

TE Vwgh Erkenntnis 2013/5/22 2010/03/0004

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.05.2013

Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;
10/07 Verwaltungsgerichtshof;
20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);
40/01 Verwaltungsverfahren;
91/01 Fernmeldewesen;
93 Eisenbahn;

Norm

ABGB §879 Abs3;
AVG §38;
AVG §59 Abs1;
EisenbahnG 1957 §10 idF 2006/I/125;
EisenbahnG 1957 §10a idF 2006/I/125;
EisenbahnG 1957 §1a;
EisenbahnG 1957 §53a Abs1;
EisenbahnG 1957 §53a Abs2;
EisenbahnG 1957 §56;
EisenbahnG 1957 §57;
TKG 2003 §11 idF 2009/I/065;
TKG 2003 §117 Z1;
TKG 2003 §117 Z2;
TKG 2003 §117 Z7;
TKG 2003 §121 Abs2 idF 2009/I/065;
TKG 2003 §13 Abs5;
TKG 2003 §3 Z10;
TKG 2003 §8 Abs1 idF 2009/I/065;
TKG 2003 §8 Abs1a idF 2009/I/065;
TKG 2003 §8 idF 2009/I/065;
TKG 2003 §9 Abs1 idF 2009/I/065;
TKG 2003 §9 Abs2 idF 2009/I/065;
TKG 2003 §9 idF 2009/I/065;
VwGG §42 Abs3a;

VwRallg:

1. ABGB § 879 heute
 2. ABGB § 879 gültig ab 01.07.1992 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 275/1992
-
1. AVG § 38 heute
 2. AVG § 38 gültig ab 01.03.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
 3. AVG § 38 gültig von 01.02.1991 bis 28.02.2013
-
1. AVG § 59 heute
 2. AVG § 59 gültig ab 01.01.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
 3. AVG § 59 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998
-
1. TKG 2003 § 11 gültig von 27.11.2015 bis 31.10.2021 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 190/2021
 2. TKG 2003 § 11 gültig von 22.11.2011 bis 26.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2011
 3. TKG 2003 § 11 gültig von 16.07.2009 bis 21.11.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2009
 4. TKG 2003 § 11 gültig von 20.08.2003 bis 15.07.2009
-
1. TKG 2003 § 117 gültig von 26.03.2021 bis 31.10.2021 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 190/2021
 2. TKG 2003 § 117 gültig von 01.12.2018 bis 25.03.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2018
 3. TKG 2003 § 117 gültig von 27.11.2015 bis 30.11.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 134/2015
 4. TKG 2003 § 117 gültig von 22.11.2011 bis 26.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2011
 5. TKG 2003 § 117 gültig von 20.08.2003 bis 21.11.2011
-
1. TKG 2003 § 117 gültig von 26.03.2021 bis 31.10.2021 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 190/2021
 2. TKG 2003 § 117 gültig von 01.12.2018 bis 25.03.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2018
 3. TKG 2003 § 117 gültig von 27.11.2015 bis 30.11.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 134/2015
 4. TKG 2003 § 117 gültig von 22.11.2011 bis 26.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2011
 5. TKG 2003 § 117 gültig von 20.08.2003 bis 21.11.2011
-
1. TKG 2003 § 117 gültig von 26.03.2021 bis 31.10.2021 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 190/2021
 2. TKG 2003 § 117 gültig von 01.12.2018 bis 25.03.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2018
 3. TKG 2003 § 117 gültig von 27.11.2015 bis 30.11.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 134/2015
 4. TKG 2003 § 117 gültig von 22.11.2011 bis 26.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2011
 5. TKG 2003 § 117 gültig von 20.08.2003 bis 21.11.2011
-
1. TKG 2003 § 121 gültig von 27.11.2015 bis 31.10.2021 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 190/2021
 2. TKG 2003 § 121 gültig von 01.01.2014 bis 26.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 96/2013
 3. TKG 2003 § 121 gültig von 16.07.2009 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2009
 4. TKG 2003 § 121 gültig von 20.08.2003 bis 15.07.2009
-
1. TKG 2003 § 13 gültig von 27.11.2015 bis 31.10.2021 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 190/2021
 2. TKG 2003 § 13 gültig von 22.11.2011 bis 26.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2011
 3. TKG 2003 § 13 gültig von 20.08.2003 bis 21.11.2011
-
1. TKG 2003 § 3 gültig von 01.12.2018 bis 31.10.2021 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 190/2021
 2. TKG 2003 § 3 gültig von 27.11.2015 bis 30.11.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 134/2015
 3. TKG 2003 § 3 gültig von 22.11.2011 bis 26.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2011
 4. TKG 2003 § 3 gültig von 20.08.2003 bis 21.11.2011
-
1. TKG 2003 § 8 gültig von 27.11.2015 bis 31.10.2021 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 190/2021
 2. TKG 2003 § 8 gültig von 22.11.2011 bis 26.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2011
 3. TKG 2003 § 8 gültig von 16.07.2009 bis 21.11.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2009
 4. TKG 2003 § 8 gültig von 20.08.2003 bis 15.07.2009
-
1. TKG 2003 § 8 gültig von 27.11.2015 bis 31.10.2021 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 190/2021
 2. TKG 2003 § 8 gültig von 22.11.2011 bis 26.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2011
 3. TKG 2003 § 8 gültig von 16.07.2009 bis 21.11.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2009
 4. TKG 2003 § 8 gültig von 20.08.2003 bis 15.07.2009

1. TKG 2003 § 8 gültig von 27.11.2015 bis 31.10.2021 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 190/2021
 2. TKG 2003 § 8 gültig von 22.11.2011 bis 26.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2011
 3. TKG 2003 § 8 gültig von 16.07.2009 bis 21.11.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2009
 4. TKG 2003 § 8 gültig von 20.08.2003 bis 15.07.2009
-
1. TKG 2003 § 9 gültig von 27.11.2015 bis 31.10.2021 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 190/2021
 2. TKG 2003 § 9 gültig von 22.11.2011 bis 26.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2011
 3. TKG 2003 § 9 gültig von 16.07.2009 bis 21.11.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2009
 4. TKG 2003 § 9 gültig von 20.08.2003 bis 15.07.2009
-
1. TKG 2003 § 9 gültig von 27.11.2015 bis 31.10.2021 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 190/2021
 2. TKG 2003 § 9 gültig von 22.11.2011 bis 26.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2011
 3. TKG 2003 § 9 gültig von 16.07.2009 bis 21.11.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2009
 4. TKG 2003 § 9 gültig von 20.08.2003 bis 15.07.2009
-
1. TKG 2003 § 9 gültig von 27.11.2015 bis 31.10.2021 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 190/2021
 2. TKG 2003 § 9 gültig von 22.11.2011 bis 26.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2011
 3. TKG 2003 § 9 gültig von 16.07.2009 bis 21.11.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2009
 4. TKG 2003 § 9 gültig von 20.08.2003 bis 15.07.2009
-
1. VwGG § 42 heute
 2. VwGG § 42 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
 3. VwGG § 42 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 4. VwGG § 42 gültig von 01.07.2008 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
 5. VwGG § 42 gültig von 01.01.1991 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 330/1990
 6. VwGG § 42 gültig von 05.01.1985 bis 31.12.1990

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Jabloner und die Hofräte Dr. Handstanger, Dr. Lehofer, Mag. Nedwed und Mag. Samm als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Zeleny, über die Beschwerde der Ö AG in W, vertreten durch Lansky, Ganzger & Partner Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Biberstraße 5, gegen den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 20. November 2009, ZI D1/09-40, betreffend Mitbenutzungsrechte nach dem TKG 2003 (mitbeteiligte Partei:

S GmbH in W, vertreten durch Mag. Thomas Breite, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Wollzeile 17/16; weitere Partei: Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie), zu Recht erkannt:

Spruch

Der Beschwerde wird, soweit sie sich gegen die in Spruchpunkt I.A.12 des angefochtenen Bescheides getroffene Regelung der Haftung wendet, Folge gegeben und der angefochtene Bescheid abgeändert, sodass er in seinem Spruchpunkt I.A.12 ("Haftung") wie folgt zu lauten hat: Der Beschwerde wird, soweit sie sich gegen die in Spruchpunkt römisch eins.A.12 des angefochtenen Bescheides getroffene Regelung der Haftung wendet, Folge gegeben und der angefochtene Bescheid abgeändert, sodass er in seinem Spruchpunkt römisch eins.A.12 ("Haftung") wie folgt zu lauten hat:

"Beide Anordnungspartner haften einander nach den allgemeinen schadenersatzrechtlichen Bestimmungen für Schäden aus Vertragsverletzung, jedoch - außer im Falle von Personenschäden - nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit."

Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Der Bund hat der beschwerdeführenden Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.326,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Spruchpunkt A des angefochtenen Bescheides hat die belangte Behörde gemäß §§ 8, 9 iVm §§ 117 Z 1 Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl. I Nr. 70/2003 idF BGBl. I Nr. 65/2009 (TKG 2003) eine vertragsersetzende

Regelung zwischen der beschwerdeführenden Partei und der mitbeteiligten Partei betreffend die Mitbenutzung von Leerverrohrungen angeordnet ("Mitbenutzungsanordnung"). Diese Anordnung hat (auszugsweise) folgenden Wortlaut: Mit Spruchpunkt A des angefochtenen Bescheides hat die belangte Behörde gemäß Paragraphen 8, 9, in Verbindung mit Paragraphen 117, Ziffer eins, Telekommunikationsgesetz 2003, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 70 aus 2003, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 65 aus 2009, (TKG 2003) eine vertragsersetzende Regelung zwischen der beschwerdeführenden Partei und der mitbeteiligten Partei betreffend die Mitbenutzung von Leerverrohrungen angeordnet ("Mitbenutzungsanordnung"). Diese Anordnung hat (auszugsweise) folgenden Wortlaut:

"Anordnung über die Mitbenutzung von Leerverrohrungen

1. Anordnungsgegenstand

Gegenstand dieser Anordnung ist die Regelung der Mitbenutzung iSd §§ 8ff TKG 2003 einer Leerverrohrung der (beschwerdeführenden Partei) ('Nutzungsgeber', 'NG') durch die (mitbeteiligte Partei) ('Nutzungsberechtigter', 'NB') zur Anbindung des Objekts 1020 Wien, (H.-Gasse 4), an das Netz des NB. Gegenstand dieser Anordnung ist die Regelung der Mitbenutzung iSd Paragraphen 8 f, f, TKG 2003 einer Leerverrohrung der (beschwerdeführenden Partei) ('Nutzungsgeber', 'NG') durch die (mitbeteiligte Partei) ('Nutzungsberechtigter', 'NB') zur Anbindung des Objekts 1020 Wien, (H.-Gasse 4), an das Netz des NB.

Dem NB wird dazu in 1020 Wien laut dem nachfolgend dargestellten Plan auf der Strecke zwischen dem Schacht 7A/B ((...)) über die Schächte 8A/B, 9A/B und 10A/B bis zum Schacht 11D (vor dem Gebäude (...)) das Recht auf Mitbenutzung einer Leerverrohrung (ausgeführt mit Betonformsteinen mit einem Innendurchmesser von rund 110 mm) des NG für die Errichtung einer Kommunikationslinie sowie die Mitbenutzung der genannten Schächte im erforderlichen Ausmaß nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen eingeräumt:

(Plandarstellung hier nicht wiedergegeben)

2. Beginn und Umfang der Mitbenutzung

Der NG räumt dem NB das Recht ein, in der oben näher bezeichneten Leerverrohrung, eine Kommunikationslinie für Zwecke von Telekommunikationsdiensten iSd § 3 Z 21 TKG 2003 durch Einbringen eines Lichtwellenleiters zu errichten und zu betreiben. Der NB nutzt diese Kommunikationslinie ausschließlich im Rahmen seiner Berechtigung zur Erbringung von Telekommunikationsdiensten zur Anbindung des Objekts 1020 Wien, (...), an das eigene Netz des NB. Das Mitbenutzungsrecht darf ausgeübt werden, sobald der NB dem NG glaubhaft gemacht hat, dass die zur Anbindung des Objekts 1020 Wien, (...), zusätzlich erforderliche eigene Infrastruktur des NB errichtet wurde bzw. dass diese zeitgleich mit der Realisierung der Mitbenutzung errichtet werden wird. Der NG räumt dem NB das Recht ein, in der oben näher bezeichneten Leerverrohrung, eine Kommunikationslinie für Zwecke von Telekommunikationsdiensten iSd Paragraph 3, Ziffer 21, TKG 2003 durch Einbringen eines Lichtwellenleiters zu errichten und zu betreiben. Der NB nutzt diese Kommunikationslinie ausschließlich im Rahmen seiner Berechtigung zur Erbringung von Telekommunikationsdiensten zur Anbindung des Objekts 1020 Wien, (...), an das eigene Netz des NB. Das Mitbenutzungsrecht darf ausgeübt werden, sobald der NB dem NG glaubhaft gemacht hat, dass die zur Anbindung des Objekts 1020 Wien, (...), zusätzlich erforderliche eigene 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. Die Überlassung der anordnungsgegenständlichen Rechte an Dritte ist dem NB ausschließlich im Umfang des Paragraph 12, Absatz 4, TKG 2003 gestattet. Der NB teilt dem NG unverzüglich die erfolgte Überlassung der anordnungsgegenständlichen Rechte an Dritte mit.

(...)

6. Wartung/Instandsetzung der Anlagen des NG

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

Wird bei der Instandsetzung der Anlagen des NG auch eine Beschädigung von Einrichtungen des NB festgestellt,

informiert der NG den NB unverzüglich darüber. Der NG informiert den NB vorab von der Durchführung von erforderlichen Wartungs- oder Instandsetzungsarbeiten und den dafür vorgesehenen Zeitplan. Beeinträchtigungen der vom NB eingebrachten Einrichtungen oder der über diese erbrachten Services des NB sind so gering wie möglich zu halten.

Ergeben sich beim NG konkrete Hinweise auf eine aktuelle Gefährdung oder Beeinträchtigung der Schieneninfrastruktur des NG oder der darüber erbrachten Dienste durch Maßnahmen zur Einbringung der Einrichtungen des NB, durch den laufenden Betrieb dieser Einrichtungen oder deren Wartung, ist der NG ausnahmsweise berechtigt, unmittelbar und ohne vorherige Verständigung des NB alle erforderlichen Maßnahmen zur Beseitigung dieser Gefährdung oder Beeinträchtigung zu treffen. Der NB ist jedenfalls sobald wie möglich von den vorgenommenen Maßnahmen, deren Grund und der voraussichtlichen Dauer einer Beeinträchtigung der Mitbenutzung zu verständigen. Beide Parteien haben iSd § 9 Abs 1 TKG 2003 darauf hinzuwirken, dass die Einschränkung der Mitbenutzung möglichst gering gehalten und ehestmöglich wieder beseitigt wird. Ergeben sich beim NG konkrete Hinweise auf eine aktuelle Gefährdung oder Beeinträchtigung der Schieneninfrastruktur des NG oder der darüber erbrachten Dienste durch Maßnahmen zur Einbringung der Einrichtungen des NB, durch den laufenden Betrieb dieser Einrichtungen oder deren Wartung, ist der NG ausnahmsweise berechtigt, unmittelbar und ohne vorherige Verständigung des NB alle erforderlichen Maßnahmen zur Beseitigung dieser Gefährdung oder Beeinträchtigung zu treffen. Der NB ist jedenfalls sobald wie möglich von den vorgenommenen Maßnahmen, deren Grund und der voraussichtlichen Dauer einer Beeinträchtigung der Mitbenutzung zu verständigen. Beide Parteien haben iSd Paragraph 9, Absatz eins, TKG 2003 darauf hinzuwirken, dass die Einschränkung der Mitbenutzung möglichst gering gehalten und ehestmöglich wieder beseitigt wird.

(...)

8. Änderungen der Anlagen des NG

Durch das Recht auf Mitbenutzung wird der NG gemäß § 11 TKG 2003 an der freien Verfügung über seine Liegenschaften und Anlagen grundsätzlich nicht gehindert. Erfordert eine solche Verfügung die Änderung der vom NB eingebrachten Einrichtungen oder kann eine solche dadurch beschädigt werden, so hat der NG den NB wenigstens drei Monate, bzw. sollte das nicht möglich sein, möglichst lange vor Beginn der Arbeiten, hiervon zu verständigen. Der NB hat rechtzeitig die erforderlichen Vorkehrungen, gegebenenfalls auch die Verlegung seiner Anlage, auf eigene Kosten durchzuführen. Durch das Recht auf Mitbenutzung wird der NG gemäß Paragraph 11, TKG 2003 an der freien Verfügung über seine Liegenschaften und Anlagen grundsätzlich nicht gehindert. Erfordert eine solche Verfügung die Änderung der vom NB eingebrachten Einrichtungen oder kann eine solche dadurch beschädigt werden, so hat der NG den NB wenigstens drei Monate, bzw. sollte das nicht möglich sein, möglichst lange vor Beginn der Arbeiten, hiervon zu verständigen. Der NB hat rechtzeitig die erforderlichen Vorkehrungen, gegebenenfalls auch die Verlegung seiner Anlage, auf eigene Kosten durchzuführen.

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

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

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

9. Entgelte

9.1. Höhe des monatlichen Entgelts

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

(...)

9.6. Sicherheitsleistungen

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

9.6.1. Höhe der Sicherheitsleistung

Eine Sicherheitsleistung kann erstmals ein Jahr nach dem Einbringen der Einrichtungen des NB in die mitbenutzte Leerverrohrung gefordert werden. Es kann maximal der durchschnittliche Dreimonatsumsatzsaldo der letzten vier Quartale als Höhe der Sicherheitsleistung verlangt werden.

Die Höhe der Sicherheitsleistung wird quartalsweise entsprechend dieser Regelung angepasst.

9.6.2. Art der Sicherheitsleistung

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

- o Akonto-Zahlung oder
- o Bankgarantie oder
- o Patronatserklärung.

Die Leistung einer Sicherheit hat binnen 14 Tagen nach einer diesbezüglichen schriftlichen Aufforderung durch die aufgeforderte Partei zu erfolgen. Wird die Sicherheitsleistung nicht oder nicht ordnungsgemäß binnen 14 Tagen erbracht, so ist eine Nachfrist von 7 Tagen zu setzen. Wird die Sicherheit nicht binnen dieser Nachfrist gelegt, so kann eine außerordentliche Kündigung gemäß Punkt 13.2.1 dieser Anordnung erfolgen.

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

Die Höhe der Sicherheitsleistung wird quartalsweise entsprechend Punkt 9.6.1 angepasst, wobei im Fall einer Akonto-Zahlung die pro Quartal angefallenen Zinsen in der Anpassung Berücksichtigung finden.

9.6.2.1. Akonto-Zahlung

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

9.6.2.2. Bankgarantie

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

9.6.1.

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

Die Inanspruchnahme der Sicherheitsleistung muss ohne Prüfung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses (abstrakte Bankgarantie) und unter Verzicht auf jede Einrede und Einwendung bis zur Höhe gemäß Punkt 9.6.1 möglich sein. Auch die teilweise Inanspruchnahme der Sicherheitsleistung (Ausstellung auf einen 'Höchstbetrag') durch den Begünstigten muss gesichert sein.

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

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

9.6.2.3. Patronatserklärung

Jene Partei, die eine Sicherheit zu leisten hat, hinterlegt nach vorheriger Vereinbarung bei der anderen Partei eine Patronatserklärung einer Muttergesellschaft in der Höhe gemäß Punkt 9.6.1.

Die die Sicherheit fordernde Partei kann die Erlegung einer Patronatserklärung ablehnen. In diesem Fall hat die Partei, die die Sicherheit zu erlegen hat, eine andere Art der Sicherheit nach Punkt 9.6.2 zu wählen.

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

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

9.6.3. Rückgabe der Sicherheitsleistung

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

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

9.6.4. Befriedigung

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

- -Strichaufzählung
Offene fällige Forderungen aus den anordnungsgegenständlichen Leistungen
- -Strichaufzählung
Verzugszinsen aus Forderungen aus den anordnungsgegenständlichen Leistungen
- -Strichaufzählung
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 9.6.1 zu erlegen.

(...)

11. Pflichten des Nutzungsberechtigten

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

1. Die mitbenutzten Anlagen des NG sind unter größtmöglicher Schonung zu benutzen sowie die Interessen des NG zu wahren. Insbesondere ist dem NB die Errichtung von Anlagen oder die Vornahme sonstiger Handlungen verboten, durch die der Bestand der Eisenbahn oder ihr Zugehör oder die regelmäßige und sichere Führung des Betriebes der Eisenbahn und des Betriebes von Schienenfahrzeugen auf der Eisenbahn sowie des Verkehrs auf der Eisenbahn gefährdet wird (§ 43 EisbG 1957).
1. Die mitbenutzten Anlagen des NG sind unter größtmöglicher Schonung zu benutzen sowie die Interessen des NG zu wahren. Insbesondere ist dem NB die Errichtung von Anlagen oder die Vornahme sonstiger Handlungen verboten, durch die der Bestand der Eisenbahn oder ihr Zugehör oder die regelmäßige und sichere Führung des Betriebes der Eisenbahn und des Betriebes von Schienenfahrzeugen auf der Eisenbahn sowie des Verkehrs auf der Eisenbahn gefährdet wird (Paragraph 43, EisbG 1957).
2. Der NB hat innerhalb einer Woche nach Rechtskraft dieser Anordnung dem NG einen Koordinator (Name, Funktion, Kontaktdaten) zu benennen, der für alle nach dieser Anordnung erforderlichen Abstimmungen und

Mitteilungen als Ansprechpartner des NG fungiert. Der NB hat dafür Sorge zu tragen, dass während der gesamten Dauer dieser Anordnung ein Koordinator bestellt ist.

