

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Elfriede Solé als Vorsitzende sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ. Prof. 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 14.11.2011 einstimmig beschlossen:

I. Spruch

Mitbenutzungsanordnung

Gemäß §§ 8 ff iVm §§ 117 Z 1 Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl I Nr 70/2003 idF BGBl I Nr 27/2011 (im Folgenden „TKG 2003“) wird folgende vertragsersetzende Regelung zwischen der Silver Server GmbH und der Wien Energie GmbH angeordnet:

„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 Objekts [REDACTED], 1030 Wien, an das Netz des NB.

Dem NB wird dazu auf einer Glasfaserstrecke des NG vom Objekt [REDACTED], 1030 Wien, bis zum Objekt [REDACTED], 1030 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 Objekts [REDACTED], 1030 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 Objekts allenfalls 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 Objekt [REDACTED], 1030 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], 1030 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 Kabelmeter, für [REDACTED] Kabelmeter somit 1.556,04 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 des Beginns der Entgeltzahlungspflicht nach Punkt 8.1 verlaubliche 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. Anpassung des monatlichen Entgelts wegen Änderung des durchschnittlichen netzweiten Belegungsgrades

Jede Partei ist berechtigt, von der anderen Partei eine Anpassung des monatlichen Entgelts wegen Änderung des durchschnittlichen netzweiten Belegungsgrades der Antragsgegnerin zu verlangen. Diese Verlangen können jeweils frühestens nach Ablauf von 24 Monaten ab Rechtskraft bzw ab Wirksamkeitsbeginn der letzten solchen Anpassung gestellt werden. Wird an eine Partei ein Anpassungsbegehren herangetragen, so ist sie verpflichtet, über dieses Begehren während eines wenigstens vier Wochen betragenden Zeitraums ernsthafte Verhandlungen zu führen. Unter den Bedingungen des § 9 TKG 2003 kann die Telekom-Control-Kommission zur Entscheidung angerufen werden.

8.4. Sonstige Entgelte

8.4.1. Mit der Mitbenutzung verbundene 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.

8.4.2. Aufwendersatz für frustrierten Realisierungstermin

Versäumt ein Anordnungspartner den gemäß Punkt 4 vereinbarten Realisierungstermin für die Mitbenutzung oder erfüllt er bei diesem Termin nicht alle abgestimmten Voraussetzungen für die Realisierung der Mitbenutzung, kann der Anordnungspartner, der den Termin wahrgenommen hat bzw hätte und seinerseits sämtliche allfälligen Voraussetzungen erfüllt, den erforderlichen und nachgewiesenen Aufwand für den frustrierten Realisierungstermin in Rechnung stellen.

8.5. 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.

8.6. 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.

8.7. Sicherheitsleistungen

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

8.7.1. 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.

8.7.2. 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 8.7.1 angepasst, wobei im Fall einer Akonto-Zahlung die pro Quartal angefallenen Zinsen in der Anpassung Berücksichtigung finden.

8.7.2.1. 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.

8.7.2.2. Bankgarantie

Jene Partei, die eine Sicherheit zu leisten hat, hinterlegt bei der anderen Partei eine Bankgarantie in der Höhe gemäß Punkt 8.7.1.

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 8.7.1 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.

8.7.2.3. 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 8.7.1.

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 8.7.2 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.

8.7.3. 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 8.7.4 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.

8.7.4. 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 8.7.1 zu erlegen.

8.8. 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 Mitbenutzung der Infrastruktur allenfalls erforderliche Zustimmungen des Eigentümers oder sonstigen Verfügungsberechtigten zur Mitbenutzung einzuholen. Der NG ist nicht verpflichtet, die Zustimmungen zu überprüfen oder einzufordern.

10.4. Bewilligungen

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

10.5. Schad- und Klagloshaltung

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

11. Haftung

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

12. Anordnungsdauer, Kündigung

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

12.1. Ordentliche Kündigung

Beide Anordnungspartner können diese Anordnung frühestens nach Ablauf von zehn Jahren ab Rechtskraft, jeweils unter Einhaltung einer sechsmonatigen Frist zum Monatsende schriftlich kündigen. Das Recht auf außerordentliche Kündigung der Anordnung gemäß Punkt 12.2 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; der Verlust von mittels der anordnungsgegenständlichen Infrastruktur angebotenen Kunden gilt nicht als Kündigungsgrund in diesem Sinn;
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 8.7 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 oder Teile 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. Allfälliger Eigenbedarf des NG iSd § 11 TKG 2003 an der mitbenutzten Infrastruktur gilt, vorbehaltlich des folgenden Absatzes, nicht als Kündigungsgrund in diesem Sinn.

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

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

13. Schlussbestimmungen

Sollten einzelne Bestimmungen dieser Anordnung unwirksam oder undurchführbar werden, berührt dies nicht die Wirksamkeit oder Durchführbarkeit der restlichen Bestimmungen dieser Anordnung. Die unwirksame oder undurchführbare Bestimmung wird einvernehmlich durch eine wirksame oder durchführbare Bestimmung ersetzt, die in ihrem technischen und wirtschaftlichen Gehalt der unwirksamen oder undurchführbaren Bestimmung möglichst nahe kommt.

Änderungen und/oder Ergänzungen dieser Anordnung bedürfen der Schriftform. Dies gilt auch für eine gänzliche oder teilweise Abänderung oder Aufhebung dieses Schriftformerfordernisses. Auf § 9 Abs 4 TKG 2003 wird hingewiesen.

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

II. Begründung

A. Gang des Verfahrens

Mit Schriftsatz vom 06.09.2011 (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 Wien Energie GmbH (in der Folge: Wien Energie oder Antragsgegnerin) ein.

Mit Schriftsatz vom 21.09.2011 nahm Wien Energie fristgerecht iSd § 9 Abs 2 TKG 2003 zum Antrag Stellung (ON 6). Weitere Stellungnahmen der Antragsgegnerin langten am 14.09.2011 (ON 4), am 12.10.2011 (ON 16), am 25.10.2011 (ON 25) und am 2.11.2011 (ON 27) ein.

Die Antragstellerin nahm am 27.09.2011 (ON 10), am 03.10.201 (ON 13), am 17.10.2011 (ON 18) und am 31.10.2011 (ON 26) Stellung.

Am 28.09.2011 fand ein Einschautermin bei der Antragsgegnerin durch die von der Telekom-Control-Kommission bestellten Amtssachverständigen statt (ON 21).

Am 18.10.2011 wurde den Parteien das Gutachten der Amtssachverständigen (ON 21) gemäß § 45 AVG übermittelt (ON 22 und ON 23).

Am 14.11.2011 fand über Antrag der Silver Server eine mündliche Verhandlung vor der Telekom-Control-Kommission im Beisein der Amtssachverständigen und beider Parteien statt (ON 36).

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 14.07.2011 fragte Silver Server bei der Antragsgegnerin „unter Hinweis auf die Bescheide D 3/10-35 und D 3/10-36“ die Mitbenutzung gemäß §§ 8 ff TKG 2003 von „unbeschalteten Lichtwellenleitern (Dark Fiber)“ unter anderem zwischen den Standorten [REDACTED], 1030 Wien, und dem vorgeschlagenen Übergabepunkt [REDACTED], 1030 Wien, nach (Beilage .1 zu ON 1).

3. Zur Infrastruktur der Antragsgegnerin

Zwischen dem Standort [REDACTED], 1030 Wien, und dem netzseitigen Übergabepunkt [REDACTED], 1030 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 Streckenlänge mit einer Kabellänge von [REDACTED] Meter (Gutachten ON 21, Punkte 2.2.1 und 4.1). Aus technischer Sicht ist die beantragte Mitbenutzung eines Glasfaserpaares auf dieser Strecke vertretbar. Kurzfristiger Eigenbedarf der Antragsgegnerin an den antragsgegenständlichen Leitungen ist nicht gegeben (ON 6, Punkte 2.1 und 2.5). 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 6, Punkt 2.6).

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

5.1. Kosten der Antragsgegnerin

Die anteiligen Vollkosten der Wien Energie GmbH für die bescheidgegenständliche Leistung werden wie in der folgenden Tabelle ersichtlich festgestellt:

Informationen zur baulichen Infrastruktur

<u>Linienführung</u>	
Gesamtlänge der Strecke	
Grabungslänge	
Wartung&Instandhaltung	%
WACC	%
Akquisitionskosten	%

Kosten der baulichen Infrastruktur

<u>Kosten für Linienführung (Kabelkanal, Rohrzüge etc.)</u>	
Herstellungskosten (€ 304,43/m)	
wirtschaftliche Nutzungsdauer	30
[Abschreibung p.a.]	
Kapitalkostenzinssatz	%
[Kapitalkosten p.a.]	
Wartung & Instandhaltung p.a.	
Akquisitionskosten p.a.	
<u>Gesamtkosten p.a.</u>	

<u>Kosten für Einbauten (Kabelschächte, Abzweiggästen etc.)</u>	
Herstellungskosten (4 Schränke á € 2.750)	
wirtschaftliche Nutzungsdauer	30
[Abschreibung p.a.]	
Kapitalkostenzinssatz	%
[Kapitalkosten p.a.]	
Wartung & Instandhaltung p.a.	
Akquisitionskosten p.a.	
<u>Gesamtkosten p.a.</u>	

<u>Gesamtkosten bauliche Infrastruktur p.a.</u>	
--	--

Kostenaufteilung der baulichen Infrastruktur

Anzahl Züge gesamt	
Anzahl belegter Züge	
Anzahl Züge für Betriebsreserve	
Anzahl freier Züge	
Anzahl Kabel im btr. Zug	

anteilige Kosten bauliche Infrastruktur für das betreffende LWL-Kabel (Basis genutzte Infrastruktur) p.a.	
--	--

Kosten LWL-Kabel

LWL-Kabel inkl Verlegung

Herstellungskosten LWL (€ /m)	
Herstellungskosten In-House (€)	
wirtschaftliche Nutzungsdauer	20
[Abschreibung p.a.]	
Kapitalkostenzinssatz	%
[Kapitalkosten p.a.]	
Wartung & Instandhaltung p.a.	
Gesamtkosten p.a.	

