


 [Österreichische Juristen-Zeitung]
ÖJZ

Leitsatzkartei**Nr 1 – 12****Beiträge****1 Schutz des Lebens und Kenntnis der eigenen Abstammung**

Bea Verschraegen

13 Zivilgerichte versus Regulatoren

Hannes Lattenmayer

**Evidenzblatt
Nr 1 – 8****22** Schockschaden eines beim Unfall nicht anwesenden Kindes der Verletzten**26** Einsichtsrecht des Betriebsrats in die Aufzeichnungen des Arbeitgebers**27** Keine Ordination mangels inländischer Gerichtsbarkeit**30** Anhebung der Unterhaltsvorschüsse**31** Ausreichende Konkretisierung der Forderungsanmeldung**MRK****36** Eintrittsrecht in ein Mietverhältnis eines homosexuellen Lebensgefährten**Redaktion**

Herbert Steininger (Chefredakteur)

Robert Fucik

Herbert Zeizinger

Evidenzblatt

Helmut Gamerith

Gerhard Hager

Erich Kodek

MRK-Entscheidungen

Wolf Okresek

Jänner 2004

01**MANZ** 

Zivilgerichte versus Regulatoren

Zuständigkeitsabgrenzung, Vorfagen und Bindung¹⁾

In den liberalisierten Sektoren treffen die Regulatoren Entscheidungen hinsichtlich der Zusammenschaltung bzw des Netzzugangs, die die vertraglich nicht zu Stande gekommenen Vereinbarungen zwischen den Parteien ersetzen.²⁾ Trotz des privatrechtlichen, synallagmatischen Charakters dieser Zusammenschaltungs- bzw Netzzugangsentscheidungen handelt es sich dabei um Bescheide.³⁾ Darüber hinaus entscheiden die Regulatoren über die Rechtmäßigkeit der Zugangsverweigerung. Dieser Artikel soll die Wirkung und das Zusammenspiel dieser Entscheidungen in nachfolgenden zivilgerichtlichen Verfahren beleuchten.⁴⁾

Von Hannes Lattenmayer

Inhaltsübersicht:

- A. Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Zivilgerichten und Regulatoren
 - 1. Allgemein
 - 2. Identität der Rechtssache (eadem causa)
 - 3. Parallele Zuständigkeiten in zivil- und verwaltungsrechtlichen Verfahren
 - 4. Zuständigkeiten in Zusammenschaltungs- bzw Netzzugangsverfahren
 - 5. Zuständigkeiten in Netzzugangsverweigerungsverfahren
 - 6. Kompetenzkonflikte zwischen Zivilgerichten und Regulatoren
- B. Vorfagen
 - 1. Verfahrensunterbrechung in zivilgerichtlichen Verfahren
 - 2. Besondere Regeln in Liberalisierungsgesetzen
 - 3. Verfahrensunterbrechung in verwaltungsrechtlichen Verfahren
- C. Bindung
 - 1. Diskussion in der Literatur
 - 2. Uneinheitliche Rechtsprechung
 - 3. Kurzdarstellung der allgemeinen Bindungsregeln
 - a) Bindung in den Liberalisierungsgesetzen
 - b) Tatbestandswirkung
 - 4. Aufsichtsbehördlich überprüfte AGB und Entgelte
 - 5. Feststellung der marktbeherrschenden Stellung
 - 6. Marktdefinition
 - 7. Vorabverpflichtungen
 - a) Exkurs: Janusköpfiger Verwaltungsakt
 - b) Einordnung von Vorabverpflichtungen
 - c) Bindungswirkung von Vorabverpflichtungen
 - 8. Zusammenschaltungs- und Netzzugangsentscheidungen
 - 9. Feststellung der Rechtfertigung von Zugangsverweigerungen

A. Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Zivilgerichten und Regulatoren

1. Allgemein

Nach Art 82 ff B-VG können durch einfache Bundesgesetze Gebiete des Zivilrechts an VerwaltungsBeh und umgekehrt verwiesen werden.⁵⁾ Art 6 Abs 1 MRK schränkt dies insofern ein, als im Fall von „civil rights“ Zugang zu einem Tribunal iSd MRK offen stehen muss. Eine Ausnahme von der Kompetenz der Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen muss in einem „besonderen Gesetz“ klar und eindeutig festgeschrieben sein.⁶⁾ Gem § 6 Abs 2 AVG kann die Zuständigkeit einer Beh durch Parteienvereinbarung weder begründet noch geändert werden. Fehlen ausdrückliche Zuständigkeitsregelungen, so sind nach § 1 JN die ordentlichen Zivilgerichte zur Entscheidung über bürgerliche Streitigkeiten zuständig. Die Liberalisierungsgesetze⁷⁾ enthalten zahlreiche Kompetenztatbestände, die die Entscheidung über dem Wesen nach zivilrechtliche Rechtsverhältnisse den Regulatoren übertragen.⁸⁾ →

- 1) Der Autor dankt Univ.-Prof. Dr. Bernhard Raschauer und Mag Katja Bratschovsky für die hilfreichen Anmerkungen und die weiterführenden Anregungen.
- 2) § 121 Abs 3 TKG 2003; § 41 Abs 3 Satz TKG 1997; § 26 NÖ EWG; § 29 GWG.
- 3) Schwartz, MuR 2001, 59; Raschauer ÖZW, 2000, 65.
- 4) Nicht jedoch das Zusammenwirken der Regulatoren mit den Kartell-Beh; dazu vgl Zellhofer. *ecolex* 2002, 722; Lattenmayer, Beilage MR 2002 IV, 1; Thurnher, RdW 2000, 502; Stockenhuber, ÖZW 2001, 37; Wollmann, *ecolex* 2000, 548. Dieser Artikel untersucht die Grundsätze des Zusammenwirkens der Zivilgerichte mit den Regulatoren nach nationalem Recht; europarechtliche Überlegungen können in Einzelfällen zu anderen Ergebnissen führen (Lattenmayer, *ecolex* 2003, 712).
- 5) Fasching, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts² (1990) Rz 18; Mayer, B-VG³ (2002) Art 94, I; Antonioli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 57.
- 6) OGH, JBl 1998, 177.
- 7) Das TelekommunikationsG – TKG 2003 (BGBl I 2003/70; sowie davor TKG 1997 BGBl I 1997/100 idF BGBl I 2002/134), das GaswirtschaftsG – GWG (BGBl I 2000/121 idF BGBl I 2002/148) und das Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsG – EIWOG (BGBl I 1998/143 idF BGBl I 2000/121) werden im Folgenden zusammen als Liberalisierungsgesetze bezeichnet.
- 8) Insb die Entscheidung über Zusammenschaltungs- und Netzzugangsvereinbarungen nach § 50 TKG 2003, über die Rechtmäßigkeit der

ÖJZ 2004/2

§ 1 JN;
§ 190 ZPO;
§§ 38, 68 AVG;
Art 94 B-VG;
§§ 4, 5 StarkstromwegeG

EGMR 13. 2. 2003,
BeschwNr
42326/98,
Odièvre gg
Frankreich

Vorabverpflichtung,
Liberalisierung,
Zusammenschaltung,
Netzzugangsverweigerung

Fraglich ist, ob dasselbe (Zusammenschaltungs- bzw Netzzugangs-)Begehren sowohl über den Verwaltungsweg als auch im Zivilrechtsweg geltend gemacht werden kann, oder ob sich derartige Zuständigkeiten ausschließen.

2. Identität der Rechtsache (eadem causa)

Im Zuge der Bestimmung der Grenzen der materiellen Rechtskraft, insb hinsichtlich der Einmaligkeits- und Bindungswirkung, wurden in Zivilverfahren verschiedene Streitgegenstandstheorien entwickelt.⁹⁾ Nach der herrschenden zweigliedrigen Streitgegenstandstheorie liegt Identität des Anspruchs vor, wenn zwischen denselben Parteien hinsichtlich desselben Sachverhalts dasselbe Begehren (oder ein quantitatives minus oder das begriffliche Gegenteil)¹⁰⁾ auf die selben vorgebrachten bzw festgestellten Tatsachen gestützt gefordert wird.¹¹⁾

