

## NEWSLETTER MÄRZ 2019

TK-Recht	Mit allen Rechten und Pflichten: Bundesverwaltungsgericht zum Rechtsstatus von TK-Unternehmen mit mehrheitlich kommunaler Beteiligung.....	2
TK-Recht	Das Nebenkostenprivileg muss bleiben! .....	4
Datenschutz-Recht	Facebook-Seiten: Gemeinsame datenschutzrechtliche Verantwortung und die resultierenden Pflichten in der Praxis.....	7
Service	Termine .....	9

Sie erreichen uns gerne mit Anfragen, Kritik und Anregungen unter [newsletter@juconomy.de](mailto:newsletter@juconomy.de)

## Mit allen Rechten und Pflichten: Bundesverwaltungsgericht zum Rechtsstatus von TK-Unternehmen mit mehrheitlich kommunaler Beteiligung

Die Revisionsentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) vom 21.09.2018 zur Regulierungsverfügung der BNetzA betreffend TAL-Zugang und Schutz des Vectoring-Einsatzes enthält einige grundsätzliche Klarstellungen zum Rechtsstatus eines „gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens“, das sich, mehrheitlich von der öffentlichen Hand beherrscht, auf Telekommunikationsmärkten betätigt.

### Streitfrage und Prüfungsgegenstand

Anlässlich von verwaltungsgerichtlichen Verfahren stellten die Prozessvertreter der Telekom Deutschland GmbH (TDG) seit Jahren in Abrede, dass TK-Unternehmen mit kommunaler Beteiligung wie etwa die M-net Telekommunikations GmbH, NetCologne GmbH oder Stadtwerke GmbHs u.a. gegen Entscheidungen der Bundesnetzagentur überhaupt klageberechtigt wären. Verkürzt ausgedrückt lautete das Argument, dass „der Staat nicht gegen den Staat“ klagen dürfe. Die Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland an der Deutschen Telekom AG mit rund 1/3 der Anteile und damit als größter Mehrheitsaktionär wurde bei dieser Argumentation ausgeblendet bzw. aufgrund der „nicht-mehrheitlichen“ Beteiligung anders qualifiziert. Auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur zum Grundgesetz und zum Telekommunikationsrecht finden sich entsprechende Stimmen, die diese Auffassung unterstützen (*Mayen*, in Berliner Kommentar zum GG, Art. 87f Rn. 213; *Gersdorf*, AfP 1998, 470 u.a.).

Bei der Prüfung der Klagebefugnis für die Revisionen der Unternehmen M-net und NetCologne gegen die TAL-Regulierungsverfügung zur Nutzung von Vectoring hatte das BVerwG nun Gelegenheit, höchstrichterlich die Klageberechtigung dieser Unternehmen eindeutig zu bejahen.

### Wichtige Aussagen des BVerwG

Das BVerwG zeigt anhand von Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG auf, dass der Begriff der Privatwirtschaftlichkeit auf eine am Gewinnprinzip orientierte

Betätigung verweist. Solange die privatwirtschaftliche Entscheidungsaunomie und die Ausrichtung am Gewinnprinzip gewährleistet sind, können folglich auch öffentliche oder von der öffentlichen Hand beherrschte gemischt-wirtschaftliche Unternehmen andere private Anbieter im Sinne des Art. 87f Abs. 2 Satz1 GG sein

Nach den Entscheidungsgründen des Revisionsurteils findet die Annahme, dass der Verfassungsgeber für den Bereich der Telekommunikation eine vom allgemeinen Wirtschaftsverkehr abweichende Sonderregelung habe treffen wollen, die Unternehmen bei überwiegender Beteiligung der öffentlichen Hand vom Wettbewerb ausschließt, weder im Wortlaut des Art. 87f Abs. 2 Satz1 GG noch in den Gesetzesmaterialien eine Stütze. Der Verfassungsgeber habe auch nicht das Ziel verfolgt, über die Herstellung und Gewährleistung eines funktionsfähigen Wettbewerbs hinaus ein Teilnahmeverbot an diesem Wettbewerb für öffentliche Unternehmen aufzustellen.

