Entfernung der Einrichtungen ist nur dann zwingend erforderlich, wenn nicht mit einer Verlegung der Einrichtungen iSd Punktes 8 dieser Anordnung vorgegangen werden kann.

Die Parteien treten in diesem Fall unmittelbar nach Ausspruch der Kündigung in Verhandlungen über die genauen Umstände der Beendigung und Abwicklung des Mitbenutzungsverhältnisses, wie die Entfernung oder allenfalls Übernahme der eingebrachten Einrichtungen gegen Ablöse des Zeitwertes, 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 auch über den Kündigungstermin hinaus vorläufig weiter angewendet.

14. 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.“

B. Zurückweisungen

1. Der Antrag der Silver Server GmbH vom 28.08.2009, die Telekom-Control-Kommission möge unverzüglich die Mitbenutzung sämtlicher vorhandener Leerverrohrungen (Ducts) und unbeschalteter Leitungen in Erdkabeln (Dark Fiber) der ÖBB-Infrastruktur AG durch die Silver Server GmbH anordnen, wird zurückgewiesen.
2. Der Antrag der Silver Server GmbH vom 28.08.2009, die Telekom-Control-Kommission möge unverzüglich die Mitbenutzung von unbeschalteten Leitungen in Erdkabeln (Dark Fiber) der ÖBB-Infrastruktur AG durch die Silver Server GmbH anordnen, wird zurückgewiesen.
3. Der Antrag der Silver Server GmbH vom 13.11.2009, ON 33, auf Erweiterung der Anordnung auf zusätzliche Nutzung der mitzubeneutzenden Infrastruktur wird gemäß § 13 Abs 8 AVG zurückgewiesen.

II. Begründung

A. Gang des Verfahrens

Mit Schriftsatz vom 26.08.2009, eingelangt am 28.08.2009 (ON 1) bzw nach auftragener Verbesserung vom 10.09.2009 (ON 5) brachte die Silver Server GmbH (in der Folge: Silver Server) einen auf §§ 8f TKG 2003 gestützten Antrag auf Mitbenutzung von Leerverrohrungen und unbeschalteten Glasfasern gegen die (damals noch) ÖBB-Infrastruktur Bau AG ein.

Mit Schriftsatz vom 07.10.2009 (Postaufgabe), eingelangt am 12.10.2009, nahm die inzwischen zur ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft (in der Folge: ÖBB) umgewandelte Antragsgegnerin fristgerecht iSd § 9 Abs 2 TKG 2003 zum Antrag Stellung (ON 11).

Am 23.10.2009 und am 04.11.2009 fanden Augenscheintermine durch die von der Telekom-Control-Kommission bestellten Amtssachverständigen mit Vertretern der ÖBB zur Ermittlung der vorhandenen Infrastruktur der ÖBB statt.

Am 03.11.2009 wurde den Parteien das Gutachten der Amtssachverständigen, am 06.11.2009 ein Nachtrag zu diesem Gutachten gemäß § 45 AVG übermittelt.

Am 06.11.2009 wurde über Antrag der ÖBB Ing. [REDACTED] als Zeuge einvernommen (ON 26).

Am 10.11.2009 fand eine mündliche Verhandlung vor der Telekom-Control-Kommission im Beisein beider Parteien statt (ON 31).

Am 13.11.2009 langten Stellungnahmen der Parteien zum Gutachten samt Nachtrag ein (ON 33 und ON 35). Am 19.11.2009 übermittelte die Antragsgegnerin eine weitere Stellungnahme (ON 37).

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Status der Verfahrensparteien

Die ÖBB-Infrastruktur AG ist ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen iSd § 1a EisbG 1957 idgF (ON 11).

Silver Server 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 20.07.2009 fragte Silver Server bei der Antragsgegnerin (damals: ÖBB-Infrastruktur Bau AG) „gemäß § 8 Telekommunikationsgesetz (TKG) ein Mitbenutzungsrecht der vorhandenen Leerrohre“ zwischen dem Objekt [REDACTED], 1020 Wien, und folgenden Übergabepunkten der Silver Server nach:

[REDACTED]

(Beilage ./2 zu ON 1).

Mit E-Mail vom 18.08.2009, dehnte Silver Server die Nachfrage auch auf „verfügbare LWL-Kabel“ aus (Beilage .13 zu ON 1). Weitere Nachfragen bei der Antragsgegnerin erfolgten nicht (ON 4, Punkt 1).

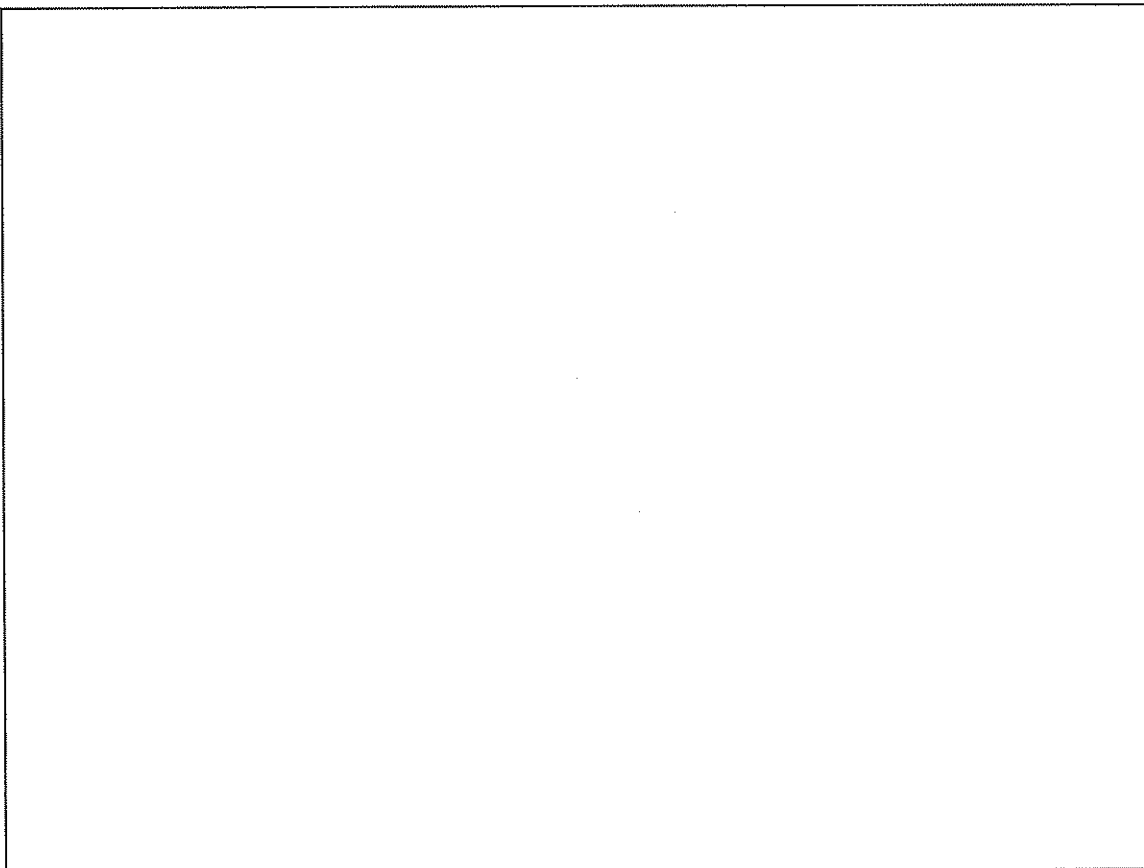
3. Zur Infrastruktur der ÖBB

In der verfahrensgegenständlich relevanten Umgebung zwischen den nachgefragten Standorten der Silver Server GmbH

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

und dem Objekt [REDACTED], 1020 Wien, bestehen freie Rohrzüge (Leerverrohrungen) der ÖBB-Infrastruktur AG nur auf der etwa [REDACTED] langen Strecke entlang der ÖBB-Schächte [REDACTED], also von [REDACTED] laut dem im

Folgenden dargestellten Plan:



Am Streckenabschnitt [REDACTED] bestehen fünf freie Rohrzüge, am Streckenabschnitt [REDACTED] bestehen drei freie Rohrzüge (Gutachten ON 23a, Punkt 5.1). Die Antragsgegnerin ist Inhaberin dieser Rohrzüge (ON 11, Punkt 3.1).