Gesamtkosten LWL-Kabel p.a.	
------------------------------------	--

Kostenaufteilung des LWL-Kabels

Anzahl Fasern gesamt	
Anzahl beschalteter Fasern	
Anzahl Fasern für Betriebsreserve	
Anzahl freier Fasern	
Anzahl Fasern nachgefragt für Mitbenutzung	
Anzahl genutzer Fasern inkl. Mitbenutzung	

anteilige Kosten je LWL-Faser (Basis genutzte Infrastruktur inkl. Mitbenutzung) p.a.	
---	--

anteilige Kosten mitbenutzer LWL-Fasern (Basis genutzte Infrastruktur inkl. Mitbenutzung) p.a.	
---	--

Overhead %	
Rechnungslegung	
Kosten / Faserpaar / m / Monat	
Kosten / Faserpaar / Monat	1.556,04

5.2. Zur Marktüblichkeit von Entgelten

Für die Vermietung von Dark-Fibre-Paaren im Raum Wien wird kein einheitliches Entgelt vereinbart. Es werden von verschiedenen Anbietern unter anderem auch Preise in der Größenordnung verrechnet bzw angeboten, wie die im gegenständlichen Verfahren als kostenbasiert iSd § 8 Abs 4 TKG 2003 ermittelte Abgeltung iHv Euro pro Meter und Monat. Teilweise werden für derartige Leistungen auch wesentlich höhere bzw niedrigere Preise vereinbart.

6. Laufzeit von Verträgen zwischen den Parteien

Zwischen den Parteien wurden in der Vergangenheit regelmäßig Vertragslaufzeiten von 120 Monaten für Dark-Fibre-Produkte vereinbart (Anhang 3 zu ON 21; ON 13, Tabelle 1).

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 von der Antragsgegnerin im Schriftsatz von 21.09.2011, ON 6, nicht 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.

1. Zur Kostenermittlung gemäß § 8 Abs 4 TKG 2003

Die Feststellungen hinsichtlich der Kosten der Antragsgegnerin beruhen grundsätzlich, sofern nicht im Folgenden Abweichendes gesagt wird, auf dem glaubwürdigen und nachvollziehbaren Gutachten der Amtssachverständigen ON 21. Zu diesem Gutachten nahmen die Parteien mit Schriftsätzen vom 31.10.2011, ON 26 bzw 02.11.2011, ON 27, sowie in der mündlichen Verhandlung, ON 36 (samt Beilagen), Stellung. Mit ON 26 übermittelte die Antragstellerin eine vom Consulting-Unternehmen SBR Juconomy Consulting AG erstellte Stellungnahme zum Amtsgutachten. Diese greift die Themenbereiche Marktüblichkeit, Erschließungskosten, LWL-Kostenverteilung, Behandlung von gemeinsamen Kosten, netzweite Belegungsgrade, Grabungskosten und Overheadkosten auf und argumentiert dabei jeweils eine aus Sicht der Silver Server erforderliche Reduktion des im Gutachten ermittelten kostenbasierten Entgelts. Zu den Feststellungen der Kostenparameter bzw dem Vorbringen der Parteien zum Gutachten ist – in der Reihenfolge, in der diese Parameter der Kostenermittlung in der Tabelle in Punkt II.B.5.1 festgestellt werden – Folgendes auszuführen:

1.1. Strecken- und Kabellänge

Die Feststellung über die Strecken- und Kabellänge beruht auf dem Gutachten ON 21, Punkte 2.2.1 und 4.1, wo nachvollziehbar dargestellt wird, dass die Amtssachverständigen die entsprechenden Angaben der Antragsgegnerin über Grabungs- und Leitungslängen in deren Systemen verifizieren konnten.

1.2. Grabungskosten

Die Antragstellerin bestreitet die Angemessenheit der von den Amtssachverständigen herangezogenen Grabungskosten. Der im Amtsgutachten mit Verweis auf die Entscheidung der Telekom-Control-Kommission zu D 1/11 angesetzte Durchschnittswert von [REDACTED] Euro sei zu hoch, vielmehr seien höchstens durchschnittliche Grabungskosten des Gesamtnetzes von [REDACTED] Euro heranzuziehen. Diesem Vorbringen ist entgegen zu halten, dass die Antragsgegnerin im gegenständlichen Verfahren D 2/11 nie durchschnittliche Grabungskosten des Gesamtnetzes von [REDACTED] Euro vorgebracht hat. Dieser Wert war vielmehr in einer Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 09.08.2011 im Verfahren D 1/11, ON 8, als gewichteter Mittelwert aus Daten über 21 Bauprojekte von Wien Energie genannt worden. Mit einer ergänzenden Stellungnahme vom 01.09.2011, D 1/11-ON 17, bzw im gegenständlichen Verfahren D 2/11 mit Schriftsatz ON 6 übermittelte die Antragsgegnerin jedoch 34 zusätzliche Datensätze. Der gewichtete Mittelwert der Grabungskosten über sämtliche damit vorliegenden 55 Datensätze beträgt [REDACTED] Euro je Meter (Anhang 1 zum Gutachten ON 21). Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin repräsentieren die von ihr

genannten [REDACTED] Euro somit gerade nicht die durchschnittlichen Grabungskosten des Gesamtnetzes von Wien Energie, sondern die zur Anwendung gelangenden Euro [REDACTED].

Zum zuletzt in der mündlichen Verhandlung (Beilage 2 zu ON 36) erstatteten Vorbringen, wonach die gegenständliche Strecke „keine besonderen Merkmale wie z.B. historisch wertvollen Pflastersteine“ aufweise, wird auf die Begründung in Punkt 1.9 hingewiesen, wo dargestellt wird, warum die von der Antragsgegnerin vorgelegten und für plausibel erachteten Datensätze (auch der Grabungskosten) als netzweiter Durchschnittswert in die Kalkulation eingegangen sind. Zur weiteren Argumentation der Antragstellerin über die nicht erfolgte Aufteilung der Grabungskosten auf verschiedene Infrastrukturen wird auf die entsprechenden Ausführungen weiter unten verwiesen.

1.3. Wartung und Instandhaltung

Wie die Amtssachverständigen in Punkt 5.2.1 des Gutachtens ON 21 ausführen, konnte der von der Antragsgegnerin beantragte Aufschlag von [REDACTED]% auf die Herstellungskosten für jährliche Kosten für Wartung & Instandhaltung aus den Systemen der Antragsgegnerin nicht plausibilisiert werden. Die Amtssachverständigen schlagen deshalb den bereits in den Verfahren D 1/10 und D 1/11 der Telekom-Control-Kommission diesbezüglich angewendeten Wert von [REDACTED]% als geeigneten Vergleichswert vor, der die Kosten für Wartung und Instandhaltung eines typischen Telekommunikationsnetzbetreibers abbildet. Die Antragsgegnerin bestreitet die Angemessenheit dieses Vergleichswerts in ihrer Stellungnahme zum Gutachten ON 27 nicht. Die Telekom-Control-Kommission erachtet die Ausführungen der Amtssachverständigen als glaubwürdig und nachvollziehbar und stellt den Faktor [REDACTED]% für Wartung und Instandhaltung fest.

1.4. Kapitalkostenzinssatz

Die Antragsgegnerin setzte in ihrer Kalkulation einen Kapitalkostenzinssatz von [REDACTED]% an, der laut Gutachten ON 21 die Kapitalkosten tendenziell unterschätzt. Die Anwendung des im Verfahren D 1/10 herangezogenen Kapitalkostenzinssatzes eines anderen Unternehmens von [REDACTED]% konnte laut Angaben der Amtssachverständigen deshalb nicht erfolgen, weil die dafür erforderliche Anpassung an die Gegebenheiten des Geschäftsfeldes Telekommunikation der Antragsgegnerin zumindest die Kenntnis über den Verschuldensgrad und die Fremdkapitalkosten des Geschäftsfeldes Telekommunikation erfordert hätte. Diese Informationen lagen jedoch nicht vor. Die Telekom-Control-Kommission stellt daher den Kapitalkostenzinssatz antragsgemäß mit [REDACTED]% fest.

1.5. Akquisitionskosten

Die Feststellung der einmaligen Akquisitionskosten mit einem Faktor von [REDACTED]% auf die Herstellungskosten beruhen auf den nachvollziehbaren Ausführungen der Amtssachverständigen in ON 21, Punkt 5.2.3, und werden auch von den Parteien nicht bestritten.

1.6. Inhouseverkabelung / Erschließungskosten

Wie sich aus der Tabelle Punkt 5.3 des Gutachtens ON 21 ergibt, sind in die Kalkulationen sowohl der Antragsgegnerin als auch der Amtssachverständigen für die Kosten des LWL-Kabels auch die Kosten der Inhouseverkabelungen der beiden Endstandorte eingeflossen. Beim Standort Arsenal beträgt diese Position [REDACTED] Euro (ON 21, Punkt 5.2.7), beim Standort Schnirchgasse [REDACTED] Euro (ON 21, Punkt 5.2.7). Diese Positionen fließen zusätzlich zum Produkt aus Kabelkosten pro Meter mal Kabellänge ([REDACTED]) als Kosten der Inhouseverkabelung in die Kalkulation ein. Die Antragstellerin kritisiert diese Einbeziehung von Erschließungskosten der Standorte in der Beilage zu ON 26 mit der Begründung, diese Kosten könnten entsprechend einer angenommenen „gängigen Praxis“ dem ersten Kunden verrechnet worden sein und würden daher zu einer Doppelverrechnung führen. Dem ist entgegen zu halten, dass § 8 Abs 4 TKG 2003 eine kostenbasierte Entgeltermittlung

vorsieht, wobei zur Sicherstellung korrekter Preissignale und Anreizwirkungen für effiziente Investitionen und Ressourceneinsatz Wiederbeschaffungswerte angesetzt werden. Die Möglichkeit, dass Kosten in der Vergangenheit (teilweise) von Dritten getragen worden sein könnten, bedeutet daher schon aus diesem Grund nicht, dass für Teile der für die Mitbenutzung erforderlichen Infrastruktur – der Inhouseverkabelung – keine Kosten anzusetzen sind. Auch ist § 8 Abs 4 TKG 2003 nicht zu entnehmen, dass eine allfällige Kostentragung durch Dritte alleine dem Mitbenutzer zum Vorteil gelangen soll. Dieser hat vielmehr auch diese Kosten – wie es der gewählte Ansatz der Aufteilung der Kosten sicherstellt – anteilig mitzutragen. Die in der Anlage zu ON 26 gerügte Verletzung des § 1 Abs 2 lit c) TKG 2003 ist somit nicht gegeben, da auch diese Kosten anteilig zur Nutzung aufgeteilt werden.