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

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

5. Der NB wird den NG für allfällige Nachteile, die aus der Verletzung der Verpflichtungen der Punkte 3 und 4. resultieren sollten, schad- und klaglos halten.

12. Haftung

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

13. Anordnungsdauer, Kündigung

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

13.1. Ordentliche Kündigung

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

13.2. Außerordentliche Kündigung

13.2.1. Allgemeine Regelungen

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

1. der kündigenden Partei eine weitere Erbringung der Leistungen aus technischen oder betrieblichen Gründen, die sie nicht selbst verursacht hat, unzumutbar ist;

2. die andere Partei ihr gegenüber mit der Zahlung von Entgelten trotz Fälligkeit und zweimaliger fruchtloser schriftlicher Nachfristsetzung von jeweils mindestens vierzehn Tagen in Verzug ist; dies gilt nicht bei gerichtlicher Hinterlegung im Streitfall gemäß § 1425 ABGB; 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 Paragraph 1425, ABGB;

3. die andere Partei die Bedingungen des aus dieser Anordnung entstehenden Rechtsverhältnisses schwerwiegend verletzt, sodass die Fortsetzung für die andere Partei unzumutbar wird, und die Verletzung und deren Folgen nicht binnen 30 Tagen nach schriftlicher Aufforderung durch eingeschriebenen Brief der verletzten Partei vollständig beseitigt worden sind;

4. bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der anderen Partei unbeglichene Forderungen aus diesem Anordnungsverhältnis bestehen oder wenn die Eröffnung eines solchen Verfahrens mangels Masse abgelehnt wird;

5. die Partei eine geforderte Sicherheitsleistung gemäß Punkt

9.6 nicht erlegt;

6. dem NG von Liegenschaftseigentümern oder sonst dazu berechtigten Dritten die Berechtigung zur Nutzung der Liegenschaften entzogen wird und der NG aus diesem Grund seine Anlagen und mit diesen die Anlagen des Anordnungspartners von der Liegenschaft entfernen muss.

13.2.2. Außerordentliche Kündigung des NG gemäß § 11 TKG 2003 13.2.2. Außerordentliche Kündigung des NG gemäß Paragraph 11, TKG 2003

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

Die Parteien treten in diesem Fall unmittelbar nach Ausspruch der Kündigung in Verhandlungen über die genauen Umstände der Beendigung und Abwicklung des Mitbenutzungsverhältnisses, wie die Entfernung oder allenfalls Übernahme der eingebrachten Einrichtungen gegen Ablöse des Zeitwertes, allfällige Alternativen zur Mitbenutzung, etc, ein. Unter den Voraussetzungen des § 9 TKG 2003 kann die Telekom-Control-Kommission von beiden Anordnungsparteien zur Entscheidung angerufen werden. Bis zum Abschluss dieser Verhandlungen oder bis zu einer allfälligen Entscheidung der Telekom-Control-Kommission wird diese Anordnung auch über den Kündigungstermin hinaus vorläufig weiter angewendet. Die Parteien treten in diesem Fall unmittelbar nach Ausspruch der Kündigung in Verhandlungen über die genauen Umstände der Beendigung und Abwicklung des Mitbenutzungsverhältnisses, wie die Entfernung oder allenfalls Übernahme der eingebrachten Einrichtungen gegen Ablöse des Zeitwertes, allfällige Alternativen zur Mitbenutzung, etc, ein. Unter den Voraussetzungen des Paragraph 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.

(...)"

Mit Spruchpunkt B des angefochtenen Bescheides hat die belangte Behörde verschiedene Anträge der mitbeteiligten Partei zurückgewiesen.

In der Begründung des angefochtenen Bescheides führte die belangte Behörde - soweit für das Beschwerdeverfahren von Bedeutung - aus, dass die mitbeteiligte Partei mit Schriftsatz vom 26. August 2009 (verbessert am 10. September 2009) einen auf §§ 8f TKG 2003 gestützten Antrag auf Mitbenutzung von Leerverrohrungen und unbeschalteten Glasfasern gegen die beschwerdeführende Partei eingebracht habe. Nach einer iSd § 9 Abs 2 TKG 2003 fristgerechten Stellungnahme der beschwerdeführenden Partei hätten am 23. Oktober 2009 und am 4. November 2009 Augenscheintermine durch die von der belangten Behörde bestellten Amtssachverständigen zur Ermittlung der vorhandenen Infrastruktur der beschwerdeführenden Partei stattgefunden. Das Gutachten der Amtssachverständigen sowie ein Nachtrag dazu seien den Parteien des Verwaltungsverfahrens übermittelt worden und am 10. November 2009 habe eine mündliche Verhandlung vor der belangten Behörde im Beisein beider Parteien stattgefunden. In der Begründung des angefochtenen Bescheides führte die belangte Behörde - soweit für das Beschwerdeverfahren von Bedeutung - aus, dass die mitbeteiligte Partei mit Schriftsatz vom 26. August 2009 (verbessert am 10. September 2009) einen auf Paragraphen 8 f, TKG 2003 gestützten Antrag auf Mitbenutzung von Leerverrohrungen und unbeschalteten Glasfasern gegen die beschwerdeführende Partei eingebracht habe. Nach einer iSd Paragraph 9, Absatz 2, TKG 2003 fristgerechten Stellungnahme der beschwerdeführenden Partei hätten am 23. Oktober 2009 und am 4. November 2009 Augenscheintermine durch die von der belangten Behörde bestellten Amtssachverständigen zur Ermittlung der vorhandenen Infrastruktur der beschwerdeführenden Partei stattgefunden. Das Gutachten der Amtssachverständigen sowie ein Nachtrag dazu seien den Parteien des Verwaltungsverfahrens übermittelt worden und am 10. November 2009 habe eine mündliche Verhandlung vor der belangten Behörde im Beisein beider Parteien stattgefunden.

Die belangte Behörde stellte fest, dass es sich bei der beschwerdeführenden Partei um ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen iSd § 1a EISG 1957 handle. Die mitbeteiligte Partei sei Inhaberin einer Bestätigung gemäß §§ 15 iVm 133 Abs 4 Satz 2 TKG 2003 und erbringe öffentliche Sprachtelefon- und andere Telekommunikationsdienste, insbesondere breitbandige Internetdienste. Die belangte Behörde stellte fest, dass es sich bei der beschwerdeführenden Partei um ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen iSd Paragraph eins a, EISG 1957 handle. Die mitbeteiligte Partei sei Inhaberin einer Bestätigung gemäß Paragraphen 15, in Verbindung mit 133 Absatz 4, Satz 2 TKG 2003 und erbringe öffentliche Sprachtelefon- und andere Telekommunikationsdienste, insbesondere breitbandige Internetdienste.

Zur Nachfrage nach den beantragten Leistungen stellte die belangte Behörde fest, dass die mitbeteiligte Partei mit

Schreiben vom 20. Juli 2009 bei der beschwerdeführenden Partei "gemäß § 8 Telekommunikationsgesetz (TKG) ein Mitbenutzungsrecht der vorhandenen Leerrohre" zwischen dem Objekt H.-Gasse 4, 1020 Wien, und näher bezeichneten Übergabepunkten der mitbeteiligten Partei nachgefragt habe. Zur Nachfrage nach den beantragten Leistungen stellte die belangte Behörde fest, dass die mitbeteiligte Partei mit Schreiben vom 20. Juli 2009 bei der beschwerdeführenden Partei "gemäß Paragraph 8, Telekommunikationsgesetz (TKG) ein Mitbenutzungsrecht der vorhandenen Leerrohre" zwischen dem Objekt H.-Gasse 4, 1020 Wien, und näher bezeichneten Übergabepunkten der mitbeteiligten Partei nachgefragt habe.

In der relevanten Umgebung zwischen den genannten Standorten der mitbeteiligten Partei und dem Objekt H.-Gasse 4, 1020 Wien, bestünden freie Rohrzüge (Leerverrohrungen) der beschwerdeführenden Partei nur auf einer etwa 220 Meter langen Strecke entlang der Schächte "7A/B - 8A/B - 9A/B - 10A/B - 11D" laut einem im angefochtenen Bescheid dargestellten Plan. Am Streckenabschnitt 7A/B - 10A/B bestünden fünf und am Streckenabschnitt 10A/B - 11D drei freie Rohrzüge. Die beschwerdeführende Partei sei Inhaberin dieser Rohrzüge.

Bei den freien Rohrzügen auf dieser Strecke handle es sich um eine Formsteintrasse aus Betonformsteinen mit einem Innendurchmesser von jeweils rund 110 mm. Eine Einbringung von Microducts in diese Rohrzüge sei von der beschwerdeführenden Partei derzeit nicht geplant.

Die Formsteintrasse sei zu Beginn der 1960er Jahre verlegt worden und befinde sich teilweise in schlechtem Zustand. Es könne nicht festgestellt werden, dass die auf der Strecke 7A/B - 11D bestehenden freien Rohrzüge über die gesamte Länge durchgängig seien. Aus technischer Sicht bestünden gegen die Mitbenutzung eines freien Rohrzuges auf dem Streckenabschnitt 7A/B - 11D durch die mitbeteiligte Partei im verfahrensgegenständlichen Umfang keine Bedenken.

Die beschwerdeführende Partei habe auf der gesamten Strecke zwischen den Schächten 7A/B und 11D aktuellen Eigenbedarf an einem freien Rohrzug für den Störfall. Für zwei aktuelle Großprojekte der beschwerdeführenden Partei werde die gesamte Verkabelung in Wien in den nächsten ca drei Jahren neu strukturiert werden. Geplant sei, für eine näher bezeichnete Leitung die vorhandene Infrastruktur zwischen den Schächten 11D und 6A zu benutzen. Dieser Eigenbedarf werde erst in den nächsten zwei bis drei Jahren konkret gegeben sein, konkrete Pläne für die Nutzung gerade der verfahrensgegenständlichen Leerverrohrung zwischen den Schächten 11D und 7A/B gebe es nicht.

Seitens der beschwerdeführenden Partei bestünden technische Bedenken gegen eine gemeinsame Nutzung von Verrohrungen, weil es durch die vor und beim Einbringen zusätzlicher fremder Kabelleitungen in gemeinsam genutzte Rohrzüge erforderlichen Arbeiten zu Beschädigungen an Kabelleitungen der beschwerdeführenden Partei kommen könne.

Nach Feststellungen zu Entgelten für die Vermietung vergleichbarer Infrastrukturen und Darlegung der Erwägungen zur Beweiswürdigung führte die belangte Behörde in rechtlicher Hinsicht aus, dass Voraussetzungen für die Antragstellung in einem Verfahren nach § 9 TKG 2003 eine entsprechende Nachfrage des (potenziell) Berechtigten sowie wenigstens vierwöchige Verhandlungen über das Mitbenutzungsrecht seien. Die mitbeteiligte Partei habe mit dem rechtzeitig vor Antragstellung an die beschwerdeführende Partei gerichteten Schreiben vom 20. Juli 2009 ein "Mitbenutzungsrecht der vorhandenen Leerrohre" nachgefragt. Die im selben Schreiben vorgenommene Spezifizierung auf Zugänge zu je einem Microduct ändere nichts an der zuvor genannten allgemeinen Nachfrage nach Zugang zu Leerverrohrungen. Entgegen dem Vorbringen der beschwerdeführenden Partei sei daher jede Art von Leerverrohrungen der beschwerdeführenden Partei, somit auch die nach den Feststellungen vorhandenen Rohrzüge aus Betonformsteinen, von der Nachfrage umfasst. Auch dem weiteren Vorbringen, wonach sich die Nachfrage bzw der Antrag nur auf Leerverrohrungen, nicht aber auch auf Kabelschächte beziehe, könne nicht gefolgt werden. Eine Nachfrage nach Leerverrohrungen umfasse jedenfalls auch insoweit den Zugang zu Kabelschächten, als dieser erforderlich sei, um eine Mitbenutzung überhaupt erst zu ermöglichen. Auch die Mitbenutzung der in Punkt 1 der Mitbenutzungsanordnung genannten Kabelschächte sei daher in diesem Umfang verfahrensgegenständlich. Nach Feststellungen zu Entgelten für die Vermietung vergleichbarer Infrastrukturen und Darlegung der Erwägungen zur Beweiswürdigung führte die belangte Behörde in rechtlicher Hinsicht aus, dass Voraussetzungen für die Antragstellung in einem Verfahren nach Paragraph 9, TKG 2003 eine entsprechende Nachfrage des (potenziell) Berechtigten sowie wenigstens vierwöchige Verhandlungen über das Mitbenutzungsrecht seien. Die mitbeteiligte Partei habe mit dem rechtzeitig vor Antragstellung an die beschwerdeführende Partei gerichteten Schreiben vom 20. Juli 2009 ein "Mitbenutzungsrecht der vorhandenen Leerrohre" nachgefragt. Die im selben Schreiben vorgenommene

Spezifizierung auf Zugänge zu je einem Microduct ändere nichts an der zuvor genannten allgemeinen Nachfrage nach Zugang zu Leerverrohrungen. Entgegen dem Vorbringen der beschwerdeführenden Partei sei daher jede Art von Leerverrohrungen der beschwerdeführenden Partei, somit auch die nach den Feststellungen vorhandenen Rohrzüge aus Betonformsteinen, von der Nachfrage umfasst. Auch dem weiteren Vorbringen, wonach sich die Nachfrage bzw der Antrag nur auf Leerverrohrungen, nicht aber auch auf Kabelschächte beziehe, könne nicht gefolgt werden. Eine Nachfrage nach Leerverrohrungen umfasse jedenfalls auch insoweit den Zugang zu Kabelschächten, als dieser erforderlich sei, um eine Mitbenutzung überhaupt erst zu ermöglichen. Auch die Mitbenutzung der in Punkt 1 der Mitbenutzungsanordnung genannten Kabelschächte sei daher in diesem Umfang verfahrensgegenständlich.

Die beschwerdeführende Partei habe im Verfahren wiederholt vorgebracht, dass das Eisenbahngesetz 1957 (EisbG 1957) als *lex specialis* die Anwendung des TKG 2003 auf die verfahrensgegenständliche Infrastruktur ausschließe. Mitbenutzungsrechte an Schieneninfrastruktur seien ausschließlich im EisbG geregelt. Über die Vorfrage, ob es sich bei der nachgefragten Infrastruktur um Schieneninfrastruktur handle, sei nach § 11 EisbG zwingend die Entscheidung der Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie einzuholen. Eine Zuständigkeit der belangten Behörde zur Anordnung eines Mitbenutzungsrechts nach dem 2. Abschnitt des TKG 2003 sei hinsichtlich der nachgefragten Infrastruktur nicht gegeben. Die beschwerdeführende Partei habe im Verfahren wiederholt vorgebracht, dass das Eisenbahngesetz 1957 (EisbG 1957) als *lex specialis* die Anwendung des TKG 2003 auf die verfahrensgegenständliche Infrastruktur ausschließe. Mitbenutzungsrechte an Schieneninfrastruktur seien ausschließlich im EisbG geregelt. Über die Vorfrage, ob es sich bei der nachgefragten Infrastruktur um Schieneninfrastruktur handle, sei nach Paragraph 11, EisbG zwingend die Entscheidung der Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie einzuholen. Eine Zuständigkeit der belangten Behörde zur Anordnung eines Mitbenutzungsrechts nach dem 2. Abschnitt des TKG 2003 sei hinsichtlich der nachgefragten Infrastruktur nicht gegeben.

Dieser Rechtsansicht folge die belangte Behörde nicht. Das EisbG 1957 regle lediglich die Mitbenutzung von Eisenbahninfrastruktur durch (andere) Eisenbahnunternehmen für deren Betriebszwecke, nicht aber die Mitbenutzung derartiger Infrastrukturen für Kommunikationszwecke. Auch die Materialien zur Novelle des TKG 2003, BGBl I Nr 65/2009, führten ausdrücklich an, um "diesen volkswirtschaftlich so wichtigen Ausbau der Glasfasernetz zu forcieren ... sollen auch bestehende Infrastrukturen verwendet werden dürfen". Dies betreffe "insbesondere ... leitungsgebundene Infrastrukturen außerhalb des Telekommunikationssektors." Da somit keine Einschränkung hinsichtlich besonderer Arten von Infrastrukturunternehmen, wie der beschwerdeführenden Partei, gemacht werde, unterliege auch deren Infrastruktur grundsätzlich der Mitbenutzung nach § 8 TKG 2003. Die Frage, ob es sich bei der nachgefragten Infrastruktur um Schieneninfrastruktur handle, sei somit auch keine Vorfrage für das gegenständliche Verfahren, sodass auch keine Entscheidung der Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie einzuholen gewesen sei. Zudem sei zu berücksichtigen, dass das TKG 2003 in der geltenden Fassung (BGBl I Nr 65/2009; in Kraft getreten am 16. Juli 2009) die später erlassene Norm darstelle und somit einer allenfalls bestanden habenden (bundesgesetzlichen) Einschränkung der Zugangsmöglichkeiten zu Schieneninfrastruktur derogiert habe. Dieser Rechtsansicht folge die belangte Behörde nicht. Das EisbG 1957 regle lediglich die Mitbenutzung von Eisenbahninfrastruktur durch (andere) Eisenbahnunternehmen für deren Betriebszwecke, nicht aber die Mitbenutzung derartiger Infrastrukturen für Kommunikationszwecke. Auch die Materialien zur Novelle des TKG 2003, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 65 aus 2009,, führten ausdrücklich an, um "diesen volkswirtschaftlich so wichtigen Ausbau der Glasfasernetz zu forcieren ... sollen auch bestehende Infrastrukturen verwendet werden dürfen". Dies betreffe "insbesondere ... leitungsgebundene Infrastrukturen außerhalb des Telekommunikationssektors." Da somit keine Einschränkung hinsichtlich besonderer Arten von Infrastrukturunternehmen, wie der beschwerdeführenden Partei, gemacht werde, unterliege auch deren Infrastruktur grundsätzlich der Mitbenutzung nach Paragraph 8, TKG 2003. Die Frage, ob es sich bei der nachgefragten Infrastruktur um Schieneninfrastruktur handle, sei somit auch keine Vorfrage für das gegenständliche Verfahren, sodass auch keine Entscheidung der Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie einzuholen gewesen sei. Zudem sei zu berücksichtigen, dass das TKG 2003 in der geltenden Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 65 aus 2009,; in Kraft getreten am 16. Juli 2009) die später erlassene Norm darstelle und somit einer allenfalls bestanden habenden (bundesgesetzlichen) Einschränkung der Zugangsmöglichkeiten zu Schieneninfrastruktur derogiert habe.

Überdies nehme § 13 Abs 5 TKG 2003 für den gravierendsten im Überdies nehme Paragraph 13, Absatz 5, TKG 2003 für den gravierendsten im

2. Abschnitt des TKG 2003 vorgesehenen Fall, nämlich die Enteignung, ausdrücklich auf das Verhältnis zwischen Telekommunikationsrecht und Eisenbahnrecht Bezug. Daraus sei abzuleiten, dass entgegen der im Schriftsatz der beschwerdeführenden Partei vertretenen Rechtsansicht das Verhältnis dieser Rechtsbereiche bei der Novellierung des gesamten zweiten Abschnitts des TKG 2003 durch die Novelle BGBl I Nr 65/2009 berücksichtigt worden sei. 2. Abschnitt des TKG 2003 vorgesehenen Fall, nämlich die Enteignung, ausdrücklich auf das Verhältnis zwischen Telekommunikationsrecht und Eisenbahnrecht Bezug. Daraus sei abzuleiten, dass entgegen der im Schriftsatz der beschwerdeführenden Partei vertretenen Rechtsansicht das Verhältnis dieser Rechtsbereiche bei der Novellierung des gesamten zweiten Abschnitts des TKG 2003 durch die Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 65 aus 2009, berücksichtigt worden sei.

Den von der beschwerdeführenden Partei vorgebrachten weiteren Bedenken hinsichtlich der sicherheitsrelevanten Bestimmungen nach dem EisbG 1957 sei insbesondere durch die Regelungen der Punkte 6 und 11 des Anordnungstextes Rechnung getragen worden.

Bei den derzeit ungenutzten, aus Betonformsteinen errichteten Rohrzügen auf der anordnungsgegenständlichen Strecke bzw den für den Zugang erforderlichen Schächten handle es sich um für Zwecke von Kommunikationslinien nutzbare Rohre bzw Kabelschächte iSd § 8 Abs 1a TKG 2003. Die beschwerdeführende Partei sei Inhaberin dieser Rohrzüge. Bei den derzeit ungenutzten, aus Betonformsteinen errichteten Rohrzügen auf der anordnungsgegenständlichen Strecke bzw den für den Zugang erforderlichen Schächten handle es sich um für Zwecke von Kommunikationslinien nutzbare Rohre bzw Kabelschächte iSd Paragraph 8, Absatz eins a, TKG 2003. Die beschwerdeführende Partei sei Inhaberin dieser Rohrzüge.

Bei der Prüfung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit berücksichtige die belangte Behörde neben den grundsätzlichen Fragen der Verfügbarkeit entsprechender Infrastruktur und des Entgelts für die Mitbenutzung insbesondere, ob und inwieweit aktueller Eigenbedarf der beschwerdeführenden Partei an den vorhandenen Verrohrungen bestehe.