Bei den freien Rohrzügen auf der Wegstrecke entlang der ÖBB-Schächte [REDACTED] handelt es sich um eine Formsteintrasse [REDACTED] (Gutachten ON 23a, Punkt 5.4). Eine Einbringung von Microducts in diese Rohrzüge ist von der ÖBB derzeit nicht geplant (ON 26, Seite 3).

Leerverrohrung zwischen den Schächten [REDACTED] gibt es derzeit nicht (ON 26, Seite 2).

Es bestehen seitens ÖBB technische Bedenken gegen eine gemeinsame Nutzung von Verrohrungen, weil es durch die vor und beim Einbringen zusätzlicher fremder Kabelleitungen in gemeinsam genutzte Rohrzüge erforderlichen Arbeiten zu Beschädigungen an Kabelleitungen der ÖBB kommen kann (ON 26, Seite 3).

5. Zu den Entgelten für die gegenständliche Infrastruktur

Die ÖBB-Infrastruktur AG vermietet keine Telekommunikationsinfrastruktur, auch nicht an ihre Tochtergesellschaft ÖBB Telekom Service GmbH. An Eisenbahnverkehrsunternehmen werden Kommunikationsleistungen, wie zB Monitoranzeigen oder Lautsprecherdurchsagen, lediglich im Rahmen der Zugangsleistung zur Verfügung gestellt. Vergleichspreise für die verfahrensgegenständliche Leistung konnten nicht festgestellt werden (Gutachten ON 23a, Punkte 6 und 6.3 sowie Protokollberichtigung vom 10.11.2009; Anlage zu ON 26).

Die Kosten (Preisbasis 2009) der Errichtung einer technisch vergleichbaren Infrastruktur, mit vergleichbaren Kapazitäten und in vergleichbarer Lage für einen antragsgegenständlichen Rohrzug auf der Wegstrecke entlang der ÖBB-Schächte [REDACTED] können pro Laufmeter mit Euro 0,64 abgeschätzt werden. Darin sind sonstige, neben den Errichtungskosten sowie den Kapitalkosten anfallende Kosten, die anlässlich der Mitbenutzung entstehen können, nicht berücksichtigt (Gutachten ON 23a, Punkte 6.1 und 6.2).

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.

Zu den die ÖBB betreffenden Feststellungen ist festzuhalten, dass die Amtssachverständigen in ihren Gutachten und im Rahmen der Berichterstattung in den Sitzungen der Telekom-Control-Kommission darauf hingewiesen haben, dass sich die Antragsgegnerin bei der Vereinbarung und Durchführung der kurzfristig erforderlichen Lokalausweise durchwegs kooperativ verhalten hat. Diese Darstellung der Amtssachverständigen deckt sich auch mit dem Eindruck, den die Telekom-Control-Kommission aus den Schriftsätzen der ÖBB samt Beilagen gewonnen hat. An der Richtigkeit und Vollständigkeit der von der ÖBB im Verfahren gemachten Angaben besteht daher auch aus diesen Gründen kein Zweifel.

Die negative Feststellung hinsichtlich der Durchgängigkeit der in den Schächten freien Rohrzüge beruht auf den diesbezüglichen Angaben im Gutachten ON 23a. Im Hinblick auf die kurze gesetzliche Entscheidungsfrist und die Wirtschaftlichkeit der Verfahrensführung iSd § 39 Abs 2 AVG kann die Durchgängigkeit der Rohrzüge nicht geprüft werden.

Die (negative) Feststellung über das Nichtvorliegen von Vergleichspreisen ist, neben den in Klammer angeführten Beweismitteln, auch darauf zurückzuführen, dass – ganz im Gegensatz zur Antragsgegnerin – die Antragstellerin trotz mehrfacher Aufforderungen (ON 3, 4 und 6) ihrer Mitwirkungsverpflichtung iSd einschlägigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs (Erk. vom 11.12.2002, 2000/03/0190) nicht nachgekommen ist und offenbar vorhandene (ON 7, Punkt 2.5) Verträge über Dark Fiber nicht vorgelegt hat. Die Beurteilung der von Silver Server dazu thematisierten Frage, welche Schlüsse im Hinblick auf die ausschließliche Verfahrensgegenständlichkeit von Leerverrohrungen aus Verträgen über Dark Fiber hätten gezogen werden können, wäre ausschließlich der Telekom-Control-

Kommission obliegen. Die Verweigerung der Vorlage dieser Verträge durch die Antragstellerin war daher, auch im Hinblick auf die Kürze der gesetzlichen Entscheidungsfrist, im Rahmen der Beweiswürdigung ebenso zu berücksichtigen, wie die auch im Gutachten ON 23a, Punkt 6 angesprochene Tatsache, dass der von Silver Server ins Verfahren eingebrachte Vergleichs(kauf)preis von einmalig 30 Euro pro Laufmeter in keiner Weise hinsichtlich seiner Vergleichbarkeit konkretisiert wurde.

Zur Feststellung der Kostenabschätzung für einen antragsgegenständlichen Rohrzug mit monatlich 0,64 Euro pro Laufmeter wird darauf hingewiesen, dass diese Kostenermittlung bzw. –validierung im Gutachten ON 23a von den Parteien in ihren Stellungnahmen zum Gutachten nicht grundsätzlich kritisiert wurde. Lediglich Silver Server führte aus (ON 33), dass die Nutzungsdauer statt mit den von den Amtssachverständigen zu Grunde gelegten 30 Jahren mit 50 Jahren anzusetzen sei. Da Silver Server dabei aber, wie sich aus dem Hinweis auf die tatsächliche Errichtung der Anlage [REDACTED] ergibt, offenbar von einer (durchschnittlichen) technischen Nutzungsdauer von 50 Jahren und nicht von der im gegenständlichen Zusammenhang relevanten wirtschaftlichen Nutzungsdauer ausgeht, folgt die Telekom-Control-Kommission diesem Vorbringen nicht. Das Gutachten konnte somit auch in diesem Punkt der Feststellung zu Grunde gelegt werden.

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. 65/2009 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 Mitbenütungsrecht 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 Mitbenütungsrecht 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 Mitbenütungsrecht 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 Mitbenütungsrecht. Wenn, wie im gegenständlichen Fall, der potenziell Belastete unter Berufung auf eine abweichende Rechtsansicht keine Verhandlungen führt bzw. keine Mitbenutzung anbietet, kann zwar auf das Erfordernis der Verhandlungsführung, im Hinblick auf den diesbezüglich eindeutigen Wortlaut des § 9 TKG 2003 („kommt eine Vereinbarung ... binnen einer Frist von vier Wochen nicht zustande“) aber nicht auf die vierwöchige Frist verzichtet werden, zumal innerhalb dieser Frist eine Aufnahme von Verhandlungen durch die ÖBB immerhin möglich gewesen wäre.

