
Datum: 11.11.2015
Gericht: Verwaltungsgericht Köln
Spruchkörper: 21. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 K 450/15
ECLI: ECLI:DE:VGK:2015:1111.21K450.15.00

Nachinstanz: Oberverwaltungsgericht NRW, 13 A 17/16

Tenor:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Das Urteil ist wegen der Kosten ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 120 % des beizutreibenden Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Berufung wird zugelassen.

Tatbestand: 1

Die Klägerin wendet sich gegen die Aufforderung, der Meldepflicht aus § 6 Abs. 1 Telekommunikationsgesetz (TKG) für den von ihr betriebenen Dienst „H. “ 2
() als Anbieterin eines Telekommunikationsdienstes nachzukommen.

Der von der Klägerin angebotene Dienst ist ein Internet-basierter E-Mail-Dienst. Ein E-Mail-Dienst ist ein Dienst zum Senden, Vermitteln, Übermitteln und Empfangen von elektronischer Post. Im Rahmen dieses Dienstes werden Informationen unverändert vom Absender (Sende-E-Mail-Adresse) zum Empfänger (Ziel-E-Mail-Adresse) mittels für den E-Mail-Dienst standardisierter Protokolle der Internetprotokollfamilie vermittelt und zugestellt. Der Nutzer erhält dabei eine oder mehrere E-Mail-Adressen, die ihn – ähnlich einer Postadresse – als Absender und Empfänger von E-Mails ausweisen. Darüber hinaus werden dem Nutzer eines 3

E-Mail-Dienstes auf der Weboberfläche weitere Funktionalitäten angeboten, beispielsweise das Editieren, Speichern und Ordnen von E-Mails oder das Verwalten von Kontakten.

Zur Erstellung des E-Mail-Inhaltes durch den Absender der E-Mail wird in der Regel eine Oberfläche mittels eines Programms genutzt. Dies kann direkt über die Portalseite des E-Mail-Diensteanbieters oder durch ein lokales „E-Mail-Programm“ (einen sogenannten E-Mail-Client) erfolgen. Nach der Erstellung des E-Mail-Inhaltes und der Bestimmung einer oder mehrerer Ziel-E-Mail-Adressen erfolgt in beiden Fällen die Übermittlung der E-Mail an den E-Mail-Diensteanbieter durch gezieltes Absenden, ausgelöst durch den Absender. Hierdurch wird ein Leistungsfluss zur weiteren Bearbeitung des Vermittlungs-, Übertragungs- und Zustellvorgangs durch den E-Mail-Diensteanbieter ausgelöst. Hingegen ist die Klägerin kein sog. Internet Access Provider. Sie bietet den Nutzern ihres Dienstes selbst keinen Internetzugang über eigene oder angemietete Telekommunikationsnetze an, mit denen die Nutzer auf den von ihr angebotenen Dienst zugreifen könnten.

4

Um die mit einer Zieladresse versehene E-Mail nach Einleitung des Versendevorgangs durch den Absender an die Empfänger-Adresse zustellen zu können, betreibt der E-Mail-Diensteanbieter einen E-Mail-Server (sog. Mailserver), der die E-Mails verwaltet und diese gegebenenfalls zwischenspeichert. Um den Empfänger identifizieren zu können, übernehmen die Mailserver auf Anbieterseite zusätzlich die Aufgabe, vom Nutzer verwendete Domainnamen in eine IP-Adresse zu „übersetzen“, um dem Ausgangs-Server die Identifikation des Ziel-Servers der Domain, die in der E-Mail-Adresse als Empfänger angegeben ist, zu ermöglichen. Zwecks Versands über das Internet bringt der E-Mail-Anbieter dann die in IP-Pakete zerlegte E-Mail auf den Weg über das Internet. Für die Interaktion mit allen Diensten im Netz gelten identische Routing-Regeln auf der Basis bestimmter Standards und Protokolle. Um eine Verbindung zwischen bestimmten Punkten des Netzes zu schaffen, muss der Verkehr verschiedene Teilnetze passieren, die von Dritten betrieben werden. Das Internetrouting ist dynamisch und kann sich stetig verändern, ohne dass die Partei, deren Verkehr transportiert wird, davon Kenntnis hätte oder Kontrolle ausüben könnte.

5

Nach dem Empfang der Daten beim E-Mail-Eingangsserver des E-Mail-Diensteanbieters des Empfängers, wird die E-Mail in der Regel dort gespeichert und für den Empfänger in einem „Postfach“ vorgehalten, auf die dieser dann mittels verschiedener Techniken zugreifen kann.

6

Werden E-Mails zwischen Nutzern desselben Anbieters versendet, kann der Weg, den die E-Mail nimmt, auch kürzer sein oder die Server des Diensteanbieters gar nicht erst verlassen.

7

Mit Schreiben vom 28. Mai 2010 forderte die Beklagte die Klägerin erstmalig schriftlich auf, ihrer Meldepflicht nach § 6 TKG für den Dienst H.

8

() nachzukommen.

Die Klägerin kam dieser Aufforderung nicht nach. Im Schreiben vom 3. September 2010 vertrat sie u.a. die Auffassung, dass es sich bei H. nicht um einen meldepflichtigen Telekommunikationsdienst im Sinne des § 6 TKG handele.