1.7. Abschreibungsdauer für LWL-Leitungen

Zur Abschreibungsdauer für LWL-Leitungen führt das Amtsgutachten aus, die Antragsgegnerin setze als Abschreibungsdauer für LWL-Kabel 15 Jahre an, was auch der buchhalterischen Abschreibungsdauer entspricht. Entsprechend der Entscheidung der Telekom-Control-Kommission im Verfahren D 1/11 kalkulieren die Amtssachverständigen jedoch mit einer Abschreibungsdauer von 20 Jahren, die auch aus gutachterlicher Sicht als geeignet angesehen wird. Zur diesbezüglich von der Antragsgegnerin in ON 27, Punkt 1, geäußerten Rechtsmeinung, wonach die „Festlegung von Abschreibungsdauern ... Teil der wirtschaftlichen Gebarung jedes Unternehmens“ sei, ist auszuführen, dass der Ansatz der Abschreibungsdauern für bestimmte Zwecke, wie etwa der eigenen Buchhaltung eine Entscheidung der Antragsgegnerin sein mag. Für die gegenständliche behördlich vorzunehmende Kostenermittlung nach § 8 Abs 4 TKG 2003 gilt dies jedoch nicht. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ist diesbezüglich vielmehr die für Zwecke der Ermittlung kostenbasierter Entgelte relevante wirtschaftliche Nutzungsdauer dieser Infrastrukturen heranzuziehen, die länger anzunehmen ist als 15 Jahre. Hinsichtlich dieser wirtschaftlichen Nutzungsdauer erscheint es zweckmäßig, wie auch bereits in den Verfahren D 1/10 und D 1/11 eine wirtschaftliche Nutzungs- und damit Abschreibungsdauer für LWL-Leitungen von 20 Jahren heranzuziehen, da es sich hierbei um dieselbe Art von Infrastruktur, wie in den genannten Verfahren, handelt. Entgegen der Meinung der Antragsgegnerin liegt dieser Feststellung die Prognose einer realistischen wirtschaftlichen Nutzungsmöglichkeit der Infrastruktur, nicht aber ein Effizienzkriterium, wie vielfach im Bereich der ex-ante Regulierung, zu Grunde. Die Antragsgegnerin griff dieses Thema zuletzt auch in der mündlichen Verhandlung (ON 36) erneut auf, ohne jedoch neues bzw zusätzliches Vorbringen zu erstatten.

1.8. Kostentragung für vorhandene Leerkapazitäten

LWL-Kabel haben laut Gutachten ON 21, Punkt 5.2.8, im Netz der Antragsgegnerin im gewichteten Mittel die festgestellten 66 Fasern und einen über die Länge gewichteten Mittelwert des Belegungsgrad von ██████%. Durchschnittlich sind somit die festgestellten ██████ Fasern belegt. Die Telekom-Control-Kommission geht dem Gutachten folgend davon aus, dass der anzuwendende Kostenteiler für die ermittelten Kosten in der Summe aus diesen durchschnittlich belegten ██████ Fasern, zuzüglich ██████ Fasern Betriebsreserve und 2 Fasern für die Mitbenutzung besteht. Somit kommt ein Kostenteiler von ██████ zur Anwendung.

In Punkt 3.3 der Beilage zu ON 26 und zuletzt in der mündlichen Verhandlung (Beilage 2 zu ON 36) thematisiert die Antragstellerin diese Verteilung der LWL-Kosten nach genutzter Kapazität. Die Kosten seien vielmehr nach Maßgabe der Gesamtkapazität aufzuteilen und nicht nur auf die genutzten Fasern, um die Kosten für vorhandene Leerkapazitäten nicht durch den Mitbenutzer mittragen zu lassen. Diesem Argument ist Folgendes entgegen zu halten. Einerseits geht die Antragstellerin von der Annahme aus, mit der angewendeten Methode würden die Kosten der Leerkapazitäten „voll auf die Nutzungsberechtigten abgewälzt werden“. Diese Annahme ist unrichtig. Tatsächlich trägt auch die Antragsgegnerin

im ihrer eigenen Nutzung entsprechenden Anteil diese Kosten mit. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass es sich bei den Kosten der Kabelkanalanlagen bezüglich eines LWL-Kabels ebenso wie beim LWL-Kabel gegenüber einzelnen Fasern um gemeinsame Kosten handelt. Da solche Kosten innerhalb der Kapazitätsgrenzen unabhängig von der Nutzung und somit fix anfallen, kann im Unterschied zu variablen bzw inkrementellen Kosten eine direkte nutzungsabhängige Kostenzurechnung nicht erfolgen. Die gemeinsamen Kosten einer Kabelkanalanlage können aber an Hand der vom LWL-Kabel in Anspruch genommenen Kapazität (Rohrzug) aufgeteilt werden. Dabei käme als Kostenteiler theoretisch – wie die Antragstellerin vorbringt – die Gesamtkapazität in Betracht. Die Telekom-Control-Kommission geht aber aus folgenden Gründen davon aus, dass die angemessene Aufteilung der Kosten durch eine Heranziehung der (geringeren) Anzahl der tatsächlich genutzten Kapazität erfolgt:

Einerseits können technisch bedingt beim Bau von einzelnen Kabelkanal- und LWL-Anlagen spätere Leerkapazitäten nicht ausgeschlossen werden (sprungfixe Kosten). Deshalb überzeugt das Argument der Silver Server nicht, wonach es die freie Investitionsentscheidung des Infrastrukturinhabers sei, diese Leerkapazitäten zu errichten. Die Miterrichtung auch derartiger Leerkapazitäten ist daher technisch bedingt nicht zu vermeiden und es besteht nach § 8 Abs 4 TKG 2003 kein Grund, diesen möglichen Kostenanteil alleine den investierenden Infrastrukturinhaber tragen zu lassen, in dessen Eigentumsrecht über die gesetzlich erzwungene Mitbenutzung eingegriffen wird. Die Anzahl der tatsächlich genutzten Kapazität stellt vielmehr entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin schon aus diesem Grund den geeigneten Kostenteiler dar, da er zu einer sachgerechten Aufteilung der Kosten für Leerkapazitäten im Sinne der in Verfahren nach § 8 ff TKG 2003 geforderten Interessenabwägung führt.

Andererseits ist bei der vorliegenden Frage aber nicht nur diese angemessene Verteilung der der Infrastruktur zu Grunde liegenden Kosten, sondern auch die geeignete Verteilung des Investitionsrisikos zu berücksichtigen. Investiert ein Netzbetreiber in die Errichtung von Infrastruktur, so ist ein Großteil dieser Kosten versunken, da sie bei einer Einstellung des Geschäftsbetriebes nicht wieder zurück gewonnen werden können. Diese Kosten sind irreversibel und stellen damit für den Infrastrukturbetreiber ein erhöhtes Investitionsrisiko dar. Ob die einmal getätigte Investition über die verkauften Produkte zukünftig zurückverdient werden kann, bleibt unsicher. Bei Leitungsinfrastruktur stellt sich für das investierende Unternehmen im Rahmen der Investitionsentscheidung die Frage, ob die Infrastruktur ausgelastet werden kann und ob die erzielbaren Erlöse (Preise) die hohen Investitionskosten decken können. Auch dieses Auslastungsrisiko ist entgegen der Meinung der Antragstellerin auf alle Nutzer der Infrastruktur – einschließlich des Inhabers – zu verteilen. Würden demgegenüber die Kosten der Leerkapazitäten, die auch keine Erlöse zur Kostendeckung beitragen, entsprechend der Argumentation der Antragstellerin nur dem Infrastrukturinhaber angelastet, so schafft dies ungleiche Voraussetzungen zwischen den unterschiedlichen Nutzern der Infrastruktur. Der Infrastrukturinhaber, der die Investitionen der Errichtung der Infrastruktur getragen hat, hätte bei der Nutzung seiner Infrastruktur für das Anbieten von Produkten auf nachgelagerten Wertschöpfungsstufen alleine die Kosten der Leerkapazitäten zu tragen und damit weit höhere Gestehungskosten (hier [REDACTED] Anteile der Kosten für Linienführung, Einbauten und LWL-Kabel) als der Mitbenutzer. Dies führt zu einer Kostenverschiebung zu Lasten des Infrastrukturinhabers und verschlechtert nicht nur seine wettbewerbliche Stellung gegenüber dem Mitbenutzer auf nachgelagerten Märkten, sondern wirkt sich auch negativ auf zukünftiges Investitionsverhalten aus. Das Auslastungsrisiko ist daher in geeigneter Weise auf alle Nutzer der Infrastruktur zu verteilen, indem die Leerkosten auch auf alle Nutzer in Abhängigkeit von der Nutzung verteilt werden. Andernfalls sieht sich der Infrastrukturinhaber mit einer Kostenunterdeckung seiner jährlichen Abschreibungskosten konfrontiert. Die – auch bereits in den früheren Verfahren nach §§ 8 ff TKG 2003 von der Telekom-Control-Kommission angewendete – Kostenaufteilung nach den genutzten Kapazitäten trägt somit auch dem Auslastungsrisiko Rechnung und ist daher für eine Mitbenutzung nach der nicht von beträchtlicher Marktmacht abhängigen Verpflichtung des § 8 iVm § 1 Abs 2 Z 2 lit c) TKG 2003 geeignet und sachgerecht. Soweit die