Ebenso sind im Verwaltungsrecht Kriterien für die Grenzen der materiellen Rechtskraft (insb Unwiederholbarkeit,¹²⁾ Bindungs-,¹³⁾ Tatbestands- und Gestaltungswirkung) entwickelt worden.¹⁴⁾ Gegenstand der materiellen Rechtskraft ist der im Bescheid enthaltene Abspruch über die verwaltungsrechtliche Angelegenheit, die durch den Bescheid ihre Erledigung gefunden hat, uzw aufgrund der Rechtslage, wie sie in dem von der Beh angenommenen Sachverhalt zum Ausdruck kommt.¹⁵⁾ Insb ist die Unterstellung desselben Sachverhaltes unter andere Rechtsvorschriften nicht mehr dieselbe Verwaltungssache.¹⁶⁾ Geänderte Rechtsvorschriften können uU eine erneute Behandlung desselben Sachverhalts erfordern.¹⁷⁾ Identität liegt vor, wenn sich die Rechtsache nur dadurch unterscheidet, dass von den Parteien bisher noch nicht ins Treffen geführte Rechtsfragen aufgegriffen werden. Identität mit einer rechtskräftigen Entscheidung ist auch gegeben, wenn die Entscheidung auf einem mangelhaften Ermittlungsverfahren oder einer unvollständigen oder unrichtigen rechtlichen Beurteilung beruht.¹⁸⁾

3. Parallele Zuständigkeiten in zivil- und verwaltungsrechtlichen Verfahren

Uneinigkeit besteht in der Lehre¹⁹⁾ hinsichtlich der Frage, ob der gleiche Rechtsstreit Gegenstand eines verwaltungsbehördlichen und eines zivilgerichtlichen Verfahrens sein kann. Nach *Raschauer* ist im Umfang der verwaltungsbehördlichen Kompetenz die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte im Licht des Art 83 Abs 2 B-VG ausgeschlossen.²⁰⁾ Nach dem VfGH verbietet das Prinzip der Gewaltentrennung gem Art 94 B-VG lediglich, dass Gerichte – mit der Ausnahme jener des öff Rechts – Entscheidungen von VerwaltungsBeh überprüfen und umgekehrt. Es widerspricht aber nicht Art 94 B-VG, wenn ein und dieselbe Rechtsfrage je nach ihrem Zusammenhang einmal von einem Gericht und einmal von einer VerwaltungsBeh beantwortet wird^{21), 22)}

Die Rsp des OGH hinsichtlich Art 94 B-VG ist nicht eindeutig. Zum einen dürfen nach dem Grundsatz der Gewaltentrennung bestimmte Aufgaben der Vollziehung nur entweder der Gerichtsbarkeit oder der Verwaltung, dagegen nicht sowohl der Gerichtsbarkeit als

auch der Verwaltung übertragen werden. Es sei daher nicht zulässig, dass Gerichte und VerwaltungsBeh zur Entscheidung in derselben Sache berufen sind.²³⁾ Der OGH hat aber auch ausgesprochen, dass der Grundsatz der Trennung der Justiz von der Verwaltung lediglich das Verbot beinhaltet, dieselbe Beh gleichzeitig als Gericht und VerwaltungsBeh einzurichten, sowie dass Gericht und VerwaltungsBeh dieselbe Frage, sei es im Zusammenwirken, sei es im Instanzenweg, entscheiden.²⁴⁾ In einem Amtshaftungsfall stellte der OGH fest, dass die Entscheidung über die Rückstellung von beschlagnahmten Gegenständen und über Geldersatz – soweit die beschlagnahmten Gegenstände nicht mehr vorhanden sind – sowohl Gegenstand eines Verwaltungsverfahren als auch eines zivilgerichtlichen Verfahrens sein kann.²⁵⁾ Ebenso kann nach der Rsp des OGH ein durch eine eigenmächtige Neuerung beschwerter Grundeigentümer und Wasserberechtigter den gleichen Rechtsstreit sowohl vor der WasserrechtsBeh²⁶⁾ als auch vor den Zivilgerichten²⁷⁾ austragen. Für die Zuständigkeit der Zivilgerichte komme es lediglich darauf an, ob der Kläger bzw Antragssteller seine Ansprüche auf einen Privatrechtstitel stützt oder diese aus einem öff-rechtl Titel ableitet.²⁸⁾

4. Zuständigkeiten in Zusammenschaltungs- bzw Netzzugangsverfahren

Der Anspruch auf Erlass einer Zusammenschaltungs- bzw Netzzugangsentscheidung durch die Regulatoren ist öff-rechtl Natur, weil die Parteien der Beh gegenüber im Verhältnis der Über-/Unterordnung stehen.²⁹⁾ Die

Verweigerung des Netzzugangs nach den §§ 19 Abs 4, 20 Abs 2, (25 Abs 3,) 39 Abs 4 GWG bzw nach § 20 Abs 2 EIWOG, über Preise nach §§ 23a Abs 1, 23d Abs 1, 23e GWG bzw nach § 55 Abs 1 EIWOG, über Mitbenutzung nach § 9 Abs 2 TKG 2003 sowie im Fall der Streitschlichtung nach § 122 TKG 2003, § 21 Abs 1 und 3 GWG und nach § 21 Abs 1 EIWOG, über Vorabverpflichtungen nach § 37 Abs 2 TKG 2003 .

9) *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren⁶ (2003) Rz 251 ff und 700.
 10) Ein verneinender Urteilsspruch bejaht jedoch nicht sein begriffliches Gegenteil.
 11) VfSlg 13.337/1993, OGH 15. 12. 1997, 1Ob60/97 y.
 12) Vgl § 68 Abs 1 AVG.
 13) Vgl § 38 AVG.
 14) *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrenrecht⁶ (2003) Rz 480 ff.
 15) VwGH 12. 10. 1993, 90/07/0039; VwGH 21. 6. 1994, 90/07/0097.
 16) *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrenrecht⁶ (2003) Rz 483; VwGH 14. 12. 1994, 94/12/0141.
 17) VwGH 14. 12. 1994, 94/03/0067.
 18) *Walter/Thienel*, Verwaltungsverfahrensgesetze I⁶, § 68 E 101.
 19) *Mayer*, (FN 5) Art 94, Id; *Mayer*, ÖZW 1991, 97; *Antonilli/Koja*, (FN 5) 63 ff, 86 f; *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1998) 501 ff.
 20) *Raschauer*, ÖZW 2000, 65.
 21) VfSlg 10.476/1985; aA *Mayer*, B-VG² (1997) Art 94, I., in der 3. Aufl (2002) wird VfSlg 10.476 nicht mehr zitiert; vgl auch VfSlg 7021/1973.
 22) AA VfSlg 2909/1955, in der es als verfassungswidrig angesehen wird, wenn dieselbe Sache von einem Gericht bzw von einer VerwaltungsBeh behandelt werden kann, ohne dass es objektiv erfassbare Voraussetzungen für die Zuständigkeitsabgrenzung gibt, insb wenn die Entscheidung über die Zuständigkeit im Ermessen der Vollziehungsorgane liegt.
 23) OGH 1 Ob 329/97 g; 1 Ob 32/93.
 24) OGH 10 ObS 21/88 = JBl 1989, 736 = SZ 62/117.
 25) OGH 1 Ob 32/93.
 26) Gestützt auf § 138 Abs 1 WRG.
 27) Gestützt auf § 364 Abs 2 ABGB.
 28) OGH 1 Ob 26/77 = SZ 51/41; 1 Ob 23/77 = SZ 50/109; 1 Ob 338/75 = SZ 49/7; 1 Ob 23/93 = JBl 1994, 169; 1 Ob 23/93; 1 Ob 25/95.
 29) *Schwartz*, MuR 2001, 59.

öff-rechtl Natur des Zusammenschaltungs- bzw Netzzugangsanspruchs ändert sich auch nicht dadurch, dass die Zusammenschaltungs- bzw Netzzugangsentscheidungen die von den Parteien abzuschließende Vereinbarung ersetzen.³⁰⁾ Im Zuständigkeitsbereich der Regulatoren ist daher die Zweifelsregelung des § 1 JN nicht anzuwenden. Soweit eine Kompetenz von Regulatoren besteht, sind Zivilgerichte nicht für die Anordnung der Zusammenschaltung oder des Netzzugangs nach den Liberalisierungsgesetzen zuständig.

Streitigkeiten, für die es keine besondere³¹⁾ Zuständigkeit der Regulatoren gibt (insb hinsichtlich Vertragserfüllungs- und Schadenersatzansprüchen) sind jedoch als bürgerliche Streitigkeiten vor den Zivilgerichten auszutragen.

Unter bestimmten Umständen kann sich ein Kontrahierungszwang hinsichtlich der Zusammenschaltung bzw der Gewährung des Netzzugangs aus dem allgemeinen zivilrechtlichen Grundsatz der guten Sitten iSd § 879 Abs 1 ABGB ergeben,³²⁾ sowie aus dem wettbewerbsrechtsrechtlichen Generaltatbestand³³⁾ des § 1 UWG, aus den kartellrechtlichen Missbrauchverboten einer marktbeherrschenden Stellung nach Art 82 EGV,³⁴⁾ aus § 35 Abs 1 KartG³⁵⁾ oder etwa aus dem Nahversorgungsg.³⁶⁾ Da es sich hierbei um zivilrechtliche Ansprüche handelt und keine besondere Zuständigkeit einer VerwaltungsBeh besteht, sind die Zivilgerichte für die Durchsetzung eines derartigen Kontrahierungszwangs zuständig.³⁷⁾ Die Voraussetzungen des Kontrahierungszwangs der zitierten Normen sind deutlich enger; von einem Verfahren vor den Zivilgerichten ist nicht die Effizienz, Fachkompetenz und Kürze eines Verfahrens wie vor der RegulierungsBeh zu erwarten. Es ergibt daher idR keinen Sinn ein Verfahren vor den Zivilgerichten anzustrengen.