9

Die Beklagte nahm hierzu mit Schreiben vom 11. November 2010 Stellung und begründete ihre gegenteilige Rechtsauffassung.

10

In der Folgezeit tauschten sich die Klägerin und die Beklagte in verschiedenen Schreiben über die rechtliche Einordnung des von der Klägerin angebotenen H. -Dienstes aus.

11

12

Mit Bescheid vom 2. Juli 2012 stellte die Beklagte fest, dass die Klägerin mit H1. N. einen Telekommunikationsdienst erbringe und diesen nicht angemeldet habe (Ziffer 1). Die Klägerin wurde in Ziffer 2 aufgefordert, dazu Stellung zu nehmen, und auf ihre Verpflichtung hingewiesen, H1. N. als Telekommunikationsdienst bei der Bundesnetzagentur anzumelden. In Ziffer 3 wurde angeordnet, dass die Anmeldung nach Ziffer 2 binnen zwei Wochen nach Erhalt dieses Bescheids zu erfolgen habe. Für den Fall, dass die Klägerin ihren Verpflichtungen nach Ziffer 2 nicht binnen 2 Wochen nachkomme, wurde ihr in Ziffer 4 ein Zwangsgeld in Höhe von 2.000 Euro angedroht. Zur Begründung verwies die Beklagte auf § 6 TKG. Die Klägerin erbringe mit dem Dienst „H1. N.“ einen Telekommunikationsdienst i.S.d. § 3 Nr. 24 TKG. Da dieser Dienst für jedermann zugänglich sei und gewerblich erbracht werde, seien die Tatbestandsvoraussetzungen des § 6 Abs. 1 Satz 1 TKG erfüllt.

Gegen diesen Bescheid legte die Klägerin mit Schreiben vom 2. August 2012 Widerspruch ein, den sie unter Verweis auf die vorangegangene umfangreiche Korrespondenz mit der Beklagten begründete. 13

Nach Eingang des Widerspruchs wandte sich die Beklagte an die Europäische Kommission mit der Bitte um Einstufung eines E-Mail-Dienstes in den europäischen Rechtsrahmen. Die Generaldirektion Kommunikationsnetze, Inhalte und Technologien, eine Dienststelle der Europäischen Kommission (im Folgenden DG Connect), gab mit Schreiben vom 13. Februar 2014 eine Stellungnahme ab. Darin teilte sie mit, dass nach ihrer Ansicht der im Auskunftersuchen der Beklagten beschriebene Dienst nicht als Angebot eines elektronischen Kommunikationsdienstes (electronic communications service oder ECS) gemäß Art. 2 lit. c) der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste vom 7. März 2002 (Rahmenrichtlinie) einzustufen sei, solange der Anbieter nicht die Kontrolle über und Verantwortung für die Übertragung der E-Mail vom Sender an den Empfänger über elektronische Kommunikationsnetze ausübe, sondern nur IP-Pakete für die Übermittlung an das richtige Ziel verschlüssele. DG Connect wies abschließend darauf hin, dass es sich bei dieser Stellungnahme nicht um eine verbindliche Auskunft der Europäischen Kommission handle, sondern das Schreiben lediglich die Meinung der Dienststelle DG Connect wiedergebe. 14

Der Widerspruch der Klägerin wurde mit Widerspruchsbescheid vom 22. Dezember 2014 zurückgewiesen. 15

Die Klägerin hat am 23. Januar 2015 Klage erhoben. 16

Zur Begründung trägt sie vor, dass es sich bei dem von ihr angebotenen Dienst (H.), den sie selbst als „Webmail-Dienst“ bezeichnet, nicht um einen Telekommunikationsdienst im Sinne des § 3 Nr. 24 TKG handle. Die Definition des Telekommunikationsdienstes gemäß § 3 Nr. 24 TKG entspreche weitestgehend der Definition des elektronischen Kommunikationsdienstes gemäß Art. 2 lit. c) der Rahmenrichtlinie. Zudem nehme Erwägungsgrund 10 der Rahmenrichtlinie Bezug auf „E-Mail-Übertragungsdienste“, die hiernach von dieser Richtlinie erfasst seien. Bei dem von ihr angebotenen Dienst handle es sich weder um einen elektronischen Kommunikationsdienst noch um einen „E-Mail-Übertragungsdienst“ im Sinne der genannten Richtlinie. Es fehle bei dem von ihr angebotenen Dienst an einer ihr zuzurechnenden bzw. von ihr zu verantwortenden überwiegenden Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze im Sinne von § 3 Nr. 24 TKG. Bei der Übermittlung der E-Mail vom Nutzer zum Mailserver des Webmail-Anbieters finde die Signalübertragung ausschließlich durch den Internet Access Provider statt, den der die E-Mail versendende Nutzer gewählt habe. Bei der Übermittlung der E-Mail 17

vom Mailserver des Webmail-Diensteanbieters an den empfangenden Mailserver über das Internet finde gleichfalls keine dem Webmail-Anbieter zuzurechnende überwiegende Signalübertragung im Sinne von § 3 Nr. 24 TKG statt. Der Webmail-Anbieter sende lediglich die vom Nutzer erstellte Nachricht ab, wobei die Signalübertragung „über das Internet“ erfolge. „Über das Internet“ in diesem Sinne bedeute, dass die in IP- Pakete zerlegte E-Mail sich auf Grund der standardisierten Internet-Protokolle den Weg über das Internet suche. Der Dienst des Webmail-Anbieters bestehe ausschließlich darin, seinen Nutzern diesen Versand zu ermöglichen, indem die in IP-Pakete umgewandelten Nachrichtentexte und Anhänge auf den Weg gegeben würden. An dem eigentlichen Signalübertragungsprozess zwischen ausgehendem Mailserver und empfangendem Mailserver sei der Webmail-Anbieter hingegen nicht beteiligt.