Antragstellerin in diesem Zusammenhang auch vorbringt, sie habe bei der in der Vergangenheit getroffenen Investitionsentscheidung der Antragsgegnerin kein Mitspracherecht gehabt, mag dies – wie wohl bei den meisten Situationen der Mitbenutzung von bzw des Zugangs zu fremden Infrastrukturen – zwar grundsätzlich zutreffen. Daraus ist aber nicht abzuleiten, dass die Antragstellerin an den Risiken der Investition in keiner Weise mittragen muss. Der Antragstellerin steht vielmehr die Wahl offen, entweder zu kostenbasierten Entgelte iSd § 8 Abs 4 TKG 2003 an der fremden (vergangenen) Investition zu partizipieren, oder selbst in die effiziente Verlegung eigener Infrastruktur zu investieren. Dasselbe gilt im Übrigen auch für das Vorbringen der Antragstellerin in Punkt 3.4 („Behandlung von gemeinsamen Kosten“) ihrer Stellungnahme. Auch mit der Tatsache, dass zur Zeit ██████ % der vorhandenen Infrastruktur nicht ausgelastet sind, kann nicht argumentiert werden, dass der Mitbenutzer gar keinen Anteil an den entsprechenden Kosten bzw dem Risiko mitzutragen hätte. Vielmehr ist das Auslastungsrisiko, wie oben dargestellt, „in geeigneter Weise“ auf alle Nutzer der Infrastruktur zu verteilen, was in Abhängigkeit von der Nutzung auch geschieht. Auch diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass der Antragstellerin die Entscheidung zwischen Mitbenutzung zu den angeordneten Bedingungen oder eigener Investition offensteht. Änderungen der Auslastung finden im Übrigen auch über die Regelung des Punktes 8.3 des Anordnungstextes Berücksichtigung.

Dieselben Argumente gelten auch für die von der Antragstellerin nicht ausdrücklich relevierte Aufteilung der Kosten der baulichen Infrastruktur auf die Rohrzüge, die analog vorgenommen wurde.

1.9. Belegungsgrad

Da somit die Anzahl der benutzten Fasern den sachgerechten Kostenteiler darstellt, ist im gegebenen Zusammenhang die weitere Frage relevant, welcher Belegungsgrad – ein konkreter oder ein durchschnittlicher – heranzuziehen ist. Auch die von den Amtssachverständigen mit ausführlicher Argumentation vorgeschlagene Verwendung netzweit durchschnittlicher Belegungsgrade wird von der Antragstellerin in ihrer Stellungnahme ON 26 und zuletzt in der mündlichen Verhandlung (Beilage 2 zu ON 36) kritisiert. Vielmehr seien die – offenbar als höher vermuteten – tatsächlichen Belegungsgrade der spezifischen Strecke heranzuziehen, da dadurch die der Mitbenutzung zurechenbaren Kosten sinken würden. Dabei wird argumentiert, es bestehe ein sachlicher Zusammenhang zwischen einem konkreten Belegungsgrad und dem zu zahlenden Entgelt. Diese Argumentation überzeugt aus folgenden Gründen nicht: Wie im Gutachten der Amtssachverständigen nachvollziehbar dargestellt wird, sind die anteiligen Vollkosten stark von den Belegungsgraden (Nutzungsgrad des Kabelkanals und Nutzungsgrad des LWL-Kabels) abhängig. Diese Belegungsgrade können sich auch kurzfristig auf einzelne Strecken bezogen in einem für die Kostenrechnung erheblichen Ausmaß ändern, was entweder oftmalige aufwändige Neuberechnungen der Mitbenutzungsentgelte – auf Basis einer asymmetrischen Informationslage – erforderlich machen könnte oder aber – bei Anordnung einheitlicher Entgelte über die gesamte Laufzeit – unberücksichtigt bliebe. In diesem zuletzt genannten Fall würden aber ebenfalls nicht die von der Antragstellerin geforderten „Kosten der spezifischen Strecke“ herangezogen werden, sondern das für die gesamte Laufzeit geltende Entgelt wäre nur von der (zufälligen) Belegungssituation zu Beginn der Mitbenutzung abhängig. Der von Silver Server angeführte sachliche „Zusammenhang zwischen einem konkreten Belegungsgrad und dem zu zahlenden Entgelt“ wäre daher gerade nicht immer sicher gestellt. Der von den Amtssachverständigen erhobene Mittelwert aus der Belegungssituation des gesamten Netzes bietet demgegenüber den Vorteil, dass über das gesamte Netz betrachtet einzelne Geschäftstransaktionen (Bestellung, Kündigung) mit einem bedeutend kleineren Gewicht in den Belegungsgrad eingehen. Eine Anpassung der Entgelte wegen Änderung des netzweiten durchschnittlichen Belegungsgrades wird dabei zwar bei längerer Laufzeit auch nicht gänzlich obsolet, aber erst nach längerer Zeit relevant und damit praktikabler. Auf die Regelung in Punkt 8.3 des Anordnungstextes sowie die Begründung dazu (Punkt II.D.4.3.3.2) wird verwiesen. Die Anwendung eines netzweit

durchschnittlichen Belegungsgrades führt damit auch zu stabileren Rahmenbedingungen für die beteiligten Unternehmen.

Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass durch die Verwendung der vorhandenen netzweiten Belegungsgrade auch eine asymmetrische Kosten- und Risikoverteilung zu Lasten eines Infrastrukturbetreibers vermieden wird, die sich dann ergibt, wenn Nachfragen nach § 8 TKG 2003 überwiegend besonders stark ausgelastete Strecken betreffen. Das Auslastungsrisiko weniger stark ausgelasteter Strecken (geringerer Belegungsgrad) verbliebe dann nämlich zur Gänze beim investierenden Unternehmen als Nutzungsgeber. Um auch diesbezüglich einen Ausgleich der Kosten- und Risikoverteilung herbeizuführen, lässt sich der oben begründete Ansatz der Verteilung der Kosten von Leerkapazitäten einer Strecke auf alle Nutzer dieser Strecke auch auf der Betrachtungsebene des Netzes anwenden, indem netzweite gewichte Belegungsgrade bei der Berechnung von Kosten angewendet werden.

Da die Berechnung der Herstellungskosten für Linienführung, Einbauten und LWL-Kabel und die Grabungskosten ebenfalls auf Durchschnittskosten beruhen, ist eine Anwendung von ebenso durchschnittlichen Belegungsgraden im Übrigen auch damit konsistent. Die Antragstellerin übersieht schließlich auch, dass § 8 Abs 4 TKG 2003 nicht zwingend die ausschließliche Berücksichtigung konkreter Kosteninformationen vorschreibt und im Übrigen auch Entscheidungen in Verfahren nach den §§ 8 ff TKG 2003 von der jeweils gegebenen Antrags- und Sachlage abhängig sind. Auch gilt hier weder eine strikte Gleichbehandlungsverpflichtung noch die von der Antragstellerin (Punkt 3.5 ihrer Stellungnahme) wiederholt genannte Verpflichtung zur „Kostenorientierung“, wie sie im Bereich der Wettbewerbsregulierung nach dem 5. Abschnitt des TKG 2003 vielfach besteht. Aus dem Verweis auf den „Regulierungsansatz der TKG für Mitbenutzung“, also darauf, dass in einem früheren Verfahren mit einer anderen Partei wegen abweichender Sachlage eine vermeintlich andere Methodik angewendet worden sei, ist daher für die Antragstellerin nichts zu gewinnen, zumal auch in diesem früheren Verfahren eine Durchschnittsbildung von Kostenparametern und von Belegungssituationen (in zeitlicher Hinsicht) erfolgte. Soweit – wie im gegenständlichen Fall – auf Basis der jeweils aktuellen Antrags- und Sachlage Unterschiede zu früheren Entscheidungen sachlich gerechtfertigt sind, werden diese daher auch Eingang in die spätere Entscheidung finden.

1.10. Overheadkosten

Nicht nachvollziehbar ist schließlich auch die Auffassung der Antragstellerin über eine angeblich undifferenzierte Übernahme der beantragten Overheadkosten iHv [REDACTED]%. Abgesehen davon, dass die von der Antragstellerin als Vergleich genannten Werte ([REDACTED]% bzw [REDACTED]%) nicht näher spezifiziert bzw plausibilisiert werden, zeigt das Gutachten ON 21, Punkt 5.2.9, dass sich die Amtssachverständigen sehr wohl im Detail mit der Höhe der geltend gemachten Overheadkosten auseinandergesetzt haben. Diese Daten wurden durch Einschau in die Systeme der Antragsgegnerin überprüft und über den Vergleich mit dem – auch von der Antragstellerin genannten – Wert von [REDACTED]% zuzüglich Marketing und Vertriebskosten des Telekommunikations-Bereiches von mehr als [REDACTED]% validiert. Eine undifferenzierte Übernahme der Werte liegt somit nicht vor. Die in Punkt 5.2.9 des Gutachtens genannten Kosten für Vertrieb und Produktmanagement betreffen im Übrigen auch dieselbe Wertschöpfungsstufe, wie die verfahrensgegenständliche Leistung, dh den Vertrieb von Dark-Fibre und nicht von Retail-Produkten. Bei den ebenfalls angesetzten Akquisitionskosten (Punkt 5.2.3 des Gutachtens) handelt es sich um Kosten für die Errichtung der Infrastruktur, während die Tätigkeiten, die den (TK-)Overheadkosten (Punkt 5.2.9 des Gutachtens) zu Grunde liegen, deren Betrieb und den Vertrieb der Leistungen betreffen. Auch die von der Antragstellerin thematisierte Doppelverrechnung von Kosten ist daher nicht anzunehmen, zumal auch die Antragstellerin nicht im Detail ausführt, welche Kostenpositionen davon betroffen sein sollten. Insgesamt geht somit die Kritik der Antragstellerin über die angesetzten Overheadkosten ins Leere.

