12 B 1205/07
11 L 962/07 Köln

Beschluss

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

der TELE-RUF Kommunikations GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Stefan Martinstetter, Bergerwiesenstraße 9, 53340 Meckenheim,

Antragstellerin,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. Koch und Neumann, Rheinweg 67, 53129 Bonn,

gegen

den Oberbürgermeister der Stadt Köln,

Antragsgegner,

wegen Straßen- und Wegerechts - Sondernutzungsgebühren für die Aufstellung öffentlicher Fernsprecheinrichtungen auf öffentlichen Straßen im Jahr 2007;
hier: Beschwerde im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes

hat der 12. Senat des

OBERVERWALTUNGSGERICHTS FÜR DAS LAND NORDRHEIN-WESTFALEN

am 24. November 2009

durch

den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht

den Richter am Oberverwaltungsgericht

den Richter am Verwaltungsgericht

auf die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Köln vom 25. Juli 2007

beschlossen:

Der angefochtene Beschluss wird geändert.

Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin gegen den Gebührenbescheid des Antragsgegners vom 4. Juni 2007 wird angeordnet.

Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens beider Instanzen.

Der Wert des Streitgegenstandes für das Beschwerdeverfahren wird ebenfalls auf 5.216,00 Euro festgesetzt.

Gründe:

Die zulässige Beschwerde ist begründet.

Nach der in einem einstweiligen Rechtsschutzverfahren allein gebotenen summarischen Prüfung bestehen i.S.d. § 80 Abs. 4 Satz 3 VwGO ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Gebührenbescheides.

Aufgrund der - fristgemäß - eingereichten Darlegungen im Beschwerdeverfahren, auf deren Prüfung das Gericht beschränkt ist (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO) spricht vieles dafür, dass die mit Gebührenbescheid des Antragsgegners vom 4. Juni 2007 erfolgte, streitige Gebührenfestsetzung für das Jahr 2007, die auf der Rahmengebühr der Tarif-Nr. 18 „Art der Sondernutzung: Öffentliche Fernsprecheinrichtungen, Bemessungsgrundlage: Stück/Monat, Gebühr: 0,55 – 55,00 Euro" des Gebührentarifs zur Satzung der Stadt Köln über Erlaubnisse und Gebühren für Sondernutzungen – Sondernutzungssatzung – vom 13. Februar 1998 (Amtsblatt der Stadt Köln vom 9. März 1998, Nr. 9), geändert durch die 1. Änderungssatzung vom 15. Oktober 2001 (Amtsblatt der Stadt Köln vom 19. November 2001, Nr. 56) und durch die 2. Änderungssatzung vom 15. August 2003 (Amtsblatt der Stadt Köln vom 10. September 2003, Nr. 41) beruht, einer Überprüfung im Hauptsacheverfahren nicht standhalten wird.

Die Berechnung der Gebührensätze im Bescheid vom 4. Juni 2007 unter Anwendung der Tarif-Nr. 18 dürfte im Verhältnis zur Festlegung der Gebührenhöhe für die Fernsprecheinrichtungen der Deutschen Telekom AG eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung darstellen. Insbesondere dürfte in der vertraglichen Vereinba-

rung zwischen der Deutschen Telekom AG und dem Antragsgegner aus dem Jahr 1998 kein sachlicher Grund für eine derartige Ungleichbehandlung der Antragstellerin zu sehen sein. Der Antragsgegner hat sich in dieser Vereinbarung – entgegen den sich aus § 19a Abs. 2 Satz 3 StrWG NRW zu entnehmenden Belangen – jedenfalls auch von wettbewerbsrechtlichen Erwägungen leiten lassen.

Gemäß § 19a Abs. 2 Satz 3 StrWG NRW sind bei der Bemessung der Sondernutzungsgebühren Art und Ausmaß der Einwirkung auf die Straße und den Gemeingebrauch sowie das wirtschaftliche Interesse des Gebührenschuldners zu berücksichtigen.

Dies schließt die satzungsmäßige Festlegung von Rahmengebühren ebenso wenig aus,

> vgl. BVerwG, Urteil vom 21. Oktober 1970 – IV C 137.68 -, DÖV 1971, 102; OVG NRW, Beschluss vom 13. Mai 2009 – 11 A 4656/06 –, Juris, m.w.N.; BayVGH, Urteil vom 3. April 1998 – 8 B 97.2351 –, NVwZ-RR 1999, 337,

wie eine typisierende, an den Regelfall anknüpfende und die Besonderheiten atypischer Einzelfälle außer acht lassende generalisierende Betrachtungsweise, insbesondere bei der Bestimmung des wirtschaftlichen Interesses.

> Vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 15. Juli 1988 – 7 C 5.87 –, BVerwGE 80, 36 ff.; OVG NRW, Beschluss vom 30. Juni 2009 – 11 A 2393/06 –, Juris.

Die in § 19a Abs. 2 Satz 3 StrWG NRW aufgeführten Bemessungsmaßstäbe sind zudem nicht abschließend. Dem Satzungsgeber verbleibt ein Gestaltungsspielraum, der ihm gestattet, die Höhe der Gebühren zusätzlich noch an anderen Kriterien auszurichten,

> vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 15. Juli 1988 – 7 C 5.87 –, a.a.O., zu der vergleichbaren Regelung des § 8 Abs. 3 S. 6 FStrG a.F.,

wie etwa an dem öffentlichen Interesse an der Sondernutzung.

Vgl. etwa BayVGH, Urteil vom 9. November 1999 – 8 B 99.850 –, NVwZ-RR 2000, 390; Stuchlik, Straßenrechtliche Sondernutzungen, GewArch 2004, 143.

Der Antragsgegner hat die gebührenrechtliche Ungleichbehandlung der Mitbewerber der Deutschen Telekom AG mit der Begründung gerechtfertigt, mit dem mit der Deutsche Telekom AG im Jahr 1998 abgeschlossenen Vertrag werde die Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen sichergestellt und auch an wirtschaftlich unrentablen Standorten sollten öffentliche Telefone erhalten werden.

Ob unter allgemeinen Gesichtspunkten des straßen- und wegerechtlichen Sondernutzungsgebührenrechts ein derartiges, nicht ohne weiteres ausschließlich straßenbezogenes öffentliches Interesse eine abweichende Ausgestaltung von Sondernutzungsgebühren zugunsten desjenigen rechtfertigt, der die im öffentlichen Interesse liegende flächendeckende Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen finanziell und organisatorisch sicherstellt, mag hier dahinstehen. Im vorliegenden Fall spricht jedenfalls vieles dafür, dass sich der Antragsgegner auch unabhängig von diesem Gesichtspunkt auf den mit der Deutschen Telekom AG im Jahr 1998 abgeschlossenen Vertrag zur Rechtfertigung der gebührenrechtlichen Privilegierung der Deutschen Telekom AG nicht berufen kann. Gegenstand des – bislang nicht vorgelegten, sondern nur in Teilen referierten – Vertrages war nach den Darlegungen des Antragsgegners sicherlich die Gewährleistung der Grundversorgung mit öffentlichen Telefonen. Hierauf war der Vertrag indes nicht beschränkt. Ausweislich des vom Antragsgegner im erstinstanzlichen Klageverfahren 11 K 8685/04 mit Schriftsatz vom 30. Dezember 2005 vorgelegten Zeitungsartikels (Anlage 3 des genannten Schriftsatzes) hatte sich die Stadt Köln im Gegenzug zur Sicherstellung der flächendeckenden Versorgung mit öffentlichen Telefonzellen gegenüber der Deutschen Telekom AG vertraglich verpflichtet, „im Umkreis von 50 Metern um jeden Telekom Standort keinem anderen Unternehmen die Aufstellung von Telefonhäuschen zu erlauben".

Wesentlicher Vertragsbestandteil war danach offensichtlich die Gewährleistung eines räumlich beschränkten, aber an sämtlichen von der vertraglichen Vereinbarung erfassten Standorten der Fernsprechanlagen der Deutschen Telekom AG im Stadtgebiet der Stadt Köln (seinerzeit: 814 Anlagen) geltenden Wettbewerbsschutzes in der

Form einer Gebietsschutzklausel oder –abrede zugunsten der Deutschen Telekom AG und zwar über die vereinbarte Laufzeit von zehn Jahren. Unabhängig von der Frage, ob eine solche den Wettbewerb partiell ausschließende, langfristige Abrede nach wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen (§ 1 GWB) überhaupt Wirksamkeit entfalten kann, spricht vieles dafür, dass der mit der vertraglichen Vereinbarung unmittelbar (auch) bezweckte Schutz eines bestimmten Wettbewerbers durch (partielle) Ausschließung der übrigen Wettbewerber nicht als öffentliches Interesse angesehen werden kann, das im Rahmen des § 19a Abs. 2 Satz 3 StrWG NRW berücksichtigungsfähig und damit geeignet ist, eine gebührenrechtliche Privilegierung zumal gerade desjenigen Wettbewerbers zu rechtfertigen, dem neben der gebührenrechtlichen Privilegierung auch noch die Gebietsschutzklausel zugute kommt. Die straßenrechtlichen Bestimmungen über die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis und über die diesbezügliche Gebührenerhebung dienen der Wahrung straßenbezogener Belange und nicht (auch) der Steuerung des Wettbewerbs und des Marktverhaltens.