Die Definition des Telekommunikationsdienstes gemäß § 3 Nr. 24 TKG sei nicht subjektiv nutzerbezogen vorzunehmen, so dass es nicht darauf ankomme, welche Vorstellungen sich der Nutzer über den E-Mail-Versand mache. Unabhängig hiervon sei Nutzern von E-Mail-Diensten aber auch durchaus bewusst, dass die Signalübertragung regelmäßig von den von ihnen ausgewählten und bezahlten Internet Service Providern und nicht vom E-Mail-Diensteanbieter durchgeführt werde. 18

Selbst wenn man aber von einer Signalübertragung ausgehen wollte, die ihr zuzurechnen sei, so handelte es sich bei dem von ihr erbrachten Dienst jedenfalls nicht um einen solchen, der im Sinne von § 3 Nr. 24 TKG „überwiegend“ in der Übertragung von Signalen bestehe, denn hierfür fehle es ihr an der erforderlichen Kontrolle und Verantwortung für die Signalübertragung. Für die Einordnung ihres Dienstes als Telekommunikationsdienst im Sinne des § 3 Nr. 24 TKG sei ein gewisses Maß an Kontrolle über und Verantwortung für die Signalübertragung zwingend erforderlich. Andernfalls würden die Merkmale des Telekommunikationsdienstes bei nahezu allen IP-basierten Diensten erfüllt sein. Eine gewisse Kontrolle und Verantwortung des Diensteanbieters hinsichtlich der Signalübertragung sei auch deshalb erforderlich, weil andernfalls die an die Einordnung eines Dienstes als Telekommunikationsdienst anknüpfenden telekommunikationsrechtlichen Pflichten von dem Diensteanbieter nicht erfüllt werden könnten. 19

Im Übrigen werde auch in der seitens der Beklagten eingeholten Auskunft der DG- Connect davon ausgegangen, dass ein E-Mail-Dienst keinen elektronischen Kommunikationsdienst im Sinne der Rahmenrichtlinie darstelle. 20

Die allein am Wortlaut von § 3 Nr. 24 TKG und Art. 2 lit. c) Rahmenrichtlinie ausgerichtete Argumentation der Beklagten greife zu kurz. Ein Internetunternehmen, das keinerlei Kontrolle über den Signalübertragungsprozess habe, erbringe keinen Dienst über Telekommunikationsnetze, sondern nutze diese lediglich, um einen Dienst zu erbringen. 21

Dass bei der Übermittlung von E-Mails regelmäßig Protokolle zum Einsatz kommen, die durch sog. „Handshake-Verfahren“ für eine „ordnungsgemäße und vollständige Übermittlung“ sorgen, könne ebenfalls nicht die Annahme begründen, dass ein E-Mail-Anbieter Kontrolle über den Signalübertragungsprozess der E-Mail von Mailserver zu Mailserver ausübe. Denn bei den verwendeten Netzwerkprotokollen handele es sich um solche der Internetprotokollfamilie, die bei praktisch allen Webseiten, mit denen Nutzer interagierten, zum Einsatz kämen. Eine Kontrolle über die Signalübertragung allein dadurch begründen zu wollen, dass der E-Mail-Anbieter bei fehlgeschlagenem Verbindungsaufbau oder ungültiger E-Mail-Adresse gegebenenfalls informiert werde, sei ebenfalls verfehlt. 22

Selbst wenn man aber von einer Kontrolle und Verantwortung des E-Mail-Providers bei der Signalübertragung ausgehen wollte, so wäre die Signalübertragung vorliegend dennoch nicht überwiegender Bestandteil des von ihr angebotenen Dienstes. Vergleichbare Dienste bestünden typischerweise aus zahlreichen inhaltsbezogenen Merkmalen, wie beispielsweise das Verwalten, Speichern und Bearbeiten von Daten sowie die Pflege von Kontakten. Der von ihr angebotene H. -Dienst biete Nutzern eine besonders große Auswahl an entsprechenden Funktionalitäten. Eine Gesamtschau dieser Funktionalitäten ergebe, dass die Signalübertragung jedenfalls deshalb nicht „überwiegender“ Bestandteil ihres Dienstes im Sinne von § 3 Nr. 24 TKG sei, weil sie hinter den anderen Funktionalitäten zurücktrete.