Grundsätzlich seien drei freie Rohrzüge zwischen den Schächten 7A/B und 11D vorhanden, die für eine Mitbenutzung in Frage kämen. Da die beschwerdeführende Partei ein im Wesentlichen auf Basis ihrer eigenen Angaben ermitteltes angemessenes Entgelt erhalte, spreche dem Grunde nach nichts gegen die Annahme der wirtschaftlichen Zumutbarkeit der Mitbenutzung eines Rohrzuges durch die mitbeteiligte Partei, zumal diese Mitbenutzung auf einen Verwendungszweck eingeschränkt wird, zu dem die beschwerdeführende Partei die Möglichkeit zur Stellungnahme gemäß § 9 Abs 2 TKG 2003 gehabt und wahrgenommen habe. Grundsätzlich seien drei freie Rohrzüge zwischen den Schächten 7A/B und 11D vorhanden, die für eine Mitbenutzung in Frage kämen. Da die beschwerdeführende Partei ein im Wesentlichen auf Basis ihrer eigenen Angaben ermitteltes angemessenes Entgelt erhalte, spreche dem Grunde nach nichts gegen die Annahme der wirtschaftlichen Zumutbarkeit der Mitbenutzung eines Rohrzuges durch die mitbeteiligte Partei, zumal diese Mitbenutzung auf einen Verwendungszweck eingeschränkt wird, zu dem die beschwerdeführende Partei die Möglichkeit zur Stellungnahme gemäß Paragraph 9, Absatz 2, TKG 2003 gehabt und wahrgenommen habe.

Die beschwerdeführende Partei habe in zweierlei Hinsicht Eigenbedarf an den Leerverrohrungen geltend gemacht. Einerseits habe auf der gesamten Strecke aktueller Eigenbedarf an einem freien Rohrzug für Sicherheitszwecke festgestellt werden können. Da über die anordnungsgegenständliche Strecke jedoch drei freie Rohrzüge vorhanden seien, stehe dieser Eigenbedarf einer Mitbenutzung nicht grundsätzlich entgegen. Der Eigenbedarf sei aber in der Form berücksichtigt worden, dass es der beschwerdeführenden Partei im Hinblick auf die nicht abschließend geklärte Frage der Durchgängigkeit der Rohrzüge vorbehalten bleibe, vor der Einbringung der Einrichtungen der mitbeteiligten Partei selbst eine durchgängige Leerverrohrung auf der anordnungsgegenständlichen Strecke zu ermitteln, die für Zwecke der Reserve vorgehalten werden könne. Der aktuelle Eigenbedarf gehe somit der Mitbenutzung vor. In diesem Zusammenhang sei zu berücksichtigen, dass die beschwerdeführende Partei nur vorhandene Infrastruktur zur Mitbenutzung anzubieten habe. Eine Verpflichtung, neue oder zusätzliche Infrastruktur zu verlegen, zB zum Setzen neuer Schächte, zum (nicht geplanten) Einbringen von Microducts in vorhandene Leerverrohrungen, oder zur Sicherstellung der Durchgängigkeit der an den Schächten freien Rohrzüge, bestehe nach §§ 8f TKG 2003 nicht. Aus diesem Grund ändere auch das Vorbringen der mitbeteiligten Partei über die Möglichkeit, allfälligen Eigenbedarf durch

Einbringen von Microducts zu decken, nichts an dieser Beurteilung. Die beschwerdeführende Partei habe in zweierlei Hinsicht Eigenbedarf an den Leerverrohrungen geltend gemacht. Einerseits habe auf der gesamten Strecke aktueller Eigenbedarf an einem freien Rohrzug für Sicherheitszwecke festgestellt werden können. Da über die anordnungsgegenständliche Strecke jedoch drei freie Rohrzüge vorhanden seien, stehe dieser Eigenbedarf einer Mitbenutzung nicht grundsätzlich entgegen. Der Eigenbedarf sei aber in der Form berücksichtigt worden, dass es der beschwerdeführenden Partei im Hinblick auf die nicht abschließend geklärte Frage der Durchgängigkeit der Rohrzüge vorbehalten bleibe, vor der Einbringung der Einrichtungen der mitbeteiligten Partei selbst eine durchgängige Leerverrohrung auf der anordnungsgegenständlichen Strecke zu ermitteln, die für Zwecke der Reserve vorgehalten werden könne. Der aktuelle Eigenbedarf gehe somit der Mitbenutzung vor. In diesem Zusammenhang sei zu berücksichtigen, dass die beschwerdeführende Partei nur vorhandene Infrastruktur zur Mitbenutzung anzubieten habe. Eine Verpflichtung, neue oder zusätzliche Infrastruktur zu verlegen, zB zum Setzen neuer Schächte, zum (nicht geplanten) Einbringen von Microducts in vorhandene Leerverrohrungen, oder zur Sicherstellung der Durchgängigkeit der an den Schächten freien Rohrzüge, bestehe nach Paragraphen 8 f, TKG 2003 nicht. Aus diesem Grund ändere auch das Vorbringen der mitbeteiligten Partei über die Möglichkeit, allfälligen Eigenbedarf durch Einbringen von Microducts zu decken, nichts an dieser Beurteilung.

Den zusätzlich im Zusammenhang mit der Anbindung eines neuen Gebäudes geltend gemachten Eigenbedarf an zwei weiteren Rohrzügen erachte die belangte Behörde im Hinblick darauf, dass dieses Projekt erst in den nächsten zwei bis drei Jahren realisiert werde und dass keine konkreten Pläne für die Nutzung gerade der verfahrensgegenständlichen Leerverrohrung bestünden, als nicht ausreichend konkret, um eine Mitbenutzung derzeit auszuschließen. Sollte dieser Bedarf allerdings in der Folge tatsächlich konkret nachweisbar werden, habe die beschwerdeführende Partei nach Punkt 13.2.2 des Anordnungstexts die Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung iSd § 11 TKG 2003. Den zusätzlich im Zusammenhang mit der Anbindung eines neuen Gebäudes geltend gemachten Eigenbedarf an zwei weiteren Rohrzügen erachte die belangte Behörde im Hinblick darauf, dass dieses Projekt erst in den nächsten zwei bis drei Jahren realisiert werde und dass keine konkreten Pläne für die Nutzung gerade der verfahrensgegenständlichen Leerverrohrung bestünden, als nicht ausreichend konkret, um eine Mitbenutzung derzeit auszuschließen. Sollte dieser Bedarf allerdings in der Folge tatsächlich konkret nachweisbar werden, habe die beschwerdeführende Partei nach Punkt 13.2.2 des Anordnungstexts die Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung iSd Paragraph 11, TKG 2003.

Über das dargestellte Vorbringen hinausgehende "künftige technische Entwicklungen, welche die vorläufige Freihaltung von Leitungs-, Verrohrungs- und Schachtkapazitäten erfordern" iSd § 8 Abs 1b TKG 2003, seien von der beschwerdeführenden Partei nicht vorgebracht worden. Über das dargestellte Vorbringen hinausgehende "künftige technische Entwicklungen, welche die vorläufige Freihaltung von Leitungs-, Verrohrungs- und Schachtkapazitäten erfordern" iSd Paragraph 8, Absatz eins b, TKG 2003, seien von der beschwerdeführenden Partei nicht vorgebracht worden.

Die Gestattung der Mitbenutzung im anordnungsgegenständlichen Umfang sei der beschwerdeführenden Partei daher wirtschaftlich zumutbar iSd § 8 Abs 1a TKG 2003. Die Gestattung der Mitbenutzung im anordnungsgegenständlichen Umfang sei der beschwerdeführenden Partei daher wirtschaftlich zumutbar iSd Paragraph 8, Absatz eins a, TKG 2003.

Da nach den Feststellungen aus technischer Sicht keine Bedenken gegen die Mitbenutzung eines freien Rohrzuges durch die mitbeteiligte Partei im verfahrensgegenständlichen Umfang bestünden, sei diese Mitbenutzung iSd § 8 Abs 1a TKG 2003 technisch vertretbar. Die belangte Behörde gehe davon aus, dass Beeinträchtigungen der Infrastruktur der beschwerdeführenden Partei bzw der darüber erbrachten Dienste durch den bloßen Betrieb einer Glasfaserleitung kaum zu erwarten seien. Das Störungspotenzial durch die Einbringung der Einrichtungen der mitbeteiligte Partei bzw deren Wartung sei dadurch auf ein zumutbares Maß reduziert, dass derartige Arbeiten, einschließlich des Zuganges zu den Schächten, nur durch die beschwerdeführende Partei bzw in deren Beisein erfolgen könnten. Da nach den Feststellungen aus technischer Sicht keine Bedenken gegen die Mitbenutzung eines freien Rohrzuges durch die mitbeteiligte Partei im verfahrensgegenständlichen Umfang bestünden, sei diese Mitbenutzung iSd Paragraph 8, Absatz eins a, TKG 2003 technisch vertretbar. Die belangte Behörde gehe davon aus, dass Beeinträchtigungen der Infrastruktur der beschwerdeführenden Partei bzw der darüber erbrachten Dienste durch den bloßen Betrieb einer Glasfaserleitung kaum zu erwarten seien. Das Störungspotenzial durch die

Einbringung der Einrichtungen der mitbeteiligte Partei bzw deren Wartung sei dadurch auf ein zumutbares Maß reduziert, dass derartige Arbeiten, einschließlich des Zuganges zu den Schächten, nur durch die beschwerdeführende Partei bzw in deren Beisein erfolgen könnten.

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

Die Mitbenutzung im anordnungsgegenständlichen Umfang sei für die beschwerdeführende Partei daher auch technisch vertretbar iSd § 8 Abs 1a TKG 2003. Die Mitbenutzung im anordnungsgegenständlichen Umfang sei für die beschwerdeführende Partei daher auch technisch vertretbar iSd Paragraph 8, Absatz eins a, TKG 2003.

Die Anordnung in Punkt 6 der Mitbenutzungsanordnung (Wartung/Instandsetzung der Anlagen), dass die beschwerdeführende Partei verpflichtet sei, die mitbenutzte Leerverrohrung in brauchbarem Zustand zu erhalten, dass aber die dafür notwendigen Kosten angemessen aufzuteilen seien, beruhe auf der Überlegung, dass derartige Erhaltungsarbeiten zwar im grundsätzlichen Interesse des Eigentümers der mitbenutzten Anlagen lägen, weil dessen Infrastruktur dabei wieder in brauchbaren Zustand versetzt werde. Dennoch sei hierbei auch das ebenfalls bestehende Interesse des Nutzungsberechtigten an der (weiteren) Ausübung des eingeräumten Zwangsrechts zu berücksichtigen. Da je nach der konkreten Situation diese Interessenlagen unterschiedlich zu gewichten seien, erscheine der belangten Behörde die Anordnung der Kostenaufteilung nach angemessener Berücksichtigung des jeweiligen Nutzens, allerdings mit einer Aufteilung je zur Hälfte für Zweifelsfälle, als zweckmäßig.

Die Anordnung, dass die beschwerdeführende Partei im Fall einer Gefährdung oder Beeinträchtigung ihrer Schieneninfrastruktur oder der darauf erbrachten Dienste durch die Mitbenutzung der mitbeteiligten Partei, unmittelbar und ohne vorherige Verständigung der mitbeteiligten Partei Maßnahmen zur Beseitigung dieser Gefährdung oder Beeinträchtigung treffen könne, beruhe auf der Überlegung, dass der zweite Abschnitt des TKG 2003 seit der genannten Novelle zwar nunmehr auch andere als Telekommunikationsinfrastruktur, wie etwa Schieneninfrastruktur, umfasse, dass aber dennoch grundsätzlich die Rechte des Eigentümers bzw Inhabers denen des Mitbenutzers vorgehen. Dieser Gedanke liege auch § 11 TKG 2003 zu Grunde. Im konkreten Fall bedeute dies, dass zwar entgegen der Rechtsansicht der beschwerdeführenden Partei auch deren Infrastruktur der Mitbenutzung unterliege, dass aber selbstverständlich die störungsfreie Nutzung dieser Infrastruktur für primäre Zwecke der beschwerdeführenden Partei sicherzustellen sei. Sei daher eine aktuelle Gefährdung oder Beeinträchtigung dieser Nutzung zu befürchten, müsse eine unmittelbare Reaktion möglich sein. Die Anordnung, dass die beschwerdeführende Partei im Fall einer Gefährdung oder Beeinträchtigung ihrer Schieneninfrastruktur oder der darauf erbrachten Dienste durch die Mitbenutzung der mitbeteiligten Partei, unmittelbar und ohne vorherige Verständigung der mitbeteiligten Partei Maßnahmen zur Beseitigung dieser Gefährdung oder Beeinträchtigung treffen könne, beruhe auf der Überlegung, dass der zweite Abschnitt des TKG 2003 seit der genannten Novelle zwar nunmehr auch andere als Telekommunikationsinfrastruktur, wie etwa Schieneninfrastruktur, umfasse, dass aber dennoch grundsätzlich die

Rechte des Eigentümers bzw Inhabers denen des Mitbenutzers vorgehen. Dieser Gedanke liege auch Paragraph 11, TKG 2003 zu Grunde. Im konkreten Fall bedeute dies, dass zwar entgegen der Rechtsansicht der beschwerdeführenden Partei auch deren Infrastruktur der Mitbenutzung unterliege, dass aber selbstverständlich die störungsfreie Nutzung dieser Infrastruktur für primäre Zwecke der beschwerdeführenden Partei sicherzustellen sei. Sei daher eine aktuelle Gefährdung oder Beeinträchtigung dieser Nutzung zu befürchten, müsse eine unmittelbare Reaktion möglich sein.

Die Regelung in Punkt 8 der Mitbenutzungsanordnung ("Änderungen der Anlagen des NG"), wie bei Verfügungen der beschwerdeführenden Partei über ihre Liegenschaften und Anlagen, die eine Änderung der von der mitbeteiligten Partei eingebrachten Einrichtungen erfordert, zu verfahren sei, beruhe, einschließlich der schadenersatzrechtlichen Regelungen, auf § 11 TKG 2003. Die Regelung in Punkt 8 der Mitbenutzungsanordnung ("Änderungen der Anlagen des NG"), wie bei Verfügungen der beschwerdeführenden Partei über ihre Liegenschaften und Anlagen, die eine Änderung der von der mitbeteiligten Partei eingebrachten Einrichtungen erfordert, zu verfahren sei, beruhe, einschließlich der schadenersatzrechtlichen Regelungen, auf Paragraph 11, TKG 2003.

Die Bedingungen, zu denen die Mitbenutzung weiterhin erfolgen solle, seien grundsätzlich zu vereinbaren. Scheitern diese Verhandlungen, könne grundsätzlich, da es sich ebenfalls um Fragen betreffend das Mitbenutzungsrecht handle, unter den Bedingungen des § 9 TKG 2003 auch die belangte Behörde zur Entscheidung angerufen werden. Die Bedingungen, zu denen die Mitbenutzung weiterhin erfolgen solle, seien grundsätzlich zu vereinbaren. Scheitern diese Verhandlungen, könne grundsätzlich, da es sich ebenfalls um Fragen betreffend das Mitbenutzungsrecht handle, unter den Bedingungen des Paragraph 9, TKG 2003 auch die belangte Behörde zur Entscheidung angerufen werden.

Die beschwerdeführende Partei erhalte ab dem Zeitpunkt, in dem das Mitbenutzungsrecht nach Punkt 2 des Anordnungstextes ausgeübt werden könne, das auf Basis der festgestellten Kosten angemessene - und von den Parteien des Verwaltungsverfahrens grundsätzlich unbestrittene - monatliche Entgelt in Höhe von 0,64 Euro (exkl USt) pro Laufmeter. Die in den Punkten 9.4 bis 9.7 angeordneten Regelungen - Fälligkeit/Verzug, Verzugszinsen, Sicherheitsleistungen, Steuern - entsprächen der ständigen Regulierungspraxis und stellten einen angemessenen Ausgleich der beteiligten Interessen sicher.

Im Hinblick auf die in Punkt 9.6 angeordnete Sicherheitsleistung (vgl diesbezüglich das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 28. April 2004, 2002/03/0129) sei einerseits von der Anordnung des von der beschwerdeführenden Partei beantragen Pfandrechts an den in ihre Anlagen eingebrachten Einrichtungen abgesehen worden. Die Anordnung der Sicherheitsleistung werde aber auch in folgendem Zusammenhang von der belangten Behörde berücksichtigt: die beschwerdeführende Partei habe beantragt, der mitbeteiligten Partei aufzutragen, eine Haftpflichtversicherung für mögliche Schäden abzuschließen und aufrecht zu erhalten. In den AGB zum Infrastrukturnutzungsvertrag werde dazu ausgeführt, dass eine Versicherung in einer der Richtlinie 95/18/EG idF der Richtlinie 2004/49/EG entsprechenden Weise abzuschließen sei. Diese Bestimmungen würden vorsehen, dass Eisenbahnunternehmen ausreichend versichert sein oder gleichwertige Vorkehrungen getroffen haben müssten, um die Unfallhaftpflicht insbesondere für Fahrgäste, Gepäck, Fracht, Post und Dritte nach innerstaatlichem und internationalem Recht zu decken. Die dabei umfassten Risiken erachte die belangte Behörde als wesentlich gravierender, als die aus der Mitbenutzung einer Leerverrohrung möglicherweise erwachsenden Schadenersatzpflichten. Eine die mitbeteiligte Partei nicht unwesentlich belastende vergleichbare Versicherungspflicht erscheine der belangten Behörde daher als unangemessen. Die beantragte generelle Verpflichtung zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung sei daher nicht aufgenommen worden. Um (auch) für allfällige Schadenersatzforderungen Vorkehrung zu treffen, könne die beschwerdeführende Partei allerdings die Sicherheitsleistung gemäß Punkt 9.6 des Anordnungstextes verlangen. Im Hinblick auf die in Punkt 9.6 angeordnete Sicherheitsleistung vergleiche , diesbezüglich das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 28. April 2004, 2002/03/0129) sei einerseits von der Anordnung des von der beschwerdeführenden Partei beantragen Pfandrechts an den in ihre Anlagen eingebrachten Einrichtungen abgesehen worden. Die Anordnung der Sicherheitsleistung werde aber auch in folgendem Zusammenhang von der belangten Behörde berücksichtigt: die beschwerdeführende Partei habe beantragt, der mitbeteiligten Partei aufzutragen, eine Haftpflichtversicherung für mögliche Schäden abzuschließen und aufrecht zu erhalten. In den AGB zum Infrastrukturnutzungsvertrag werde dazu ausgeführt, dass eine Versicherung in einer der Richtlinie 95/18/EG in der Fassung der Richtlinie 2004/49/EG entsprechenden Weise abzuschließen sei. Diese Bestimmungen würden vorsehen, dass Eisenbahnunternehmen ausreichend versichert sein oder gleichwertige Vorkehrungen getroffen haben müssten, um die Unfallhaftpflicht insbesondere für Fahrgäste,

Gepäck, Fracht, Post und Dritte nach innerstaatlichem und internationalem Recht zu decken. Die dabei umfassten Risiken erachte die belangte Behörde als wesentlich gravierender, als die aus der Mitbenutzung einer Leerverrohrung möglicherweise erwachsenden Schadenersatzpflichten. Eine die mitbeteiligte Partei nicht unwesentlich belastende vergleichbare Versicherungspflicht erscheine der belangten Behörde daher als unangemessen. Die beantragte generelle Verpflichtung zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung sei daher nicht aufgenommen worden. Um (auch) für allfällige Schadenersatzforderungen Vorkehrung zu treffen, könne die beschwerdeführende Partei allerdings die Sicherheitsleistung gemäß Punkt 9.6 des Anordnungstextes verlangen.

Die Pflicht der beschwerdeführenden Partei, bei Überlassung oder Übertragung der anordnungsgegenständlichen Leerverrohrung an Dritte die Interessen der mitbeteiligten Partei zu wahren, beruhe auf allgemeinen vertraglichen Treuepflichten. Auf § 12 TKG 2003 werde in diesem Zusammenhang verwiesen. Die Pflicht der beschwerdeführenden Partei, bei Überlassung oder Übertragung der anordnungsgegenständlichen Leerverrohrung an Dritte die Interessen der mitbeteiligten Partei zu wahren, beruhe auf allgemeinen vertraglichen Treuepflichten. Auf Paragraph 12, TKG 2003 werde in diesem Zusammenhang verwiesen.

Da die Mitbenutzung im primären Interesse der mitbeteiligten Partei liege, treffe 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 seien von der mitbeteiligten Partei einzuholen. Die beschwerdeführende Partei sei bei einer Verletzung dieser Verpflichtung diesbezüglich schad- und klaglos zu halten. Da die Mitbenutzung im primären Interesse der mitbeteiligten Partei liege, treffe diese zusätzlich zu den sonstigen Verpflichtungen aus der gegenständlichen Anordnung auch die auf Paragraph 8, Absatz 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 seien von der mitbeteiligten Partei einzuholen. Die beschwerdeführende Partei sei bei einer Verletzung dieser Verpflichtung diesbezüglich schad- und klaglos zu halten.

Die von der beschwerdeführenden Partei über ihre AGB beantragten Haftungsbestimmungen würden sich auf die spezielle Situation von Eisenbahnunternehmen beziehen und seien daher für den Gegenstand der Anordnung nicht unmittelbar passend. Die belangte Behörde erachte daher eine allgemein gefasste Regelung betreffend die wechselseitige Haftung nach den schadenersatzrechtlichen Bestimmungen für geeigneter, wobei auf Basis des Vorbringens der beschwerdeführenden Partei die Haftung auf grobe Fahrlässigkeit eingeschränkt worden sei.

