

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Elfriede Solé als Vorsitzende sowie durch Mag. Mathias Grandosek und Univ. Prof. Dr. Otto Petrovic als weitere Mitglieder über Antrag der Silver Server GmbH, Lorenz-Mandl-Gasse 33/1, 1160 Wien, auf Erlass einer Mitbenutzungsanordnung gegenüber der A1 Telekom Austria AG, Lassallestraße 9, 1020 Wien, in der Sitzung vom 26.07.2010 einstimmig beschlossen:

I. Spruch

A. Mitbenutzungsanordnung

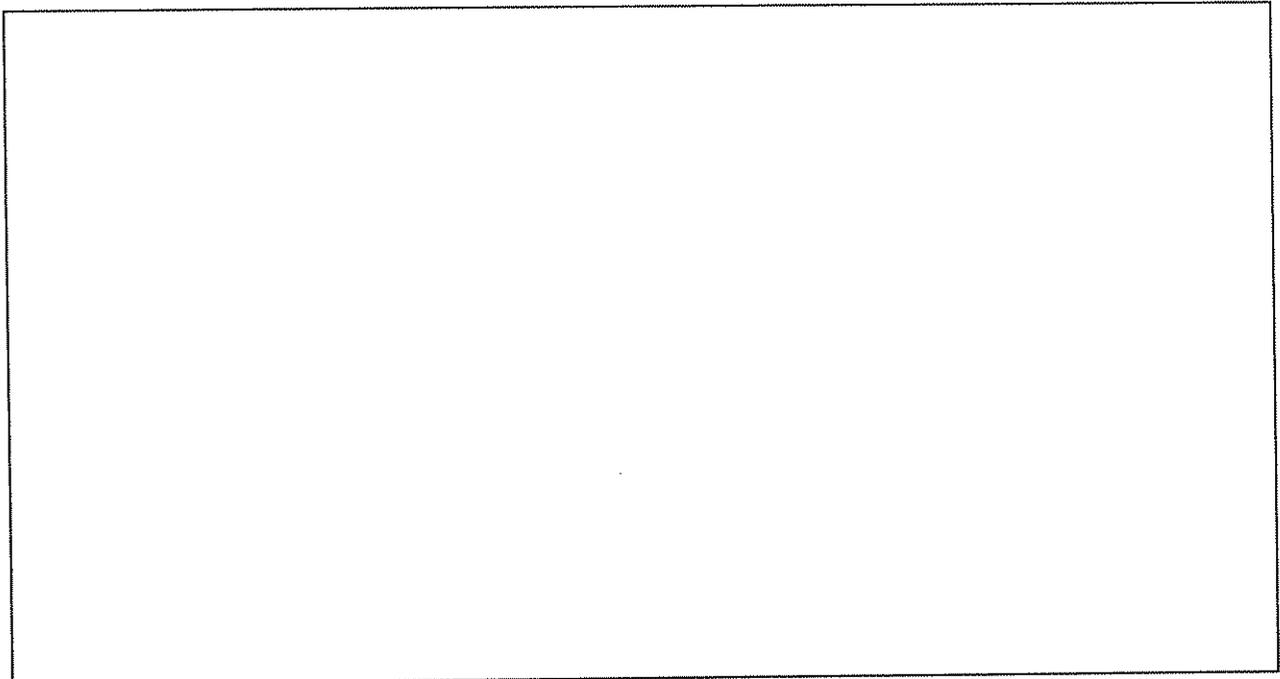
Gemäß §§ 8, 9 iVm §§ 117 Z 1 Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl I Nr. 70/2003 idF BGBl I Nr. 65/2009 (im Folgenden „TKG 2003“) wird folgende vertragsersetzende Regelung zwischen der Silver Server GmbH und der A1 Telekom Austria AG angeordnet:

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

1. Anordnungsgegenstand

Gegenstand dieser Anordnung ist die Regelung der Mitbenutzung iSd §§ 8ff TKG 2003 eines unbeschalteten Glasfaserpaares („Dark-Fibre-Paares“) der A1 Telekom Austria AG („Nutzungsgeber“, „NG“) durch die Silver Server GmbH („Nutzungsberechtigter“, „NB“) zur Anbindung des Objekts [REDACTED] 1220 Wien, [REDACTED], an das Netz des NB.

Dem NB wird dazu in 1220 Wien laut dem nachfolgend dargestellten Plan auf der Glasfaserstrecke mit der Kabelbezeichnung des NG „[REDACTED]“ vom Technikraum [REDACTED] bis zur Grundgrenze des Grundstücks GST-NR [REDACTED], EZ [REDACTED], GRUNDBUCH [REDACTED], das Recht auf Mitbenutzung eines Dark-Fibre-Paares des NG 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] 1220 Wien, an das eigene Netz des NB. Das Mitbenutzungsrecht darf ausgeübt werden, sobald der NB dem NG glaubhaft gemacht hat, dass die zur Anbindung des Objekts zusätzlich erforderliche Infrastruktur des NB errichtet wurde bzw dass diese zeitgleich mit der Realisierung der Mitbenutzung errichtet werden wird.

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 Technikraum des bescheidgegenständlichen Objekts am Patchpanel des NG mit geeigneten marktüblichen Steckersystemen. Dieses Patchpanel ist auch gleichzeitig der Netzabschlusspunkt für den NG.

Übergabe netzseitig:

Die netzseitige Übergabe des Glasfaserpaares erfolgt in Abhängigkeit der künftigen Regelungen über die außerhalb dieses Verfahrens zu regelnden Rechtsverhältnisse der Parteien entweder an einem nach § 5 TKG 2003 neu zu errichtenden Zugangspunkt oder bei vertraglicher Einräumung eines Mitbenutzungsrechts auch an dem restlichen vorhandenen, auf dem Grundstück GST-NR [REDACTED], EZ [REDACTED] Kaisermühlen, verlaufenden Streckenabschnitt, am Patchpanel des NG im Technikraum der VSt auf diesem Grundstück.

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;
- Anzahl der Steckverbindungen;
- 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 die Lokation 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 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. Höhe des monatlichen Entgelts

Für die anordnungsgegenständliche Mitbenutzung eines Fasernpaares hat der NB an den NG ab dem Zeitpunkt, in dem das Mitbenutzungsrecht nach Punkt 2 ausgeübt werden kann und eine Übergabe iSd Punktes 5 erfolgt ist, ein monatliches Entgelt in Höhe von EUR 0,1105 pro Meter zu bezahlen.

8.2. Wertsicherung des monatlichen Entgelts

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

Als Bezugsgröße für Anpassungen gemäß dieser Anordnung dient die für den Monat der Übergabe gemäß Punkt 5 errechnete Indexzahl. Eine Anpassung erfolgt jeweils am 1. Juli

eines jeden Jahres. Alle Veränderungsdaten sind auf eine gerundete Dezimalstelle zu berechnen.

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

8.3. Sonstige Entgelte

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

8.4. Fälligkeit/Verzug

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

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

8.5. Verzugszinsen

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

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

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

8.6. Sicherheitsleistungen

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

8.6.1. Höhe der Sicherheitsleistung

Eine Sicherheitsleistung kann erstmals ein Jahr nach der Übergabe der mitbenutzten Infrastruktur an den NB gefordert werden. Es kann maximal der durchschnittliche Dreimonatsumsatzsaldo der letzten vier Quartale als Höhe der Sicherheitsleistung verlangt werden.

Die Höhe der Sicherheitsleistung wird quartalsweise entsprechend dieser Regelung angepasst.

8.6.2. Art der Sicherheitsleistung

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

- Akonto-Zahlung oder
- Bankgarantie oder
- Patronatserklärung.

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

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

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

8.6.2.1. Akonto-Zahlung

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

8.6.2.2. Bankgarantie

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

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

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

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

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

8.6.2.3. Patronatserklärung

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

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

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

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

8.6.3. Rückgabe der Sicherheitsleistung

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

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

8.6.4. Befriedigung

Jede Partei ist berechtigt, folgende Ansprüche aus den Sicherheitsleistungen zu decken:

- Offene fällige Forderungen aus den anordnungsgegenständlichen Leistungen
- Verzugszinsen aus Forderungen aus den anordnungsgegenständlichen Leistungen
- Anerkannte oder gerichtlich zugesprochene Schadenersatzforderungen der die Sicherheit fordernden Partei.

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

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

8.7. Steuern, Abgaben und Gebühren

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

9. Pflichten des Nutzungsgebers

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

1. Die Einrichtungen des NB sind unter größtmöglicher Schonung zu behandeln sowie die Interessen des NB zu wahren. Der NG wird den NB bei Bedarf und nach Ressourcenverfügbarkeit bei Arbeiten an dessen Einrichtungen unterstützen, wobei die Verrechnung nach Aufwand erfolgt.
2. Der NG hat innerhalb einer Woche nach Rechtskraft dieser Anordnung dem NB einen Koordinator (Name, Funktion, Kontaktdaten) zu benennen, der für alle nach dieser Anordnung erforderlichen Abstimmungen und Mitteilungen als Ansprechpartner des NB fungiert, 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. Pflichten des Nutzungsberechtigten

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

1. Die mitbenutzten Anlagen des NG sind unter größtmöglicher Schonung zu benutzen sowie die Interessen des NG zu wahren. Insbesondere ist dem NB die Errichtung von Anlagen oder die Vornahme sonstiger Handlungen verboten, durch die der Bestand der Errichtungen des NG oder über diese erbrachte Dienstleistungen gefährdet werden.
2. Der NB hat innerhalb einer Woche nach Rechtskraft dieser Anordnung dem NG einen Koordinator (Name, Funktion, Kontaktdaten) zu benennen, der für alle nach dieser Anordnung erforderlichen Abstimmungen und Mitteilungen als Ansprechpartner des NG fungiert. Der NB hat dafür Sorge zu tragen, dass während der gesamten Dauer dieser Anordnung ein Koordinator bestellt ist.
3. Sofern der NB nicht zugleich Eigentümer der oder Verfügungsberechtigter über die Liegenschaften ist, über die die vom NG anordnungsgegenständliche Infrastruktur geführt wird, hat der NB für alle Liegenschaften, Gebäude und Räume, die für die Nutzung der mitbenutzten Infrastruktur allenfalls erforderliche Zustimmungen des Eigentümers oder sonstigen Verfügungsberechtigten zur Mitbenutzung einzuholen. Der NG ist nicht verpflichtet, die Zustimmungen zu überprüfen oder einzufordern.
4. Der NB hat die für die Inanspruchnahme von Liegenschaften, Gebäuden und Räumen für die eigenen Einrichtungen allenfalls erforderlichen behördlichen Bewilligungen einzuholen. Der NG ist nicht verpflichtet, die behördlichen Bewilligungen zu überprüfen oder einzufordern.
5. Der NB wird den NG für allfällige Nachteile, die aus der Verletzung der Verpflichtungen der Punkte 3 und 4. resultieren sollten, schad- und klaglos halten.

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 auf unbestimmte Zeit.