Ein zur Rechtfertigung der Ungleichbehandluing isoliertes Abstellen auf den Teilaspekt der flächendeckenden Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen kommt nicht in Betracht, weil diese Gewährleistung nach der vertraglichen Vereinbarung in einem unmittelbaren, unauflöslichen Zusammenhang mit der Wettbewerbsbeschränkung steht, zu deren Durchsetzung sich die Stadt Köln verpflichtet hat.

Unabhängig davon spricht ebenfalls vieles dafür, dass die große Bandbreite des Rahmengebührensatzes der Tarif-Nr. 18 vom Ausgangswert von 0,55 Euro bis zum Hundertfachen des Ausgangswertes (55,00 Euro) im hier maßgebenden Gebührenjahr 2007 auch bei Anlegung einer typisierenden und pauschalierenden Betrachtungsweise nicht (mehr) gerechtfertigt und somit die Heranziehung der Tarif-Nr. 18 zur Berechnung der Gebührenhöhe rechtswidrig sein dürfte. Wie der Maßstab der Tarif-Nr. 18 „Stück/Monat" schon indiziell erkennen lässt, ist bei der Ausgestaltung des Gebührenrahmens das Bemessungskriterium der Einwirkung auf die Straße in seiner gebührenprägenden Bedeutung ersichtlich zugunsten einer stärkeren Betonung des wirtschaftlichen Interesses zurückgetreten. Diesem wirtschaftlichen Interesse entspricht zur Gewährleistung des spezifischen sondernutzungsgebührenrechtlichen Austauschverhältnisses von Leistung der Behörde und Gegenleistung des Gebührenschuldners bei der einzelnen Amtshandlung,

vgl. hierzu: BVerwG, Urteil vom 14. April 1967 – IV C 179.65 -, BVerwGE 26, 305 ff.,

bei sehr ungünstigen Standorten unter Berücksichtigung der Errichtungs- und fortlaufenden Betriebskosten (Personalkosten, Sachkosten, Abschreibungen, Steuern, etc.) folgerichtig die Festsetzung des Ausgangswertes mit nahezu „0" (0,55 Euro).

Gegen eine maßgebende Berücksichtigung des wirtschaftlichen Interesses bei der Ausgestaltung straßen- und wegerechtlicher Sondernutzungsgebühren ist insbesondere dann nichts einzuwenden, wenn mit der Sondernutzung – wie hier – wirtschaftliche Interessen verfolgt werden.

Vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 15. Juli 1988 – 7 C 5.87 –, a.a.O.

Im Rahmen einer typisierenden und pauschalierenden Betrachtungsweise kann grundsätzlich auch davon ausgegangen werden, dass das Gesprächsaufkommen – als zulässiger Indikator für das wirtschaftliche Interesse – bei öffentlichen Fernsprecheinrichtungen an stark frequentierten Standorten höher ist als an weniger frequentierten Standorten. Dafür, dass im hier maßgebenden Gebührenjahr 2007 dieses Gesprächsaufkommen je nach Standort das Hundertfache des bei der Bemessung des Ausgangswertes zugrundegelegten Gesprächsaufkommens erreichen und damit entsprechend hohe Gebührensätze rechtfertigen konnte, ohne im Regelfall zur Unwirtschaftlichkeit der Sondernutzung zu führen,

vgl. zu diesem Gesichtspunkt etwa: OVG NRW, Beschluss vom 30. Juni 2009 – 11 A 2393/06 –, Juris,

fehlen jedoch tragfähige Anhaltspunkte. Angesichts der seit 1998 zu verzeichnenden starken Ausweitung des Mobilfunks auch im privaten Bereich,

vgl. z.B. die Übersicht in www.networkcomputing.de/mehr-als-100-millionen-mobilfunk-anschluesse-in-deutschland/

sowie der Umgestaltung der Gesprächstarife im Mobilfunk und bei den Festnetzanschlüssen unter Einbeziehung sog. „Flatrates" spricht alles dafür, dass der wesentliche Teil des Gesprächsaufkommens auch im Jahr 2007 schon nicht mehr über die stationären öffentlichen Fernsprecheinrichtungen abgewickelt worden ist, sich zudem die Nutzerstruktur geändert hat und damit Gesprächsvolumina vom bis zu Hundertfachen des dem Ausgangswert Zugrundeliegenden – wie in der Tarif-Nr. 18 vorausgesetzt – nicht ohne weiteres erreicht werden konnten.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO: Die Streitwertfestsetzung folgt aus §§ 47 Abs. 1, 52 Abs. 1, 53 Abs. 3 Nr. 2 GKG.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5, i.V.m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).