

ANGA

Verband Deutscher Kabelnetzbetreiber e.V.

bitkom**BREKO**
BUNDESVERBAND
BREITBANDKOMMUNIKATION**vatm**
Wettbewerb verbindet

Gemeinsame Position zum Entwurf eines dritten Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes

Das Bundeskabinett hat am 3. August 2016 einen Entwurf für ein TKG-Änderungsgesetz (TKG-RegE) beschlossen, mit dem im Wesentlichen die Vorgaben der EU aus der Verordnung (EU) 2015/2120 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 (Verordnung (EU) 2015/2120) zur Netzneutralität und zum Roaming umgesetzt werden sollen. Die Gelegenheit zur Stellungnahme zu diesem Gesetzgebungsvorhaben nehmen die Verbände ANGA, Bitkom, BREKO, BUGLAS und VATM im Folgenden gerne wahr:

Nach intensiven Diskussionen hat der europäische Verordnungsgeber umfangreiche und detaillierte Vorgaben zur Netzneutralität gemacht und Internetzugangsdienste umfangreich gesetzlich abgesichert. Die am 27. September 2015 vom EU Parlament angenommene TSM-Verordnung ((EU) 2015/2120) enthält umfassende Maßgaben zur Gewährleistung des offenen Internets und zur Ermöglichung von Spezialdiensten. Die EU-Verordnung hat laut Art. 288 AEUV allgemeine Gültigkeit, d. h. sie ist in allen ihren Teilen verbindlich und ihre Regelungen gelten direkt in jedem Mitgliedstaat. Sie ist damit auch in Deutschland unmittelbar geltendes Recht und geht, wegen des Grundsatzes des Vorrangs des Unionsrechts, allen nationalen Vorschriften vor¹. Nationales Recht kann, im durch die Verordnung abschließend harmonisierten Bereich, nicht zur Anwendung kommen, da die besagte Verordnung abschließende Regelungen zur „Netzneutralität“ enthält. Damit ist die Netzneutralität in Europa – auch im internationalen Vergleich – umfangreich sichergestellt. Es wurde eine europaweit einheitliche Regelung verabschiedet, welche dem globalen und grenzüberschreitenden Charakter des Internet gerecht wird. Weitergehende oder detailliertere Vorgaben auf Basis eines Bundesgesetzes oder im Landesrecht (u.a. Staatsvertrag der Länder) dürften

¹ Selbst vor Veröffentlichung im Amtsblatt und Inkrafttreten eines EU-Rechtsaktes sind die Mitgliedstaaten aufgrund der unionsrechtlichen Stillhalteverpflichtung daran gehindert, eigene, jedenfalls abweichende oder sogar widersprechende Regelungen zu erlassen.

daher wegen Verstoßes gegen das Recht der Europäischen Union unzulässig sein. Die vorgeschlagene Streichung von § 41a TKG begrüßen wir daher ausdrücklich.

Zudem unterliegen alle Aspekte der „Netzneutralität“ als originäre Themen des Telekommunikationswesens gemäß Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes und dürfen daher nicht durch die Länder geregelt werden. Fragen der „Netzneutralität“ betreffen die technischen Vorgänge der Übermittlung im Rahmen der Telekommunikation. So stellte das BVerfG bereits im 1. Rundfunkurteil (E 12, 205) fest, dass die gesamte Organisation der technischen Rahmenbedingungen der Übermittlung dem (ehemaligen) Begriff des „Fernmeldewesens“ zuzuordnen war. Der Begriff der „Telekommunikation“ in Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG wird heute weiterhin in Anlehnung an die Definition seines verfassungsterminologischen Vorläufers, des Fernmeldewesens, bestimmt, sodass das dieser Entscheidung zugrundeliegende Grundverständnis bis heute aktuell ist. Dies bestätigt eindeutig auch die jüngste Rechtsprechung des BVerfG, etwa in dem Urteil zur Vorratsdatenspeicherung (BVerfGE 125, 260 (314)).

In Anbetracht der (rechtlichen und technischen) Rahmenbedingungen der Datenübertragung „im Internet“ wird die Annahme einer umfassenden Bundeskompetenz jedoch noch verstärkt: Waren unter der damals geltenden, für die Entscheidung des BVerfG relevanten Rechtslage bestimmte terrestrische Frequenzen dem Rundfunk gewidmet, sind Kapazitäten der Datenübertragung im Internet heute nicht dediziert, auch nicht mit Blick auf eine Verbreitung von Rundfunk (im verfassungsrechtlichen Sinne). Hinsichtlich dieser neuen Sachlage stellt sich die Frage der Möglichkeit einer (auch nur begrenzten) Kompetenz der Länder in diesem Sachbereich daher nicht. Festzuhalten ist mithin: Fragen der Datenübertragung im Internet gehören damit zum Recht der Telekommunikation und unterfallen in Deutschland, sofern sie einer gesetzlichen Normierung zugänglich sind, der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Deren Regulierung auf Landesebene verstieße daher gegen die kompetenziellen Vorgaben der Verfassung.

