

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

19.12.2013

Geschäftszahl

2011/03/0233

Beachte**Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):**

2011/03/0234

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Jabloner und die Hofräte Dr. Handstanger und Mag. Samm als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Zeleny, in den Beschwerdesachen der Silver Server GmbH in Wien, vertreten durch Mag. Isabelle Pellech, Rechtsanwältin in 1080 Wien, Lerchenfelder Straße 88-90/22A, gegen die Bescheide der Telekom-Control-Kommission vom 17. Oktober 2011, Zlen D 1/11-49, (protokolliert zur hg Zl 2011/03/0233) und D 1/11-50 (protokolliert zur hg Zl 2011/03/0234), betreffend Mitbenützungsrechte nach dem TKG 2003 (mitbeteiligte Partei:

WIEN ENERGIE GmbH in Wien, vertreten durch Mag. Dr. Bertram Burtscher, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Seilergasse 16; weitere Partei: Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie), den Beschluss gefasst:

Spruch

Die Beschwerden werden zurückgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 und der mitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit den angefochtenen Bescheiden hat die belangte Behörde jeweils gemäß §§ 8 ff iVm § 117 Z 1 TKG 2003 vertragsersetzende Regelungen zwischen der Beschwerdeführerin und der mitbeteiligten Partei betreffend die Mitbenutzung von unbeschalteten Glasfasern auf jeweils näher konkretisierten Strecken angeordnet ("Mitbenutzungsanordnung").

Diese Anordnungen umfassen jeweils unterschiedliche Regelungsinhalte:

In Punkt 1. wird der "Anordnungsgegenstand" konkretisiert (iW durch Beschreibung der mitzubeneutzenden Glasfaserverbindung), Punkt 2. über "Beginn und Umfang der Mitbenutzung" trifft Regelungen über den Inhalt der Mitbenutzung und zeitliche Schranken seiner Ausübung. Weitere Bestimmungen betreffen "Berechtigungsverhältnisse" (Punkt 3.), "Abwicklung" (Punkt 4.), technische Rahmenbedingungen und Regelungen betreffend Wartung bzw Instandsetzung der Anlagen sowie deren Änderung (Punkte 5. bis 7.).

Im Punkt 8. werden Regelungen betreffend die "Entgelte" getroffen, wobei der Unterpunkt 8.1 überschrieben ist mit "Beginn der Entgeltzahlungspflicht und Höhe des monatlichen Entgelts" und ein monatliches Entgelt ab Übergabe basierend auf einem Betrag von EUR 0,314 (D 1/11-49) bzw EUR 0,322 (D 1/11-50) pro Kabelmeter bestimmt.

Weitere Regelungen unter dem Punkt 8. (Entgelte) betreffen die Wertsicherung des monatlichen Entgelts sowie dessen Anpassung wegen Änderung des durchschnittlichen netzweiten Belegungsgrades und Regelungen über sonstige Entgelte, Fälligkeit, Verzugszinsen und Sicherheitsleistungen.

Schließlich werden Anordnungen betreffend näher konkretisierte "weitere Pflichten des Nutzungsgebers" (Punkt 9.), bzw des Nutzungsberechtigten (Punkt 10.), sowie Haftungs-, Kündigungs- und Schlussbestimmungen (Punkte 11. bis 13.) getroffen.

Gegen diese Bescheide richten sich die vorliegenden Beschwerden.

Die Bescheide werden jeweils nur hinsichtlich ihres Unterpunktes 8.1 "Entgelte - Beginn der Entgeltzahlungspflicht und Höhe des monatlichen Entgelts" angefochten. Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung der angefochtenen Bescheide jeweils im Umfang des Spruchpunktes I A Unterpunkt 8.1 wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes, in eventu wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag auf kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde. Die Mitbeteiligte erstattete ebenfalls eine Gegenschrift mit dem Antrag auf kostenpflichtige Zurück-, in eventu Abweisung der Beschwerde.

Die Anordnung der Mitbenutzung im Streitfall gemäß § 9 Abs 2 TKG 2003 stellt eine vertragsersetzende Regelung des Mitbenutzungsverhältnisses dar (vgl die hg Erkenntnisse vom 28. November 2013, ZI 2011/03/0124, und vom 22. Mai 2013, ZI 2010/03/0004), wobei von der Behörde mit dem Ziel der Herstellung eines fairen Ausgleichs der jeweiligen Interessen jene Regelungen zu treffen sind, die ansonsten von den Parteien des Mitbenutzungsvertrags selbst zu vereinbaren gewesen wären. Bei der konkreten Ausgestaltung der Mitbenutzungsbedingungen kommt der Regulierungsbehörde im Rahmen der von ihr zu treffenden "schiedsrichterlich-regulatorischen Entscheidung" notwendigerweise ein weiterer Ermessensspielraum zu, soweit nicht die anzuwendenden Rechtsvorschriften konkrete Vorgaben vorsehen.

Eine bloß teilweise Aufhebung der Mitbenutzungsanordnung, die in das der vertragsersetzenden Anordnung innewohnende Äquivalenzgefüge eingreift, kommt 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. In einem derartigen Fall (also bei inhaltlichem Zusammenhang mit anderen Teilen der Anordnung, die nach dem Parteiwillen wesentliche Bestandteile sind) ist die Mitbenutzungsanordnung zur Gänze aufzuheben, auch wenn die geltend gemachte Rechtswidrigkeit nur einen Teil betrifft, bzw eine Beschwerde, die sich ausdrücklich nur gegen einen untrennbaren Teil des Bescheids richtet, zurückzuweisen (vgl den hg Beschluss vom 20. Juni 2012, 2009/03/0060, mwN).

Von einer solchen Konstellation ist auch in den vorliegenden Beschwerdefällen - wie die belangte Behörde und die Mitbeteiligte in ihren Gegenschriften zutreffend vorbringen - auszugehen:

Die Beschwerdeführerin hat ausdrücklich und unmissverständlich nur einen Teil der Mitbenutzungsanordnung, nämlich die Festlegung der monatlichen Entgelte, angefochten. Bei dieser Entgeltsfestlegung handelt es sich aber um einen untrennbaren Teil des angefochtenen Bescheids.

Da nach der Rechtsprechung ein untrennbarer Teil eines Bescheids nicht bekämpft werden kann, waren die Beschwerden gemäß § 34 Abs 1 und 3 VwGG wegen offenbar Unzuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofs in nichtöffentlicher Sitzung mit Beschluss zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl II Nr 455.

Wien, am 19. Dezember 2013