Die Telekom-Control-Kommission hat nach Einlangen der Einwendung unverzüglich, längstens aber binnen 6 Wochen zu entscheiden. Daraus ist, wie auch die Antragsgegnerin im Schriftsatz ON 37, Punkte 1 und 2, insofern richtig ausführt, in Zusammenhang mit der Präklusionsbestimmung für die Einwendungen des Verpflichteten der Schluss zu ziehen, dass die nachträgliche Änderung eines einmal eingebrachten Antrags nicht möglich ist, sondern jeweils ein neuer Antrag mit neuer Einwendungs- und Entscheidungsfrist eingebracht werden muss, um dem engen verfahrensrechtlichen Regime gerecht werden zu können.

Eine Einschränkung des Antrags bzw. ein Teilzuspruch, zB wenn auch Teile der für die Realisierung des konkret nachgefragten Projekts insgesamt erforderlichen Strecke für eine Mitbenutzung sinnvoll sind, ist möglich, weil damit dem Verpflichteten Einwendungen nicht abgeschnitten werden und die unverzügliche Entscheidungspflicht der Telekom-Control-Kommission nicht unterminiert wird.

Hier betraf sowohl die Nachfrage als auch der ursprüngliche Antrag der Silver Server eine Mitbenutzung von Leerverrohrungen (nur) mit dem der Antragsgegnerin mitgeteilten Zweck, das Objekt 1020 Wien, [REDACTED], an das eigene Netz der Antragstellerin anbinden zu können. Erst im laufenden Verfahren (mündliche Verhandlung, ON 31; Schriftsatz ON 33) führte die Antragstellerin aus, dass die zur Mitbenutzung nachgefragte bzw. beantragte Leerverrohrung möglicherweise zusätzlich auch oder ausschließlich für andere, derzeit noch nicht konkret geplante Zwecke verwendet werden sollte. Selbst für die Anbindung des Objekts [REDACTED] bestehe kein konkreter Zeitplan. Insbesondere sei beabsichtigt, anderen Kunden entlang der Strecke [REDACTED] bessere Services anzubieten oder neue Kunden anzuschließen. Eine andere Beurteilung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit und/oder der technischen Vertretbarkeit, etwa durch zusätzliche Inanspruchnahme der Schächte für Abzweigungen, erhöhten Wartungsbedarf, oder durch andere Umstände, ist bei einer derartigen zusätzlichen Nutzung jedenfalls nicht auszuschließen. Die Telekom-Control-Kommission wertet diese Ausführungen der Antragstellerin als eine Antragsänderung bzw. –erweiterung, die jedoch aus den dargestellten Gründen das Wesen des Verfahrensgegenstandes iSd § 13 Abs 8 AVG verändert und daher unzulässig ist.

Die mögliche Mitbenutzung der Infrastruktur der Antragsgegnerin bleibt daher auf den im ursprünglichen Antrag genannten Zweck beschränkt. Umgekehrt ist der Antragstellerin jedoch zuzustimmen, wenn sie in ON 33 ausführt, dass mangels genauer Kenntnis der Infrastruktur der Antragsgegnerin auch Teile der für die Realisierung des verfahrensgegenständlichen Projekts insgesamt erforderlichen Strecke vom Antrag umfasst sind.

3. Zur Anwendbarkeit der Regelungen des 2. Abschnitts des TKG 2003 auf Eisenbahnunternehmen

Die Antragsgegnerin brachte im Verfahren wiederholt vor, das Eisenbahngesetz 1957 (EisbG) schließe als *lex specialis* die Anwendung des TKG 2003 auf die verfahrensgegenständliche Infrastruktur aus. Mitbenutzungsrechte an Schieneninfrastruktur seien ausschließlich im EisbG geregelt. Über die Vorfrage, ob es sich bei der nachgefragten Infrastruktur um Schieneninfrastruktur handle, sei nach § 11 EisbG zwingend die Entscheidung der Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie einzuholen. Eine Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission zur Anordnung eines Mitbenutzungsrechts nach dem 2. Abschnitt des TKG 2003 sei hinsichtlich der nachgefragten Infrastruktur nicht gegeben.

Dieser Rechtsansicht folgt die Telekom-Control-Kommission nicht. Das EisbG regelt lediglich die Mitbenutzung von Eisenbahninfrastruktur durch (andere) Eisenbahnunternehmen für deren Betriebszwecke, nicht aber die Mitbenutzung derartiger Infrastrukturen für Kommunikationszwecke. Auch die Materialien zur Novelle des TKG 2003, BGBl I Nr. 65/2009 (652/A XXIV. GP – Initiativantrag), führen ausdrücklich an, um „diesen

volkswirtschaftlich so wichtigen Ausbau der Glasfasernetz zu forcieren ... sollen auch bestehende Infrastrukturen verwendet werden dürfen". Dies betreffe „insbesondere ... leitungsgebundene Infrastrukturen außerhalb des Telekommunikationssektors.“ Da somit keine Einschränkung hinsichtlich besonderer Arten von Infrastrukturunternehmen, wie der ÖBB, gemacht wird, unterliegt auch deren Infrastruktur daher nunmehr grundsätzlich der Mitbenutzung nach § 8 TKG 2003. Die Frage, ob es sich bei der nachgefragten Infrastruktur um Schieneninfrastruktur handelt, ist somit auch keine Vorfrage für das gegenständliche Verfahren, sodass auch die genannte Entscheidung der Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie nicht einzuholen war. Zudem ist zu berücksichtigen, dass das TKG 2003 in der geltenden Fassung (BGBl. I Nr. 65/2009; in Kraft getreten am 16.07.2009) die später erlassene Norm darstellt und somit einer allenfalls bestanden habenden (bundesgesetzlichen) Einschränkung der Zugangsmöglichkeiten zu Schieneninfrastruktur derogiert hat.

Überdies nimmt § 13 Abs 5 TKG 2003 für den gravierendsten im 2. Abschnitt des TKG 2003 vorgesehenen Fall, nämlich die Enteignung, ausdrücklich auf das Verhältnis zwischen Telekommunikationsrecht und Eisenbahnrecht Bezug. Daraus ist abzuleiten, dass entgegen der im Schriftsatz der Antragsgegnerin der Antragsgegnerin ON 35 vertretenen Rechtsansicht das Verhältnis dieser Rechtsbereiche zwar sehr wohl berücksichtigt wurde – bei einer Novellierung des gesamten zweiten Abschnitts des TKG 2003 ist davon auszugehen, dass auch die Bestimmungen, die selbst nicht geändert wurden, zumindest mitberücksichtigt wurden – für die gegenüber einer Enteignung aber weniger eingriffsintensiven Rechte nach §§ 5 bis 8 TKG 2003 jedoch eine Sonderstellung des Eisenbahnrechts durch die Novelle BGBl. I Nr. 65/2009 nicht geschaffen oder aufrecht erhalten werden sollte.

Den im Schriftsatz ON 35 vorgebrachten weiteren Bedenken hinsichtlich der sicherheitsrelevanten Bestimmungen nach dem EisbG 1957 wurde im Übrigen insbesondere durch die Regelungen der Punkte 6 und 11 des Anordnungstextes Rechnung getragen.

Die Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission zur beantragten Entscheidung nach §§ 8f TKG 2003 ist daher gegeben.

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

§ 8 TKG 2003 idF BGBl. I Nr. 65/2009 lautet auszugsweise:

„(1a) Unter den Voraussetzungen der wirtschaftlichen Zumutbarkeit und der technischen Vertretbarkeit hat auch ein Inhaber von Kabelschächten, Rohren oder Teilen davon die Mitbenutzung für Kommunikationslinien zu gestatten.