Neben den Netzzugangs- oder Zusammenschaltungsverfahren können die Parteien aber auch ein Missbrauchsverfahren bei der RegulierungsBeh oder dem Kartellgericht anregen, wenn die entsprechenden Voraussetzungen dafür erfüllt sind. Die Zuständigkeit in Netzzugangs- oder Zusammenschaltungsverfahren kann nicht durch ein mögliches Einschreiten der RegulierungsBeh oder des Kartellgerichts unter der Missbrauchsaufsicht beschränkt werden, weil sich die jeweiligen Verfahren auf unterschiedliche Anspruchsgrundlagen stützen.

5. Zuständigkeiten in Netzzugangsverweigerungsverfahren

Im EIWOG³⁸⁾ und im GWG³⁹⁾ finden sich zahlreiche Bestimmungen, nach denen die RegulierungsBeh innerhalb kurzer Fristen auf Antrag über die Rechtmäßigkeit von Zugangsverweigerungen zu entscheiden haben. Die ErläutRV zum EIWOG⁴⁰⁾ sehen in der Feststellung der Rechtmäßigkeit eine „reine Maßnahme der Elektrizitätsaufsicht“; eine solche Feststellung ist Klagsvoraussetzung für das Leistungsbegehren auf Gewährung des Netzzugangs vor den Gerichten. Nach dem AB zum EIWOG ist die Ermächtigung (damals des BMwA und jetzt der Energie-Control Kommission) hinsichtlich der Feststellung der Rechtmäßigkeit der Verweigerung des Netzzugangs ausschließlich, sodass diese Frage

von den Gerichten nicht geprüft werden kann. Mit dem Energie-RegulierungsbehördenG – E-RBG⁴¹⁾ wurde die sukzessive Zuständigkeit der Energie-Control Kommission eingeführt, sodass die Entscheidung über die Netzzugangsverweigerung nach § 16 Abs 3 E-RBG außer Kraft tritt, wenn innerhalb von 4 Wochen die Zivilgerichte angerufen werden. Wird der Antrag auf gerichtliche Entscheidung jedoch wieder zurückgezogen, so tritt die ursprüngliche Entscheidung der Energie-Control Kommission wieder in Kraft. Damit ist die Zuständigkeit zwischen den Zivilgerichten und der Energie-Control Kommission eindeutig abgegrenzt.

6. Kompetenzkonflikte zwischen Zivilgerichten und Regulatoren

Über positive wie auch negative Kompetenzkonflikte zwischen den Gerichten und VerwaltungsBeh entscheidet nach Art 138 Abs 1 lit a B-VG der VfGH. Dabei legt der VfGH den Begriff der Identität der Sache nicht allzu streng aus, da sich gewisse Verschiedenheiten in der Geltendmachung des Anspruchs schon daraus ergeben müssen, dass die Verteilung der Zuständigkeiten von materiellrechtlichen Momenten abhängig ist, die bei der gerichtlichen Geltendmachung anders geartet sind als bei der Geltendmachung vor den VerwaltungsBeh.⁴²⁾

In einer sehr kasuistischen Rsp grenzt der VfGH die Zuständigkeit der Zivilgerichte von jenen der VerwaltungsBeh ab. Der Umstand, dass die ordentlichen Gerichte und die VerwaltungsBeh eine Rechtssache jeweils nach anderen Rechtsnormen zu beurteilen haben, schließt eine Identität des Streitgegenstandes aus.⁴³⁾ So fallen zivilrechtliche Ansprüche – wie etwa aus ungerechtfertigter Bereicherung – grundsätzlich in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte. Diese Zuständigkeit ist jedoch nicht gegeben, wenn die den ungerechtfertigten Vermögenszuwachs auslösende Verfügung auf einem öff-rechtl Titel beruht.⁴⁴⁾ Der VfGH hält neben der Aufgabe der AgrarBeh, die Bewirtschaftung von agrargemeinschaftlichen Grundstücken zu überwachen und die rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse zu regulieren, eine Benützungregelung durch die Zivilgerichte für unzulässig.⁴⁵⁾ →

30) § 121 Abs 3 TKG 2003, § 41 Abs 3 TKG 1997.

31) ZB § 50 Abs 1 TKG 2003 (§§ 34 Abs 3, 37 Abs 3 TKG 1997).

32) ÖBl 1997, 107.

33) Vgl OGH ÖBl 1994, 66 – Linzer Strassenbahnen; OGH wbl 1998, 318 – Servicegutschein.

34) EuGH Magill Slg 1995, I-743.

35) Das Kartellgericht ist nur zuständig, den Missbrauch abzustellen, nicht aber eine entsprechende Zusammenschaltungs- bzw Netzzugangsentscheidung zu erlassen.

36) BGBl 1977/392 idF BGBl I 2001/136.

37) Vgl § 31 Abs 3 2. Satz WrEIWOG 2001 (Wr LGBl 2001/72).

38) § 20 Abs 2 EIWOG.

39) §§ 19 Abs 4, 20 Abs 2, 39 Abs 4 GWG.

40) RV 1108 BlgNr 20. GP und heizu AB 1305, 133. Die Mat zum GWG schweigen hingegen von dieser Fragestellung.

41) BGBl I 2000/121 idF I 2002/148. Dass § 39 Abs 4 GWG nicht in § 16 Abs 1 und 3 E-RBG erwähnt ist, stellt anscheinend ein Redaktionsversehen dar.

42) VfGH 3. 3. 2001, KI-2/99.

43) VfSlg 13.337/1993.

44) VfSlg 5.386/1996, 8.065/1977.

45) VfGH 12. 3. 1998, KI-1/98 = VfSlg 15.353/1998; VfSlg 14.553/1996. Im Unterschied zur TKK hat die AgrarBeh die umfassende Zuständigkeit zur Regulierung, Ablöse und Sicherung der Nutzungsrechte im öff Interesse; vgl VfSlg 13.440/1993; zur Durchsetzung von Ansprüchen vgl Lattenmayer, ecolex 2001, 486.

Wendet man diese Rsp auf das Verhältnis der Regulatoren zu den Zivilgerichten an, so ist – wie bereits dargelegt – ersichtlich, dass im Bereich der Zuständigkeit der Regulatoren zur Regelung der Zusammenschaltung bzw des Netzzugangs nach den Liberalisierungsgesetzen kein Raum für die Zuständigkeit der Zivilgerichte gegeben ist. Wie erwähnt schließt dies jedoch nicht ein – wenn auch wenig erfolgsversprechendes – Tätigwerden der Zivilgerichte gestützt auf andere Rechtsgrundlagen außerhalb der Liberalisierungsgesetze aus.

B. Vorfagen

Die Regelungen hinsichtlich der Vorfrage sind von dem Gedanken der Verfahrensökonomie getragen, Doppelverfahren zu vermeiden. Bestimmte Fragen lassen sich wegen des erforderlichen technischen und wirtschaftlichen Sachverstands in eigens dafür vorgesehenen Verfahren vor spezialisierten Beh effizienter klären.

1. Verfahrensunterbrechung in zivilgerichtlichen Verfahren

Ein ordentliches Gericht kann nach § 190 ZPO das zivilrechtliche Verfahren bis zur Rechtskraft einer verwaltungsrechtlichen Entscheidung unterbrechen, wenn zur Entscheidung die Lösung einer verwaltungsrechtlichen Vorfrage erforderlich und das Verfahren bei einer VerwaltungsBeh anhängig ist. Wenn das die Vorfrage betreffende Verfahren vor den VerwaltungsBeh noch nicht anhängig ist, muss das Gericht die Vorfrage selbst beurteilen.⁴⁶⁾ Eine solche von einem Gericht beurteilte Vorfrage kann nur in den Entscheidungsgründen beurteilt werden, sie erwächst nicht in Rechtskraft und entfaltet auch keine Bindungswirkung.⁴⁷⁾ Es ist nicht verfassungswidrig, wenn die Entscheidung einer Vorfrage aus sachlichen Gründen an eine VerwaltungsBeh übertragen wird, und den Gerichten damit entzogen ist.⁴⁸⁾

