

# Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

3  
K&R

- Editorial: Falsche Impulse aus dem Justizministerium – was wirklich gegen rechtswidrigen Hass im Netz hilft · *Dominik Höch*
- 173 Legal-Tech und die Reform des Berufsrechts  
*Tim Günther und Lars Grupe*
- 176 Die Transparenzvorgaben der DSGVO für algorithmische Verarbeitungen · *Laurenz Strassmeyer*
- 183 Aktuelle Entwicklungen im Steuerrecht in der Informationstechnologie 2018/2019 – Teil 2  
*Prof. Dr. Jens M. Schmittmann und Julia Sinnig*
- 190 Telekommunikationsrecht: Entwicklungen und aktuelle Fragen in der Rechtsprechung 2018/2019  
*Dr. Grace Nacimiento und Dr. Carolin Küll*
- 198 Länderreport USA · *Clemens Kochinke*
- 200 BGH: Inhalt eines Anwaltsschreibens darf in Wortberichterstattung wiedergegeben werden
- 214 BGH: Da Vinci: Missbräuchliche Ausnutzung einer formalen Rechtsstellung als Markeninhaber
- 220 OLG Hamm: Online-Händler muss auf Garantien hinweisen
- 222 OLG Düsseldorf: Mehrfach-Vertragsstrafe durch Impressums-Verstöße auf verschiedenen Plattformen
- 229 OLG Dresden: Vertragsänderung mittels „pop-up“-Fenster bei Hatespeech-Sanktion in sozialem Netzwerk
- 235 LG Mannheim: Kein Wettbewerbsverstoß durch Faktencheck-Funktion in sozialem Netzwerk mit Kommentar von *Prof. Dr. Dr. h. c. Karl-Heinz Ladeur*
- 242 BVerwG: Elektronische Bekanntmachung einer Verordnung als fristauslösendes Ereignis

23. Jahrgang

März 2020

Seiten 173–244

RAin Dr. Grace Nacimiento, LL.M. und RAin Dr. Carolin Küll, LL.M., Düsseldorf\*

# Telekommunikationsrecht: Entwicklungen und aktuelle Fragen in der Rechtsprechung 2018/2019

*Im Berichtszeitraum wurden Fragen zur telekommunikationsrechtlichen Einordnung von OTT-Diensten durch den EuGH geklärt. Die nunmehr veröffentlichten Urteilsgründe des BVerwG zum Vectoring erläutern die rechtliche Bewertung von Ausbauzusagen des marktmächtigen Unternehmens im Regulierungsverfahren. Ferner gab es verschiedene Entscheidungen im Bereich der Entgeltregulierung, u. a. zur Vergleichsmarktbetrachtung. Das VG Köln befasste sich mit einer Reihe von Verfahren gegen die Frequenzvergabeentscheidungen der BNetzA. Das BVerwG legte dem EuGH Fragen zur Vorratsdatenspeicherung vor.*

## I. Meldepflicht gemäß § 6 TKG/Anwendbarkeit des TKG auf OTT-Dienste

Mit Urteil vom 13. 6. 2019 entschied der EuGH über die Vorlagefragen des OVG Münster zur Anwendbarkeit des TKG auf den E-Mail-Dienst Gmail.<sup>1</sup> Während das VG Köln der BNetzA in der Auffassung gefolgt war, internetbasierte E-Mail-Dienste seien Telekommunikationsdienste i. S. d. § 3 Nr. 24 TKG, sind solche Dienste nach dem Urteil des EuGH nicht als „elektronische Kommunikationsdienste“ i. S. d. Art. 2 c) Rahmenrichtlinie einzustufen. Der EuGH entschied, „dass ein internetbasierter E-Mail-Dienst, der wie der von der Google LLC erbrachte Dienst Gmail keinen Internetzugang vermittelt, nicht ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze besteht und daher keinen ‚elektronischen Kommunikationsdienst‘ im Sinne dieser Bestimmung darstellt“.<sup>2</sup>

Der EuGH legte zugrunde, es reiche für die Einstufung als elektronischer Kommunikationsdienst nicht aus, dass der E-Mail-Diensteanbieter bei der Versendung und dem Empfang von E-Mails aktiv werde, indem er den E-Mail-Adressen die entsprechenden IP-Adressen der Endgeräte zuordne oder die Nachrichten in Datenpakete zerlege und sie in das offene Internet einspeise oder aus dem offenen Internet empfangt, damit sie ihren Empfängern zugeleitet würden.<sup>3</sup> Es seien nämlich einerseits die Internetzugangsanbieter der Absender und Empfänger von E-Mails sowie ggf. die Anbieter von internetbasierten E-Mail-Diensten und andererseits die Betreiber der verschiedenen Netze, aus denen das Internet bestehe, die im Wesentlichen die Übertragung der für das Funktionieren jedes internetbasierten E-Mail-Dienstes erforderlichen Signale sicherstellen und die hierfür im Sinne der Rechtsprechung des EuGH<sup>4</sup> verantwortlich seien.<sup>5</sup>

Dieses Urteil des EuGH hat unmittelbare rechtliche Wirkungen für die Auslegung der Definition des „Telekommunikationsdienstes“ in § 3 Nr. 24 TKG, der Art. 2 c) Rahmenrichtlinie umsetzt.<sup>6</sup> Internetbasierte E-Mail-Dienste, die keinen Internetzugang vermitteln, sind danach grundsätzlich nicht als Telekommunikationsdienste i. S. d. § 3 Nr. 24 TKG einzustufen. Die BNetzA sieht sich dagegen offenbar nicht an die Vorabentscheidung

des EuGH gebunden, sondern hält bisher an ihrer konträren Auffassung fest, dass Gmail und vergleichbare internetbasierte E-Mail-Dienste als Telekommunikationsdienste i. S. d. § 3 Nr. 24 TKG einzustufen seien, da – so die BNetzA – das Urteil des EuGH keine unmittelbaren rechtlichen Wirkungen für internetbasierte E-Mail-Dienste auslöse.<sup>7</sup>

Die kostenpflichtige *Skype Out*-Funktion von Skype wertete der EuGH dagegen als elektronischen Kommunikationsdienst.<sup>8</sup> Anders als im Falle internetbasierter E-Mail-Dienste sah der EuGH in dieser Konstellation die Verantwortung für die Signalübertragung bei Skype, da das Angebot von *Skype Out* auf Vereinbarungen von Skype mit Netzbetreibern für die Übertragung und die Terminierung von Anrufen in deren Netze beruhe.<sup>9</sup>

## II. Klagen gegen Regulierungsverfügungen/ Vectoring

Im Bereich der Marktregulierung waren im vergangenen Berichtszeitraum die Urteile des BVerwG in den Klageverfahren gegen die Vectoring-Entscheidungen der BNetzA ergangen.<sup>10</sup> Zwischenzeitlich sind auch die Urteilsgründe veröffentlicht.<sup>11</sup> Wie berichtet, bestätigte das BVerwG die erstinstanzlichen Entscheidungen des VG Köln, das die Klagen als zulässig, aber unbegründet abgewiesen hatte.

### 1. Vectoring I

Die Klägerin, Betreiberin eines regionalen Glasfasernetzes, hatte sich gegen die Regulierungsverfügung vom 29. 8. 2013 gewandt, mit der die BNetzA die Regulierungsverfügung vom 21. 3. 2011 teilweise abgeändert hatte.<sup>12</sup> Umstritten waren insbesondere die Voraussetzungen für die Zugangsverweigerung zur TAL und die Anforderungen an das alternativ anzubietende Bitstromangebot. Das BVerwG bestätigte die erstinstanzliche Klageabweisung.<sup>13</sup>

#### a) Klagebefugnis/Drittschutz

Das BVerwG bestätigte zunächst die Klagebefugnis der Wettbewerberin. Der erforderliche Drittschutz zugunsten der Klägerin ergebe sich aus § 21 TKG. Diese Regelung

\* Mehr über die Autorinnen erfahren Sie auf S. VIII.

1 Vgl. Nacimiento/Küll, K&R 2019, 95, 101.

2 EuGH, 13. 6. 2019 – C-193/18, K&R 2019, 487 ff., Rn. 35.

3 EuGH, 13. 6. 2019 – C-193/18, K&R 2019, 487 ff., Rn. 37.

4 EuGH, 30. 4. 2014 – C-475/12, K&R 2014, 513, Rn. 43.

5 EuGH, 13. 6. 2019 – C-193/18, K&R 2019, 487 ff., Rn. 26.

6 S. Art. 267 AEUV, Art. 4 Abs. 3 EUV.

7 BNetzA, Tätigkeitsbericht, Telekommunikation 2018/2019, S. 105 -106.

8 EuGH, 5. 6. 2019 – C-142/18, K&R 2019, 484 ff.

9 EuGH, 5. 6. 2019 – C-142/18, K&R 2019, 484 ff.; vgl. näher dazu Kiparski, CR 2019, 460.

10 Nacimiento/Küll, K&R 2019, 95.

11 BVerwG, 21. 9. 2018 – 6 C 50.16; BVerwG, 21. 9. 2018 – 6 C 6.17;

BVerwG, 21. 9. 2018 – 6 C 7.17; BVerwG, 21. 9. 2018 – 6 C 8.17, s. Nacimiento/Küll, K&R 2019, 95.