(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 Mitbenutzung verbundenen sonstigen Kosten sowie die Marktüblichkeit von Entgelten angemessen zu berücksichtigen.“

Einleitend ist zum Vorbringen der Antragsgegnerin im Schriftsatz ON 11, Punkt 5.1, wonach die Antragstellerin lediglich ein Mitbenutzungsrecht nach § 8 Abs 1, nicht auch nach § 8 Abs 1a TKG 2003, beantragt habe, auszuführen, dass der Antrag erkennbar auf Mitbenutzung einer Leerverrohrung gerichtet ist. Die Anführung einer möglicherweise unrichtig herangezogenen Rechtsgrundlage macht den Antrag, zumal bei einer nicht anwaltlich

vertretenen Partei, nicht unzulässig. Auch eine Mitbenutzung nach § 8 Abs 1a TKG 2003 ist daher verfahrensgegenständlich.

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

4.1.1. Qualifikation der Infrastruktur und Inhabereigenschaft

Bei den derzeit ungenutzten, [REDACTED] Rohrzügen auf der anordnungsgegenständlichen Strecke bzw. den für den Zugang erforderlichen Schächten handelt es sich um für Zwecke von Kommunikationslinien nutzbare Rohre bzw. Kabelschächte iSd § 8 Abs 1a TKG 2003.

Die Antragsgegnerin ist Inhaberin dieser Rohrzüge.

4.1.2. Wirtschaftliche Zumutbarkeit

Bei der Prüfung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit berücksichtigt die Telekom-Control-Kommission neben den grundsätzlichen Fragen der Verfügbarkeit entsprechender Infrastruktur und des Entgelts für die Mitbenutzung insbesondere, ob und inwieweit aktueller Eigenbedarf der Antragsgegnerin an den vorhandenen Verrohrungen besteht.

Grundsätzlich sind drei freie Rohrzüge zwischen den Schächten [REDACTED] vorhanden, die für eine Mitbenutzung in Frage kommen. Da die Antragsgegnerin ein im Wesentlichen auf Basis ihrer eigenen Angaben ermitteltes angemessenes Entgelt erhält, spricht dem Grunde nach nichts gegen die Annahme der wirtschaftlichen Zumutbarkeit der Mitbenutzung eines Rohrzuges durch die Antragstellerin, zumal diese Mitbenutzung auf einen Verwendungszweck eingeschränkt wird (siehe oben Punkt II.D.2.2.2), zu dem die Antragsgegnerin die Möglichkeit zur Stellungnahme gemäß § 9 Abs 2 TKG 2003 hatte und wahrgenommen hat.

Die Antragsgegnerin hat nun in zweierlei Hinsicht Eigenbedarf an den Leerverrohrungen geltend gemacht. Einerseits konnte auf der gesamten Strecke aktueller Eigenbedarf an einem freien Rohrzug für Sicherheitszwecke festgestellt werden. Da über die anordnungsgegenständliche Strecke jedoch drei freie Rohrzüge vorhanden sind, steht dieser Eigenbedarf einer Mitbenutzung nicht grundsätzlich entgegen. Der Eigenbedarf wurde aber in der Form berücksichtigt, dass es der Antragsgegnerin im Hinblick auf die nicht abschließend geklärte Frage der Durchgängigkeit der Rohrzüge vorbehalten bleibt, vor der Einbringung der Einrichtungen der Antragstellerin selbst eine durchgängige Leerverrohrung auf der anordnungsgegenständlichen Strecke zu ermitteln, die für Zwecke der Reserve vorgehalten werden kann. Der aktuelle Eigenbedarf geht somit der Mitbenutzung vor. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die Antragsgegnerin nur vorhandene Infrastruktur zur Mitbenutzung anzubieten hat. Eine Verpflichtung, neue oder zusätzliche Infrastruktur zu verlegen, z.B. zum Setzen neuer Schächte, zum (nicht geplante) Einbringen von Microducts in vorhandene Leerverrohrungen, oder zur Sicherstellung der Durchgängigkeit der an den Schächten freien Rohrzüge, besteht nach §§ 8f TKG 2003 nicht. Aus diesem Grund ändert auch das Vorbringen der Antragsgegnerin in ON 33 über die Möglichkeit, allfälligen Eigenbedarf durch Einbringen von Microducts zu decken, nichts an dieser Beurteilung, wie auch die Antragsgegnerin im Schriftsatz ON 37, Punkt 3.2 richtig ausführt.

Den zusätzlich im Zusammenhang mit der Anbindung des [REDACTED] geltend gemachten Eigenbedarf an zwei weiteren Rohrzügen erachtet die Telekom-Control-Kommission im Hinblick darauf, dass dieses Projekt erst in den nächsten zwei bis drei Jahren realisiert werden wird und dass keine konkreten Pläne für die Nutzung gerade der verfahrensgegenständlichen Leerverrohrung bestehen, als nicht ausreichend konkret, um eine Mitbenutzung derzeit auszuschließen. Sollte dieser Bedarf allerdings in der Folge tatsächlich konkret nachweisbar werden, hat die Antragsgegnerin nach Punkt 13.2.2 des Anordnungstexts die Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung iSd § 11 TKG 2003.

Über das dargestellte Vorbringen hinausgehende „*Künftige technische Entwicklungen, welche die vorläufige Freihaltung von Leitungs-, Verrohrungs- und Schachtkapazitäten erfordern*“ iSd § 8 Abs 1b TKG 2003, wurden von der Antragsgegnerin nicht vorgebracht. Zusätzlich wird darauf hingewiesen, dass bei der gesamten Ausgestaltung des Anordnungstextes im Rahmen der Abwägung der Interessen auf die Zumutbarkeit iSd § 8 Abs 1a TKG 2003 Rücksicht zu nehmen war. Auf die Begründung unten in Punkt II.D.5 wird verwiesen.

Die Gestattung der Mitbenutzung im anordnungsgegenständlichen Umfang ist der Antragsgegnerin daher wirtschaftlich zumutbar iSd § 8 Abs 1a TKG 2003. Die Beurteilung der Frage, ob eine Realisierung des verfahrensgegenständlichen Projekts (Anbindung der [REDACTED]) im Hinblick auf die zusätzlich erforderlichen Eigenverlegungen im Vergleich zu einer direkten Anbindung für die Antragstellerin wirtschaftlich sinnvoll ist, bleibt dieser überlassen. Aus rechtlichen Gründen (siehe oben Punkt II.D.2.2.2) ist die Mitbenutzungsmöglichkeit jedoch auf diesen Verwendungszweck eingeschränkt.

4.1.3. Technische Vertretbarkeit

Da nach den Feststellungen aus technischer Sicht keine Bedenken gegen die Mitbenutzung eines freien Rohrzeuges durch die Antragstellerin im verfahrensgegenständlichen Umfang bestehen, ist diese Mitbenutzung iSd § 8 Abs 1a TKG 2003 technisch vertretbar. Die Telekom-Control-Kommission davon aus, dass Beeinträchtigungen der Infrastruktur der Antragsgegnerin bzw. der darüber erbrachten Dienste durch den bloßen Betrieb einer Glasfaserleitung kaum zu erwarten sind. Das Störungspotenzial durch die Einbringung der Einrichtungen der Antragstellerin bzw. deren Wartung, etc. ist dadurch auf ein zumutbares Maß reduziert, dass derartige Arbeiten, einschließlich des Zuganges zu den Schächten, nur durch die Antragsgegnerin bzw. in deren Beisein erfolgen können.

Die Antragstellerin wurde auch verpflichtet, die mitbenutzten Anlagen unter größtmöglicher Schonung zu benutzen sowie die Interessen der Antragsgegnerin zu wahren. Insbesondere sind iSd § 43 EisebG 1957 ausdrücklich die Errichtung von Anlagen oder die Vornahme sonstiger Handlungen verboten, durch die der Bestand der Eisenbahn oder ihr Zugehör oder die regelmäßige und sichere Führung des Betriebes der Eisenbahn und des Betriebes von Schienenfahrzeugen auf der Eisenbahn sowie des Verkehrs auf der Eisenbahn, insbesondere die freie Sicht auf Signale oder auf schienengleiche Eisenbahnübergänge, gefährdet wird. Ergeben sich dennoch konkrete Hinweise auf eine aktuelle Gefährdung oder Beeinträchtigung der Schieneninfrastruktur oder der darauf erbrachten Dienste, ist die Antragsgegnerin überdies berechtigt, unmittelbar und ohne vorherige Verständigung der Antragstellerin alle erforderlichen Maßnahmen zur Beseitigung dieser Gefährdung oder Beeinträchtigung zu treffen.