Insbesondere bei den Regelungen über die Geltungsdauer der Anordnung und die Kündigungsmöglichkeiten des Mitbenutzungsverhältnisses sei eine Abwägung der gegensätzlichen Interessenlagen der beteiligten Parteien vorzunehmen gewesen. Einerseits bestehe wegen der eigenen Investitionen ein Interesse der mitbeteiligten Partei an einer möglichst langfristigen Nutzung der fremden Infrastruktur. Andererseits sei aber, nicht zuletzt wegen § 11 TKG 2003, auch ein Interesse der beschwerdeführenden Partei evident, zumindest bei späterem Eigenbedarf die gegenständliche Infrastruktur wieder selbst benutzen zu können. Die Anordnung eines grundsätzlich längerfristigen Mitbenutzungsrechts mit zusätzlichen außerordentlichen Auflösungsmöglichkeiten, insbesondere bei nachgewiesenem Eigenbedarf, erscheine der belangten Behörde geeignet, diese Interessen weitestmöglich in Einklang zu bringen. Insbesondere bei den Regelungen über die Geltungsdauer der Anordnung und die Kündigungsmöglichkeiten des Mitbenutzungsverhältnisses sei eine Abwägung der gegensätzlichen Interessenlagen der beteiligten Parteien vorzunehmen gewesen. Einerseits bestehe wegen der eigenen Investitionen ein Interesse der mitbeteiligten Partei an einer möglichst langfristigen Nutzung der fremden Infrastruktur. Andererseits sei aber, nicht zuletzt wegen Paragraph 11, TKG 2003, auch ein Interesse der beschwerdeführenden Partei evident, zumindest bei späterem Eigenbedarf die gegenständliche Infrastruktur wieder selbst benutzen zu können. Die Anordnung eines grundsätzlich längerfristigen Mitbenutzungsrechts mit zusätzlichen außerordentlichen Auflösungsmöglichkeiten, insbesondere bei nachgewiesenem Eigenbedarf, erscheine der belangten Behörde geeignet, diese Interessen weitestmöglich in Einklang zu bringen.

Eine ordentliche Kündigung, die an keine weiteren Bedingungen geknüpft sei als an das Einhalten einer Kündigungsfrist und eines - termins, sei erstmals nach 30 Jahren möglich. Diese Zeitspanne, die auch der der Ermittlung des angemessenen Entgelts zu Grunde liegenden wirtschaftlichen Nutzungsdauer entspreche, erscheine

der belangten Behörde als angemessen. Einerseits werde damit dem Vorbringen der mitbeteiligten Partei grundsätzlich Rechnung getragen, die zuletzt eine Anordnungsdauer von zumindest 30 Jahren gefordert habe. Andererseits sei mit der zusätzlich angeordneten Regelung, nach der bei Eigenbedarf auch vor Anlauf dieser Zeitspanne außerordentlich gekündigt werden könne, auch dem Interesse der beschwerdeführenden Partei entsprochen worden.

Auch dieses außerordentliche Kündigungsrecht nach Punkt 13.2.2 beruhe auf § 11 TKG 2003, betreffe aber im Unterschied zu Punkt 8 des Anordnungstextes die Situation, dass eine Verfügung der beschwerdeführenden Partei über ihre Liegenschaften oder Anlagen zwingend die Entfernung der eingebrachten Einrichtungen erfordere. Die Parteien des Verwaltungsverfahrens hätten auch in diesem Fall unmittelbar nach Ausspruch der Kündigung mit Verhandlungen über die genauen Umstände der Beendigung und Abwicklung des Mitbenutzungsverhältnisses zu beginnen. Da auch die Modalitäten bei bzw. nach Beendigung des Mitbenutzungsrechts - wie zB die Frage der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes - eine "Vereinbarung über das Mitbenutzungsrecht" iSd § 9 TKG 2003 betreffen, bestehe auch diesbezüglich (unter den normalen verfahrensrechtlichen Bedingungen) die Möglichkeit, die Entscheidung der belangten Behörde nach § 9 TKG 2003 zu beantragen. Auch dieses außerordentliche Kündigungsrecht nach Punkt 13.2.2 beruhe auf Paragraph 11, TKG 2003, betreffe aber im Unterschied zu Punkt 8 des Anordnungstextes die Situation, dass eine Verfügung der beschwerdeführenden Partei über ihre Liegenschaften oder Anlagen zwingend die Entfernung der eingebrachten Einrichtungen erfordere. Die Parteien des Verwaltungsverfahrens hätten auch in diesem Fall unmittelbar nach Ausspruch der Kündigung mit Verhandlungen über die genauen Umstände der Beendigung und Abwicklung des Mitbenutzungsverhältnisses zu beginnen. Da auch die Modalitäten bei bzw. nach Beendigung des Mitbenutzungsrechts - wie zB die Frage der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes - eine "Vereinbarung über das Mitbenutzungsrecht" iSd Paragraph 9, TKG 2003 betreffen, bestehe auch diesbezüglich (unter den normalen verfahrensrechtlichen Bedingungen) die Möglichkeit, die Entscheidung der belangten Behörde nach Paragraph 9, TKG 2003 zu beantragen.

Gegen Spruchpunkt A dieses Bescheides richtet sich die vorliegende, Rechtswidrigkeit infolge Unzuständigkeit der belangten Behörde, Rechtswidrigkeit des Inhalts sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde mit dem Antrag, ihn kostenpflichtig aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete - ebenso wie die mitbeteiligte Partei - eine Gegenschrift mit dem Antrag auf kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Mit dem angefochtenen Bescheid wurde von der belangten Behörde gemäß § 9 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003) eine Anordnung über die Mitbenutzung von Leerverrohrungen der beschwerdeführenden Partei (eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens) durch die mitbeteiligte Partei (einer Betreiberin elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste) getroffen. 1. Mit dem angefochtenen Bescheid wurde von der belangten Behörde gemäß Paragraph 9, Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003) eine Anordnung über die Mitbenutzung von Leerverrohrungen der beschwerdeführenden Partei (eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens) durch die mitbeteiligte Partei (einer Betreiberin elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste) getroffen.

§§ 8, 9 und 11 TKG 2003 in der im Beschwerdefall maßgebenden Fassung BGBl I Nr 65/2009 lauten - soweit für den Beschwerdefall von Bedeutung - wie folgt: Paragraphen 8, 9 und 11 TKG 2003 in der im Beschwerdefall maßgebenden Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 65 aus 2009, lauten - soweit für den Beschwerdefall von Bedeutung - wie folgt:

"Mitbenutzungsrechte

§ 8. (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. Paragraph 8, (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.

1. (1a) Absatz eins a, Unter den Voraussetzungen der wirtschaftlichen Zumutbarkeit und der technischen Vertretbarkeit hat auch ein Inhaber von Kabelschächten, Rohren oder Teilen davon die Mitbenutzung für Kommunikationslinien zu gestatten.
2. (1b) Absatz eins b, 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. Bei Ausübung der Rechte nach Absatz eins und Absatz eins a, sind die Nutzung bestehender Einrichtungen sowie künftige technische Entwicklungen, welche die vorläufige Freihaltung von Leitungs-, Verrohrungs- und Schachtkapazitäten erfordern, zu berücksichtigen.
3. (2) Absatz 2, (...)
4. (3) Absatz 3, Befindet sich auf einem Grundstück eine Einrichtung, deren Eigentümer oder sonst Nutzungsberechtigter gemäß Abs. 1, 1a oder 2 verpflichtet ist, Mitbenutzung zu gestatten, ist auch diese Mitbenutzung vom Eigentümer oder sonst Nutzungsberechtigten des Grundstücks zu dulden, wenn dadurch die widmungsgemäße Verwendung des Grundstückes nicht dauerhaft zusätzlich eingeschränkt wird. Falls durch diese zusätzliche Mitbenutzung eine vermehrte physische Beanspruchung des Grundstückes nicht zweifelsfrei ausgeschlossen werden kann, hat der Eigentümer oder Nutzungsberechtigte des Grundstückes ein Zustimmungsrecht. Befindet sich auf einem Grundstück eine Einrichtung, deren Eigentümer oder sonst Nutzungsberechtigter gemäß Absatz eins, 1a oder 2 verpflichtet ist, Mitbenutzung zu gestatten, ist auch diese Mitbenutzung vom Eigentümer oder sonst Nutzungsberechtigten des Grundstücks zu dulden, wenn dadurch die widmungsgemäße Verwendung des Grundstückes nicht dauerhaft zusätzlich eingeschränkt wird. Falls durch diese zusätzliche Mitbenutzung eine vermehrte physische Beanspruchung des Grundstückes nicht zweifelsfrei ausgeschlossen werden kann, hat der Eigentümer oder Nutzungsberechtigte des Grundstückes ein Zustimmungsrecht.
5. (4) Absatz 4, Dem durch ein Mitbenutzungsrecht Belasteten ist eine angemessene geldwerte Abgeltung zu leisten. Dabei sind jedenfalls die Kosten für die Errichtung der mitbenutzten Anlage, einschließlich der Kosten der Akquisition, die laufenden Betriebskosten und die mit der Mitbenutzung verbundenen sonstigen Kosten sowie die Marktüblichkeit von Entgelten angemessen zu berücksichtigen.
6. (5) Absatz 5, (...)

Verfahren zur Einräumung von Mitbenutzungsrechten

§ 9. (1) Jeder gemäß § 8 Abs. 1 und 1a Verpflichtete muss Bereitstellern eines Kommunikationsnetzes auf Nachfrage ein Angebot zur Mitbenutzung abgeben. Jeder gemäß § 8 Abs. 2 Verpflichtete muss Bereitstellern eines öffentlichen Kommunikationsnetzes sowie Feuerwehren, Rettungsdiensten sowie Sicherheitsbehörden auf Nachfrage ein Angebot zur Mitbenutzung abgeben. Alle Beteiligten haben hiebei das Ziel anzustreben, Mitbenutzung zu ermöglichen und zu erleichtern. Paragraph 9, (1) Jeder gemäß Paragraph 8, Absatz eins und eins a Verpflichtete muss Bereitstellern eines Kommunikationsnetzes auf Nachfrage ein Angebot zur Mitbenutzung abgeben. Jeder gemäß Paragraph 8, Absatz 2, Verpflichtete muss Bereitstellern eines öffentlichen Kommunikationsnetzes sowie Feuerwehren, Rettungsdiensten sowie Sicherheitsbehörden auf Nachfrage ein Angebot zur Mitbenutzung abgeben. Alle Beteiligten haben hiebei das Ziel anzustreben, Mitbenutzung zu ermöglichen und zu erleichtern.

7. (2) Absatz 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.
8. (3) Absatz 3, (...)

9. (4) Absatz 4, (...)

"Verfügungsrecht der Belasteten

§ 11. (1) Durch die Rechte nach §§ 5, 7 und 8 werden die Belasteten in der freien Verfügung über ihre Liegenschaften und Anlagen (Veränderung, Verbauung, Einbauten oder andere Maßnahmen, die die Inanspruchnahme der Liegenschaft oder Anlagen nach §§ 5, 7 oder 8 unzulässig erscheinen lassen) nicht behindert. Erfordert eine solche Verfügung die Entfernung oder Änderung einer Anlage des Berechtigten oder kann eine solche dadurch beschädigt werden, so hat der Belastete den Berechtigten in angemessener Frist vor Beginn der Arbeiten hiervon zu verständigen. Der Berechtigte hat rechtzeitig die erforderlichen Vorkehrungen, gegebenenfalls auch die Entfernung oder Verlegung seiner Anlage auf eigene Kosten durchzuführen; bei Berechtigungen nach § 5 Abs. 3 kann der Berechtigte dem Belasteten einen Alternativvorschlag unterbreiten. Die Beteiligten haben auf eine kostengünstige Lösung hinzuwirken.

Paragraph 11, (1) Durch die Rechte nach Paragraphen 5, 7, und 8 werden die Belasteten in der freien Verfügung über ihre Liegenschaften und Anlagen (Veränderung, Verbauung, Einbauten oder andere Maßnahmen, die die Inanspruchnahme der Liegenschaft oder Anlagen nach Paragraphen 5, 7, oder 8 unzulässig erscheinen lassen) nicht behindert. Erfordert eine solche Verfügung die Entfernung oder Änderung einer Anlage des Berechtigten oder kann eine solche dadurch beschädigt werden, so hat der Belastete den Berechtigten in angemessener Frist vor Beginn der Arbeiten hiervon zu verständigen. Der Berechtigte hat rechtzeitig die erforderlichen Vorkehrungen, gegebenenfalls auch die Entfernung oder Verlegung seiner Anlage auf eigene Kosten durchzuführen; bei Berechtigungen nach Paragraph 5, Absatz 3, kann der Berechtigte dem Belasteten einen Alternativvorschlag unterbreiten. Die Beteiligten haben auf eine kostengünstige Lösung hinzuwirken.

10. (2) Absatz 2, Wurde die Anzeige durch Verschulden des Anzeigepflichtigen nicht rechtzeitig erstattet und der Bestand oder Betrieb der Anlage durch die Maßnahmen des Anzeigepflichtigen geschädigt, so ist dieser zum Schadenersatz verpflichtet.

11. (3) Absatz 3, Der Belastete ist ferner zum Schadenersatz verpflichtet, wenn er vorsätzlich durch eine unrichtige Anzeige die Entfernung oder Verlegung einer Anlage herbeigeführt hat oder wenn der Berechtigte binnen zweier Wochen nach Empfang der Anzeige eine andere Ausführung der beabsichtigten Veränderung, bei der die Anlage ohne Beeinträchtigung des angestrebten Zweckes hätte unverändert bleiben können, unter Anbot der Übernahme allfälliger Mehrkosten, die dem Belasteten erwachsen wären, vorgeschlagen hat und der Belastete darauf ohne triftigen Grund nicht eingegangen ist."

Die mit der Novelle BGBl I Nr 65/2009 vorgenommenen Änderungen in diesen Bestimmungen - insbesondere wurde mit dieser Novelle § 8 Abs 1a TKG 2003 neu eingefügt und § 9 Abs 2 TKG 2003 substantiell geändert - gehen auf einen Initiativantrag zurück (652/A 24. GP, vgl auch den Ausschussbericht 212 BlgNR 24. GP), dessen vollständige Begründung wie folgt lautete: Die mit der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 65 aus 2009, vorgenommenen Änderungen in diesen Bestimmungen - insbesondere wurde mit dieser Novelle Paragraph 8, Absatz eins a, TKG 2003 neu eingefügt und Paragraph 9, Absatz 2, TKG 2003 substantiell geändert - gehen auf einen Initiativantrag zurück (652/A 24. GP, vergleiche , auch den Ausschussbericht 212 BlgNR 24. GP), dessen vollständige Begründung wie folgt lautete:

"Im Telekommunikationsbereich, insbesondere im Festnetzbereich, stehen nachhaltige technologische Änderungen an. Die bestehenden Kupfernetze sind am Ende ihres technischen und wirtschaftlichen Lebenszyklus angelangt und sind durch neue Glasfasernetze samt IP-Technologie zu ersetzen. Nur durch diese technologischen Änderungen wird es möglich sein, den sich absehbar entwickelnden Kommunikationsbedürfnissen zu entsprechen. Ein Ausbau dieser neuen Netze ist für die Attraktivität des Wirtschaftsstandortes Österreich von grundlegender Bedeutung. Ein rascher Ausbau in Zeiten der Wirtschaftskrise hat darüber hinaus stark beschäftigungsstimulierende Wirkung.

Um einerseits diesen volkswirtschaftlich so wichtigen Ausbau der Glasfasernetze zu forcieren und andererseits auch die dafür zur Verfügung stehenden Mittel bestmöglich nutzen zu können, sollen auch bestehende Infrastrukturen verwendet werden dürfen; dies betrifft insbesondere bereits verlegte 'inhouse-Verkabelungen' sowie leitungsgebundene Infrastrukturen außerhalb des Telekommunikationssektors, wie zB Kanäle, Verrohrungen und andere leitungsgebundene Anlagen.

Darüber hinaus sollen Verfahren zur Einräumung des Leitungs- und /oder Mitbenutzungsrechts gestrafft werden,

indem den involvierten Behörden jene Mechanismen in die Hand gegeben werden, die sie zu einer raschen und zügigen Verfahrensabwicklungen benötigen."

Die belangte Behörde stützte ihre Zuständigkeit zur Erlassung des angefochtenen Bescheides auf § 117 Z 1 TKG 2003, wonach der Telekom-Control-Kommission die Aufgaben der "Anordnung der Mitbenutzung im Streitfall gemäß § 9 Abs. 2" TKG 2003 zugewiesen ist. Die belangte Behörde stützte ihre Zuständigkeit zur Erlassung des angefochtenen Bescheides auf Paragraph 117, Ziffer eins, TKG 2003, wonach der Telekom-Control-Kommission die Aufgaben der "Anordnung der Mitbenutzung im Streitfall gemäß Paragraph 9, Absatz 2, TKG 2003 zugewiesen ist.

Diese Anordnung der Mitbenutzung im Streitfall, wie sie von der belangten Behörde mit dem angefochtenen Bescheid getroffen wurde, stellt - wie auch zwischen den Verfahrensparteien unstrittig ist - eine vertragsersetzende Regelung des Mitbenutzungsverhältnisses dar.

§ 121 Abs 2 und 3 TKG 2003 in der Fassung vor der TKG-Novelle BGBl I Nr 65/2009 lauteten: Paragraph 121, Absatz 2 und 3 TKG 2003 in der Fassung vor der TKG-Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 65 aus 2009, lauteten:

1. "(2) Absatz 2, Anträge betreffend § 117 Z 1, 2 und 7 sind an die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH zur Durchführung eines Streitschlichtungsverfahrens weiterzuleiten. Anträge betreffend Paragraph 117, Ziffer eins, 2 und 7 sind an die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH zur Durchführung eines Streitschlichtungsverfahrens weiterzuleiten.
2. (3) Absatz 3, Wird ein Antrag gemäß Abs. 2 an die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH weitergeleitet, ist ein Streitschlichtungsverfahren durchzuführen. Wird binnen sechs Wochen eine einvernehmliche Lösung herbeigeführt, ist das Verfahren bei der Telekom-Control-Kommission einzustellen, anderenfalls ist das Verfahren dort fortzuführen. Die Telekom-Control-Kommission entscheidet binnen vier Monaten ab Einlangen des Antrages. Diese Entscheidung ersetzt eine zu treffende Vereinbarung. Die Parteien des Streitschlichtungsverfahrens sind verpflichtet, an diesem Verfahren mitzuwirken und alle zur Beurteilung der Sachlage erforderlichen Auskünfte zu erteilen sowie erforderliche Unterlagen vorzulegen." Wird ein Antrag gemäß Absatz 2, an die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH weitergeleitet, ist ein Streitschlichtungsverfahren durchzuführen. Wird binnen sechs Wochen eine einvernehmliche Lösung herbeigeführt, ist das Verfahren bei der Telekom-Control-Kommission einzustellen, anderenfalls ist das Verfahren dort fortzuführen. Die Telekom-Control-Kommission entscheidet binnen vier Monaten ab Einlangen des Antrages. Diese Entscheidung ersetzt eine zu treffende Vereinbarung. Die Parteien des Streitschlichtungsverfahrens sind verpflichtet, an diesem Verfahren mitzuwirken und alle zur Beurteilung der Sachlage erforderlichen Auskünfte zu erteilen sowie erforderliche Unterlagen vorzulegen."

Aufgrund der TKG-Novelle BGBl I Nr 65/2009 entfiel in § 121 Abs 2 TKG 2003 die Zeichenfolge "1,", sodass nach dieser - im Beschwerdefall maßgeblichen - Rechtslage der Antrag der mitbeteiligten Partei nicht mehr zur Durchführung eines Streitschlichtungsverfahrens an die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH weiterzuleiten war und anstelle der bis dahin in § 121 Abs 3 TKG 2003 für Anträge nach § 117 Z 1, 2 und 7 TKG 2003 einheitlich festgelegten Entscheidungsfrist von vier Monaten die auf sechs Wochen verkürzte Entscheidungsfrist zur Anwendung kam. Diese Änderungen dienten - wie aus der oben zitierten Begründung des Initiativantrags zur Novelle BGBl I Nr 65/2009 hervorgeht - der Straffung des Verfahrens; es gibt keinen Anhaltspunkt in den Materialien dafür, dass damit auch davon abgegangen werden sollte, dass die Entscheidungen der belangten Behörde im Streitfall - auch über Anträge nach § 117 Z 1 TKG 2003 - in der Form vertragsersetzender Bescheide zu ergehen haben. Aufgrund der TKG-Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 65 aus 2009, entfiel in Paragraph 121, Absatz 2, TKG 2003 die Zeichenfolge "1,", sodass nach dieser - im Beschwerdefall maßgeblichen - Rechtslage der Antrag der mitbeteiligten Partei nicht mehr zur Durchführung eines Streitschlichtungsverfahrens an die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH weiterzuleiten war und anstelle der bis dahin in Paragraph 121, Absatz 3, TKG 2003 für Anträge nach Paragraph 117, Ziffer eins, 2 und 7 TKG 2003 einheitlich festgelegten Entscheidungsfrist von vier Monaten die auf sechs Wochen verkürzte Entscheidungsfrist zur Anwendung kam. Diese Änderungen dienten - wie aus der oben zitierten Begründung des Initiativantrags zur Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 65 aus 2009, hervorgeht - der Straffung des

Verfahrens; es gibt keinen Anhaltspunkt in den Materialien dafür, dass damit auch davon abgegangen werden sollte, dass die Entscheidungen der belangten Behörde im Streitfall - auch über Anträge nach Paragraph 117, Ziffer eins, TKG 2003 - in der Form vertragsersetzender Bescheide zu ergehen haben.

2. Die beschwerdeführende Partei macht in ihrer Beschwerde im Wesentlichen geltend, dass die von der belangten Behörde herangezogenen Bestimmungen des TKG 2003 auf sie als Eisenbahninfrastrukturunternehmen nicht anwendbar seien. Die Mitbenutzung von Eisenbahninfrastruktur werde nur durch das - als *lex specialis* anzusehende - Eisenbahngesetz 1957 (EisbG 1957) geregelt. Aus diesem Grunde sei die belangte Behörde auch nicht zur Erlassung der verfahrensgegenständlichen Mitbenutzungsanordnung zuständig gewesen. Schließlich wendet sich die Beschwerde auch gegen einzelne Inhalte der getroffenen Anordnung.