12 Vgl. Nacimiento/Küll, K&R 2017, 623, 624.

13 BVerwG, 21. 9. 2018 – 6 C 50.16.

entfalte drittschützende Wirkung auch in der Konstellation der Anfechtungsklage, wenn ein Wettbewerber mit dieser Klage – zumindest auch – die Bedingungen des von ihm genutzten Zugangs zum Netz des regulierten Unternehmens verbessern und nicht lediglich mittelbare Nachteile für eine von diesem Zugang unabhängige Wettbewerbsposition abwehren wolle.<sup>14</sup> Die Klagebefugnis, so das BVerwG weiter, sei auch nicht ausgeschlossen, weil die Klägerin als ein von der öffentlichen Hand beherrschtes gemischt-wirtschaftliches Unternehmen gem. Art. 87 f Abs. 2 S. 1 GG gehindert wäre, Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anzubieten. Im Falle der Klägerin seien angesichts ihrer langjährigen Tätigkeit als Telekommunikationsunternehmen die privatwirtschaftliche Entscheidungsautonomie und die Ausrichtung am Gewinnprinzip gewährleistet.<sup>15</sup>

#### b) Voraussetzungen für die Änderung einer Regulierungsverfügung

Mit Blick auf die umstrittene Rechtsgrundlage und die Voraussetzungen für die Änderung der verfahrensgegenständlichen Regulierungsverfügung befasste sich das BVerwG ausführlich mit dem Verhältnis der Regelungen in § 13 Abs. 1 TKG einerseits und § 14 Abs. 1 TKG andererseits.<sup>16</sup>

Das BVerwG stellte insoweit klar, dass eine Änderung einer Regulierungsverfügung auch unabhängig von den in § 14 Abs. 1 und Abs. 2 TKG genannten Voraussetzungen für die Änderung von Regulierungsverfügungen erlassen werden dürfe. § 13 Abs. 1 S. 1 TKG führe als zwingende Voraussetzung für den Erlass einer Regulierungsverfügung lediglich das Vorliegen einer Marktanalyse nach § 11 TKG sowie die Einhaltung der Konsultationsverfahren nach § 12 Abs. 1 und 3 TKG an. Im Falle eines Widerrufs einer Regulierungsverfügung komme das Erfordernis einer vorherigen Ankündigung binnen angemessener Frist hinzu. § 14 TKG werde in § 13 TKG hingegen nicht erwähnt.<sup>17</sup>

#### c) Verpflichtung von Zugangsnachfragern

Ferner bestätigte das BVerwG die Rechtmäßigkeit der Auferlegung von Verpflichtungen in Bezug auf Zugangsnachfrager, anderen Zugangsnachfragern Bitstrom entsprechend dem Standardangebot anzubieten, wenn Zugangsnachfrager einen Kabelverzweiger mit Vectoring-Technik erschlossen haben oder dies beabsichtigen. Es handele sich dabei, so das BVerwG, nicht um eine Maßnahme der Marktregulierung i. S. d. § 9 Abs. 2 TKG, sondern um die Ausgestaltung eines nun exklusiven Zugangsanspruchs der Wettbewerber zu den im Eigentum der Belagerten stehenden TAL.<sup>18</sup>

#### d) Fehlerfreie Ausübung des Regulierungsermessens

In materiell-rechtlicher Hinsicht bestätigte das BVerwG die Rechtmäßigkeit der umstrittenen Regulierungsverfügung.<sup>19</sup>

#### aa) Berücksichtigung der Regulierungsgrundsätze des § 2 Abs. 3 TKG

Die Ausübung des Regulierungsermessens sei nicht zu beanstanden. Das BVerwG bekräftigte zunächst seine Rechtsprechung, wonach der Beschlusskammer bei der Frage, welche der in § 13 TKG vorgesehenen Maßnahmen sie ergreift und ggf. kombiniert, ein umfassender Auswahl- und Ausgestaltungsspielraum zustehe. Seine diesbezüg-

liche Rechtsprechung ergänzte das BVerwG vorliegend dahingehend, dass auch die Regulierungsgrundsätze des § 2 Abs. 3 TKG bei der Ausübung des Regulierungsermessens in gleicher Weise wie die Regulierungsziele zu berücksichtigen seien.<sup>20</sup>

#### bb) Aufrüstung der Kupferkabelnetze durch Vectoring-Technik/Regulierungsziel des § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG

Das BVerwG bestätigte in diesem Zusammenhang, dass der Einsatz der Vectoring-Technik auf den bestehenden Kupferkabelnetzen der Telekom als Ausbau eines hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzes der nächsten Generation i. S. d. Regulierungsziels in § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG einzustufen sei.<sup>21</sup> Eine Fehlgewichtung dieses Regulierungsziels im Sinne einer grundsätzlichen Höhergewichtung als „Superregulierungsziel“ erkannte das Gericht nicht.<sup>22</sup>

#### cc) Anforderungen aus dem Gebot der Konfliktbewältigung

Das BVerwG sah die angefochtenen Entscheidungen auch mit Blick auf die gebotene Konfliktbewältigung als rechtmäßig an.<sup>23</sup> Hierfür sei es im Rahmen der Zugangsregulierung erforderlich, aber auch ausreichend, so das BVerwG, dass die Regulierungsverfügung einen klaren Maßstab dafür vorgebe, ob eine später konkret nachgefragte Zugangsleistung dem Grunde nach beansprucht werden könne, und insoweit eine fehlerfreie Abwägung der betroffenen Interessen enthalte. Dies folge aus dem abgestuften Regulierungsinstrumentarium, das eine Konkretisierung der abstrakt auferlegten Zugangsverpflichtungen durch Zugangsvereinbarungen und ggf. durch Zugangsanordnungen sowie durch Standardangebote vorsehe.<sup>24</sup> Dem Gebot der Konfliktbewältigung sei insoweit Rechnung getragen, wenn in der Regulierungsverfügung entschieden werde, welche Leistungen von den regulierten Unternehmen dem Grunde nach zu erbringen seien.<sup>25</sup> Vorgaben für die Entgeltgestaltung des Ersatzproduktes (Layer-2-Bitstrom-Zugang), so das BVerwG, habe die Beschlusskammer bereits aus rechtlichen Gründen nicht aufnehmen dürfen. In der auf § 13 Abs. 1 S. 1 TKG gestützten Regulierungsverfügung dürften keine Methoden und Maßstäbe der Entgeltberechnung mit bindender Wirkung für nachfolgende Entgeltgenehmigungsverfahren festgelegt werden.<sup>26</sup>

## 2. Vectoring II

Auch die darauffolgende Regulierungsverfügung vom 1. 9. 2016 (Vectoring II) wurde vom BVerwG bestätigt.<sup>27</sup>

Die Regulierungsverfügung vom 1. 9. 2016 wurde im Verfahren zur turnusmäßigen Überprüfung der Zugangsverpflichtungen in der Regulierungsverfügung vom 21. 3. 2011 i. d. F. vom 29. 8. 2013 erlassen. Umstritten waren

14 BVerwG, 21. 9. 2018 – 6 C 50.16, Rn. 13.

15 BVerwG, 21. 9. 2018 – 6 C 50.16, Rn. 15.

16 BVerwG, 21. 9. 2018 – 6 C 50.16, Rn. 20 ff.

17 BVerwG, 21. 9. 2018 – 6 C 50.16, Rn. 21 - 22.

18 BVerwG, 21. 9. 2018 – 6 C 50.16, Rn. 28.

19 BVerwG, 21. 9. 2018 – 6 C 50.16, Rn. 34.

20 BVerwG, 21. 9. 2018 – 6 C 50.16, Rn. 39.

21 BVerwG, 21. 9. 2018 – 6 C 50.16, Rn. 51 ff.

22 BVerwG, 21. 9. 2018 – 6 C 50.16, Rn. 54.

23 BVerwG, 21. 9. 2018 – 6 C 50.16, Rn. 73 ff.

24 BVerwG, 21. 9. 2018 – 6 C 50.16, Rn. 75.

25 BVerwG, 21. 9. 2018 – 6 C 50.16, Rn. 75.

26 BVerwG, 21. 9. 2018 – 6 C 50.16, Rn. 76 - 77.

27 BVerwG, 21. 9. 2019 – 6 C 6.17; BVerwG, 21. 9. 2019 – 6 C 7.17; BVerwG, 21. 9. 2019 – 6 C 8.17.

insbesondere Regelungen, die neben der Möglichkeit einer nachträglichen Zugangsverweigerung auch die Verweigerung einer erstmaligen Bereitstellung eines Zugangs zum vollständig entbündelten Teilnehmeranschluss innerhalb der Nahbereiche vorsahen und als Ersatzprodukte das Angebot eines lokalen und virtuell entbündelten Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung (VULA) bzw. einen Layer-2-Bitstrom-Zugang regelten.<sup>28</sup> Das in der Regulierungsverfügung vorgesehene Ausbaurecht der Telekom beruhte maßgeblich auf der verbindlichen Zusage der Telekom zu einem nahezu vollständigen Ausbau aller Nahbereichsanschlüsse mit Vectoring-Technologie.<sup>29</sup>