2. Besondere Regeln in Liberalisierungsgesetzen

Nach §§ 21 Abs 2 und 37 Abs 7 GWG hat ein Zivilgericht in Verfahren hinsichtlich Ansprüchen, die die Verweigerung von Netzzugang betreffen, die Rechtskraft einer Vorfrageentscheidung der RegulierungsBeh nach §§ 19 Abs 4 bzw 39 Abs 4 GWG über die Rechtmäßigkeit der Netzzugangsverweigerung und die Entscheidung über eine allenfalls eingebrachte VfGH- und/oder VwGHBeschwerde abzuwarten und das entsprechende Verfahren zu unterbrechen.⁴⁹⁾

Nach § 21 Abs 3 EIWOG⁵⁰⁾ können Zivilgerichte Verfahren, die Ansprüche über die Verweigerung des Netzzugangs betreffen, erst entscheiden, wenn die betreffende Vorfrageentscheidung der Energie-Control Kommission in Rechtskraft erwachsen ist. Der Ausgang von eventuell eingebrachten VfGH- oder VwGHBeschwerden muss jedoch nicht abgewartet werden.⁵¹⁾

Das TKG 2003 sieht eine Regelung hinsichtlich der Behandlung von sektorspezifischen Vorfagen, die als Hauptfrage in die Zuständigkeit der RegulierungsBeh fallen, durch die Zivilgerichte vor. Sinnvoll erscheinen

Mitteilungspflichten der Gerichte an den jeweiligen Regulator, dass entsprechende Rechtstreitigkeiten anhängig sind, sowie das Recht der Regulatoren, in solchen Verfahren gehört zu werden.⁵²⁾

3. Verfahrensunterbrechung in verwaltungsrechtlichen Verfahren

In einzelnen Liberalisierungsgesetzen⁵³⁾ ist die RegulierungsBeh erst zur Entscheidung berufen, wenn keine Vereinbarung zwischen den Parteien vorliegt. Das Bestehen einer solchen Vereinbarung kann Gegenstand eines Rechtstreits vor den ordentlichen Gerichten sein. § 38 AVG enthält eine dem § 190 ZPO entsprechende Regelung, wonach wegen präjudizieller Vorfagen, die in einem anderen Verfahren anhängig sind, das Hauptverfahren ausgesetzt werden kann. Die Aussetzung hemmt im Allgemeinen den Lauf von Entscheidungsfristen.⁵⁴⁾ Die Beh kann die Vorfrage gem § 38 AVG aber auch selbst beurteilen. In Zusammenschaltungs- und Netzzugangsverfahren sind die nationalstaatlichen⁵⁵⁾ und europarechtlichen Entscheidungsfristen⁵⁶⁾ einzuhalten. In Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ergibt sich die Dringlichkeit bereits aus der Art des Verfahrens. Das Ermessen der betreffenden Beh, ein Zusammenschaltungs- bzw Netzzugangsverfahren nicht zu unterbrechen, kann in solchen Fällen gebunden⁵⁷⁾ sein,⁵⁸⁾ insb wenn eine Verfahrensunterbrechung den effektiven Rechtsschutz gefährdet.

C. Bindung

Die Bindung einer Beh an rechtskräftige Entscheidungen von anderen Beh dient einerseits der Verfahrensbeschleunigung und der Vermeidung von Doppelverfahren über dieselben Themen und andererseits der Einheitlichkeit des Rechtssystems. Weiters verhindert die Bindung eine Umgehung der inhaltlichen, formellen und fristgebundenen Beschränkungen der Überprüfung von Entscheidungen. Eine Bindung kann jedoch der Einzelfallgerechtigkeit zuwiderlaufen und steht im Spannungsverhältnis zum verfassungsrechtlich gewährleisteten Recht auf den ges Richter, zur Garantie der richterlichen Unabhängigkeit und zum Grundsatz der Trennung von Justiz und Verwaltung.

46) MietSlg 46.634; EFSlg 85.277.
 47) *Fasching* in *Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen² I (2000) Rz 86.
 48) VfSlg 4144/1962; *Raschauer* (FN 20) 65.
 49) Diese Bindungsregeln sind nur relevant, wenn die Parteien nicht von der sukzessiven Kompetenz der Gerichte nach § 16 Abs 3 E-RBG Gebrauch gemacht haben, weil anderenfalls die Zuständigkeit der RegulierungsBeh nicht mehr besteht.
 50) BGBl I 1998/143 idF BGBl I 2000/121.
 51) Siehe FN 49.
 52) *Lattenmayer*, Beilage zu MR 2002 IV, 1.
 53) § 50 Abs 1 TKG 2003; § 41 Abs 2 und 3 TKG 1997.
 54) AB 1925 zu § 36 AVG.
 55) ZB § 39 Abs 4 GWG; § 20 Abs 2 EIWOG; § 73 Abs 1 AVG.
 56) ZB § 121 Abs 3 TKG 2003; Art 20 Abs 1 RL 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. 3. 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (ABl L 108 vom 24. 4. 2002, 33) – im Folgenden „Rahmenrichtlinie“.
 57) *Antonijilli/Koja*, (FN 5) 250; *Raschauer* (FN 19) 592 ff.
 58) Vgl GWG; Erläut zu Art 1 Z 13 (§ 19 Abs 4 und § 21) GP 21 RV 1116; EIWOG: VwGH 22. 5. 2001, 2001/05/29.

1. Diskussion in der Literatur

*Fasching*⁵⁹⁾ lehnt die Bindung der Gerichte an verwaltungsbehördliche Entscheidungen grundsätzlich ab, weil sich seiner Meinung nach die verfassungsrechtlich garantierte richterliche Unabhängigkeit nicht mit der Bindung an Verwaltungsentscheidungen, die durch weisungsgebundene Organe zu Stande kommen, vereinbaren lässt.⁶⁰⁾ *Fasching*⁶¹⁾ argumentiert, dass die Aufgaben der VerwaltungsBeh als Entscheidungsorgan einerseits und als Gegenpartei zur Wahrung der öff Interessen andererseits zusammenfallen und damit die erforderliche Objektivität ausschließen. Problematisch erscheine das Fehlen einer reformatorischen Gerichtskontrolle im Lichte des Art 6 MRK in Bezug auf zivilrechtliche Ansprüche. Den Ergebnissen von Verwaltungsverfahren kommt in Zivilverfahren daher nach *Fasching* lediglich die Wirkung von durch den Richter frei zu würdigenden Beweisen zu. Bei rechtsgestaltenden Bescheiden nimmt *Fasching* jedoch auch eine Bindung der Zivilrichter an, soweit solche Bescheide nicht absolut nichtig sind.⁶²⁾

*Walter*⁶³⁾ klassifiziert die Argumente von *Fasching* als rechtspolitische Forderungen und führt aus, dass das Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit und insb deren Weisungsfreiheit bloß eine Freistellung an interne Weisungen bedeutet, nicht aber eine Freistellung von einer Bindung an externe Akte, da sonst die Bindung an die Entscheidung eines anderen Gerichtes ebenfalls die Unabhängigkeit berühren würde. Mit *Kralik*⁶⁴⁾ argumentiert *Walter* dann, dass sich die Bindung an die Verwaltungsakte aus § 190 ZPO ergebe, weil die Unterbrechung eines Verfahrens ein zeitliches Opfer ist und nur durch eine durch Bindung herbeigeführte Verfahrensbeschleunigung gerechtfertigt werden kann.

Absolut nichtige Verwaltungsakte entfalten keine Bindung.⁶⁵⁾ *Walter* nimmt die absolute Nichtigkeit von Bescheiden dann an, wenn diese außerhalb des Fehlerkalküls des § 68 Abs 4 AVG liegen. Diese Annahme scheint vorerst klar, unterstellt jedoch, dass § 68 Abs 4 AVG ausschließlich Fälle von relativer Nichtigkeit betrifft.⁶⁶⁾ Bescheide, die unter § 68 Abs 4 Z 2 AVG fallen, weil sie „einen strafgesetzlichen Erfolg herbeiführen würden“, sind jedoch auch nach *Walter* als absolut nichtig anzusehen und entfalten keine Bindungswirkung.⁶⁷⁾ Die Zivilgerichte haben jedoch – entgegen *Walter* – absolut nichtige Bescheide auch in Fällen angenommen, die unter das Fehlerkalkül des § 68 Abs 4 AVG fallen.