Vor diesem Hintergrund ergeben sich aus Sicht der unterzeichnenden Verbände folgende Änderungsbedarfe am Entwurf des TKG-Änderungsgesetzes:

1. § 126 Abs. 1 TKG sollte nicht neu gefasst werden

Begründung: Die Einbeziehung der Verordnung (EU) 2015/2120 in den Anwendungsbereich des § 126 TKG ist nicht erforderlich, da die Aufsicht und Durchsetzung bereits in Art. 5 Verordnung (EU) 2015/2120 selbst (vorrangig) geregelt ist, die als unmittelbares Recht in

Deutschland gilt. Dies greift das vorliegende Änderungsgesetz auch in der Vorschrift des § 149 1b (neu) Ziff. 3 auf, indem es eine Zuwiderhandlung mit einem Bußgeld sanktioniert.

2. In § 149 Abs. 1a Ziff. 2 TKG-RegE sollte der Passus „oder nicht unverzüglich“ gestrichen werden.

Begründung: Art. 5 Absatz 1 Satz 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 sieht keine „unverzügliche“ Vorlage des Vertragsvorschlags vor. Aus unserer Sicht ist kein Grund ersichtlich, aus dem die Vorgaben über die EU-Verordnung hinaus weiter verschärft werden sollten. Auch die Gesetzesbegründung enthält diesbezüglich keinen Hinweis. Insofern sollte auf die Verschärfung verzichtet werden.

3. Die Ziffern 7, 9, 10 und 11 in § 149 Abs. 1a TKG-RegE sollten gestrichen werden.

Begründung: Verstöße gegen die in den aufgeführten Ziffern benannten Vorgaben der Roaming-Verordnung sollen jetzt bußgeldbewährt sein. Diese Vorschriften sind jedoch nicht erst durch die Verordnung (EU) 2015/2120 in die Roaming-Verordnung eingeflossen, sondern bestanden bereits davor. Aus unserer Sicht ist das Verwaltungsvollstreckungsrecht ausreichend, um die Durchsetzung der entsprechenden Pflichten zu gewährleisten. Eine Bußgeldbewährung erscheint hier zu hoch gegriffen.

4. Paragraph 149 Abs. 1a Nr. 12 TKG-E sollte gestrichen werden.

Begründung: Paragraph 149 Abs. 1a Nr. 12 TKG-E begründet die Besorgnis **mangelnder Bestimmtheit**.

Ordnungswidrig handelt demnach, wer vorsätzlich oder fahrlässig „entgegen Art. 16 Abs. 4 Satz 2 EU-VO 2012/531 eine Information nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig übermittelt.“

Der in Bezug genommene Art. 16 Abs. 4 Satz 2 Verordnung (EU) 2015/2120 normiert Pflichten von Unternehmen im folgenden Wortlaut: „Diese Unternehmen übermitteln diese Informationen auf Anfrage umgehend sowie nach dem Zeitplan und in dem Detaillierungsgrad, die von der nationalen Regulierungsbehörde verlangt werden.“

Im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz sind grundsätzlich solche Sanktionsnormen problematisch, in denen ergänzend auf andere Rechtsakte verwiesen wird - hier ein Verlangen der Bundesnetzagentur, welches regelmäßig einen Verwaltungsakt darstellt. Problematisch ist in diesem Zusammenhang, dass auch rechtswidrige Verwaltungsakte bestandskräftig werden können. Verstöße gegen rechtswidrige Verwaltungsakte könnten somit eine staatliche Sanktion nach sich ziehen. Unter welchen Voraussetzungen ein Verlangen der BNetzA rechtmäßig sein soll, ergibt sich aus dem durch die Bezugnahme in § 149 Abs. 1a Nr. 12 TKG-RegE zum Ordnungswidrigkeitentatbestand gehörenden Art. 16 Abs. 4 Satz 2 EU-VO 2012/531 jedoch nicht. Hinsichtlich des Zeitplans und des Detaillierungsgrads der zu übermittelnden Informationen gewährt die Norm der BNetzA jegliche Freiheit.

Die daraus resultierenden Unsicherheiten für die Adressaten der Sanktionsnorm gewährleisten gerade nicht, dass sie ihr Verhalten eigenverantwortlich auf die rechtliche Verbotslage ausrichten können und keine unvorhersehbaren staatlichen Reaktionen befürchten müssen. Dies ist aber erforderlich um dem im Recht der Ordnungswidrigkeiten geltenden Bestimmtheitsgebot im engeren Sinne zu genügen.