#### a) Teilbarkeit der Regulierungsverfügung

Mit Blick auf die Beschränkung der Klägerin im Revisionsverfahren auf bestimmte Punkte der umstrittenen Regulierungsverfügung traf das BVerwG Aussagen zur Teilbarkeit einer Regulierungsverfügung und bejahte diese in der vorliegenden Konstellation. Die einzelnen Abhilfemaßnahmen in § 13 Abs. 1 S. 1 und Abs. 5 TKG, so das Gericht, würden nach den differenzierten Maßstäben der dort aufgeführten Einzelbestimmungen gesondert abgewogen. Die Regulierungsverfügung vereine insoweit letztlich ein Bündel von Einzelentscheidungen, die zwar auf die Marktdefinition und Marktanalyse als gemeinsame Grundlage bezogen seien und untereinander in sachlichem Zusammenhang stünden, aber als Einzelentscheidungen fassbar blieben.<sup>30</sup> Vorliegend, so der Senat, habe die Bundesnetzagentur aufgrund einer jeweils gesonderten Abwägung die Nutzung von Frequenzen oberhalb 2,2 MHz einerseits in den Außenbereichen, andererseits in den Nahbereichen geregelt. Jedes dieser beiden besonderen Regelungsregime könne deshalb Gegenstand einer separaten Anfechtung und damit auch eine zulässige Revisionsbeschränkung sein.<sup>31</sup>

#### b) Prüfung der Ausbauzusage der Telekom im Rahmen der Ausübung des Regulierungsermessens

Das BVerwG betrachtete auch die Ausübung des Regulierungsermessens durch die BNetzA als fehlerfrei.<sup>32</sup>

##### aa) Einseitig verpflichtende Ausbauzusage als zulässiger Abwägungsbelang

Der Senat bestätigte in umfangreichen Ausführungen die Rechtmäßigkeit der Berücksichtigung der Ausbauzusage von Telekom als relevanten Abwägungsbelang.<sup>33</sup> Die Beschlusskammer habe, so der Senat, die Ausbauzusage mit dem Gewicht eines langfristig bindenden, jederzeit annahmefähigen Angebots an die BNetzA auf Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags, mit dem sich Telekom einseitig zum Ausbau verpflichtete, in ihre Abwägung eingestellt. Dies sei nicht zu beanstanden.

##### bb) Keine Vorprägung des Regulierungsermessens durch Ausbauzusage

Maßgeblich hierfür war aus Sicht des Senats, dass eine – hypothetisch unterstellt – bereits vor Erlass der Regulierungsverfügung zwischen Telekom und der BNetzA geschlossene Vereinbarung mit dem die Telekom einseitig verpflichtenden Inhalt der Ausbauzusage nach den Vorgaben der §§ 54 ff. VwVfG wirksam gewesen wäre. Eine solche hypothetische Vereinbarung wäre als subordinationsrechtlicher Vertrag im Sinne des § 54 S. 2 VwVfG zu

qualifizieren gewesen, dem Rechtsvorschriften nicht entgegengestanden hätten.<sup>34</sup>

Die Regelungen des TKG, welche die Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen in Gestalt eines Verwaltungsaktes durch die zuständige Beschlusskammer vorschrieben, statuierten im Rahmen ihres Regelungsbereichs ein Vertragsformverbot. Die einseitig verpflichtende Ausbauzusage liege inhaltlich aber nicht in diesem Regelungsbereich.<sup>35</sup> Eine Ausweitung dieses Vertragsformverbots auf Handlungen der Bundesnetzagentur im Vorfeld einer Regelungsverfügung komme nach der Gesetzessystematik sowie dem Sinn und Zweck der Vorschriften nicht in Betracht.<sup>36</sup>

Im Ergebnis wertete das BVerwG die umstrittene Ausbauzusage wie eine „im Vorfeld der Regulierungsentscheidung“ getroffene Vereinbarung. Die Wirksamkeit dieser Vereinbarung wäre daher, so der Senat, auch nicht von der Zustimmung Dritter, d. h. der Wettbewerber von Telekom, abhängig gewesen.<sup>37</sup> Der vor Erlass der Regulierungsverfügung geschlossene Vertrag hätte, so das BVerwG weiter, das Regulierungsermessen der Beschlusskammer nicht faktisch vorgeprägt und dadurch verkürzt; ebenso wenig hätte ein solcher vorab geschlossener Vertrag zu einer Vorabbindung des Regulierungsermessens der Beschlusskammer geführt, sondern hätte lediglich einen nicht zu beanstandenden Einfluss auf das zur Verfügung stehende Abwägungsmaterial gehabt.<sup>38</sup> Telekom habe, so das BVerwG, ihre Ausbauzusage aufgrund eigener Entscheidung und mit einem autonom formulierten, nicht mit der BNetzA ausgehandelten Inhalt in das Regulierungsverfahren eingebracht. Auch die im Regulierungsverfahren vorgenommenen Änderungen der Ausbauzusage seien in vollständig eigener Verantwortung von Telekom erfolgt. Der Ablauf des Regulierungsverfahrens lasse nicht erkennen, dass hierdurch eine einseitig an den Interessen der Telekom orientierte Bindung der BNetzA im Abwägungsvorgang herbeigeführt worden wäre.<sup>39</sup>

##### cc) Fehlerfreie Abwägung zur Wettbewerbsförderung

Die Abwägung der Beschlusskammer zur Wettbewerbsförderung wertete das BVerwG ebenfalls als fehlerfrei.<sup>40</sup> Die Beschlusskammer habe den wettbewerblichen Stellenwert des entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss in ihrer Abwägungsentscheidung nicht falsch eingeschätzt. Auch habe sie im Rahmen der Gesamtabwägung der Wettbewerbsförderung kein zu geringes Gewicht beigemessen. Keinem der Regulierungsziele, Regulierungsgrundsätze bzw. Abwägungskriterien nach § 2 Abs. 2 und 3, § 21 Abs. 1 TKG komme eine absolute Geltung zu. Ebenso wenig stünden diese in einer hierarchischen Rangfolge. Für das Wettbewerbsziel gelte keine Ausnahme.<sup>41</sup>

28 BVerwG, 21. 9. 2019 – 6 C 8.17, Rn. 15.

29 BVerwG, 21. 9. 2019 – 6 C 8.17, Rn. 16.

30 BVerwG, 21. 9. 2019 – 6 C 8.17, Rn. 26.

31 BVerwG, 21. 9. 2019 – 6 C 8.17, Rn. 27.

32 BVerwG, 21. 9. 2018 – 6 C 8.17, Rn. 37 ff.

33 BVerwG, 21. 9. 2018 – 6 C 8.17, Rn. 58 ff.

34 BVerwG, 21. 9. 2018 – 6 C 8.17, Rn. 63 – 64.

35 BVerwG, 21. 9. 2018 – 6 C 8.17, Rn. 66.

36 BVerwG, 21. 9. 2018 – 6 C 8.17, Rn. 67.

37 BVerwG, 21. 9. 2018 – 6 C 8.17, Rn. 73.

38 BVerwG, 21. 9. 2018 – 6 C 8.17, Rn. 74.

39 BVerwG, 21. 9. 2018 – 6 C 8.17, Rn. 75.

40 BVerwG, 21. 9. 2018 – 6 C 8.17, Rn. 81 ff.

41 BVerwG, 21. 9. 2018 – 6 C 8.17, Rn. 84 – 89.

### III. Entgeltregulierung

#### 1. Feststellung fehlender Genehmigungspflicht von Entgelten

Mit Eilbeschluss vom 9.8.2019 wies das VG Köln den Antrag einer Netzbetreiberin im Zusammenhang mit der Genehmigung von Terminierungsentgelten ab.<sup>42</sup> Die Netzbetreiberin begehrte die einstweilige Feststellung, dass die mit Beschluss der BNetzA vom 26.6.2017 genehmigten Entgelte für IP-basierte Terminierung von Mobilfunkgesprächen nicht genehmigungsbedürftig seien.

