

Berlin, den 4. November 2016

**Stellungnahme des Digitale Gesellschaft e.V. zum Entwurf eines Dritten  
Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes  
(BT-Drs. 18/9951)**

*Anhörung im Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages,  
07. November 2016*

Der Digitale Gesellschaft e.V. begrüßt die Zielsetzung des vorliegenden Entwurfs, Vorschriften zur effektiven Durchsetzung der Bestimmungen der EU-Verordnungen 2015/2120 über den freien Zugang zum offenen Internet (TSM-VO) sowie 531/2012 über das Roaming (Roaming-VO) im Telekommunikationsgesetz (TKG) zu verankern.

Obwohl der Gesetzentwurf eine Reihe sinnvoller Regelungsansätze enthält, bedarf er aus unserer Sicht stellenweise gleichwohl der Änderung und Ergänzung, um zu gewährleisten, dass das gesetzgeberische Ziel tatsächlich erreicht wird. Kritisch beurteilen wir vor allem die vorgesehene Streichung des § 41a TKG sowie den zu geringen Umfang der in § 149 TKG neu zu schaffenden Ordnungswidrigkeitentatbestände.

**A. zu Artikel 1 Nr. 1 des Entwurfs**

Die in Artikel 1 Nr. 1 des Entwurfs vorgesehene Streichung des § 41a TKG halten wir für verfehlt. Die Verordnungsermächtigung sollte erhalten bleiben, um Fehlentwicklungen im Bereich der Netzneutralität nicht nur im Wege konkret-individueller Verfügungen, sondern bei Bedarf auch durch abstrakt-generelle Rechtsnormen schnell und gezielt entgegenwirken zu können.

### A.1. Zustimmungsbefähigung

Anders als der Bundesrat in seiner Stellungnahme (Anlage 2 zur BT-Drs. 18/9951) ausführt, macht die vorgesehene Streichung des § 41a TKG den vorliegenden Gesetzentwurf nach unserer Auffassung allerdings nicht zustimmungsbefähigt. Zwar ist es richtig, dass § 41a TKG mit dem Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Regelungen vom 3. Mai 2012 im Wege eines Zustimmungsgesetzes eingeführt wurde; dies bedeutet aber keineswegs, dass auch die Streichung der Norm zwingend zustimmungsbefähigt ist. Die Aufhebung des § 41a TKG wäre nur dann als Zustimmungsgesetz anzusehen, wenn entweder § 41a TKG als betroffene Einzelnorm zustimmungsbefähigt wäre, oder wenn der vorliegende Gesetzentwurf im Übrigen zustimmungsbefähigte Normen enthalten würde, welche wiederum den Entwurf insgesamt zustimmungsbefähigt machen. Beides ist, soweit ersichtlich, hier nicht gegeben.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass § 41a TKG seinerseits für den Erlass von Rechtsverordnungen die Zustimmung des Bundesrates vorschreibt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die Änderung einer Verordnungsermächtigung zwar dann zustimmungsbefähigt, wenn damit die Zustimmung des Bundesrates zum Erlass der Rechtsverordnung konstitutiv ausgeschlossen wird (vgl. BVerfG, 24.02.1970 - 2 BvL 12/69; 2 BvR 665/65; 2 BvR 26/66; 2 BvR 467/68 = BVerfGE 28, 66, 77 ff.). Auf diese Weise wird verhindert, dass den Ländern die Möglichkeit zur Mitwirkung beim Erlass einer Rechtsverordnung einseitig entzogen werden kann. Vorliegend geht es jedoch nicht um die spezifische Beseitigung dieser Mitwirkungsmöglichkeit, sondern um die Aufhebung der Verordnungsermächtigung insgesamt. Ohne die Verordnungsermächtigung könnte auch die Bundesregierung keine Rechtsverordnung mehr erlassen. Daher besteht bei einem kompletten Entfallen der Verordnungsermächtigung auch nicht mehr die Gefahr, dass die Länder beim Erlass der Rechtsverordnung übergangen werden könnten.

### A.2. Unionsrechtliche Kompatibilität und Verbraucherschutz

Entgegen der Auffassung der Bundesregierung (Anlage 3 zur BT-Drs. 18/9951) bewerten wir die Beibehaltung des § 41a TKG in unionsrechtlicher Hinsicht als unproblematisch. Darüber hinaus halten wir es aus Gründen des Verbraucherschutzes für sinnvoll und geboten, die Verordnungsermächtigung unangetastet zu lassen.