12.1. Ordentliche Kündigung

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

12.2. Außerordentliche Kündigung

12.2.1. Allgemeine Regelungen

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

1. der kündigenden Partei eine weitere Erbringung der Leistungen aus technischen oder betrieblichen Gründen, die sie nicht selbst verursacht hat, unzumutbar ist;
2. die andere Partei ihr gegenüber mit der Zahlung von Entgelten trotz Fälligkeit und zweimaliger fruchtloser schriftlicher Nachfristsetzung von jeweils mindestens vierzehn Tagen in Verzug ist; dies gilt nicht bei gerichtlicher Hinterlegung im Streitfall gemäß § 1425 ABGB;
3. die andere Partei die Bedingungen des aus dieser Anordnung entstehenden Rechtsverhältnisses schwerwiegend verletzt, sodass die Fortsetzung für die andere Partei unzumutbar wird, und die Verletzung und deren Folgen nicht binnen 30 Tagen nach schriftlicher Aufforderung durch eingeschriebenen Brief der verletzten Partei

vollständig beseitigt worden sind;

4. wenn ein Insolvenzverfahren mangels kostendeckenden Vermögens nicht eröffnet wird;
5. die Partei eine geforderte Sicherheitsleistung gemäß Punkt 8.6 nicht erlegt;
6. dem NG von Liegenschaftseigentümern oder sonst dazu berechtigten Dritten die Berechtigung zur Nutzung der Liegenschaften entzogen wird und der NG aus diesem Grund seine Anlagen sowie allenfalls eingebrachte Anlagen des Anordnungspartners von der Liegenschaft entfernen muss.

12.2.2. Außerordentliche Kündigung des NG gemäß § 11 TKG 2003

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

Die Parteien treten in diesem Fall 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 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.“

B. Abweisung

Der Antrag der Silver Server GmbH vom 04.03.2010 (ON 1), die Telekom-Control-Kommission möge die Mitbenutzung von unbeschalteten Leitungen in Erdkabeln (Dark Fiber) der A1 Telekom Austria AG durch die Silver Server GmbH an der auf dem Grundstück GST-NR [REDACTED] EZ [REDACTED] Kaisermühlen verlaufenden Infrastruktur anordnen, wird abgewiesen.

II. Begründung

A. Gang des Verfahrens

Mit Schriftsatz vom 03.03.2010, eingelangt am 04.03.2010 (ON 1) brachte die Silver Server GmbH (in der Folge: Silver Server) einen auf §§ 8f TKG 2003 gestützten Antrag auf Mitbenutzung von unbeschalteten Glasfasern in Erdkabeln gegen die (damalige) Telekom Austria TA AG, nunmehr A1 Telekom Austria AG (in der Folge: A1 Telekom) ein.

Mit Schriftsatz vom 19.04.2010 nahm A1 Telekom nach Fristverlängerung fristgerecht iSd § 9 Abs 2 TKG 2003 zum Antrag Stellung (ON 11).

Am 23.04.2010 und am 11.05.2010 fanden Augenscheintermine sowie am 30.04.2010 ein Einschautermin in Kostenrechnungsdaten der A1 Telekom durch die von der Telekom-Control-Kommission bestellten Amtssachverständigen statt.

Am 17.06.2010 wurde den Parteien das Gutachten der Amtssachverständigen gemäß § 45 AVG übermittelt.

Am 05.07.2010 fand eine mündliche Verhandlung vor der Telekom-Control-Kommission im Beisein beider Parteien statt (ON 30).

Am 08.07.2010 langten Stellungnahmen der Parteien zum Gutachten ein (ON 34 und ON 36).

Mit 08.07.2010 wurde Telekom Austria TA AG in A1 Telekom Austria AG umfirmiert.

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Status der Antragstellerin

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

2. Zur Nachfrage nach den beantragten Leistungen

Mit Schreiben vom 30.11.2009 fragte Silver Server bei der Antragsgegnerin die Mitbenutzung von „unbeschalteten Lichtwellenleitern (Dark Fiber) ... gemäß § 8 ff TKG“ unter anderem zwischen dem Standort „[REDACTED] 1220 Wien,

[REDACTED]“ und der „[REDACTED] 1220 Wien, [REDACTED]“ bzw von Teilen dieser Strecke nach.

Am 01.12.2009 erfolgte eine Rückfrage durch A1 Telekom, das nachgefragte verbindliche Angebot wurde nicht gelegt (Beilagen .1 bis .4 zu ON 1).

3. Technische Feststellungen

3.1. Lichtwellenleiter und -kabel

Lichtwellenleiter (LWL, auch Glasfaser oder Fibre genannt) sind aus Lichtleitern bestehende oder zusammengesetzte, teilweise konfektionierte, mit Steckverbindungen versehene Kabel und Leitungen zur Übertragung von Licht im sichtbaren sowie ultravioletten oder infraroten Bereich. Lichtwellenleiter bilden mehr oder weniger stark biegsame Verbindungen zur Übertragung optischer Signale in leitungsgebundenen Kommunikationssystemen. Die verwendeten Lichtleiter, in denen die Strahlung geleitet wird, bestehen je nach Anwendung aus Mineralglas oder Kunststoff.

Glasfaserkabel bestehen aus hochtransparenten Glasfasern, die mit einem Glas niedrigerer Brechzahl ummantelt sind. Die Faser besteht aus einem Kern (engl. core), einem Mantel (engl. cladding) und einer Schutzbeschichtung (engl. coating). Der lichtführende Kern dient der Übertragung eines Signals. Der Mantel hat eine niedrigere optische Brechzahl (Dichte) als der Kern. Er bewirkt dadurch eine Totalreflexion an der Grenzschicht und somit die Führung der Strahlung im Kern des Lichtwellenleiters. Dennoch tritt ein Teil der Lichtwelle auch im Mantel auf, nicht jedoch an dessen Außenoberfläche. Die äußere Schutzbeschichtung einer Glasfaser bietet Schutz vor mechanischen Beschädigungen und besteht meist aus einer 125-500 µm dicken Lackierung aus speziellem Kunststoff, wodurch die Faser auch vor Feuchtigkeit geschützt wird. Ohne die Beschichtung würden die auf der Faseroberfläche vorhandenen Mikrorisse zu einer erheblichen Verringerung der mechanischen Belastbarkeit führen. Bei Unterschreitung des minimalen Biegeradius der Glasfaser findet am Cladding keine Totalreflexion mehr statt, ein Teil des Lichtes entweicht aus dem Glaskern. Dies macht sich in Form einer Dämpfungserhöhung bemerkbar und kann je nach Leistungsbudget, Streckenlänge und Biegung zum Totalausfall der Übertragung führen. Neuere Entwicklungen in der Herstellung der Glasfaser versuchen aber auch hier so weit wie möglich die Biegeempfindlichkeit zu minimieren.

3.2. Verbinden von Glasfasern

Glasfasern können mittels Steck- oder Spleißverbindungen verbunden werden. Für Steckverbindungen sind derzeit viele verschiedene Steckerarten und -systeme im Einsatz, am häufigsten werden LC-, SC-, ST-, und E-2000-Stecker verwendet. FC/PC-Stecker werden etwas seltener eingesetzt. Einige Steckerarten und -systeme sind in IEC 61754 genormt. Die Stecker sind meistens an der Glasfaser vorkonfektioniert, können aber auch vor Ort angebracht werden. Dies erfordert Fachpersonal und spezielle Montageausrüstung, da der Dämpfungswert stark von der Installation abhängig ist.

Spleißverbindungen werden mittels eines Spleißverfahrens hergestellt. Das Spleißen von Glasfasern ist eine sichere und verlustarme Verbindungsmethode, erfordert jedoch eine spezielle Ausrüstung und Erfahrung. Die Enden müssen vor dem Spleißen plan zugerichtet und genau zueinander positioniert werden. Es folgt eine Aufschmelzung der Faserenden durch einen kurzzeitigen Lichtbogen. Während des Aufschmelzens werden die Glasfaserenden ohne zusätzliches FügemitteI aneinandergeschoben. Danach wird die bruchempfindliche Spleißstelle mit einem Spleißschutz mechanisch und vor Feuchtigkeit geschützt. Die Erstellung einer lösbaren Verbindung, um zum Beispiel innerhalb eines Verteilerfeldes Rangiermöglichkeiten zwischen verschiedenen Strecken zu ermöglichen, erfolgt durch das Verspleißen eines Pigtails mit der Verlegefaser. Ein Pigtail ist eine kürzere, meistens mehrere Meter lange Glasfaser, die auf der einen Seite einen konfektionierten Stecker hat. Bei einem Patchkabel bzw. vorkonfektionierten Verlegekabel, welches auch mehrere hundert Meter lang sein kann, befinden sich die Stecker auf beiden Seiten.

Um den Zugang zu einer Glasfaser an einem beliebigen Punkt des Glasfaserkabels zu ermöglichen, muss in der Regel das gesamte Kabel durchtrennt werden. Für Verbindung von zwei oder mehreren Glasfaserkabeln werden Spleißboxen und Glasfasermuffen (auch als Spleißmuffen bekannt) benutzt.

Eine Spleißbox (auch als Spleißverteiler bekannt) ist ein Gehäuse, in dem Glasfaserkabel enden und die Glasfasern aufgefächert werden. Zentrale Bestandteile einer Spleißbox sind die Spleißkassette, die die Glasfaserkabel sowie deren Reserve aufnimmt, und die Frontplatte (auch als Patchpanel bekannt), in der sich unterschiedliche Stecker für die Weiterleitung von Signalen über Glasfaserkabel (manchmal auch über Kupferkabel) befinden. Die Spleißkassette ist aus der Spleißbox herausnehmbar, um Glasfaserkabel über ein Spleißgerät zu konfektionieren. Auch die Frontplatte lässt sich herausnehmen, um die Glasfasern an verschiedene Stecker zu spleißen. Eine Spleißbox, die für den Einbau in einem 19 Zoll breiten Verteilerschrank bestimmt ist, ist üblicherweise mit bis zu 24 Steckplätzen bestückt und eine Höheneinheit hoch. Kleinere und größere Ausführungen sind ebenfalls verfügbar. Spleißboxen sind hauptsächlich für die Anwendung im Innenbereich geeignet.

Glasfasermuffen enthalten mehrere Spleißverbindungen und verbinden zwei oder mehrere Kabel mit jeweils mehreren Glasfasern. Hierfür müssen die Glasfasern einzeln verspleißt und in Kassetten eingelegt werden. Eine Muffe kann bis zu mehrere hundert einzelne Fasern aufnehmen, was eine dementsprechende Installationszeit beanspruchen kann. Glasfasermuffen können sowohl für den Innen- als auch für den Außenbereich bestimmt sein und bieten entsprechenden Schutz vor Umwelteinflüssen. Einige Muffenprodukte bieten auch Ablagen von Kabelreserven (Überlängen) von mehreren zehn Metern an.

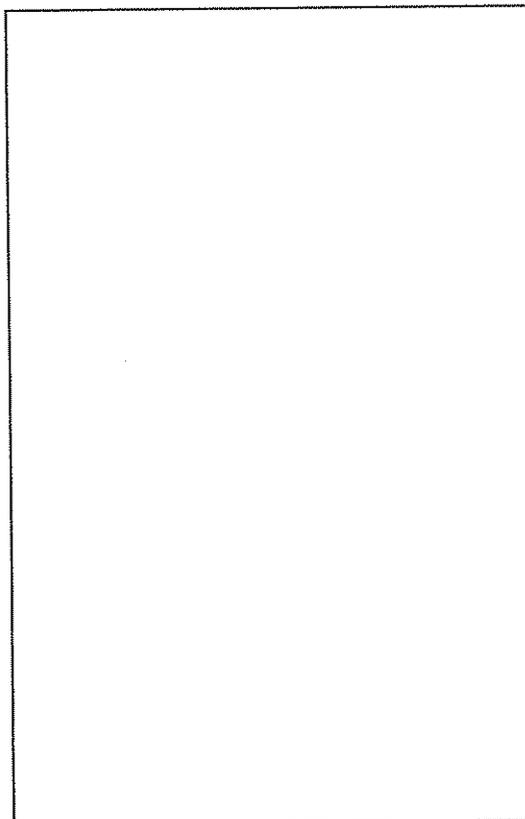
Im Gegensatz zu Muffen in Kupfernetzen, die vielfach mit Harz vergossen und sich somit nicht für spätere Manipulationen eignen, können solche Manipulationen bei Glasfasermuffen nachträglich vorgenommen werden. Der Zweck einer Glasfasermuffe besteht gerade in der Möglichkeit des flexiblen Verbindens der Glasfaserkabel und deren Fasern mittels Spleißverfahren. Aus technischer Sicht sind derartige Manipulationen, fachgerechte Arbeiten durch entsprechend geschultes Personal vorausgesetzt, vertretbar.