Nach Auffassung des VG ergab sich die Genehmigungsbedürftigkeit der Entgelte auch für die IP-basierte Terminierung aus Ziffer 7, S. 1 der zugrunde liegenden Regulierungsverfügung vom 30.8.2016. Hieraus folge die Verpflichtung der Antragstellerin zur IP-basierten Terminierung in ihr Mobilfunknetz. In der Regulierungsverfügung werde nicht zwischen PSTN- und IP-basierten Terminierungen unterschieden. Etwas anderes ergebe sich auch nicht daraus, dass nach der Begründung der Regulierungsverfügung nur „telefondienstspezifische Zusammenschaltungen“ erfasst seien.<sup>43</sup>

#### 2. Beurteilung der überwiegenden Wahrscheinlichkeit eines höheren Entgelts im Eilverfahren

Im selben Verfahren hatte die Antragstellerin hilfsweise einen Antrag nach § 35 Abs. 5 S. 2 TKG i. V. m. § 123 VwGO zur Anordnung der vorläufigen Zahlung höherer Entgelte für IP-basierte Terminierungen gestellt.<sup>44</sup> In Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG und des BVerwG zu § 35 Abs. 5 S. 2 TKG<sup>45</sup> ging das VG Köln davon aus, dass § 35 Abs. 5 S. 2 TKG bei verfassungsrechtlich gebotener Auslegung dem VG generell nicht mehr als eine ggf. im Hauptsacheverfahren korrekturbedürftige Prognose abverlange. Das VG sei gehalten, auch schwierige Rechtsfragen jedenfalls vorläufig zu beantworten.<sup>46</sup>

Das VG verneinte einen überwiegend wahrscheinlichen Anspruch auf Genehmigung eines höheren Entgeltes. Ein solcher stehe der Antragstellerin voraussichtlich nicht aus § 35 Abs. 3 TKG i. V. m. der Regulierungsverfügung vom 19.7.2013 zu. Diese Regulierungsverfügung sei durch die Regulierungsverfügung vom 30.8.2016 abgelöst worden. Nach der Rechtsprechung des BVerwG lasse aber nur die – hier nicht gegebene – vollständige Aufhebung einer Regulierungsverfügung die vorhergehende Regulierungsverfügung wiederaufleben.<sup>47</sup>

Auch sei nicht aus sonstigen Gründen zu erwarten, dass die Antragsgegnerin ein höheres Entgelt genehmigen würde.<sup>48</sup> Vorliegend habe die Antragsgegnerin zu Recht die Terminierungsempfehlung 2009/396/EG angewandt. Auf deren Basis könnten, so das VG, keine höheren Entgelte genehmigt werden.<sup>49</sup>

#### 3. Anforderungen an eine Vergleichsmarktbetrachtung

Die Anforderungen an eine Vergleichsmarktbetrachtung waren im Berichtszeitraum Gegenstand mehrerer Klagen.<sup>50</sup>

##### a) Anforderungen an „wenigstens schmale Basis“ für Vergleichbarkeit von Entgelten

Das VG Köln gab den Klagen eines Unternehmens gegen die Genehmigung von Entgelten für die Terminierung in

virtuelle Mobilfunknetze von MVNOs statt.<sup>51</sup> Auch die Klage eines bundesweiten Netzbetreibers gegen Zusammenschaltungsentgelte eines alternativen Teilnehmernetzbetreibers hatte Erfolg.<sup>52</sup>

Das VG beanstandete die Vergleichsmarktbetrachtung der Beschlusskammer, konkret die Vergleichsmarktauswahl, als fehlerhaft. Der BNetzA, so das VG, stehe nach ständiger Rechtsprechung bei der Vergleichsmarktbetrachtung nach § 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG grundsätzlich ein Beurteilungsspielraum zu.<sup>53</sup> Das VG beanstandete, dass vorliegend die Grundvoraussetzung einer wenigstens schmalen Basis für die Vergleichbarkeit der herangezogenen Entgelte nicht erfüllt sei.<sup>54</sup> Die streitigen Entgelte seien allein auf Basis jeweils eines Vergleichsentgelts kalkuliert worden. Somit fehle es angesichts der Betrachtung eines Marktes mit nur einem Vergleichsentgelt ohne Einbeziehung weiterer nationaler oder internationaler Märkte an einem ausreichenden Korrektiv.<sup>55</sup>

Zudem seien die herangezogenen Quellentgelte jeweils noch nicht rechtskräftig. Eine mögliche Änderung des Quellentgelts berge die Gefahr einer erheblichen Wettbewerbsverzerrung. Dieser Gefahr sei die BNetzA mit der aufgenommenen Gleichbehandlungszusage nicht hinreichend begegnet. Diese Zusage, dass die BNetzA die streitgegenständlichen Entgelte im Fall einer Erhöhung der Quellentgelte ebenfalls anheben werde, erfasse keine Gleichbehandlung im Falle einer Absenkung der Quellentgelte und sei zudem an die Voraussetzungen des § 51 VwVfG geknüpft, so dass ggf. keine automatische, im Sinne einer symmetrischen Entgeltanordnung gewollte Entgeltanpassung erfolge.<sup>56</sup>

##### b) Wirkung von Drittanfechtungsklagen gegen Vergleichsentgelte

Drei weitere, weitgehend parallele Klageverfahren vor dem VG Köln richteten sich gegen die genehmigten Entgelte für die Terminierung in einem auf PSTN-Technik basierenden hybriden Netz.<sup>57</sup> Das VG wies diese Klagen als unbegründet ab.

Obwohl die Beschlusskammer, so das VG, lediglich ein Vergleichsentgelt herangezogen habe, liege – so das VG – hier kein Fall einer zu schmalen Vergleichsbasis vor.<sup>58</sup> Die

42 VG Köln, 9.8.2019 – 21 L 4824/17, BeckRS 2019, 20355.

43 VG Köln, 9.8.2019 – 21 L 4824/17, BeckRS 2019, 20355, Rn. 15 – 16.

44 VG Köln, 9.8.2019 – 21 L 4824/17, BeckRS 2019, 20355, Rn. 17.

45 BVerwG, 29.3.2017 – 6 C 1.16; BVerfG, 22.11.2016 – 1 BvL 6/14, K&R 2017, 110.

46 VG Köln, 9.8.2017 – 21 L 4824/17, BeckRS 2019, 20355, Rn. 17.

47 VG Köln, 9.8.2019 – 21 L 4824/17, BeckRS 2019, 20355, Rn. 21 ff.

48 VG Köln, 9.8.2019 – 21 L 4824/17, BeckRS 2019, 20355, Rn. 35 ff.

49 VG Köln, 9.8.2019 – 21 L 4824/17, BeckRS 2019, 20355, Rn. 43.

50 VG Köln, 3.7.2019 – 1 K 14875/17, BeckRS 2019, 18135; VG Köln, 27.3.2019 – 1 K 4834/17, BeckRS 2019, 10287; VG Köln, 27.3.2019 – 1 K 4833/17, BeckRS 2019, 10252.

51 VG Köln, 27.3.2019 – 1 K 4833/17, BeckRS 2019, 10252; VG Köln, 27.3.2019 – 1 K 4834/17, BeckRS 2019, 10287.

52 VG Köln, 3.7.2019 – 1 K 14875/17, BeckRS 2019, 18135.

53 VG Köln, 3.7.2019 – 1 K 14875/17, BeckRS 2019, 18135, Rn. 30; VG Köln, 27.3.2019 – 1 K 4834/17, BeckRS 2019, 10287, Rn. 31.

54 VG Köln, 3.7.2019 – 1 K 14875/17, BeckRS 2019, 18135, Rn. 31 ff.

55 VG Köln, 3.7.2019 – 1 K 14875/17, BeckRS 2019, 18135, Rn. 31; VG Köln, 27.3.2019 – 1 K 4833/17, BeckRS 2019, 10252, Rn. 31; vgl. Nacimienta/Küll, K&R 2019, 95, 96 zu BVerwG, 25.2.2015 – 6 C 33.13 und BVerwG, 29.11.2017 – 6 C 58.17.

56 VG Köln 3.7.2019 – 1 K 14875/17, BeckRS 2019, 18135, Rn. 37 f.; VG Köln 3.7.2019 – 1 K 4834/17, BeckRS 2019, 10287, Rn. 36 ff.; VG Köln, 27.3.2019 – 1 K 4833/17, BeckRS 2019, 10252, Rn. 37.

57 VG Köln, 13.11.2018 – 1 K 4229/18, BeckRS 2018, 41588, VG Köln, 13.11.2018 – 1 K 5581/15, BeckRS 2018, 41582 und VG Köln, 13.11.2018 – 1 K 5583/15, BeckRS 2018, 41581.

58 VG Köln, 13.11.2018 – 1 K 4229/18, BeckRS 2018, 41588, Rn. 44.

herangezogenen Entgelte seien zum Zeitpunkt der Entscheidung gegenüber dem regulierten Unternehmen bestandskräftig gewesen;<sup>59</sup> soweit noch Drittanfechtungsklagen anhängig seien, wiesen diese lediglich eine „inter partes“-Wirkung auf.<sup>60</sup>

#### 4. Entgeltregulierung im UKW-Vorleistungsmarkt

Die Vorleistungsentgelte für die analoge UKW-Antennen(mit)benutzung waren erneut Gegenstand eines Verfahrens vor dem VG Köln.<sup>61</sup> Die Rechtmäßigkeit dieser Entgelte war bereits Gegenstand der Klage einer Wettbewerberin,<sup>62</sup> die jedoch zurückgenommen wurde. In der Zwischenzeit hatte die Klägerin, die bislang Betreiberin der Mehrheit der UKW-Sendeanlagen gewesen war, diesen Betrieb eingestellt und ihre Antennen weitestgehend veräußert. Entsprechend entschied das VG nur noch im Wege einer Fortsetzungsfeststellungsklage. Das Feststellungsinteresse war auf Basis der Rechtsprechung des BVerwG jenseits der anerkannten Fallgruppen zu bejahen.<sup>63</sup>

Die Kammer hielt ihre Bewertung aus dem Verfahren der Wettbewerberin der Klägerin<sup>64</sup> aufrecht und stellte die Rechtswidrigkeit der streitgegenständlichen Entgelte fest. Die BNetzA sei durch die Annahme eines fiktiven Investitionsbudgets von den anerkannten Methoden zur Investitionswertermittlung in unzulässiger Weise abgewichen.<sup>65</sup> Zudem habe sie durch Umverteilung der Kosten zwischen den verschiedenen Antennenstandorten mittels einer sog. „Härtefallregelung“ die standortspezifischen Entgelte losgelöst von den tatsächlichen Kosten genehmigt.<sup>66</sup>

### IV. Frequenzverwaltung

Im Berichtszeitraum wurden Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz im Wege der Versteigerung vergeben. Gegen die Entscheidungen wurden mehrere Eil- und Klageverfahren angestrengt, die allesamt ohne Erfolg blieben.

