

Oberverwaltungsgericht NRW, 13 B 1734/18

Datum:

12.07.2019

Gericht:

Oberverwaltungsgericht NRW

Spruchkörper:

13. Senat

Entscheidungsart:

Beschluss

Aktenzeichen:

13 B 1734/18

ECLI:

ECLI:DE:OVGNRW:2019:0712.13B1734.18.00

Vorinstanz:

Verwaltungsgericht Köln, 1 L 253/18

Tenor:

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Köln vom 20. November 2018 wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 500.000,00 Euro festgesetzt.

1

Gründe:

2

I.

3

Die Antragstellerin, eine Tochtergesellschaft der Deutsche Telekom AG, bietet seit dem 19. April 2017 für die Endkunden ihrer Mobilfunktarife „MagentaMobil“ innerhalb Deutschlands die kostenlos hinzubuchbare Option „StreamOn“ an. Bei Buchung von „StreamOn“ werden die bei Audio- und Videostreaming sog. Contentpartner der Antragstellerin übertragenen Daten nicht auf das mit dem jeweiligen Mobilfunktarif vertraglich vereinbarte Inklusivdatenvolumen für die Nutzung der per Mobilfunk bereitgestellten Internetverbindung angerechnet (sog. Zero Rating), mit dessen Verbrauch die Übertragungsgeschwindigkeit generell reduziert wird. Für bestimmte Mobilfunktarife willigt der Endkunde mit der Buchung von „StreamOn“ allerdings in eine Bandbreitenlimitierung auf maximal 1,7 Mbit/s für Videostreaming ein, die etwa für eine Auflösung in sog. HD-Qualität nicht mehr ausreichend ist. Die Bandbreitenlimitierung gilt unabhängig davon, ob es sich um Videostreaming von Contentpartnern oder sonstigen Anbietern handelt. Der Endkunde kann die Option jederzeit für bis zu 24 Stunden

deaktivieren, um unter Anrechnung auf sein Inklusivdatenvolumen wieder eine maximale Übertragungsqualität auch für Videostreaming zu ermöglichen. Eine Nutzung von „StreamOn“ ist nur innerhalb Deutschlands vorgesehen. Im europäischen Ausland werden die bei Audio- und Videostreaming übertragenen Daten stets auf das Inklusivdatenvolumen angerechnet.

4

Mit Bescheid vom 15. Dezember 2017 untersagte die Bundesnetzagentur der Antragstellerin, in der Option „StreamOn“ für die Mobilfunktarife „MagentaMobil L“, „MagentaMobil L Plus“, MagentaMobil L Premium“ und „MagentaMobil L Plus Premium“ die Bandbreite für Videostreaming auf maximal 1,7 Mbit/s zu limitieren und in ihren Vertragsbestimmungen entsprechende Klauseln zu verwenden. Die Bandbreitenlimitierung verstoße nach den einschlägigen unionsrechtlichen Bestimmungen über die Netzneutralität gegen das Gebot zur Gleichbehandlung des Datenverkehrs und sei auch nicht ausnahmsweise als eine angemessene Verkehrsmanagementmaßnahme zulässig. Zudem verbot sie der Antragstellerin, die Option „StreamOn“ in der Form anzubieten und in ihren Vertragsbestimmungen entsprechende Klauseln hierüber zu verwenden, dass die für Audio- und Videostreaming der Contentpartner übertragenen Daten bei Nutzung im europäischen Ausland auf das im jeweiligen „MagentaMobil“-Tarif inkludierte Datenvolumen angerechnet wird, weil diese Anrechnung als ein unionsrechtlich unzulässiger Roamingaufschlag zu werten sei. Den durch die Antragstellerin hiergegen eingelegten Widerspruch wies die Bundesnetzagentur mit Widerspruchsbescheid vom 8. Juni 2018 als unbegründet zurück.

5

Am 22. Juni 2018 hat die Antragstellerin vor dem Verwaltungsgericht Köln Klage erhoben, mit der sie die Aufhebung des Bescheids vom 15. Dezember 2017 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8. Juni 2018 erstrebt (1 K 4632/18). Ihren Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung dieser Klage hat das Verwaltungsgericht Köln mit Beschluss vom 20. November 2018 abgelehnt (1 L 253/18). Mit ihrer gegen diesen Beschluss eingelegten Beschwerde verfolgt die Antragstellerin ihr Ziel, vorläufigen Rechtsschutz gegen die Vollziehung des in der Hauptsache angefochtenen Bescheids zu erlangen, weiter. Sie ist unter näherer Darlegung im Einzelnen der Auffassung, auch unter Geltung der unionsrechtlichen Bestimmungen über die Netzneutralität mit ihren Endkunden vertragliche Vereinbarungen über die gewerblichen und technischen Bedingungen und die Merkmale eines Internetzugangsdienstes wie Preis, Datenvolumina oder Geschwindigkeit treffen zu dürfen; dies schließe die Möglichkeit, ein Produkt wie „StreamOn“ anzubieten, ein. Im Übrigen handele es sich bei der beanstandeten Bandbreitenlimitierung jedenfalls um ein angemessenes Verkehrsmanagement, weil es zu einer optimalen Nutzung der vorhandenen Netzressourcen beitrage, ohne die Endkunden zu beeinträchtigen. Zudem sei „StreamOn“ ein reines Inlandsangebot, welches schon im Ausgangspunkt nicht den unionrechtlichen Vorschriften über das Roaming unterliege. Auch handele es sich bei der bloßen Anrechnung der Datenmengen für Audio- und Videostreaming der Contentpartner auf das Inklusivdatenvolumen nicht um einen verbotenen Roamingaufschlag. Zumindest sei die Anrechnung als eine nach den Roamingregeln rechtlich zulässige sog. Fair-Use-Policy zu werten.

6

Die Antragstellerin beantragt,

7

den Beschluss des Verwaltungsgerichts Köln vom 20. November 2018 zu ändern und die aufschiebende Wirkung ihrer Klage vom 22. Juni 2018 gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 15. Dezember 2017 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8. Juni 2018 anzuordnen.

8

Die Antragsgegnerin beantragt,

9

die Beschwerde zurückzuweisen.

10

Sie verteidigt im Wesentlichen unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens die mit der Beschwerde angefochtene Entscheidung des Verwaltungsgerichts.

11

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der beigezogenen Verwaltungsvorgänge der Antragsgegnerin Bezug genommen.

12

II.

13

Die Beschwerde ist zulässig, aber unbegründet.

14

Die durch die Antragstellerin im Beschwerdeverfahren dargelegten Gründe, auf deren Prüfung der Senat gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt ist, erfordern es nicht, den angefochtenen Beschluss zu ändern und die nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO, § 137 Abs. 1 TKG kraft Gesetzes ausgeschlossene aufschiebende Wirkung ihrer Klage anzuordnen. Nach der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes allein möglichen summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage spricht auch unter Berücksichtigung des Beschwerdevorbringens Überwiegendes dafür, dass die die auf § 126 Abs. 2 TKG gestützten Anordnungen der Antragsgegnerin rechtmäßig sind, so dass die gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 1 VwGO vorzunehmende Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an einer sofortigen Vollziehung und dem Interesse der Antragstellerin, bis zu einer endgültigen Entscheidung im Hauptsacheverfahren von einer Vollziehung verschont zu bleiben, im Ergebnis zu Lasten der Antragstellerin ausfällt.

15

A) Die mit der Beschwerde geltend gemachten Einwände stellen die Annahme des Verwaltungsgerichts, die Antragstellerin verstoße mit der in „StreamOn“ für die „Magenta L“-Tarife vorgesehenen Bandbreitenlimitierung für Videostreaming gegen Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 2015/2120 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Maßnahmen zum Zugang zum offenen Internet und zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten sowie der Verordnung (EU) Nr. 531/2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union (ABl. L 310 S. 1) – im Folgenden: VO (EU) 2015/2120 –, weil sie bei der Erbringung eines Internetzugangsdienstes gegenüber dem Endkunden den Datenverkehr für Videostreaming gegenüber dem Datenverkehr für die Nutzung anderer Dienste und Anwendungen im Hinblick auf die Übertragungsgeschwindigkeit ungleich behandle, nicht durchgreifend in Zweifel. Wortlaut, Systematik, Regelungszweck und Entstehungsgeschichte der Vorschrift stützen die Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts.

16

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union sind bei der Auslegung einer Vorschrift des Unionsrechts sowohl ihr Wortlaut als auch ihr Kontext sowie die Ziele zu berücksichtigen, die mit der Vorschrift verfolgt werden. Auch die Entstehungsgeschichte kann relevante Anhaltspunkte für deren Auslegung liefern.

17

Vgl. EuGH, Urteile vom 10. Dezember 2018 – C-621/18 –, Wightman u.a., Rn. 47, vom 1. Juli 2015 - C-461/13 -, Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Rn. 30, und vom 3. Oktober 2013 – C-583/11 –, Inuit Tapiriit Kanatami u.a., Rn. 50.

18

Auch die Erwägungsgründe eines Unionsrechtsakts können im Rahmen der Auslegung grundsätzlich berücksichtigt werden, etwa um die Ziele einer Vorschrift des Unionsrechts zu bestimmen, soweit diese in den Erwägungsgründen Niederschlag gefunden haben.

19

Vgl. EuGH, Urteile vom 8. Mai 2019 – C-305/18 –, Verdi Ambiente e Società - Aps Onulu u.a., Rn. 58, vom 6. Juni 2018 – C-250/17 –, Virgílio Tarragó da Silveira, Rn. 26, und vom 7. Juli 2016 – C-70/15 –, Lebek, Rn. 33.

20

Die Erwägungsgründe sind allerdings rechtlich nicht verbindlich und können daher weder herangezogen werden, um von den Bestimmungen des betreffenden Rechtsakts abzuweichen, noch, um diese Bestimmungen in einem Sinne auszulegen, der ihrem Wortlaut offensichtlich widerspricht.

21

Vgl. EuGH, Urteile vom 24. November 2005 – C-136/04 –, Deutsches Milch-Kontor, Rn. 3, vom 19. November 1998 – C-162/97 –, Nilsson u.a., Rn. 54, und vom 25. November 1998, – C-308/97 –, Manfredi, Rn. 30.

22

In der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist zudem in verschiedenen Zusammenhängen der allgemeine Auslegungsgrundsatz anerkannt, dass Bestimmungen des Unionsrechts grundsätzlich so auszulegen sind, dass sie praktisch wirksam sind.

23

Vgl. EuGH, Urteile vom 12. April 2018 – C-323/17 –, People Over Wind und Sweetman, Rn. 37, vom 6. Juli 2017 – C-290/16 –, Air Berlin, Rn. 32, und vom 15. März 2017 – C-253/16 –, FlibTravel International SA, Rn. 23.

