

---

**Datum:** 20.05.2009  
**Gericht:** Verwaltungsgericht Köln  
**Spruchkörper:** 21. Kammer  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** 21 L 234/09  
**ECLI:** ECLI:DE:VGK:2009:0520.21L234.09.00

---

**Tenor:**

Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin vom 19. Februar 2009 gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 27. Januar 2009 wird angeordnet.

Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragsgegnerin.

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 25.000,00 Euro festgesetzt.

---

Gründe	1
Der Antrag der Antragstellerin,	2
die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin vom 19. Februar 2009 gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 27. Januar 2009 anzuordnen,	3
ist zulässig und begründet.	4
Nach § 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 137 Abs. 1 TKG haben Widerspruch und Klage gegen telekommunikationsrechtliche Entscheidungen der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Bundesnetzagentur(BNetzA) keine aufschiebende Wirkung. Das Gericht kann jedoch gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO die aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs anordnen. Bei seiner Entscheidung hat das Gericht das öffentliche Vollziehungs- und das private Aussetzungsinteresse gegeneinander	5

abzuwägen und dabei die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs zu berücksichtigen. Das private Interesse überwiegt in der Regel dann, wenn der Bescheid offensichtlich rechtswidrig ist, denn dann liegt dessen sofortiger Vollzug nicht im öffentlichen Interesse. Dagegen überwiegt regelmäßig ein öffentliches Interesse, wenn sich der Widerspruch/die Klage wegen offensichtlicher Rechtmäßigkeit des angegriffenen Bescheides als aussichtslos erweist und die sofortige Vollziehung im öffentlichen Interesse geboten erscheint. Lassen sich die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nicht sinnvoll abschätzen (etwa weil dort schwierige Rechtsfragen zu klären wären), ist eine Abwägung zwischen dem privaten Interesse an der aufschiebenden Wirkung und dem allgemeinen öffentlichen Interesse bzw. dem privaten Interesse sonstiger Beteiligter am Vollzug vorzunehmen. Im Rahmen dieser Abwägung ist auch eine gesetzgeberische Grundentscheidung (für den Ausschluss der aufschiebenden Wirkung) in den Blick zu nehmen,

vgl. BVerwG, Beschluss vom 15.04.1999 - 4 VR 18.98, 4 A 45.98 -, NVwZ-RR 1999, 554 (556); OVG NRW, Beschluss vom 24.02.1989 - 12 B 2166/88 -, NJW 1989, 2770 und Beschluss vom 17.03.1994 - 15 B 3022/93 -, NVwZ-RR 1994, 617. 6

Vorliegend spricht Überwiegendes dafür, dass die in dem angefochtenen Bescheid vom 27. Januar 2009 ergangene und ausdrücklich auf § 115 Abs. 1 TKG gestützte Anordnung, dass die Antragstellerin verpflichtet wird, die von ihr bei der Erbringung öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste für Endnutzer erzeugten oder verarbeiteten Verkehrsdaten nach Maßgabe der Absätze 2 bis 5 des § 113a TKG sechs Monate im Inland oder in einem anderen Mitgliedsstaat der Europäischen Union zu speichern, fehlerhaft ist. 7

Dabei kann offen bleiben, ob die im Bescheid vom 27. Januar 2009 getroffene Anordnung schon deshalb an einem zur Rechtswidrigkeit führenden Mangel leidet, weil in der ausdrücklichen Verpflichtung lediglich der Gesetzeswortlaut des § 113a Abs. 1 Satz 1 TKG wiederholt wird und es deshalb an einer konkreten „Anordnung“ oder „Maßnahme“ fehlen könnte, um die Einhaltung der Vorschriften des Teils 7 des TKG und der auf Grund dieses Teils ergangenen Rechtsverordnungen sowie der jeweils anzuwendenden Technischen Richtlinien sicherzustellen. Denn selbst wenn man der hier ausgesprochenen Verpflichtung trotz des lediglich den Gesetzestext wiederholenden Wortlauts einen Regelungsgehalt zusprechen könnte, fehlt es jedenfalls offensichtlich an der Ausübung des nach § 115 TKG erforderlichen Ermessens. Allein dieser Umstand dürfte die auf § 115 Abs. 1 TKG gestützte Anordnung rechtsfehlerhaft machen. 8