#### 1. Verfahren gegen die Entscheidungen zur Anordnung und zur Auswahl des Vergabeverfahrens

Ein Mobilfunknetzbetreiber griff die Entscheidung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur vom 14. 5. 2018 zur Anordnung der Vergabe für die Frequenzen 2 GHz und 3,6 GHz an. Das VG Köln wies zunächst den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage im Hauptsacheverfahren ab.<sup>67</sup> Die Anfechtungsklage im Hauptsacheverfahren wies das VG als unbegründet ab.<sup>68</sup> Die Klägerin rügte insbesondere die Einbeziehung der ihr noch zugeteilten Frequenzen in das Vergabeverfahren und die behördliche Feststellung der Frequenzknappheit.<sup>69</sup>

##### a) Gerichtliche Überprüfung der behördlichen Knappheitsfeststellung

Das VG entschied, mit Blick auf die Anordnung des Vergabeverfahrens gem. § 55 Abs. 10 S. 1 TKG in der Präsidentenkammerentscheidung vom 14. 5. 2018 bestünden keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken.<sup>70</sup>

Die Überprüfung der behördlichen Feststellung knappheitsbegründender Bedarfe unterliegt der vollen gerichtlichen Kontrolle.<sup>71</sup>

##### aa) Langer Zeitraum zwischen Bedarfsermittlung und Zuteilung unerheblich

Das VG stellte hierzu fest, es bestehe eine „Knappheit“ im Sinne eines überschießenden Frequenzbedarfs.<sup>72</sup> Dies ergebe sich – so das VG unter Verweis auf die maßgeblichen behördlichen Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung – aus dem von der BNetzA durchgeführten Bedarfsermittlungsverfahren, das von der Klägerin nicht in Zweifel gezogen und insoweit auch nicht zweifelhaft sei.<sup>73</sup>

Die BNetzA, so das VG weiter, habe ein förmliches Bedarfsermittlungsverfahren in nicht zu beanstandender Weise durchgeführt. Zweifel an der Rechtmäßigkeit dieses Verfahrens ergäben sich nicht aus dem Umstand, dass die BNetzA Frequenzen in die Vergabe einbezogen hätte, die der Klägerin noch zuteilt seien<sup>74</sup>. Der lange Zeitraum zwischen Bedarfsfeststellung bei Erlass der Vergabeordnung und der tatsächlichen Zuteilung der zur Vergabe gestellten Frequenzen führe nicht zu einem Mangel des Bedarfsermittlungsverfahrens.<sup>75</sup> Zudem verfüge die BNetzA nach der Rechtsprechung des BVerwG hinsichtlich der Prognose, dass im Zuteilungszeitpunkt eine das verfügbare Spektrum übersteigende Anzahl von Zuteilungsanträgen gestellt sein werde, über einen Beurteilungsspielraum. Davon ausgehend lasse sich nicht normativ herleiten, dass zwischen einer Bedarfsmeldung im förmlichen Bedarfsermittlungsverfahren und der Zuteilung lediglich ein bestimmter Zeitabstand liegen dürfe.<sup>76</sup>

##### bb) Maßgebliche Tatsachen der Bedarfsermittlung müssen nicht wirklich vorliegen

Zu der von der Klägerin geltend gemachten Rechtsprechung des BVerwG, wonach sich die BNetzA grundsätzlich nicht auf länger zurückliegende Bedarfsermittlungen stützen dürfe, führt das VG aus, dies gelte – entgegen der Auffassung der Klägerin – nicht für Bedarfsermittlungen zu Frequenzen, die erst in der Zukunft frei würden. Zwar gehöre die Bedarfsfeststellung als solche zu den entscheidungserheblichen Tatsachengrundlagen, die wirklich gegeben und nicht nur vertretbar angenommen worden sein müssten. Es lasse sich aber, so das VG weiter, weder aus § 55 Abs. 10 S. 1 TKG noch aus der diesbezüglichen Rechtsprechung des BVerwG ableiten, dass dies dahingehend zu verstehen sei, dass auch sämtliche Tatsachen,

59 VG Köln, 13. 11. 2018 – 1 K 4229/18, BeckRS 2018, 41588, Rn. 44.

60 VG Köln, 13. 11. 2018 – 1 K 4229/18, BeckRS 2018, 41588, Rn. 45.

61 VG Köln, 8. 4. 2019 – 1 K 6308/17 (justiz.nrw.de).

62 VG Köln, 26. 9. 2018 – 1 K 5469/17, BeckRS 2018, 24783, hierzu *Nacimiento/Küll*, K&R 2019, 95, 98.

63 VG Köln, 8. 4. 2019 – 1 K 6308/17 (justiz.nrw.de), Rn. 57 unter Verweis auf BVerwG, 29. 11. 2017 – 6 C 57.16, Rn. 18, hierzu auch *Nacimiento/Küll*, K&R 2017, 623, 626 f. Dagegen soll für die Feststellung des Eintritts eines erledigenden Ereignisses die Privilegierung nicht gelten, vgl. VG Köln, 8. 4. 2019 – 1 K 6308/17 (justiz.nrw.de), Rn. 59 ff.

64 VG Köln, 26. 9. 2018 – 1 K 5469/17, BeckRS 2018, 24783, hierzu näher *Nacimiento/Küll*, K&R 2019, 95, 98.

65 VG Köln, 8. 4. 2019 – 1 K 6308/17 (justiz.nrw.de), Rn. 90 ff.

66 VG Köln, 8. 4. 2019 – 1 K 6308/17 (justiz.nrw.de), Rn. 115 ff.

67 VG Köln, 21. 12. 2018 – 9 L 1698/18, BeckRS 2018, 34931.

68 VG Köln, 18. 2. 2019 – 9 K 4396/18, BeckRS 2019, 3576

69 VG Köln, 18. 2. 2019 – 9 K 4396/18, BeckRS 2019, 3576, Rn. 17 – 29.

70 VG Köln, 18. 2. 2019 – 9 K 4396/18, BeckRS 2019, 3576, Rn. 59 ff.

71 Vgl. nur BVerwG, 22. 6. 2011 – 6 C 6.10, K&R 2011, 532, Rn. 27, 28.

72 VG Köln, 18. 2. 2019 – 9 K 4396/18, BeckRS 2019, 3576, Rn. 62 – 63, unter Verweis auf BVerwG, 22. 6. 2011 – 6 C 3.10, Juris, Rn. 26, 28.

73 VG Köln, 18. 2. 2019 – 9 K 4396/18, BeckRS 2019, 3576 Rn. 58 – 66, unter Verweis auf den „diesbezüglichen gerichtlichen Prüfungsmaßstab BVerwG, 9. 6. 2015 – 6 B 59.14, juris, Rn. 26“.

74 VG Köln, 18. 2. 2019 – 9 K 4396/18, BeckRS 2019, 3576, Rn. 73 ff.

75 VG Köln, 18. 2. 2019 – 9 K 4396/18, BeckRS 2019, 3576, Rn. 75, 77, 81.

76 VG Köln, 18. 2. 2019 – 9 K 4396/18, BeckRS 2019, 3576, Rn. 86 – 88.

auf denen die Bedarfsfeststellung und im Falle der Durchführung eines Bedarfsermittlungsverfahrens die Bedarfsmeldungen beruhen, wirklich vorliegen müssten.<sup>77</sup> Der „Bedarf“, so das VG unter Verweis auf die Rechtsprechung des BVerwG, sei im Ausgangspunkt eine von den Unternehmen eigenverantwortlich festgelegte Größe, die sich später auch als fehlerhaft erweisen könne.<sup>78</sup>

Die Ausführungen des VG werfen insgesamt grundlegende Fragen zur gerichtlichen Kontrolle der behördlichen Bedarfsfeststellung als Grundlage einer Vergabeanordnung auf. Insbesondere die Aussage des VG, die für die Bedarfsfeststellung maßgeblichen Tatsachen müssten „nicht wirklich vorliegen“, sowie das Abstellen auf ungeprüfte subjektive Bedarfsmeldungen von Unternehmen begründen Zweifel an der Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes gegen behördliche Vergabeanordnungen im Rahmen der gebotenen gerichtlichen Kontrolle.