1.11. Sonstiges Vorbringen

Zum weiteren Vorbringen der Antragstellerin in der Beilage zu ON 26: Die Antragstellerin kritisiert auch den „*methodischen Ansatz*“ der Gutachter. Diese hätten nicht berücksichtigt, dass Telekommunikation lediglich ein weiteres Geschäftsfeld der Antragsgegnerin, die eigentlich ein Energieversorgungsunternehmen ist, sei und daher die Kosten für Errichtungsarbeiten von LWL-Strecken in einer nicht näher genannten Weise zwischen diesen Nutzungsarten aufzuteilen seien. Diesem Vorbringen ist nicht zu folgen. Auch mögliche Verbundvorteile eines horizontal integrierten Unternehmens stellen, wenn sie über das Anbieten verschiedener Produkte auch wirtschaftlich genutzt werden, einen Wert für den Inhaber dar. Werden diese Vorteile einem Unternehmen über die von der Antragstellerin angedachte Aufteilung der Kosten auf verschiedene Nutzungsarten (teilweise) genommen, stellt dies daher – neben der grundsätzlichen Verpflichtung zur Duldung einer Mitbenutzung – einen weiteren Eigentumseingriff dar. Dieser weitergehende Eingriff in das Eigentumsrecht ist von der einschlägigen Bestimmung des § 8 Abs 4 TKG 2003 nicht umfasst. Insbesondere ist aus § 8 Abs 4 TKG 2003 nicht ersichtlich, warum gerade die Tatsache einer horizontalen Integration des Infrastrukturinhabers zu einer – allenfalls massiven – Reduktion der kostenbasierten Entgelte führen sollte, die im Fall einer Verlegung für nur eine Nutzungsart nicht erfolgen würde. Die Argumentation der Antragstellerin, die eine unzulässige Quersubventionierung voraussetzen würde, könnte allenfalls bei der Kostenermittlung für Unternehmen einschlägig sein, die über beträchtliche Marktmacht auf einem relevanten Markt iSd des TKG 2003 verfügen. Auf Wien Energie als Antragsgegnerin im gegenständlichen Verfahren trifft dies jedoch nicht zu.

Weiters kritisiert die Stellungnahme der Antragstellerin, das Gutachten sei unvollständig, da die von ihr beantragte Klarstellung des Gutachtensauftrages durch die Telekom-Control-Kommission nicht vorgenommen und auch von den Amtssachverständigen nicht berücksichtigt worden sei. Diesbezüglich ist auszuführen, dass sich diese beantragten Erweiterungen des Gutachtensauftrages auf nicht verfahrensrelevante Sachverhalte bezogen haben und deshalb unterblieben sind. Weder die „*Differenzierung nach Erschließungskosten und Kosten der bestehenden Infrastruktur*“ noch die Einholung weiterer „*Vergleichszahlen von anderen Anbietern*“ waren zur Beurteilung der verfahrensgegenständlichen Fragen erforderlich. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die Ausführungen der Punkte 1.6 und II.D.4.3.3.1 verwiesen.

Auch ein Anspruch eines Antragstellers auf „*Stabilität von Vorleistungsentgelten*“ bei Mitbenutzung der Infrastrukturen ist § 8 Abs 4 TKG 2003 nicht zu entnehmen, da Verfahren nach § 8 ff TKG 2003 auf Basis der jeweiligen Sach-, Rechts-, und Antragslage zu entscheiden sind. Im Übrigen ist zu diesem Punkt auch darauf hinzuweisen, dass die Antragstellerin an anderer Stelle die Verwendung von Durchschnittswerten – den netzweiten Belegungsgraden – die die Stabilität und damit Vorhersehbarkeit von Folgeentscheidungen (gegenüber derselben Antragsgegnerin) steigert, als unzulässig kritisiert, weil dort über eine vermutete höhere konkrete Auslastung der nachgefragten Strecken eine Senkung der Kosten argumentiert werden soll.

Das Vorbringen der Parteien, insbesondere der Antragstellerin mit ON 26 samt Beilage, kann daher zusammengefasst keine Zweifel an der Schlüssigkeit und Vollständigkeit des Gutachtens der Amtssachverständigen begründen. Dieses wurde daher den Feststellungen zu Grunde gelegt.

2. Zur Marktüblichkeit von Entgelten

Die Feststellung, wonach für die Vermietung von Dark-Fibre-Paaren in Wien unter anderem auch Preise verrechnet werden, die sich in der Größenordnung wie das kostenbasierte Entgelt der Antragsgegnerin iSd § 8 Abs 4 TKG 2003 iHv [REDACTED] Euro pro Kabelmeter und Monat bewegen, beruht auf dem Gutachten der Amtssachverständigen ON 21, Anhang 2, auf der Beilage zum Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 12.10.2011, ON 16, und auf den

Schriftsätzen der Antragstellerin vom 03.10.2011, ON 13, Tabellen 1 und 3, sowie vom 17.10.2011, ON 18, Tabelle 2. Diese beinhalten unter anderem einige Verträge bzw Angebote mit (auf Meter pro Monat umgerechneten) Entgelten iHv um bzw über [REDACTED] Euro. So weist Anhang 2 des Gutachtens ON 21 fünf Verträge der Antragsgegnerin mit Entgelten in Höhe zwischen [REDACTED] und [REDACTED] Euro pro Monat und Meter aus. Auch in den Schriftsätzen der Antragstellerin ON 13, Tabelle 3, und ON 18, Tabelle 2 sind Preise von [REDACTED] ([REDACTED]) bzw [REDACTED] ([REDACTED]) genannt. Auch die Feststellung betreffend vereinbarte höhere bzw niedrigere Preisen für derartige Leistungen beruht auf den genannten Beweisergebnissen, die insgesamt über 50 Verträge bzw Angebote zwischen ca 0,02 Euro (ON 13, Tabelle 1 bzw Beilage zu ON 16) und 0,69 Euro (Beilage zu ON 16) beinhalten.

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 27/2011 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 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 14.07.2011, Beilage ./1 zu ON 1, fragte Silver Server bei der Antragsgegnerin „unter Hinweis auf die Bescheide D 3/10-35 und D 3/10-36“ die Mitbenutzung gemäß § 8 ff TKG 2003 von „unbeschalteten Lichtwellenleitern (Dark Fiber)“ unter anderem zwischen den Standorten [REDACTED], 1030 Wien, und dem vorgeschlagenen Übergabepunkt [REDACTED], 1030 Wien, nach. Der Antrag der Silver Server langte am 06.09.2011, 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. Dem Argument der Antragsgegnerin in ON 6, wonach die Nachfrage zu wenig spezifiziert gewesen sei, um ein entsprechendes Angebot zu ermöglichen, wird nicht gefolgt. Die Nachfrage erfolgte unter Angabe konkreter Endpunkte und ausdrücklich unter Hinweis auf die im zwischen denselben Parteien geführten Verfahren

D 3/10 von der Telekom-Control-Kommission erlassenen Bescheide. Die von der Antragsgegnerin in ON 6 geforderten Angaben über die Laufzeit (Punkt 12. der genannten Bescheide), als auch über das „Service Level“ (Punkt 6. der Bescheide) waren somit ausreichend geklärt, um ein Angebot bzw Verhandlungen zu ermöglichen. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Nachfrage in der zwischen den Parteien vereinbarten oder üblichen Form einer Anfrage nach einem kommerziell angebotenen Produkt entspricht, die Voraussetzungen einer Nachfrage nach den §§ 8 ff TKG 2003 sind jedoch jedenfalls 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 auf Basis dieser Anordnung nicht gestattet.

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

§ 8 TKG 2003 idF BGBl I Nr 27/2011 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.“

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

3.1.1. Ausüben von Rechten

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

3.1.2. 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.

3.1.3. 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 die Mitbenutzung der verfahrensgegenständlichen Infrastruktur für die Anbindung des Objekts [REDACTED], 1030 Wien, wegen konkreten Bedarfs 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).

3.1.4. 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 4.3.3) für die Mitbenutzung insbesondere, dass auch kurzfristiger, künftiger Eigenbedarf der Antragsgegnerin an den antragsgegenständlichen Leitungen nicht gegeben ist bzw auf die Geltendmachung späteren Eigenbedarfs verzichtet wurde. 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 Objekts – 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.4 wird verwiesen.

3.1.5. Ergebnis

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

4. Zur Anordnung im Konkreten

4.1. 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 Mitbenützungsrechte 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.“

4.2. Allgemeines zum Anordnungstext

Beide Parteien beantragten Vertragstexte, die im Wesentlichen auf den Anordnungen der Telekom-Control-Kommission im zwischen denselben Parteien geführten Verfahren D 3/10 basieren. Soweit diesbezüglich somit übereinstimmende Anträge vorliegen, kann gemäß § 58 Abs 2 AVG eine Begründung entfallen. Soweit unterschiedliche Anträge gestellt wurden, war der vom Verwaltungsgerichtshof geforderte faire Ausgleich der Interessen der Verfahrensparteien zu finden und wird nachfolgend im Detail begründet.

4.3. Zu den angeordneten Regelungen im Einzelnen

4.3.1. Zu Punkt 1 – Anordnungsgegenstand

Punkt 1 spezifiziert die Infrastruktur, zu deren Mitbenutzung die Antragstellerin berechtigt ist und zwar grundsätzlich nach den relevanten Endpunkten. Da das Vorhandensein von mitbenutzbarer Infrastruktur an diesen Punkten von der Antragsgegnerin nicht in Abrede gestellt wurde, war diese entgegen den Anträgen der Antragstellerin nicht dazu aufzufordern, alternative Zugangspunkte zu nennen. Die Anordnung der Mitbenutzung auch der notwendigen Schächte und Muffen im erforderlichen Ausmaß bedeutet 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.