Die Klägerin beantragt, 24

den Bescheid der Beklagten vom 2. Juli 2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 22. Dezember 2014 aufzuheben 25

Die Beklagte beantragt, 26

die Klage abzuweisen. 27

Zur Begründung trägt sie vor, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen zur Erfüllung der Meldepflicht nach § 6 TKG erfüllt seien. Die Klägerin betreibe mit dem Dienst H. einen gewerblichen, öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdienst i.S. von § 6 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 3 Nr. 24 TKG, auf den das deutsche Telekommunikationsrecht Anwendung finde. 28

Jeder „Webmail“-Diensteanbieter biete den Versand von E-Mails über einen Webbrowser und seine Mailserver an. Nach der gesetzlichen Definition in § 3 Nr. 24 TKG komme es für das Vorliegen eines Telekommunikationsdienstes auf das technische Element der Signalübertragung über Telekommunikationsnetze, nicht jedoch auf die Inhaberschaft dieser Netze an. Auch bei systematischer Betrachtungsweise ergebe sich, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen sei, dass E-Mail-Dienste insgesamt unter den Anwendungsbereich des TKG fielen und keine Unterscheidung zwischen E-Mail-Diensteanbietern mit eigenen Netzen und sonstigen E-Mail-Diensteanbietern zu treffen sei. 29

Bei H. handle es sich um einen Dienst, der überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehe. Die Mailserver der Klägerin erbrächten eine eigene Übertragungsleistung, die über die Transportleistung des Internet hinausgehe. Der klägerische Dienst stelle weder einen telekommunikationsgestützten Dienst noch einen Telemediendienst dar. 30

Der E-Mail-Diensteanbieter sei entscheidend an der Übertragung einer E-Mail beteiligt. Im Rahmen eines E-Mail-Dienstes würden Informationen unverändert vom Absender zum Empfänger mittels für den E-Mail-Dienst standardisierter Internetprotokolle (sog. IP-Protokolle) vermittelt und zugestellt. Die von H. angebotene Weboberfläche sowie ein E-Mail-Client stellten nur ein Hilfsmittel zur komfortablen Bedienung dar. Der Versand und Empfang der E-Mail erfolge nicht ohne Beteiligung der Klägerin. Vielmehr vermittele der E-Mail-Diensteanbieter den Zugang zum Versand und Empfang von E-Mails. Der E-Mail-Diensteanbieter erbringe dabei eine eigene, über die Signalübertragung des Internets hinausgehende Signalübertragung, die für den Transport (Empfang und Zustellung) der E-Mail zwingend erforderlich sei. 31

Auch nach dem sog. Open Systems Interconnection Reference Model (OSI-Schichtenmodell), das zur funktionsdifferenzierenden Betrachtung von 32

Kommunikationsvorgängen und zur Abgrenzung von Telekommunikations- und Telemediendiensten genutzt werde, sei ein E-Mail-Dienst bezüglich der Übertragung einer E-Mail der Telekommunikation zuzuordnen. Die Klägerin als E-Mail-Diensteanbieter unterhalte eine eigene Vermittlungstechnik zum Austausch der E-Mail-Nachrichten und zum Aufbau von Verbindungen zwischen E-Mail-Client und Server. Diese verwendete Vermittlungstechnik sei den transportorientierten Schichten im Sinne des OSI-Modells zuzuordnen.	
Es hindere die Einordnung als Telekommunikationsdienst nicht, wenn neben der Transportleistung auch eine inhaltliche oder sonstige Leistung erbracht werde. Sowohl bei einer technischen als auch einer funktionalen Betrachtungsweise stehe bei E-Mail-Diensten die Transportleistung im Vordergrund. Die Server der Klägerin stellten auch Telekommunikationsanlagen i.S. von § 3 Nr. 23 TKG dar, da sie technische Einrichtungen und Systeme seien und als Nachrichten identifizierbare elektromagnetische oder optische Signale senden, übertragen, vermitteln, empfangen, steuern oder kontrollieren könnten.	33
Für das Erbringen eines meldepflichtigen Telekommunikationsdienstes nach § 6 Abs. 1 Satz 1 TKG sei nicht erforderlich, dass dem E-Mail-Diensteanbieter ein gewisses Maß an Kontrolle und Verantwortung bei der Signalübertragung über das offene Internet zukomme. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut der Norm, dem Sinn und Zweck, der Systematik sowie einer europarechtlichen Betrachtung.	34
Aber selbst wenn man eine Kontrolle über die Signalübertragung fordern würde, übe die Klägerin mit ihrem Dienst H. eine solche Kontrolle aus. Dass sie nicht den gesamten Transportweg kontrolliere, sei unerheblich.	35
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der beigezogenen Verwaltungsvorgänge verwiesen.	36
E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :	37
Die zulässige Klage ist unbegründet. Der Bescheid der Beklagten vom 2. Juli 2012 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 22. Dezember 2014 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten, vgl. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO.	38
Rechtsgrundlage für die streitgegenständlichen Bescheide, die im Wesentlichen die Aufforderung an die Klägerin beinhalten, den von ihr angebotenen Dienst H. gemäß § 6 TKG anzumelden, ist § 126 Abs. 1, 2 und 5 TKG i.V.m. § 6 TKG.	39
Nach § 126 Abs. 1 TKG fordert die Bundesnetzagentur ein Unternehmen zur Stellungnahme und Abhilfe auf, wenn sie feststellt, dass dieses Unternehmen seine Verpflichtungen nach diesem Gesetz, auf Grund dieses Gesetzes oder nach der Verordnung (EG) Nr. 717/2007 nicht erfüllt. Nach Absatz 2 der Vorschrift kann die Bundesnetzagentur die zur Einhaltung der Verpflichtung erforderlichen Maßnahmen anordnen. Absatz 5 der Vorschrift bestimmt, dass zur Durchsetzung der Anordnungen nach Absatz 2 ein Zwangsgeld bis zu 500.000 Euro nach Maßgabe des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes festgesetzt werden kann. Gemäß § 6 TKG muss derjenige, der gewerblich öffentliche Telekommunikationsnetze betreibt oder gewerblich öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste erbringt, die Aufnahme, Änderung und Beendigung seiner Tätigkeit sowie Änderungen seiner Firma bei der Bundesnetzagentur unverzüglich melden. Die Erklärung bedarf nach Satz 2 dieser Vorschrift der Schriftform.	40