### b) Eilentscheidung in der Revisionsinstanz

Das VG Köln hatte zuvor den Antrag der Klägerin im o. g. Verfahren auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage abgelehnt.<sup>79</sup>

Nach Ergehen des erstinstanzlichen Urteils im Hauptsacheverfahren und Einlegung der darin zugelassenen Revision beantragte die Klägerin nunmehr vor dem BVerwG die Abänderung der erstinstanzlichen Eilentscheidung nach § 80 Abs. 7 VwGO. Das BVerwG lehnte diesen Antrag mangels Darlegung relevanter Änderungen seit Erlass der erstinstanzlichen Eilentscheidung ab.<sup>80</sup>

## 2. Verfahren gegen die Entscheidung zur Festlegung der Vergabebedingungen

Auch gegen die nachfolgende Entscheidung der Präsidentenkammer vom 26. 11. 2018 zur Festlegung der Vergabebedingungen und Versteigerungsregeln wurden Eil- und Klageverfahren angestrengt. Auch diese blieben allesamt ohne Erfolg.

### a) Diensteanbieterregelung und Versorgungspflichten: Rechtmäßigkeit bei summarischer Prüfung

Die 9. Kammer des VG Köln lehnte mehrere Anträge auf Anordnung der aufschiebenden Wirkungen von Klagen gegen die Präsidentenkammerentscheidung der BNetzA über die Vergaberegeln und Auktionsregeln zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz<sup>81</sup> ab.<sup>82</sup> Gegenstand der Verfahren waren die Festlegungen zum Verhandlungsgebot mit Blick auf Diensteanbieter<sup>83</sup> sowie die Festlegung der Versorgungspflichten.<sup>84</sup> Im Ergebnis entschied das VG in allen Verfahren, dass die streitgegenständlichen Regelungen in der Präsidentenkammerentscheidung nicht offensichtlich rechtswidrig seien. Die Interessenabwägung zwischen dem individuellen Interesse der Antragstellerinnen an der Aussetzung der Vollziehung und dem öffentlichen Interesse an deren sofortiger Vollziehung fiel in allen Verfahren zu Lasten der Antragstellerinnen aus.

Das VG qualifizierte die umstrittenen Festlegungen als Frequenznutzungsbestimmungen gemäß § 61 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 TKG.<sup>85</sup> In der Sache stehe der Behörde bei der Festlegung dieser Frequenznutzungsbestimmungen auf der Rechtsfolgenseite der Norm ein Ausgestaltungsspielraum zu, der nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliege.<sup>86</sup> Dagegen erstreckte sich die gerichtliche Kontrolle nicht darauf, ob die BNetzA auch erschöpfend

argumentiert<sup>87</sup> oder ob sie das Gebot der Konfliktbewältigung beachtet habe.<sup>88</sup>

Im Rahmen der summarischen Prüfung stellte das VG fest, die BNetzA sei von einem richtigen Verständnis der gesetzlichen Begriffe ausgegangen, habe den erheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend in den Blick genommen und habe bei der eigentlichen Bewertung widerspruchsfrei und plausibel argumentiert und insbesondere das Willkürverbot nicht verletzt.<sup>89</sup>

### aa) Voraussichtlich rechtmäßige Diensteanbieterregelung/Verhandlungsgebot

Das festgelegte Verhandlungsgebot mit geeigneten Diensteanbietern sei, so das VG, bei summarischer Prüfung rechtmäßig. Es handele es sich um Auflagen gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG.<sup>90</sup> Eine derartige Verpflichtung sei auch nicht wegen der Streichung des § 4 TKG und der Regelung des § 150 Abs. 4 S. 2 TKG unzulässig. Eine gesetzgeberische Intention, dass entsprechende Verpflichtungen künftig unzulässig sein sollen, sei dem nicht zu entnehmen.<sup>91</sup>

Auch § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG untersage nicht, ein Verhandlungsgebot als Frequenznutzungsbestimmung nach § 61 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 TKG aufzuerlegen.<sup>92</sup> Die unterschiedlichen Regelungszwecke des 2. und des 5. Teils des TKG stünden der Annahme einer Spezialität eines der Teile entgegen.<sup>93</sup>

Schließlich lasse auch das Unionsrecht zu, dass an Frequenznutzungsrechte Verpflichtungen geknüpft werden, die ein Nutzungsrechte erwerbendes Unternehmen im Laufe eines Auswahlverfahrens eingegangen sei.<sup>94</sup>

### bb) Voraussichtlich rechtmäßige Versorgungspflichten

Bei summarischer Prüfung seien, so das VG, auch die Versorgungspflichten als rechtmäßig zu werten.<sup>95</sup> Rechtlicher Maßstab sei hier primär der Gedanke der Zumutbarkeit.<sup>96</sup>

Zu beanstanden sei nicht, dass die ökonomische Bewertung der Versorgungspflichten auf der Nutzung von Frequenzen in Bereichen unter 1 GHz basiere, obwohl derartige Frequenzen nicht Gegenstand der Vergabe gewesen seien.<sup>97</sup> Ein zur Erreichung der Regulierungsziele notwen-

77 VG Köln, 18. 2. 2019 – 9 K 4396/18, BeckRS 2019, 3576, Rn. 118.

78 VG Köln, 18. 2. 2019 – 9 K 4396/18, BeckRS 2019, 3576, Rn. 118.

79 VG Köln, 21. 12. 2018 – 9 L 1698/18, BeckRS 2018, 34931.

80 BVerwG, 14. 3. 2019 – 6 VR 1.19.

81 BNetzA, 26. 11. 2018 – BK1-17/001.

82 VG Köln, 14. 3. 2019 – 9 L 455/19, BeckRS 2019, 3575; VG Köln, 14. 3. 2019 – 9 L 351/19, BeckRS 2019, 3578; VG Köln, 14. 3. 2019 – 9 L 300/19 (justiz.nrw.de); VG Köln, 14. 3. 2019 – 9 L 205/19, BeckRS 2019, 3574.

83 VG Köln, 14. 3. 2019 – 9 L 455/19, BeckRS 2019, 3575; VG Köln, 14. 3. 2019 – 9 L 300/19 (justiz.nrw.de).

84 VG Köln, 14. 3. 2019 – 9 L 351/19, BeckRS 2019, 3578; VG Köln, 14. 3. 2019 – 9 L 300/19 (justiz.nrw.de).

85 VG Köln, 14. 3. 2019 – 9 L 300/19 (justiz.nrw.de), Rn. 25; VG Köln, 14. 3. 2019 – 9 L 205/19, BeckRS 2019, 3574, Rn. 3.

86 VG Köln, 14. 3. 2019 – 9 L 455/19, BeckRS 2019, 3575, Rn. 15; VG Köln, 14. 3. 2019 – 9 L 300/19 (justiz.nrw.de), Rn. 10.

87 VG Köln, 14. 3. 2019 – 9 L 351/19, BeckRS 2019, 3578, Rn. 6.

88 VG Köln, 14. 3. 2019 – 9 L 455/19, BeckRS 2019, 3575, Rn. 21; VG Köln, 14. 3. 2019 – 9 L 351/19, BeckRS 2019, 3578, Rn. 11.

89 VG Köln, 14. 3. 2019 – 9 L 300/19 (justiz.nrw.de), Rn. 50.

90 VG Köln, 14. 3. 2019 – 9 L 300/19 (justiz.nrw.de), Rn. 185.

91 VG Köln, 14. 3. 2019 – 9 L 300/19 (justiz.nrw.de), Rn. 205.

92 VG Köln, 14. 3. 2019 – 9 L 300/19 (justiz.nrw.de), Rn. 217.

93 VG Köln, 14. 3. 2019 – 9 L 300/19 (justiz.nrw.de), Rn. 229.

94 VG Köln, 14. 3. 2019 – 9 L 300/19 (justiz.nrw.de), Rn. 268.

95 VG Köln, 14. 3. 2019 – 9 L 205/19, BeckRS 2019, 3574, Rn. 7 ff.

96 VG Köln, 14. 3. 2019 – 9 L 300/19 (justiz.nrw.de), Rn. 51.

97 VG Köln, 14. 3. 2019 – 9 L 351/19, BeckRS 2019, 3578, Rn. 40.

diger Versorgungsgrad müsse nicht durch die konkret zur Verfügung gestellten Frequenzen erreicht werden.<sup>98</sup> Die Gefahr von Fehlanreizen sei dadurch gebannt, dass eine effiziente Frequenznutzung durch die Antragstellerin sichergestellt sein müsse, da andernfalls ein Widerruf der Frequenzzuteilung möglich und geboten sei.<sup>99</sup> Durch die auferlegten Versorgungsverpflichtungen würden keine Frequenznutzungsbestimmungen vergangener Vergabeverfahren geändert.<sup>100</sup>