3.3. Umfang der Betriebsreserve

Das Vorhalten einer Betriebsreserve von mindestens zwei durchgehend geschalteten Glasfasern je Kabelendpunkt für kurzfristige Umschaltungen im Störungs- oder Wartungsfall, wobei ein solcher Endpunkt mehrere Kunden versorgen kann, ist aus technischer Sicht plausibel. Steht keine Betriebsreserve für A1 Telekom an einem Endpunkt zur Verfügung, wäre eine allfällige Entstörung und Wartung erschwert, bzw wäre der für derartige Maßnahmen erforderliche Aufwand höher (Gutachten ON 24, Punkt 5.2 und Punkt 4.2.1).

4. Zur Infrastruktur der A1 Telekom

In der bescheidgegenständlich relevanten Umgebung zwischen dem nachgefragten Endpunkt [REDACTED] in 1220 Wien, [REDACTED], und der Vermittlungsstelle der A1 Telekom in 1220 Wien, [REDACTED], verfügt A1 Telekom entsprechend dem nachfolgend dargestellten Plan grundsätzlich über folgende Glasfaser-Infrastruktur:



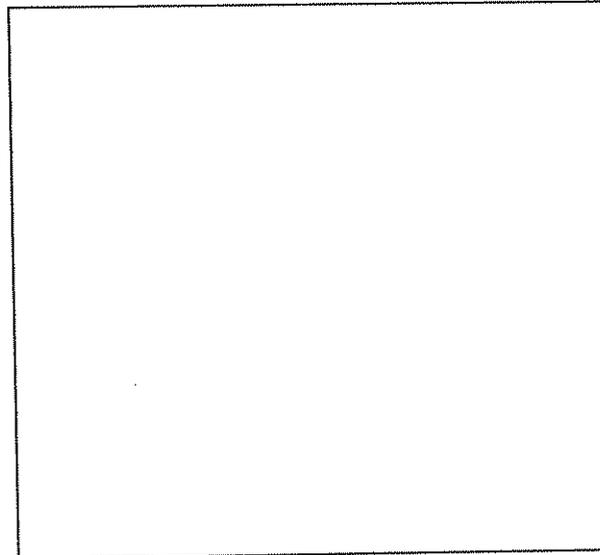
Die Vermittlungsstelle (VSt) der A1 Telekom befindet sich auf dem Grundstück GST-NR [REDACTED] EZ [REDACTED] Kaisermühlen. Dieses Grundstück steht im Eigentum der A1 Telekom (ON 11 und ON 22).

Zwischen dem Technikraum der VSt und dem Technikraum der A1 Telekom [REDACTED] in 1220 Wien, [REDACTED] (Endpunkt 1, EP 1) besteht ein durchgängiges [REDACTED]-fasriges Kabel. Die Kabelbezeichnung dieser Strecke lautet „[REDACTED]“. Die Strecke verfügt [REDACTED]. Die Länge der Strecke zwischen [REDACTED] Meter.

[REDACTED]

Die von Silver Server beantragten Endpunkte „[REDACTED]“ oder [REDACTED] sind über Infrastruktur der A1 Telekom nicht erreichbar (ON 11, Punkt VI).

Folgende Abbildung stellt diese Belegungssituation grafisch dar:



5. Rechtsgrundlage der Verlegung

Für die auf der bescheidgegenständlichen Strecke errichtete Infrastruktur außerhalb des Grundstücks GST-NR [REDACTED], EZ [REDACTED] Kaisermühlen verfügt A1 Telekom über [REDACTED] Leitungsrechte (ON 11, Punkt VI.3.).

6. Zu den Entgelten für die gegenständliche Infrastruktur

Die anteiligen Vollkosten der A1 Telekom für die bescheidgegenständliche bauliche Infrastruktur (Abschreibungen, Kapitalkosten, Wartung & Instandhaltung, Akquisitionskosten) und für die mitbenutzten Lichtwellenleiter (Abschreibungen, Kapitalkosten, Wartung & Instandhaltung) können mit EUR 0,1105 pro Monat und Meter für ein Fasernpaar beziffert werden (Gutachten ON 24, Punkt 6 iVm Anhang 3). Darin sind sonstige, neben den genannten Kostenpositionen anfallende Kosten, die anlässlich der Mitbenutzung entstehen können, nicht berücksichtigt (Gutachten ON 24, Punkt 6.7).

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 fachgerechte Manipulationen in Glasfasermuffen vorgenommen werden können und aus technischer Sicht vertretbar sind, beruht auf den Angaben der Amtssachverständigen (Gutachten ON 24, Punkt 4.2.1), wonach der Zweck einer Glasfasermuffe gerade in der Möglichkeit des flexiblen Verbindens der Glasfaserkabel und deren Fasern besteht und eine Glasfasermuffe mit einem ununterbrochenen Kabel oder Kabelsegment gleichgestellt und damit entwertet wäre, würde man derartige Manipulationen nicht zulassen. Dem gegenteiligen Vorbringen der A1 Telekom, es bestehe ein sehr hohes Risiko des Fasernbruchs bei jeder Manipulation in einer Muffe, wenn Fasern von einer Ader während des Betriebes anderer Fasern herausgespleißt werden, kann daher nicht gefolgt werden, sofern eine fachgerechte Ausführung der Arbeiten durch entsprechend geschultes Personal erfolgt. Dies ist durch die Regelung in Punkt 6 des Anordnungstextes sicher gestellt, da A1 Telekom nur eigenes oder von ihr akkreditiertes Personal derartige Arbeiten (gegen Aufwandsersatz) ausführen lassen muss. Es konnte daher festgestellt werden, dass ein in diesem Sinne bestimmungsgemäßer Einsatz einer Muffe für A1 Telekom technisch vertretbar ist.

Zur Höhe der Kosten der A1 Telekom: In ihrer Stellungnahme ON 11 übermittelte A1 Telekom Informationen über ihre Kosten für die verfahrensgegenständliche Infrastruktur. Am 30.04.2010 fand ein Einschautermin in Kostenrechnungsdaten der A1 Telekom durch die Amtssachverständigen statt, im Rahmen dessen A1 Telekom die grundsätzliche Vorgehensweise ihrer Berechnung der Infrastrukturkosten sowie der Preisermittlung erläuterte und die darin verwendeten Kostenelemente, Strukturinformationen und Kostenparameter darlegte. Den Investitionskosten liegen aktuelle Wiederbeschaffungswerte (Herstellungskosten bei Neuerrichtung) zu Grunde. Dafür wurden die entsprechenden Kosten als Fremdleistungen basierend auf ausverhandelten und aktuell gültigen Rahmenverträgen mit Baufirmen angesetzt, die nach einem Bestbieterverfahren ausgewählt worden waren. Für die Kalkulation der Kabelkanalkosten der bescheidgegenständlichen Strecke 3 wurden Mittelpreise für die unterschiedlichen Elemente einer Kabelkanalanlage herangezogen. Die Glasfaserkosten wurden von A1 Telekom auf Grundlage eines Kalkulationstools berechnet. Die Verwendung von Wiederbeschaffungswerten ist als geeignet anzusehen, da hiervon grundsätzlich korrekte Preissignale und Anreizwirkungen für effiziente Investitionen und Ressourceneinsatz ausgehen.

Die Höhe der Herstellungskosten der baulichen Infrastruktur (EUR [REDACTED]) sowie der LWL-Herstellungskosten (EUR [REDACTED]) sowie grundsätzlich die vorgenommenen Kalkulationen und Berechnungsschritte der A1 Telekom wurde von den Amtssachverständigen (mit Ausnahme der unten im Detail begründeten Parameter) als plausibel erachtet (Gutachten ON 24 Punkt 6.1) und konnte daher den festgestellten Kosten zu Grunde gelegt werden. Das bezüglich der Herstellungskosten gegenteilige Vorbringen der Silver Server in ON 34 überzeugt demgegenüber nicht. Einerseits bringt Silver Server vor, die relevanten Daten der A1 Telekom seien ihr nicht bekannt gegeben worden, was insofern nicht den Tatsachen entspricht, als Silver Server die relevanten Beilagen .17 bis .113, .114a und .114b sowie .115 bis .118 zum Schriftsatz ON 11 der A1 Telekom am 17.06.2010 mit ON 25 (ungeschwärzt) übermittelt wurden. Andererseits ist das Vorbringen der Silver Server nur allgemein gehalten („die Preise erscheinen teilweise unrealistisch hoch“), während A1 Telekom konkrete von den Amtssachverständigen als plausibel bewertete Daten übermittelte. Soweit Silver Server vorbringt, selbst billiger eine Glasfaserstrecke errichten zu können, als es den festgestellten Kosten der A1 Telekom entspricht, wird darauf hingewiesen, dass in diesem Fall keine (rechtlichen oder ökonomischen) Gründe gegen eine derartige Selbstverlegung sprechen. Die §§ 8 ff TKG 2003 bezwecken gerade nicht, die Selbstverlegung effizienter eigener Infrastruktur durch die Bepreisung einer Mitbenutzung zu verhindern. Die Telekom-Control-Kommission legt aus diesen Gründen die im Gutachten dargestellten Herstellungskosten der A1 Telekom den Feststellungen zu Grunde.

Beide Parteien thematisierten die Höhe des von den Amtssachverständigen ihren Berechnungen zu Grunde gelegten Kapitalkostenzinssatzes (WACC). Dieser wurde im Gutachten mit 13,37% angenommen, was dem arithmetischen Mittelwert der im

Marktanalysegutachten aus dem Verfahren der Telekom-Control-Kommission zu M 3/09 auf der Basis von Benchmarking dargestellten möglichen Werte zwischen 10,45% und 16,28% entspricht. Beide Schwellwerte berücksichtigen einen erhöhten Risikoaufschlag auf das Fremdkapital. Der obere Wert enthält darüber hinaus eine besonders hohe Marktrisikoprämie von 12%. A1 Telekom argumentiert nun in den Stellungnahmen ON 11 und ON 36, dass dieser Mittelwert unter Berücksichtigung von Expertenmeinungen über die weltwirtschaftliche Entwicklung (Finanzkrise) zu niedrig sei und auf den höchsten soeben genannten Wert von 16,28% zurück gegriffen werden solle. Umgekehrt argumentiert Silver Server in ON 34 ebenfalls unter Bezugnahme auf die derzeitigen Verhältnisse am Kapitalmarkt und auf Meinungen von Vertretern mehrerer österreichischer Banken, dass ein WACC von 9,5% ausreichend sei, um eine angemessene Kapitalverzinsung abzubilden. Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass, wie in vergangenen regulatorischen Verfahren, die Neuermittlung eines adäquaten WACC – zumal bei Vorliegen derart unterschiedlichen Vorbringens – eine weitere umfangreiche Begutachtung, allenfalls auch unter (entgeltlicher) Inanspruchnahme von externen Sachverständigen, erfordern würde. Bei Berücksichtigung des knappen gesetzlich vorgegebenen Zeitrahmens für das gegenständliche Verfahren und dessen Charakter als Streitschlichtungsverfahren (Vgl. VwGH vom 19.10.2004, ZI 2000/03/0300, wonach die „*einzelnen Regelungen der Anforderung eines fairen Ausgleichs ... gerecht werden*“ müssen), erachtet es die Telekom-Control-Kommission für zweckmäßiger, dem vermittelnden Weg der Amtssachverständigen zu folgen und den WACC mit dem Mittelwert von 13,37% anzunehmen, zumal auch der Durchschnitt der zuletzt beantragten Werte (12,9%) etwa bei diesem Wert zu liegen kommt.