2. Uneinheitliche Rechtsprechung

Die Judikatur zur Bindungsproblematik der Zivilgerichte an Verwaltungsentscheidungen ist kasuistisch und uneinheitlich. Der VfGH hob die ges Bindung der Gerichte an eine „Erklärung“ einer VerwaltungsBeh, ob der Einräumung eines Notweges öff Rücksichten entgegenstehen,⁶⁸⁾ als gegen Art 94 B-VG verstößend auf.⁶⁹⁾

In der zivilrechtlichen Judikatur wurde die Bindungsproblematik im Zusammenhang mit der Sever-Ehe⁷⁰⁾ diskutiert; dazu stellte der OGH fest, dass auch mangelhaften und verfehlten Bescheiden Bindungswir-

kung zukommt, solange es sich nicht um absolut nichtige Verwaltungsakte handelt.⁷¹⁾

Der OGH ist mit verstSen von der Rsp der Bindung der Strafgerichte an Abgabenbescheide im Finanzstrafverfahren mit der Begründung abgegangen,⁷²⁾ dass die erstrebenswerte Einheit der Rechtsordnung im Strafverfahren nicht mehr durchschlagend sei. Dabei zeigt der OGH genau die Unterschiede zwischen dem Abgabenverfahren und dem Strafverfahren auf.⁷³⁾ Die Bindung der Strafgerichte an Verwaltungsentscheidungen wurde schließlich als Verstoß gegen das Erfordernis eines unabhängigen und unparteiischen Tribunals nach Art 6 Abs 1 MRK gesehen. Gem § 5 Abs 2 StPO ist der Strafrichter nicht an das Erkenntnis eines Zivilrichters gebunden, soweit es um die Strafbarkeit des Beschuldigten geht.

3. Kurzdarstellung der allgemeinen Bindungsregeln

Allgemein ist festzuhalten, dass die Zivilgerichte an rechtskräftige Verwaltungsbescheide gebunden sind, sofern dieselben Parteien am Verfahren beteiligt waren.⁷⁴⁾ Diese Bindung besteht selbst dann, wenn der Bescheid der VerwaltungsBeh unvollständig, mangelhaft oder fehlerhaft ist,⁷⁵⁾ oder wenn gegen den Verwaltungsakt eine VwGH- oder eine VfGH-Beschwerde erhoben wurde.⁷⁶⁾ Im Fall einer Bindungswirkung während einer laufenden Beschwerde vor den GH des öff Rechts gibt es bei der nachträglichen Beseitigung des bindenden Bescheids die Möglichkeit der Wiederaufnahme des

59) *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts² (1990) Rz 96; JBl 1976, 557; *Fasching in Fasching* (FN 47) Einl Rz 43f, § 1 JN Rz 83ff.

60) Vgl Grundsatz der Gewaltenteilung VfSlg 6278/1970.

61) *Fasching*, JBl 1976, 557.

62) Vgl auch *Walter/Mayer* (FN 14) Rz 479; *Rosenberf/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht¹⁵, 70.

63) *Walter*, ÖJZ 1996, 601.

64) *Kralik*, JBl 1975, 309.

65) *Rechberger/Simotta* (FN 9) Rz 711f; *Fucik in Rechberger* (Hrsg), Kommentar zur ZPO (1994) 572.; *Ballon*, Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht. Streitiges Verfahren⁹ (1999) Rz 292.

66) Daraus folgt wiederum, dass absolut nichtige Bescheide von der Beh nicht nach § 68 Abs 4 AVG aufgehoben werden können. Dagegen spricht, dass die Feststellung der Unerheblichkeit eines absolut nichtigen Rechtsaktes iS der Rechtssicherheit geboten ist. Diese Argumentation ist im Licht der Rsp des EuGH zu sehen, dass Art 10 EGV die Mitgliedstaaten verpflichtet, gemeinschaftswidriges nationales Recht nicht nur materiell, sondern auch formell außer Kraft zu setzen (EuGH „Kommission/Frankreich“ Slg 2000, 6137, Rn 22; EuGH „Kommission/Deutschland“ Slg 1988, 2139, Rn 10).

67) *Walter*, ÖJZ 1996, 601.

68) Entscheidend war auch, dass sich die Erklärung nicht als Bescheid oder Verordnung qualifizieren ließ und auch nicht eigenständig angefochten werden konnte (VfSlg 10.300/1984).

69) Ebenso bei einer Erklärung (kein Bescheid) des Justizministers, der die Zivilgerichte bindet, ohne dass eine Anfechtung dieser Erklärung vor den GH des öff Rechts möglich ist (VfSlg 6.278/1970).

70) OGH 3. 4. 1928, SZ X/51 in Ergänzung des Gutachtens über die Dispensehe; OGH 11. 5. 1921, SZ IV/155.

71) OGH 5. 6. 1957, 2 Ob 238/57 = JBl 1957, 565.

72) OGH 14 Os 127/90 = EvBl 1992/26 = JBl 1992, 656.

73) Strafverfahren: Verwertungsverbote, Zweifel gereicht zum Vorteil, Unschuldvermutung, Beweislast des Gerichts; Abgabenverfahren: Mitwirkungspflichten, keine unabhängigen Organe.

74) JBl 1992, 664 = SZ 64/98; *ecolex* 1993, 305.

75) SZ 23/176; SZ 45/17; SZ 51/64; JBl 1980, 320; *immolex* 1997, 135; selbst wenn der Bescheid aufgrund geänderter Rechtslage keine Deckung mehr im Gesetz findet: SZ 64/98 = *ecolex* 1991, 799 = JBl 1992, 664 = RdW 1991, 362.

76) SZ 22/138; JBl 1953, 572; *MietSlg* 17.225; nicht jedoch, wenn der Beschwerde aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde (RZ 1986/1 = RdW 1985, 310).

Verfahrens vor dem gebundenen Gericht nach § 530 Abs 1 Z 6 ZPO.⁷⁷⁾ Die Bindungswirkung schließt eine selbständige Prüfung durch die Gerichte, ob der Bescheid im Gesetz gedeckt ist, aus.⁷⁸⁾

Eine Bindung wird lediglich im Fall eines absolut nichtigen Verwaltungsakts, also eines Nichtakts, verneint.⁷⁹⁾ Ein solcher absolut nichtiger Verwaltungsakt liegt nach dem Verständnis der Zivilgerichte vor, wenn die VerwaltungsBeh offenkundig unzuständig war, ihren Wirkungsbereich überschritten hat⁸⁰⁾ oder einen offenkundig und zweifellos unzulässigen Verwaltungsakt gesetzt hat,⁸¹⁾ der jeglicher Gesetzesgrundlage entbehrt.⁸²⁾

Die Bindungswirkung bezieht sich allein darauf, was von der VerwaltungsBeh verfügt worden ist, nicht aber auf die Begründung des Verwaltungsbescheids.⁸³⁾ Die Begründung kann jedoch im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung zur Aufklärung der Absicht der VerwaltungsBeh herangezogen werden.⁸⁴⁾

a) Bindung in den Liberalisierungsgesetzen

Grundsätzlich besteht eine Bindungswirkung nur *inter partes*, dh zwischen den jeweiligen Parteien des vorangegangenen Verfahrens.⁸⁵⁾ In den Liberalisierungsgesetzen stellt sich die Frage nach einer über die Parteien hinausgehenden Bindungswirkung von Bescheiden insb, wenn ein Dritter, der an dem Verfahren vor dem Regulator nicht beteiligt war, vor den Zivilgerichten Partei eines Rechtsstreits ist, für den die Entscheidung der Regulatoren eine Vorfrage darstellt. Soweit eine Entscheidung des Regulators in die subjektiven Rechte eines Einzelnen eingreift, kann der Betroffene die Entscheidung anfechten, auch wenn er nicht am Verfahren beteiligt war.⁸⁶⁾ Streng logisch müsste daraus folgen, dass die entsprechende Entscheidung auch gegenüber der betroffenen anfechtungsberechtigten Person Bindungswirkung entfaltet. Der VwGH nahm in einem obiter dictum eine Bindung der VerwaltungsBeh an die zuvor getroffene Feststellung der marktbeherrschenden Stellung in Zusammenschaltungs- oder Netzzugangsverfahren an, ohne zu differenzieren, ob die Bindung auch gegenüber Dritten besteht, die im Ausgangsverfahren keine Parteienstellung hatten.⁸⁷⁾ Der OGH nimmt eine Bindungswirkung von Entscheidungen auch gegenüber Nebenintervenienten und denjenigen an, die sich am Verfahren trotz Streitverkündigung nicht beteiligt haben.⁸⁸⁾ Das verfassungsrechtlich gewährte Recht auf Parteigehör und auf ein faires Verfahren sowie das Prinzip der Waffengleichheit⁸⁹⁾ zwischen den Parteien sprechen gegen die Zulässigkeit einer über die Parteien eines Verwaltungsverfahrens hinausgehenden Bindungswirkung in einem nachfolgenden Zivilverfahren, außer es handelt sich um eine Tatbestands- (oder Gestaltungs-)wirkung.