Auch dass die BNetzA der Befristung der Frequenzzuteilungen unterhalb 1 GHz keine Bedeutung zugemessen habe, obwohl diese nicht bis zum Zeitpunkt der Befristung der vorliegend zur Vergabe stehenden Frequenzen reiche, sei, so das VG, nicht zu beanstanden. Die Behörde habe insoweit den Wiedererwerb des betreffenden Spektrums im Rahmen künftiger Frequenzvergabeverfahren unterstellen dürfen.<sup>101</sup> Zudem habe die BNetzA die Möglichkeit von Kooperationen der Mobilfunknetzbetreiber vorgesehen, bei denen eine Anrechnung der Versorgung durch andere Zuteilungsinhaber zur Vermeidung unzumutbarer Kostenbelastungen erfolgen könne.<sup>102</sup>

#### b) Fehlende Klagebefugnis von Mobilfunk-Diensteanbietern für Verpflichtungsklage auf Festlegung einer Diensteanbieterverpflichtung

Insgesamt vier Klagen von Mobilfunk-Diensteanbietern vor dem VG Köln richteten sich gegen die Entscheidung der Präsidentenkammer der BNetzA über die Vergaberegeln und über die Auktionsregeln für Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz.<sup>103</sup> Die Klägerinnen begehrt die Verpflichtung der BNetzA, in die Festlegung der Vergabebedingungen eine Diensteanbieterverpflichtung für die künftigen Zuteilungsinhaber aufzunehmen. Das VG wies alle Klagen mit im Wesentlichen identischer Begründung als unzulässig ab.

Zwar hielt das VG die Klagen als Verpflichtungsklagen für statthaft.<sup>104</sup> Allerdings fehle es, so das VG, an der erforderlichen Klagebefugnis.<sup>105</sup> Der geltend gemachte Anspruch der Klägerinnen sei offensichtlich und eindeutig nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen.<sup>106</sup> Das Diskriminierungsverbot des § 55 Abs. 1 S. 3 i. V. m. § 61 Abs. 7 S. 1 TKG wirke nur zugunsten dessen, der sich an der Frequenzvergabe beteilige oder beteiligen wolle und sich auf seinen Anspruch auf chancengleiche Teilhabe berufe.<sup>107</sup> Ebenso wenig ergebe sich eine Klagebefugnis der Diensteanbieter aus dem Erfordernis, den Begriff der Frequenznutzungsbestimmungen nach Maßgabe des § 60 Abs. 2 S. 1 TKG zu konkretisieren.<sup>108</sup> Der Begriff der effizienten und störungsfreien Frequenznutzung in § 60 Abs. 2 S. 1 TKG vermittele keine Rechte für Dritte.<sup>109</sup> Schließlich lasse sich eine Klagebefugnis auch nicht aus der Bezugnahme auf weitere Regulierungsziele in § 60 Abs. 2 S. 1 TKG herleiten.<sup>110</sup> Darüber hinaus sei mangels hinreichend konkretisierter Rechtsposition auch eine auf EU-Recht gestützte Klagebefugnis abzulehnen.<sup>111</sup>

## V. Vorratsdatenspeicherung

Fragen der Vereinbarkeit der Regelungen des TKG zur Vorratsdatenspeicherung mit Unionsrecht sind Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem EuGH. Mit Beschlüssen vom 25.9.2019 setzte das BVerwG zwei Verfahren zur Rechtmäßigkeit der Verpflichtung zur Speicherung von Verkehrsdaten auf Vorrat aus.<sup>112</sup> Das BVerwG legte dem EuGH die Frage vor, ob die

deutsche Regelung zur Vorratsdatenspeicherung von Verkehrsdaten mit Art. 15 der RL 2002/58/EG<sup>113</sup> (Datenschutzrichtlinie) vereinbar ist.

Gemäß § 113 a Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 113 b TKG sind Erbringer öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste verpflichtet, Verkehrsdaten ihrer Kunden nach den dort festgelegten Maßgaben auf Vorrat zu speichern. Die Pflichten zur Vorratsdatenspeicherung sind in 2015 neu geregelt worden, nachdem das BVerfG in 2010 die Vorgängerregelungen für nichtig erklärt hatte.<sup>114</sup> Die Neuregelung sollte dieser Entscheidung sowie der dann folgenden Entscheidung des EuGH aus 2014, der die RL 2006/24/EG über die Vorratsdatenspeicherung für ungültig erklärt hatte,<sup>115</sup> Rechnung tragen.

Das VG Köln hatte in den Vorinstanzen festgestellt, dass die neu geregelte Speicherpflicht gegen Unionsrecht verstoße.<sup>116</sup> Ob dieser entscheidungstragende Rechtssatz mit revisiblem Recht vereinbar sei, hänge – so das BVerwG – von der Auslegung der Datenschutzrichtlinie ab und ließe sich ohne Vorabentscheidung des EuGH nicht abschließend klären.<sup>117</sup> Das BVerwG legte zugrunde, dass die in Rede stehenden Regelungen des TKG Beschränkungen der in der Datenschutzrichtlinie enthaltenen Rechte – u. a. mit Blick auf die Vertraulichkeit der Kommunikation und das Einwilligungserfordernis im Falle der Datenspeicherung<sup>118</sup> – beinhalteten, die nur dann gerechtfertigt seien, wenn sie auf die Ermächtigungsnorm des Art. 15 Abs. 1 der Datenschutzrichtlinie gestützt werden könnten.<sup>119</sup>

Der EuGH habe in seiner Entscheidung zu den auf RL 2006/24/EG beruhenden Regelungen zur Vorratsdatenspeicherung in Schweden und im Vereinigten Königreich<sup>120</sup> zwar deutlich gemacht, dass eine anlasslose Vorratsdatenspeicherung grundsätzlich nicht unter diese Vorschrift gefasst werden könne.<sup>121</sup> Die dort benannten Voraussetzungen der Zulässigkeit einer nationalen Regelung zur Vorratsdatenspeicherung erfüllten die hier in Rede stehenden Vorschriften des TKG nicht. Allerdings hielt

98 VG Köln, 14. 3. 2019 – 9 L 351/19, BeckRS 2019, 3578, Rn. 47.

99 VG Köln, 14. 3. 2019 – 9 L 351/19, BeckRS 2019, 3578, Rn. 52; VG Köln, 14. 3. 2019 – 9 L 300/19 (justiz.nrw.de), Rn. 73.

100 VG Köln, 14. 3. 2019 – 9 L 300/19 (justiz.nrw.de), Rn. 78 ff.

101 VG Köln, 14. 3. 2019 – 9 L 300/19 (justiz.nrw.de), Rn. 132 ff.

102 VG Köln, 14. 3. 2019 – 9 L 351/19, BeckRS 2019, 3578, Rn. 62; VG Köln, 14. 3. 2019 – 9 L 300/19 (justiz.nrw.de), Rn. 145.

103 VG Köln, 3. 7. 2019 – 9 K 8489 – 8492/18, BeckRS 2019, 15782; BeckRS 2019, 15623; BeckRS 2019, 16472; BeckRS 2019, 17517.

104 VG Köln, 3. 7. 2019 – 9 K 8492/18, BeckRS 2019, 17517, Rn. 45.

105 VG Köln, 3. 7. 2019 – 9 K 8492/18, BeckRS 2019, 17517, Rn. 47.

106 VG Köln, 3. 7. 2019 – 9 K 8492/18, BeckRS 2019, 17517, Rn. 59.

107 VG Köln, 3. 7. 2019 – 9 K 8492/18, BeckRS 2019, 17517, Rn. 64.

108 VG Köln, 3. 7. 2019 – 9 K 8492/18, BeckRS 2019, 17517, Rn. 75.

109 VG Köln, 3. 7. 2019 – 9 K 8492/18, BeckRS 2019, 17517, Rn. 82 f.

110 VG Köln, 3. 7. 2019 – 9 K 8492/18, BeckRS 2019, 17517, Rn. 86.

111 VG Köln, 3. 7. 2019 – 9 K 8492/18, BeckRS 2019, 17517, Rn. 104 ff.

112 BVerwG, 25. 9. 2019 – 6 C 12.18, K&R 2019, 819 ff. und BVerwG, 25. 9. 2019 – 6 C 13.18.

113 RL 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. 7. 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), EG ABl. L 201, 31. 7. 2002, p. 37 – 47.