Gegenüber dem Vorbringen der A1 Telekom reduzieren die Amtssachverständigen auch den prozentuellen Aufschlag für Wartungs- und Instandhaltungskosten von 5% auf 2,24%. Dieser Reduktion widerspricht A1 Telekom in ihrer Stellungnahme zum Gutachten nicht und auch Silver Server thematisiert die Höhe des Aufschlags nicht. Den Feststellungen wurde daher die reduzierte Höhe von 2,24% zu Grunde gelegt.

Die Feststellung der anteiligen Vollkosten der A1 Telekom für die bescheidgegenständliche bauliche Infrastruktur beruht auf dem Gutachten der Amtssachverständigen. In den Stellungnahmen der Parteien wurde dazu folgende Themen aufgegriffen:

Aufteilung der Kosten: Bei den Kosten der Kabelkanalanlagen handelt es sich bezüglich eines LWL-Kabels ebenso wie beim LWL-Kabel gegenüber einzelnen Fasern um gemeinsame Kosten. 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 kommen als Kostenteiler entweder die gesamte Anzahl der Rohrzüge (Gesamtkapazität) oder aber nur die (geringere) Anzahl der tatsächlich genutzten Rohrzüge (genutzte Kapazität) in Betracht. Technisch bedingt können beim Bau von einzelnen Kabelkanalanlagen spätere Leerkapazitäten nicht ausgeschlossen werden (sprungfixe Kosten). Die Anzahl der tatsächlich genutzten Rohrzüge (genutzte Kapazität) stellt daher nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission entsprechend dem Ansatz der Amtssachverständigen und entgegen dem Vorbringen der Silver Server den geeigneten Kostenteiler dar. Zu der von Silver Server in diesem Zusammenhang angeführten Möglichkeit der Änderung des Auslastungsgrades ist auszuführen, dass diesem Umstand durch die Mittelwertbildung zwischen dem im Rahmen des Lokalausweisens erhobenen Beschaltungsgrad und dem von A1 Telekom in ihren Stellungnahmen vorgebrachten künftigen erhöhten Beschaltungsgrad Rechnung getragen wurde. Auch das von Silver Server ins Treffen geführte Argument über unrichtige Investitionsanreize durch die vorgenommene Aufteilung der gemeinsamen Kosten überzeugt nicht. Die von Silver Server intendierte Aufteilung der gemeinsamen Kosten, die ohne Berücksichtigung der genannten technisch bedingten Leerkapazitäten auf eine möglichst billige Mitbenutzung abzielt, setzt weder Anreize in ökonomisch gewünschte effiziente eigene Infrastrukturausbauten, noch für die erforderliche Wartung und Instandhaltung der mitbenutzten Infrastruktur. Auch der Argumentation einer Aufteilung der Kosten danach, welche Faserkapazitäten „*eingebaut werden können*“ (ON 34, Seite 5) wird nicht gefolgt, weil damit implizit ein in § 8 TKG 2003 nicht gefordertes Effizienzkriterium des Eigentümers

vorausgesetzt wird. Die Argumente der Silver Server können daher nicht überzeugen. Die Kosten der technisch nicht vermeidbaren Leerkapazitäten sind vielmehr von allen Nutzern der belegten Kapazitäten anteilig mitzutragen.

Während damit in einem ersten Schritt die gemeinsamen Kosten einer Kabelkanalanlage anteilig (auch entsprechend dem Vorbringen der A1 Telekom) auf die genutzten Rohrzüge und somit das untersuchungsgegenständliche LWL-Kabel verteilt werden, wird der anschließende zweite Schritt der Verteilung der gemeinsamen Kosten des LWL-Kabels auf die einzelnen Fasern von A1 Telekom in ihrer Argumentation unterlassen. Ursprünglich argumentierte A1 Telekom, dass durch die Mitbenutzung von Glasfasern der Nachfrager gegenüber der Mitbenutzung von Kabelkanälen („Duct Access“) nicht besser gestellt werden solle. Vielmehr sollen Betreiber dazu angehalten werden, ihre jeweilige Glasfaserinfrastruktur selber zu verlegen. Daher wurden die gemeinsamen Kosten des LWL-Kabels, in dem Silver Server die Mitbenutzung eines Fasernpaars begehrt, zur Gänze Silver Server angelastet, auch wenn ein Grossteil der Fasern (weiterhin) von A1 Telekom genutzt wird. Dies würde allerdings zu dem im Gutachten beschriebenen „Freeriding“ von A1 Telekom führen, da Silver Server die gemeinsamen Kosten des LWL-Kabels alleine zu tragen hätte. Dieses Ergebnis erscheint der Telekom-Control-Kommission unbillig, weshalb die Aufteilung auch der auf das LWL-Kabel entfallenden gemeinsamen Kosten entsprechend dem Nutzungsgrad erfolgt. In Konsequenz ihres Vorbringens wurden von A1 Telekom die anteiligen Vollkosten der Kabelkanalanlagen auch derart aufgeteilt, als ob Silver Server einen weiteren bis dato noch ungenutzten Rohrzug belegen würde und nicht ein Glasfasernpaar in einem bereits bestehendem LWL-Kabel. Die der Feststellung zu Grunde liegende Betrachtung von anteiligen Vollkosten von Glasfaserpaaren erfordert demgegenüber auch die Anpassung der Verteilschlüssel (Nutzungsgrade) für die Kabelkanalanlagen, da durch Silver Server kein eigener weiterer Rohrzug genutzt, sondern ein Fasernpaar eines bereits bestehenden und einen Rohrzug belegenden LWL-Kabel mitgenutzt wird.

Zusätzlich wurde berücksichtigt, dass der von A1 Telekom vorgebrachte Ansatz der „Stand Alone Costs“ (SAC) auf Ebene des LWL-Kabels für die Mitbenutzung von einzelnen Glasfaserpaaren einen starken Vorzug einer Parallelverlegung von LWL-Kabeln gegenüber einer Mitbenutzung bewirken könnte, was zur Folge haben könnte, dass allenfalls brach liegende Glasfasern entgegen den Intentionen des § 8 TKG 2003 aus Kostengründen ungenutzt blieben und darüber hinaus auch eine Parallelverlegung vielfach unterbleiben würde, wenn dies ineffizienter Weise wiederum zusätzliche unterausgelastete LWL-Kabel zur Folge hätte. Ein dem Grunde nach vergleichbares Ergebnis hätte auch die von A1 Telekom zuletzt vorgebrachte Aufteilung der gegenständlich betrachteten gemeinsamen Kosten je zur Hälfte auf A1 Telekom und Silver Server, weshalb auch dieser Argumentation nicht gefolgt wird. Soweit A1 Telekom vorbringt, die Aufteilung der gemeinsamen Kosten in der im Gutachten dargestellten Weise führe auch dazu, dass Mitbenutzung günstiger sei, als kooperative Verlegung, ist darauf hinzuweisen, dass eine Kooperation nur hinsichtlich der Mitbenutzung zweier Gasfasern unwahrscheinlich ist, so dass ein Beteiligter an einer Kooperation wohl in aller Regel auch umfangreichere Nutzungsmöglichkeiten haben wird, als Silver Server gegenständlich eingeräumt werden. Zudem steht ein Kooperationspartner auch nicht unter der Bedingung des § 11 TKG 2003.

Zur Aufteilung der LWL-Kosten gemäß der Stellungnahme der A1 Telekom bzw. dem Lokalausweis: Die nach dem dargestellten Vollkostenansatz („Fully Distributed Cost“ - FDC) ermittelten anteiligen Kosten der Mitbenutzung sind daher von der Anzahl der Fasern in den jeweiligen Kabelabschnitten abhängig. Wendet man auch bezüglich der LWL-Kabel denselben Ansatz wie bei baulicher Infrastruktur (Kabelkanäle und -Schächte) an, wonach nicht durch die gesamte Anzahl vorhandener Fasern geteilt wird, sondern die (geringere) Anzahl der tatsächlich genutzten Kapazitäten in Betracht gezogen wird, ist auch ein entsprechender (prozentueller) Nutzungsgrad zu berücksichtigen, der von der jeweiligen, einer möglichen Änderung unterworfenen Beschaltungssituation abhängig ist. Entsprechend den Ausführungen im Gutachten erscheint es dabei zweckmäßig, zum Einen die aktuelle Belegungssituation, die zum Zeitpunkt des Lokalausweises festgestellt wurde (mit eher geringerer Auslastung) und zum Anderen eine mögliche bzw. wahrscheinliche zukünftige Situation, wie sie in der Stellungnahme von A1 Telekom dargestellt wird (mit hoher Auslastung) zu berücksichtigen. Da sich die Belegungssituation im Zeitablauf verändern

kann, wird mit den beiden genannten Szenarien ein möglicher Lösungsraum für die konkreten Entgelte einer Mitbenutzung von Glasfaserpaaren aufgespannt.

Um aus Gründen der Praktikabilität bei derartige Änderungen der Belegungssituation jeweils aufwändige Neuberechnungen des Entgelts zu vermeiden ist es naheliegend und zweckmäßig, den im Gutachten ermittelten und vorgeschlagenen Mittelwert aus der geringeren Belegungssituation (Zeitpunkt des Lokalaugenscheins) und einer möglichen höheren Belegungssituation (gemäß Stellungnahme A1 Telekom) anzuwenden. Dies zumal die tatsächliche Belegungssituation jeweils zwischen diesen beiden Szenarien zu liegen kommen wird. Den festgestellten Kosten liegt eine derartige Durchschnittsbildung zu Grunde. Die Anwendung eines solchen mittleren Preises für Fasernpaare umgelegt auf einen Meterpreis für Fasernpaare wird auch besser der vorliegenden Situation gerecht, bei der nur eine Teilstrecke der bescheidgegenständlichen LWL-Leitung für eine Mitbenutzung in Frage kommt. Anderenfalls wäre abhängig von den konkret genutzten Teilstrecken und der jeweiligen Belegungssituation ebenfalls eine (spätere) neuerliche Entgeltberechnung erforderlich. Der Mittelwert aus unterschiedlichen Belegungssituationen (obere und untere Schwelle) ist demnach auch geeignet, mitgenutzte Teilstrecken adäquat und operationalisierbar abzudecken.

Den von den Amtssachverständigen thematisierten weiteren Gedanken in Richtung einer generellen Anwendbarkeit der berechneten Entgelte dahingehend, dass ein einheitlicher Meterpreis für Fasernpaare – als gewichteter Mittelwert – aus den Kosten und Belegungssituationen aller 6 beantragten Strecken zur Anwendung gelangen könnte, hat die Telekom-Control-Kommission nicht übernommen. Es ist nicht sicher gestellt, dass gerade die Kosten für die beantragten sechs Strecken für die Kosten von Dark-Fibre-Zugang einen repräsentativen Durchschnitt darstellen. Diese Bewertung könnte sich bei späteren Ermittlungen von Kosten, wenn eine breitere Vergleichsbasis vorliegt, bzw etwa durch Berücksichtigung einer festgestellten beträchtlichen Marktmacht eine andere rechtliche Situation gegeben sein könnte, anders darstellen. Die Telekom-Control-Kommission nimmt daher vorerst von einer diesbezüglichen Durchschnittsbildung Abstand.