3.1. Die Beschwerde bestreitet die Anwendbarkeit der §§ 8 und 9 TKG 2003 auf die von der Mitbenutzungsanordnung erfassten Leerverrohrungen. Sie macht geltend, dass Leerverrohrungen der beschwerdeführenden Partei Schieneninfrastruktur im Sinne des § 10a EisbG 1957 sei. Anschluss- und Mitbenützungsrechte in Bezug auf Schieneninfrastruktur seien abschließend in den §§ 53a ff EisbG 1957 geregelt. Die Geltendmachung eines Anschluss- oder Mitbenützungsrechts nach diesen Bestimmungen stehe nur anderen Eisenbahnunternehmen zu. Da die mitbeteiligte Partei kein Eisenbahnunternehmen sei, könne sie sich nicht auf ein Mitbenützungsrecht nach dem EisbG 1957 stützen. 3.1. Die Beschwerde bestreitet die Anwendbarkeit der Paragraphen 8 und 9 TKG 2003 auf die von der Mitbenutzungsanordnung erfassten Leerverrohrungen. Sie macht geltend, dass Leerverrohrungen der beschwerdeführenden Partei Schieneninfrastruktur im Sinne des Paragraph 10 a, EisbG 1957 sei. Anschluss- und Mitbenützungsrechte in Bezug auf Schieneninfrastruktur seien abschließend in den Paragraphen 53 a, ff EisbG 1957 geregelt. Die Geltendmachung eines Anschluss- oder Mitbenützungsrechts nach diesen Bestimmungen stehe nur anderen Eisenbahnunternehmen zu. Da die mitbeteiligte Partei kein Eisenbahnunternehmen sei, könne sie sich nicht auf ein Mitbenützungsrecht nach dem EisbG 1957 stützen.

Zugangsrechte zur Schieneninfrastruktur seien darüber hinaus in den §§ 56ff EisbG 1957 abschließend geregelt. Die mitbeteiligte Partei sei auch kein Zugangsberechtigter im Sinne des § 57 EisbG 1957 und könne daher Zugangsrechte zu Leerverrohrungen als Schieneninfrastruktur nicht aus den §§ 56 ff EisbG 1957 ableiten. Zugangsrechte zur Schieneninfrastruktur seien darüber hinaus in den Paragraphen 56 f, f, EisbG 1957 abschließend geregelt. Die mitbeteiligte Partei sei auch kein Zugangsberechtigter im Sinne des Paragraph 57, EisbG 1957 und könne daher Zugangsrechte zu Leerverrohrungen als Schieneninfrastruktur nicht aus den Paragraphen 56, ff EisbG 1957 ableiten.

Der mitbeteiligten Partei stehe daher weder ein Anschluss- oder Mitbenützungsrecht nach §§ 53a ff EisbG 1957 noch ein Zugangsrecht bezüglich Schieneninfrastruktur nach §§ 56 ff EisbG 1957 zu. Der mitbeteiligten Partei stehe daher weder ein Anschluss- oder Mitbenützungsrecht nach Paragraphen 53 a, ff EisbG 1957 noch ein Zugangsrecht bezüglich Schieneninfrastruktur nach Paragraphen 56, ff EisbG 1957 zu.

3.2. Zu diesem Vorbringen ist zunächst festzuhalten, dass im Beschwerdefall ausschließlich die Rechtmäßigkeit der gemäß § 9 TKG 2003 getroffenen Anordnung der belangten Behörde über ein Mitbenützungsrecht nach § 8 Abs 1a TKG 2003 strittig ist. Weder hat die mitbeteiligte Partei ein auf Bestimmungen des EisbG 1957 gestütztes Mitbenützungs- oder Zugangsrecht behauptet, noch hatte die belangte Behörde über ein derartiges Mitbenützungs- oder Zugangsrecht zu entscheiden. 3.2. Zu diesem Vorbringen ist zunächst festzuhalten, dass im Beschwerdefall ausschließlich die Rechtmäßigkeit der gemäß Paragraph 9, TKG 2003 getroffenen Anordnung der belangten Behörde über ein Mitbenützungsrecht nach Paragraph 8, Absatz eins a, TKG 2003 strittig ist. Weder hat die mitbeteiligte Partei ein auf Bestimmungen des EisbG 1957 gestütztes Mitbenützungs- oder Zugangsrecht behauptet, noch hatte die belangte Behörde über ein derartiges Mitbenützungs- oder Zugangsrecht zu entscheiden.

3.3. Die beschwerdeführende Partei leitet aus den im EisbG 1957 enthaltenen Regelungen über die Verknüpfung von Schienenbahnen (§§ 53a bis 53f EisbG 1957) sowie über den Zugang zur Schieneninfrastruktur (§§ 56 ff EisbG 1957) jedoch ab, dass damit abschließende Regelungen über den Zugang zu Infrastruktur der beschwerdeführenden Partei getroffen worden wären, die gegenüber § 8 Abs 1a TKG 2003 jedenfalls als *lex specialis* anzusehen wären. 3.3. Die beschwerdeführende Partei leitet aus den im EisbG 1957 enthaltenen Regelungen über die Verknüpfung von Schienenbahnen (Paragraphen 53 a bis 53 f EisbG 1957) sowie über den Zugang zur Schieneninfrastruktur

(Paragraphen 56, ff EisbG 1957) jedoch ab, dass damit abschließende Regelungen über den Zugang zu Infrastruktur der beschwerdeführenden Partei getroffen worden wären, die gegenüber Paragraph 8, Absatz eins a, TKG 2003 jedenfalls als *lex specialis* anzusehen wären.

3.4. Zu prüfen ist daher, ob es die von der beschwerdeführenden Partei angesprochenen Bestimmungen des EisbG 1957 ausschließen, eine Verpflichtung der beschwerdeführenden Partei als Eisenbahninfrastrukturunternehmen zur Gestattung der Mitbenutzung ihrer Rohre bzw Kabelschächte nach § 8 Abs 1a TKG 2003 (unter den Voraussetzungen der wirtschaftlichen Zumutbarkeit und der technischen Vertretbarkeit) anzunehmen. Dazu sind zunächst die Regelungen des EisbG 1957 in Blick zu nehmen: 3.4. Zu prüfen ist daher, ob es die von der beschwerdeführenden Partei angesprochenen Bestimmungen des EisbG 1957 ausschließen, eine Verpflichtung der beschwerdeführenden Partei als Eisenbahninfrastrukturunternehmen zur Gestattung der Mitbenutzung ihrer Rohre bzw Kabelschächte nach Paragraph 8, Absatz eins a, TKG 2003 (unter den Voraussetzungen der wirtschaftlichen Zumutbarkeit und der technischen Vertretbarkeit) anzunehmen. Dazu sind zunächst die Regelungen des EisbG 1957 in Blick zu nehmen:

Gemäß § 53a Abs 1 EisbG 1957 hat ein Eisenbahnunternehmen für die Verknüpfung seiner Eisenbahn mit einer anderen den Anschluss oder die Mitbenützung seiner Schieneninfrastruktur sowie seiner für den Betrieb notwendigen Anlagen durch andere Eisenbahnunternehmen gegen angemessenen Kostenersatz und branchenübliches Entgelt diskriminierungsfrei einzuräumen. Gemäß § 53a Abs 2 EisbG 1957 hat ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen außerdem Unternehmen, die Schienenfahrzeuge erzeugen, die Mitbenützung der Schieneninfrastruktur für eine Erprobung von Schienenfahrzeugen gegen Kostenersatz einzuräumen. Gemäß Paragraph 53 a, Absatz eins, EisbG 1957 hat ein Eisenbahnunternehmen für die Verknüpfung seiner Eisenbahn mit einer anderen den Anschluss oder die Mitbenützung seiner Schieneninfrastruktur sowie seiner für den Betrieb notwendigen Anlagen durch andere Eisenbahnunternehmen gegen angemessenen Kostenersatz und branchenübliches Entgelt diskriminierungsfrei einzuräumen. Gemäß Paragraph 53 a, Absatz 2, EisbG 1957 hat ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen außerdem Unternehmen, die Schienenfahrzeuge erzeugen, die Mitbenützung der Schieneninfrastruktur für eine Erprobung von Schienenfahrzeugen gegen Kostenersatz einzuräumen.

Gemäß § 56 EisbG 1957 hat die Zuweisungsstelle Zugangsberechtigten den Zugang zur Schieneninfrastruktur der Haupt- und vernetzten Nebenbahnen durch Zuweisung von Zugtrassen diskriminierungsfrei einzuräumen. Zugangsberechtigt sind die in § 57 EisbG 1957 näher bestimmten Eisenbahn(verkehrs)unternehmen bzw Verbindungen von Eisenbahnverkehrsunternehmen ("internationale Gruppierungen"). Gemäß Paragraph 56, EisbG 1957 hat die Zuweisungsstelle Zugangsberechtigten den Zugang zur Schieneninfrastruktur der Haupt- und vernetzten Nebenbahnen durch Zuweisung von Zugtrassen diskriminierungsfrei einzuräumen. Zugangsberechtigt sind die in Paragraph 57, EisbG 1957 näher bestimmten Eisenbahn(verkehrs)unternehmen bzw Verbindungen von Eisenbahnverkehrsunternehmen ("internationale Gruppierungen").

Sowohl die Bestimmungen über Anschluss- und Mitbenützungsrechte als auch jene über den Zugang zur Schieneninfrastruktur im EisbG 1957 regeln damit Ansprüche anderer Eisenbahn(verkehrs)unternehmen (sowie einen Sonderfall im Hinblick auf Hersteller von Schienenfahrzeugen). Sie sind Ausdruck des öffentlichen Interesses am öffentlichen Verkehr (vgl Catharin/Gürtlich, Eisenbahngesetz (2007), S 401 zum Anspruch auf Anschluss und Mitbenützung) bzw dienen der Herstellung und Aufrechterhaltung von Wettbewerb auf dem Schienenverkehrsmarkt (vgl dazu näher § 54 EisbG 1957 als ausdrückliche gesetzliche Zweckbestimmung für den unter der Überschrift "Regulierung des Schienenverkehrsmarktes" stehenden 6. Teil des EisbG 1957). Sowohl die Bestimmungen über Anschluss- und Mitbenützungsrechte als auch jene über den Zugang zur Schieneninfrastruktur im EisbG 1957 regeln damit Ansprüche anderer Eisenbahn(verkehrs)unternehmen (sowie einen Sonderfall im Hinblick auf Hersteller von Schienenfahrzeugen). Sie sind Ausdruck des öffentlichen Interesses am öffentlichen Verkehr vergleiche , Catharin/Gürtlich, Eisenbahngesetz (2007), S 401 zum Anspruch auf Anschluss und Mitbenützung) bzw dienen der Herstellung und Aufrechterhaltung von Wettbewerb auf dem Schienenverkehrsmarkt vergleiche , dazu näher Paragraph 54, EisbG 1957 als ausdrückliche gesetzliche Zweckbestimmung für den unter der Überschrift "Regulierung des Schienenverkehrsmarktes" stehenden 6. Teil des EisbG 1957).

Beide von der beschwerdeführenden Partei angesprochenen Regelungskreise im EisbG 1957 beschränken sich somit - abgesehen vom Sonderfall des Herstellers von Schienenfahrzeugen - auf die Regelung des Verhältnisses von Eisenbahn(verkehrs)unternehmen zueinander. Dass damit Regelungen getroffen werden sollten, die eine in einer

später erlassenen Rechtsvorschrift (TKG 2003 in der Fassung BGBl I Nr 65/2009) vorgesehene Verpflichtung zur Gestattung der Mitbenutzung von Rohren und Kabelschächten durch Anbieter elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste ausschließen würden, lässt sich weder aus der Gesetzessystematik noch aus einzelnen konkreten Bestimmungen des EisbG 1957 - solche wurden von der beschwerdeführenden Partei auch in der Beschwerde nicht angeführt - ableiten. Beide von der beschwerdeführenden Partei angesprochenen Regelungskreise im EisbG 1957 beschränken sich somit - abgesehen vom Sonderfall des Herstellers von Schienenfahrzeugen - auf die Regelung des Verhältnisses von Eisenbahn(verkehrs)unternehmen zueinander. Dass damit Regelungen getroffen werden sollten, die eine in einer später erlassenen Rechtsvorschrift (TKG 2003 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 65 aus 2009,) vorgesehene Verpflichtung zur Gestattung der Mitbenutzung von Rohren und Kabelschächten durch Anbieter elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste ausschließen würden, lässt sich weder aus der Gesetzessystematik noch aus einzelnen konkreten Bestimmungen des EisbG 1957 - solche wurden von der beschwerdeführenden Partei auch in der Beschwerde nicht angeführt - ableiten.

3.5. Die beschwerdeführende Partei begründet ihre Ansicht, das EisbG 1957 sei als *lex specialis* gegenüber der Bestimmung des § 8 Abs 1a TKG 2003 anzusehen, auch damit, dass nach dem EisbG 1957 - anders als nach Rechtsvorschriften für andere Infrastrukturbereiche wie etwa dem EIWOG oder dem Starkstromwegegesetz - die Bestimmungen betreffend Anschluss- und Mitbenützungsrechte sowie Zugangsrechte "ausdrücklich auch Leerverrohrungen" erfassen würden. 3.5. Die beschwerdeführende Partei begründet ihre Ansicht, das EisbG 1957 sei als *lex specialis* gegenüber der Bestimmung des Paragraph 8, Absatz eins a, TKG 2003 anzusehen, auch damit, dass nach dem EisbG 1957 - anders als nach Rechtsvorschriften für andere Infrastrukturbereiche wie etwa dem EIWOG oder dem Starkstromwegegesetz - die Bestimmungen betreffend Anschluss- und Mitbenützungsrechte sowie Zugangsrechte "ausdrücklich auch Leerverrohrungen" erfassen würden.

Schon diese Prämisse, dass (jegliche) Leerverrohrung der beschwerdeführenden Partei als Schieneninfrastruktur (und daher von den Anschluss- und Mitbenützungsrechten sowie Zugangsrechten nach dem EisbG 1957 erfasst) zu beurteilen wäre, trifft jedoch nicht zu. Der Begriff der Schieneninfrastruktur ist in § 10a EisbG 1957 geregelt; diese Bestimmung lautet in der hier maßgeblichen Fassung BGBl I Nr 125/2006 wie folgt: Schon diese Prämisse, dass (jegliche) Leerverrohrung der beschwerdeführenden Partei als Schieneninfrastruktur (und daher von den Anschluss- und Mitbenützungsrechten sowie Zugangsrechten nach dem EisbG 1957 erfasst) zu beurteilen wäre, trifft jedoch nicht zu. Der Begriff der Schieneninfrastruktur ist in Paragraph 10 a, EisbG 1957 geregelt; diese Bestimmung lautet in der hier maßgeblichen Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 125 aus 2006, wie folgt:

"Schieneninfrastruktur

§ 10a. Schieneninfrastruktur umfasst den in Anlage 1 Teil A der Verordnung (EWG) Nr. 2598/70 der Kommission vom 18. Dezember 1970 zur Festlegung des Inhaltes der verschiedenen Positionen der Verbuchungsschemata des Anhanges I der Verordnung (EWG) Nr. 1108/70, ABl. Nr. L 278 vom 23.12.1970 S 1, definierten Umfang." Paragraph 10 a, Schieneninfrastruktur umfasst den in Anlage 1 Teil A der Verordnung (EWG) Nr. 2598/70 der Kommission vom 18. Dezember 1970 zur Festlegung des Inhaltes der verschiedenen Positionen der Verbuchungsschemata des Anhanges römisch eins der Verordnung (EWG) Nr. 1108/70, ABl. Nr. L 278 vom 23.12.1970 S 1, definierten Umfang."

Die darin zitierte Anlage 1 Teil A der Verordnung (EWG) Nr 2598/70 lautet wörtlich:

"Die Verkehrswege der Eisenbahn umfassen folgende Anlagen, sofern diese zu den Haupt- und Dienstgleisen gehören, ausgenommen Gleise innerhalb der Ausbesserungswerke, Bahnbetriebswerke oder Lokomotivschuppen sowie private Gleisanschlüsse:

- -Strichaufzählung
Grundstücke;
- -Strichaufzählung
Bahnkörper und Planum, insbesondere Dämme, Einschnitte, Dränagen und Entwässerungsgräben, Öffnungen geringer Lichtweite, Futtermauern und Anpflanzungen zum Schutz der Böschungen usw.;

Personenbahnsteige und Laderampen;

Seitenstreifen und Seitenwege;

Einfriedungsmauern, Hecken, Zäune;

Feuerschutzstreifen;

Heizanlagen für Weichen;

Schneezäune;

- -Strichaufzählung

Kunstbauten:

Brücken, Durchlässe und sonstige Bahnüberführungen, Tunnels, überdeckte Einschnitte und sonstige

Bahnunterführungen;

Stützmauern und Schutzbauten gegen Lawinen, Steinschlag usw.;

- -Strichaufzählung

Schienengleiche Übergänge einschließlich der zur Sicherung des Strassenverkehrs erforderlichen Anlagen;

- -Strichaufzählung

Oberbau:

Schienen, Rillenschienen und Leitschienen;

Schwellen und Langschwellen, Kleineisen zur Schienenverbindung;

Bettung einschließlich Kies und Sand;

Weichen und Gleiskreuzungen;

Drehscheiben und Schiebebühnen (ausgenommen diejenigen, die nur den Triebfahrzeugen dienen);

- -Strichaufzählung

Strassenanlagen auf Bahnhofsvorplätzen und in Güterbahnhöfen, einschließlich der Zufahrtsstrassen;

- -Strichaufzählung

Sicherungs-, Signal- und Fernmeldeanlagen auf freier Strecke, auf Bahnhöfen und Rangierbahnhöfen, einschließlich der Anlagen zur Erzeugung, Umwandlung und Verteilung von elektrischem Strom für das Signalwesen und die Fernmeldeanlagen;

die zu den vorgenannten Anlagen gehörenden Gebäude;

Gleisbremsen;

- -Strichaufzählung

Beleuchtungsanlagen für den Ablauf und die Sicherung des Verkehrs;

- -Strichaufzählung

Anlagen zur Umwandlung und Zuleitung von Strom für die elektrische Zugförderung;

Unterwerke, Stromversorgungsleitungen zwischen Unterwerk und Fahrdrabt, Fahrleitungen mit Masten, dritte Schiene mit Tragestützen;

- -Strichaufzählung

Dienstgebäude des Wegedienstes einschließlich des Teils, der auf die Einrichtungen zur Erhebung der Beförderungspreise entfällt. "

Nach den vorgelegten Akten des Verwaltungsverfahrens sowie den im angefochtenen Bescheid enthaltenen Plänen ist nicht erkennbar, dass die konkret von der Mitbenutzungsanordnung erfassten Rohre bzw Kabelschächte, die zwischen zwei Unternehmensstandorten der beschwerdeführenden Partei (bzw konzernverbundener Unternehmen) nicht entlang von Gleisen, sondern entlang von Straßen bzw in Kellern geführt werden, "zu den Haupt- und Dienstgleisen gehören" würden und daher allenfalls zur Schieneninfrastruktur zählen könnten. Ein Zusammenhang mit dem Fahrweg der Eisenbahnen, wie er nach der gesetzlichen Definition der Schieneninfrastruktur in § 10a EisbG 1957 erforderlich wäre, ist nicht erkennbar. Nach den vorgelegten Akten des Verwaltungsverfahrens sowie den im angefochtenen Bescheid enthaltenen Plänen ist nicht erkennbar, dass die konkret von der Mitbenutzungsanordnung erfassten Rohre bzw Kabelschächte, die zwischen zwei Unternehmensstandorten der beschwerdeführenden Partei (bzw konzernverbundener Unternehmen) nicht entlang von Gleisen, sondern entlang von Straßen bzw in Kellern geführt werden, "zu den Haupt- und Dienstgleisen gehören" würden und daher allenfalls zur Schieneninfrastruktur zählen könnten. Ein Zusammenhang mit dem Fahrweg der Eisenbahnen, wie er nach der gesetzlichen Definition der Schieneninfrastruktur in Paragraph 10 a, EisbG 1957 erforderlich wäre, ist nicht erkennbar.

Aber auch davon abgesehen vermag der Umstand, dass die nach dem EisbG 1957 bestehenden Anschluss-, Mitbenützungs- und Zugangsrechte allenfalls weiter reichen mögen als Zugangsrechte im Bereich des Energieregulierungsrechts, angesichts der ausdrücklich auf den Wettbewerb auf dem Schienenverkehrsmarkt gerichteten Zielsetzung dieser Rechte nach dem EisbG 1957 nicht zu begründen, dass damit die Einräumung von

Mitbenutzungsrechten mit anderer, vom Gesetzgeber vorgesehener Zielsetzung (hier: Förderung des Ausbaus von Kommunikationslinien) zugunsten von Unternehmen außerhalb des Schienenverkehrsmarkts (hier: Anbieter elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste), wie sie § 8 Abs 1a TKG 2003 vorsieht, ausgeschlossen sein sollte. Aber auch davon abgesehen vermag der Umstand, dass die nach dem EisbG 1957 bestehenden Anschluss-, Mitbenützungs- und Zugangsrechte allenfalls weiter reichen mögen als Zugangsrechte im Bereich des Energieregulierungsrechts, angesichts der ausdrücklich auf den Wettbewerb auf dem Schienenverkehrsmarkt gerichteten Zielsetzung dieser Rechte nach dem EisbG 1957 nicht zu begründen, dass damit die Einräumung von Mitbenutzungsrechten mit anderer, vom Gesetzgeber vorgesehener Zielsetzung (hier: Förderung des Ausbaus von Kommunikationslinien) zugunsten von Unternehmen außerhalb des Schienenverkehrsmarkts (hier: Anbieter elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste), wie sie Paragraph 8, Absatz eins a, TKG 2003 vorsieht, ausgeschlossen sein sollte.