114 BVerfG, 2. 3. 2010 – 1 BvR 256, 263, 586/08.

115 EuGH, 8. 4. 2014 – C-293/12 und C-594/12, K&R 2014, 405 ff.

116 Vgl. VG Köln, 20. 4. 2018 – 9 K 3859/16, ZD 2018, 601, hierzu s. Nacimiento/Küll, K&R 2019, 95, 100.

117 BVerwG, 25. 9. 2019 – 6 C 13.18, Rn. 18.

118 Konkret der Rechte gem. Art. 5 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 1 Datenschutzrichtlinie.

119 BVerwG, 25. 9. 2019 – 6 C 13.18, Rn. 20 – 21.

120 EuGH, 21. 12. 2016 – C-203/15 und C-698/15, K&R 2017, 105 ff., Rn. 108 ff.

121 BVerwG, 25. 9. 2019 – 6 C 12.18, K&R 2019, 819 ff., BVerwG, 25. 9. 2019 – 6 C 13.18, jeweils Rn. 23 f.



es der Senat nicht für ausgeschlossen, dass die Unterschiede zwischen den Vorschriften, die Gegenstand im Verfahren vor dem EuGH waren, und den aktuellen Regelungen in §§ 113 a Abs. 1 S. 1, 113 b TKG eine andere Bewertung bedingten. So sei vorliegend der Umfang gespeicherter Daten geringer, die Speicherungsfrist sei erheblich verkürzt.<sup>122</sup> Auch enthielten die §§ 113 a ff. TKG strenge Beschränkungen mit Blick auf den Schutz der gespeicherten Daten – mit Ausnahme der IP-Adressen – und den Zugang hierzu.<sup>123</sup> Schließlich sei zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber mit Erlass dieser Regelungen auch seinen Handlungspflichten nachkomme, die sich aus dem Recht auf Sicherheit nach Art. 6 GRCh ergäben.<sup>124</sup>

## VI. Sonstiges

### 1. Netzneutralität und Roaming

Im Berichtszeitraum befassten sich das VG Köln und das OVG Münster mit Fragen im Zusammenhang mit Netzneutralität und Roaming. Anlass waren Kundenangebote von Deutsche Telekom und Vodafone für sog. Zero-Rating-Dienste.

#### a) Verstoß gegen Grundsatz der Netzneutralität

##### aa) Eilentscheidungen

Das VG Köln wies mit Beschluss vom 20. 11. 2018 einen Antrag der Telekom auf einstweiligen Rechtsschutz ab.<sup>125</sup> Das OVG Münster bestätigte die Entscheidung mit Beschluss vom 12. 7. 2019.<sup>126</sup>

Den Verfahren lag ein Bescheid der BNetzA vom 15. 12. 2017 zugrunde. Hierin hatte die BNetzA für die von Telekom angebotene Option „StreamOn“ sowohl die darin enthaltene anbieterbezogene Bandbreitenlimitierung als auch die Beschränkung der Streaming-Option auf das Inland untersagt.

Das VG hielt die Entscheidung der BNetzA bei summarischer Prüfung für rechtmäßig. Die Bandbreitenlimitierung verstoße nach den einschlägigen unionsrechtlichen Bestimmungen über die Netzneutralität gegen das Gebot der Gleichbehandlung des Datenverkehrs und sei auch nicht ausnahmsweise als angemessene Maßnahme des Verkehrsmanagements zulässig.<sup>127</sup> Eine selektive Bandbreitenkürzung sei auch dann unzulässig, wenn sie auf einer Vereinbarung des Endkunden mit dem Anbieter beruhe.<sup>128</sup> Ferner erkannte das VG einen Verstoß gegen Vorgaben der Roaming-Verordnung,<sup>129</sup> da bei Nutzung des Dienstes im europäischen Ausland das Datenstreaming auf das inkludierte Volumen angerechnet würde. Hierdurch würden im EU-Ausland im Ergebnis höhere Entgelte als im Inland berechnet („indirekte Preiserhöhung“).<sup>130</sup> Das OVG folgte der Bewertung des VG und wies die Beschwerde gegen die erstinstanzliche Entscheidung zurück.<sup>131</sup>

##### bb) Aussetzung und Vorlagebeschluss im Hauptsacheverfahren

Das Hauptsacheverfahren hat das VG Köln mit Beschluss vom 20. 1. 2020 ausgesetzt<sup>132</sup> und dem EuGH eine Reihe von Fragen zur Reichweite und Abdingbarkeit des Gleichbehandlungsgebots gemäß Art. 3 Abs. 3 VO 2015/2120 sowie zur Zulässigkeit von Verkehrsmanagementmaßnahmen vorgelegt.<sup>133</sup> Eine ähnliche Vorlage ist bereits aus Ungarn beim EuGH anhängig.<sup>134</sup>

#### b) Weitere Vorlage zum EuGH zur Roaming-Verordnung

Ferner hat die 9. Kammer des VG Köln im Verfahren um den Zero-Rating-Dienst *Vodafone Pass* ebenfalls das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH Fragen zu Art. 6 a Roaming-VO vorgelegt.<sup>135</sup> Geklärt werden soll zum einen, ob es zulässig ist, einen derartigen Zero-Rating-Dienst nur im Inland anzubieten, während die entsprechenden Daten bei Nutzung im Ausland auf das gebuchte Datenkontingent angerechnet werden. Weitere Fragen betrafen die von Vodafone für die Nutzung des Dienstes im Ausland angekündigte „Fair Use Policy“ mit begrenztem Datenkontingent.

## 2. Umsetzung von Notrufverpflichtungen

Die technischen Anforderungen an die Übermittlung des Anruferstandorts bei Notrufen waren Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens zur Auslegung von Art. 26 RL 2002/22/EG i. d. F. der RL 2009/136/EG.<sup>136</sup> Auf dieser Vorschrift basieren § 108 TKG sowie die NotrufV und die „Technische Richtlinie Notruf“. Geklagt hatten vor dem Regionalen Verwaltungsgericht Vilnius die Angehörigen eines Mädchens, das Opfer einer tödlichen Gewalttat geworden war. Das Opfer konnte zwar von seinem Mobiltelefon zunächst noch mehrfach Hilferufe an die einheitliche europäische Notrufnummer 112 senden. Dem Notfallzentrum wurde jedoch die Mobilfunknummer nicht angezeigt, so dass der Aufenthalt des Opfers nicht ermittelt werden konnte. Im Prozess ließ sich nicht klären, ob in das Gerät eine SIM-Karte eingelegt war.

Der EuGH entschied, bereits aus dem Wortlaut des Art. 26 Abs. 5 RL 2002/22/EG ergebe sich, dass alle Anrufe unter der einheitlichen europäischen Notrufnummer – auch solche, die von einem Mobiltelefon ohne SIM-Karte aus getätigt würden – von der Regelung umfasst seien.<sup>137</sup> Entsprechend müssten die Mitgliedstaaten, vorbehaltlich der technischen Umsetzbarkeit, sicherstellen, dass die Unternehmen für sämtliche Anrufe unter der Notrufnummer Daten zum Standort des Anrufers mitsenden.<sup>138</sup> Dabei sei den Mitgliedstaaten ein Ermessen bei der Festlegung der Kriterien für die Genauigkeit und Zuverlässigkeit der Standortdaten eingeräumt. Die von ihnen festgelegten Kriterien müssten jedoch im Rahmen der technischen Machbarkeit gewährleisten, dass der Standort des Anrufers so zuverlässig und genau bestimmt werden könne, dass die Notdienste ihm wirksam helfen könnten.<sup>139</sup>

122 BVerwG, 25. 9. 2019 – 6 C. 12.18, K&R 2019, 819 ff.; BVerwG, 25. 9. 2019 – 6 C. 13.18, jeweils Rn. 28.

123 BVerwG, 25. 9. 2019 – 6 C. 12.18, K&R 2019, 819 ff.; BVerwG, 25. 9. 2019 – 6 C. 13.18, jeweils Rn. 29 f.

124 BVerwG, 25. 9. 2019 – 6 C. 12.18, K&R 2019, 819 ff.; BVerwG, 25. 9. 2019 – 6 C. 13.18, jeweils Rn. 31.

125 VG Köln, 20. 11. 2018 – 1 L 253/18, MMR 2019, 197.

126 OVG NRW, 12. 7. 2019 – 13 B 1734/18, K&R 2019, 604 ff.

127 Konkret erkannte das VG einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 der Verordnung 2015/2120 vom 25. 11. 2015 über Maßnahmen zum Zugang zum offenen Internet und zur Änderung der Universalienrichtlinie 2002/22/EG sowie der VO (EU) Nr. 531/2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union.

128 VG Köln, 20. 11. 2018 – 1 L 253/18, MMR 2019, 197, Rn. 11, 20.

129 Konkret gegen Art. 2 Abs. 2 lit. r VO (EU) Nr. 531/2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union.

130 VG Köln, 20. 11. 2018 – 1 L 253/18, MMR 2019, 197, Rn. 91.

131 OVG NRW, 12. 7. 2019 – 13 B 1734/18, K&R 2019, 604 ff.

132 VG Köln, 20. 1. 2020 – 9 K 4632/18 (noch unveröffentlicht).

133 S. Pressemeldung des VG Köln v. 21. 1. 2020.

134 EuGH, Vorlagebeschluss v. 20. 12. 2018 – C-807/18.

135 VG Köln, 18. 11. 2019 – 9 K 8221/18 (noch unveröffentlicht).

136 EuGH, 5. 9. 2019 – C-417/18, K&R 2019, 723 ff.

137 EuGH, 5. 9. 2019 – C-417/18, K&R 2019, 723 ff., Rn. 21 ff.

138 EuGH, 5. 9. 2019 – C-417/18, K&R 2019, 723 ff., Rn. 24.

139 EuGH, 5. 9. 2019 – C-417/18, K&R 2019, 723 ff., Rn. 34.