Eine weitere Unterscheidung bei der Ermittlung der LWL-Kosten hat danach zu erfolgen, ob Silver Server eine Nutzung der Betriebsreserve im Bedarfsfall zur Verfügung steht oder nicht. Dies deshalb, weil die Verteilung der gemeinsamen Kosten der LWL-Kabel gemäß dem angewendeten Vollkostenansatz an Hand der mit Diensten belegten Fasern ("beschalteten Fasern") erfolgt, was zur Folge hat, dass die Kosten allfälliger sonstiger Kapazitäten ("Reservefasern" bzw. "Betriebsreserve", "tote Fasern") von allen Nutzern anteilig getragen werden. Dies ist vor allem hinsichtlich der Betriebsreserve aber nur dann gerechtfertigt, wenn Silver Server im Bedarfsfall (z.B. Störung) von dieser profitieren kann, eben (temporär) ebenfalls nutzen kann. In der mündlichen Verhandlung (ON 30) hat Silver Server auf Befragen ausdrücklich angegeben, dass eine derartige Möglichkeit der Mitbenutzung im Bedarfsfall nicht beantragt ist, außer Silver Server hat die Kosten auch dafür anteilig mitzutragen. Auch A1 Telekom sprach sich gegen eine derartige Möglichkeit der Mitbenutzung im Bedarfsfall aus. Da im Gutachten der Amtssachverständigen Kosten für beide Varianten ermittelt und dargestellt wurden, konnten entsprechend dem Antrag der Silver Server die Kosten festgestellt werden, die sich ohne derartige Möglichkeit der Mitbenutzung der Silver Server im Bedarfsfall ergeben. Die anteiligen Vollkosten wurden dabei mittels eines Nutzungsgrades errechnet, der die Reserve mitumfasst, weshalb A1 Telekom die Kosten dafür alleine zu tragen hat.

Da von den Gutachtern keine Informationen über vergleichbare Leistungen erhoben werden konnten – insbesondere konnte mangels üblicher Quellen für internationale Vergleiche (etwa Cullen International) kein internationales Benchmarking vorgenommen werden – konnte die in § 8 Abs 4 TKG 2003 angesprochene Marktüblichkeit der angeordneten Entgelte zwar nicht positiv erhoben werden, andererseits spricht aber auch nichts gegen die Annahme einer derartigen Marktüblichkeit. Insbesondere erachtet die Telekom-Control-Kommission die diesbezüglich von Silver Server in Anhang 12 ihres Antrags ON 1 übermittelte Aufstellung zu eigenen Kosten insgesamt als nicht ausreichend valide, um eine Feststellung der Marktüblichkeit zu ermöglichen, da die von Silver Server zu Grunde gelegten Annahmen – Gewinnmarge von zumindest 100% der tatsächlichen Gesamtkosten; zumindest 48-fasrige

LWL-Kabeln – auf Basis der Ausführungen der Amtssachverständige (Punkt 4.1.3 des Gutachtens) nicht nachvollziehbar sind. Weiters ist zu berücksichtigen, dass derzeit ein relevanter Markt für Dark-Fibre nicht in der aktuellen Telekommunikationsmärkteverordnung 2008 enthalten ist und daher Informationen über die Marktgegebenheiten und marktübliche Entgelte dieser zur Zeit noch unregulierten Leistungen bei der Regulierungsbehörde nicht bekannt sind.

Die festgestellten anteiligen Vollkosten für die Mitbenutzung von Glasfaserpaaren umfassen die Abschreibung, die Kapitalkosten sowie die Wartung und Instandhaltung der Leitung bzw. Kabel und der von ihr verwendeten Infrastruktur wie Kabelkanäle, Schächte, Rohrzüge etc. Weitere, darüber hinausgehende Leistungen sind im monatlichen Entgelt nicht enthalten und könnten von A1 Telekom gesondert nach Aufwand in Rechnung gestellt werden. Dies betrifft vor allem einmalige Aufwendungen im Rahmen der physischen Herstellung des Zugangs.

D. Rechtliche Beurteilung

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

§ 9 Abs 1 und 2 TKG 2003 idF BGBl I Nr 65/2009 lauten auszugsweise:

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

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

Voraussetzung für die Antragstellung an die Telekom-Control-Kommission in einem Verfahren nach § 9 TKG 2003 sind damit – wie in den Verfahren nach § 50 TKG 2003 – eine entsprechende Nachfrage des (potenziell) Berechtigten und wenigstens vierwöchige Verhandlungen über das Mitbenutzungsrecht. Wenn, wie im gegenständlichen Fall, der potenziell Belastete keine Verhandlungen führt bzw. keine Mitbenutzung anbietet, kann auf das Erfordernis der Verhandlungsführung, im Hinblick auf den diesbezüglich eindeutigen Wortlaut des § 9 TKG 2003 („kommt eine Vereinbarung ... binnen einer Frist von vier Wochen nicht zustande“) verzichtet werden.

2. Der Antrag der Silver Server GmbH

2.1. Zur Nachfrage der Silver Server

Mit dem rechtzeitig vor Antragstellung an die A1 Telekom gerichteten Schreiben der Silver Server vom 30.11.2009, Beilage /1 zu ON 1, fragte Silver Server bei der Antragsgegnerin die Mitbenutzung von „unbeschalteten Lichtwellenleitern (Dark Fiber) ... gemäß § 8 ff TKG“ unter anderem zwischen dem zwischen dem Standort „

“ und der „

bzw von Teilen dieser Strecke nach. Der Antrag der Silver Server langte am 04.03.2010, somit mehr als vier Wochen nach der Nachfrage bei der RTR-GmbH als Geschäftsstelle der Telekom-Control-Kommission ein. Die Verfahrensvoraussetzung der rechtzeitigen Nachfrage ist somit erfüllt.

2.2. Zu den Grenzen des Verfahrensgegenstandes

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

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

Die Nutzung der mitbenutzten Infrastruktur auch für die Verbreitung von Rundfunk ist daher nicht verfahrensgegenständlich und der Antragstellerin daher nicht gestattet.

2.2.2. Zum Umfang des Antrags

Gemäß § 9 Abs 2 TKG 2003 TKG ist nur auf fristgerechte Einwendungen Bedacht zu nehmen. Dafür stehen dem Verpflichteten lediglich 2 Wochen zur Verfügung. In dieser Zeit muss der Inhaber der nachgefragten Infrastruktur nicht nur prüfen ob, bzw. welche Infrastruktur tatsächlich besteht, sondern auch, welche Umstände der nachgefragten Mitbenutzung für die Beurteilung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit und technischen Vertretbarkeit eine Rolle spielen und in welche Weise dies der Fall ist.

Daraus lässt sich ableiten, dass 1. die Nachfrage entsprechend konkret gefasst sein muss, um diese Beurteilung zu ermöglichen und 2. die bloß allgemein Einholung von Information darüber, welche fremde Infrastruktur vorhanden ist, um in der Folge die eigenen Ausbaupläne darauf aufzubauen, nicht vom Gesetzeszweck umfasst sind.

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

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

Hier betraf sowohl die Nachfrage als auch der ursprüngliche Antrag der Silver Server eine Mitbenutzung von Dark-Fibre mit dem der Antragsgegnerin mitgeteilten Zweck, das verfahrensgegenständliche Objekt an das eigene Netz der Antragstellerin anbinden zu können. Der Antragstellerin ist dabei zuzustimmen, wenn sie in ON 1 bzw ON 30 ausführt, dass mangels genauer Kenntnis der Infrastruktur der Antragsgegnerin auch andere Zugangspunkte als die genannten Vermittlungsstellenstandorte der A1 Telekom und damit auch Teile der für die Realisierung des verfahrensgegenständlichen Projekts insgesamt

erforderlichen Strecke vom Antrag umfasst sind.

3. Trennbarkeit des Verfahrensgegenstandes

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

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

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

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

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

...

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

...

(4) Dem durch ein Mitbenutzungsrecht Belasteten ist eine angemessene geldwerte Abgeltung zu leisten. Dabei sind jedenfalls die Kosten für die Errichtung der mitbenutzten Anlage, einschließlich der Kosten der Akquisition, die laufenden Betriebskosten und die mit der Mitbenützung verbundenen sonstigen Kosten sowie die Marktüblichkeit von Entgelten angemessen zu berücksichtigen.“

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

4.1.1. Ausüben von Rechten

Das Grundstück, auf dem sich die VSt befindet, steht im Eigentum der A1 Telekom. Die Mitbenutzung nach § 8 Abs 1 TKG 2003 setzt voraus, dass für ihre Errichtung bzw für den betrieb ein Wege-, Leitungs- oder Nutzungsrecht nach diesem Bundesgesetz oder nach anderen Bundes- oder Landesgesetzen auf Grund eines Bescheides oder einer Vereinbarung mit dem Berechtigten ausgeübt wird. An eigenen Sachen können derartige Rechte weder vertraglich noch zwangsweise in Anspruch genommen werden. Ein Grundeigentümer ist daher nach § 8 Abs 1 TKG 2003 nicht verpflichtet, die Mitbenutzung seiner eigenen Leitungen durch Dritte (Leitungsberechtigte) zu gestatten (Vgl auch VwGH vom 26.04.2005, 2004/03/0190). Silver Server kann daher für den auf dem Eigengrund der A1 Telekom laufenden Streckenabschnitt kein Mitbenutzungsrecht gemäß § 8 Abs 1 TKG 2003 eingeräumt werden. Da A1 Telekom in der mündlichen Verhandlung vom 05.07.2010

(ON 30) derzeit auch eine freiwillige vertragliche Vereinbarung diesbezüglich abgelehnt hat, kann eine derartige Mitbenutzung auch nicht auf Basis übereinstimmender Anträge angeordnet werden.

Nach den Feststellungen übt A1 Telekom demgegenüber als Inhaberin des nicht über ihr Grundstück führenden Streckenabschnitts Leitungsrechte [REDACTED] aus.

4.1.2. Nutzung für Kommunikationslinien

Bei den auf der anordnungsgegenständlichen Strecke bestehenden Glasfasern bzw. dem für den Zugang erforderlichen Zubehör (Patchpanel) handelt es sich um für Zwecke von Kommunikationslinien nutzbare Infrastruktur iSd § 8 Abs 1 TKG 2003.

A1 Telekom bringt in ON 11 vor, § 8 TKG 2003 umfasse ausschließlich die Mitbenutzung von kompletten Kommunikationslinien. Dieser Rechtsansicht folgt die Telekom-Control-Kommission nicht. Einerseits zeigt der Wortlaut des § 8 Abs 1 TKG 2003 deutlich, dass diese Bestimmung auch nach der Novelle BGBl I Nr 65/2009 „*die Mitbenutzung ... der ... Leitungen ... oder von Teilen davon für Kommunikationslinien (zu) gestatten*“ ist, wenn die weiteren Voraussetzungen vorliegen. Im Übrigen würde die Interpretation der A1 Telekom die Norm leerlaufen lassen, wäre tatsächlich das Vorhandensein einer gesamten, komplett unbenutzten Kommunikationslinie Voraussetzung jeder Mitbenutzung. Die Mitbenutzung auch von Teilen einer Kommunikationslinie, wie zB von einem Glasfaserpaar, ist daher grundsätzlich von § 8 TKG 2003 umfasst.

Die Antragstellerin ist Inhaberin einer Bestätigung gemäß §§ 15 iVm 133 Abs 4 Satz 2 TKG 2003 und erbringt öffentliche Sprachtelefon- und andere Telekommunikationsdienste iSd § 3 Z 21 TKG 2003, insbesondere breitbandige Internetdienste. Nach dem Vorbringen der Antragstellerin im Antrag ON 1, ist auch die Mitbenutzung der verfahrensgegenständlichen Infrastruktur für die Anbindung des Objekts [REDACTED], 1220 Wien, geplant. Die Mitbenutzung soll daher für Kommunikationslinien iSd § 8 Abs 1 TKG 2003 erfolgen, ist aber auch auf diese Nutzungsart eingeschränkt (vgl. oben Punkt II.D.2.2.1).