Die Mitbenutzung im anordnungsgegenständlichen Umfang ist für die Antragsgegnerin daher auch technisch vertretbar iSd § 8 Abs 1a TKG 2003.

4.1.4. Nutzung für Kommunikationslinien

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 1020 Wien, [REDACTED] geplant, um „den Nutzern neue innovative hochbitratige Breitband-Produkte anbieten“ zu können. Die Mitbenutzung soll daher für Kommunikationslinien iSd § 8 Abs 1a TKG 2003 erfolgen, ist aber auch auf diese Nutzungsart eingeschränkt (vgl. oben Punkt II.D.2.2.1).

4.1.5. Ergebnis

Die Antragsgegnerin ist daher zusammengefasst verpflichtet, der Antragstellerin die Mitbenutzung eines der vorhandenen unbenutzten Rohrzüge auf der Wegstrecke entlang der

ÖBB-Schächte [REDACTED], sowie die erforderliche Mitbenutzung dieser Schächte zu einem monatlichen Entgelt von 0,64 Euro pro Laufmeter für Telekommunikationslinien zu gestatten.

5. Zur Anordnung im Konkreten

5.1. Vertragsersetzende Wirkung des Bescheides nach § 9 TKG 2003

Seit der Novelle BGBl. I Nr. 65/2009 ist § 121 Abs 3 TKG 2003 auf Verfahren nach § 9 TKG 2003 nicht mehr anzuwenden. Diese Bestimmung normiert einerseits für bestimmte Verfahrenstypen ein verpflichtendes vorgelagertes Streitschlichtungsverfahren vor der RTR-GmbH, stellt aber andererseits auch ausdrücklich klar, dass Bescheide in den betroffenen Verfahren vertragsersetzende Wirkung haben. Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass die Novelle lediglich die Streichung des vorgelagerten Streitschlichtungsverfahrens erreichen wollte, damit „... Verfahren zur Einräumung des Leitungs- und/oder Mitbenutzungsrechts gestrafft werden ...“ (652/A XXIV. GP – Initiativantrag). Die Rechtsfolge, dass Bescheiden nach § 9 TKG 2003 nunmehr keine vertragsersetzende Wirkung mehr zukommen sollte, ist aus der Novelle aber nicht ableitbar. Diese vertragsersetzende Wirkung der Entscheidung der Telekom-Control-Kommission ergibt sich nämlich direkt aus § 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 Mitbenütungsrecht oder die Abgeltung ... nicht zustande“ kommt, die Regulierungsbehörde zur Entscheidung angerufen werden kann. Selbst wenn seit der Novelle BGBl. I Nr. 65/2009 § 121 Abs 3 TKG 2003, in dem ausdrücklich eine Vertragsersetzung angesprochen wird, nicht mehr auf Verfahren nach § 9 TKG 2003 anwendbar ist, zeigen die zitierten Bestimmungen des § 9 TKG 2003, dass bei der Mitbenutzung primär ein Vertrag das vom Gesetz intendierte Ziel ist. Ebenso wie bei Verfahren über Zusammenschaltung nach § 50 TKG 2003, ist das Nichtvorliegen eines Vertrages auch eine der Antragsvoraussetzungen der Verfahren nach § 9 TKG 2003. Die Anordnung der Telekom-Control-Kommission soll daher offenbar auch bei Streitigkeiten über Mitbenutzungsrechte den nicht zustande gekommenen Vertrag zu ersetzen.

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

Die Antragstellerin legte über Aufforderung einen Vertragstext vor, der allerdings – dem Informationsstand bei Verfahrenseinleitung entsprechend – grundsätzlich von der Verpflichtung der Antragsgegnerin ausgeht, Informationen über die vorhandene Infrastruktur bereitzustellen bzw Vertragsangebote zu legen. Zudem sind einige Regelungen allgemeiner Natur, nach Art eines Rahmenvertrages, und daher in dieser Form wegen des durch die

Nachfrage und den Antrag beschränkten Verfahrensgegenstandes nicht verfahrensgegenständlich. Die für die Entscheidung erforderlichen Tatsachenfeststellungen über die vorhandene Infrastruktur wurden im Rahmen dieses Verfahren getroffen. Auch die Legung von Angeboten muss nicht angeordnet werden, da der gegenständliche Bescheid bereits den Vertrag zwischen den Parteien ersetzt. Der von Silver Server beantragte Vertragstext konnte der Anordnung daher wegen dieser gänzlich anderen Ausrichtung bzw Struktur überwiegend nicht zu Grunde gelegt werden. Soweit einzelne Aspekte zweckmäßig und angemessen erschienen – wie zB die Verpflichtungen zur Bestellung von Koordinatoren – wurden sie jedoch berücksichtigt.

Soweit umgekehrt die in den Schriftsätzen erstatteten Vorbringen, wie zB Ausgleichszahlungen für Investitionen der Antragstellerin bei Beendigung der Mitbenutzung, unangemessen erschienen, wurden sie nicht in den Anordnungstext übernommen. Zu den von Silver Server in Punkt 4.5 der ON 1 gestellten Anträgen, bestimmte Verpflichtungen der Antragsgegnerin zur Legung von Angeboten anzuordnen, ist festzuhalten, dass diese ebenfalls, soweit es zweckmäßig erschienen ist, mitberücksichtigt wurden und daher mit der gegenständliche Anordnung miterledigt sind.

Die Antragsgegnerin übermittelte keinen ausformulierten Vertragstext, sondern ihre AGB zum Infrastrukturnutzungsvertrag und erklärte diese, nach Maßgabe der Anwendbarkeit (ON 35) zu ihrem Vorbringen. Im Übrigen kommentierte die Antragsgegnerin den von der Antragstellerin vorgelegten Vertragsentwurf (ON 11). Die auf das gegenständliche Mitbenutzungsverhältnis übertragbaren Bestimmungen dieser AGB bzw. das Vorbringen der Antragsgegnerin wurden beim Anordnungstext mitberücksichtigt.

Der angeordnete Vertragstext bringt die Interessen der Parteien iSd vom Verwaltungsgerichtshof geforderten fairen Ausgleichs in Einklang, ohne dabei aus den genannten Gründen den vorgelegten Vertragstext oder die ABG direkt übernehmen zu können.

5.3. Zu den angeordneten Regelungen im Einzelnen

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

Punkt 1 spezifiziert die Infrastruktur, zu deren Mitbenutzung die Antragstellerin berechtigt ist.

Zur Beschränkung der Mitbenutzung auf die Nutzung für Kommunikationslinien für Telekommunikationsdienste und auf das verfahrensgegenständliche Projekt zur Anbindung des Objekts [REDACTED] wird auf die Begründungen in den Punkten 2.2.1 und 2.2.2 verwiesen.