3.6. Auch das Vorbringen der beschwerdeführenden Partei, aus § 13 Abs 5 TKG 2003 - wonach zur Enteignung von Liegenschaften, die dem öffentlichen Eisenbahnverkehr dienen, die Zustimmung der Eisenbahnbehörde erforderlich ist - sei auf den "Vorrang und die Spezialität des Eisenbahngesetzes" zu schließen, vermag nicht zu überzeugen. Gerade die (grundsätzliche) Zulässigkeit der Enteignung auch von Eisenbahngrundstücken zeigt vielmehr auf, dass die Regelungen zu Leitungs- und Wegerechten im TKG 2003 auch auf Eisenbahnunternehmen Anwendung finden, wobei für den besonders weitreichenden Eigentumseingriff der Enteignung (anders als bei der Einräumung von bloßen Leitungsrechten) auch die Zustimmung der Eisenbahnbehörde einzuholen ist.

3.6. Auch das Vorbringen der beschwerdeführenden Partei, aus Paragraph 13, Absatz 5, TKG 2003 - wonach zur Enteignung von Liegenschaften, die dem öffentlichen Eisenbahnverkehr dienen, die Zustimmung der Eisenbahnbehörde erforderlich ist - sei auf den "Vorrang und die Spezialität des Eisenbahngesetzes" zu schließen, vermag nicht zu überzeugen. Gerade die (grundsätzliche) Zulässigkeit der Enteignung auch von Eisenbahngrundstücken zeigt vielmehr auf, dass die Regelungen zu Leitungs- und Wegerechten im TKG 2003 auch auf Eisenbahnunternehmen Anwendung finden, wobei für den besonders weitreichenden Eigentumseingriff der Enteignung (anders als bei der Einräumung von bloßen Leitungsrechten) auch die Zustimmung der Eisenbahnbehörde einzuholen ist.

3.7. Die beschwerdeführende Partei meint weiters, aus der - oben wiedergegebenen - Begründung des Initiativantrags zur TKG-Novelle BGBl I Nr 65/2009 (mit der § 8 Abs 1a TKG 2003 eingeführt wurde) könne interpretativ nicht auf das Verhältnis der Bestimmungen des EisbG 1957 gegenüber jenen der §§ 8 und 9 TKG 2003 geschlossen werden. Die Begründung des Initiativantrages bringe nur zum Ausdruck, dass das Verhältnis der Gesetzesänderung betreffend Mitbenutzungs- und Leitungsrechte im TKG 2003 zu den eisenbahnrechtlichen Bestimmungen nicht bedacht worden sei.

3.7. Die beschwerdeführende Partei meint weiters, aus der - oben wiedergegebenen - Begründung des Initiativantrags zur TKG-Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 65 aus 2009, (mit der Paragraph 8, Absatz eins a, TKG 2003 eingeführt wurde) könne interpretativ nicht auf das Verhältnis der Bestimmungen des EisbG 1957 gegenüber jenen der Paragraphen 8 und 9 TKG 2003 geschlossen werden. Die Begründung des Initiativantrages bringe nur zum Ausdruck, dass das Verhältnis der Gesetzesänderung betreffend Mitbenutzungs- und Leitungsrechte im TKG 2003 zu den eisenbahnrechtlichen Bestimmungen nicht bedacht worden sei.

Auch damit zeigt die Beschwerde keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf. Die Novellierung sollte, wie sich aus der Begründung des Initiativantrags ergibt, den Ausbau der Glasfasernetze forcieren, wozu auch "bestehende Infrastrukturen" genutzt werden sollten; ausdrücklich wurde dabei auf "leitungsgebundene Infrastrukturen außerhalb des Telekommunikationssektors" abgestellt, die bloß beispielhaft ("zB") aufgezählt wurden. Diese Motive - die auch in der Plenardebatte im Nationalrat zum Ausdruck kamen (vgl etwa Abg Mayer: "endlich ist auch Schluss mit dem unsinnigen Grabungswahnsinn!"; StProtNR 24. GP, 27. Sitzung, S. 90) - stehen in Einklang mit der schließlich Gesetz gewordenen Regelung, die (jeden) "Inhaber von Kabelschächten, Rohren oder Teilen davon" verpflichtet, unter den Voraussetzungen der wirtschaftlichen Zumutbarkeit und der technischen Vertretbarkeit die Mitbenutzung für Kommunikationslinien zu gestatten. Für einen Ausschluss von Eisenbahnunternehmen von dieser Verpflichtung bietet das Gesetz keinen Anhaltspunkt. Auch damit zeigt die Beschwerde keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf. Die Novellierung sollte, wie sich aus der Begründung des Initiativantrags ergibt, den Ausbau der Glasfasernetze forcieren, wozu auch "bestehende Infrastrukturen" genutzt werden sollten; ausdrücklich wurde dabei auf "leitungsgebundene Infrastrukturen außerhalb des Telekommunikationssektors" abgestellt, die bloß beispielhaft ("zB") aufgezählt wurden. Diese Motive - die auch in der Plenardebatte im Nationalrat zum Ausdruck kamen vergleiche , etwa Abg Mayer: "endlich ist auch Schluss mit dem unsinnigen Grabungswahnsinn!";

StProtNR 24. GP, 27. Sitzung, S. 90) - stehen in Einklang mit der schließlich Gesetz gewordenen Regelung, die (jeden) "Inhaber von Kabelschächten, Rohren oder Teilen davon" verpflichtet, unter den Voraussetzungen der wirtschaftlichen Zumutbarkeit und der technischen Vertretbarkeit die Mitbenutzung für Kommunikationslinien zu gestatten. Für einen Ausschluss von Eisenbahnunternehmen von dieser Verpflichtung bietet das Gesetz keinen Anhaltspunkt.

3.8. Auch die beschwerdeführende Partei muss im Ergebnis einräumen, dass der Gesetzeswortlaut ihren Standpunkt, wonach sie nicht zur Gestattung der Mitbenutzung nach § 8 Abs 1a TKG 2003 verpflichtet werden könne, nicht zu stützen vermag. Sie meint aber, die belangte Behörde hätte die Bestimmung des § 8 TKG 2003 teleologisch reduzieren müssen und auf die verfahrensgegenständlichen Rohre bzw Schächte nicht anwenden dürfen. Außer durch einen allgemeinen Hinweis auf eine "besondere Sicherheitsrelevanz im Eisenbahnrecht" wird diese Ansicht jedoch nicht näher begründet; wörtlich heißt es dazu in der Beschwerde: 3.8. Auch die beschwerdeführende Partei muss im Ergebnis einräumen, dass der Gesetzeswortlaut ihren Standpunkt, wonach sie nicht zur Gestattung der Mitbenutzung nach Paragraph 8, Absatz eins a, TKG 2003 verpflichtet werden könne, nicht zu stützen vermag. Sie meint aber, die belangte Behörde hätte die Bestimmung des Paragraph 8, TKG 2003 teleologisch reduzieren müssen und auf die verfahrensgegenständlichen Rohre bzw Schächte nicht anwenden dürfen. Außer durch einen allgemeinen Hinweis auf eine "besondere Sicherheitsrelevanz im Eisenbahnrecht" wird diese Ansicht jedoch nicht näher begründet; wörtlich heißt es dazu in der Beschwerde:

"Die Bestimmungen des § 8ff TKG 2003 sind daher teleologisch dahingehend zu reduzieren, dass sie auf die antragsgegenständlichen Leerverrohrungen der Antragsgegnerin nicht anzuwenden sind, weil die telekommunikationsrechtlichen Bestimmungen auf die leitungsgebundene Infrastruktur der Beschwerdeführerin - und sohin auf die antragsgegenständlichen Leerverrohrungen - nicht anwendbar ist.""Die Bestimmungen des Paragraph 8 f, f, TKG 2003 sind daher teleologisch dahingehend zu reduzieren, dass sie auf die antragsgegenständlichen Leerverrohrungen der Antragsgegnerin nicht anzuwenden sind, weil die telekommunikationsrechtlichen Bestimmungen auf die leitungsgebundene Infrastruktur der Beschwerdeführerin - und sohin auf die antragsgegenständlichen Leerverrohrungen - nicht anwendbar ist."

Dieses Vorbringen lässt nicht erkennen, weshalb der Zweck des EisbG 1957 oder der hier angewandten Bestimmungen des TKG 2003 es gebieten würde, gegen den Gesetzeswortlaut eine Einschränkung der Verpflichtung zur Gestattung der Mitbenutzung vorzunehmen. Im Gegenteil zeigt die Begründung des oben zitierten Initiativantrags vielmehr, dass zur Forcierung des Ausbaus andere leitungsgebundene Infrastrukturen - außerhalb des Telekommunikationssektors - geöffnet werden sollten.

3.9. Zum Anwendungsbereich der §§ 8 und 9 TKG 2003 ist daher zusammenfassend festzuhalten, dass auch Eisenbahnunternehmen als Adressaten der Pflicht zur Gestattung der Mitbenutzung nach § 8 Abs 1a TKG 2003 in Betracht kommen, soweit sie Inhaber von Kabelschächten, Rohren oder Teilen davon sind, selbst wenn es sich dabei um Schieneninfrastruktur im Sinne des § 10a EisbG 1957 handeln sollte. 3.9. Zum Anwendungsbereich der Paragraphen 8 und 9 TKG 2003 ist daher zusammenfassend festzuhalten, dass auch Eisenbahnunternehmen als Adressaten der Pflicht zur Gestattung der Mitbenutzung nach Paragraph 8, Absatz eins a, TKG 2003 in Betracht kommen, soweit sie Inhaber von Kabelschächten, Rohren oder Teilen davon sind, selbst wenn es sich dabei um Schieneninfrastruktur im Sinne des Paragraph 10 a, EisbG 1957 handeln sollte.

4. Die beschwerdeführende Partei macht geltend, die belangte Behörde hätte gemäß § 11 EisbG 1957 eine Entscheidung der Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie zur "Vorfrage der Eisenbahnanlage" einholen müssen. Im gegenständlichen Fall sei die Vorfrage entscheidend, "ob die nachgefragten Leerverrohrungen als Eisenbahnanlage bzw. Schieneninfrastruktur im Sinne besonderer Eisenbahnanlagen zu qualifizieren" seien, auf die ausschließlich die eisenbahnrechtlichen Mitbenützungs- und Zugangsbestimmungen Anwendung fänden. 4. Die beschwerdeführende Partei macht geltend, die belangte Behörde hätte gemäß Paragraph 11, EisbG 1957 eine Entscheidung der Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie zur "Vorfrage der Eisenbahnanlage" einholen müssen. Im gegenständlichen Fall sei die Vorfrage entscheidend, "ob die nachgefragten Leerverrohrungen als Eisenbahnanlage bzw. Schieneninfrastruktur im Sinne besonderer Eisenbahnanlagen zu qualifizieren" seien, auf die ausschließlich die eisenbahnrechtlichen Mitbenützungs- und Zugangsbestimmungen Anwendung fänden.

§ 11 EisbG 1957 lautet: Paragraph 11, EisbG 1957 lautet:

"Entscheidung über Vorfragen

§ 11. Ist die Entscheidung eines Gerichtes oder einer Verwaltungsbehörde von der Klärung der Vorfrage abhängig, Paragraph 11, Ist die Entscheidung eines Gerichtes oder einer Verwaltungsbehörde von der Klärung der Vorfrage abhängig,

1. a) Litera a

ob eine Beförderungseinrichtung als Eisenbahn (§ 1) oder ob eine Beförderungseinrichtung als Eisenbahn (Paragraph eins,) oder

2. b) Litera b

als welche der im § 1 angeführten Eisenbahnen eine Eisenbahn oder als welche der im Paragraph eins, angeführten Eisenbahnen eine Eisenbahn oder

c) ob ein Verkehr als Werksverkehr (§ 17b Abs. 2) oder beschränkt-öffentlicher Verkehr (§ 17b Abs. 3) oder

ob ein Verkehr als Werksverkehr (Paragraph 17 b, Absatz 2,) oder beschränkt-öffentlicher Verkehr (Paragraph 17 b, Absatz 3,) oder

1. d) Litera d

ob eine Anlage als Eisenbahnanlage (§ 10) zu gelten hat oder ob eine Anlage als Eisenbahnanlage (Paragraph 10,) zu gelten hat oder

2. e) Litera e

ob eine erhebliche Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Benützung eines Grundes oder Gebäudes im Sinne des § 18c erfolgen würde, ob eine erhebliche Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Benützung eines Grundes oder Gebäudes im Sinne des Paragraph 18 c, erfolgen würde,

so ist vorher die Entscheidung des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie einzuholen."

Entgegen der Ansicht der beschwerdeführenden Partei handelt es sich bei der Frage, ob es sich bei den von der Mitbenutzungsanordnung erfassten Rohren bzw Kabelschächten um Eisenbahnanlagen handelt, um keine Vorfrage für die belangte Behörde im Verfahren nach § 8 Abs 1a iVm § 9 Abs 2 TKG 2003, da nach diesen Bestimmungen die Entscheidung, ob die Mitbenutzung von Rohren bzw Kabelschächten zu gestatten ist, nicht davon abhängt, ob es sich dabei um Eisenbahnanlagen im Sinne des § 10 EisbG 1957 handelt (im Übrigen ist der Begriff der Eisenbahnanlagen auch nicht deckungsgleich mit dem für die Anschluss-, Mitbenützungs- und Zugangsrechte nach dem EisbG 1957 maßgeblichen Begriff der Schieneninfrastruktur im Sinne des § 10a EisbG 1957). Entgegen der Ansicht der beschwerdeführenden Partei handelt es sich bei der Frage, ob es sich bei den von der Mitbenutzungsanordnung erfassten Rohren bzw Kabelschächten um Eisenbahnanlagen handelt, um keine Vorfrage für die belangte Behörde im Verfahren nach Paragraph 8, Absatz eins a, in Verbindung mit Paragraph 9, Absatz 2, TKG 2003, da nach diesen Bestimmungen die Entscheidung, ob die Mitbenutzung von Rohren bzw Kabelschächten zu gestatten ist, nicht davon abhängt, ob es sich dabei um Eisenbahnanlagen im Sinne des Paragraph 10, EisbG 1957 handelt (im Übrigen ist der Begriff der Eisenbahnanlagen auch nicht deckungsgleich mit dem für die Anschluss-, Mitbenützungs- und Zugangsrechte nach dem EisbG 1957 maßgeblichen Begriff der Schieneninfrastruktur im Sinne des Paragraph 10 a, EisbG 1957).

5.1. Soweit die Beschwerde die Zuständigkeit der belangten Behörde zur Erlassung des angefochtenen Bescheides in Frage stellt, stützt sie dies zunächst auf ihre Ansicht, dass eine Anwendung des § 8 Abs 1a TKG 2003 aufgrund der Bestimmungen über Anschluss-, Mitbenützungs- und Zugangsrechte im EisbG 1957 ausgeschlossen sei. Weiters ergebe sich eine Unzuständigkeit auch daraus, dass die belangte Behörde keine Entscheidung der Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie über die Frage, ob es sich bei den von der Mitbenutzungsanordnung betroffenen Rohren bzw Kabelschächten um eine Eisenbahnanlage handle, eingeholt habe. 5.1. Soweit die Beschwerde die Zuständigkeit der belangten Behörde zur Erlassung des angefochtenen Bescheides in Frage stellt, stützt sie dies zunächst auf ihre Ansicht, dass eine Anwendung des Paragraph 8, Absatz eins a, TKG 2003 aufgrund der Bestimmungen über Anschluss-, Mitbenützungs- und Zugangsrechte im EisbG 1957 ausgeschlossen sei. Weiters ergebe sich eine Unzuständigkeit auch daraus, dass die belangte Behörde keine Entscheidung der Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie über die Frage, ob es sich bei den von der Mitbenutzungsanordnung betroffenen Rohren bzw Kabelschächten um eine Eisenbahnanlage handle, eingeholt habe.

Da jedoch - wie bereits dargelegt - die Bestimmungen des EisbG 1957 die Anwendung der Bestimmungen über die Mitbenutzung nach §§ 8 und 9 TKG 2003 auf Eisenbahnunternehmen bzw auf Eisenbahnanlagen (§ 10 EisbG 1957) oder Schieneninfrastruktur (§ 10a EisbG 1957) nicht ausschließen, vermag dieses Vorbringen keine Unzuständigkeit der

belangten Behörde aufzuzeigen. Da jedoch - wie bereits dargelegt - die Bestimmungen des EisbG 1957 die Anwendung der Bestimmungen über die Mitbenutzung nach Paragraphen 8 und 9 TKG 2003 auf Eisenbahnunternehmen bzw auf Eisenbahnanlagen (Paragraph 10, EisbG 1957) oder Schieneninfrastruktur (Paragraph 10 a, EisbG 1957) nicht ausschließen, vermag dieses Vorbringen keine Unzuständigkeit der belangten Behörde aufzuzeigen.

5.2. Schließlich macht die beschwerdeführende Partei zur Zuständigkeit geltend, dass die belangte Behörde einen antragsgebundenen Bescheid ohne Antrag erlassen habe und der Bescheid aus diesem Grunde mit Rechtswidrigkeit infolge Unzuständigkeit der belangten Behörde belastet sei. Der Verfahrensgegenstand eines auf Antrag eines Betreibers von Kommunikationsnetzen eingeleiteten Verfahrens zur Einräumung von Mitbenutzungsrechten nach § 9 TKG 2003 sei durch den Gegenstand der ursprünglichen Anfrage begrenzt. Die mitbeteiligte Partei habe ursprünglich Zugang zu "1 Microduct" nachgefragt, die belangte Behörde sei daher nicht zuständig gewesen, über andere Arten des Zugangs zu Leerverrohrungen zu entscheiden. 5.2. Schließlich macht die beschwerdeführende Partei zur Zuständigkeit geltend, dass die belangte Behörde einen antragsgebundenen Bescheid ohne Antrag erlassen habe und der Bescheid aus diesem Grunde mit Rechtswidrigkeit infolge Unzuständigkeit der belangten Behörde belastet sei. Der Verfahrensgegenstand eines auf Antrag eines Betreibers von Kommunikationsnetzen eingeleiteten Verfahrens zur Einräumung von Mitbenutzungsrechten nach Paragraph 9, TKG 2003 sei durch den Gegenstand der ursprünglichen Anfrage begrenzt. Die mitbeteiligte Partei habe ursprünglich Zugang zu "1 Microduct" nachgefragt, die belangte Behörde sei daher nicht zuständig gewesen, über andere Arten des Zugangs zu Leerverrohrungen zu entscheiden.

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass die mitbeteiligte Partei nach den Feststellungen der belangten Behörde mit Schreiben vom 20. Juli 2009 ein "Mitbenutzungsrecht der vorhandenen Leerrohre" der beschwerdeführenden Partei (ua) zwischen einem bestimmten Objekt und näher bezeichneten Übergabepunkten nachgefragt hat. Aus dem Verwaltungsakt ergibt sich, dass in diesem Schreiben weiters für jede Relation als Art des "duct access" ausdrücklich der "Zugang zu 1 Microduct" begehrt wurde; aus dem Verwaltungsakt ergibt sich weiters, dass mit einem nachfolgenden E-Mail "im Sinne einer Klarstellung" ausgeführt wurde, dass sich die Nachfrage nicht nur auf spezifische Duct-Typen, sondern auf die gesamten bei der beschwerdeführenden Partei vorhandenen Leerverrohrungen (Ducts) beziehe.

Die beschwerdeführende Partei ist der Nachfrage nicht im Hinblick auf spezifische Duct-Typen entgegengetreten, sondern hat der mitbeteiligten Partei ihre grundsätzlich ablehnende Ansicht mitgeteilt, wonach es sich bei den Leerverrohrungen der beschwerdeführenden Partei um Schieneninfrastruktur nach § 10a EisbG 1957 handle und für eine Anwendung der im TKG 2003 normierten Mitbenutzungsrechte kein Raum verbleibe. Die beschwerdeführende Partei ist der Nachfrage nicht im Hinblick auf spezifische Duct-Typen entgegengetreten, sondern hat der mitbeteiligten Partei ihre grundsätzlich ablehnende Ansicht mitgeteilt, wonach es sich bei den Leerverrohrungen der beschwerdeführenden Partei um Schieneninfrastruktur nach Paragraph 10 a, EisbG 1957 handle und für eine Anwendung der im TKG 2003 normierten Mitbenutzungsrechte kein Raum verbleibe.

Die mitbeteiligte Partei hat daraufhin in ihrem Antrag an die belangte Behörde Zugang zu Leerverrohrungen (sowie darüber hinaus, aber für das Beschwerdeverfahren nicht mehr von Bedeutung, zu unbeschalteten Lichtwellenleitern) der beschwerdeführenden Partei für die bereits in der Nachfrage genannten Relationen beantragt.

Die belangte Behörde hat daher den angefochtenen Bescheid nicht ohne Antrag getroffen.

5.3. Soweit aber die beschwerdeführende Partei mit ihrem Vorbringen zum Verfahrensgegenstand der Sache nach meint, die belangte Behörde hätte den Antrag der mitbeteiligten Partei zurückweisen müssen, weil dieser über die erfolgte Nachfrage hinausgegangen sei, so vermag auch dies keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides aufzuzeigen.