4.1.3. Mitbenutzbare Infrastruktur – Eigennutzung

Nach den Feststellungen ist auf dem nicht über das Grundstück der A1 Telekom führenden Streckenabschnitt grundsätzlich Glasfaserinfrastruktur vorhanden. Auch bei einer gesetzlich angeordneten verpflichtenden Mitbenutzung von Infrastruktur ist jedoch grundsätzlich der Vorrang des Eigentümers der Infrastruktur zu berücksichtigen. Tatsächlich (aktuell) durch den Eigentümer benutzte Infrastruktur scheidet daher für eine Mitbenutzung aus, wobei § 8 TKG 2003 - vorbehaltlich rechtsmissbräuchlicher Verwendung - kein Effizienzkriterium dahingehend zu entnehmen ist, dass der Eigentümer zu einer bestimmten Art der Nutzung seiner Infrastruktur gezwungen wäre. Als derartigen aktuellen Eigengebrauch berücksichtigt die Telekom-Control-Kommission sowohl die als aktiv also als mit Diensten beschaltet festgestellten Fasern, als auch die festgestellte Reservekapazität. Diese Infrastruktur – [REDACTED] – scheidet für eine Mitbenutzung daher aus.

4.1.4. Technische Vertretbarkeit

Die Frage der technischen Vertretbarkeit der beantragten Mitbenutzung von Dark-Fibre stellt sich daher nur für Infrastruktur, die der Eigentümer nicht selbst benützt.

Da zusätzlich zu den von A1 Telekom genutzten Fasern [REDACTED] vorhanden sind, kann ein Glasfaserpaar für Silver Server (von EP 1 bis zur Grundgrenze) zur Verfügung gestellt werden.

Da es sich bei der bescheidgegenständlichen Infrastruktur um ein zwischen der VSt und dem EP 1 durchgängiges Kabel handelt und daher kein physischer Zugangspunkt an der Grundgrenze vorhanden ist, ist zu prüfen, ob A1 Telekom zur (entgeltlichen) Errichtung eines solchen Zugangspunktes verpflichtet werden kann. Dabei stellt sich die von A1 Telekom in ON 11 thematisierte Frage, ob § 8 TKG 2003 den Inhaber der Infrastruktur lediglich dazu verpflichtet, die Mitbenutzung (komplett) vorhandener Infrastruktur zu dulden oder ob und bejahendenfalls in welchem Umfang gewisse Vorbereitungsarbeiten (Manipulationen)

geschuldet sind, um grundsätzlich vorhandene Infrastruktur für eine Mitbenutzung nutzbar zu machen.

Da - wie zB die Ergebnisse der Beweisaufnahme hinsichtlich der übrigen fünf verfahrensgegenständlichen Strecken zeigen - die Wahrscheinlichkeit, dass gerade auf den von einem Nachfrager nach § 8 TKG 2003 nachgefragten Strecken, durchgängige aber unbenutzte Fasern vorhanden sind, relativ gering sein dürfte, würde die Interpretation der A1 Telekom, wonach keinerlei Manipulationen wie das Spleißen in vorhandenen Muffen von § 8 TKG 2003 umfasst wäre, dem Gesetz weitgehend die praktische Relevanz nehmen und damit der Intention der TKG-Novelle 2009 (BGBl I Nr 65/2009) zuwiderlaufen. Die Mitbenutzungsverpflichtung des § 8 TKG 2003 ist daher dahingehend zu interpretieren, dass auch Infrastruktur umfasst ist, die zwar in Teilstrecken vorhanden ist, aber erst verbunden werden muss. Eine technische Vertretbarkeit wäre dabei nach den Feststellungen gegeben, wenn sichergestellt ist, dass die Arbeiten (nur) durch den Inhaber der Infrastruktur (A1 Telekom oder von dieser beauftragte Unternehmen) oder nur unter dessen Aufsicht vorgenommen werden dürfen und die Kosten dafür ersetzt werden.

§ 8 TKG 2003 umfasst aber nur (bestimmungsgemäße) Manipulationen an der vorhandenen Infrastruktur, wie etwa das Verspleißen eines Kabels in einer bestehenden Muffe, deren Zweck gerade in der Möglichkeit des flexiblen Verbindens von Glasfaserkabeln und deren Fasern besteht. Eine Verpflichtung zur Änderung der Infrastruktur, zB zum Neu-, oder Umverlegen von Leitungszügen, oder zum im konkreten Fall erforderlichen Durchtrennen eines durchgängigen Kabels und Setzen von neuen Schächten oder Muffen ist von § 8 TKG 2003 nicht umfasst. A1 Telekom kann daher im gegenständlichen Verfahren nicht verpflichtet werden, Silver Server einen physischen Zugang zum VSt-seitigen Ende der der Mitbenutzung unterliegenden Strecke zu gewähren.

Eine Verpflichtung der A1 Telekom, einen derartigen physischen Zugang – Durchtrennen des Kabels, Setzen eines Schachtes und einer Muffe – (entgeltlich) einräumen zu müssen, kann sich aber aus § 5 TKG 2003 ergeben, da diese Bestimmung die Neuverlegung von Infrastruktur auch über fremde Privatgrundstücke ermöglicht. Silver Server kann daher – bei Vorliegen der Voraussetzungen – einen Antrag an die zuständige Fernmeldebehörde auf Einräumung eines Leitungsrechts über das Grundstück der A1 Telekom inklusive Verbindung zum mitbenutzten Kabel außerhalb dieses Grundstücks, stellen. In diesem Zusammenhang weist die Telekom-Control-Kommission darauf hin, dass nach der oben genannten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs A1 Telekom als Grundeigentümer die Möglichkeit hat, eine derartige Neuverlegung einer Leitung dadurch zu verhindern, dass die faktisch mögliche Mitbenutzung einer vorhandenen Infrastruktur freiwillig angeboten wird. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission wäre es in der vorliegenden Konstellation daher wesentlich zweckmäßiger, wenn A1 Telekom der Silver Server die in der mündlichen Verhandlung (ON 30) noch ausgeschlossene Mitbenutzung der über ihr Grundstück führenden Reststrecke vertraglich anbieten würde, da in diesem Fall ein Durchtrennen und Neuverspleißen des Kabels vermieden werden könnte.

Die Telekom-Control-Kommission geht weiters davon aus, dass Beeinträchtigungen der Infrastruktur der Antragsgegnerin bzw. der darüber erbrachten Dienste durch den bestimmungsgemäßen Betrieb einer Glasfaserleitung nicht zu erwarten sind. Das Störungspotenzial durch die allfällige Einbringung von Einrichtungen der Antragstellerin bzw. deren Wartung, etc. ist dadurch auf ein zumutbares Maß reduziert, dass derartige Arbeiten nur durch die Antragsgegnerin bzw. in deren Beisein erfolgen können. Die Antragstellerin wurde auch verpflichtet, die mitbenutzten Anlagen unter größtmöglicher Schonung zu benutzen sowie die Interessen der Antragsgegnerin zu wahren. Insbesondere ist der Silver Server die Errichtung von Anlagen oder die Vornahme sonstiger Handlungen verboten, durch die der Bestand der Errichtungen der A1 Telekom oder der über diese erbrachten Dienstleistungen gefährdet werden kann.

Die Mitbenutzung eines Glasfaserpaares durch Silver Server im angeordneten Umfang ist für A1 Telekom daher technisch vertretbar iSd § 8 Abs 1 TKG 2003.

4.1.5. Wirtschaftliche Zumutbarkeit

Da die Antragsgegnerin ein im Wesentlichen auf Basis ihrer eigenen, wenn auch hinsichtlich

des WACC, der Wartungs- und Instandhaltungskosten und der Aufteilung der gemeinsamen Kosten adaptierten Angaben ermitteltes angemessenes Entgelt (siehe unten Punkt 5.3.7.1) erhält, spricht dem Grunde nach nichts gegen die Annahme der wirtschaftlichen Zumutbarkeit der Mitbenutzung eines Faserpaares durch die Antragstellerin, zumal diese Mitbenutzung auf einen Verwendungszweck – die Anbindung des bescheidgegenständlichen Endkundenobjekts – eingeschränkt wird, zu dem die Antragsgegnerin die Möglichkeit zur Stellungnahme gemäß § 9 Abs 2 TKG 2003 hatte und wahrgenommen hat.

Eine über die Feststellungen hinausgehende „Nutzung bestehender Einrichtungen sowie künftige technische Entwicklungen, welche die vorläufige Freihaltung von Leitungs-, Verrohungs- und Schachtkapazitäten erfordern“ iSd § 8 Abs 1b TKG 2003 wurden von der Antragsgegnerin nicht vorgebracht. Zusätzlich wird darauf hingewiesen, dass bei der gesamten Ausgestaltung des Anordnungstextes im Rahmen der Abwägung der Interessen auf die Zumutbarkeit iSd § 8 Abs 1 TKG 2003 Rücksicht zu nehmen war. Auf die Begründung unten in Punkt II.D.5 wird verwiesen.

Bei der Prüfung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit wäre wegen des Vorrangs des Eigentümers grundsätzlich auch zu berücksichtigen, ob und inwieweit aktuell nachgewiesener, kurzfristiger Eigenbedarf der Antragsgegnerin an den vorhandenen Leitungen besteht, der eine Mitbenutzung ausschließt. Derartiger Eigenbedarf wurde aber im konkreten Fall nicht geltend gemacht. Da die toten Fasern im bescheidgegenständlichen Umfang daher nach den Feststellungen weder aktuell noch kurzfristig in der Zukunft von A1 Telekom benutzt werden, ist diese Mitbenutzung gegen angemessenes Entgelt der A1 Telekom wirtschaftlich zumutbar iSd § 8 Abs 1 TKG 2003. Die Beurteilung der Frage, ob eine Realisierung des verfahrensgegenständlichen Projekts im Hinblick auf die zusätzlich erforderlichen Eigenverlegungen im Vergleich zu einer eigenen Anbindung für die Antragstellerin wirtschaftlich sinnvoll ist, bleibt dieser überlassen.

4.1.6. Ergebnis

Die Antragsgegnerin ist daher zusammengefasst gemäß § 8 TKG 2003 verpflichtet, der Antragstellerin die Mitbenutzung gemäß Spruchpunkt I.A.1 zu einem monatlichen Entgelt von EUR 0,1105 pro Laufmeter für Telekommunikationslinien zu gestatten.

5. Zur Anordnung im Konkreten

5.1. Vertragsersetzende Wirkung des Bescheides nach § 9 TKG 2003

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

5.2. Allgemeines zum Anordnungstext

Beide Parteien beantragten Vertragstexte, die auf der (veröffentlichten) Anordnung der Telekom-Control-Kommission im Verfahren D 1/09 basieren. Soweit Abweichungen beantragt wurden, war der vom Verwaltungsgerichtshof geforderte faire Ausgleich der Interessen der Verfahrensparteien zu finden.

5.3. Zu den angeordneten Regelungen im Einzelnen

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

Punkt 1 spezifiziert die Infrastruktur, zu deren Mitbenutzung die Antragstellerin berechtigt ist. Da dieser Umfang konkret angeordnet wird und die gesamte Anordnung auf § 8 TKG 2003 beruht, ist die von A1 Telekom beantragte ausdrückliche Nennung dieser Norm, um den Umfang der Mitbenutzung zu determinieren, nicht erforderlich. Da insbesondere die konkreten Endpunkte angeordnet wurden, war die von Silver Server beantragte Regelung, dass „keine örtlich nähere Übergabe ... möglich“ sein dürfe, nicht erforderlich.