Da der Verfahrensgegenstand auf dieses Projekt beschränkt ist, war neben der ausdrücklichen Einschränkung auf die Anbindung des Objekts 1020 Wien, [REDACTED], auch das Erfordernis der Glaubhaftmachung konkreter Umsetzungspläne aufzunehmen. Dieses Erfordernis sicher stellt, dass kein unzulässiges Vorhalten der fremden Infrastruktur ohne die Realisierung des verfahrensgegenständlichen Projekts erfolgt. Das Mitbenutzungsrecht darf daher erst ausgeübt und das Entgelt darf erst verrechnet werden, wenn die geforderte Glaubhaftmachung erfolgt ist. Diese kann etwa durch die Vorlage von Verträgen über sonstige Mitbenutzungsrechte an bereits bestehender Infrastruktur, von Aufträgen an Bauunternehmen, etc. erfolgen und hat die gesamte über die mitbenutzte Infrastruktur hinausgehende Strecke zu umfassen, die für eine Verbindung des Objekts 1020 Wien, [REDACTED], mit einem der PoPs der Antragstellerin erforderlich ist. Die von der Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang in ON 37 vorgebrachte Rechtsmissbräuchlichkeit der Antragstellung, weil die Antragstellerin noch keine weiteren Informationen, etwa über andere vorhandene Infrastruktur, eingeholt hat, ist nicht gegeben, weil eine diesbezügliche Verpflichtung nicht besteht.

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 eingebrachten eigenen Einrichtungen dient der Erleichterung der Abwicklung des Mitbenutzungsverhältnisses.

5.3.3. Zu Punkt 4 - Abwicklung

Die Abwicklung der konkreten Realisierung ist grundsätzlich zwischen den Parteien im Wege der zu installierenden Koordinatoren abzustimmen. Gemäß § 9 Abs 1 TKG 2003 soll die Mitbenutzung ohne unnötige Verzögerung realisiert werden, wobei die Telekom-Control-Kommission auf Basis des Vorbringens der Antragsgegnerin im Schriftsatz ON 11, Seite 7, davon ausgeht, dass die Mitbenutzung längstens innerhalb von 2 Monaten nach Projektbeginn abgeschlossen sein wird. Zu den in diesem Zusammenhang von der Antragstellerin beantragten Pönalisierungen bei Verspätungen ist auszuführen, dass sich die Antragsgegnerin im Verfahren, wie im Rahmen der Beweiswürdigung dargestellt wurde, ausgesprochen kooperativ und konstruktiv gezeigt hat. Auch die Ablehnung von Verhandlungen bzw. von Vertragsanboten gegenüber Silver Server beruhte auf einer Rechtsansicht, die zwar von der Telekom-Control-Kommission nicht geteilt wird, liefert aber keinesfalls einen Hinweis darauf, dass sich die Antragsgegnerin auch nach einer Anordnung im gegenständlichen Verfahren weigern würde, ihren Verpflichtungen nachzukommen. Die Anordnung des beantragten Pönale ist daher unterblieben. Auf die Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission gemäß § 91 TKG 2003 wird in diesem Zusammenhang hingewiesen.

5.3.4. Zu Punkt 5 - Zugang zu den Anlagen des NG / Durchführung der Arbeiten

Wie bereits oben in Punkt 4.1.3 dargestellt, ist zur Sicherstellung der Zumutbarkeit der Mitbenutzung für die Antragsgegnerin der Zugang zu deren Anlagen ausschließlich in Abstimmung mit der Antragsgegnerin an den entsprechenden Schächten erlaubt. Ebenso sind sämtliche Arbeiten primär von der Antragsgegnerin (gegen Kostenersatz) durchzuführen, um Beeinträchtigungen bzw. allfällige Haftungsfragen möglichst hintanzuhalten.

Zur Begründung der Regelung über die Möglichkeit der Antragsgegnerin, einen Rohrzug als Reserve jedenfalls freihalten zu können, wird auf Punkt 4.1.2 verwiesen. Das Mitbenutzungsrecht muss diesbezüglich zwar hinter den nachgewiesenen Eigenbedarf zurücktreten, die Realisierung der Mitbenutzung darf jedoch nicht unnötig verzögert werden.

Wie bereits dargestellt, hat die Antragsgegnerin nur vorhandene Infrastruktur zur Mitbenutzung anzubieten. Eine Verpflichtung, neue oder zusätzliche Infrastruktur zu verlegen, z.B. das nicht geplante Einbringen von Microducts in die mitzubeneutzende Leerverrohrung, oder die Sicherstellung der Durchgängigkeit der an den Schächten freien Rohrzüge, besteht nach §§ 8f TKG 2003 nicht. Die Antragsgegnerin kann jedoch, sollte sich bei Einbringung der Einrichtungen der Antragstellerin zeigen, dass - allenfalls auch auf Teilstrecken – die für die Mitbenutzung in Aussicht genommene Leerverrohrung nicht durchgängig ist, die Mitbenutzung nicht ablehnen. Vielmehr ist gemeinsam solange die Einbringung auf einer der anderen vorhandenen Leerverrohrungen zu versuchen, bis eine durchgängige Leerverrohrung gefunden ist. Stellt sich heraus, dass keine bzw. nur die als Reserve vorgehaltene Verrohrung der ÖBB durchgängig ist, hat die Antragstellerin keinen Anspruch auf eine Ersatzlösung.

Die Regelung, wonach nur Kommunikationslinien eingebracht werden, die keine störenden Auswirkungen auf Dienste der Antragsgegnerin haben, dient der Sicherheit, wobei die Telekom-Control-Kommission wie bereits angesprochen grundsätzlich festgestellt hat, dass durch den Betrieb eines Lichtwellenleiters keine technischen Probleme zu befürchten sind.

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

Die Anordnung, dass der NG verpflichtet ist, die mitbenutzte Leerverrohrung in brauchbarem Zustand zu erhalten, dass aber die dafür notwendigen Kosten angemessen aufzuteilen sind, beruht auf der Überlegung, dass derartige Erhaltungsarbeiten zwar im grundsätzlichen Interesse des Eigentümers (vgl. Punkt 4 des Anordnungstextes) der mitbenutzten Anlagen liegen, weil dessen Infrastruktur dabei wieder in brauchbaren Zustand versetzt wird. Dennoch ist hierbei auch das ebenfalls bestehende Interesse des Nutzungsberechtigten an der (weiteren) Ausübung des eingeräumten Zwangsrechts zu berücksichtigen. Da je nach der konkreten Situation diese Interessenlagen unterschiedliche zu gewichten sein werden, erscheint der Telekom-Control-Kommission die Anordnung der Kostenaufteilung nach angemessener Berücksichtigung des jeweiligen Nutzens, allerdings mit einer Aufteilung je zur Hälfte für Zweifelsfälle, als zweckmäßig.

Die Anordnung, dass die Antragsgegnerin im Fall einer Gefährdung oder Beeinträchtigung ihrer Schieneninfrastruktur oder der darauf erbrachten Dienste durch die Mitbenutzung der Antragstellerin, unmittelbar und ohne vorherige Verständigung der Antragstellerin Maßnahmen zur Beseitigung dieser Gefährdung oder Beeinträchtigung treffen kann, beruht auf der Überlegung, dass der zweite Abschnitt des TKG 2003 seit der genannten Novelle zwar nunmehr auch andere als Telekommunikationsinfrastruktur, wie etwa Schieneninfrastruktur, umfasst, dass aber dennoch grundsätzlich die Rechte des Eigentümers bzw. Inhabers denen des Mitbenutzers vorgehen. Dieser Gedanke liegt auch § 11 TKG 2003 zu Grunde. Im konkreten Fall bedeutet dies, dass zwar entgegen der Rechtsansicht der ÖBB auch deren Infrastruktur der Mitbenutzung unterliegt, dass aber selbstverständlich die störungsfreie Nutzung dieser Infrastruktur für primäre ÖBB-Zwecke sicherzustellen ist. Ist daher eine aktuelle Gefährdung oder Beeinträchtigung dieser Nutzung zu befürchten, muss eine unmittelbare Reaktion möglich sein. Auf die Schadenersatzpflicht der ÖBB für den Fall, dass sich nachträglich herausstellen sollte, dass die Voraussetzungen für eine Beeinträchtigung des Mitbenutzungsrechts gar nicht vorlagen nach § 11 Abs 2 TKG 2003 wird hingewiesen.