4.3.2. Zu Punkt 2 – Beginn und Umfang der Mitbenutzung

Beide Parteien thematisierten die Voraussetzungen für den Beginn der Mitbenutzung, nämlich die in Punkt 2. vorgesehene „Ausübung“ des Mitbenutzungsrechts, da sich diese Frage bei der Umsetzung der zwischen denselben Parteien ergangenen Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission vom 22.03.2011 im Verfahren D 3/10 in der Praxis gestellt hatte. Die Telekom-Control-Kommission geht – wie auch schon in der Entscheidung vom 17.10.2011, D 1/11 – davon aus, dass die Regelung trotz dieses aus den Verfahren S 13/11 und R 1/11 amtsbekannten Dissenses der Parteien nach wie vor einen angemessenen Ausgleich der Interessen der Parteien darstellt und ausreichend klar gefasst ist. Auf folgende Punkte ist hinzuweisen: Die Anordnung unterscheidet zwischen der Ausübung und der Realisierung der Mitbenutzung. Zur Ausübung ist nach wie vor erforderlich aber auch ausreichend, dass der NB dem NG glaubhaft macht, dass er seine eigene Infrastruktur errichtet hat bzw gleichzeitig mit der Realisierung errichten wird. Allfällige Genehmigungen von dritter Seite bzw behördliche Bewilligungen, die nach den Punkten 10.3 und 10.4 der Anordnung erforderlich sein mögen, müssen zwar grundsätzlich, vorbehaltlich einer abweichenden Vereinbarung, beim Realisierungstermin beigebracht werden, sind aber keine Voraussetzung der Ausübung. Konkret bedeutet das, dass bei rechtzeitiger Ausübung der Mitbenutzung (wie es zB im Verfahren der Telekom-Control-Kommission R 1/11 zum Bescheid D 3/10-35 festgestellt wurde) keine Verfristung der Silver Server mehr eintreten kann, selbst wenn sich etwa ein in Aussicht genommener Herstellungstermin mangels derartiger Genehmigungen oder behördlichen Bewilligungen nicht realisieren lässt. Silver Server hätte in diesem Fall der Wien Energie zwar gemäß Anordnungspunkt 8.4.2 allfälligen

frustrierten Aufwand zu ersetzen, könnte aber einen neuerlichen Realisierungstermin verlangen, der entsprechend Punkt 4 der Anordnung gemeinsam abzustimmen wäre. Lediglich nach ungenutztem Ablauf der (allenfalls verlängerten) Frist für die Ausübung, zB wenn Silver Server nach Ablauf von zwei Monaten gar keine Erklärung der Ausübung abgegeben oder die rechtzeitige Fertigstellung der eigenen Infrastruktur nicht glaubhaft gemacht hat, endet das Anordnungsverhältnis der Parteien. Das Mitbenutzungsrecht könnte dann nicht mehr ausgeübt werden.

Weiters ist klarzustellen, dass Wien Energie als NG gemäß Punkt 4 der Anordnung iVm § 9 Abs 1 TKG 2003 verpflichtet ist, sich um einen ehestmöglichen Realisierungszeitpunkt nach der Ausübung zu bemühen. Der konkrete Zeitpunkt der Übergabe der mitbenutzten Infrastruktur ist zwischen den Parteien zu koordinieren und ehestmöglich zu realisieren. Erforderliche Vorlaufzeiten für die Organisation der Herstellung sind dabei selbstverständlich zu berücksichtigen. Nicht notwendige Verzögerungen aber, etwa dadurch, dass Wien Energie andere Kunden gegenüber dem Mitbenutzungswerber nach §§ 8 ff TKG 2003 bevorzugt behandelt, wären demgegenüber mit den genannten Verpflichtungen unvereinbar. Andererseits ist auch zu berücksichtigen, dass die grundsätzliche Problematik einer "unentgeltlichen längerfristigen Option" auf Mitbenutzung für den NB, die der Grund für die Anordnung der Ausübungsfrist ist, theoretisch auch erst vor der Realisierung auftreten könnte, und zwar dann, wenn der NB selbst nach rechtzeitiger Ausübung keine zeitnahe Realisierung anstrebt. Die Telekom-Control-Kommission weist daher darauf hin, dass – um diese Konsequenz zu vermeiden – auch der NB ebenso wie der NG gemäß § 9 Abs 1 TKG 2003 iVm Spruchpunkt 4 auf eine Realisierung des einmal ausgeübten Mitbenutzungsrechts innerhalb angemessener Frist hinzuwirken hat. Zweckmäßig erscheint es daher jedenfalls, wenn die Parteien zeitnah nach Zustellung der Entscheidung einen gemeinsamen Begehungstermin abhalten und dabei im Detail schriftlich festhalten, welche konkreten Schritte von welcher Partei bis wann zu setzen sind, um die gesetzlich intendierte und von der Telekom-Control-Kommission angeordnete Mitbenutzung auch tatsächlich ehestmöglich zu realisieren.

4.3.3. Zu Punkt 8 - Entgelte

4.3.3.1. Höhe des monatlichen Entgelts

Bei der Anordnung des Entgelts iHv [REDACTED] Euro pro Kabelmeter und Monat (der geringfügige Unterschied in den Nachkommastellen zwischen dem in Spruchpunkt 8.1 angeordneten monatlichen Gesamtentgelt und dem im Gutachten ON 21 dargestellten monatlichen Gesamtentgelt beruht auf Rundungsdifferenzen zur Berechnung in MS-Excel) geht die Telekom-Control-Kommission von folgenden Überlegungen aus: Nach § 8 Abs 4 TKG 2003 sind bei der Ermittlung der angemessenen geldwerten Abgeltung jedenfalls die dort genannten Kostenpositionen sowie im Weiteren „*die Marktüblichkeit von Entgelten*“ angemessen zu berücksichtigen. § 8 Abs 4 TKG 2003 schreibt somit vor, dass primär – sofern es, wie im gegenständlichen Fall, möglich ist – die Kosten zu ermitteln und der Festsetzung der angemessenen Abgeltung zu Grunde zu legen sind. Dieses kostenbasierte Entgelt ist dann – wiederum soweit möglich – abschließend einer Überprüfung hinsichtlich der Marktüblichkeit zu unterziehen. Die Feststellungen sowie auch die amts- und parteienbekannten Ergebnisse der zu vergleichbaren Gegenständen geführten Verfahren D 3/10 und D 1/11 der Telekom-Control-Kommission (vgl dazu auch das Gutachten ON 21) zeigen, dass für vergleichbare Leistungen, nämlich für die Zurverfügungstellung eines unbeschalteten Glasfaserpaares im Raum Wien nicht ein einheitliches Entgelt besteht, das als „marktüblich“ herangezogen werden könnte. Vielmehr werden offenbar je nach den konkreten Umständen – Kundenbeziehung; Abnahmemenge; konkrete Lage und Führung der Strecke; Art, Inhalt und Dauer des Vertrages; ua – für derartige Leistungen stark unterschiedliche Entgelte im Bereich zwischen 0,02 und knapp 0,70 Euro angeboten und vereinbart. Nach dem TKG 2003 ist das Vereinbaren derartiger unterschiedlicher Entgelte auch unproblematisch. Anders als vielfach bei Entgelten für auf Grund beträchtlicher Marktmacht regulierte Leistungen, wie zB entbündelte Kupferdoppeladern, gelten für die Bepreisung kommerziell angebotener Glasfaserleistungen keine regulatorischen ex-ante Verpflichtungen, wie zB zur Kostenorientierung nach einem bestimmten Maßstab (effiziente

Leistungsbereitstellung). Ein einziges marktübliches Entgelt existiert daher nicht und kann somit nicht als Basis der Marktüblichkeitsprüfung herangezogen werden. Die Telekom-Control-Kommission erachtet es auch nicht als zweckmäßig bzw möglich, ein solches einheitliches „marktübliches“ Entgelt über eine Durchschnittsbildung beobachteter Entgelte zu ermitteln. Die diesbezüglichen Ausführungen im Gutachten der Amtssachverständigen, das Vorbringen der Antragstellerin (ON 13, ON 18, ON 26, ON 36) sowie auch die aus den oben genannten Verfahren D 3/10 und D 1/11 amts- und parteienbekannten Ergebnisse der verschiedenen vorgenommenen Durchschnittsbildungen zeigen vielmehr ebenfalls – je nach den gewählten Eingangsdaten und der Art der Mittelwertbildung (arithmetisch oder gewichtet) – völlig unterschiedliche Ergebnisse. Eine Vergleichbarkeit und Aussagekraft ist daher ebenso wenig gegeben, wie bei einzelnen Verträgen. Auch ein einheitliches durchschnittliches Entgelt kann somit nicht als Basis der Marktüblichkeitsprüfung herangezogen werden.