Die Rolle der öffentlichen Unternehmen als „Marktöffner“ wird vielmehr besonders betont:

*„Denn der Marktzutritt finanzstarker Unternehmen der öffentlichen Hand kann dazu beitragen, den durch die Marktmacht der aus dem Sondervermögen Deutsche Bundespost hervorgegangenen ehemaligen Monopolunternehmen beschränkten Wettbewerb zu beleben. (...) Das Bundesverfassungsgericht ist denn auch in anderem Zusammenhang ohne weiteres davon ausgegangen, dass keine verfassungsrechtlichen Einwände gegen ein Engagement der Kommunen im Post- und Telekommunikationsmarkt bestehen.“*

Die Prüfung der Klagebefugnis der Revisionsurteile des BVerwG schließt damit ab, dass die Revisionsklägerinnen M-net und NetCologne offensichtlich den Anforderungen des in Art. 87f Abs. 2 GG verankerten Privatwirtschaftlichkeitsgebotes genügen.

## **Fazit**

Die Revisionsurteile des BVerwG, abrufbar im Volltext unter

<https://www.bverwg.de/de/210918U6C6.17.0> und  
<https://www.bverwg.de/de/210918U6C7.17.0>,

haben die Streitfrage höchstrichterlich beendet, ob öffentliche Unternehmen, die sich privatwirtschaftlich auf den Telekommunikationsmärkten betätigen, als „andere private Anbieter“ im Sinne von Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG zu qualifizieren sind. Dies ist ohne Einschränkungen der Fall. Für diese Unternehmen gilt bei ihrer Betätigung somit, dass sie keinen Sonderrechten, aber auch keinen Sonderpflichten unterliegen. Öffentlich-rechtliche Vorschriften, die für das Handeln der öffentlichen Hand gelten (Bsp.: Vergaberecht), gelten für diese privatwirtschaftlich tätigen Unternehmen im öffentlichen Mehrheitsbesitz somit nicht. Umgekehrt können sich diese Unternehmen aber auch nicht auf Rechtspositionen berufen, welche nur die öffentliche Hand befugt ausüben kann. Beispielsweise müssen diese Unternehmen ggf. Wegerechte beim Wegebausträger beantragen wie jedes andere Telekommunikationsunternehmen auch.

Weitere Informationen:  
RA Dr. Martin Geppert  
Tel.: +49 (211) 90 99 16-61  
E-Mail: [geppert@juconomy.de](mailto:geppert@juconomy.de)



## Das Nebenkostenprivileg muss bleiben!

Vermieter können die TV-Kabelanschlussentgelte über die Mietnebenkosten abrechnen. Dieses Nebenkostenprivileg sichert in Deutschland den sog. Gestattungswettbewerb zwischen den Netzbetreibern und hat zudem eine nicht zu vernachlässigende soziale Funktion. Es muss daher bleiben.

### Ausgangslage

Die mietrechtliche Umlagefähigkeit der laufenden monatlichen Entgelte für einen Breitbandanschluss im Rahmen der Betriebskostenabrechnung ist in § 2 Nr. 15b) der Betriebskostenverordnung geregelt.

§ 2 Nr. 15b) ist erst im Jahre 2012 dahingehend restauriert worden, dass die damals engere Begrifflichkeit („Breitbandkabelnetz“) technologie-neutraler durch den Begriff „Breitbandnetz“ ersetzt wurde. Das Nebenkostenprivileg erfasst also nicht nur die TV-Versorgung von Mietwohnungen über das klassische TV-Kabel, sondern bezieht auch andere Übertragungswege mit ein.

Die Regelung eröffnet dem Vermieter die Möglichkeit, mit einem Breitbandanschlussanbieter einen Gestattungsvertrag (auch Mehrnutzervertrag genannt) zu schließen, durch welche für alle vorhandenen Wohneinheiten die Breitbandanschlüsse im Wege des Sammelinkasso bezahlt und die Kosten pro Wohneinheit sodann an den einzelnen Mieter weiterbelastet werden. Dieses Verfahren bringt eine Reihe von Vorteilen mit sich: Der Breitbandanbieter spart erhebliche Verwaltungskosten und kann den einzelnen Anschluss daher günstiger anbieten; der Mieter kommt in den Genuss günstiger TV-Versorgung, ohne einen eigenen Vertrag schließen zu müssen.