24

Soweit sich die Antragsgegnerin im vorliegenden Verfahren ergänzend auf die durch das Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 3 VO (EU) 2015/2120 herausgegebenen Leitlinien zur Umsetzung der europäischen Netzneutralitätsvorschriften beruft,

25

vgl. BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules vom 30. August 2016, BoR (16) 127,

26

können und sollen diese die Gerichte bei der Auslegung der Verordnung nicht binden. Sie dienen allein dazu, einen Beitrag zu einer einheitlichen Anwendung der Verordnung durch die nationalen Regulierungsbehörden zu leisten. Dies bedeutet allerdings nicht, dass sie bei der Auslegung der Verordnung gänzlich außer Betracht zu bleiben hätten. Sie können vielmehr in ähnlicher Weise wie dies auch für die Erläuterungen der Kommission in ihren Leitlinien über delegierte Rechtsakte anerkannt ist,

27

vgl. EuGH, Urteile vom 26. Juli 2017 – C-696/15 P –, Tschechische Republik ./, Kommission, Rn. 53, vom 17. März 2016, – C-286/14 –, Parlament ./, Kommission, Rn. 43, und vom 6. Oktober 2015 – C-508/14 –, T-Mobile Czech Republic und Vodafone Czech Republic, Rn. 42,

28

eine nützliche Anregung für die Auslegung der Verordnung darstellen. Insbesondere indizieren sie eine unionsweit einheitliche Verwaltungspraxis der nationalen

Regulierungsbehörden, weil diese nach Maßgabe von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1211/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Einrichtung des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation und des Büros (ABl. L 337 S. 1) bzw. der Nachfolgeregelung in Art. 4 Abs. 4 der Verordnung (EU) Nr. 2018/1971 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Einrichtung des Gremiums europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation und der Agentur zur Unterstützung des GEREK, zur Änderung der Verordnung (EU) 2015/2120 und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1211/2009 (ABl. L 321 S. 1) den Leitlinien des GEREK „weitestgehend“ Rechnung zu tragen haben.

29

2. Das Verwaltungsgericht ist hiernach zunächst trotz noch nicht in jeder Hinsicht als abschließend geklärt anzusehender Fragen zur Auslegung des im Streit stehenden Unionsrechts,

30

vgl. etwa nur die Vorabentscheidungsersuchen des Fővárosi Törvényszék (Ungarn) an den Gerichtshof der Europäischen Union vom 20. Dezember 2018 - C-807/18 -, ABl. C 139 vom 15. April 2019, S. 23, und vom 23. Januar 2019 – C-39/19 –, ABl. C 139 vom 15. April 2019, S. 31,

31

zu Recht davon ausgegangen, dass die im Streit stehende Bandbreitenlimitierung für Videostreaming am Maßstab von Art. 3 Abs. 3 VO (EU) 2015/2120 zu messen ist. Dem kann die Antragstellerin nicht mit Erfolg entgegen halten, die Bandbreitenlimitierung sei zwischen ihr und ihren Endkunden vertraglich vereinbart und unterfalle damit ausschließlich Art. 3 Abs. 2 VO (EU) 2015/2120, welcher vertragliche Vereinbarungen über die gewerblichen und technischen Bedingungen und die Merkmale wie Preis, Datenvolumina oder Geschwindigkeit zwischen Anbietern und Endkunden gestatte, soweit sie die Rechte der Endnutzer auf einen diskriminierungsfreien Zugang zum offenen Internet aus Absatz 1 nicht einschränken. Die diesem Argument zugrundeliegende Annahme, beide Bestimmungen enthielten einander ausschließende Anwendungsbereiche in dem Sinne, dass Art. 3 Abs. 2 VO (EU) 2015/2120 umfassend die Zulässigkeit vertraglicher Vereinbarungen zwischen Internetzugangsanbietern und ihren Endkunden regelt, während Art. 3 Abs. 3 VO (EU) 2015/2120 nur auf die dann noch verbleibenden vertraglich nicht vereinbarten einseitigen Maßnahmen der Internetzugangsanbieter abziele, überzeugt nicht.

32

a) Dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 3 VO (EU) 2015/2120 selbst können keine Anhaltspunkte dafür entnommen werden, dass das dort für die Anbieter von Internetzugangsdiensten wie die Antragstellerin normierte Gebot zur Gleichbehandlung des Datenverkehrs unter dem Vorbehalt abweichender vertraglicher Vereinbarungen zwischen diesen und ihren Endkunden stünde. Ein solcher Vorbehalt ist weder im ersten Unterabsatz der Vorschrift noch in den beiden folgenden Unterabsätzen enthalten, welche die gesetzlich vorgesehenen Ausnahmetatbestände zum Gleichbehandlungsgebote regeln. Im Gegenteil weist der Umstand, dass Art. 3 Abs. 3 VO (EU) 2015/2120 als Verpflichtung der Internetzugangsanbieter und nicht – wie etwa Art. 3 Abs. 1 VO (EU) 2015/2120 – als ein subjektives Recht der Endnutzer formuliert ist, auf ein grundsätzlich nicht zur Disposition eines einzelnen Endnutzers stehendes objektives Gebot hin. Im Einzelnen bestimmt Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 VO (EU) 2015/2120 dem Wortlaut nach einschränkungslos, dass Anbieter von Internetzugangsdiensten den gesamten Verkehr bei der Erbringung von Internetzugangsdiensten gleich behandeln, ohne Diskriminierung, Beschränkung oder Störung, sowie unabhängig von Sender und Empfänger, den abgerufenen oder

verbreiteten Inhalten, den genutzten oder bereitgestellten Anwendungen oder Diensten oder den verwendeten Endgeräten. Nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 VO (EU) 2015/2120 hindert der erste Unterabsatz die Anbieter von Internetzugangsdiensten zwar nicht daran, angemessene Verkehrsmanagementmaßnahmen anzuwenden. Damit derartige Maßnahmen als angemessen gelten, müssen sie aber transparent, nichtdiskriminierend und verhältnismäßig sein und dürfen nicht auf kommerziellen Erwägungen, sondern auf objektiv unterschiedlichen technischen Anforderungen an die Dienstqualität bestimmter Datenverkehrskategorien beruhen. Mit diesen Maßnahmen darf auch nicht der konkrete Inhalt überwacht werden, und sie dürfen nicht länger als erforderlich aufrechterhalten werden. Darüber hinaus lässt Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 VO (EU) 2015/2120 Verkehrsmanagementmaßnahmen nur noch zu den dort abschließend genannten drei Zwecken, namentlich zur Befolgung anderweitiger unionsrechtlicher oder mit Unionsrecht im Einklang stehender nationaler Rechtsvorschriften (lit. a), zur Wahrung der Integrität und Sicherheit des Netzes, der über dieses Netz erbrachten Dienste und der Endgeräte der Endnutzer (lit. b) und zur Verhinderung oder Abmilderung der Auswirkungen einer drohenden Netzüberlastung (lit. c) zu. Anders als die Antragstellerin in diesem Zusammenhang geltend macht, taugt im Übrigen auch der Begriff der „Verkehrsmanagementmaßnahme“ für sich genommen nicht als überzeugendes Argument dafür, dass die gesamte Vorschrift des Art. 3 Abs. 3 VO (EU) 2015/2120 ausschließlich auf vertraglich nicht konsentiertere einseitige Maßnahmen der Internetzugangsanbieter abziele. Der Begriff spiegelt insoweit die Einseitigkeit von Verkehrsmanagementmaßnahmen in technischer Hinsicht, besagt aber noch nichts über die vertragliche Abdingbarkeit der mit der Vorschrift aufgestellten Regeln.

33

b) Eine Abdingbarkeit von Art. 3 Abs. 3 VO (EU) 2015/2120 durch vertragliche Vereinbarungen im bilateralen Verhältnis zwischen einem Internetzugangsanbieter und seinen Endkunden wäre zudem nur schwer mit der Regelungsabsicht des Unionsgesetzgebers in Übereinstimmung zu bringen, mit dem Gebot zur Gleichbehandlung des Datenverkehrs ein nach dem „Best-Effort-Prinzip“ funktionierendes Internet als Innovationsmotor für den Telekommunikationsbinnenmarkt der Union zu schützen. In diesem Sinne dient das Gebot zur Gleichbehandlung des Datenverkehrs in Art. 3 Abs. 3 VO (EU) 2015/2120 als Ausdruck eines übermittlungsbezogenen Aspekts des Grundsatzes der Netzneutralität,

34

vgl. Klement, EuR 2017, 532 (546 ff.); zum Hintergrund des maßgeblich aus dem „Best-Effort-Prinzip“ entwickelten Begriffs der Netzneutralität und der diesem Begriff im Einzelnen zugewiesenen Bedeutungen statt vieler Guggenberger, Netzneutralität: Leitbild und Missbrauchsaufsicht, 2014, S. 88 ff.,

35

nicht zuvörderst den Endkunden eines Internetzugangsanbieters, mit denen dieser Verträge über die Erbringung eines Internetzugangsdienstes schließt. Als ein objektives Gebot schützt es vielmehr ein Funktionsprinzip des Internets zugunsten sämtlicher Endnutzer, welche das Internet zum Senden und Empfangen von Datenpaketen in Anspruch nehmen, einschließlich derer, die Informationen, Inhalte, Anwendungen oder Dienste nicht nur nutzen, sondern auch bereitstellen und anbieten. Eine Abdingbarkeit des Gebots zur Gleichbehandlung des Datenverkehrs durch vertragliche Abreden im bilateralen Verhältnis zwischen einem Internetzugangsanbieter und seinen Endkunden käme damit faktisch einem Vertrag zu Lasten Dritter gleich.

36

Vgl. Kühling, K&R 2017, Editorial zu Heft 11; a.A. Fetzer, MMR 2017, 579 (582); Gerpott, K&R 2017, 677 (681).

37

Normativ kommt die Absicht des Unionsgesetzgebers, mit der Verordnung nicht allein Rechte der Endnutzer auf Zugang zum offenen Internet, sondern ein diesen gegenüber eigenständiges Gebot zur Gleichbehandlung des Datenverkehrs zu regeln, in Art. 1 Abs. 1 VO (EU) 2015/2120 deutlich zum Ausdruck. Hiernach werden mit der Verordnung „gemeinsame Regeln zur Wahrung der gleichberechtigten und nichtdiskriminierenden Behandlung des Verkehrs bei der Bereitstellung von Internetzugangsdiensten“ und die damit verbundenen Rechte der Endnutzer festgelegt. In ähnlicher Weise bestimmt der hierauf bezogene 1. Erwägungsgrund, dass „gemeinsame Regeln zur Wahrung der gleichberechtigten und nichtdiskriminierenden Behandlung des Datenverkehrs bei der Bereitstellung von Internetzugangsdiensten“ und damit verbundener Rechte der Endnutzer geschaffen werden sollen. Mit der Verordnung sollen die Endnutzer geschützt und es soll „gleichzeitig gewährleistet werden, dass das ‚Ökosystem‘ des Internets weiterhin als Innovationsmotor funktionieren kann“. Keine anderen Rückschlüsse lässt in diesem Zusammenhang der 8. Erwägungsgrund zu, mit welchem der Unionsgesetzgeber das Gebot zur Gleichbehandlung des Datenverkehrs in einen Zusammenhang mit dem primärrechtlichen allgemeinen Gleichheitssatz stellt. Selbst wenn hierin eine grundrechtliche Ableitung der sekundärrechtlichen Verpflichtung zur Gleichbehandlung des Datenverkehrs – etwa im Sinne einer Schutzpflicht zugunsten der Endnutzer – zu erkennen wäre, würde dies entgegen der Rechtsauffassung der Antragstellerin wegen der der Gesamtheit der Endnutzer des Internets zugutekommenden Gleichbehandlung des Datenverkehrs keine zwingende Verengung von Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 VO (EU) 2015/2120 auf ein subjektives und vertraglich disponibles Recht des einzelnen Endkunden eines Internetzugangsanbieters erfordern.