Zur Beschränkung der Mitbenutzung auf die Nutzung für Kommunikationslinien für Telekommunikationsdienste und auf das verfahrengegenständliche Projekt zur Anbindung des verfahrengegenständlichen Objekts wird auf die Begründung in Punkt 2.2.1 sowie darauf verwiesen, dass auf Basis der Nachfrage und des Antrags nur eine derartige Verwendung verfahrengegenständlich war. Entsprechend dem in der mündlichen Verhandlung vom 05.07.2010 (ON 30) klargestellten Antrag der Silver Server wurde das Recht der Mitbenutzung auf ein Faserpaar beschränkt und umfasst daher insbesondere nicht die Mitbenutzung von allenfalls vorhandenen Reservekapazitäten im Störfall. Auf die Beweiswürdigung über die (damit korrespondierende) Höhe des Entgelts in Punkt C wird verwiesen.

Da der Verfahrensgegenstand auf dieses Objekt beschränkt ist, war auch – entsprechend dem Antrag der A1 Telekom – das Erfordernis der Glaubhaftmachung konkreter Umsetzungspläne durch die Antragstellerin aufzunehmen. Dieses Erfordernis stellt sicher, dass kein unzulässiges Vorhalten der fremden Infrastruktur ohne die Realisierung des verfahrengegenständlichen Projekts erfolgt. Das Mitbenutzungsrecht darf daher erst ausgeübt – und umgekehrt darf das Entgelt erst verrechnet werden –, wenn die geforderte Glaubhaftmachung erfolgt ist. Diese kann etwa durch die Vorlage von Verträgen über sonstige Mitbenutzungsrechte an bereits bestehender Infrastruktur, von Aufträgen an Bauunternehmen, etc. erfolgen und hat die gesamte über die mitbenutzte Infrastruktur hinausgehende Strecke zu umfassen, die für eine Verbindung des gegenständlichen Objekts mit dem Netz der Antragstellerin erforderlich ist.

5.3.2. Zu Punkt 3 - Berechtigungsverhältnisse

Punkt 3 stellt klar, dass sich durch die gegenständliche Anordnung an den bestehenden Berechtigungsverhältnissen nichts ändert. Auf § 12 Abs 3 TKG 2003 wird in diesem Zusammenhang verwiesen. Die Kennzeichnungspflicht der von der Antragstellerin allenfalls, soweit zulässig, eingebrachten eigenen Einrichtungen dient der Erleichterung der Abwicklung des Mitbenutzungsverhältnisses.

Die von A1 Telekom zusätzlich beantragten Regelungen über ihre Verfügungsmöglichkeiten über die mitbenutzte Infrastruktur werden aus systematischen Gründen nicht im vorliegenden Punkt 3, sondern in Punkt 7 bzw, soweit die ao. Kündigungsmöglichkeit betroffen ist, in Punkt 12, geregelt. Soweit A1 Telekom im Übrigen eine Berechtigung sieht, die „Einrichtungen jederzeit ganz oder teilweise zu beseitigen, neu zu ordnen oder zu ersetzen“ wird auf § 11 Abs 1 und 2 TKG 2003 verwiesen, wonach jedenfalls eine angemessene Vorankündigung derartiger Maßnahmen zu erfolgen hat. Soweit A1 Telekom weiters eine Regelung beantragt, nach der im Fall des Verlusts des Leitungsrechts durch A1 Telekom auch das Mitbenutzungsrecht entfällt, wird auf das entsprechende außerordentliche Kündigungsrecht nach Punkt 12.2.1.6 hingewiesen.

5.3.3. Zu Punkt 4 - Abwicklung

Die Abwicklung der konkreten Realisierung – insbesondere die oben angesprochene Regelung des physischen Zugangs zum VSt-seitigen Endpunkt – ist grundsätzlich zwischen den Parteien im Wege der zu installierenden Koordinatoren abzustimmen. Gemäß § 9 Abs 1 TKG 2003 soll die Mitbenutzung ohne unnötige Verzögerung realisiert werden. Entgegen der Ansicht der A1 Telekom erscheint ein derartiger ausdrücklicher Hinweis darauf, dass die allgemeine gesetzliche Verpflichtung nach § 9 TKG 2003 konkret auch betreffend die Abwicklung des Mitbenutzungsverhältnisses zur Anwendung zu gelangen hat, zweckmäßig und wurde daher entsprechend dem Antrag der Silver Server in den Anordnungstext aufgenommen.

Auf die Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission gemäß § 91 TKG 2003 wird in diesem Zusammenhang hingewiesen.

5.3.4. Zu Punkt 5 - Technische Rahmenbedingungen und Übergabe

Die von Silver Server einleitend beantragten allgemeinen technischen Ausführungen über die Verbindung von Glasfaserleitungen wurden – auch entsprechend dem Vorbringen der A1 Telekom – als nicht anordnungswesentlich nicht aufgenommen. Ebenso wenig wurden die von Silver Server beantragten Regelungen über Fehlersuche und Behebung in diesem Punkt angeordnet. Derartige Regelungen finden sich vielmehr in Punkt 6 des Anordnungstextes. Entsprechend dem Antrag der A1 Telekom wurde klargestellt, dass Silver Server zum Betrieb des mitbenutzten Dark-Fibre-Paares ausschließlich Anlagen einsetzen darf, die dem Gefährdungsgrad 1 gemäß EN 60825-2 entsprechen.

Die von den Parteien beantragten Texte zu den Übergabepunkten gehen von der Situation aus, dass eine Anordnung für mehrere, möglicherweise unterschiedlich zu beurteilende Strecken in einem Bescheid erlassen würde und sind daher entsprechend allgemein formuliert. Da die Übergabepunkte für die (eine) bescheidgegenständliche Strecke – das Patchpanel im Technikraum im bescheidgegenständlichen Objekt und die Grenze des Grundstücks der A1 Telekom – jedoch genau bezeichnet werden können, wurden die Formulierungen entsprechend konkretisiert. Hinsichtlich der netzseitigen Übergabe des Glasfaserpaares wurde eine klarstellende Regelung angeordnet, dass diese in Abhängigkeit der künftigen Regelungen über die aus Zuständigkeitsgründen außerhalb dieses Verfahrens zu regelnden Rechtsverhältnisse der Parteien entweder an einem nach § 5 TKG 2003 neu zu errichtenden Zugangspunkt oder bei vertraglicher Einräumung eines Mitbenutzungsrechts auch an dem auf dem Eigengrundstück verlaufenden Streckenabschnitt, im Technikraum der A1 Telekom zu erfolgen hat. Eine Verpflichtung der A1 Telekom, auch Zugang zu den Räumlichkeiten des Endkunden zu gewähren scheidet aus, weil A1 Telekom diesbezüglich nicht verfügungsberechtigt ist. Die Telekom-Control-Kommission geht jedoch diesbezüglich von einer „Best-Effort“-Verpflichtung der A1 Telekom iSd § 9 Abs 1 TKG 2003 aus, wonach A1 Telekom einen derartigen Zugang soweit möglich unterstützen muss. Auf Punkt 10.4 des Anordnungstextes wird verwiesen.

Die von beiden Parteien (grundsätzlich) übereinstimmend beantragte Regelung über die Erstellung eines Übergabeprotokolls, das die in Punkt 5 genannten Angaben zu enthalten hat erscheint der Telekom-Control-Kommission zweckmäßig.

Die Telekom-Control-Kommission geht allerdings davon aus, wie auch A1 Telekom in ON 11 vorbringt, dass § 8ff TKG 2003 lediglich die Mitbenutzung vorhandener Infrastruktur umfasst und daher keine bestimmten Qualitätsgarantien, wie Silver Server fordert, gegeben werden können. Die Qualität der geschuldeten Leistung hat vielmehr lediglich dem Qualitätsstandard zu entsprechen, der auf den vorhandenen Fasern bei fachgerechter Ausführung von Spleiß- oder anderen Arbeiten faktisch gegeben ist. Eine Dokumentation, welcher Kabeltyp faktisch vorhanden ist und daher übergeben wird, wird daher angeordnet, nicht jedoch die auf Qualitätsgarantien abzielenden weiteren Regelungen in Punkt 5, wie zB die Verpflichtung ein Messprotokoll zu erstellen und zu übergeben.

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

Die Anordnung, dass A1 Telekom verpflichtet ist, die mitbenutzte Infrastruktur ohne

zusätzlichen Kostenersatz in brauchbarem Zustand zu erhalten beruht darauf, dass entsprechend dem Antrag der A1 Telekom (ON 11) – wenn auch nicht in der gesamten beantragten Höhe – ein Kostenbestandteil für derartige Arbeiten in das Mitbenutzungsentgelt eingerechnet wurde. Ausgenommen sind Aufwände, die wegen eines Fehlers entstehen, der im Verantwortungsbereich der Silver Server gelegen ist.

Wird bei der Instandsetzung der Anlagen der A1 Telekom auch eine Beschädigung von Einrichtungen des NB festgestellt, hat A1 Telekom Silver Server aus allgemeinen vertraglichen Schutz- und Sorgfaltsüberlegungen sowie iSd § 9 Abs 1 TKG 2003 davon und von den erforderlichen Wartungs- oder Instandsetzungsarbeiten zu verständigen und dabei Beeinträchtigungen von Silver Server möglichst gering zu halten.

5.3.6. Zu Punkt 7 - Änderungen der Anlagen des NG

Die Regelung, wie bei Verfügungen der Antragsgegnerin über ihre Anlagen zu verfahren ist, wenn dies eine Änderung der Mitbenutzung erfordert, beruht auf § 11 TKG 2003. Entsprechend dem Antrag der Silver Server wurde die angemessene Verständigungsfrist des § 11 Abs 1 TKG 2003 mit – wenn faktisch möglich – drei Monaten konkretisiert. Über Antrag der A1 Telekom wurde klargestellt, dass jede Partei die ihr dadurch entstehenden Kosten selbst zu tragen hat. Ebenfalls über Antrag der Silver Server wurden auch auf § 11 Abs 2 und 3 TKG 2003 beruhende Schadenersatzregelungen für den Fall von verspäteten oder unrichtigen Anzeigen über Änderungen der Anlagen der A1 Telekom angeordnet.

Die Bedingungen, zu denen die Mitbenutzung weiterhin erfolgen soll, sind grundsätzlich zu vereinbaren. Scheitern diese Verhandlungen, kann grundsätzlich, da es sich ebenfalls um Fragen betreffend das Mitbenutzungsrecht handelt, unter den Bedingungen des § 9 TKG 2003 auch die Telekom-Control-Kommission zur Entscheidung angerufen werden.

Auf das ebenfalls auf § 11 TKG 2003 beruhende außerordentliche Kündigungsrecht nach Punkt 12.2.2 des Anordnungstextes, wenn nicht nur eine Verlegung, sondern eine Entfernung der Einrichtungen der Antragstellerin zwingend erforderlich sind, wird hingewiesen.

5.3.7. Zu Punkt 8 - Entgelte

5.3.7.1. Höhe des monatlichen Entgelts und Wertsicherung

Die Antragsgegnerin erhält ab dem Zeitpunkt, in dem das Mitbenutzungsrecht nach Punkt 2 des Anordnungstextes ausgeübt werden kann und eine Übergabe iSd Punktes 5 erfolgt ist, das auf den festgestellten Kosten basierende monatliche Entgelt in Höhe von EUR 0,1105 (exkl. USt) pro Meter, das die Telekom-Control-Kommission als angemessen erachtet.