Da die Klägerin mit dem von ihr angebotenen Dienst H. gewerblich einen öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdienst im Sinne des § 6 Satz 1 TKG erbringt, hätte sie dessen Aufnahme bei der Bundesnetzagentur unverzüglich melden müssen. Da sie dieser Meldepflicht nicht nachgekommen ist, war die Beklagte auf der Grundlage des § 126 TKG berechtigt, die zur Einhaltung dieser Verpflichtung erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Dies ist mit dem Bescheid vom 2. Juli 2012 erfolgt. In Ziffer 1 wurde zunächst festgestellt, dass die Klägerin mit H1. N. () einen Telekommunikationsdienst im Sinne des § 6 TKG erbringt und diesen nicht angemeldet hat. In Ziffer 2 dieses Bescheides wurde die Klägerin gemäß § 126 Abs. 1 TKG aufgefordert, zur Meldepflicht im Sinne des § 6 TKG Stellung zu nehmen und darauf hingewiesen, dass sie verpflichtet sei, H. als Telekommunikationsdienst bei der Bundesnetzagentur anzumelden. Auf der Grundlage des § 126 Abs. 2 TKG wurde in Ziffer 3 des Bescheides angeordnet, dass die Anmeldung binnen zwei Wochen nach Erhalt dieses Bescheides zu erfolgen hat. Ferner wurde der Klägerin auf der Grundlage des § 126 Abs. 5 TKG für den Fall, dass sie der Meldepflicht nicht binnen der genannten Frist nachkomme, ein Zwangsgeld in Höhe von 2.000 Euro angedroht.

Die von der Beklagten im Bescheid vom 2. Juli 2012 getroffenen Feststellungen und Maßnahmen halten einer rechtlichen Prüfung stand. 42

Die in Ziffer 1 des angefochtenen Bescheides vom 2. Juli 2012 getroffene Feststellung, dass es sich bei dem von der Klägerin angebotenen Dienst H. um einen Telekommunikationsdienst im Sinne des § 6 TKG handelt, ist rechtmäßig. 43

Welche Anforderungen an einen Telekommunikationsdienst im Sinne des § 6 TKG zu stellen sind, wird in § 3 Nr. 24 TKG definiert. „Telekommunikationsdienste“ sind hiernach in der Regel gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, einschließlich Übertragungsdienste in Rundfunknetzen. Diese Definition entspricht nahezu wortgleich der Definition der elektronischen Kommunikationsdienste (ESC) in Art. 2 lit. c) der Rahmenrichtlinie. Diese sind „gewöhnlich gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen, einschließlich Telekommunikations- und Übertragungsdienste in Rundfunknetzen, jedoch ausgenommen Dienste, die Inhalte über elektronische Kommunikationsnetze und –dienste anbieten oder eine redaktionelle Kontrolle über sie ausüben; nicht dazu gehören die Dienste der Informationsgesellschaft im Sinne von Artikel 1 der Richtlinie 98/34/EG, die nicht ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen“. 44

Telekommunikationsdienste im Sinne des §§ 6, 3 Nr. 24 TKG bzw. elektronische Kommunikationsdienste im Sinne des Art. 2 lit. c) Rahmenrichtlinie werden daher maßgeblich durch zwei Merkmale gekennzeichnet: Zum einen durch die regelmäßige Entgeltlichkeit der Dienste, zum anderen durch den Gegenstand des Dienstes, der zumindest überwiegend in einer Signalübertragung über Telekommunikationsnetze bestehen muss. Der von der Klägerin angebotene Dienst H. erfüllt diese Voraussetzungen. 45