Durch Verwendung des Wortes „kann“ in § 115 Abs. 1 Satz 1 TKG wird der Bundesnetzagentur auf der Rechtsfolgenseite ein Ermessen eingeräumt. Dieses Ermessen bezieht sich auf das „ob“ eines Einschreitens ebenso wie auf das „wie“. Die Bundesnetzagentur ist also beim Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen nicht zum Eingreifen verpflichtet, muss aber auf eine gleichmäßige Verwaltungspraxis achten, weil ihre Maßnahmen sonst der Gefahr einer Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG ausgesetzt sind. Beim „wie“ sieht das Gesetz eine Auswahl zwischen „Anordnungen und andere Maßnahmen“ vor. Auf einen abschließenden Katalog von Maßnahmen hat der Gesetzgeber somit verzichtet, 9

vgl. Graulich, in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG - Telekommunikationsgesetz -, Kommentar, 2008, § 115 TKG Rn. 5 . 10

Vorliegend finden sich in der angefochtenen Entscheidung der Bundesnetzagentur weder Erwägungen zum „ob“ eines Einschreitens noch über das „wie“. Vielmehr erschöpfen sich die Ausführungen unter Teil II der Verfügung - Teil I umfasst eine Sachverhaltsschilderung - in 11

einer Subsumtion des Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen des § 113a Abs. 1 Satz 1 TKG, ohne sich aber ausdrücklich damit zu befassen, ob das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen auch ein Einschreiten auf der Grundlage des § 115 TKG rechtfertigt. Insoweit wäre z.B. zu berücksichtigen gewesen, dass sich die Verpflichtung zur Vorratsdatenspeicherung unmittelbar aus dem Gesetz ergibt und ein vorsätzlicher oder fahrlässiger Verstoß gegen die Vorratsdatenspeicherung gemäß § 113a TKG seit dem 01. Januar 2009 gemäß § 149 Abs. 1 Nr. 36 und 37 TKG eine Ordnungswidrigkeit darstellt und somit ein weiteres Einschreiten auf der Grundlage des § 115 TKG entbehrlich sein könnte. Ferner hätte sich bei der Entscheidung der Antragsgegnerin, auf der Grundlage des § 115 TKG gegen die Antragstellerin einzuschreiten, auch aufgedrängt, sich mit der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur bislang noch nicht abschließend geklärten Verfassungsmäßigkeit der Vorratsdatenspeicherung gemäß § 113a TKG in den Beschlüssen vom 11. März 2008 - 1 BvR 256/08 -, 01. September 2008 - 1 BvR 256/08 - und vom 28. Oktober 2008 - 1 BvR 256/08 - auseinander zu setzen. Schließlich hätte es auch auf der Hand gelegen, bei der Entscheidung auf Einschreiten gemäß § 115 TKG zu berücksichtigen, dass es aufgrund der unterschiedlichen Handhabung der Vorratsdatenspeicherung durch die verschiedenen Telekommunikationsunternehmen, die bisher nur teilweise entsprechende Investitionen zur Vorratsdatenspeicherung getätigt haben und den gesetzlichen Verpflichtungen „freiwillig“ nachkommen, und der Rechtsprechung des VG Berlin betreffend andere konkurrierende Telekommunikationsunternehmen, die beim VG Berlin vorläufig erfolgreich um Rechtsschutz nachgesucht haben, zu Wettbewerbsverzerrungen kommen kann. Entsprechende Erwägungen finden sich jedoch in dem angefochtenen Bescheid nicht.

Der angefochtene Bescheid lässt darüber hinaus auch Ermessenserwägungen betreffend das „wie“ des Einschreitens vermissen. So wird lediglich ausgeführt, dass von der Androhung eines Zwangsgeldes „bis auf Weiteres“ abgesehen werde, ohne die für diese Entscheidung maßgeblichen Erwägungen im Einzelnen darzulegen. 12

Das Fehlen von Ermessenserwägungen über das „ob“ und „wie“ des Einschreitens lässt sich auch nicht durch die Annahme einer „Ermessensreduktion auf Null“ überkommen. Denn es ist insbesondere aufgrund der vom Telekommunikationsgesetz der Bundesnetzagentur zur Verfügung gestellten unterschiedlichen Möglichkeiten, Verstößen gegen § 113a TKG zu begegnen - wie z.B. Bußgeld oder Anordnungen bzw. Maßnahmen auf der Grundlage des § 115 TKG -, nicht ersichtlich, dass das behördliche Ermessen nur in der Weise ausgeübt werden konnte, dass die in dem angegriffenen Beschluss erfolgte (zusätzliche) Verpflichtung der Antragstellerin sich als allein rechtmäßige Entscheidung erweist, zumal sich an die erfolgte Verpflichtung zumindest derzeit keine weiteren Folgen für die Antragstellerin knüpfen. 13