5.3.6. Zu Punkt 7 - Wartung der vom NB eingebrachten Einrichtungen

Da die eingebrachten Einrichtungen der Antragstellerin in deren Eigentum verbleiben, kann sie auch diesbezügliche Wartungsmaßnahmen selbst vornehmen. Die zuvor genannte Regelung betreffend den Zugang zu den Anlagen der Antragsgegnerin bleibt jedoch auch in diesem Fall aufrecht, wobei eine Regelung über die angemessene Reaktionszeit von drei Arbeitstagen zweckmäßig erscheint. Da in den als „dringend“ definierten Fällen jedoch ein Verlust des Kunden der Antragstellerin droht, ist der Antragsgegnerin (der allgemeinen Regelung folgend gegen Kostenersatz) zuzumuten, dass in diesen Fällen unverzüglich, jedenfalls aber innerhalb des auf die Anfrage folgenden Arbeitstages der Zugang zu den Anlagen ermöglicht wird.

Die Mitteilungspflicht bei Feststellungen von Beschädigung von Anlagen der Antragsgegnerin beruht – ebenso wie vice versa – auf allgemeinen vertraglichen Treuepflichten und dient überdies auch dem (jeweils) gegenbeteiligten eigenen Interesse an einem störungsfreien Betrieb der Anlagen.

5.3.7. Zu Punkt 8 - Änderungen der Anlagen des NG

Die Regelung, wie bei Verfügungen der Antragsgegnerin über ihre Liegenschaften und Anlagen, die eine Änderung der von der Antragstellerin eingebrachten Einrichtungen erfordert, zu verfahren ist, beruht, einschließlich der schadenersatzrechtlichen Regelungen auf § 11 TKG 2003.

Die Bedingungen, zu denen die Mitbenutzung weiterhin erfolgen soll, sind grundsätzlich zu vereinbaren. Scheitern diese Verhandlungen, kann grundsätzlich, da es sich ebenfalls um

Fragen betreffend das Mitbenutzungsrecht handelt, unter den Bedingungen des § 9 TKG 2003 auch die Telekom-Control-Kommission zur Entscheidung angerufen werden.

Auf das ebenfalls auf § 11 TKG 2003 beruhende außerordentliche Kündigungsrecht nach Punkt 13.2.2 des Anordnungstextes, wenn nicht nur eine Verlegung, sondern eine Entfernung der Einrichtungen der Antragstellerin zwingend erforderlich sind, wird hingewiesen.

5.3.8. Zu Punkt 9 - Entgelte

5.3.8.1. Höhe des monatlichen Entgelts und Wertsicherung

Die Antragsgegnerin erhält ab dem Zeitpunkt, in dem das Mitbenutzungsrecht nach Punkt 2 des Anordnungstextes ausgeübt werden kann, das auf Basis der festgestellten Kosten angemessene – und von den Parteien grundsätzlich unbestrittene – monatliche Entgelt in Höhe von 0,64 Euro (exkl. USt) pro Laufmeter.

Die Wertsicherung des monatlichen Entgelts ist wegen der grundsätzlich, d.h. vorbehaltlich der außerordentlichen Kündigungsmöglichkeiten, angeordneten Langfristigkeit des Mitbenutzungsrechts erforderlich und basiert auf der von der Statistik Austria empfohlenen Formulierung.

5.3.8.2. 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 zusätzlich nach erforderlichem Aufwand in Rechnung gestellt werden.

5.3.8.3. Sonstige Regelungen betreffend Entgelte

Die in den Punkten 9.4 bis 9.7 angeordneten Regelungen – Fälligkeit/Verzug, Verzugszinsen, Sicherheitsleistungen, Steuern – entsprechen der ständigen Regulierungspraxis und stellen einen angemessenen Ausgleich der beteiligten Interessen sicher.

Im Hinblick auf die in Punkt 9.6 angeordnete Sicherheitsleistung (vgl. diesbezüglich das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 28.04.2004, 2002/03/0129), wurde einerseits von der Anordnung des von der Antragsgegnerin in ON 11 beantragten Pfandrechts an den in ihre Anlagen eingebrachten Einrichtungen abgesehen. Die Anordnung der Sicherheitsleistung wird aber auch in folgendem Zusammenhang von der Telekom-Control-Kommission berücksichtigt. Im Schriftsatz ON 35 beantragte die Antragsgegnerin, der Antragstellerin aufzutragen, eine Haftpflichtversicherung für mögliche Schäden abzuschließen und aufrecht zu erhalten. In den AGB zum Infrastrukturnutzungsvertrag (Beilage /3 zu ON 11) wird dazu in Punkt 7 ausgeführt, dass eine Versicherung in einer der EG-Richtlinie 95/18 idF 2004/49 entsprechenden Weise abzuschließen sei. Diese Bestimmungen sehen vor, dass Eisenbahnunternehmen ausreichend versichert sein oder gleichwertige Vorkehrungen getroffen haben müssen, um die Unfallhaftpflicht insbesondere für Fahrgäste, Gepäck, Fracht, Post und Dritte nach innerstaatlichem und internationalem Recht zu decken. Die dabei umfassten Risiken erachtet die Telekom-Control-Kommission als wesentlich gravierender, als die aus der Mitbenutzung einer Leerverrohrung möglicherweise erwachenden Schadenersatzpflichten. Eine die Antragstellerin nicht unwesentlich belastende vergleichbare Versicherungspflicht erscheint der Telekom-Control-Kommission daher als unangemessen. Dies zumal eine mögliche Schädigung der Antragsgegnerin aus der Mitbenutzung nicht primär durch den Betrieb der Einrichtungen der Antragstellerin, sondern durch die Arbeiten zur Einbringung, Instandsetzung, Wartung, etc dieser Einrichtungen entstehen könnte, die nach der Anordnung entweder durch die Antragsgegnerin selbst durchgeführt oder doch jedenfalls im Wege der Bauaufsicht von dieser überwacht werden können. Die beantragte generelle Verpflichtung zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung wurde daher nicht aufgenommen. Um (auch) für allfällige Schadenersatzforderungen

Vorkehrung zu treffen, kann die Antragsgegnerin allerdings die Sicherheitsleistung gemäß Punkt 9.6 des Anordnungstextes verlangen.

5.3.9. Zu den Punkten 10 und 11 - Pflichten des Nutzungsgebers und des Nutzungsberechtigten

Als allgemeine Pflichten beider Anordnungspartner erachtet die Telekom-Control-Kommission eine wechselseitige Rücksichtnahmepflicht (betreffend die Antragstellerin vgl. auch oben Punkt 4.1.3) für zweckmäßig, sowie die Verpflichtung für angemessen, zur Erleichterung der Abwicklung des für beide Parteien neuartigen Mitbenutzungsverhältnisses, einen Koordinator zu bestellen.

Die Pflicht der Antragsgegnerin, bei Überlassung oder Übertragung der anordnungsgegenständlichen Leerverrohrung an Dritte die Interessen der Antragstellerin zu wahren, beruht wiederum auf allgemeinen vertraglichen Treuepflichten. Auf § 12 TKG 2003 wird in diesem Zusammenhang verwiesen.

Da die Mitbenutzung im primären Interesse der Antragstellerin liegt, trifft diese zusätzlich zu den sonstigen Verpflichtungen aus der gegenständlichen Anordnung auch die auf § 8 Abs 3 TKG 2003 beruhende Verpflichtung, für allenfalls erforderliche Zustimmungen zur Mitbenutzung durch die Eigentümer oder sonstigen Verfügungsberechtigten der Grundstücke Sorge zu tragen, auf denen die mitbenutzten Anlagen geführt sind. Auch allenfalls erforderliche behördliche Bewilligungen sind von der Antragstellerin einzuholen. Die Antragsgegnerin ist bei einer Verletzung dieser Verpflichtung diesbezüglich schad- und klaglos zu halten.