Bei H. handelt es sich um einen Dienst i.S. von § 3 Nr. 24 TKG. H. ermöglicht es den bei der Klägerin angemeldeten Nutzern, mittels einer auf ihren internetfähigen Endgeräten installierten (Client-)Software oder über ein Web-Interface der Klägerin über das Internet per elektronischer Post (E-Mail) zu kommunizieren. Dazu werden mit Hilfe der anbietereigenen Server und/oder der installierten Software über den Internetanschluss des jeweiligen Endgeräts Daten bzw. Signale ausgesendet bzw. empfangen. Die Übermittlung der Signale 46

erfolgt IP-basiert über das offene Internet, d.h. die Signale werden unter Zuhilfenahme der Dienste und der Netzinfrastruktur der beteiligten Internet-Provider vom Netzzugang des Absenders direkt zum Netzzugang des Empfängers bzw. zum Server des vom Empfänger genutzten Diensteanbieters und von dort dann weiter zum Netzzugang des Empfängers übertragen. Damit nach Einleitung des Versandvorgangs der E-Mail unter Angabe der Zieladresse der Adressat auch tatsächlich erreicht werden kann, betreibt die Klägerin einen sog. Mailserver, der die E-Mails verwaltet. Dieser Mailserver versorgt mit seinen Programmen die für die Signalübertragung zuständigen Router der Internet-Provider mit den notwendigen Sender- und Empfängerinformationen zum Aufbau einer IP-Verbindung zwischen Versender und Empfänger. Zum Aufgabenbereich dieser Server gehören ferner die Auswertung und Reaktion von Fehlermeldungen des E-Mail-Servers des Empfängers. Dieser so zu betrachtende Kommunikationsdienst bildet eine untrennbare Einheit, die sich technisch sowohl aus anwendungsbezogenen Komponenten, die von dem Kommunikationsunternehmen selbst erbracht werden, als auch aus transportbezogenen Komponenten, die durch die beteiligten Internet-Provider oder über das offene Internet durch Dritte erbracht werden, zusammensetzt. Der Umstand, dass bei H. die Signalübertragung nicht durch die Klägerin selbst, sondern durch die beteiligten Internet-Provider erfolgt bzw. über das offene Internet stattfindet, ist für die Einordnung des Dienstes nicht entscheidend, da der gesamte Kommunikationsvorgang einheitlich betrachtet werden muss und die einzelnen Prozessschritte daher nicht getrennt bewertet werden können.

Die Klägerin erbringt den von ihr angebotenen Dienst H. gewerblich bzw. gegen Entgelt. 47
Gewerblich i.S.v. § 6 Abs. 1 TKG ist jede Tätigkeit, die zumindest mit der Absicht der Kostendeckung der Öffentlichkeit angeboten wird,

vgl. Begründung zum Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes vom 9. Januar 2004, BT- 48
Drs. 15/2316, zu § 6 TKG, S. 60.

In der Regel werden E-Mail-Dienste in ihrer Basisversion für den Nutzer zwar kostenlos 49
angeboten. Dies hindert jedoch nicht die Annahme der Gewerblichkeit der Dienste. Vielmehr finanzieren sich diese Dienste - - üblicherweise durch Werbung oder andere ggf. indirekte Einnahmen. Wenn man berücksichtigt, dass das Entgelt die wirtschaftliche Gegenleistung für die betreffende Leistung darstellt, ist es für die Annahme der Gewerblichkeit nicht notwendig, dass die Gegenleistung auch vom Empfänger der Leistung erbracht wird. Im Falle einer Werbefinanzierung erbringt der Werbende und nicht der Nutzer die Gegenleistung, sodass der Dienst als entgeltpflichtig anzusehen ist. Ein Verzicht auf eine Entgelterhebung beim Nutzer zugunsten einer (Quer-) Finanzierung durch Werbung oder andere Einnahmen erfüllt daher den Begriff der Gewerblichkeit im Sinne des § 6 TKG.

Der von der Klägerin erbrachte Dienst besteht auch ganz oder überwiegend in der 50
Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze.

Insbesondere die Definition des elektronischen Kommunikationsdienstes in Art. 2 lit c) 51
Rahmenrichtlinie macht durch die in Bezug genommenen Ausnahmetatbestände deutlich, dass der europäische Gesetzgeber bei elektronischen Diensten – und ihm folgend der deutsche Gesetzgeber in § 1 des Telemediengesetzes - zwischen der Übertragung der Inhalte einerseits und den übertragenen Inhalten andererseits unterscheidet und nur die Dienste, bei denen die Übertragungsleistung im Vordergrund steht, (zusätzlich) den telekommunikationsrechtlichen Regelungen unterwirft. Die Subsumtion unter den Begriff des Telekommunikationsdienstes bzw. elektronischen Kommunikationsdienstes erfordert also vor allem die Prüfung des gegenständlichen Schwerpunktes des Dienstes, der in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bzw. elektronische

Kommunikationsnetze liegen muss. Bei H. liegt der gegenständliche Schwerpunkt des angebotenen Dienstes in der Übertragung von Signalen über das Internet und nicht im übertragenen Inhalt.

Das Merkmal der Signalübertragung an sich kann unter Rückgriff auf die mit § 3 Nr. 24 TKG im engen Zusammenhang stehende Legaldefinition der „Telekommunikation“ in § 3 Nr. 22 TKG als „technischer Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Signalen mittels Telekommunikationsanlagen“ näher umschrieben werden.

Telekommunikationsanlagen werden wiederum in § 3 Nr. 23 TKG als „technische Einrichtungen oder Systeme, die als Nachrichten identifizierbare elektromagnetische oder optische Signale senden, übertragen, vermitteln, empfangen, steuern oder kontrollieren können“ definiert. Dass der von der Klägerin angebotene Dienst technisch zumindest auch als Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von elektromagnetischen oder optischen Signalen mittels Telekommunikationsanlagen (Endgeräte der Nutzer, Posteingangs- und Postausgangsserver, Router etc.) zu qualifizieren ist, und damit das Merkmal der Signalübertragung im Sinne des § 3 Nr. 24 TKG erfüllt ist, ist nicht zweifelhaft.