38

Weitere Anhaltspunkte für eine solche Regelungsabsicht ergeben sich zudem aus dem Gesetzgebungsverfahren, in dessen Verlauf der Aspekt der Netzneutralität zunehmend an Gewicht gewann. Ausgehend von dem ursprünglichen Entwurf der Europäischen Kommission vom 11. September 2013,

39

vgl. Art. 23 Abs. 5 des Vorschlags der Europäischen Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. September 2013, COM (2013) 627 final, interinstitutionelles Dossier 2013/0309 (COD),

40

brachte das Europäische Parlament nach erster Lesung zahlreiche Änderungsvorschläge im Hinblick auf den Grundsatz der Netzneutralität ein, die auch eine Legaldefinition dieses Grundsatzes beinhalteten. Netzneutralität meinte hiernach – in weitgehender Übereinstimmung mit dem heutigen Wortlaut von Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 VO (EU) 2015/2120 – den Grundsatz, nach dem der gesamte Internetverkehr ohne Diskriminierung, Einschränkung oder Beeinträchtigung und unabhängig von Absender, Empfänger, Art, Inhalt, Gerät, Dienst oder Anwendung gleich behandelt wird.

41

Vgl. Art. 2 Nr. 12a des Verordnungsentwurfs gemäß der Legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments vom 3. April 2014, P7_TA(2014)0281, interinstitutionelles Dossier 2013/0309 (COD), veröffentlicht auch in: ABI. C 408 vom 30. November 2017, S. 512.

42

Zwar fand diese Legaldefinition keinen Eingang in den endgültigen Verordnungsentwurf. Dass hiermit aber kein grundlegender Motivwandel verbunden war, zeigt etwa die Begründung zum Standpunkt des Europäischen Rates zur Annahme des erarbeiteten Kompromissvorschlags vom 1. Oktober 2015. Aus ihr geht hervor, dass der Rat in den

vorgesehenen Regelungen zur Wahrung der gleichberechtigten und nichtdiskriminierenden Behandlung des Datenverkehrs nicht nur eines der wesentlichen Regelungsziele der Verordnung, sondern auch einen Ausdruck des Grundsatzes der Netzneutralität erblickte.

43

Vgl. Ziffern 7 und 16 der Begründung zum Standpunkt des Rates vom 1. Oktober 2015, ST 10788 2015 REV 2 ADD 1, interinstitutionelles Dossier 2013/0309 (COD).

44

Nicht zuletzt ist auf die Stellungnahme des zuständigen Kommissars im Rahmen der Plenardebatte des Europäischen Parlaments vom 11. November 2015 zu verweisen, in der dieser – neben den Rechten der Endnutzer – die beabsichtigte Einführung des Grundsatzes der gleichen und diskriminierungsfreien Behandlung des gesamten Datenverkehrs hervorhob, mit dem alle geschäftlichen Vereinbarungen und Praktiken konform gehen müssten und von dem weder einseitig noch vertraglich abgewichen werden dürfe.

45

Vgl. die Stellungnahme des Kommission Mitglieds Günther Oettinger in der Aussprache zur Zero-Rating-Praxis des Europäischen Parlaments vom 11. November 2015, Dokument 2015/2916(RSP).

46

c) Auch aus der Normsystematik ergeben sich keine zwingenden Gründe, dem Gebot der Gleichbehandlung des Datenverkehrs nur vertraglich nicht konsentiert einseitige Maßnahmen eines Internetzugangsanbieters zu unterwerfen; sie ergeben sich insbesondere nicht aus Art. 3 Abs. 2 VO (EU) 2015/2120. Die Vorschrift besagt, dass Vereinbarungen zwischen Anbietern von Internetzugangsdiensten und Endnutzern über die gewerblichen und technischen Bedingungen und die Merkmale von Internetzugangsdiensten wie Preis, Datenvolumina oder Geschwindigkeit sowie die Geschäftspraxis der Anbieter von Internetzugangsdiensten die Ausübung der Rechte der Endnutzer gemäß Absatz 1 nicht einschränken dürfen. Sie regelt mithin ihrem Wortlaut nach nicht in einem abschließenden Sinne die Zulässigkeit sämtlicher vertraglicher Vereinbarungen zwischen Anbietern von Internetzugangsdiensten und Endnutzern über die gewerblichen und technischen Bedingungen und die Merkmale von Internetzugangsdiensten, sondern bestimmt lediglich umgekehrt, dass derartige Vereinbarungen die Rechte der Endnutzer auf einen diskriminierungsfreien Zugang zum offenen Internet aus Art. 3 Abs. 1 VO (EU) 2015/2120 nicht einschränken dürfen. Die Vorschrift schließt es daher nicht aus, auch Vereinbarungen über die gewerblichen und technischen Bedingungen und die Merkmale von Internetzugangsdiensten bzw. eine auf ihnen beruhende Verkehrsmanagementpraxis der Internetzugangsanbieter am Gebot zur Gleichbehandlung des Datenverkehrs aus Art. 3 Abs. 3 VO (EU) 2015/2120 zu messen.

47

Vgl. in diesem Sinne auch Ziffern 37, 41 und 55 der BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules vom 30. August 2016, BoR (16) 127; a.A. Fetzer, MMR 2017, 579 (582).

48

Ein solches Verständnis führt zudem nicht zu unauflösbaren inhaltlichen Widersprüchen zwischen beiden Vorschriften im Hinblick darauf, dass Art. 3 Abs. 2 VO (EU) 2015/2120 zumindest mittelbar entnommen werden kann, dass Vereinbarungen zwischen den Internetzugangsanbietern und Endnutzern über die gewerblichen und technischen Bedingungen und die Merkmale von Internetzugangsdiensten nicht nur als zulässig vorausgesetzt werden, sondern grundsätzlich auch Absprachen über Datenvolumina oder Geschwindigkeit enthalten dürfen. Letzteres folgt zudem aus dem 7. Erwägungsgrund der

Verordnung, wonach es Endnutzern nach der Vorstellung des Unionsgesetzgebers zur Ausübung ihrer Rechte auf Zugang zu und Verbreitung von Informationen und Inhalten sowie auf Nutzung und Bereitstellung von Anwendungen und Diensten ihrer Wahl ausdrücklich freistehen soll, mit den Internetzugangsanbietern Tarife mit bestimmten Datenvolumen und bestimmten Geschwindigkeiten des Internetzugangsdienstes zu vereinbaren. Denn es bleibt auch bei diesem Normverständnis möglich, beide Vorschriften in einer Weise konsistent auszulegen, die ihnen einen jeweils eigenständigen Geltungsanspruch verschafft. So erwähnt Art. 3 Abs. 2 VO (EU) 2015/2120 zwar Vereinbarungen über Datenvolumina oder Geschwindigkeit im Allgemeinen. Er verhält sich aber nicht ausdrücklich zu Vereinbarungen, die im Hinblick auf Datenvolumina oder Geschwindigkeit nach verschiedenen Datenkategorien differenzieren. Hiervon ausgehend, dürften Vereinbarungen über den Zugang zum Internet mit Abreden über die grundsätzlich zur Verfügung stehenden Datenvolumina und Geschwindigkeiten nicht gegen Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 VO (EU) 2015/2120 verstoßen, wenn und soweit sie „anwendungsneutral“ sind, d.h. keine Abreden über eine ungleiche, insbesondere nach dem Sender und Empfänger der Daten, den abgerufenen oder verbreiteten Inhalten, den genutzten oder bereitgestellten Anwendungen oder Diensten oder den verwendeten Endgeräten, differenzierende Behandlung des Datenverkehrs vorsehen.

49

Vgl. Ziffern 34 und 35 der BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules vom 30. August 2016, BoR (16) 127.

50

Anders als die Antragstellerin einwendet, dürften Internetzugangsanbieter wegen der durch die Verordnung grundsätzlich als zulässig vorausgesetzten Abreden über Datenvolumina und Geschwindigkeiten auch nicht schon durch das Angebot verschiedener Tarife mit unterschiedlichen Datenvolumina und Geschwindigkeiten selbst gegen das in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 VO (EU) 2015/2120 enthaltene Verbot zur Diskriminierung des Datenverkehrs aufgrund der Identität des Senders bzw. Empfängers der Daten verstoßen, während umgekehrt für dieses Diskriminierungskriterium auch bei Vereinbarung anwendungsneutraler Datenvolumina und Geschwindigkeiten ein eigenständiger Anwendungsbereich verbleibt.

51

Demgegenüber würde die von der Antragstellerin favorisierte Lösung, vertragliche Vereinbarungen zwischen Anbietern von Internetzugangsdiensten und Endnutzern über die gewerblichen und technischen Bedingungen und die Merkmale von Internetzugangsdiensten allein dem Maßstab des Art. 3 Abs. 2 VO (EU) 2015/2120 zu unterwerfen, dem Gebot zur Gleichbehandlung des Datenverkehrs aus Art. 3 Abs. 3 VO (EU) 2015/2120 in erheblicher Weise die praktische Wirksamkeit nehmen. In der Folge dieser Lösung stünden die Einhaltung des Gebots zur Gleichbehandlung des Datenverkehrs und die Beachtung der Voraussetzungen für im Ausnahmefall zulässige Verkehrsmanagementmaßnahmen grundsätzlich zur Disposition der zwischen den Internetzugangsanbietern und ihren Endkunden getroffenen Vereinbarungen. In Anbetracht der zentralen Bedeutung, die der Unionsgesetzgeber dem Gebot zur Gleichbehandlung des Datenverkehrs ausweislich des Verordnungstextes selbst und der ihren Entstehungsprozess dokumentierenden Materialien beigemessen hat, und unter Berücksichtigung der eng und in einem abschließenden Sinne gefassten Ausnahmetatbestände für zulässige Verkehrsmanagementmaßnahmen kann kaum angenommen werden, dass eine solche Auslegung dem Willen des Unionsgesetzgebers gerecht würde.