Die Liberalisierungsgesetze enthalten keine ausdrückliche Bindung der Zivilgerichte an allfällige Entscheidungen der Regulatoren.⁹⁰⁾

b) Tatbestandswirkung

Die Tatbestandswirkung eines Bescheids tritt ein, wenn ein solcher Bescheid in einer Rechtsvorschrift als Tatbestand für eine Rechtsfolge genannt wird.⁹¹⁾ Die rechtli-

che Relevanz eines solchen Bescheids für den Adressaten der Rechtsvorschrift ergibt sich nicht aus dessen Verbindlichkeit für ihn, sondern aus der an ihn gerichteten, an den Bescheid anknüpfenden Bestimmung. Eine solche Bindungswirkung besteht daher auch gegenüber am Verfahren nicht Beteiligten.⁹²⁾

4. Aufsichtsbehördlich überprüfte AGB und Entgelte

Die Liberalisierungsgesetze sehen vielfach eine Genehmigungspflicht⁹³⁾ oder ein Widerspruchsrecht⁹⁴⁾ der Regulatoren hinsichtlich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen⁹⁵⁾ vor. Die aufsichtsbehördliche Überprüfung von AGB erfolgt ohne Hinblick auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis zwischen bestimmten Parteien. Der Vertragspartner, der zu den geprüften AGB abschließt, hat im aufsichtsbehördlichen Verfahren idR keine Parteienstellung und keine Möglichkeit, die Genehmigung anzufechten. Zusammenschaltungs- und Netzzugangsentscheidungen ergehen dagegen im Verhältnis zwischen zwei bestimmten Parteien, die die Entscheidung der Beh anfechten können. Im Unterschied zu Zusammenschaltungs- und Netzzugangsentscheidungen entfalten Genehmigungen von AGB bzw Entgelten keine Bindungswirkung. Solche aufsichtsbehördlich genehmigten AGB bzw Entgelte unterliegen der gerichtlichen Inhaltskontrolle in Bezug auf eine allfällige Sittenwidrigkeit zB nach §§ 864 a⁹⁶⁾ und 897 Abs 3 ABGB,⁹⁷⁾ aber auch hinsichtlich der Konformität mit dem KSchG⁹⁸⁾ – soweit anwendbar. Dies ist insb von Bedeutung, weil

77) *Stohanzl*, ZPO¹⁵, § 530, E 55 vgl aber E 56; OGH 18. 11. 1986, 14 Ob 196/86 = JBI 1987, 398.
 78) EvBl 1972/336 = SZ 45/56; JBI 1959, 285 = EvBl 1959/291; EvBl 1964/185 = RZ 1964, 97 = ZVR 1964/163.
 79) JBI 1951, 462; EvBl 1964/185 = ZVR 1964, 163.
 80) OGH 12. 12. 1964, 2 Ob 238/63 = EvBl 1964/185.
 81) OGH 25. 1. 1984, 3 Ob 532/83 = SZ 57/23= MietSlg 36.124/3.
 82) SZ 45/17.
 83) JBI 1952, 499; MietSlg 4403; SZ 31/158; Arb 8614; MietSlg 47.626.
 84) JBI 1970, 428 = EvBl 1970/176 = MietSlg 22.158; EvBl 1976/192; SZ 51/64.
 85) Vgl *Walter*, ÖJZ, 601; *Walter/Mayer* nehmen an, dass eine Bindung nicht bezüglich jener eintritt, die als Parteien am Verfahren hätten beigezogen werden müssen und übergangen wurden (*Walter/Mayer* (Fn 14) Rz 479).
 86) *Walter/Mayer* (Fn 14) Rz 953.
 87) VwGH 14. 12. 2000, Zl. AW 2000/03/0081.
 88) OGH 1 Ob 2123/96d = SZ 70/60 (verstSen).
 89) OGH 16. 9. 1985, 1 Ob 14/85=SZ 58/142=JBI 1986, 444; OGH 26. 11. 1998, 8 Ob 20/98v.
 90) Vgl aber § 33 Abs 3 dritter Satz TKG 1997; (vgl auch § 184 Abs 2 BVerfGG Bindung der Zivilgerichte an die Entscheidung des Bundesvergabeamts hinsichtlich der Feststellung, ob wegen eines Rechtsverstoßes der Zuschlag nicht dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde bzw ob der Widerruf wegen eines Rechtsverstoßes rechtswidrig war.) Auf europarechtliche Argumente hinsichtlich einer Bindungswirkung wird hier nicht eingegangen.
 91) *Walter/Mayer* (Fn 14) Rz 474.
 92) OGH 20. 3. 2001, 10 ObS 25/01 a.
 93) Vgl §§ 26 Abs 1, 33 d Abs 1 und 42 b Abs 1 GWG; §§ 24 Abs 1 und 31 Abs 1 EWOG; § 44 Abs 3 TKG 2003.
 94) Das Widerspruchsrecht nach § 25 Abs 6 TKG 2003 ist von der möglichen Vorabverpflichtung der vorherigen Genehmigung der AGB bzw Entgelte nach § 43 TKG 2003 (vgl § 45 Abs 1 TKG 2003) zu unterscheiden. Vgl § 18 Abs 4 und 6 TKG 1997 (ecolex 2000, 490).
 95) Im Folgenden kurz „AGB“.
 96) *Kozjol/Welser*, Bürgerlichen Recht¹² I (2002) 120; *Apathy* in *Schwimmann* II, § 864 a, Rz 7.
 97) OGH 14. 3. 2000, 4 Ob 50/00g; ecolex 1999, 689 = RdW1999, 660.
 98) OGH 28. 4. 1999, 3 Ob 246/98t.

sich der Prüfungsmaßstab und der Zweck einer Genehmigung von AGB bzw Entgelten von der gerichtlichen Überprüfung nach den oben zitierten Bestimmungen unterscheidet.⁹⁹⁾

Die Liberalisierungsgesetze¹⁰⁰⁾ verpflichten die Netzbetreiber, den Netzzugang zu den genehmigten AGB bzw Entgelten zu gewähren. Diese Bestimmung ersetzt jedoch nicht den für die Vereinbarung notwendigen Konsens; Inhalt des Vertrags zwischen den Parteien ist nur, was vom Konsens gedeckt ist. Den Regulatoren¹⁰¹⁾ wird teilweise auch das Recht eingeräumt, die Änderung von (genehmigten) AGB zu verlangen. Ein solche Anordnung der Regulatoren begründet jedoch lediglich eine Verpflichtung für den Adressat die betroffenen AGB abzuändern, wirkt aber nicht direkt auf das durch die genehmigten AGB geregelte Vertragsverhältnis.¹⁰²⁾

5. Feststellung der marktbeherrschenden Stellung

Einige Bestimmungen¹⁰³⁾ des TKG 1997 stellten auf das Vorliegen¹⁰⁴⁾ einer marktbeherrschenden Stellung ab. Den jährlichen Veröffentlichungen der marktbeherrschenden Unternehmen im Amtsblatt der Wiener Zeitung kamen nach § 33 Abs 3 dritter Satz TKG 1997 keine Bindungswirkung zu. Davon zu unterscheiden war die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung durch die Telekom Control-Kommission¹⁰⁵⁾ nach § 33 Abs 4 TKG 1997, die auf Antrag oder von Amts wegen einzuleiten ist. Zweck dieser Vorschrift ist es, aus Gründen der Verfahrensökonomie die Vorfrage der marktbeherrschenden Stellung, die in verschiedenen Verfahren vor der TKK, vor anderen VerwaltungsBeh und Zivilgerichten wiederholt auftritt, vorab (rechtsverbindlich)¹⁰⁶⁾ zu klären. Geänderte Wettbewerbsverhältnisse können eine erneute Befassung der Beh mit der Frage der marktbeherrschenden Stellung erfordern.¹⁰⁷⁾

Bei der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung¹⁰⁸⁾ nach § 33 Abs 4 TKG 1997 durch die TKK wurden die Unternehmen Telekom Austria AG, Mobilkom Austria AG & Co KG sowie max.mobil Telekommunikation Service GmbH als Parteien am Verfahren beteiligt. Den Unternehmen Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH, tele.ring Telekom Service GmbH und UTA Telekom AG wurden die Beweisergebnisse mitgeteilt und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben, ohne dass ihre Verfahrensbeteiligung ausdrücklich als Parteienstellung bezeichnet wurde.

Die relevanten Bestimmungen des TKG 1997, die an die Marktbeherrschung Rechtsfolgen knüpfen, beziehen sich auf ein „marktbeherrschendes Unternehmen“ oder ein Unternehmen, das „über eine marktbeherrschende Stellung verfügt“. Eine Tatbestandswirkung der Feststellungsbescheide scheidet damit aus, weil nicht auf die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung, sondern auf deren tatsächliches Vorliegen abgestellt wird.¹⁰⁹⁾ Eine Bindungswirkung greift daher nur zwischen am Feststellungsverfahren beteiligten Parteien.¹¹⁰⁾ Die Gelegenheit zur Stellungnahme und eine mögliche Anfechtbarkeit – soweit die Entscheidung in subjektive öff Rechte der Beteiligten eingreift – reichen mE nicht aus, um die Bindungswirkung auch auf Betei-

ligte zu erstrecken, die nicht als Parteien am Verwaltungsverfahren beteiligt waren.