Der von der Klägerin angebotene Dienst erfüllt darüber hinaus auch das Merkmal der „ganz oder überwiegenden Signalübertragung über ein Telekommunikationsnetz“ im Sinne des § 3 Nr. 24 TKG. Die Bewertung, ob der Schwerpunkt des zu beurteilenden Dienstes in der überwiegenden Signalübertragung über Telekommunikationsnetze erfolgt, hat nicht allein aus technischer Sicht zu erfolgen. Während der Begriff der „Signalübertragung“ einen technischen Vorgang beschreibt, erfordert die Beurteilung, ob ein Dienst überwiegend in der Übertragung von Signalen besteht, eine auf den gesamten Dienst bezogene Wertung, die sowohl die Nutzer- als auch die Anbietersicht, aber auch die gesetzgeberischen Intentionen mit in den Blick zu nehmen hat. Stellt man auf die Nutzersicht ab, steht bei H. als E-Mail-Dienst die raumüberwindende Kommunikation mit anderen Nutzern und damit der Telekommunikationsvorgang selbst, d.h. die Möglichkeit, Nachrichten vom Versender zum Empfänger übertragen zu können, im Vordergrund. Die Signalübertragung und nicht etwa inhaltsbezogene Komponenten ist der Zweck bzw. Hauptgrund der Nutzung des Dienstes. Dass der Nutzer dabei die Anwendungsmöglichkeiten des von H. zur Verfügung gestellten Web-Interface als so komfortabel ansieht, dass er seine Entscheidung gerade für diesen E-Mail-Dienst hieran ausgerichtet hat, ändert nichts an dem Umstand, dass er (auch) diesen Dienst nicht gewählt hätte, wenn er darüber nicht zuverlässig kommunizieren könnte. Außerdem lässt sich H. auch über einen nutzerseitigen E-Mail-Client nutzen, wobei die von H. ausgestaltete Weboberfläche für den Nutzer für die Wahl des Anbieters nicht entscheidend ist. Nur vordergründig ist dies aus Anbietersicht anders zu bewerten. Zwar dürften für das Unternehmen bei dem von ihm angebotenen Dienst der Entwicklungsaufwand für die Software, mithin also Inhaltsbezogene Leistungen im Vordergrund stehen. Gleichwohl wäre eine Vermarktung des angebotenen Produkts auch aus Anbietersicht nicht erfolgreich, wenn die Erwartungen des Kunden, der über den Dienst kommunizieren will, nicht bzw. nicht zuverlässig erfüllt werden könnten. Für diese Sichtweise sprechen schließlich auch der Sinn und Zweck der Meldepflicht nach § 6 Abs. 1 TKG. Denn die Meldepflicht dient nicht nur dem Zweck, der Bundesnetzagentur die Führung eines Verzeichnisses der Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze und der Anbieter gewerblicher Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit zu ermöglichen. Sie dient vor allem dem Zweck, der Behörde die Überwachung der Tätigkeit auf dem Markt und ggf. die Auferlegung von Verpflichtungen nach dem Telekommunikationsgesetz zu ermöglichen, vor allem auch im Hinblick auf Erfordernisse der öffentlichen Sicherheit sowie des Kunden- und Datenschutzes. Die Einordnung dient damit auch dem Regulierungsziel der Wahrung der Nutzer- und Verbraucherinteressen (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG), auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass E-Mail-Dienste und andere

52

53

vergleichbare Kommunikationsdienste zunehmend klassische Telekommunikationsdienste substituieren können. Die Einordnung als Telekommunikationsdienst mit den daran anknüpfenden telekommunikationsgesetzlichen Folgen kann damit auch von Bedeutung sein für die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG) und der Wahrung von Technologieutralität (vgl. § 1 TKG).

Der Einordnung des in Rede stehenden Dienstes als Telekommunikationsdienst, der eine überwiegende Signalübertragung zum Gegenstand hat, steht auch nicht entgegen, dass die raumübergreifende Signalübertragung zwischen den beteiligten Servern im Wesentlichen über das Internet erfolgt und damit nicht von der Klägerin, sondern durch die Internet-Provider „erbracht“ bzw. „bereitgestellt“ wird. Denn diese Signalübertragung ist der Klägerin zuzurechnen, so dass sie auch als „Anbieterin“ bzw. „Erbringerin“ des gesamten Kommunikationsvorgangs im Sinne des § 6 TKG anzusehen ist. Auf eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit für die Signalübertragung kommt es dabei nicht an. 54

Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) hat festgestellt, dass es für die Einordnung eines Dienstes als elektronischer Kommunikationsdienst im Sinne von Art. 2 lit. c) Rahmenrichtlinie unerheblich ist, dass die Übertragung des Signals über eine In-frastruktur erfolgt, die nicht dem in Rede stehenden Unternehmen gehört. Zwar führte er zur Begründung aus, dass es nur darauf ankomme, dass das betreffende Unternehmen gegenüber den Endnutzern für die Übertragung des Signals verantwortlich ist, was er im konkreten Fall in der Sache bejaht hat, 55

vgl. EuGH, Urteil vom 30. April 2014 – C-475/12 -, ABl. EU 2014, Nr. C 194, 3-4 (Leitsatz), 56
Juris, Rn. 43.