52

d) Nicht anderes ergibt sich im Hinblick auf den weiteren normativen Kontext aus der Vorschrift des Art. 4 VO (EU) 2015/2120, welche die Regelungen über den Zugang zu einem offenen Internet durch Transparenzpflichten der Internetzugangsanbieter flankiert. Soweit diese gemäß Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 VO (EU) 2015/2120 sicherstellen müssen, dass ein Vertrag über Internetzugangsdienste Informationen darüber enthält, wie sich die von diesem Anbieter angewandten Verkehrsmanagementmaßnahmen auf die Qualität der Internetzugangsdienste, die Privatsphäre der Endnutzer und den Schutz von deren personenbezogenen Daten (lit. a) und wie sich etwaige Volumenbeschränkungen, die Geschwindigkeit oder andere Dienstqualitätsparameter in der Praxis auf Internetzugangsdienste und insbesondere auf die Nutzung von Inhalten, Anwendungen und Diensten, auswirken können (lit. b), knüpft die Vorschrift erkennbar an Regelungen aus Art. 3 Abs. 2 und 3 VO (EU) 2015/2120 an, ohne dass sich ihr aber im Rückschluss zwingende Anhaltspunkte für eine Auslegung dieser Regelungen und ihre inhaltlich und systematisch richtige Abgrenzung entnehmen ließen. Insbesondere bietet auch sie keinen Grund für die Annahme, dass Verkehrsmanagementmaßnahmen der Internetzugangsanbieter allein deshalb nicht mehr als solche am Maßstab von Art. 3 Abs. 3 VO (EU) 2015/2120 zu prüfen wären, weil der Endkunde eines Internetzugangsanbieters ihnen mit Vertragsabschluss zugestimmt hat und sie damit als vertragliche Regelung über die gewerblichen und technischen Bedingungen und die Merkmale des Internetzugangsdienstes gelten würden. Die vorgesehene verpflichtende Aufnahme von Informationen über die Auswirkungen durch den Anbieter angewandter Verkehrsmanagementmaßnahmen in den Vertrag legt eher das Gegenteil nahe. Mit der Aufnahme dieser Informationen in den Vertrag dürfte in der Praxis der Vertragsgestaltung typischerweise auch eine Einwilligung des Endkunden in die Anwendung der Verkehrsmanagementmaßnahmen einhergehen, so dass sie vom Rechtsstandpunkt der Antragstellerin aus gar nicht mehr als Verkehrsmanagementmaßnahmen anzusehen wären.

53

e) Ein anderes Auslegungsergebnis ist schließlich auch nicht mit Rücksicht auf die Unionsgrundrechte und insbesondere die durch Art. 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union geschützte unternehmerische Freiheit der Antragstellerin geboten. Diese umfasst insbesondere das Recht jedes Unternehmens, in den Grenzen seiner Verantwortung für seine eigenen Handlungen frei über seine wirtschaftlichen, technischen und finanziellen Ressourcen verfügen zu können. Der gewährte Schutz umfasst zudem die Freiheit zur Ausübung einer Wirtschafts- oder Geschäftstätigkeit, die Vertragsfreiheit und den freien Wettbewerb. Insoweit geht Art. 16 der Charta als *lex specialis* dem durch Art. 15 Abs. 1 der Charta garantierten Recht jeder Person, zu arbeiten und einen frei gewählten oder angenommenen Beruf auszuüben, vor.

54

Vgl. EuGH, Urteile vom 30. Juni 2016 – C-134/15 –, Lidl, Rn. 26 f., vom 27. März 2014 – C-314/12 –, Telekabel Wien, Rn. 49, und vom 22. Januar 2013 – C-283/11 –, Sky Österreich, Rn. 42.

55

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs gilt die unternehmerische Freiheit allerdings nicht schrankenlos, sondern ist im Zusammenhang mit ihrer gesellschaftlichen Funktion zu sehen. Folglich kann die Ausübung dieser Freiheit Einschränkungen unterworfen werden, sofern diese im Einklang mit Art. 52 Abs. 1 der Charta zum einen gesetzlich vorgesehen sind und den Wesensgehalt dieser Freiheit achten und zum anderen unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erforderlich sind sowie den von der Europäischen Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen.

56

Vgl. EuGH, Urteile vom 30. Juni 2016 – C-134/15 –, Lidl, Rn. 30 f.; vom 17. Oktober 2013 – C-101/12 –, Schaible, Rn. 27, und vom 22. Januar 2013 – C- 283/11 –, Sky Österreich, Rn. 47.

57

Dabei ist dem Unionsgesetzgeber bei der Ausübung der ihm übertragenen Befugnisse im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ein weites Ermessen in Bereichen zugebilligt, in denen er politische, wirtschaftliche und soziale Entscheidungen treffen und komplexe Beurteilungen vornehmen muss. Es geht somit nicht darum, ob eine in diesem Bereich erlassene Maßnahme die einzig mögliche oder die bestmögliche war; sie ist vielmehr nur dann rechtswidrig, wenn sie zur Erreichung des Ziels, das das zuständige Organ verfolgt, offensichtlich ungeeignet ist.

58

Vgl. EuGH, Urteile vom 17. Oktober 2013 – C-101/12 –, Schaible, Rn. 47; vom 8. Juni 2010 – C-58/08 –, Vodafone, Rn. 52, und vom 7. Juli 2009 – C-558/07 –, S.P.C.M. SA, C. H. Erbslöh KG, Lake Chemicals and Minerals Ltd, Hercules Inc., Rn. 42.

59

Nach der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes allein summarisch möglichen Prüfung ist nicht erkennbar, dass der Unionsgesetzgeber mit der Schaffung eines objektiven Gebots zur Gleichbehandlung des Datenverkehrs den ihm zur Erreichung des sich insbesondere aus dem 1. Erwägungsgrund der Verordnung ergebenden Ziels, das Internet als Innovationsmotor für den Telekommunikationsbinnenmarkt im Interesse aller Endnutzer zu schützen, zustehenden Ermessensspielraum überschritten hätte.

60

2. Gemessen an der hiernach als Prüfungsmaßstab heranziehenden Vorschrift des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 VO (EU) 2015/2120 verstößt die Antragstellerin mit der in „StreamOn“ für die „Magenta L“-Tarife vorgesehenen Bandbreitenlimitierung für Videostreaming auf 1,7 Mbit/s gegen das Gebot zur Gleichbehandlung des Datenverkehrs, indem sie bei der Erbringung eines Internetzugangsdienstes gegenüber dem Endkunden den Datenverkehr für Videostreaming gegenüber dem Datenverkehr für die Nutzung anderer Dienste und Anwendungen im Hinblick auf die Übertragungsgeschwindigkeit ungleich behandelt. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 VO (EU) 2015/2120 bestimmt im Ausgangspunkt, dass Anbieter von Internetzugangsdiensten den gesamten Verkehr bei der Erbringung von Internetzugangsdiensten gleich behandeln. Dieses allgemeine Gebot zur Gleichbehandlung des Datenverkehrs wird durch das näher spezifizierte Gebot ergänzt, dass das Verkehrsmanagement in einem Internetzugangsdienst ohne Diskriminierung, Beschränkung oder Störung sowie unabhängig vom Sender und Empfänger, den abgerufenen oder verbreiteten Inhalten, den genutzten oder bereitgestellten Anwendungen oder Diensten oder verwendeten Endgeräten erfolgt. Die Begriffe „Diskriminierung“, „Beschränkung“ oder „Störung“ lassen sich dabei als nähere Konkretisierung des allgemeinen Gebots zur Gleichbehandlung verstehen. Zugleich werden mit den Begriffen „Sender“, „Empfänger“, „Inhalte“, „Anwendungen“, „Dienste“ oder „Endgeräte“ bestimmte Anknüpfungspunkte für eine Ungleichbehandlung ausdrücklich für unzulässig erklärt.

61

Vgl. Ziffern 51 und 52 der BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules vom 30. August 2016, BoR (16) 127; Klement, EuR 2017, 532 (546 f.).

62

Hiernach liegt – auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass das Gebot der Gleichbehandlung des Datenverkehrs aus normsystematischen Erwägungen heraus

anwendungsneutralen Vereinbarungen zwischen Internetzugangsanbietern und Endnutzern über die gewerblichen und technischen Bedingungen und die Merkmale von Internetzugangsdiensten wie Preis, Datenvolumina oder Geschwindigkeit grundsätzlich nicht entgegensteht – eine die Rechtmäßigkeit der in der Hauptsache angefochtenen Untersagungsanordnung tragende Ungleichbehandlung insoweit vor, als mit der Bandbreitenlimitierung für Videostreaming gegenüber anderen Diensten und Anwendungen eine durch die Antragstellerin gewillkürte technische Unterscheidung nach der Art der genutzten bzw. bereitgestellten Anwendungen oder Dienste vorgenommen wird.

63

Demgegenüber kann die Antragstellerin nicht mit Erfolg einwenden, aus dem 9. Erwägungsgrund ergebe sich auch mit Bedeutung für den vorliegenden Zusammenhang, dass eine Diskriminierung nicht schon dann vorliege, wenn die Internetzugangsanbieter zur Optimierung der Gesamtübermittlungsqualität Verkehrsmanagementmaßnahmen anwendeten, bei denen – wie hier im Hinblick auf das Videostreaming – zwischen verschiedenen Verkehrskategorien unterschieden werde. Denn der 9. Erwägungsgrund dient allein der Erläuterung der in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 VO (EU) 2015/2120 geregelten Voraussetzungen für angemessene Verkehrsmanagementmaßnahmen, die trotz einer etwaigen Ungleichbehandlung des Datenverkehrs in systematischer Ausnahme zu Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 VO (EU) 2015/2120 zulässig bleiben sollen. Voraussetzung hierfür ist, dass sie ihrerseits transparent, nichtdiskriminierend und verhältnismäßig sind und nicht auf kommerziellen Erwägungen, sondern auf objektiv unterschiedlichen technischen Anforderungen an die Dienstqualität bestimmter Datenverkehrskategorien beruhen. Allein in Bezug auf diese letzte Voraussetzung stellt der 9. Erwägungsgrund klar, dass die Bedingung, wonach Verkehrsmanagementmaßnahmen nicht diskriminierend sein dürfen, die Internetzugangsanbieter nicht an der Durchführung von Verkehrsmanagementmaßnahmen hindert, bei denen zwischen objektiv verschiedenen Verkehrskategorien unterschieden wird.

64

Vgl. auch Ziffer 60 der BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules vom 30. August 2016, BoR (16) 127.

65

Auch gegen die weitere Feststellung des Verwaltungsgerichts, bei der Bandbreitenlimitierung handele es sich nicht um eine bloße Datenkomprimierung ohne Inhaltsänderung, die im 11. Erwägungsgrund der Verordnung erwähnt und nach den dortigen Ausführungen des Unionsgesetzgebers von vornherein nicht als potentiell verbotene Verkehrsmanagementmaßnahme angesehen wird, ist mit der Beschwerde nichts Durchgreifendes erinnert worden. Wesensmerkmal einer Datenkomprimierung ist ausweislich des 11. Erwägungsgrundes, dass das Datenvolumen selbst verringert wird. Die Bandbreitenlimitierung stellt jedoch keine Verringerung des Datenvolumens, sondern eine Reduzierung der Datenübertragungsrate, d.h. der Datenübertragungsgeschwindigkeit dar.

66

3. Die Bandbreitenlimitierung für Videostreaming ist auch nicht als ein nach Maßgabe von Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 (EU) 2015/2120 zulässiges Verkehrsmanagement anzusehen. Nach dieser Vorschrift hindert Unterabsatz 1 die Anbieter von Internetzugangsdiensten nicht daran, angemessene Verkehrsmanagementmaßnahmen anzuwenden. Die Prüfung, ob ein Internetzugangsanbieter gegen den in Unterabsatz 1 normierten Grundsatz der Gleichbehandlung des Datenverkehrs verstößt, erfordert damit stets die weitere Prüfung, ob nicht ausnahmsweise nach Maßgabe von Unterabsatz 2 eine angemessene Verkehrsmanagementmaßnahme vorliegt.