Dabei kann dahingestellt bleiben, ob sich die ursprüngliche Nachfrage tatsächlich ausschließlich auf Microducts und nicht ohnehin - wie von der belangten Behörde festgestellt - auch auf Leerverrohrungen schlechthin bezogen hat. In der - einer Anrufung der Regulierungsbehörde vorgeschalteten - Verhandlungsphase nach dem Einlangen einer Nachfrage auf Mitbenutzung haben nämlich alle Beteiligten gemäß § 9 Abs 1 TKG 2003 das Ziel anzustreben, Mitbenutzung zu ermöglichen und zu erleichtern. Die beschwerdeführende Partei wäre daher verpflichtet gewesen, auf die Nachfrage der mitbeteiligten Partei inhaltlich einzugehen und soweit erforderlich darüber zu informieren, ob bzw welche Rohre verfügbar wären, um die nachgefragte Mitbenutzung zu realisieren. Entgegen dieser die beschwerdeführende Partei treffenden Bemühungspflicht zur Ermöglichung der Mitbenutzung hat sie jedoch in ihrer

Antwort auf die Nachfrage der mitbeteiligten Partei jegliche Mitbenutzung ihrer Leerverrohrungen aus (unzutreffenden) rechtlichen Gründen gänzlich abgelehnt, sodass die mitbeteiligte Partei auch nicht mehr in der Lage war, gegebenenfalls ihre Nachfrage auf der Grundlage der von der beschwerdeführenden Partei erhaltenen Informationen zu spezifizieren. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob sich die ursprüngliche Nachfrage tatsächlich ausschließlich auf Microducts und nicht ohnehin - wie von der belangten Behörde festgestellt - auch auf Leerverrohrungen schlechthin bezogen hat. In der - einer Anrufung der Regulierungsbehörde vorgeschalteten - Verhandlungsphase nach dem Einlangen einer Nachfrage auf Mitbenutzung haben nämlich alle Beteiligten gemäß Paragraph 9, Absatz eins, TKG 2003 das Ziel anzustreben, Mitbenutzung zu ermöglichen und zu erleichtern. Die beschwerdeführende Partei wäre daher verpflichtet gewesen, auf die Nachfrage der mitbeteiligten Partei inhaltlich einzugehen und soweit erforderlich darüber zu informieren, ob bzw welche Rohre verfügbar wären, um die nachgefragte Mitbenutzung zu realisieren. Entgegen dieser die beschwerdeführende Partei treffenden Bemühungspflicht zur Ermöglichung der Mitbenutzung hat sie jedoch in ihrer Antwort auf die Nachfrage der mitbeteiligten Partei jegliche Mitbenutzung ihrer Leerverrohrungen aus (unzutreffenden) rechtlichen Gründen gänzlich abgelehnt, sodass die mitbeteiligte Partei auch nicht mehr in der Lage war, gegebenenfalls ihre Nachfrage auf der Grundlage der von der beschwerdeführenden Partei erhaltenen Informationen zu spezifizieren.

Vor diesem Hintergrund kann aber der belangten Behörde nicht entgegengetreten werden, wenn sie eine ausreichende Nachfrage der mitbeteiligten Partei nach dem Zugang zur Leerverrohrung und auch zu den für die Realisierung der Mitbenutzung erforderlichen Kabelschächten für die im Antrag näher bezeichneten Verbindungen angenommen und den Antrag auf Entscheidung durch die Regulierungsbehörde daher als zulässig angesehen hat.

6. Die beschwerdeführende Partei rügt weiters eine fehlerhafte Ermessensentscheidung der belangten Behörde, wobei sie sich gegen die Festlegung einer dreißigjährigen Vertragsbindung und die Anordnung von Sicherheitsleistungen wendet.

6.1. Vorweg ist dazu festzuhalten, dass in Verfahren über die Erlassung einer Mitbenutzungsanordnung, die eine entsprechende privatautonome Vereinbarung ersetzen soll, von der Behörde - ohne strenge Antragsbindung (eine solche wäre mit dem Gebot der Herstellung eines fairen Ausgleichs der jeweiligen Interessen nicht in Einklang zu bringen) - jene Regelungen zu treffen sind, die ansonsten von den Parteien des Mitbenutzungsvertrages selbst zu vereinbaren gewesen wären (vgl zu Zusammenschaltungsanordnungen, die mit den hier gegenständlichen Mitbenutzungsanordnungen vergleichbar sind, das Erkenntnis vom 31. Jänner 2005, ZI 2004/03/0151). Bei der konkreten Ausgestaltung der Mitbenutzungsbedingungen kommt der Regulierungsbehörde - ebenso wie bei Zusammenschaltungsbedingungen (vgl dazu das Erkenntnis vom 3. September 2008, ZI 2006/03/0079) - im Rahmen der von ihr zu treffenden "schiedsrichterlich-regulatorischen Entscheidung" notwendiger Weise ein weiter Ermessensspielraum zu, soweit nicht die anzuwendenden Rechtsvorschriften konkrete Vorgaben vorsehen. 6.1. Vorweg ist dazu festzuhalten, dass in Verfahren über die Erlassung einer Mitbenutzungsanordnung, die eine entsprechende privatautonome Vereinbarung ersetzen soll, von der Behörde - ohne strenge Antragsbindung (eine solche wäre mit dem Gebot der Herstellung eines fairen Ausgleichs der jeweiligen Interessen nicht in Einklang zu bringen) - jene Regelungen zu treffen sind, die ansonsten von den Parteien des Mitbenutzungsvertrages selbst zu vereinbaren gewesen wären vergleiche , zu Zusammenschaltungsanordnungen, die mit den hier gegenständlichen Mitbenutzungsanordnungen vergleichbar sind, das Erkenntnis vom 31. Jänner 2005, ZI 2004/03/0151). Bei der konkreten Ausgestaltung der Mitbenutzungsbedingungen kommt der Regulierungsbehörde - ebenso wie bei Zusammenschaltungsbedingungen vergleiche , dazu das Erkenntnis vom 3. September 2008, ZI 2006/03/0079) - im Rahmen der von ihr zu treffenden "schiedsrichterlich-regulatorischen Entscheidung" notwendiger Weise ein weiter Ermessensspielraum zu, soweit nicht die anzuwendenden Rechtsvorschriften konkrete Vorgaben vorsehen.

6.2. Die beschwerdeführende Partei rügt, dass die belangte Behörde eine erstmalige ordentliche Kündigungsmöglichkeit erst nach Ablauf eines Zeitraums von 30 Jahren festgelegt habe, ohne dies zu begründen.

Diesem Vorbringen ist zu entgegnen, dass die Mitbenutzungsanordnung nicht nur die - erst nach Ablauf von 30 Jahren mögliche - ordentliche Kündigung vorsieht, sondern auch die Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund, wobei wichtige Gründe insbesondere (unter anderem) die Unzumutbarkeit der weiteren Leistungserbringung oder die Erforderlichkeit der Entfernung der Anlagen der beschwerdeführenden Partei sind. Zudem wird - entsprechend den gesetzlichen Vorgaben in § 11 TKG 2003 - auch die freie Verfügung der beschwerdeführenden Partei über ihre Liegenschaften und Anlagen nicht behindert, wobei die

Mitbenutzungsanordnung dazu ausdrücklich auch eine außerordentliche Kündigungsmöglichkeit vorsieht. Diesem Vorbringen ist zu entgegnen, dass die Mitbenutzungsanordnung nicht nur die - erst nach Ablauf von 30 Jahren mögliche - ordentliche Kündigung vorsieht, sondern auch die Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund, wobei wichtige Gründe insbesondere (unter anderem) die Unzumutbarkeit der weiteren Leistungserbringung oder die Erforderlichkeit der Entfernung der Anlagen der beschwerdeführenden Partei sind. Zudem wird - entsprechend den gesetzlichen Vorgaben in Paragraph 11, TKG 2003 - auch die freie Verfügung der beschwerdeführenden Partei über ihre Liegenschaften und Anlagen nicht behindert, wobei die Mitbenutzungsanordnung dazu ausdrücklich auch eine außerordentliche Kündigungsmöglichkeit vorsieht.

Entgegen dem Beschwerdevorbringen hat die belangte Behörde in der Begründung des angefochtenen Bescheides auch dargelegt, aus welchen Gründen sie eine "Anordnungsdauer" von dreißig Jahren als angemessen ansieht (S. 28 f des angefochtenen Bescheides).

6.3. Die beschwerdeführende Partei meint, die Einräumung eines dreißigjährigen Mitbenutzungsrechts würde im Hinblick auf eine wirtschaftliche Nutzungsdauer von 30 Jahren zu einer de facto Enteignung der beschwerdeführenden Partei führen. Die beschwerdeführende Partei schaffe keine Telekommunikationsanlagen und leitungsgebundene Infrastruktur, um diese auf einem Markt anzubieten, sondern allein "zu dem Zweck, den ihr gesetzlich auferlegten Aufgaben und Verpflichtungen im BBG sowie im EibG 1957 zu entsprechen." Der Bau von Eisenbahnanlagen bzw Schieneninfrastruktur - "und so auch der gegenständlichen Leerverrohrungen" - erfolge nur, wenn hierfür ein konkreter Bedarf bestehe, was auch in einer Reserve zur Sicherstellung der Sicherheit und Ordnung liegen könne. Die belangte Behörde habe verkannt, dass eine im Eisenbahnbereich insbesondere aus Sicherheitsgründen notwendige Reservehaltung dem Zweck diene, mit bestehenden Reserven im Ernstfall sofort reagieren zu können.

Dieses Vorbringen geht nicht auf die konkreten von der Mitbenutzungsanordnung erfassten Rohre bzw Kabelschächte ein, sondern versucht - wie bereits das Vorbringen zur behaupteten gänzlichen Unanwendbarkeit der §§ 8 und 9 TKG 2003 auf Leerverrohrungen der beschwerdeführenden Partei - in allgemeiner Form darzulegen, dass die beschwerdeführende Partei grundsätzlich keinerlei Zugang zu Leerverrohrungen und Schächten gestatten müsse. In dieser pauschalen Form vermag das Vorbringen damit aber weder aufzuzeigen, dass die Gestattung der Mitbenutzung der konkret von der Mitbenutzungsanordnung erfassten Rohre bzw Schächte wirtschaftlich unzumutbar oder technisch unvertretbar wäre, noch dass der Mitbenutzung der konkreten Rohre und Schächte etwa andere Rechtsvorschriften entgegenstünden. Die beschwerdeführende Partei verkennt in ihren Bedenken im Hinblick auf eine "de facto-Enteignung" auch, dass die Mitbenutzung stets akzessorisch ist und eine von der beschwerdeführenden Partei nicht oder nicht vollständig genutzte Infrastruktur voraussetzt, die - ergänzend zu einer bestehenden Nutzung, die durch die Mitbenutzung auch nicht verdrängt wird - durch Gestattung der Mitbenutzung effizienter genutzt (besser ausgelastet) werden kann, wofür der beschwerdeführenden Partei auch eine angemessene geldwerte Abgeltung zu leisten ist, sowie dass schließlich gemäß § 11 TKG 2003 die durch das Mitbenutzungsrecht belastete beschwerdeführende Partei in der freien Verfügung über ihre Anlagen nicht behindert wird. Dieses Vorbringen geht nicht auf die konkreten von der Mitbenutzungsanordnung erfassten Rohre bzw Kabelschächte ein, sondern versucht - wie bereits das Vorbringen zur behaupteten gänzlichen Unanwendbarkeit der Paragraphen 8 und 9 TKG 2003 auf Leerverrohrungen der beschwerdeführenden Partei - in allgemeiner Form darzulegen, dass die beschwerdeführende Partei grundsätzlich keinerlei Zugang zu Leerverrohrungen und Schächten gestatten müsse. In dieser pauschalen Form vermag das Vorbringen damit aber weder aufzuzeigen, dass die Gestattung der Mitbenutzung der konkret von der Mitbenutzungsanordnung erfassten Rohre bzw Schächte wirtschaftlich unzumutbar oder technisch unvertretbar wäre, noch dass der Mitbenutzung der konkreten Rohre und Schächte etwa andere Rechtsvorschriften entgegenstünden. Die beschwerdeführende Partei verkennt in ihren Bedenken im Hinblick auf eine "de facto-Enteignung" auch, dass die Mitbenutzung stets akzessorisch ist und eine von der beschwerdeführenden Partei nicht oder nicht vollständig genutzte Infrastruktur voraussetzt, die - ergänzend zu einer bestehenden Nutzung, die durch die Mitbenutzung auch nicht verdrängt wird - durch Gestattung der Mitbenutzung effizienter genutzt (besser ausgelastet) werden kann, wofür der beschwerdeführenden Partei auch eine angemessene geldwerte Abgeltung zu leisten ist, sowie dass schließlich gemäß Paragraph 11, TKG 2003 die durch das Mitbenutzungsrecht belastete beschwerdeführende Partei in der freien Verfügung über ihre Anlagen nicht behindert wird.

Schließlich rügt die Beschwerde im Zusammenhang mit der dreißigjährigen "Anordnungsdauer" noch, dass die belangte Behörde einen in drei Jahren bestehenden Eigenbedarf der beschwerdeführenden Partei an den verfahrensgegenständlichen Leerverrohrungen nicht berücksichtigt habe.

Die belangte Behörde hat sich mit diesem behaupteten Eigenbedarf in der Begründung des angefochtenen Bescheides auseinandergesetzt und ist dabei im Hinblick auf den Umstand, dass keine konkreten Pläne für die Nutzung gerade der verfahrensgegenständlichen Leerverrohrung bestünden - was die beschwerdeführende Partei in der Beschwerde auch nicht in Zweifel zieht - zum Ergebnis gekommen, dass das außerordentliche Kündigungsrecht für den Fall eines konkreten Bedarfs den von der beschwerdeführenden Partei vorgebrachten Bedenken Rechnung trägt. Diese Beurteilung kann nicht als rechtswidrig erkannt werden, zumal die beschwerdeführende Partei auch in ihrer Beschwerde lediglich abstrakt, ohne Spezifizierung im Hinblick auf die konkret betroffene Leerverrohrung, eine Einschränkung ihrer Planungsmöglichkeiten behauptet.

6.4. Die beschwerdeführende Partei wendet sich gegen die in Punkt 9.6 der Mitbenutzungsanordnung getroffene Regelung über Sicherheitsleistungen, da diese es nicht nur der beschwerdeführenden Partei, sondern auch der mitbeteiligten Partei einräume, eine Sicherheitsleistung zu fordern.

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass die diesbezüglich in Punkt 9.6 der Mitbenutzungsanordnung enthaltene Regelung mit Regelungen übereinstimmt, wie sie von der belangten Behörde bereits in Zusammenschaltungsanordnungen, die vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochten wurden, getroffen worden waren (vgl dazu etwa die Wiedergabe in den Erkenntnissen vom 18. März 2004, ZI 2002/03/0168, und vom 28. April 2004, ZI 2002/03/0129). Wie der Verwaltungsgerichtshof im zuletzt genannten Erkenntnis festgehalten hat, liegt bei einer derartigen Anordnung keine Ungleichbehandlung im Hinblick auf die Absicherung des Ausfallrisikos vor, sondern es wird jenes Unternehmen, das einen positiven Saldo aus den erbrachten Leistungen aufweist, in die Lage versetzt, gegebenenfalls eine Sicherheitsleistung zu verlangen. Vor dem Hintergrund der im Beschwerdefall gegebenen Konstellation, in der es im Regelfall nicht zur wechselseitigen Erbringung entgeltlicher Leistungen kommt, ist daher nicht zu erkennen, dass die beschwerdeführende Partei durch diesen Punkt der Mitbenutzungsanordnung belastet werden könnte. Im Übrigen ist es aber nicht als unangemessen zu beurteilen, wenn durch derartige Regelungen über Sicherheitsleistungen allgemeine wirtschaftliche Risiken von Vertragsbeziehungen, auf die typischerweise in Vertragsverhältnissen zwischen Unternehmen bei der Vertragsgestaltung Bedacht genommen wird, auch im Rahmen einer Entscheidung der Regulierungsbehörde über die Festlegung von Zusammenschaltungsbedingungen berücksichtigt werden (vgl wiederum das bereits zitierte Erkenntnis vom 28. April 2004). Nichts anderes kann auch im hier vorliegenden Fall einer Mitbenutzungsanordnung gelten. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass die diesbezüglich in Punkt 9.6 der Mitbenutzungsanordnung enthaltene Regelung mit Regelungen übereinstimmt, wie sie von der belangten Behörde bereits in Zusammenschaltungsanordnungen, die vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochten wurden, getroffen worden waren vergleiche , dazu etwa die Wiedergabe in den Erkenntnissen vom 18. März 2004, ZI 2002/03/0168, und vom 28. April 2004, ZI 2002/03/0129). Wie der Verwaltungsgerichtshof im zuletzt genannten Erkenntnis festgehalten hat, liegt bei einer derartigen Anordnung keine Ungleichbehandlung im Hinblick auf die Absicherung des Ausfallrisikos vor, sondern es wird jenes Unternehmen, das einen positiven Saldo aus den erbrachten Leistungen aufweist, in die Lage versetzt, gegebenenfalls eine Sicherheitsleistung zu verlangen. Vor dem Hintergrund der im Beschwerdefall gegebenen Konstellation, in der es im Regelfall nicht zur wechselseitigen Erbringung entgeltlicher Leistungen kommt, ist daher nicht zu erkennen, dass die beschwerdeführende Partei durch diesen Punkt der Mitbenutzungsanordnung belastet werden könnte. Im Übrigen ist es aber nicht als unangemessen zu beurteilen, wenn durch derartige Regelungen über Sicherheitsleistungen allgemeine wirtschaftliche Risiken von Vertragsbeziehungen, auf die typischerweise in Vertragsverhältnissen zwischen Unternehmen bei der Vertragsgestaltung Bedacht genommen wird, auch im Rahmen einer Entscheidung der Regulierungsbehörde über die Festlegung von Zusammenschaltungsbedingungen berücksichtigt werden vergleiche , wiederum das bereits zitierte Erkenntnis vom 28. April 2004). Nichts anderes kann auch im hier vorliegenden Fall einer Mitbenutzungsanordnung gelten.

7. Die beschwerdeführende Partei erachtet den angefochtenen Bescheid auch als inhaltlich rechtswidrig, weil die mitbeteiligte Partei lediglich die Anbindung eines bestimmten Objekts an das Netz der mitbeteiligten Partei beabsichtigt habe und kein konkretes Projekt (gemeint offenbar: zum Anschluss bestimmter Kunden) glaubhaft gemacht habe.

Überdies macht die beschwerdeführende Partei als Verfahrensmangel geltend, dass die belangte Behörde jegliche

Ermittlungstätigkeit unterlassen habe, inwiefern der Antragstellung ein konkretes Projekt zugrunde liege.

Dieses Vorbringen geht schon deshalb ins Leere, weil § 8 Abs 1a TKG 2003 die Glaubhaftmachung eines "konkreten Projekts", etwa zur Anbindung bestimmter Kunden, nicht als Voraussetzung für die Geltendmachung des Mitbenutzungsrechts vorsieht, sondern die Mitbenutzung - ohne eine weitere "Zweckbindung" - "für Kommunikationslinien" (vgl § 3 Z 10 TKG 2003) zu gestatten ist. Insofern reicht es aus, wenn die mitbeteiligte Partei - unstrittig - die beabsichtigte Errichtung einer Kommunikationslinie unter Beweis gestellt hat. Dieses Vorbringen geht schon deshalb ins Leere, weil Paragraph 8, Absatz eins a, TKG 2003 die Glaubhaftmachung eines "konkreten Projekts", etwa zur Anbindung bestimmter Kunden, nicht als Voraussetzung für die Geltendmachung des Mitbenutzungsrechts vorsieht, sondern die Mitbenutzung - ohne eine weitere "Zweckbindung" - "für Kommunikationslinien" vergleiche , Paragraph 3, Ziffer 10, TKG 2003) zu gestatten ist. Insofern reicht es aus, wenn die mitbeteiligte Partei - unstrittig - die beabsichtigte Errichtung einer Kommunikationslinie unter Beweis gestellt hat.

8. Die beschwerdeführende Partei macht geltend, dass der angefochtene Bescheid auch deshalb rechtswidrig sei, weil die in Punkt 11.1. der Mitbenutzungsanordnung getroffene "bloße Anordnung", wonach der mitbeteiligten Partei die Errichtung von Anlagen oder die Vornahme sonstiger Handlungen verboten ist, durch die der Bestand der Eisenbahn oder ihr Zugehör oder die regelmäßige sichere Führung des Betriebes der Eisenbahn und des Betriebes von Schienenfahrzeugen auf der Eisenbahn sowie des Verkehrs auf der Eisenbahn gefährdet wird (§ 43 EisebG), nicht ausreiche, um eine derartige Gefährdung auszuschließen. Der Bescheid widerspreche daher § 43 EisebG 1957. 8. Die beschwerdeführende Partei macht geltend, dass der angefochtene Bescheid auch deshalb rechtswidrig sei, weil die in Punkt 11.1. der Mitbenutzungsanordnung getroffene "bloße Anordnung", wonach der mitbeteiligten Partei die Errichtung von Anlagen oder die Vornahme sonstiger Handlungen verboten ist, durch die der Bestand der Eisenbahn oder ihr Zugehör oder die regelmäßige sichere Führung des Betriebes der Eisenbahn und des Betriebes von Schienenfahrzeugen auf der Eisenbahn sowie des Verkehrs auf der Eisenbahn gefährdet wird (Paragraph 43, EisebG), nicht ausreiche, um eine derartige Gefährdung auszuschließen. Der Bescheid widerspreche daher Paragraph 43, EisebG 1957.

§ 43 EisebG 1957 in der Fassung BGBl I Nr 125/2006 lautet: Paragraph 43, EisebG 1957 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 125 aus 2006, lautet:

"Gefährdungsbereich

§ 43. (1) In der Umgebung von Eisenbahnanlagen (Gefährdungsbereich) ist die Errichtung von Anlagen oder die Vornahme sonstiger Handlungen verboten, durch die der Bestand der Eisenbahn oder ihr Zugehör oder die regelmäßige und sichere Führung des Betriebes der Eisenbahn und des Betriebes von Schienenfahrzeugen auf der Eisenbahn sowie des Verkehrs auf der Eisenbahn, insbesondere die freie Sicht auf Signale oder auf schienengleiche Eisenbahnübergänge, gefährdet wird. Paragraph 43, (1) In der Umgebung von Eisenbahnanlagen (Gefährdungsbereich) ist die Errichtung von Anlagen oder die Vornahme sonstiger Handlungen verboten, durch die der Bestand der Eisenbahn oder ihr Zugehör oder die regelmäßige und sichere Führung des Betriebes der Eisenbahn und des Betriebes von Schienenfahrzeugen auf der Eisenbahn sowie des Verkehrs auf der Eisenbahn, insbesondere die freie Sicht auf Signale oder auf schienengleiche Eisenbahnübergänge, gefährdet wird.