Hieraus den Schluss zu ziehen, dass der vom EuGH verwendete Begriff der „Verantwortlichkeit“ nur im Falle einer zivilrechtlichen Verantwortlichkeit gegenüber den Nutzern des Dienstes als gegeben anzusehen ist, wäre allerdings verfehlt. Denn dann könnten die betroffenen Unternehmen durch die vertragliche Ausgestaltung mit ihren Kunden in weitem Umfang über die telekommunikationsrechtliche Qualifizierung ihrer Dienste disponieren. Dass eine solch enge Auslegung auch vom EuGH nicht beabsichtigt gewesen ist, ergibt sich insbesondere aus seinen weiteren Ausführungen, nach denen „jede andere Auslegung ... die Tragweite des NRR (neuer Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsdienste) beträchtlich verringern, die praktische Wirksamkeit seiner Vorschriften beeinträchtigen und damit die Verwirklichung der Ziele, die er verfolgt, vereiteln (würde)“, 57

vgl. EuGH, a.a.o, Rn. 44. 58

Der vom EuGH verwendete Begriff der „Verantwortlichkeit“ ist daher dahingehend zu verstehen, dass ein Unternehmen, das seinen Kunden einen Kommunikationsdienst anbietet, auch für die hierfür erforderliche und von ihm in Anspruch genommene Signalübertragungs- (Vor-)leistung verantwortlich ist, wenn es sich diese zurechnen lassen muss, 59

ähnlich: Kühling/Schall, CR 2015, 641 (651 f.), die von Zurechnung durch „qualifizierte Veranlassung“ sprechen. 60

Dies ist vorliegend der Fall. Der Klägerin ist die Signalübertragungsleistung der Dritten zuzurechnen, da sie sich diese faktisch für ihre Zwecke – Anbieten eines Kommunikationsdienstes - zu Eigen macht. Darüber hinaus gibt der Nutzer von H. durch die Sendeeingabe den entscheidenden Impuls zur Signalübertragung. Denn die auf den 61

eigenen Servern und/oder bei den Nutzern installierten Anwendungen von H. initiieren auf entsprechende „Senden“-Eingabe der Nutzer die Signalübertragung über das Internet. Darüber hinaus versorgt der von H. vorgehaltene Mailserver mit seinen Programmen die für die Signalübertragung zuständigen Router der Internet-Provider automatisch mit den notwendigen Sender- und Empfängerinformationen zum Aufbau einer IP-Verbindung zwischen Versender und Empfänger. Ohne diese Anwendungen würde die vom Nutzer des H. -Dienstes initiierte E-Mail den Empfänger nicht erreichen.

Die an die rechtmäßig getroffene Feststellung in Ziffer 1 des Bescheides vom 2. Juli 2012 geknüpften Anordnungen in Ziffern 2 bis 4 des Bescheides sind ebenfalls rechtmäßig. Insbesondere hat die Beklagte das ihr gemäß § 126 Abs. 2 und 5 TKG zustehende Ermessen auf der Rechtsfolgende fehlerfrei ausgeübt. 62

Dass § 126 TKG in seinen Absätzen 1 und 2 ein gestuftes Verfahren vorsieht, wurde von der Beklagten beachtet. Dass der Klägerin in Ziffer 2 und 4 des Bescheides vom 2. Juli 2012 aufgegeben wurde, die erforderliche Anmeldung binnen 2 Wochen nach Erhalt des Bescheides unter Androhung eines entsprechenden Zwangsgeldes auf der Grundlage des § 126 Abs. 5 TKG vorzunehmen, ist angesichts der langen Vorlaufzeit, in der die gegenteiligen Rechtsansichten umfänglich diskutiert worden sind, nicht ermessensfehlerhaft. Die getroffenen Maßnahmen entsprechen ferner dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung und halten die gesetzlichen Grenzen des Ermessens ein. Die getroffenen Maßnahmen sind auch verhältnismäßig, insbesondere ist die Androhung eines Zwangsgeldes bei Nichtanmeldung entgegen § 6 TKG in Höhe von 2.000 Euro in Anbetracht des in § 126 Abs. 5 TKG vorgegebenen Rahmens bis zu 500.000 Euro nicht unverhältnismäßig. 63

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. 64

Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 167 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO. 65

Die Berufung ist zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 124 Abs. 2 Nr. 2 und 3 VwGO vorliegen. 66

Darüber hinaus kommt auch die Zulassung der Revision unter Übergehung der Berufungsinstanz (Sprungrevision) gemäß § 134 Abs. 1 VwGO durch Beschluss der Kammer in Betracht, wenn die Beteiligten dies beantragen. Gemäß § 134 Abs. 1 Satz 2 VwGO ist der Antrag innerhalb eines Monats nach Zustellung des vollständigen Urteils schriftlich zu stellen. Nach Satz 3 dieser Vorschrift ist dem Antrag die Zustimmung zur Einlegung der Sprungrevision beizufügen. 67