Sowohl die Regelungen der TSM-VO als auch die Leitlinien des Gremiums der Europäischen Regulierungsstellen für Telekommunikation (GEREK) sind in weiten Teilen abstrakt formuliert, enthalten häufig unbestimmte Rechtsbegriffe und sehen vielfach Einzelfallentscheidungen durch die nationalen Regulierungsbehörden vor. Gerade bei potenziell Streitbehafteten Punkten wie etwa Zero-Rating-Angeboten oder Spezialdiensten bleiben die Leitlinien bemerkenswert inkonkret. Hinzu kommt, dass die nationalen Regulierungsbehörden gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1211/2009 (GEREK-VO) den GEREK-Leitlinien lediglich „weitestgehend Rechnung tragen“ müssen, jedoch keineswegs streng daran gebunden sind.

Die Leitlinien schaffen zudem kein neues Recht und können daher weder Verbraucherinnen und Verbrauchern konkrete Rechtspositionen einräumen, noch den Telekommunikationsunternehmen Verpflichtungen auferlegen, die nicht bereits in der TSM-VO angelegt sind. Daher ist durchaus vorstellbar, dass einzelne Telekommunikationsanbieter beispielsweise Zero-Rating-Dienste betreiben, die nicht im Einklang mit den Vorgaben der Leitlinien stehen. Um dies zu unterbinden, müsste die jeweilige mitgliedstaatliche Regulierungsbehörde zunächst von ihren Aufsichtsbefugnissen Gebrauch machen, wogegen der Anbieter dann mit Rechtsmitteln vorgehen kann. Die Entscheidung über diese Rechtsmittel wiederum obliegt den Gerichten des Mitgliedstaates (vgl. Art. 4 der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie)).

Daraus folgt zunächst, dass die Regelungen zur Netzneutralität – anders als die Bundesregierung meint – keineswegs vollständig unionsrechtlich harmonisiert worden sind. Wichtige Fragen, etwa die Zulässigkeit unterschiedlicher Varianten des Zero-Rating, werden durch die TSM-VO nicht mit der gebotenen Klarheit und durch die GEREK-Leitlinien zudem auch nicht bindend beantwortet. Es bleibt daher sehr wohl Raum für konkretisierende materiell-rechtliche Bestimmungen auf mitgliedstaatlicher Ebene.

Vor diesem Hintergrund würde eine auf § 41a TKG gestützte Rechtsverordnung im Übrigen auch nicht dem Harmonisierungsziel der TSM-VO zuwiderlaufen. Gerade weil die Vorgaben der TSM-VO und der GEREK-Leitlinien viele Fragen offen lassen und/oder einer Einzelfallentscheidung durch die nationalen Regulierungsbehörden überantworten, ist eine einheitliche europäische Vollzugspraxis durch diese Bestimmungen ohnehin weder vorgezeichnet noch gewährleistet.

## **B. zu Artikel 1 Nr. 6 lit. b) des Entwurfs**

Im Hinblick auf die vorgesehene Ergänzung der Ordnungswidrigkeitentatbestände um einen § 149 Abs. 1b TKG greift der Entwurf nach unserer Auffassung deutlich zu kurz. Es fehlen Sanktionen für Verstöße gegen wichtige verbraucherschützende Vorschriften der TSM-VO.

### B.1. Sanktion für Verstöße gegen Art. 3 Abs. 2 TSM-VO

Wie auch der Bundesrat befürwortet, wir die Aufnahme einer Sanktion für Verstöße gegen Art. 3 Abs. 2 TSM-VO. Danach dürfen Vereinbarungen zwischen Internetzugangsanbietern 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 Art. 3 Abs. 1 TSM-VO nicht einschränken. Von dieser Vorschrift wird – auch nach Ansicht von GEREK (vgl. Nr. 40 ff. der Leitlinien) – das sogenannte Zero-Rating als eine Geschäftspraxis der Anbieter von Internetzugangsdiensten erfasst. Beim Zero-Rating wird der durch die Nutzung bestimmter Dienste oder Anwendungen verursachte Datenverkehr nicht auf das von den Endnutzern gebuchte Inklusivvolumen angerechnet.