6. Marktdefinition

Nach § 36 Abs 1 TKG 2003 hat die RegulierungsBeh die relevanten nationalen Märkte durch Verordnung zu definieren. Die Zivilgerichte dürfen nach Art 89 Abs 1 B-VG nicht selbst die Gültigkeit von ordnungsgemäß kundgemachten Verordnungen prüfen; sie sind an die Verordnungen gebunden und können bei Bedenken hinsichtlich der Gesetzmäßigkeit lediglich die Aufhebung der betroffenen Verordnung beim VfGH nach Art 89 Abs 2 B-VG beantragen.

7. Vorabverpflichtungen

Auf Basis der Marktanalyse hat die RegulierungsBeh einem marktbeherrschenden Unternehmen nach § 37 Abs 2 TKG 2003 geeignete spezifische Verpflichtungen nach §§ 38 bis 46 bzw nach § 47 Abs 1 TKG 2003 aufzuerlegen. Die Wirkung solcher Vorabverpflichtungen hängt von der Qualifikation dieser Entscheidungen als Bescheid oder Verordnung (bzw als janusköpfiger Verwaltungsakt) ab.

a) Exkurs: Janusköpfiger Verwaltungsakt

Ein janusköpfiger Verwaltungsakt wird in der Lit¹¹¹⁾ als gegeben angesehen, wenn durch ein und denselben Verwaltungsakt „entweder ein individuell beschriebener Personenkreis berechtigt und ein generell beschriebener Kreis verpflichtet wird oder ein individuell beschriebener Kreis verpflichtet und ein generell beschriebener Personenkreis berechtigt wird“. Der VfGH¹¹³⁾ und der VfGH¹¹⁴⁾ haben einen Vorprüfungsbescheid¹¹⁵⁾ zur

99) Micklitz, Rolle und Funktion der Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Wandel, in Lehofer/Mayer, Geschäftsbedingungen in Österreich und der Europäischen Union, 1998, 9 [13].

100) Vgl § 15 EIWOG; mögliche Vorabverpflichtungen nach § 43, 45 TKG 2003; § 18 Abs 4 TKG 1997.

101) Vgl § 43 Abs 1 und 4 TKG 2003, § 18 Abs 5 TKG 1997, §§ 24 Abs 1 und 31 Abs 1 EIWOG, §§ 26 Abs 1, 33d Abs 1 und 42b Abs 1 GWG.

102) Davon zu unterscheiden sind die Befugnisse nach § 34 Abs 3 TKG 1997, denen zufolge die RegulierungsBeh Verträge ganz oder teilweise für unwirksam erklären kann (vgl § 50 Abs 1 TKG 2003).

103) Vgl §§ 18 Abs 4 und, 34 Abs 1 und 3, 36, 37, 41 Abs 3, 4 und 5, 42, 43 Abs 2 und 4, 45 sowie 96 Abs 6 TKG 1997.

104) Nicht aber auf die bescheidmäßige Feststellung der marktbeherrschenden Stellung.

105) Im Folgenden „TKK“.

106) So argumentiert zumindest die TKK s Pkt 3.1 des Bescheids v 18. 6. 2001, M 1/01–112.

107) TKK vom 18. 6. 2001, M 1/01–112, Pkt IV.

108) TKK vom 18. 6. 2001, M 1/01–112.

109) Die TKK stellte lediglich fest, dass die TA marktbeherrschend auf verschiedenen Märkten ist (TKK vom 20. 9. 2002, M1/02–114). Dieser Spruch entfaltet Bindungswirkung inter partes. Die TKK stellte jedoch nicht fest, dass bestimmte Unternehmen keine marktbeherrschende Stellung inne haben. Es besteht daher keine Bindung hinsichtlich der Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung von Unternehmen, die nicht als marktbeherrschende Betreiber festgestellt sind.

110) Eine Entscheidung, mit der die marktbeherrschende Stellung eines Betreibers festgestellt wird, ist nach dem VfGH einem mittelbaren Vollzug zugänglich (VfGH 21. 11. 2001, AW 00/03/0076; VfGH 22. 11. 2000, AW 99/03/0074).

111) Aichreiter, Österreichisches Verordnungsrecht I, 189ff.

112) Laurer, Wirtschafts- und Steueraufsicht über Kredit und Versicherungsunternehmen (1972) 219.

113) VfGH 23. 4. 1996, 94/05/0021.

114) VfSlg 15545/1999, 15916/2000.

115) Vgl § 4 und 5 StarkstromwegeG BGBl 1968/70 idF 136/2001.

Errichtung einer Hochspannungsleitung als janusköpfigen Verwaltungsakt gedeutet, weil die antragstellenden Elektrizitätsunternehmen berechtigt und ein nur nach generellen Merkmalen bestimmter Personenkreis (Grundstückseigentümer) verpflichtet wurde. Die Überprüfung eines janusköpfigen Verwaltungsaktes würde sowohl als Bescheid¹¹⁶⁾ vor dem VfGH nach Art 144 Abs 1 B-VG und vor dem VwGH nach Art 130 Abs 1 B-VG als auch als Verordnung¹¹⁷⁾ vor dem VfGH nach Art 139 Abs 1 dritter Satz B-VG stattfinden.

In der Lit¹¹⁸⁾ wird ausgiebig erörtert, dass die Annahme eines janusköpfigen Verwaltungsaktes gegen das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot und gegen die generellen Anforderungen an die Rechtserzeugung verstößt und das Rechtsschutzsystem entgegen dem Gebot eines effektiven Rechtsschutzes unterläuft. Die Rechtssicherheit wäre im Fall von unterschiedlichen Ergebnissen in VfGH- und VwGH-Verfahren hinsichtlich desselben Verwaltungsaktes gefährdet. Würde der VwGH den Bescheid-Teil des janusköpfigen Gebildes aufheben, so müsste automatisch auch der Verordnungsteil wegfallen. Damit hebt der VwGH aber im Ergebnis eine Verordnung auf, was nach Art 139 B-VG dem VfGH vorbehalten ist. Das Institut eines janusköpfigen Verwaltungsaktes ist mit dem verfassungsrechtlich vorgegebenen Anfechtungsmöglichkeiten nicht vereinbar.¹¹⁹⁾ Die Annahme eines janusköpfigen Verwaltungsaktes kann daher lediglich ein Zwischenschritt bei der Einordnung eines Verwaltungsaktes entweder als Bescheid oder als Verordnung sein; diese Einordnung ist jeweils durch Interpretation zu ermitteln.

b) Einordnung von Vorabverpflichtungen

Aus Vorabverpflichtungen erwachsen einem generell bestimmten Personenkreis Rechte gegenüber dem verpflichteten Unternehmen. Der Kreis der Begünstigten ist jedoch für die Einordnung¹²⁰⁾ einer Entscheidung als Bescheid oder Verordnung genauso wenig erheblich, wie die Tatsache, dass Grundsatzentscheidungen nach § 123 Abs 1 TKG 2003 zu veröffentlichen sind. Für die Qualifikation einer Vorabverpflichtungsentscheidung als Bescheid spricht, dass diese in einem Einparteienverfahren¹²¹⁾ erlassen wird und einem marktbeherrschenden Unternehmen individuelle Verpflichtungen aufgrund eines individuell-konkreten Ermittlungsverfahrens¹²²⁾ auferlegt. Im Ergebnis ist eine Vorabverpflichtung als Bescheid zu deuten.¹²³⁾

c) Bindungswirkung von Vorabverpflichtungen

Die Zuständigkeit der RegulierungsBeh knüpft gem § 50 Abs 1 TKG 2003 daran, dass zwischen einem marktbeherrschenden Betreiber, dem eine Vorabverpflichtung auferlegt wurde, und einem anderen Betreiber keine Vereinbarung über eine Vorabverpflichtung zu Stande kommt. § 50 Abs 1 TKG 2003 bezieht sich ausdrücklich auf auferlegte Vorabverpflichtungen und normiert somit eine Tatbestandswirkung von Vorabverpflichtungen. Soweit diese nicht absolut nichtig sind, entfalten Vorabverpflichtungen auch im Verhältnis zwischen dem marktbeherrschenden Betreiber und dem anderen Betreiber eines öff Kommunikationsnetzes eine Bindungswirkung, auch wenn diese am Verfahren

zur Auferlegung der Vorabverpflichtungen nicht beteiligt waren.