Diese Sachlage ist der Telekom seit langem ein Dorn im Auge, weil sie in dem Nebenkostenprivileg einen historisch gewachsenen Vorteil der Kabelnetzbetreiber sieht, welche langjährige Gestattungsverträge mit der Wohnungswirtschaft unterhalten.

## **Nebenkostenprivileg abschaffen?**

Am 21.02.2019 haben die mit der Umsetzung des neuen europäischen TK-Kodex (EECC) befassten Ministerien (BMVI und BMWi) erste Eckpunkte für die Novellierung des TKG vorgelegt. Obwohl das Nebenkostenprivileg gar nicht Gegenstand des neuen EU-Rechtsrahmens ist und auch nie Gegenstand des TKG war, findet sich in diesem Papier der Vorschlag, die Streichung des § 2 Nr. 15b der Betriebskostenverordnung im Zuge der Gesetzesnovelle in Erwägung zu ziehen. Zur Begründung heißt es dort:

*„Die Umlagefähigkeit der laufenden monatlichen Grundgebühren für den Breitbandanschluss im Rahmen der Wohnnebenkosten gemäß § 2 Nr. 15b der Betriebskostenverordnung hemmt die Wahlfreiheit der Verbraucher und stellt – auch aus Sicht der Monopolkommission – einen Nachteil für den Wettbewerb dar. BMWi ist daher seit längerem mit dem fachlich zuständigen BMI im Gespräch über eine mögliche Streichung des § 2 Nr. 15b*

*Betriebskostenverordnung im Zuge der Gesetzesnovelle. Zudem muss in Umsetzung des Art. 105 sichergestellt werden, dass Verbraucher nicht durch vertragliche Hindernisse vom Anbieterwechsel oder einer Vertragsbeendigung abgehalten werden.“*

Diese Aussagen sind bedenklich.

Zum einen wird durch das Nebenkostenprivileg der Anbieterwechsel oder die Vertragsbeendigung nicht beeinträchtigt, da der Mieter mit dem jeweiligen TV-Anbieter keinen Vertrag unterhält. Der Mieter erhält – insoweit vertragslos – das TV-Signal bereitgestellt. Das Nebenkostenprivileg konfligiert daher nicht mit anderweitigen Rechtsgrundsätzen.

Zum anderen kann das Nebenkostenprivileg nicht pauschal mit einem Nachteil für den Wettbewerb gleichgesetzt werden. Richtig ist, dass sich durch das Nebenkostenprivileg der Anbieterwettbewerb vom Wettbewerb um Einzelnutzer auf den Wettbewerb um Mehrnutzerverträge verlagert, bei dem die Wohnungswirtschaft die Marktgegenseite darstellt. Richtig ist auch, dass Mehrnutzerverträge regelmäßige längere Vertragslaufzeiten aufweisen und daher das Wettbewerbsgeschehen auf dem Gestattungsmarkt weniger Dynamik aufweist. Gleichwohl dürfen die Effizienzgewinne, die mit Mehrnutzerverträgen einhergehen, nicht übersehen werden. Wer das Nebenkostenprivileg abschaffen will, muss auch den Gestattungswettbewerb abschaffen. Das würde insbesondere kleinere Netzbetreiber nachhaltig gefährden. Sie würden gleichsam im Kampf der (jedenfalls derzeit) noch verbliebenen zwei Regionalgesellschaften und der Telekom aufgerieben.