Ob diese Rechtsfehlerhaftigkeit des angegriffenen Bescheides in rechtlich bedenkenfreier Weise dadurch beseitigt werden kann, dass eine Umdeutung des (fehlerhaften) ausdrücklich auf § 115 TKG gestützten Bescheides in einen (fehlerfreien) auf § 113a TKG zu stützenden feststellenden Verwaltungsakt vorgenommen wird, ist offen und setzt die Klärung schwieriger Rechtsfragen voraus, die dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben muss. 14

Zwar sind auch die Verwaltungsgerichte nach ständiger Rechtsprechung nach Maßgabe des § 47 VwVfG befugt, fehlerhafte Verwaltungsakte umzudeuten. Die Umdeutung ist nach § 47 Abs. 1 VwVfG allerdings nur zulässig, wenn der „andere“ Verwaltungsakt, dessen formelle und materielle Voraussetzungen vorliegen müssen, auf das gleiche Ziel gerichtet ist wie der fehlerhafte Verwaltungsakt. Der angestrebte Erfolg und die Wirkungen müssen im Wesentlichen gleichartig, wenn auch nicht identisch sein, und die Ziele und Wirkungen des 15

umgedeuteten Verwaltungsakts dürfen nicht weiter reichen als diejenigen des ursprünglichen Verwaltungsaktes. Der umgedeutete Verwaltungsakt darf gemäß § 47 Abs. 2 Satz 1 VwVfG der erkennbaren Absicht der Behörde nicht widersprechen und in seinen Rechtsfolgen für den Betroffenen nicht ungünstiger sein als der fehlerhafte Verwaltungsakt. Schließlich verlangt der Rechtsgedanke des § 47 Abs. 3 VwVfG, der die Umdeutung einer gesetzlich gebundenen Entscheidung in eine Ermessensentscheidung ausschließt, dass die Behörde schon bei der ursprünglichen Entscheidung alle auch für den neuen Verwaltungsakt etwa maßgeblichen Ermessensgesichtspunkte umfassend berücksichtigt hat,

vgl. BVerwG, Urteil vom 29.10.2008 - 6 C 38/07 -, juris, Rn. 61.

16

Ob diese Voraussetzungen für eine Umdeutung vorliegen, kann bei der hier nur gebotenen summarischen Beurteilung der Sach- und Rechtslage nicht abschließend festgestellt werden. Einerseits könnte sich aus dem Tenor der angefochtenen Verfügung durch die ausdrückliche Bezugnahme auf § 115 TKG und die Verwendung der Worte „wird verpflichtet“ im Gegensatz zu „ist verpflichtet“ ergeben, dass die Antragsgegnerin mit dem Erlass des Bescheides nicht nur die Feststellung treffen wollte, dass die Antragstellerin verpflichtet „ist“, ihren gesetzlichen Verpflichtungen aus § 113a TKG nachzukommen, sondern vielmehr eine vollziehbare Anordnung treffen wollte, um hierauf aufbauend später weitere Maßnahmen bei Nichtbeachtung der gesetzlichen Verpflichtungen aus § 113a TKG durch die Antragstellerin, wie z.B. die Festsetzung eines Zwangsgeldes, ergreifen zu können. Hierfür könnte auch die gewählte Formulierung sprechen, dass von einer Zwangsgeldandrohung „bis auf weiteres“ abgesehen werde.

17

Andererseits ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass mit dem Bescheid (nur) die bloße Feststellung, dass die Antragstellerin verpflichtet ist, ihren gesetzlichen Verpflichtungen aus § 113a TKG nachzukommen, verbunden werden sollte und auch nur dies der Absicht der Antragsgegnerin entsprach. Hierfür könnte z.B. sprechen, dass sich die Antragsgegnerin in der Begründung der Entscheidung u.a. dazu verhält, dass die Antragstellerin trotz der Entscheidungen des VG Berlin hinsichtlich anderer Telekommunikationsunternehmen grundsätzlich verpflichtet ist, ihren gesetzlichen Verpflichtungen aus § 113a TKG nachzukommen. Insoweit könnte diese ausdrückliche Feststellung einer bestehenden gesetzlichen Verpflichtung der Klarstellung dienen. Ferner könnte der Umstand, dass vom Maßnahmenkatalog des § 115 TKG auf der Rechtsfolgenseite nicht nur kein Gebrauch gemacht wurde, sondern von der Androhung eines Zwangsgeldes ausdrücklich abgesehen wurde, dafür sprechen, dass die Antragsgegnerin (nur) die Entscheidung treffen wollte, der Antragstellerin ihre gesetzlichen Verpflichtungen nochmals verbindlich vor Augen zu führen.