5.3.10. Zu Punkt 12 - Haftung

Die von der Antragsgegnerin über ihre ABG (Beilage ./3 zu ON 11) beantragten Haftungsbestimmungen beziehen sich auf die spezielle Situation von Eisenbahnunternehmen (Anwendung des EKHG, der CIV) und sind daher für den Gegenstand der Anordnung nicht unmittelbar passend. Die Telekom-Control-Kommission erachtet daher eine allgemein gefasste Regelung betreffend die wechselseitige Haftung nach den Schadenersatzrechtlichen Bestimmungen für geeigneter, wobei auf Basis des Vorbringens der Antragsgegnerin (ON 11, Punkt 4.2) die Haftung auf grobe Fahrlässigkeit eingeschränkt wurde.

5.3.11. Zu Punkt 13 – Anordnungsdauer, Kündigung

Insbesondere bei den Regelungen über die Geltungsdauer der Anordnung und die Kündigungsmöglichkeiten des Mitbenutzungsverhältnisses war eine Abwägung der gegensätzlichen Interessenlagen der beteiligten Parteien vorzunehmen. Einerseits besteht wegen der eigenen Investitionen ein Interesse der Antragstellerin an einer möglichst langfristigen Nutzung der fremden Infrastruktur. Andererseits ist aber, nicht zuletzt wegen § 11 TKG 2003, auch ein Interesse der Antragsgegnerin evident, zumindest bei späterem Eigenbedarf die gegenständliche Infrastruktur wieder selbst benutzen zu können. Die Anordnung eines grundsätzlich längerfristigen Mitbenutzungsrechts mit zusätzlichen außerordentlichen Auflösungsmöglichkeiten, insbesondere bei nachgewiesenem Eigenbedarf, erscheint der Telekom-Control-Kommission geeignet, diese Interessen weitestmöglich in Einklang zu bringen.

Eine ordentliche Kündigung, die an keine weiteren Bedingungen geknüpft ist als an das Einhalten einer Kündigungsfrist und eines –termins, ist erstmals nach 30 Jahren möglich. Diese Zeitspanne, die auch der der Ermittlung des angemessenen Entgelts zu Grunde liegenden wirtschaftlichen Nutzungsdauer entspricht, erscheint der Telekom-Control-Kommission als angemessen. Einerseits wird damit dem Vorbringen der Antragstellerin grundsätzlich Rechnung getragen, die zuletzt (ON 33) eine Anordnungsdauer von zumindest 30 Jahren fordert. Andererseits wurde mit der zusätzlich angeordneten Regelung (Punkt

13.2.2 des Anordnungstextes), nach der bei Eigenbedarf auch vor Anlauf dieser Zeitspanne außerordentlich gekündigt werden kann, auch dem Interesse der Antragsgegnerin entsprochen.

Auch dieses außerordentliche Kündigungsrecht nach Punkt 13.2.2 beruht auf § 11 TKG 2003, betrifft aber im Unterschied zu Punkt 8 des Anordnungstextes (vgl. oben Punkt 5.3.7) die Situation, dass eine Verfügung der Antragsgegnerin über ihre Liegenschaften oder Anlagen zwingend die Entfernung der eingebrachten Einrichtungen erfordert. Die Parteien haben in diesem Fall unmittelbar nach Ausspruch der Kündigung mit Verhandlungen über die genauen Umstände der Beendigung und Abwicklung des Mitbenutzungsverhältnisses zu beginnen. Da auch die Modalitäten bei bzw. nach Beendigung des Mitbenutzungsrechts – wie z.B. die in Punkt 4.1 des Schriftsatzes der Antragsgegnerin, ON 35, genannte Frage der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes – eine „Vereinbarung über das Mitbenutzungsrecht“ iSd § 9 TKG 2003 betreffen, besteht auch diesbezüglich (unter den normalen verfahrensrechtlichen Bedingungen) die Möglichkeit, die Entscheidung der Telekom-Control-Kommission nach § 9 TKG 2003 zu beantragen. Die Entscheidung der Telekom-Control-Kommission kann allerdings, wie in Verfahren nach § 50 TKG 2003, wegen der Subsidiarität der Anordnung zum Vertrag bzw. zum bestehenden vertragsersetzenden Bescheid erst nach Ablauf der Kündigungsfrist ergehen. Bis zur Einigung bzw. Entscheidung wird zur Vermeidung einer Regelungslücke das aufgekündigte Anordnungsverhältnis vorläufig weiter angewendet. 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.

Die in Punkt 13.2.1 angeordneten sonstigen außerordentlichen Kündigungsgründe entsprechen der Regulierungspraxis und erscheinen zweckmäßig und angemessen. Ein außerordentlicher Kündigungsgrund nach Punkt 13.2.1. Unterpunkt 1. wird für die Antragstellerin zB dann vorliegen, wenn sie den mittels der anordnungsgegenständlichen Leerverrohrung angebondenen Kunden aus Gründen, die sie nicht selbst verursacht hat, verliert.

5.3.12. Zu Punkt 14 – Schlussbestimmungen

Ebenso entsprechen die in Punkt 14 angeordneten Schlussbestimmungen der Regulierungspraxis und sind zweckmäßig und angemessen.

6. Zu den Zurückweisungen der weiteren Anträge der Silver Server

Die Zurückweisung des Antrags der Silver Server GmbH vom 28.08.2009, die Telekom-Control-Kommission möge unverzüglich die Mitbenutzung sämtlicher vorhandener Leerverrohrungen (Ducts) und unbeschalteter Leitungen in Erdkabeln (Dark Fiber) der ÖBB-Infrastruktur Bau AG durch die Silver Server GmbH anordnen, beruht darauf, dass eine derartige Mitbenutzung nicht nachgefragt und der Antrag daher nicht die Verfahrensvoraussetzungen nach § 9 TKG 2003 erfüllt. Zusätzlich ist aber auch darauf hinzuweisen, dass wie bereits oben in Punkt 2.2.2 ausgeführt wurde, Mitbenutzungsrechte nach §§ 8f TKG 2003 ausreichend deutlich nachgefragt und beantragt werden müssen, um dem potenziell Verpflichteten die Prüfung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit und technischen Vertretbarkeit zu ermöglichen. Auch nach einer entsprechenden Nachfrage wäre die Anordnung eines derart unspezifizierten Rechts nach §§ 8f TKG 2003 nicht möglich.

Auch die Zurückweisung des Antrags der Silver Server GmbH vom 28.08.2009, die Telekom-Control-Kommission möge unverzüglich die Mitbenutzung von unbeschalteten Leitungen in Erdkabeln (Dark Fiber) der ÖBB-Infrastruktur Bau AG durch die Silver Server GmbH anordnen, beruht auf dem Fehlen der Verfahrensvoraussetzung der Nachfrage nach § 9 TKG 2003.

Die Antragsänderung bzw. –erweiterung der Silver Server GmbH vom 13.11.2009, ON 33, auf Anordnung zusätzlicher Nutzungsarten für die mitzubeneutzende Infrastruktur wird aus den bereits oben in Punkt 2.2.2 dargestellten Gründen gemäß § 13 Abs 8 AVG als unzulässig zurückgewiesen.

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 Verwaltungsgerichtshof erhoben werden, wobei jeweils eine Eingabengebühr in der Höhe von Euro 220,- zu entrichten ist. Die Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 20.11.2009

Die Vorsitzende
Dr. Elfriede Solé