Zur von beiden Parteien thematisierten Ermittlung des Entgelts wird, sowohl was die Inputparameter (Höhe der Herstellungskosten, WACC, Wartungsaufwand) als auch was die Methode der Aufteilung der gemeinsamen Kosten angeht, auf die obigen Ausführungen zur Beweiswürdigung verwiesen.

Zur Angemessenheit der festgestellten Kosten ist auszuführen, dass insbesondere die vorgenommene, einem FDC- („Fully Distributed Cost“-) Ansatz entsprechende Aufteilung der gemeinsamen Kosten nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission den im gegenständlichen Verfahren geforderten Ausgleich der Interessen der Parteien bestmöglich abbildet. So werden einerseits die gemeinsamen Kosten für Kabelkanalanlagen auf die einzelnen Kabel nach genutzter Kapazität und nicht – wie Silver Server beantragt – nach sämtlichen vorhandenen Kanälen aufgeteilt, und andererseits im zweiten Schritt die Aufteilung der gemeinsamen LWL-Kosten auf die einzelnen Fasern (bzw Faserpaare) eines Kabels ebenfalls nach genutzter Kapazität aufgeteilt und nicht – wie diesbezüglich A1 Telekom beantragt – als Stand Alone Costs den mitbenutzten Fasern zugerechnet. Damit werden sowohl ökonomisch unerwünschte Investitionsanreize, als auch ein unangemessenes Freeriding des Infrastrukturihabers auf zur Gänze vom Mitbenutzer bezahlter Infrastruktur vermieden. Das angeordnete kostenbasierte Entgelt ist daher vor dem Hintergrund dieses Interessenausgleichs iSd § 8 Abs 4 TKG 2003 angemessen.

Die von A1 Telekom beantragte Wertsicherung des monatlichen Entgelts ist entgegen dem Vorbringen der Silver Server wegen der grundsätzlich, d.h. vorbehaltlich der

außerordentlichen Kündigungsmöglichkeiten, angeordneten Langfristigkeit des Mitbenutzungsrechts erforderlich und entspricht auch im Wesentlichen der von der Statistik Austria empfohlenen Formulierung für Klauseln ohne Schwelle (http://www.statistik.at/web_de/statistiken/preise/verbraucherpreisindex_vpi_hvpi/wertsicherung_plus_rechner/index.html). Auch die Tatsache, dass nach Ansicht der Silver Server die Dark-Fibre Preise tendenziell fallen könnten, spricht nicht gegen eine Valorisierung des Entgelts, sondern fällt unter das normale unternehmerische Risiko.

Da A1 Telekom keinen bestimmten Qualitätsstandard zu garantieren und daher keine Messprotokolle zu übergeben hat, wurden die diesbezüglich von Silver Server beantragten Regelungen nicht angeordnet.

5.3.7.2. Sonstige Entgelte

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

5.3.7.3. Sonstige Regelungen betreffend Entgelte

Die in den Punkten 8.4 bis 8.7 angeordneten Regelungen – Fälligkeit/Verzug, Verzugszinsen, Sicherheitsleistungen, Steuern – entsprechen der ständigen Regulierungspraxis, stellen einen angemessenen Ausgleich der beteiligten Interessen sicher und entsprechen auch den diesbezüglich im Wesentlichen übereinstimmenden Anträgen der Parteien. Entgegen dem Antrag der Silver Server auf Verzugszinsen iHv 5% über dem Basiszinssatz wird über Antrag der A1 Telekom und entsprechend § 352 UGB ein Zinssatz iHv 8% über dem Basiszinssatz angeordnet.

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

Als allgemeine Pflichten beider Anordnungspartner erachtet die Telekom-Control-Kommission eine wechselseitige Rücksichtnahmepflicht für zweckmäßig, sowie die Verpflichtung für angemessen, zur Erleichterung der Abwicklung des für beide Parteien neuartigen Mitbenutzungsverhältnisses, einen Koordinator zu bestellen und zusätzlich die Kontaktdaten der Störungshotline gemäß Punkt 6 bekannt zu geben.

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

5.3.9. Zu Punkt 11 - Haftung

Die Telekom-Control-Kommission erachtet die angeordnete allgemein gefasste Regelung betreffend die wechselseitige Haftung nach den schadenersatzrechtlichen Bestimmungen für geeignet, wobei auf Basis des Antrags der Antragsgegnerin die Haftung auf grobes Verschulden eingeschränkt wurde. Der von A1 Telekom beantragte Ausschluss der Haftung für entgangenen Gewinn auch für grobes Verschulden ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission (soweit er überhaupt zulässig wäre) nicht angemessen und wurde daher nicht angeordnet. Da allerdings nach § 349 UGB im Unternehmensrecht auch bei leichter Fahrlässigkeit eine Haftung für entgangenen Gewinn bestehen würde, liegt im angeordneten Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit insofern auch ein Ausschluss der Haftung für entgangenen Gewinn.

5.3.10. Zu Punkt 12 – Anordnungsdauer, Kündigung

Die Anordnung in den Punkten 12 und 12.1 über die grundsätzlich unbefristete Dauer und die ordentliche Kündigungsmöglichkeit frühestens nach Ablauf von zwanzig Jahren beruht auf übereinstimmenden Anträgen der Parteien.

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

Ein außerordentlicher Kündigungsgrund nach Punkt 12.2.1. Unterpunkt 1. wird – entgegen der Ansicht der A1 Telekom, die diesen Kündigungsgrund für einseitig zu Gunsten des NG ansieht – für die Antragstellerin zB dann vorliegen, wenn sie alle mittels der anordnungsgegenständlichen Infrastruktur angebondenen Kunden aus Gründen, die sie nicht selbst verursacht hat, verliert. Der von Silver Server weiters beantragte Kündigungsgrund eines Preisverfalls bei Dark-Fibre wurde nicht angeordnet. Einerseits stellt, wie auch A1 Telekom ausführt, eine Änderung des (Endkunden)Preisgefüges einen Teil des unternehmerischen Risikos bei langfristigen Verträgen – einen solchen hat mit 20 Jahren Dauer auch Silver Server beantragt – dar. Andererseits sind Preisänderungen durch die angeordnete Wertsicherung auf Basis des VPI 2005 (dieser berücksichtigt unter anderen auch „Internetentgelte“ bzw. „Onlineentgelte“) mitberücksichtigt. Zum Dritten soll durch die Nichtaufnahme dieses Kündigungsgrundes auch verhindert werden, dass Silver Server unter der Annahme geringerer Preise eine Kündigung ausspricht, um sich die Mitbenutzung derselben Infrastruktur lediglich zu geringeren Entgelten neuerlich anordnen zu lassen. Dabei findet auch die Tatsache Berücksichtigung, dass es im gegebenen Zusammenhang nicht um Regulierungsmaßnahmen geht, die auf beträchtlicher Marktmacht der A1 Telekom beruhen und dass daher auch eine allfällige abweichende Behandlung von anderen (späteren) Nachfragern nicht ausgeschlossen wäre.

Der von beiden Parteien übereinstimmend beantragte außerordentliche Kündigungsgrund nach Punkt 12.2.1 Unterpunkt 4, wonach eine ao Kündigung zulässig sein sollte, wenn „bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der anderen Partei unbeglichene Forderungen aus diesem Anordnungsverhältnis bestehen“ wurde im Hinblick auf den seit 01.07.2010 geltenden § 25a Abs 1 Z 2 Insolvenzordnung idF BGBl I Nr 29/2010 nicht angeordnet. Eine ao Kündigung ist aber möglich, wenn ein Insolvenzverfahren mangels kostendeckenden Vermögens nicht eröffnet wird.

Zum außerordentlichen Kündigungsgrund nach Punkt 12.2.1. Unterpunkt 6 ist darauf hinzuweisen, das A1 Telekom über Aufforderung der Telekom-Control-Kommission mit Schriftsatz ON 11 bekannt gegeben hat, über vertraglich eingeräumte Leitungsrechte betreffend die Infrastruktur auf der bescheidgegenständlichen Strecke zu verfügen. Die von A1 Telekom zusätzlich beantragte Regelung, dass der Kündigungsgrund auch dann einschlägig sein sollte, wenn eine derartige Berechtigung nicht bestehe, ist daher nicht erforderlich.

Das außerordentliche Kündigungsrecht nach Punkt 12.2.2 beruht auf § 11 TKG 2003, betrifft aber im Unterschied zu Punkt 7 des Anordnungstextes (vgl. oben Punkt 5.3.6) die Situation, dass eine Verfügung der Antragsgegnerin über ihre Anlagen zwingend die gänzliche oder teilweise Beendigung der Mitbenutzung erfordert. Diese Situation wird insbesondere dann gegeben sein, wenn bei A1 Telekom kurzfristiger, konkret nachweisbarer Eigenbedarf an der mitbenutzten Infrastruktur oder Teilen davon eintritt oder wenn die gänzliche Entfernung der Anlagen erforderlich wird. Da die von A1 Telekom für diesen Fall beantragte außerordentliche Kündigung mit sofortiger Wirkung die Interessenlage der Silver Server nicht berücksichtigt, andererseits aber eine Änderung oder sogar Beendigung der Mitbenutzung gemäß §11 TKG 2003 für A1 Telekom auch vor Ablauf der grundsätzlich 20-jährigen Vertragsdauer möglich sein muss, wurde eine besondere fristgebundene außerordentliche Kündigungsmöglichkeit für A1 Telekom eingeräumt. A1 Telekom kann bei beabsichtigtem Eigenbedarf die außerordentliche Kündigung gegenüber Silver Server aussprechen. 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 (unter den normalen verfahrensrechtlichen Bedingungen) die Möglichkeit, die Entscheidung der Telekom-Control-Kommission nach § 9 TKG 2003 zu beantragen, die wie in Verfahren nach § 50 TKG 2003, wegen der Subsidiarität der Anordnung zum Vertrag bzw. zum bestehenden vertragsersetzenden Bescheid erst nach Ablauf der Kündigungsfrist ergehen kann. Die Frist von 12 Wochen beruht auf der in § 9 TKG vorgesehenen Verfahrensdauer. A1 Telekom kann gemeinsam mit der Kündigung eine Nachfrage nach § 9 TKG 2003 übermitteln und nach vier Wochen einen Antrag an die Telekom-Control-Kommission stellen. Unter Berücksichtigung der zweiwöchigen Stellungnahme- und der sechswöchigen Entscheidungsfrist kann zum Ablauf der Kündigungsfrist, allenfalls mit Zwischenbescheid, über die Berechtigung der Kündigung und die Modalitäten des in geänderter Fassung weiterbestehenden Mitbenutzungsrechts oder dessen Beendigung entschieden werden. Bei der Vereinbarung über die Auflösung bzw. in einem allfälligen diesbezüglichen Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission werden insbesondere die Voraussetzungen des § 11 TKG zu prüfen sein. Bis zur Einigung bzw. Entscheidung wird zur Vermeidung einer Regelungslücke das aufgekündigte Anordnungsverhältnis vorläufig weiter angewendet.

5.3.11. Zu Punkt 13 – Schlussbestimmungen

Ebenso entsprechen die in Punkt 13 angeordneten Schlussbestimmungen der Regulierungspraxis, sind zweckmäßig und angemessen und wurden im Wesentlichen von beiden Parteien in dieser Weise beantragt.

6. Zur Abweisung des weitergehenden Antrags der Silver Server

Die Abweisung gemäß Spruchpunkt I.B beruht darauf, dass an der über das eigene Grundstück der A1 Telekom geführten Infrastruktur kein Mitbenutzungsrechts nach § 8 Abs 1 TKG 2003 eingeräumt werden kann. Auf Punkt II.D.4.1.1 wird verwiesen.

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 26.07.2010

Die Vorsitzende
Dr. Elfriede Solé