Umso weniger geeignet ist es, wie die Antragstellerin zuletzt in der mündlichen Verhandlung vorbrachte (ON 36, inkl. Beilagen 1 und 2), ein angeblich marktübliches Entgelt über einen Vergleich mit (vier) einzelnen, billigeren Verträgen (zwischen [REDACTED] Euro und [REDACTED] Euro, jeweils pro Meter und Monat) begründen zu wollen, seien diese auch nach ähnlicher Länge ausgewählt. Weder die Antragsgegnerin, noch andere Anbieter vergleichbarer Leistungen sind verpflichtet, die Preise für ihre privatrechtlich angebotenen vergleichbaren Leistungen nach Maßgabe der zu Grunde liegenden Kosten iSd § 8 Abs 4 TKG 2003 zu kalkulieren oder für ähnliche Leistungen gleiche Preise zu verrechnen. Es mag daher zutreffen, dass die Antragsgegnerin der Antragstellerin in der Vergangenheit Preise für ihre Leistungen angeboten hat, der unter den nunmehr im Verfahren ermittelten Kosten iSd § 8 Abs 4 TKG 2003 liegt oder dass andere Anbieter zu niedrigeren Preisen anbieten. Da diese (freiwillig gelegten) Angebote aber nicht nach dem Maßstab des § 8 TKG 2003 zu kalkulieren waren und sind, lässt die Tatsache, dass derartige angebotenen Preise niedriger sein mögen, als nunmehr auf Basis der Kosten ermittelt wurde, mangels Vergleichbarkeit keinen Rückschluss auf die Kostenkalkulation zu. Dies zumal nach § 8 Abs 4 TKG 2003 – wie oben dargestellt wurde – primär eine Berücksichtigung der nachgewiesenen Kosten vorgeschrieben ist. Die „*Marktüblichkeit von Entgelten*“ dient lediglich, soweit möglich, der abschließenden Validierung dieses kostenbasierten Entgelts im Rahmen der Angemessenheitsprüfung. Diese nach § 8 Abs 4 TKG 2003 erforderliche Überprüfung der Marktüblichkeit kann daher nach dem bisher Gesagten – entgegen der Rechtsmeinung der Silver Server – nicht über einen Rückgriff auf ein einziges „marktübliches“ Entgelt erfolgen. Wohl aber dadurch, dass geprüft wird, ob – neben anderen Entgelthöhen – Entgelte auch in der zuvor kostenbasiert ermittelten Höhe nicht nur vereinzelt auch privatrechtlich vereinbart bzw angeboten werden. Da dies – gerade unter der von der Antragstellerin wiederholt geforderten Berücksichtigung unterschiedlichen Anbieter, wie der Antragsgegnerin, A1 Telekom Austria und Cable Runner – festgestellt werden konnte, ist das angeordnete Entgelt auch als marktüblich iSd § 8 Abs 4 TKG 2003 zu betrachten. Da somit die verfahrenswesentliche Rechtsfrage der „Marktüblichkeit“ iSd § 8 Abs 4 TKG 2003 mit den vorliegenden Beweisergebnissen beurteilt werden konnte, erübrigt sich auch die Einholung der von der Antragstellerin wiederholt, zuletzt in der mündlichen Verhandlung (Beilage 2 zu ON 36), angesprochenen bzw beantragten weiteren Informationen zB über zusätzliche Anbieter oder über den in Pressemeldungen genannten Vertrag zwischen der Antragsgegnerin und der T-Mobile Austria GmbH, sowie die angeregte Erweiterung des Gutachtensauftrages. Die dadurch allenfalls erhebenden Informationen sind nicht entscheidungsrelevant.

Die Telekom-Control-Kommission erachtet das auf Basis der Kosten der Antragsgegnerin ermittelte und hinsichtlich der Marktüblichkeit geprüfte Entgelt als angemessene Abgeltung iSd § 8 Abs 4 TKG 2003 iVm § 1 Abs 2 Z 1 und Z 2 lit d) und lit e) TKG 2003 und legt es daher spruchgemäß der Anordnung der Mitbenutzung zu Grunde.

4.3.3.2. Anpassung des monatlichen Entgelts

Wie oben im Rahmen der Beweiswürdigung ausgeführt wurde, stellt bei der Ermittlung des kostenbasierten Entgelts die Anzahl der benutzten Fasern den sachgerechten Kostenteiler

dar, wobei ein netzweit durchschnittlicher Belegungsgrad zur Anwendung kommt. Dieser unterliegt zwar – wie dargestellt – tendenziell geringeren Änderungen als konkrete Belegungsgrade, weil über das gesamte Netz betrachtet einzelne Geschäftstransaktionen (Bestellung, Kündigung) mit einem bedeutend kleineren Gewicht in den Belegungsgrad eingehen. Dennoch kann über längere Zeiträume betrachtet eine Anpassung der Entgelte wegen Änderung des netzweiten durchschnittlichen Belegungsgrades relevant werden, weshalb eine Anpassungsmöglichkeit eingeräumt wurde. Da sich der netzweite Belegungsdurchschnitt theoretisch in beide Richtungen verändern kann, ist die Regelung wechselseitig ausgestaltet. Die Antragsgegnerin ist grundsätzlich – da nur sie über die Belegungsinformationen verfügt, mittels derer die Anpassung beurteilt werden kann – verpflichtet, diese Informationen in den Verhandlungen mit der Antragstellerin bzw in allfälligen Verfahren nach § 9 TKG 2003 soweit erforderlich – allenfalls in aggregierter Form – zugänglich zu machen. Da, wie erwähnt, der netzweite Belegungsgrad im Vergleich zu einzelnen Strecken nur geringerer Veränderung unterliegt, können derartige Anpassungen lediglich alle zwei Jahre verlangt werden. Einigen sich die Parteien nicht, kann unter den Bedingungen des § 9 TKG 2003 auch die Telekom-Control-Kommission zur Entscheidung angerufen werden, die – zur weiter bestehenden Anordnung – über die Anpassung der Entgelte entscheidet.

4.3.3.3. Sonstige Entgelte

Da bei der Ermittlung des monatlichen Entgelts neben den festgestellten Kosten anfallende weitere 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.

4.3.3.4. Aufwandsersatz für frustrierten Realisierungstermin

Die Antragsgegnerin beantragte mit ON 6, Punkt 3.6, eine Regelung, die die Antragstellerin für den Fall der Nichtausübung des angeordneten Mitbenutzungsrechts dazu verpflichten sollte, „den im Vertrauen auf die Ausübung des Mitbenutzungsrechts durch den Antragsteller getätigten Aufwand zu ersetzen.“ Eine derartige Kostenersatzregelung ist dem Verwaltungsverfahrenrecht jedoch fremd. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ist es auch nicht angemessen, eine derartig weitgehende Ersatzpflicht in vertragsersetzenden Bescheiden vorzusehen, weil damit eine mit den § 1 Abs 2 Z 2 lit e) iVm 8 ff TKG 2003 unvereinbare Erschwerung der Mitbenutzung verbunden sein könnte, da der potenzielle Mitbenutzer bei jeder Antragstellung damit rechnen muss, selbst wenn es aus welchen Gründen immer nicht zu einer Mitbenutzung kommt, verfahrensbezogenen Aufwand des Infrastrukturihabers tragen zu müssen. Dadurch würde der Zugang zum Verfahren nach §§ 8 ff TKG 2003 unzumutbar erschwert. Für zweckmäßig und angemessen erachtet die Telekom-Control-Kommission demgegenüber einen Aufwandsersatz, der auf die Kosten eines konkret vereinbarten, aber frustrierten Realisierungstermins eingeschränkt ist. Versäumt daher ein Anordnungspartner den vereinbarten Realisierungstermin oder erfüllt er bei diesem Termin nicht alle abgestimmten Voraussetzungen für die Realisierung der Mitbenutzung, kann der andere Anordnungspartner, der den Termin wahrgenommen hat bzw hätte und seinerseits sämtliche allfälligen Voraussetzungen erfüllt, den erforderlichen und nachgewiesenen Aufwand für den frustrierten Realisierungstermin in Rechnung stellen. Ist eine rechtzeitige Ausübung iSd Punktes 2 erfolgt, hat eine solche Versäumung eines Realisierungstermins keine Auswirkungen auf das Mitbenutzungsrecht an sich. Es ist daher ein neuer Termin zu vereinbaren. Die Kosten des Termins, bei dem tatsächlich eine Realisierung erfolgt, sind nicht gesondert abzugelten.

4.3.4. Zu Punkt 10 - Pflichten des Nutzungsberechtigten

Mit Schriftsatz ON 1 beantragte die Antragstellerin, die Verpflichtungen des NB nach den Punkten 10.3 („Zugang“) und 10.4 („Bewilligungen“) dahingehend einzuschränken, dass sich diese nur mehr auf die beiden Übergabepunkte beschränken sollen. Diesem Antrag wird nicht gefolgt. Soweit Genehmigungen Dritter oder behördliche Bewilligungen die mitbenutzte Infrastruktur an sich betreffen, hat zwar die Antragsgegnerin dafür Sorge zu tragen, dass diese vorliegen. Soweit allerdings Genehmigungen Dritter (zB nach § 8 Abs 3 TKG 2003) für

die Mitbenutzung dieser Infrastruktur (Punkt 10.3) bzw behördlichen Bewilligungen für die Inanspruchnahme von Liegenschaften, Gebäuden und Räumen „für die eigenen Einrichtungen“ des NB (Punkt 10.4) erforderlich sind, sind sie von der Antragstellerin beizubringen und zwar unabhängig davon, welcher Teil der mitbenutzten Infrastruktur davon betroffen ist.

4.3.5. 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 zehn Jahren beruht auf folgenden Überlegungen: Als zwischen den Parteien offenbar regelmäßig vereinbarte Vertragslaufzeiten konnten 10 Jahre (120 Monate) festgestellt werden. In früheren Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission nach § 8 TKG 2003, wie zB im zwischen denselben Parteien geführten Verfahren D 3/10, wurde als außerordentlicher Kündigungsgrund wegen betrieblicher Unzumutbarkeit nach Punkt 12.2.1, Unterpunkt 1, insbesondere auch anerkannt, dass die Antragstellerin alle mittels der anordnungsgegenständlichen Infrastruktur angebondenen Kunden aus Gründen, die sie nicht selbst verursacht hat, verliert. Diese Regelung machte grundsätzlich längere Mindestdauern für den NB vorteilhaft, da – vorbehaltlich § 11 TKG 2003 (dazu sogleich) – eine Nutzung während dieser Dauer möglich, aber nicht verpflichtend war. Bei Wegfall des eigenen Bedarfs konnte der NB seinerseits außerordentlich kündigen. Die dieser Regelung zu Grunde liegende Wertung beruhte dabei wesentlich auf dem Gedanken, dass auch Eigenbedarf des NG gemäß § 11 TKG 2003 iVm Spruchpunkt 12.2.2 eine außerordentliche Kündigung durch diesen ermöglichte. Daher war es in früheren Anordnungen – im Sinne eines fairen Ausgleichs der beteiligten Interessen – konsequent, umgekehrt auch den Wegfall des Bedarfs durch den NB dadurch in vergleichbarer Weise zu berücksichtigen und auch diesem eine bedarfsbezogene Möglichkeit zur Beendigung des Mitbenutzungsverhältnisses zu geben.