1. (2) Absatz 2, Bei Hochspannungsleitungen beträgt, unbeschadet der Bestimmung des Abs. 3, der Gefährdungsbereich, wenn sie Freileitungen sind, in der Regel je fünfundzwanzig Meter, wenn sie verkabelt sind, in der Regel je fünf Meter beiderseits der Leitungsachse. Bei Hochspannungsleitungen beträgt, unbeschadet der Bestimmung des Absatz 3,, der Gefährdungsbereich, wenn sie Freileitungen sind, in der Regel je fünfundzwanzig Meter, wenn sie verkabelt sind, in der Regel je fünf Meter beiderseits der Leitungsachse.
2. (3) Absatz 3, Wenn im Gefährdungsbereich Steinbrüche, Stauwerke oder andere Anlagen errichtet oder Stoffe, die explosiv oder brennbar sind, gelagert oder verarbeitet werden sollen, durch die der Betrieb der Eisenbahn, der Betrieb von Schienenfahrzeugen auf der Eisenbahn oder der Verkehr auf der Eisenbahn gefährdet werden kann, so ist vor der Bauausführung oder der Lagerung oder Verarbeitung die Bewilligung der Behörde einzuholen; diese ist zu erteilen, wenn Vorkehrungen getroffen sind, die eine Gefährdung des Betriebes der Eisenbahn, des Betriebes von Schienenfahrzeugen auf der Eisenbahn und des Verkehrs auf der Eisenbahn ausschließen.
3. (4) Absatz 4, Die Bewilligungspflicht gemäß Abs. 3 entfällt, wenn es über die Errichtung des Steinbruches, des Stauwerkes oder einer anderen Anlage oder über die Lagerung oder Verarbeitung der Stoffe zwischen dem

Eisenbahnunternehmen und dem Errichter, Lagerer oder Verarbeiter zu einer schriftlich festzuhaltenden zivilrechtlichen Einigung über zu treffende Vorkehrungen gekommen ist, die eine Gefährdung des Betriebes der Eisenbahn, des Betriebes von Schienenfahrzeugen auf der Eisenbahn oder des Verkehrs auf der Eisenbahn ausschließen."Die Bewilligungspflicht gemäß Absatz 3, entfällt, wenn es über die Errichtung des Steinbruches, des Stauwerkes oder einer anderen Anlage oder über die Lagerung oder Verarbeitung der Stoffe zwischen dem Eisenbahnunternehmen und dem Errichter, Lagerer oder Verarbeiter zu einer schriftlich festzuhaltenden zivilrechtlichen Einigung über zu treffende Vorkehrungen gekommen ist, die eine Gefährdung des Betriebes der Eisenbahn, des Betriebes von Schienenfahrzeugen auf der Eisenbahn oder des Verkehrs auf der Eisenbahn ausschließen."

Der Verwaltungsgerichtshof vermag nicht zu erkennen, wie die beschwerdeführende Partei dadurch beschwert sein könnte, dass die belangte Behörde im Wesentlichen die jedermann kraft Gesetzes treffende Verpflichtung zur Unterlassung von Gefährdungen der Eisenbahn im Sinne des § 43 Abs 1 EisbG 1957 in den Text der Mitbenutzungsanordnung aufgenommen hat. Die beschwerdeführende Partei legt auch nicht dar, wie sie sich eine Regelung vorstellt, die ihrer Ansicht nach geeignet wäre, eine Gefährdung tatsächlich auszuschließen, zumal - worauf die belangte Behörde in ihrer Gegenschrift zutreffend hinweist - nicht einmal die gesetzliche Regelung des § 43 EisbG 1957 in der Lage ist, Gefährdungen tatsächlich vorab auszuschließen. Dass aber von der mitbeteiligten Partei eine konkrete Gefährdung ausginge, die durch weitergehende Regelungen hintanzuhalten wäre, ist weder aus den vorgelegten Verwaltungsakten erkennbar noch wurde Derartiges von der beschwerdeführenden Partei behauptet. Der Verwaltungsgerichtshof vermag nicht zu erkennen, wie die beschwerdeführende Partei dadurch beschwert sein könnte, dass die belangte Behörde im Wesentlichen die jedermann kraft Gesetzes treffende Verpflichtung zur Unterlassung von Gefährdungen der Eisenbahn im Sinne des Paragraph 43, Absatz eins, EisbG 1957 in den Text der Mitbenutzungsanordnung aufgenommen hat. Die beschwerdeführende Partei legt auch nicht dar, wie sie sich eine Regelung vorstellt, die ihrer Ansicht nach geeignet wäre, eine Gefährdung tatsächlich auszuschließen, zumal - worauf die belangte Behörde in ihrer Gegenschrift zutreffend hinweist - nicht einmal die gesetzliche Regelung des Paragraph 43, EisbG 1957 in der Lage ist, Gefährdungen tatsächlich vorab auszuschließen. Dass aber von der mitbeteiligten Partei eine konkrete Gefährdung ausginge, die durch weitergehende Regelungen hintanzuhalten wäre, ist weder aus den vorgelegten Verwaltungsakten erkennbar noch wurde Derartiges von der beschwerdeführenden Partei behauptet.

9. Die beschwerdeführende Partei führt aus, dass sie nicht Eigentümerin des Grundstückes in der H.-Gasse 4 sei. Die belangte Behörde hätte im Rahmen der Anordnung sicherstellen müssen, dass der beschwerdeführenden Partei in ihrem Vertragsverhältnis mit dem Eigentümer des Grundstückes bzw dem sonstigen Nutzungsberechtigten kein Schaden zugefügt werden dürfe. Die belangte Behörde habe keine Vorkehrungen in der Anordnung getroffen, die das Vertragsverhältnis zwischen der beschwerdeführenden Partei und dem Eigentümer sicherstellen würden; entsprechende Nachteile seien sohin nicht ausgeschlossen. Die beschwerdeführende Partei übe Nutzungsrechte oftmals aufgrund von Servitutsverträgen aus, bei denen jede Änderung zum Wegfall des Vertrages führen könne.

Zu diesem Vorbringen ist festzuhalten, dass die beschwerdeführende Partei im Verwaltungsverfahren kein entsprechendes Sachvorbringen erstattet hat. Sie legt auch in der Beschwerde nicht konkret dar, dass die angeordnete Mitbenutzung aus dem Grunde wirtschaftlich nicht zumutbar (im Sinne des § 8 Abs 1a iVm Abs 1 TKG 2003) wäre, weil - ungeachtet der Bestimmung des § 8 Abs 3 TKG 2003 sowie der Verpflichtungen der mitbeteiligten Partei nach Punkt 11.3 der Mitbenutzungsanordnung - die Mitbenutzung zu einer Auflösung eines allfälligen Servitutsvertrages oder eines sonst eingeräumten Nutzungsrechtes führen könnte. Schon aus diesem Grunde vermag dieses Vorbringen keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides aufzuzeigen. Zu diesem Vorbringen ist festzuhalten, dass die beschwerdeführende Partei im Verwaltungsverfahren kein entsprechendes Sachvorbringen erstattet hat. Sie legt auch in der Beschwerde nicht konkret dar, dass die angeordnete Mitbenutzung aus dem Grunde wirtschaftlich nicht zumutbar (im Sinne des Paragraph 8, Absatz eins a, in Verbindung mit Absatz eins, TKG 2003) wäre, weil - ungeachtet der Bestimmung des Paragraph 8, Absatz 3, TKG 2003 sowie der Verpflichtungen der mitbeteiligten Partei nach Punkt 11.3 der Mitbenutzungsanordnung - die Mitbenutzung zu einer Auflösung eines allfälligen Servitutsvertrages oder eines sonst eingeräumten Nutzungsrechtes führen könnte. Schon aus diesem Grunde vermag dieses Vorbringen keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides aufzuzeigen.

10. Die beschwerdeführende Partei meint, dass die mit dem angefochtenen Bescheid getroffene

Mitbenutzungsanordnung eine (neue) staatliche Beihilfe darstelle, welche der Europäischen Kommission vorab zu notifizieren gewesen wäre. Bei der beschwerdeführenden Partei handle es sich um ein mittelbar zu 100% im Eigentum des Bundes stehendes Unternehmen. Durch den angefochtenen Bescheid werde die mitbeteiligte Partei zur Mitbenutzung des Eigentums des öffentlichen Unternehmens zu marktunüblichen Bedingungen berechtigt.

Das Vorbringen der beschwerdeführenden Partei verkennt das Wesen der mit dem angefochtenen Bescheid getroffenen, auf allgemeinen Rechtsvorschriften beruhenden Mitbenutzungsanordnung, die eine zwischen den Parteien nicht erzielte Einigung ersetzt und für die beschwerdeführende Partei als durch das Mitbenutzungsrecht Belastete eine von der belangten Behörde festzusetzende angemessene geldwerte Abgeltung - sohin eine im Äquivalenzgefüge stehende Gegenleistung für das eingeräumte Recht - vorsieht, deren - im Beschwerdefall überdies nicht strittige - Höhe auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren bekämpft werden kann. Weder die Dauer des Mitbenutzungsrechts (siehe dazu bereits oben Punkt 6.2 und 6.3) noch die Haftungsregel können - abgesehen vom Ausschluss der Haftung für Personenschäden (siehe dazu unten Punkt 12.1) - als unangemessen angesehen werden, sodass die beihilfenrechtlichen Überlegungen der beschwerdeführenden Partei schon mangels eines der mitbeteiligten Partei (oder anderen nachfragenden Unternehmen) eingeräumten Vorteils im beihilfenrechtlichen Sinne ins Leere gehen.

11. Die beschwerdeführende Partei rügt, dass die belangte Behörde es unterlassen habe, amtswegig den Sachverhalt zur Frage der Durchgängigkeit der Rohrzüge zu ermitteln. Die beschwerdeführende Partei zeigt jedoch die Relevanz des behaupteten Verfahrensmangels nicht auf, da sie nicht darlegt, zu welchem anderen Ergebnis die belangte Behörde bei Vornahme der nach Ansicht der beschwerdeführenden Partei erforderlichen weiteren Ermittlungen hätte kommen können.

12.1. Die beschwerdeführende Partei rügt, dass nach Punkt 12 der Mitbenutzungsanordnung die Haftung auch für Personenschäden bei leichter Fahrlässigkeit ausgenommen sei, was im Sinne des § 879 Abs 1 ABGB sittenwidrig sei.

12.1. Die beschwerdeführende Partei rügt, dass nach Punkt 12 der Mitbenutzungsanordnung die Haftung auch für Personenschäden bei leichter Fahrlässigkeit ausgenommen sei, was im Sinne des Paragraph 879, Absatz eins, ABGB sittenwidrig sei.

Die belangte Behörde führt dazu in ihrer Gegenschrift aus, dass die Anordnung in diesem Punkt auf die gesetzlichen Regelungen verweise und dass überdies der Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit, soweit gesetzlich zulässig, auf dem eigenen Antrag der beschwerdeführenden Partei beruhe. Die mitbeteiligte Partei äußert sich in ihrer Gegenschrift zu diesem Punkt nicht.

Festzuhalten ist, dass nach Punkt 12 der Mitbenutzungsanordnung die Anordnungspartner einander "nach den allgemeinen schadenersatzrechtlichen Bestimmungen für Schäden aus Vertragsverletzung (haften), jedoch nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit." Entgegen der Ansicht der belangten Behörde wird damit die Haftung nicht bloß im Rahmen des gesetzlich Zulässigen eingeschränkt, sondern ein Haftungsausschluss bei leichter Fahrlässigkeit vorgesehen, der in jedem Fall einer Vertragsverletzung - also auch wenn diese zu Personenschäden führt - gelten soll. Ein derartiger Haftungsausschluss für Personenschäden wäre aber nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (vgl das Urteil vom 24. März 1998, 1 Ob 400/97y, SZ 71/58) in Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch für nicht dem Anwendungsbereich des KSchG unterliegende Rechtsgeschäfte im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB nicht verbindlich. Für die von der belangten Behörde angeordneten Bedingungen der Mitbenutzung, die in ihrem allgemeinen Teil Geschäftsbedingungen im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB gleichen, kann nichts anderes gelten, sodass sich der Ausschluss der Haftung für Personenschäden im Falle leichter Fahrlässigkeit als rechtswidrig erweist. Der von der belangten Behörde hervorgehobene Umstand, dass die beschwerdeführende Partei selbst einen weitergehenden Haftungsausschluss beantragt hat, vermag daran nichts zu ändern, auch weil sich dieser Antrag bloß auf eine Begrenzung der eigenen Haftung der beschwerdeführenden Partei (nicht aber auch der mitbeteiligten Partei) richtete. Festzuhalten ist, dass nach Punkt 12 der Mitbenutzungsanordnung die Anordnungspartner einander "nach den allgemeinen schadenersatzrechtlichen Bestimmungen für Schäden aus Vertragsverletzung (haften), jedoch nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit." Entgegen der Ansicht der belangten Behörde wird damit die Haftung nicht bloß im Rahmen des gesetzlich Zulässigen eingeschränkt, sondern ein Haftungsausschluss bei leichter Fahrlässigkeit vorgesehen, der in jedem Fall einer Vertragsverletzung - also auch wenn diese zu Personenschäden führt - gelten soll. Ein derartiger Haftungsausschluss für Personenschäden wäre aber nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes vergleiche , das Urteil vom 24. März 1998, 1 Ob 400/97y, SZ 71/58) in Allgemeinen

Geschäftsbedingungen auch für nicht dem Anwendungsbereich des KSchG unterliegende Rechtsgeschäfte im Sinne des Paragraph 879, Absatz 3, ABGB nicht verbindlich. Für die von der belangten Behörde angeordneten Bedingungen der Mitbenutzung, die in ihrem allgemeinen Teil Geschäftsbedingungen im Sinne des Paragraph 879, Absatz 3, ABGB gleichen, kann nichts anderes gelten, sodass sich der Ausschluss der Haftung für Personenschäden im Falle leichter Fahrlässigkeit als rechtswidrig erweist. Der von der belangten Behörde hervorgehobene Umstand, dass die beschwerdeführende Partei selbst einen weitergehenden Haftungsausschluss beantragt hat, vermag daran nichts zu ändern, auch weil sich dieser Antrag bloß auf eine Begrenzung der eigenen Haftung der beschwerdeführenden Partei (nicht aber auch der mitbeteiligten Partei) richtete.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu Zusammenschaltungsanordnungen, die auch auf den hier vorliegenden Fall einer (ebenso vertragsersetzenden) Mitbenutzungsanordnung anzuwenden ist, kommt eine bloß teilweise Aufhebung, die in das auch der vertragsersetzenden Anordnung innewohnende Äquivalenzgefüge eingreift, jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn der betroffene Teil der Anordnung einen inhaltlichen Zusammenhang mit anderen Anordnungsteilen aufweist und nach dem Willen der Parteien des Verwaltungsverfahrens einen wesentlichen Bestandteil der Anordnung bildet, sodass er vom übrigen Bescheidinhalt nicht getrennt werden kann (vgl. uva den hg Beschluss vom 20. Juni 2012, ZI 2009/03/0060). Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu Zusammenschaltungsanordnungen, die auch auf den hier vorliegenden Fall einer (ebenso vertragsersetzenden) Mitbenutzungsanordnung anzuwenden ist, kommt eine bloß teilweise Aufhebung, die in das auch der vertragsersetzenden Anordnung innewohnende Äquivalenzgefüge eingreift, jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn der betroffene Teil der Anordnung einen inhaltlichen Zusammenhang mit anderen Anordnungsteilen aufweist und nach dem Willen der Parteien des Verwaltungsverfahrens einen wesentlichen Bestandteil der Anordnung bildet, sodass er vom übrigen Bescheidinhalt nicht getrennt werden kann vergleiche , uva den hg Beschluss vom 20. Juni 2012, ZI 2009/03/0060).

Ein derartiger Fall liegt aber hier nicht vor:

Die in Punkt 12 der Mitbenutzungsanordnung - überwiegend durch einen Verweis auf die gesetzlichen Bestimmungen - getroffene Regelung der Haftung betrifft nicht den Hauptgegenstand der Mitbenutzung bzw des dafür zu leistenden Entgelts oder andere primäre Pflichten der Parteien des Verwaltungsverfahrens im Zusammenhang mit der Mitbenutzungsanordnung, sondern regelt Rechtsfolgen für den Fall des anordnungswidrigen Handelns und hängt auch mit anderen Anordnungsteilen nicht inhaltlich zusammen. Weder die beschwerdeführende Partei, die sich diesbezüglich (nur) gegen den Ausschluss der Haftung für Personenschäden bei leichter Fahrlässigkeit wendet, noch die mitbeteiligte Partei, die sich in ihrer Gegenschrift zum Beschwerdevorbringen betreffend die Haftungsregelung nicht äußert, legen dar, dass es sich nach ihrem Willen um einen wesentlichen Bestandteil der Anordnung handeln würde; auch die belangte Behörde hat nichts vorgebracht, was auf eine Untrennbarkeit dieser Haftungsregelung mit anderen Anordnungsteilen schließen lassen könnte.

Gemäß § 42 Abs 3a VwGG idFBGBl I Nr 51/2012 kann der Verwaltungsgerichtshof in der Sache selbst entscheiden, wenn sie entscheidungsreif ist und die Entscheidung in der Sache selbst im Interesse der Einfachheit, Zweckmäßigkeit und Kostenersparnis liegt. Gemäß Paragraph 42, Absatz 3 a, VwGG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 51 aus 2012, kann der Verwaltungsgerichtshof in der Sache selbst entscheiden, wenn sie entscheidungsreif ist und die Entscheidung in der Sache selbst im Interesse der Einfachheit, Zweckmäßigkeit und Kostenersparnis liegt.

Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall gegeben, da sich lediglich die von der belangten Behörde vorgenommene Regelung der Haftung in Punkt 12 der Mitbenutzungsanordnung zum Teil als rechtswidrig erweist und eine entsprechende geringfügige Anpassung der Haftungsregelung, mit der den insoweit zutreffenden Bedenken der beschwerdeführenden Partei Rechnung getragen wird, durch den Verwaltungsgerichtshof möglich ist, ohne dass dadurch in das auch der Mitbenutzungsanordnung innewohnende Äquivalenzgefüge eingegriffen wird.

12.2. Die beschwerdeführende Partei wendet sich im Übrigen auch deshalb gegen die getroffene Haftungsregelung, weil diese zur Folge habe, dass die beschwerdeführende Partei Schadenersatzforderungen ausgesetzt sein könnte, wenn die Leerverrohrungen auf Grund ihres schlechten Erhaltungszustandes nicht mehr benützt werden können oder das Eigentum der mitbeteiligten Partei einen Schaden erleide.

Dem ist zu entgegnen, dass die gerügte Haftungsregelung in Punkt 12 der Mitbenutzungsanordnung auf die allgemeinen schadenersatzrechtlichen Bestimmungen - und damit auf die vom Gesetzgeber vorgenommenen

Wertungen - verweist und darüber hinaus noch die Einschränkung trifft, dass für leichte Fahrlässigkeit nicht einzustehen ist. Eine von der beschwerdeführenden Partei in ihrer Beschwerde angenommene Verpflichtung, "eine offensichtlich mangelhaft Sache einem Dritten zur Verfügung zu stellen, ohne gleichzeitig Vorsorge treffen zu können, für offensichtliche Mängel nicht zu haften," kann dem angefochtenen Bescheid daher nicht entnommen werden.

Soweit sich dieses Vorbringen aber der Sache nach gegen die Anordnung der Wartungs- bzw Instandhaltungspflicht in Punkt 6 der Mitbenutzungsanordnung wendet, unterlässt es die beschwerdeführende Partei, konkret darzulegen, inwieweit diese Verpflichtung dazu führe, dass die Einräumung des Mitbenutzungsrechts im Sinne des § 8 Abs 1a iVm Abs 1 TKG 2003 wirtschaftlich nicht zumutbar wäre. Soweit sich dieses Vorbringen aber der Sache nach gegen die Anordnung der Wartungs- bzw Instandhaltungspflicht in Punkt 6 der Mitbenutzungsanordnung wendet, unterlässt es die beschwerdeführende Partei, konkret darzulegen, inwieweit diese Verpflichtung dazu führe, dass die Einräumung des Mitbenutzungsrechts im Sinne des Paragraph 8, Absatz eins a, in Verbindung mit Absatz eins, TKG 2003 wirtschaftlich nicht zumutbar wäre.

13. Der angefochtene Bescheid war daher gemäß § 42 Abs 3a VwGG im Hinblick auf den Ausschluss der Haftung für Personenschäden im Falle leichter Fahrlässigkeit abzuändern. Im Übrigen war die Beschwerde gemäß § 42 Abs 1 VwGG als unbegründet abzuweisen. 13. Der angefochtene Bescheid war daher gemäß Paragraph 42, Absatz 3 a, VwGG im Hinblick auf den Ausschluss der Haftung für Personenschäden im Falle leichter Fahrlässigkeit abzuändern. Im Übrigen war die Beschwerde gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Ausspruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2008, BGBl II Nr 455. Der Ausspruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2008, Bundesgesetzblatt , II Nr 455.

Wien, am 22. Mai 2013

Schlagworte

Trennbarkeit gesonderter Abspruch Ermessen VwRallg8 Auslegung Anwendung der Auslegungsmethoden Verhältnis der wörtlichen Auslegung zur teleologischen und historischen Auslegung Bedeutung der Gesetzesmaterialien VwRallg3/2/2

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2013:2010030004.X00

Im RIS seit

03.07.2013

Zuletzt aktualisiert am

05.10.2017

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at