Wie auch in den GEREK-Leitlinien angemerkt (vgl. Nr. 40 ff.), sind verschiedene Varianten des Zero-Rating denkbar, die sich unterschiedlich stark auf die Endnutzerrechte aus Art. 3 Abs. 1 TSM-VO auswirken. Während einige Gestaltungen eindeutig gegen die TSM-VO verstoßen und andere eindeutig zulässig wären, gibt es darüber hinaus auch einen großen Graubereich, in dem eine zweifelsfreie Zuordnung schwierig ist.

Entgegen der Ansicht der Bundesregierung halten wir es jedoch nicht für ausreichend, Verstöße gegen Art. 3 Abs. 2 TSM-VO lediglich über den vorgesehenen § 149 Abs. 1b Nr. 3 TKG zu sanktionieren. Über diese Norm ist die Verhängung eines Bußgeldes erst dann möglich, wenn die Bundesnetzagentur zunächst eine vollziehbare Anordnung erlassen hat und der Anbieter sodann gegen diese Anordnung verstößt. Eine solche Rechtslage bedeutet aus Sicht der Internetzugangsanbieter, dass sie verbraucherunfreundliche und sogar eindeutig gegen die TSM-VO verstoßende Zero-Rating-Dienste auf den Markt bringen können, ohne die Gefahr einzugehen, dafür unmittelbar sanktioniert zu werden. Würden Verstöße gegen Art. 3 Abs. 2 TSM-VO hingegen in den Stand einer eigenständigen Ordnungswidrigkeit erhoben, so würde dies die Zugangsanbieter motivieren, ihre Produkte möglichst verbraucherfreundlich zu

gestalten und auf problematische Varianten des Zero-Rating im Zweifel zu verzichten. Damit wäre ein präventiver Beitrag zum Verbraucherschutz geleistet.

### B.2. Sanktion für Verstöße gegen Art. 4 Abs. 2 TSM-VO

Im vorliegenden Gesetzentwurf fehlt zudem eine Sanktion für Verstöße gegen Art. 4 Abs. 2 TSM-VO. Danach richten die Anbieter von Internetzugangsdiensten transparente, einfache und effiziente Verfahren zum Umgang mit Beschwerden von Endnutzern im Zusammenhang mit Rechten und Pflichten aus Art. 3 und Art. 4 Abs. 1 TSM-VO ein.

Art. 4 Abs. 2 TSM-VO postuliert eine essenzielle Voraussetzung dafür, dass Verbraucherinnen und Verbraucher ihre nach der TSM-VO verbrieften Rechte effizient wahrnehmen können. Ein Verstoß gegen diese Vorschrift bedeutet demnach eine spürbare Verschlechterung ihrer Rechtsstellung im Verhältnis zu den Zugangsanbietern. Das Bedürfnis, Verstöße gegen Art. 4 Abs. 2 TSM-VO zu sanktionieren, liegt unserer Ansicht nach daher auf der Hand.

### **C. zu Artikel 1 Nr. 6 lit c) des Entwurfs**

Im Hinblick auf den Bußgeldrahmen halten wir es für angemessen, die unter B.1. angeregte Ergänzung in die Aufzählung in § 149 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 TKG aufzunehmen. Damit können für Verstöße Bußgelder bis zu 500.000,- € verhängt werden. Der Bußgeldrahmen erscheint nicht zuletzt deshalb gerechtfertigt, weil mit Verstößen gegen Art. 3 Abs. 2 TSM-VO stets ein Eingriff in die Endnutzerrechte aus Art. 3 Abs. 1 TSM-VO verbunden ist. Die Endnutzerrechte wiederum sind wesentlicher Bestandteil der Netzneutralitätsgarantie und bedürfen deshalb eines besonderen Schutzes. Zudem wird durch den Bußgeldrahmen auch der nötige Druck auf die Anbieter von Internetzugangsdiensten erzeugt, ihre Produkte möglichst verbraucherfreundlich zu gestalten.

Die unter B.2. angeregte Ergänzung sollte nach unserer Auffassung in die Aufzählung in § 149 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 TKG aufgenommen werden. Verstöße können dann mit einem Bußgeld bis zu 100.000,- € geahndet werden. Dies halten wir insofern für ausreichend, als dass Art. 4 Abs. 2 TSM-VO eine flankierende Regelung zum Zwecke des Verbraucherschutzes darstellt.

Eine Erweiterung des Bußgeldrahmens halten wir mit Blick auf den bestehenden § 149 Abs. 2 S. 2, 3 TKG nicht für zwingend geboten.