Die Erlassung einer Vorabverpflichtung kann sowohl von dem betroffenen marktbeherrschenden Betreiber als auch von anderen Betreibern eines öff Kommunikationsnetzes, die durch die Entscheidung in ihren subjektiven Rechten verletzt sind, angefochten werden. Wäre eine stärker eingreifende Vorabverpflichtung erforderlich, so kann ein anderer Betreiber eines öff Kommunikationsnetzes eine Überprüfung der Vorabverpflichtung anregen oder Amtshaftung geltend machen. Ein derart betroffener Betreiber eines öff Kommunikationsnetzes kann sich in einem nachfolgenden Zivilverfahren jedoch nicht darauf berufen, dass eine stärker eingreifende Vorabverpflichtung zu erlassen gewesen wäre, weil die Auflegung einer Vorabverpflichtung das Einschreiten der RegulierungsBeh erfordert.

8. Zusammenschaltungs- und Netzzugangsentscheidungen

Der Spruch von Zusammenschaltungs- und Netzzugangsentscheidungen enthält seitenlang die einzelnen Vertragsbestimmungen der Zusammenschaltung bzw des Netzzugangs.¹²⁴⁾ Nach *Urbantschitsch/Feiel*¹²⁵⁾ können Zivilgerichte gem § 879 ABGB sittenwidrige Bestimmungen einer Zusammenschaltungsentscheidung als nichtig ansehen und sind daran nicht gebunden. Mit Verweis auf *Walter/Mayer*,¹²⁶⁾ jedoch ohne jede weitere Begründung, gehen *Ruhle/Schwarz*¹²⁷⁾ anscheinend davon aus, dass Zusammenschaltungs- und Netzzugangsentscheidungen für die Zivilgerichte überhaupt keine Bindungswirkung entfalten.¹²⁸⁾ *Wessely*¹²⁹⁾ fordert wiederum eine ausdrückliche Bindung der Zivilgerichte an die Zusammenschaltungs- und Netzzugangsentscheidungen.

Das von *Fasching* oben zit Argument der Unvereinbarkeit der richterlichen Unabhängigkeit mit der Bindung an im Weisungszusammenhang erlassene Verwal-

116) Die Anfechtung als Bescheid ist fristgebunden und unterliegt dem Neuerungsverbot; weiters kann eine aufschiebende Wirkung gewährt werden.
 117) Die Anfechtung als Verordnung ist nicht an Fristen gebunden; es gibt eine Anlassfallwirkung bzw Ergreiferprämie.
 118) *Aichreiter*, ZfV 2002, 20; vgl. aber auch: *Walter/Mayer* (FN 14) Rz 380; *Mayer*, Verordnung, 23.
 119) *Aichreiter* (FN 118) 20.
 120) Vgl Vortrag von *Raschauer* v 17. 10. 2002 bei der Fachtagung „Aktuelle Fragen des Energierechts“ an der Johannes Kepler Universität Linz.
 121) § 37 Abs 6 TKG 2003; vgl aber auch § 128 Abs 1 TKG 2003.
 122) Vgl *Oberndorfer/Binder*, Strompreisbestimmungen aus rechtlicher Sicht (1979) 66ff.
 123) Die Frage der Qualifikation läuft letztlich auf einen Kompetenzkonflikt zwischen dem VfGH und dem VwGH hinaus, der vom VfGH zu entscheiden ist. Analog zum Connect-Fall (VfSlg 15427/1999) ist zu erwarten, dass sich der VfGH nicht die Möglichkeit nehmen wird, Beschwerden nach Art 144 Abs 2 B-VG an den VwGH abzutreten. Dies ist jedoch nur zulässig, wenn der VwGH zuständig ist. Verneint der VfGH die Bescheidqualität von Vorabverpflichtungsentscheidungen, so wäre der VwGH nicht für deren Überprüfung zuständig (*Lattenmayer*, *ecolex* 2001, 486).
 124) §§ 50 Abs TKG 2003; § 41 TKG 1997.
 125) *Urbantschitsch/Feiel*, JBl 2000, 432.
 126) *Walter/Mayer* (FN 14) Rz 559.
 127) *Ruhle/Schwarz*, MR 2002, 1.
 128) Vgl auch *Nemec/Kossuth*, MR 2002, 131.
 129) *Wessely*, Beilage zu MR 2002 4, 17.

tungsentscheidungen ist im Hinblick auf die TKK nicht relevant, weil die Mitglieder der TKK gem § 116 Abs 3 TKG 2003 iVm Art 20 Abs 2 B-VG weisungsfrei gestellt sind. Weiters lässt sich auch das Argument des Zusammenfallens der Gegenpartei und des Entscheidungsorgans in der VerwaltungsBeh auf die TKK in Zusammenschaltungs- und Netzzugangsverfahren nicht anwenden, weil sich als Antragssteller und Antragsgegner zwei Betreiber öff Telekommunikationsnetze gegenüberstehen. Zusammenschaltungs- und Netzzugangsentscheidungen gestalten die Rechtslage der Parteien neu. Auch *Fasching* nimmt für rechtsgestaltende Bescheide eine Bindung der Zivilgerichte an.

Aus Art 6 Abs 1 MRK kann abgeleitet werden, dass eine Bindung an Vorfragen in einem Verfahren über „civil rights“ nur in Betracht kommt, wenn die Vorfragenentscheidung in einem Verfahren vor einem Tribunal nach Art 6 Abs 1 MRK getroffen wurde.¹³⁰⁾ Die TKK ist als Tribunal¹³¹⁾ eingerichtet.

Als sachlicher Grund¹³²⁾ für die Annahme einer Bindung der Zivilgerichte an die Entscheidungen der RegulierungsBeh spricht insb, dass die RegulierungsBeh über einschlägige sektorspezifische, wirtschaftliche und technische Kompetenz verfügen, die von den Zivilgerichten wohl auch nicht durch das Beiziehen von Sachverständigen in diesem Maß erreicht werden kann.

Im Ergebnis ist daher von einer Bindung der Zivilgerichte an Zusammenschaltungs- oder Netzzugangsentscheidungen inter partes auszugehen. Die Bindung an sittenwidrige (und damit absolut nichtige) Bescheide bzw an sittenwidrige Teile von Bescheiden ist jedoch abzulehnen.

9. Feststellung der Rechtfertigung von Zugangsverweigerungen

Die Liberalisierungsgesetze¹³³⁾ enthalten zahlreiche Bestimmungen, nach denen die RegulierungsBeh über die Rechtmäßigkeit von Zugangsverweigerungen zu entscheiden haben. Soweit gegen eine Entscheidung der Energie-Control Kommission kein Antrag auf eine gerichtliche Entscheidung nach § 16 Abs 3 E-RBG eingebracht, bzw dieser zurückgezogen wurde, sind die Zivilgerichte an die Entscheidung der Energie-Control Kommission gebunden; dies ergibt sich auch aus den Mat.¹³⁴⁾ Absolut nichtige Bescheide entfalten aber auch in diesem Zusammenhang keine Bindungswirkung.

130) *Matscher*, EuGRZ 1993, 449.

131) *Kossuth*, Beilage MR 2002 IV, 14.

132) Vgl VfSlg 4144/1962.

133) § 20 Abs 2 EIWOG; §§ 19 Abs 4, 20 Abs 2, 39 Abs 4 GWG. Dass § 39 Abs 4 GWG nicht in § 16 Abs 1 und 3 E-RBG erwähnt ist, stellt anscheinend ein Redaktionsversehen dar.

134) AB 1305 BlgNR 20. GP 133. Die Mat zum GWG schweigen hingegen zu dieser Fragestellung.

→ In Kürze

Soweit die Liberalisierungsgesetze den Regulatoren Zuständigkeiten übertragen, besteht daneben keine Zuständigkeit der Zivilgerichte aufgrund der Liberalisierungsgesetze; die Zuständigkeit kann aber nach anderen Normen gegeben sein. Das Ermessen, ein Verfahren wegen einer anhängigen Vorfrage zu unterbrechen, kann durch das Gebot des effektiven und zeitgerechten Rechtsschutzes gebunden sein. Grundsätzlich ist von einer Bindung der Zivilgerichte an Entscheidungen der Regulatoren *inter partes* auszugehen. Absolut nichtige Bescheide entfalten keine Bindungswirkung.

→ Literatur-Tipp



Fasching, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen² I, Manz (2000)

MANZ Bestellservice:

Tel: (01) 531 61-100, Fax: (01)

531 61-455, E-Mail: bestellen@manz.at

Besuchen Sie unseren Webshop unter

www.manz.at

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Hannes Lattenmayer, LL.M. (Brügge) – LATYER ist Rechtsanwaltsanwärter in der Kanzlei Lattenmayer, Luks & Enzinger Rechtsanwälte GmbH, Wien. Kontaktadresse: Mahlerstraße 11, 1010 Wien, Tel: 513 17 84, Fax: 513 75 94, e-mail: h.lattenmayer@lattenmayer-law.at, Homepage: www.latyer.com

Literatur:

Fasching, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen² I (2000);

Walter/Mayer, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrenrechts⁸ (2003);

Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1998);

Mayer, B-VG³ (2002)