67

Vgl. Ziffer 57 der BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules vom 30. August 2016, BoR (16) 127, sowie zur technischen Kategorisierung unterschiedlicher Verkehrsmanagementmaßnahmen BEREC, A framework for Quality of Service in the scope of Net Neutrality, vom 8. Dezember 2011, BoR (11) 53, S. 18.

68

Damit derartige Maßnahmen als angemessen gelten, müssen sie jedoch transparent, nichtdiskriminierend und verhältnismäßig sein und dürfen nicht auf kommerziellen Erwägungen, sondern auf objektiv unterschiedlichen technischen Anforderungen an die Dienstqualität bestimmter Datenverkehrskategorien beruhen. Mit diesen Maßnahmen darf zudem nicht der konkrete Inhalt überwacht und sie dürfen nicht länger als erforderlich aufrechterhalten werden.

69

Diese Voraussetzungen sind bei der im Streit stehenden Bandbreitenlimitierung jedenfalls deshalb nicht erfüllt, weil sie nicht auf einer objektiv unterschiedlichen technischen Anforderung der Datenübertragung für Videostreaming gegenüber der Datenübertragung für die Nutzung anderer Anwendungen oder Dienste beruht. Ausweislich des 9. Erwägungsgrundes ist es zwar grundsätzlich Ziel eines angemessenen Verkehrsmanagements, zu einer effizienten Nutzung der Netzressourcen und zur Optimierung der Gesamtübermittlungsqualität beizutragen. Dies soll jedoch nur „entsprechend“ den objektiv unterschiedlichen Anforderungen an die technische Qualität der Dienste bei speziellen Verkehrskategorien und somit den übermittelten Inhalten, Anwendungen und Diensten geschehen. Um die Gesamtqualität und das Nutzererlebnis zu optimieren, sollte jede derartige Differenzierung „nur“ auf der Grundlage objektiv verschiedener Anforderungen an die technische Qualität der Dienste (beispielsweise in Bezug auf Verzögerung, Verzögerungsschwankung, Paketverlust und Bandbreite) bei bestimmten Verkehrskategorien, nicht aber auf Grundlage kommerzieller Erwägungen zulässig sein. Derartige differenzierende Maßnahmen sollten in einem angemessenen Verhältnis zum Zweck der Optimierung der Gesamtqualität stehen und gleichartigen Verkehr gleich behandeln.

70

Vgl. Ziffern 62 ff. der BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules vom 30. August 2016, BoR (16) 127.

71

Hiernach ist es nicht hinreichend, dass die von der Antragstellerin eingesetzte Bandbreitenlimitierung im Hinblick auf die datenintensive Nutzung von Videostreaming zu einer Schonung der zur Verfügung stehenden Übertragungskapazitäten im Mobilfunknetz beitragen mag. Erforderlich wäre vielmehr, dass die Bandbreitenlimitierung auf der Grundlage objektiver Anforderungen an die technische Qualität der in Anspruch genommenen Anwendungen bzw. des in Anspruch genommenen Dienstes beruht und dem Ziel dient, die Gesamtqualität und das Nutzererlebnis für Videostreaming zu optimieren. Das aber ist schon deshalb nicht der Fall, weil Videostreaming gegenüber der Nutzung anderer Anwendungen oder Dienste in technischer Hinsicht gerade keine Begrenzung der Bandbreite erfordert, um die Gesamtqualität und das Nutzererlebnis zu verbessern; im Gegenteil führt die Begrenzung der Bandbreite objektiv zu einer Verschlechterung der Gesamtqualität und des Nutzererlebnisses, weil mit ihr unabhängig von den an sich zur Verfügung stehenden Übertragungskapazitäten des Mobilfunknetzes lediglich eine Bildauflösung maximal in DVD-Qualität (480p) möglich ist, auch wenn der Nutzer diese Verschlechterung nach Ansicht der Antragstellerin bei Nutzung von Videostreaming über ein mobiles Endgerät in aller Regel subjektiv nicht wahrnehmen oder

jedenfalls als zu vernachlässigen tolerieren sollte. Im Übrigen genüge die Bandbreitenlimitierung auch dem weiteren Erfordernis nicht, gleichartigen Verkehr gleich zu behandeln. Denn die von der Antragstellerin eingesetzte Bandbreitenlimitierung trifft Videostreaming nicht schlechthin, sondern nur in der aktiv geschalteten Option „StreamOn“ für die „Magenta-L“-Tarife, obwohl sich die technischen Anforderungen für Videostreaming insoweit nicht von denjenigen für Videostreaming per Mobilfunknetz außerhalb dieser Tarife unterscheiden.

72

Vgl. auch Ziffer 66 der BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules vom 30. August 2016, BoR (16) 127.

73

4. Die Bandbreitenlimitierung für Videostreaming ist schließlich nicht gemäß Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 (EU) 2015/2120 erlaubt. Diese Vorschrift statuiert ausweislich ihres Wortlauts und der zu ihrer Auslegung ergänzend heranziehenden 11. und 12. Erwägungsgründe der Verordnung ein grundsätzliches Verbot solcher Verkehrsmanagementmaßnahmen, die über eine angemessene Verkehrsmanagementpraxis im Sinne von Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 VO (EU) 2015/2120 hinausgehen. Ausnahmen von diesem Verbot sind ausschließlich nach Maßgabe der in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 VO (EU) 2015/2120 genannten Ausnahmetatbestände zulässig, die einer strengen Auslegung und strengen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit unterliegen.

74

Vgl. Ziffern 76 und 77 BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules vom 30. August 2016, BoR (16) 127.

75

Im Einzelnen können Verkehrsmanagementmaßnahmen zulässig sein, soweit und solange sie erforderlich sind, um Gesetzgebungsakten der Union oder mit dem Unionsrecht im Einklang stehenden nationalen Rechtsvorschriften, denen der Internetzugangsanbieter unterliegt, oder mit dem Unionsrecht im Einklang stehenden Maßnahmen zur Umsetzung dieser Gesetzgebungsakte der Union oder dieser nationalen Rechtsvorschriften zu entsprechen, einschließlich Verfügungen von Gerichten oder Behörden, die über die entsprechenden Befugnisse verfügen (lit. a), um die Integrität und Sicherheit des Netzes, der über dieses Netz erbrachten Dienste und der Endgeräte der Endnutzer zu wahren (lit. b) oder um eine drohende Netzüberlastung zu verhindern oder die Auswirkungen einer außergewöhnlichen oder vorübergehenden Netzüberlastung abzumildern, sofern gleichwertige Verkehrsarten gleich behandelt werden (lit. c).

76

Das Verwaltungsgericht hat die Voraussetzungen des hiernach allein näher in Betracht zu ziehenden Ausnahmetatbestandes aus Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. c) VO (EU) 2015/2120 in überzeugender Weise bereits damit vereint, dass die Bandbreitenlimitierung in der Zubuchoption „StreamOn“ nicht konzipiert worden sei, um eine außergewöhnliche oder vorübergehende Netzüberlastung abzumildern bzw. eine drohende außergewöhnliche oder vorübergehende Netzüberlastung zu vermeiden.

77

Vgl. auch Ziffer 89 der BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules vom 30. August 2016, BoR (16) 127.

78

Sie begrenze vielmehr im Wesentlichen den erst mit „StreamOn“ selbst verursachten Datenverkehr zur Schonung der vorhandenen Übertragungskapazitäten des Mobilfunknetzes. Im Übrigen solle dieser Ausnahmetatbestand den Internetzugangsanbietern ausweislich des 15. Erwägungsgrundes der Verordnung nicht die Möglichkeit eröffnen, das allgemeine Verbot der Blockierung, Verlangsamung,

Veränderung, Beschränkung, Störung, Schädigung oder Diskriminierung bestimmter Inhalte, Anwendungen oder Dienste oder bestimmter Kategorien derselben zu umgehen. Für wiederkehrende und länger dauernde Fälle von Netzüberlastungen, bei denen es sich weder um außergewöhnliche noch um zeitweilige Überlastungen handle, solle nicht auf diese Ausnahmen zurückgegriffen werden können, sondern sie sollten vielmehr im Wege einer Erweiterung der Netzkapazität angegangen werden. Hiergegen ist mit der Beschwerde nichts Durchgreifendes erinnert worden. Hinzuzufügen ist, dass die Bandbreitenlimitierung für Videostreaming nur in der aktivierten Zubuchoption „StreamOn“ für die „Magenta L“-Tarife vorgesehen ist und damit auch nicht die gemäß Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. c) VO (EU) 2015/2120 erforderliche Voraussetzung erfüllt, gleichwertige Verkehrsarten gleich zu behandeln.

79

B) Es spricht auch Überwiegendes dafür, dass die Antragstellerin mit der Zubuchoption „StreamOn“ für ihre Mobilfunktarife „MagentaMobil“ gegen Art. 6a der Verordnung (EU) Nr. 531/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union (ABl. L 172 S. 10) in der Fassung der Änderungen durch die Verordnung (EU) Nr. 2015/2120 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 (ABl. L 310 S. 1) und der Verordnung (EU) Nr. 2017/920 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2017 (ABl. L 147 S. 1) – im Folgenden: VO (EU) 531/2012 – verstößt. Hiernach dürfen Roaminganbieter ihren Roamingkunden seit dem 15. Juni 2017 für die Nutzung regulierter Datenroamingdienste im Vergleich mit dem inländischen Endkundenpreis in einem Mitgliedstaat grundsätzlich weder zusätzliche Entgelte noch allgemeine Entgelte für die Nutzung von Endgeräten oder von Dienstleistungen im Ausland berechnen. Die Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts, die Antragstellerin erhebe mit der Zubuchoption „StreamOn“ einen in diesem Sinne verbotenen Roamingaufschlag, weil der Datenverbrauch für das Audio- und Videostreaming der Contentpartner bei Nutzung des mit dem zugrundeliegenden Mobilfunktarif bereitgestellten regulierten Datenroamingdienstes im europäischen Ausland auf das Inklusivdatenvolumen angerechnet werde, während dies bei Nutzung im Inland nicht der Fall sei, hält trotz der auch insoweit noch nicht in jeder Hinsicht abschließend geklärten unionsrechtlichen Maßstäbe einer Prüfung im Beschwerdeverfahren stand.

80

1. Das Verwaltungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Zubuchoption „StreamOn“ in die Prüfung eines nach Art. 6a VO (EU) 531/2012 verbotenen Roamingaufschlags einzubeziehen ist. Der hierzu geltend gemachte Einwand der Antragstellerin geht dahin, dass es sich bei „StreamOn“ um ein in vertraglicher, technischer und wirtschaftlicher Hinsicht eigenständiges Produkt handle und „StreamOn“ damit als reiner Inlandsdienst anzusehen sei, der auch nach den europäischen Roamingregeln nicht im europäischen Ausland angeboten werden müsse. „Stream-On“ unterliege damit von vornherein nicht den Vorgaben des Art. 6a VO (EU) 531/2012, während mit den zugrundeliegenden „MagentaMobil“-Tarifen für eine Nutzung des Datenroamingdienstes im europäischen Ausland kein anderes Entgelt als im Inland erhoben werde.