Das Mehr an Wahlfreiheit würde in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle durch eine erhebliche Kostensteigerung zum Nachteil der Mieter erkauft werden müssen. Während Einzelnutzerverträge zum Monatspreis von 20 € und mehr angeboten werden, kann sich der kalkulatorische Anschlusspreis bei Mehrnutzerverträgen auf bis zu 2,50 € reduzieren. Das Nebenkostenprivileg hat damit vor allem eine soziale Komponente, indem gerade in großen Wohnkomplexen der Wohnungswirtschaft, die zumeist von finanziell weniger vermögenden Mietern bewohnt werden, eine günstigere TV-Versorgung sichergestellt wird. Der Gesetzgeber muss sich hier fragen lassen, welches Gewicht er der abstrakten Wahlfreiheit gegenüber der konkreten Preisgünstigkeit einräumen möchte. Dabei sollte nicht aus den Augen verloren werden, dass die Mieter be-

reits üppig dotierte Rundfunkbeiträge zu entrichten haben und die Bereitschaft zu weiterer zusätzlicher Belastung für den TV-Anschluss auf Grenzen stößt. Der Wegfall des Nebenkostenprivilegs führt damit in erster Linie zu Effizienzverlusten. Überdies könnte ein Mieter, der partout einen anderen Anbieter wählen möchte, dies zusätzlich tun. Es kann daher nicht einmal die Rede davon sein, dass das Nebenkostenprivileg die Wahlfreiheit ausschliesse.

Und schließlich ließe sich das Nebenkostenprivileg ohnehin nicht von heute auf morgen abschließen. Damit würde der Gesetzgeber in laufende Mehrnutzerverträge eingreifen, was eine Reihe verfassungsrechtlicher Fragen aufwerfen würde.

## Fazit

Die Abwägung fällt damit deutlich zu Gunsten des Fortbestands des Nebenkostenprivilegs aus. Es sollte aufrechterhalten werden. Es ist daher zu hoffen, dass der hinter den ministeriellen Erwägungen stehende lobbyistische Einfluss der Telekom sich nicht durchsetzen wird.

Weitere Informationen:  
RA Dr. Jens Schulze zur Wiesche  
Tel.: +49 (211) 90 99 16-64  
E-Mail: [szw@juconomy.de](mailto:szw@juconomy.de)



## Facebook-Seiten: Gemeinsame datenschutzrechtliche Verantwortung und die resultierenden Pflichten in der Praxis

Der EuGH hat am 05.06.2018 entschieden, dass Facebook und die Unternehmen, die dort Inhalte bzw. Seiten einstellen (sog. „Fan-Seiten“), gemeinsam datenschutzrechtlich verantwortlich sind für den Betrieb dieser Seiten. Was sind die resultierenden Konsequenzen und Pflichten nach aktueller Praxis?

## Der EuGH hat entschieden

Der EuGH hat am 05.06.2018 (C-210/16) entschieden, dass der Betreiber einer Facebook-Seite (sog. Fanseite) gemeinsam mit Facebook datenschutzrechtlich für deren Betrieb verantwortlich ist. Obwohl diese Entscheidung noch zur "alten" Rechtslage unter der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG ergangen ist, lässt sie sich auf die Rechtslage unter der DS-GVO übertragen. Dies entspricht der Ansicht der deutschen Datenschutzaufsichtsbehörden.

## Resultierende Tätigkeit der Aufsichtsbehörden

Die deutschen Datenschutzaufsichtsbehörden verlangen auf der Grundlage des EuGH-Urteils und von Art. 26 DS-GVO insbesondere folgende Maßnahmen des Betreibers einer "Fanseite" bei Facebook:

- Abschluss einer Vereinbarung zur gemeinsamen Verantwortung mit Facebook. Insofern prüfen die Aufsichtsbehörden offenbar gerade, ob die aktuell von Facebook angebotene Ergänzung ("Insights Ergänzung") den Anforderungen genügt.
- Information über die Datenverarbeitung durch Facebook und den Betreiber der Fanseite durch den Betreiber der Fanseite nach Art. 12 ff. DS-GVO.
- Gemeinsame Verantwortlichkeit des Betreibers der Fanseite und von Facebook für mögliche Datenschutzverstöße.