18

Schließlich ist in diesem Zusammenhang auch zu fragen, ob die Wirkungen, die von dem streitgegenständlichen Bescheid ausgehen - ob nun für § 115 TKG beabsichtigt oder auf § 113a TKG zu stützen - im Wesentlichen gleichartig sind. Zwar spricht gegen eine Gleichartigkeit zunächst, dass sich die Wirkungen eines verpflichtenden Verwaltungsakts von denen eines feststellenden Verwaltungsaktes hinsichtlich seiner Vollziehbarkeit typischer Weise erheblich unterscheiden, so dass sich die Umdeutung eines verpflichtenden Verwaltungsakts in einen eine entsprechende Verpflichtung (nur) feststellenden Verwaltungsakt regelmäßig verbieten dürfte. Ob dies allerdings auch dann gilt, wenn - wie hier - Gegenstand des feststellenden Verwaltungsaktes gesetzliche Verpflichtungen sind, die schon von sich aus „vollziehbar“ sind, bedarf der weiteren Prüfung und Vertiefung im Hauptsacheverfahren.

19

Die bei dieser Sachlage erforderliche Interessenabwägung fällt zu Lasten der Antragsgegnerin aus.

20

Dabei fällt allerdings zu Gunsten des öffentlichen Interesses an der sofortigen Vollziehbarkeit - neben der gesetzlichen Gewichtung des § 137 Abs. 1 TKG - insbesondere das Interesse an einer funktionierenden und nachhaltigen Strafverfolgung, der die in § 113a TKG gesetzlich normierte Vorratsdatenspeicherung dienen soll, ins Gewicht. Allerdings ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass die Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs vorliegend nicht bewirkt, dass die Antragstellerin ihrer gesetzlichen Verpflichtung zur Vorratsdatenspeicherung vorerst nicht nachzukommen hätte bzw. diese nicht mehr durchsetzbar wäre. Denn die angegriffene Verfügung stellt nicht die einzige rechtliche Möglichkeit dar, die gesetzliche Pflicht zur Vorratsdatenspeicherung durchzusetzen. Ein Verstoß gegen § 113a TKG stellt nämlich seit dem 01. Januar 2009 gemäß § 149 Abs. 1 Nr. 36 und 37 TKG eine Ordnungswidrigkeit dar und ist damit bußgeldbewehrt. Unabhängig davon ist es auch nicht ausgeschlossen, die Antragstellerin in rechtsfehlerfreier Weise durch Erlass entsprechender Anordnungen auch im Wege des Verwaltungszwangs in Anspruch zu nehmen. Das gewichtige öffentliche Interesse an einer funktionierenden und nachhaltigen Strafverfolgung wird durch diese bestehenden Handlungsalternativen stark relativiert.

Demgegenüber fällt bei der Abwägung zu Gunsten der Antragstellerin entscheidend ins Gewicht, dass sich die Antragsgegnerin bei der Aufrechterhaltung der Vollziehbarkeit der ausdrücklich auf § 115 TKG gestützten Verfügung als berechtigt ansehen könnte, allein aufgrund des vorliegenden fehlerhaften Bescheides Verwaltungszwangsmaßnahmen einzuleiten, denen die Antragstellerin dann ausgesetzt wäre, ohne dass die Antragsgegnerin zuvor das nach § 115 TKG erforderliche Ermessen in rechtmäßiger Weise ausgeübt und dabei auch die zu Gunsten der Antragstellerin sprechenden Gesichtspunkte berücksichtigt und abgewogen hätte. Dies hält die Kammer auch unter dem Gesichtspunkt, dass die Antragsgegnerin derzeit offenbar eine Vollziehung nicht beabsichtigt - von der Androhung eines Zwangsgeldes hat sie „bis auf Weiteres“ ausdrücklich abgesehen - für nicht hinnehmbar. Vielmehr wertet sie den Umstand, dass die Antragsgegnerin Maßnahmen des Verwaltungszwangs derzeit ohnehin nicht zu ergreifen beabsichtigt, als weiteren Beleg dafür, dass das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung der Vollziehbarkeit jedenfalls zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht das private Interesse der Antragstellerin überwiegt.

Da der Antrag der Antragstellerin aus den genannten Gründen Erfolg hat, erübrigt sich im vorliegenden Verfahren eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob § 113a TKG verfassungsgemäß ist oder - wie das VG Berlin meint - wegen einer fehlenden Entschädigungs- bzw. Erstattungsregelung gegen Grundrechte der betroffenen Telekommunikationsunternehmen verstößt.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.

Die Festsetzung des Streitwertes folgt aus §§ 53 Abs. 3 Nr. 1, 52 Abs. 1 GKG.