81

a) Diesem Einwand ist bereits der Wortlaut von Art. 6a VO (EU) 531/2012 entgegen zu halten. Die Vorschrift bestimmt, dass Roaminganbieter ihren Roamingkunden ab dem 15. Juni 2017 für die Abwicklung abgehender oder ankommender regulierter Roaminganrufe, für die Abwicklung versendeter regulierter SMS-Roamingnachrichten oder für die Nutzung regulierter Datenroamingdienste, einschließlich MMS-Nachrichten, im Vergleich mit dem inländischen Endkundenpreis in einem Mitgliedstaat weder zusätzliche Entgelte noch allgemeine Entgelte für die Nutzung von Endgeräten oder von Dienstleistungen im

Ausland berechnen dürfen. Der Begriff des Roaminganbieters bezeichnet dabei nach Art. 2 Abs. 2 lit. a) VO (EU) 531/2012 ein Unternehmen, das für einen Roamingkunden regulierte Endkundenroamingdienste bereitstellt. Ein Roamingkunde ist nach Art. 2 Abs. 2 lit. g) VO (EU) 531/2012 ein Kunde eines Anbieters von regulierten Roamingdiensten in einem terrestrischen öffentlichen Mobilfunknetz in der Union, dessen Vertrag oder Vereinbarung mit diesem Roaminganbieter unionsweites Roaming ermöglicht. Ein unionsweites Roaming ist nach Art. 2 Abs. 2 lit. f) VO (EU) 531/2012 die Benutzung eines mobilen Gerätes durch einen Roamingkunden zur Tätigkeit oder Annahme von unionsinternen Anrufen, zum Senden und Empfangen von unionsinternen SMS-Nachrichten oder zur Nutzung paketvermittelter Datenkommunikationsdienste in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem sich das Netz des inländischen Betreibers befindet, aufgrund einer Vereinbarung zwischen dem Betreiber des Heimatnetzes und dem Betreiber des besuchten Netzes. Art. 6a VO (EU) 531/2012 etabliert damit für den Endkundenbereich ab dem genannten Stichtag ein grundsätzliches Verbot von Roamingaufschlägen für die Mobilfunknutzung im europäischen Ausland, wenn der Vertrag oder die Vereinbarung mit dem Roaminganbieter ein unionsweites Roaming ermöglicht. Bezugspunkt dieses Verbots sind aber allein die drei Mobilfunkkategorien der Sprach-, SMS- und Datenkommunikationsdienste.

82

Vgl. auch Art. 1 Abs. 1 VO (EU) 531/2012; Ziffer 1 der BEREC Guidelines on Regulation (EU) No 531/2012, as amended by Regulation (EU) 2015/2120 and Commission Implementing Regulation (EU) 2016/2286 vom 27. März 2017, BoR (17) 56.

83

Für die Prüfung, ob durch einen Roaminganbieter für die Auslandsnutzung eines für das unionsweite Roaming bereitgestellten Sprach-, SMS- und Datenkommunikationsdienstes ein verbotener Roamingaufschlag erhoben wird, kommt es damit auf einen Vergleich des inländischen Endkundenpreises mit den für die Nutzung im europäischen Ausland erhobenen Entgelten an. Unter einem inländischen Endkundenpreis ist nach Art. 2 Abs. 2 lit. r) VO (EU) 531/2012 das inländische Endkundenentgelt pro Einheit zu verstehen, das der Roaminganbieter für Anrufe und versendete SMS-Nachrichten (die in verschiedenen öffentlichen Kommunikationsnetzen im selben Mitgliedstaat abgehen und ankommen) und für die von einem Kunden genutzten Daten berechnet. Falls es kein spezifisches inländisches Endkundenentgelt pro Einheit gibt, ist davon auszugehen, dass für den inländischen Endkundenpreis derselbe Mechanismus zur Berechnung des Entgelts angewandt wird, wie wenn der Kunde den Inlandstarif für Anrufe und versendete SMS-Nachrichten (die in verschiedenen öffentlichen Kommunikationsnetzen im selben Mitgliedstaat abgehen und ankommen), sowie für genutzte Daten in seinem Mitgliedstaat nutzen möchte.

84

Vgl. Ziffer 12 BEREC Guidelines on Regulation (EU) No 531/2012, as amended by Regulation (EU) 2015/2120 and Commission Implementing Regulation (EU) 2016/2286 vom 27. März 2017, BoR (17) 56.

85

Für die Beurteilung eines etwaigen verbotenen Roamingaufschlags im Sinne von Art. 6a VO (EU) 531/2012 sind mithin nach dem normativ vorgegebenen Prüfungsprogramm der maßgebliche Sprach-, SMS- oder Datenkommunikationsdienst, der durch den Anbieter für ein unionsweites Roaming bereitgestellt wird, und die maßgeblichen Tarifbestimmungen für die Ermittlung des inländischen Endkundenpreises gegenüberzustellen. Denn nur eine Gegenüberstellung des maßgeblichen Sprach-, SMS- oder Datenkommunikationsdienstes einerseits und der für diesen geltenden Tarifbestimmungen für die Ermittlung des inländischen Endkundenpreises andererseits erlaubt die Bestimmung des

Preisleistungsverhältnisses, um die bei einer Nutzung im Ausland anfallenden Entgelte auf verbotene Roamingaufschläge überprüfen zu können.

86

In Anwendung dieses Prüfungsprogramms ist zunächst nicht ernstlich zweifelhaft, dass als regulierter Endkundenroamingdienst unter den gegebenen Umständen nur der den „MagentaMobil“-Tarifen zugrundeliegende Sprach-, SMS- und Datenkommunikationsdienst in Betracht zu ziehen ist, mit dem die Antragstellerin ausweislich Ziffer 1.1 der „Preisliste Mobilfunknutzung im Ausland“ über die Roaming Option „All Inclusive“ für die Mobilfunktarife „MagentaMobil M“, „MagentaMobil L“, „MagentaMobil L Plus“, „MagentaMobil L Premium“ und „MagentaMobil L Plus Premium“ die Benutzung eines mobilen Gerätes durch einen Roamingkunden zur Tätigkeit oder Annahme von unionsinternen Anrufen, zum Senden und Empfangen von unionsinternen SMS-Nachrichten und zur Nutzung paketvermittelter Datenkommunikationsdienste in einem anderen Mitgliedstaat der Union ermöglicht. Ebenso wenig zweifelhaft ist aber auch, dass „StreamOn“ kein inlandsbezogener Sprach-, SMS- oder Datenkommunikationsdienst ist, sondern im Sinne von Art. 6a VO (EU) 531/2012 als eine den Entgeltmechanismus des jeweiligen „MagentaMobil“-Tarifs modifizierende Tarifbestimmung angesehen werden muss. Denn mit „StreamOn“ bietet die Antragstellerin auch bezogen auf das Inland keinen Telekommunikationsdienst an, mit dem sie gegenüber ihren Endkunden die Tätigkeit oder Annahme von Anrufen, das Senden und Empfangen von SMS-Nachrichten oder die Nutzung paketvermittelter Datenkommunikation als Dienstleistung erbringt. Die Zubuchoption „StreamOn“ bewirkt nach ihrer vertraglichen Gestaltung durch Ziffer 6.7 der maßgeblichen „Preisliste Zubuchoptionen Mobilfunk (Privatkunden)“ lediglich, dass ein Teil der für das Streaming von Audio- und Videoanwendungen übertragenen Daten nicht in die Berechnung des im zugrundeliegenden „MagentaMobil“-Tarif vereinbarten Inklusivdatenvolumens einfließt.

87

b) Nichts anderes gebietet auch der durch den Unionsgesetzgeber verfolgte Regelungszweck. Gemäß Art. 1 Abs. 1 VO (EU) 531/2012 zielt die Verordnung darauf ab, sicherzustellen, dass den Nutzer öffentlicher Mobilfunknetze auf Reisen innerhalb der Union im Rahmen von unionsweiten Roamingdiensten – verglichen mit den unter Wettbewerbsbedingungen gebildeten Preisen in den einzelnen Mitgliedstaaten – für abgehende und ankommende Anrufe, das Senden und Empfangen von SMS-Nachrichten und das Benutzen paketvermittelter Datenkommunikationsdienste keine überhöhten Preise in Rechnung gestellt werden, um dadurch zum reibungslosen Funktionieren des Binnenmarktes beizutragen und gleichzeitig ein hohes Verbraucherschutzniveau zu erreichen, Wettbewerb und die Transparenz am Markt zu fördern und Anreize sowohl für die Innovation als auch für die Auswahl der Verbraucher zu bieten. Das hohe Preisniveau für Sprach-, SMS- und Datenroamingdienste, die von den Nutzern öffentlicher Mobilfunknetze, wie z.B. Studenten, Geschäftsreisenden und Touristen, verlangt werden, war durch den Unionsgesetzgeber dabei ausweislich des 4. Erwägungsgrundes als ein Hindernis identifiziert worden, welches die Nutzung mobiler Geräte auf Reisen innerhalb der Union erschwerte und ein beträchtliches Hemmnis für die Entwicklung des Binnenmarktes darstellte. Ausweislich des 21. Erwägungsgrundes zielte die Verordnung dabei ursprünglich nur darauf ab, dass der Unterschied zwischen Roaming- und Inlandstarifen gegen Null geht. Mit Art. 7 Nr. 5 VO (EU) 2015/2120 ist der Unionsgesetzgeber über dieses Ziel nunmehr hinausgegangen und hat das bestehende Roamingregime um das Verbot von Roamingaufschlägen in Art. 6a VO (EU) 531/2012 erweitert. Seitdem dürfen die Anbieter von Roamingdiensten in keinem Mitgliedstaat einen zusätzlichen Aufschlag zum inländischen Endkundenpreis vornehmen. Mit der Abschaffung der Endkundenroamingaufschläge in der Union sollen mithin – vorbehaltlich

einer Regelung zur angemessenen Nutzung – die gleichen Tarifbedingungen für die Nutzung von Mobilfunkdiensten beim Roaming im Ausland und zu Hause gelten. Überall dort, wo regulierte Roaming-dienste angeboten werden, ermöglicht das „Roam Like at Home“-Prinzip aus Art. 6a VO (EU) 531/2012 dem Kunden, Roamingdienste bei Reisen in der Union auf die gleiche Weise wie in seinem Heimatland nutzen zu können.

88

Vgl. Ziffer 8 BEREC Guidelines on Regulation (EU) No 531/2012, as amended by Regulation (EU) 2015/2120 and Commission Implementing Regulation (EU) 2016/2286 vom 27. März 2017, BoR (17) 56.