Einzelne Aufsichtsbehörden haben sich mit Fragen an einzelne Unternehmen gewendet, um die Rechtslage und deren Einhaltung durch die Unternehmen näher zu prüfen.

## Was ist zu tun?

Es ist zu empfehlen, dass jedes Unternehmen, welches eine Facebook-Fanseite betreibt, den Mindestanforderungen nachkommt:

- Abschluss der gemeinsamen Vereinbarung mit Facebook zur gemeinsamen Verantwortung

- Erstellung eigener Datenschutzhinweise, die auf den Hinweisen von Facebook basieren und diese ggf. ergänzen

Es ist zudem nachvollziehbar, dass Unternehmen vorsorglich prüfen (müssen), ob die Datenverarbeitung durch Facebook rechtmäßig ist und welchen genauen Inhalt diese hat. Hierzu können wegen der gemeinsamen Verantwortlichkeit Auskunftersuchen und vertragliche Änderungswünsche an Facebook gerichtet werden. Offenbar geht es den deutschen Aufsichtsbehörden auch gerade darum, auf diese Weise über den indirekten Weg über die Betreiber der Fan-Seiten Druck auf Facebook auszuüben.

Auch wenn die Einflussmöglichkeiten der Unternehmen auf Facebook faktisch nicht existieren dürften, sollten formal zumindest die genannten "Mindestanforderungen" erfüllt werden. Welche möglichen weiteren Konsequenzen sich ergeben, muss dann weiterhin geprüft werden. Eine weitere Beobachtung der Rechtslage und der Tätigkeit der Aufsicht empfiehlt sich in jedem Falle.

## Fazit

Die Diskussion um den Datenschutz bei Facebook dürfte noch lange nicht abgeschlossen sein und sollte durch alle Unternehmen aufmerksam verfolgt werden, die bei Facebook Seiten bzw. Inhalte einstellen.

Weitere Informationen:  
RA Dr. Peter Schmitz  
Tel.: +49 (211) 90 99 16-62  
E-Mail: schmitz@juconomy.de



## Service

## Termine

---

19.03.2019	Beginn 5G-Frequenzauktion
Ort	BNetzA, Mainz
Internet	<a href="https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2019/2019025_Frequenzauktion.html;jsessionid=A">https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2019/2019025_Frequenzauktion.html;jsessionid=A</a>

---

[AE230B78AADE32F17480E8ED15CCA6A](#)

---

27.03.2019	FIBERDAYS19
Ort	RheinMain CongressCenter Wiesbaden
Internet	<a href="https://brekoverband.de/fiberdays19">https://brekoverband.de/fiberdays19</a>

---

## Impressum

JUCONOMY Rechtsanwälte  
Geppert Schmitz Schulze zur Wiesche  
Partnerschaft mbB (AG Essen PR 2918)  
Mörsenbroicher Weg 200, D-40470 Düsseldorf  
Tel: +49 (0)211-90 99 16-0  
Fax: +49 (0)211-90 99 16-99  
E-Mail: [kanzlei@juconomy.de](mailto:kanzlei@juconomy.de)  
URL: <http://www.juconomy.de>  
Ust-IDNr. DE 196413754

Die anwaltlichen Berufsträger von JUCONOMY Rechtsanwälte sind Mitglieder der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf. Sie sind durch den Präsidenten des Landgerichts Düsseldorf bzw. durch die Rechtsanwaltskammer Düsseldorf als Rechtsanwälte zur Ausübung des Rechtsanwaltsberufes in der Bundesrepublik Deutschland zugelassen. Sie unterliegen berufsrechtlichen Regelungen, deren Einhaltung von der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf überwacht wird. Zu den berufsrechtlichen Regelungen gehören u. a. die Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG), die Berufsordnung der Rechtsanwälte (BORA), die Berufsregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Gemeinschaft, das Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland (EuRAG) sowie die Fachanwaltsordnung (FAO), deren Texte u. a. auf der Homepage der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) abgerufen werden können.

Trotz gewissenhafter Bearbeitung aller Beiträge wird für deren Inhalt keine Haftung übernommen.