Im gegenständlichen Verfahren war jedoch zu berücksichtigen, dass die Antragsgegnerin – wie auch bereits im Verfahren D 1/11 – wiederum ausdrücklich auf die Geltendmachung von Eigenbedarf gemäß § 11 TKG 2003 verzichtete (ON 6 bzw ON 25). Dieser Verzicht erhöht die Rechtssicherheit der Antragstellerin für ihre Mitbenutzung in beträchtlichem Ausmaß, da eine Beendigung der Anordnung durch die Antragsgegnerin vor Ablauf der Mindestdauer durch außerordentliche Kündigung wegen Eigenbedarfs nunmehr nicht mehr möglich ist. Im Gegenzug zu diesem Verzicht ist es aber entsprechend dem Antrag der Antragsgegnerin auch angemessen, wenn diese während der Mindestdauer damit rechnen kann, auch die Erlöse in Höhe des ermittelten angemessenen Entgelte zu erhalten. Die Antragsgegnerin kann daher bei Kundenverlust ebenfalls nicht außerordentlich kündigen und trägt somit im Ausgleich für die Erhöhung ihrer Rechtssicherheit das Risiko des Verlustes des/der eigenen Endkunden/s selbst. Die Kündigungsregelungen wurden daher über Antrag der Antragsgegnerin (ON 17) dahingehend angeordnet, dass einerseits allfälliger Eigenbedarf an der mitbenutzten Infrastruktur die Antragsgegnerin nicht zu einer außerordentlichen Kündigung nach Punkt 12.2.2 berechtigt. Andererseits kann aber auch die Antragstellerin nicht nach Punkt 12.2.1.1 außerordentlich kündigen, wenn sie alle mit der anordnungsgegenständlichen Infrastruktur angebondenen Kunden verliert.

Anders als nach der bisherigen Regelung hat die Mindestdauer daher für den NB nunmehr auch die Konsequenz, dass das Entgelt während dieser Dauer mangels Kündigungsmöglichkeit selbst dann zu bezahlen ist, wenn der NB seinen Kunden verliert. Die Regelung unterscheidet sich in dieser Ausgestaltung somit insofern nicht mehr von den auch privatrechtlich vereinbarten Verträgen, die die Parteien für eine bestimmte Dauer jedenfalls an den Vertrag binden. Mit dieser nunmehr geänderten Risikoverteilung – mit der auch die Entgeltzahlungspflicht während der Mindestdauer einhergeht – ist eine möglichst lange Mindestdauer damit nicht mehr im selben Maß wie bisher im Interesse des NB gelegen. Der Telekom-Control-Kommission scheint es daher angemessen, nicht die von Silver Server über den Verweis auf die Entscheidung im Verfahren D 3/10 beantragten 20 Jahre, sondern die zwischen den Parteien regelmäßig vereinbarten 10 Jahre als Mindestdauer anzuordnen.

Sonstige Verfügungen der Antragsgegnerin über die mitbenutzten Anlagen, die zwingend die gänzliche oder teilweise Beendigung der Mitbenutzung erfordern, können aber – ebenso wie bei Gefahr in Verzug hinsichtlich der Aufrechterhaltung von Energieerzeugung, -verteilung und -versorgung – nach wie vor zu einer Beendigung führen. Dieses außerordentliche Kündigungsrecht nach Punkt 12.2.2 beruht auf § 11 TKG 2003 und betrifft im Unterschied zu Punkt 7 des Anordnungstextes die Situation, dass eine Verfügung der Antragsgegnerin über ihre Anlagen zwingend die gänzliche oder teilweise Beendigung der Mitbenutzung erfordert, wie zB den Abbau einer mitbenutzten Anlage. In diesem Fall hat der NG das Recht, die Anordnung unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von zwölf Wochen außerordentlich zu kündigen. 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 2003 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 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 2003 – soweit die Antragsgegnerin gegenüber der Antragstellerin nicht, wie oben dargestellt wurde, verzichtet hat – 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.

4.4. Zum Antrag der Antragsgegnerin auf Anordnung von AGB, LB und SLA

In Punkt 3 Ihrer Stellungnahme vom 21.09.2011, ON 6, beantragte die Antragsgegnerin zusätzlich zu einer (mit einigen Änderungen) den Bescheiden des Verfahrens D 3/10 entsprechenden Anordnung auch die Anordnung ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), ihrer Leistungsbeschreibung (LB) und ihres Service Level Agreements (SLA). Wie der Antragsgegnerin bereits mit Schreiben vom 18.10.2011, ON 22, mitgeteilt wurde, ist jedoch in der zu treffenden Anordnung gemäß §§ 8 ff TKG 2003 ausschließlich das verfahrensgegenständliche konkrete Mitbenutzungsverhältnis der Parteien zu regeln. Die zusätzliche Anordnung von allgemeinen, schon definitionsgemäß mehrere ähnliche Rechtsverhältnisse betreffenden AGB, LB und SLA-Regelungen ist daher weder erforderlich noch in der konkret beantragten Form – mit Vorrang dieser allgemeinen Regelungen vor der konkreten Anordnung; vgl ON 6, Punkt 3.5 – zweckmäßig. Zudem ermächtigt die Zuständigkeit für Verfahren zur Erlassung vertragsersetzender Bescheide gemäß §§ 8 ff TKG 2003 die Telekom-Control-Kommission lediglich dazu, den im konkreten Fall (auf Basis der Nachfrage) nicht zustande gekommenen Vertrag bescheidmäßig zu ersetzen. Eine darüber hinausgehende Ermächtigung der Telekom-Control-Kommission, auch allgemeine Regelungen für mehrere Vertragsverhältnisse anzuordnen, ist nicht gegeben, so dass die beantragte Anordnung auch aus diesem Grund nicht erfolgen kann.

Auch die weitere Argumentation der Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 02.11.2011, ON 27, überzeugt nicht. Es mag sein, dass die Antragsgegnerin nach Erlassung des Bescheides keine Handhabe zur (einseitigen) In-Geltung-Setzung ihrer AGB, LB und LSA mehr hat. Eine solche ist entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin aber auch nicht erforderlich, da die gegenständliche vertragsersetzende Anordnung für die Abwicklung der Mitbenutzung ausreichend detaillierte Regelungen trifft. So werden – wie auch zB in den Vorentscheidungen der Verfahren D 3/10 und D 1/11 zwischen denselben Parteien – der Anordnungsgegenstand spezifiziert sowie Beginn und Umfang der Mitbenutzung, die Berechtigungsverhältnisse, technische Rahmenbedingungen, Wartung und Instandhaltung, Entgelte, die weiteren Pflichten der Vertragspartner und sonstige vertragliche Regelungen (insbes. Kündigung und allgemeine Schlussbestimmungen) geregelt. Damit sind, anders als bei den von der Antragsgegnerin abgeschlossenen Einzelverträgen, die lediglich die Strecke, die Vertragsdauer und die Entgelte enthalten, den beantragten AGB und LB vergleichbare Regelungen bereits in der behördlichen Anordnung enthalten. Die ergänzende Vereinbarung von allgemeinen Regelungen in AGB und LB mag somit bei den von der Antragsgegnerin abgeschlossenen Einzelverträgen erforderlich sein, nicht aber zusätzlich zur gegenständlichen Anordnung bzw sogar mit Vorrang zu dieser. Die Antragsgegnerin beschränkt sich bei ihrem Vorbringen auch darauf, in allgemeiner Form eine „Unvollständigkeit“ der behördlichen Anordnung zu behaupten, ohne jedoch konkret darzulegen, welche Regelungen aus ihren AGB, LB oder SLA, sie zusätzlich tatsächlich als erforderlich ansieht und daher beantragt. Insbesondere hat die Antragsgegnerin nicht konkretisiert, welchen ihrer SLA-Levels sie für die konkrete verfahrensgegenständliche Strecke angewendet haben möchte. Aus dem dargestellten Grund – dem Detailgrad der Anordnung – geht die Telekom-Control-Kommission auch nicht davon aus, dass die Nichtanordnung zusätzlicher AGB zu einer vermehrten nachträglichen Befassung der Telekom-Control-Kommission im Rahmen von Verfahren nach § 91 TKG 2003 oder zu gerichtlichen Verfahren mit hohen Transaktionskosten führen wird, die sich durch zusätzliche AGB, LB und SLA vermeiden ließe. Die Telekom-Control-Kommission folgt auch der Rechtsansicht der Antragsgegnerin nicht, wonach der Zugang zu Infrastrukturen nach dem 2. Abschnitt des TKG 2003 keinen Anspruch auf Anpassung oder Änderung von privatrechtlich vereinbarten Regelungen umfasse. Entscheidungen nach den §§ 8 ff TKG 2003 sind vielmehr nach der jeweiligen Antrags-, Sach- und Rechtslage zu treffen, wobei – wie oben dargestellt wurde – ein Ausgleich der beteiligten berechtigten Interessen herbeizuführen ist. Eine Verpflichtung der Behörde zur einseitigen Übernahme von Regelungen einer Partei für vergleichbare, privatrechtlich angebotene Produkte ist daher nicht gegeben. Aus den dargestellten Gründen wird dem Antrag der Antragsgegnerin nicht gefolgt.

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 14.11.2011

Die Vorsitzende
Dr. Elfriede Solé