89

Die praktische Wirksamkeit dieses durch Art. 6a VO (EU) 531/2012 angestrebten Regelungsziels wäre erheblich beeinträchtigt, wenn die Anbieter von Endkundenroamingdiensten selber darüber entscheiden könnten, welche Elemente einer Tarifbestimmung sie für das unionsweite Roaming anbieten und welche nicht. Es stünde insbesondere zu befürchten, dass die Anbieter von Endkundenroamingdiensten diese künftig nur noch in einer einfachen Basisversion für das Roaming in der Union bereitstellen, während kostenintensive Tarifelemente dem Kunden nur noch im Wege einer ausschließlich im Inland zur Verfügung stehenden Zubuchoption und damit ohne Nutzungsmöglichkeit im europäischen Ausland angeboten würden. Dem kann nicht mit Erfolg entgegen gehalten werden, dass Art. 6a VO (EU) 531/2012 ebenso wie die Verordnung insgesamt zwar auf die Schaffung eines homogenen Preisniveaus im Binnenmarkt, aber nicht auf die Herstellung eines homogenen Angebotsniveaus abziele. Das hieran anknüpfende Argument, wenn es nach Art. 6a VO (EU) 531/2012 sogar zulässig sei, dass die Anbieter von Endkundenroamingdiensten das Roaming vertraglich vollständig ausschließen und die Nutzung ihrer Dienste insgesamt auf das Inland beschränken, so müsste es ihnen als „Minus“ erst Recht gestattet sein, die Verfügbarkeit einzelner Tarifbestandteile auf das Inland zu beschränken, lässt unberücksichtigt, dass es sich bei „StreamOn“ gerade nicht im Sinne eines „Minus“ um einen Teil eines Endkundenroamingdienstes, sondern im Sinne eines „Aliud“ um eine auf diesen bezogene Tarifbestimmung handelt, die den Entgeltmechanismus modifiziert und als solche nach Art. 6a VO (EU) 531/2012 auch für eine Nutzung des Endkundenroamingdienstes im europäischen Ausland gelten muss.

90

c) Ein anderes Auslegungsergebnis ist entgegen der Rechtauffassung der Antragstellerin auch in diesem Zusammenhang nicht mit Rücksicht auf die Unionsgrundrechte und die durch Art. 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union geschützte unternehmerische Freiheit der Antragstellerin geboten, weil eine Einbeziehung der Zubuchoption „StreamOn“ in die Prüfung eines etwaigen verbotenen Roamingaufschlags die Vertragsfreiheit der Anbieter von Endkundenroamingdiensten in unverhältnismäßiger Weise beschränkte. Nach den bereits vorstehend wiedergegebenen Grundsätzen zur Auslegung und Anwendung von Art. 16 der Charta ist auch insoweit nicht erkennbar, dass der Uniongesetzgeber mit einer solchen Regelung den ihm bei der angestrebten Stärkung eines reibungslosen Funktionierens des Binnenmarktes und eines hohen Verbraucherschutz-niveaus zustehenden weiten Ermessensspielraum überschritten hätte.

91

2. Das Verwaltungsgericht ist auch zutreffend davon ausgegangen, dass die Anrechnung des Datenvolumens für Audio- und Videostreaming der Contentpartner auf das gemäß dem zugrundeliegenden „MagentaMobil“-Tarif inkludierte Datenvolumen bei einer Nutzung im europäischen Ausland bei gleichzeitiger Nichtanrechnung dieses Datenvolumens bei einer Nutzung im Inland gegen Art. 6a VO (EU) 531/2012 verstößt. Für die Prüfung, ob durch einen Roaminganbieter für die Auslandsnutzung eines für das unionsweite Roaming

bereitgestellten Sprach-, SMS- und Datenkommunikationsdienstes ein verbotener Roamingaufschlag erhoben wird, kommt es nach Art. 6a VO (EU) 531/2012 grundsätzlich auf einen Vergleich des inländischen Endkundenpreises mit den für die Nutzung im europäischen Ausland erhobenen Entgelten an. Unter einem inländischen Endkundenpreis ist – wie ausgeführt – nach Art. 2 Abs. 2 lit. r) Satz 1 VO (EU) 531/2012 im Regelfall das inländische Endkundenentgelt pro Einheit zu verstehen, das der Roaminganbieter für Anrufe und versendete SMS-Nachrichten (die in verschiedenen öffentlichen Kommunikationsnetzen im selben Mitgliedstaat abgehen und ankommen) und für die von einem Kunden genutzten Daten berechnet. Für den Fall, dass es kein spezifisches inländisches Endkundenentgelt pro Einheit gibt, ist nach Art. 2 Abs. 2 lit. r) Satz 2 VO (EU) 531/2012 davon auszugehen, dass für den inländischen Endkundenpreis derselbe Mechanismus zur Berechnung des Entgelts angewandt wird, wie wenn der Kunde den Inlandstarif für Anrufe und versendete SMS-Nachrichten (die in verschiedenen öffentlichen Kommunikationsnetzen im selben Mitgliedstaat abgehen und ankommen), sowie für genutzte Daten in seinem Mitgliedstaat nutzen möchte.

92

Vgl. Ziffer 12 BEREC Guidelines on Regulation (EU) No 531/2012, as amended by Regulation (EU) 2015/2120 and Commission Implementing Regulation (EU) 2016/2286 vom 27. März 2017, BoR (17) 56.

93

Hiernach stellt die Anrechnung des Datenvolumens für Audio- und Videostreaming der Contentpartner auf das in den zugrundeliegenden „MagentaMobil“-Tarif inkludierte Datenvolumen bei gleichzeitiger Nichtanrechnung dieses Datenvolumens bei einer Nutzung im Inland eine Veränderung des Mechanismus‘ zur Berechnung des Entgelts dar, weil ein Roamingkunde der Antragstellerin bei Nutzung im europäischen Ausland zwar unmittelbar kein höheres Entgelt entrichtet, aber für dasselbe Entgelt eine geringere Leistung erhält. Mit dem Regelungszweck des Art. 6a VO (EU) 531/2012, eine Nutzung von Endkundenroamingdiensten im europäischen Ausland nach dem „Roam like at home“-Prinzip zu ermöglichen und nichtgenehmigungspflichtige Ausnahmen hiervon allein unter den engen Voraussetzungen des Art. 6b Abs. 1 VO (EU) 531/2012 im Rahmen einer Regelung zur angemessenen Nutzung vorzusehen, wäre es nicht in Übereinstimmung zu bringen, dem Verbot nur direkte Roamingaufschläge zu unterwerfen. Ein solches Verbot könnte dann nämlich jederzeit zu Lasten der durch Art. 6a VO (EU) 531/2012 geschützten Verbraucher und unter Beeinträchtigung der Funktionalität des Binnenmarktes beanstandungsfrei auch durch eine Veränderung des maßgeblichen Preis-Leistungs-Verhältnisses umgangen werden.

94

Auch ist das Verwaltungsgericht in diesem Zusammenhang bereits überzeugend dem Einwand entgegengetreten, der Begriff des Entgeltmechanismus‘ bedürfe einer einschränkenden Auslegung, weil die Zubuchoption „StreamOn“ aufgrund ihrer technischen und ökonomischen Ausgestaltung auch im Inland nur auf das eigene Netz der Antragstellerin ausgelegt sei und im Ausland in dieser Form wirtschaftlich tragfähig gar nicht erbracht werden könnte. Soweit der Einwand darauf zielen sollte, dass in Art. 2 Abs. 2 lit. r) VO (EU) 531/2012 eine Unterscheidung zwischen sog. On- und Off-Net-Tarifen angelegt ist und dem Anbieter eines Endkundenroamingdienstes damit die Wahl überlassen bleibt, für den Fall eines Roamings den teureren Off-Net-Tarif anzubieten, führt dieser Einwand schon deshalb nicht weiter, weil Art. 2 Abs. 2 lit. r) VO (EU) 531/2012 diese Unterscheidung ausdrücklich nur auf die Erbringung von Sprach- und SMS-Nachrichtendiensten beschränkt. Eine entsprechende Unterscheidung für die Nutzung paketvermittelter Datenkommunikationsdienste ist in der Vorschrift nicht vorgesehen. Dies kann in Anbetracht der ausdrücklichen gesetzlichen Differenzierung auch nicht im Wege

eines Analogieschlusses überwunden werden. Auch für darüber hinausgehende Einschränkungen von Art. 6a VO (EU) 531/2012 aufgrund von Überlegungen zur wirtschaftlichen Tragfähigkeit entsprechender Roamingangebote lässt die Verordnung keinen Raum.

95

3. Schließlich überzeugt auch der Einwand der Antragstellerin nicht, die Anrechnung des Datenvolumens für Audio- und Videostreaming bei Mobilfunknutzung im europäischen Ausland sei als eine Regelung der angemessenen Nutzung im Sinne von Art. 6b Abs. 1 VO (EU) 531/2012 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 der Durchführungsverordnung (EU) 2016/2286 der Kommission vom 15. Dezember 2016 zur Festlegung detaillierter Vorschriften über die Anwendung der Regelung der angemessenen Nutzung und über die Methode zur Prüfung der Tragfähigkeit der Abschaffung der Endkundenroamingaufschläge sowie über den von Roaminganbietern für diese Prüfung zu stellenden Antrag – im Folgenden: DVO (EU) 2016/2286 – zulässig. Das Verbot von Roamingaufschlägen nach Art. 6a VO (EU) 531/2012 steht zwar gemäß Art. 6b Abs. 1 VO (EU) 531/2012 grundsätzlich unter dem Vorbehalt, dass Roaminganbieter nach näherer Maßgabe der Durchführungsverordnung eine Regelung der angemessenen Nutzung (sog. „Fair Use Policy“) für die Inanspruchnahme regulierter Roamingdienste auf Endkundenebene, die zu dem geltenden inländischen Endkundenpreis bereitgestellt werden, anwenden dürfen, um eine zweckwidrige oder missbräuchliche Nutzung, wie etwa die Nutzung solcher Dienste für andere Zwecke als nur vorübergehende Reisen, zu vermeiden. Anders als die Antragstellerin meint, kann sich eine zulässige Regelung der angemessenen Nutzung hiernach allerdings nicht isoliert auf die Zubuchoption „StreamOn“ beziehen und in der Folge deren Nutzung im europäischen Ausland vollständig ausschließen. Die Annahme der Antragstellerin, die Zubuchoption „StreamOn“ sei jedenfalls im Sinne von Art. 4 Abs. 2 UAbs. 2 DVO (EU) 2016/2286 ein bloßer „Paketteil“ eines gebündelt verkauften Mobilfunkendkundendienstes, welcher bei isolierter Betrachtung im Inland als offenes Datenpaket ohne Volumenbegrenzung zu einem separaten Verkaufspreis von „null“ Euro angeboten und daher nach der in Art. 4 Abs. 2 UAbs. 1 DVO (EU) 2016/2286 enthaltenen Berechnungsformel für die Nutzung im europäischen Ausland auch auf „null“ GB begrenzt werden dürfe, geht fehl.

96

a) Die Zubuchoption „StreamOn“ ist zunächst für sich genommen, d.h. ohne eine Einbeziehung des zugrundeliegenden „MagentaMobil“-Tarifs, weder ein offenes Datenpaket im Sinne von Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 DVO (EU) 2016/2286 noch ein Paketteil eines gebündelten Mobilfunkendkundendienstes im Sinne von Art. 4 Abs. 2 UAbs. 2 DVO (EU) 2016/2286. Gemäß Art. 4 Abs. 2 UAbs. 1 DVO (EU) 2016/2286 kann der Roaminganbieter für den Fall eines sog. offenen Datenpakets mit einem unbegrenzten Volumen das im Ausland zur Verfügung stehende Roamingvolumen auf eine Menge beschränken, die dem doppelten Volumen entspricht, das sich aus der Division des inländischen Endkundenpreises des jeweiligen offenen Datenpakets durch das regulierte maximale Roamingvorleistungsentgelt ergibt. Aus Art. 2 Abs. 2 lit. c) DVO (EU) 2016/2286 folgt, dass mit dem Begriff des Datenpakets ein Tarif für die Bereitstellung eines oder mehrerer Mobilfunkendkundendienste gemeint ist. Diese umfassen nach Art. 2 Abs. 2 lit. b) DVO (EU) 2016/2286 jedoch allein die drei Kategorien Sprach-, SMS- und Datenkommunikationsdienste. Bei der Zubuchoption „StreamOn“ handelt es sich indes aus den bereits vorstehend wiedergegebenen Erwägungen ungeachtet ihrer vertraglichen Ausgestaltung als eigenständiges Produkt nicht um einen Datenkommunikationsdienst, weil sie dem Endkunden selbst keine Datenkommunikation ermöglicht, sondern nur die Nichtanrechnung bestimmter Daten auf das mit dem zugrundeliegenden Mobilfunktarif vereinbarte Inklusivdatenvolumen regelt. Nichts anderes folgt aus Art. 4 Abs. 2 UAbs. 2

DVO (EU) 2016/2286, welcher mit dem Tatbestandsmerkmal des gebündelten Verkaufs von Mobilfunkendkundendiensten ebenfalls die allein Sprach-, SMS- und Datenkommunikationsdienste umfassende Legaldefinition aus Art. 2 Abs. 2 lit. b) DVO (EU) 2016/2286 in Bezug nimmt. Die Vorschrift ordnet bei verständiger Würdigung allein an, dass im Fall von Bündelangeboten aus den drei Kategorien Sprach-, SMS- und Datenkommunikationsdienste der relevante Endkundengesamtpreis des Datenpakets der Preis für die drei Dienstekategorien ist, während der Preis für sonstige Dienste, etwa einen Festnetztarif, oder für Endgeräte bei der Berechnung der Regelung der angemessenen Nutzung unberücksichtigt bleibt.

97

Vgl. Ziffer 47 BEREC Guidelines on Regulation (EU) No 531/2012, as amended by Regulation (EU) 2015/2120 and Commission Implementing Regulation (EU) 2016/2286 vom 27. März 2017, BoR (17) 56.

98

b) Die Annahme der Antragstellerin überzeugt im Übrigen auch deswegen nicht, weil sie im Ergebnis darauf hinaus liefe, dass die Vorteile von „StreamOn“ im europäischen Ausland bei einem rein rechnerisch folgerichtig ermittelten Datenvolumen von „null“ GB gar nicht in Anspruch genommen werden könnten. Dies ginge in rechtlich unzulässiger Weise über den in Art. 6b Abs. 1 VO (EU) 531/2012 ausdrücklich normierten Schutzzweck einer Regelung der angemessenen Nutzung hinaus, als flankierende Maßnahme zur Abschaffung der Roamingaufschläge für Endkunden allein einer missbräuchlichen oder zweckwidrigen Nutzung regulierter Endkundenroamingdienste vorzubeugen, welche die mit den Roamingvorschriften durch den Unionsgesetzgeber intendierte Nutzung dieser Dienste während vorübergehender Reisen innerhalb der Union übersteigt. Auch der 4. Erwägungsgrund der Durchführungsverordnung stellt insoweit ausdrücklich klar, dass die Vorschriften über die Regelungen der angemessenen Nutzung lediglich verhindern sollen, dass Roamingkunden regulierte Endkundenroamingdienste zu geltenden Inlandspreisen missbräuchlich oder zweckwidrig nutzen, d.h. für andere Zwecke als auf vorübergehenden Reisen. Die Durchführungsmaßnahmen sollen daher auch sicherstellen, dass die Möglichkeit, zur Verfolgung dieses Ziels eine Regelung der angemessenen Nutzung anzuwenden, von den Roaminganbietern nicht zu anderen Zwecken zum Nachteil auf vorübergehenden Reisen befindlicher Roamingkunden ausgenutzt wird. Entsprechend folgt aus Art. 3 Abs. 2 DVO (EU) 2016/2286, dass auch eine Regelung der angemessenen Nutzung gewährleisten muss, dass Roamingkunden regulierte Endkundenroamingdienste bei vorübergehenden Reisen in der Union unter den gleichen Bedingungen nutzen können wie bei einer inländischen Nutzung solcher Dienste. Dies gilt, wie der 13. Erwägungsgrund zeigt, insbesondere auch für Regelungen der angemessenen Nutzung nach Maßgabe von Art. 4 Abs. 2 UAbs. 1 DVO (EU) 2016/2286. Hiernach geht der Verordnungsgeber zwar von der Notwendigkeit aus, zusätzliche Vorkehrungen gegen die erhöhten Risiken einer missbräuchlichen Nutzung offener Datenpakete treffen zu müssen. Der Inlandskunde sollte aber ungeachtet dessen auf vorübergehenden Reisen in der Union in der Lage bleiben, die Endkundenvolumina solcher Dienste in einer Höhe zu verbrauchen, die den doppelten Volumina entspricht, die bis zur Obergrenze des Vorleistungsentgelts gegen einen Geldbetrag erworben werden können, der dem inländischen Endkundengesamtpreis des auf Mobilfunkdienste entfallenden Teils des Inlandstarifs für den gesamten fraglichen Abrechnungszeitraum entspricht. Auch das durch die Antragstellerin erzielte rechnerische Ergebnis von „null“ GB belegt damit im Rückschluss, dass eine Regelung der angemessenen Nutzung nach Art. 4 Abs. 2 DVO (EU) 2016/2286 für „StreamOn“ allenfalls unter rechnerischer Einbeziehung des jeweils zugrundeliegenden „MagentaMobil“-Tarifs zulässig sein kann.

99

c) Schon vor diesem Hintergrund kann die Antragstellerin schließlich nicht mit dem Argument durchdringen, die Zubuchoption „StreamOn“ sei mit einem handelstypischen „Add-On“ vergleichbar, welches nach den Leitlinien des GEREK in entsprechender Anwendung von Art. 4 Abs. 2 DVO (EU) 2016/2286 durch eine Regelung zur angemessenen Nutzung beschränkt werden können soll, obwohl ein „Add-on“ ebenfalls auf einen zugrundeliegenden Mobilfunktarif „aufsetze“.

100

Vgl. Ziffer 51 BEREC Guidelines on Regulation (EU) No 531/2012, as amended by Regulation (EU) 2015/2120 and Commission Implementing Regulation (EU) 2016/2286 vom 27. März 2017, BoR (17) 56.

101

Ein „Add-On“ setzt nach der durch die Antragstellerin zitierten Passage in den Leitlinien des GEREK in konstruktiver Hinsicht gerade voraus, dass ein zusätzliches Datenvolumen gegen ein Entgelt hinzugebucht wird, nachdem das zunächst zur Verfügung stehende Inklusivdatenvolumen verbraucht wurde. Dies trifft auf die Zubuchoption „StreamOn“ eben nicht in gleicher Weise zu.

102

C) Ist hiernach unter Berücksichtigung noch nicht in jeder Hinsicht abschließend geklärt unionsrechtlicher Maßstäbe ein Obsiegen der Antragsgegnerin in der Hauptsache jedenfalls überwiegend wahrscheinlich, geht unter den gegebenen Umständen auch eine insoweit ergänzend vorzunehmende folgenorientierte Interessenabwägung zu Lasten der Antragstellerin aus. Die mit der Befolgung der in der Hauptsache angefochtenen Anordnungen verbundenen rechtlichen und wirtschaftlichen Beeinträchtigungen für die Antragstellerin sind insgesamt nicht derart erheblich, dass sie das mit dem Ausschluss der aufschiebenden Wirkung in § 137 Abs. 1 TKG durch den Gesetzgeber vorgegebene öffentliche Interesse an der Durchsetzung der im Streit stehenden und aller Voraussicht nach durch die Antragstellerin auch verletzten Vorschriften des Unionsrechts über die Netzneutralität und das Roaming in der Union überwiegen würden.

103

Der mit einer zumindest vorübergehenden Befolgung der Anordnungen einhergehende Eingriff in die durch Art. 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union geschützte unternehmerische Freiheit der Antragstellerin ist nur von geringer Intensität. Ihr ist insbesondere nicht schlechthin untersagt, ein Zero-Rating-Produkt wie „StreamOn“ anzubieten. Die Beanstandungen beschränken sich allein auf die Untersagung der selektiven Bandbreitenlimitierung für Videostreaming in den „Magenta L“- Tarifen sowie auf die Untersagung der Anrechnung von Audio- und Videostreaming der Contentpartner auf das Inklusivdatenvolumen bei einer vorübergehenden Mobilfunknutzung im Ausland. Die Antragsgegnerin hat im Beschwerdeverfahren unter näherer Darlegung im Einzelnen Möglichkeiten aufgezeigt, mit denen die Antragstellerin „StreamOn“ in rechtlich nicht zu beanstandender Weise auch während der Dauer des Hauptsacheverfahrens weiter betreiben darf. Diese schließen einen gänzlichen Verzicht auf die Bandbreitenlimitierung für Videostreaming unter Inkaufnahme einer stärkeren Belastung der zur Verfügung stehenden Netzressourcen oder die Einführung einer anwendungsneutralen Bandbreitenlimitierung ein. Im Hinblick auf den beanstandeten Verstoß gegen Art. 6a VO (EU) 531/2012 kann die Antragstellerin durch Einführung einer mit Art. 4 Abs. 2 DVO (EU) 2016/2286 konform gehenden Regelung der angemessenen Nutzung ein kostenintensives Audio- und Videostreaming über Auslandsnetze zumindest auf ein überschaubares Maß begrenzen.

104

Selbst wenn die Antragstellerin „StreamOn“ – wie geltend gemacht – bis zu einer endgültigen Entscheidung im verwaltungsgerichtlichen Hauptsacheverfahren vollständig

vom Markt nehmen sollte, weil die von der Antragsgegnerin vorgeschlagenen alternativen Lösungen wirtschaftlich nicht tragfähig wären, wären die durch die Antragstellerin im Beschwerdeverfahren für diesen Fall aufgezeigten wirtschaftlichen Folgen nicht von solchem Gewicht, dass sie die wirtschaftliche Existenz der Antragstellerin ernsthaft gefährden oder zu einem sonstigen annähernd vergleichbaren wirtschaftlichen Schaden führen würden. Hinzu kommt, dass die Antragsgegnerin nach der im Beschwerdeverfahren vermittelten Erkenntnislage auch gegen vergleichbare Produkte konkurrierender Telekommunikationsunternehmen vorgeht und somit bereits bis zu einer endgültigen Entscheidung in der Hauptsache für den vorliegenden Zusammenhang gleiche Wettbewerbsbedingungen auf dem Mobilfunkmarkt herstellt.

105

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

106

Die Festsetzung des Streitwerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 47 Abs. 1 Satz 1, § 53 Abs. 2 Nr. 2, § 52 Abs. 1 GKG. Sie folgt der Bestimmung des Streitwerts durch das Verwaltungsgericht, gegen die die Beteiligten keine Einwände erhoben haben.

107

Dieser Beschluss ist unanfechtbar.

 [Seite drucken](#)  [Seite speichern](#)