5. § 149 Absatz 1b Ziff. 1 RegE ist wie folgt zu ergänzen „*entgegen Artikel 3 Abs. 3 Unterabsatz 3 erster Halbsatz eine dort genannte Verkehrsmanagementmaßnahme bei der Erbringung von Internetzugangsdiensten ungerechtfertigt anwendet,*“.

Begründung: Diese Ergänzung dient der Klarstellung. In Artikel 3. Absatz 3 Unterabsatz 1 Satz 1 der Verordnung (EU) 2015/2120 ist ausdrücklich geregelt, dass hier Vorgaben für Anbieter von Internetzugangsdiensten bei der Erbringung von Internetzugangsdiensten gemacht werden. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist es erforderlich, klarzustellen, dass sich auch die Regelung zu Verkehrsmanagementmaßnahmen in Unterabsatz 3 auf den Sachverhalt des Erbringens von Internetzugangsdiensten beziehen. Die Ergänzung ist auch im Rahmen von Art. 3 Abs. 3 UA 3 Verordnung (EU) 2015/2120 zwingend mitzulesen.

6. Paragraph 149 Abs. 1b Nr. 3 TKG-E sollte neu gefasst werden.

Begründung: Auch in § 149 Abs. 1b Nr. 3 TKG-RegE ist der **Bestimmtheitsgrundsatz** nicht gewahrt.

Der in Bezug genommene Art. 5 Abs. 1 Unterabsatz 1 Satz 2 Verordnung (EU) 2015/2120 ermächtigt die BNetzA als nationale Regulierungsbehörde dazu, „Anforderungen an technische Merkmale, Mindestanforderungen an die Dienstqualität und sonstige geeignete und erforderliche Maßnahmen für einen oder mehrere Anbieter öffentlicher elektronischer Kommunikation, einschließlich der Anbieter von Internetzugangsdiensten, vorzuschreiben“.

Auch hier handelt es sich um eine Ermächtigungsgrundlage zum Erlass von Verwaltungsakten, welche bei einem Verstoß unabhängig der Rechtmäßigkeit sanktionsbewährt werden. Aufgrund des weiten (dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 Unterabsatz 1 Satz 2 Verordnung (EU) 2015/2120 nach unbegrenzten - „soweit er den Fortschritt der Technik widerspiegelt“) Spielraums, der der BNetzA hinsichtlich der Anforderungen an technische Merkmale und Mindestanforderungen an die Dienstqualität eingeräumt wird, ist aus Sicht der Telekommunikationsunternehmen überhaupt nicht absehbar, welche Mindestqualitätsvorgaben zu erwarten sind. Hinsichtlich der Ermächtigung, „sonstige geeignete und erforderliche Maßnahmen“ vorschreiben zu dürfen, ist fehlende Bestimmtheit in Höchstmaße festzustellen.

Daher sollten die Anforderungen der Bundesnetzagentur vor der Sanktionsbewährung in einer technischen Richtlinie festgelegt werden, um den Verpflichteten eine ausreichende Klarheit über die Anforderungen zu verschaffen.

Aus diesem Grunde schlagen wir folgende Formulierung vor:

- § 45n Abs. 7 (neu): „Die Bundesnetzagentur wird ermächtigt Anforderungen an technische Merkmale, Mindestanforderungen an die Dienstqualität und sonstige geeignete und erforderliche Maßnahmen gemäß Art. 5 Abs. 1 Unterabsatz 1 Satz 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 für einen oder mehrere Anbieter öffentlicher elektronischer Kommunikation, einschließlich der Anbieter von Internetzugangsdiensten, in einer Technischen Richtlinie vorzuschreiben. Bevor die Mindestanforderungen festgelegt werden, sind die Gründe für ein Tätigwerden, die geplanten Anforderungen und die vorgeschlagene Vorgehensweise zusammenfassend darzustellen; diese Darstellung ist der Kommission und dem GEREK, sowie der Telekommunikationsbranche rechtzeitig vor Veröffentlichung zur Stellungnahme zu übermitteln und vor Veröffentlichung der Technischen Richtlinie das Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie herzustellen.“
- § 45n Abs. 7 wird Abs. 8
- § 149 Abs. 1b Nr. 3: „einer vollziehbaren Anordnung nach Artikel 5 Absatz 1 Unterabsatz 1 Satz 2 zuwiderhandelt, sofern der Verstoß entgegen der Vorgaben der Bundesnetzagentur in der Technischen Richtlinie gem. § 45n Abs. 7 (neu) erfolgt, oder“

7. Paragraph 149 Abs. 1b Nr. 4 TKG-E sollte gestrichen werden.

Begründung: Auch hier bezweifeln wir, ob eine Bußgeldbewährung im Hinblick auf den nicht vorgegebenen Zeitrahmen dem Bestimmtheitsgebot genügt. Zeitplan und Detaillierungsgrad der zu übermittelnden Informationen sind gänzlich in das Belieben der BNetzA als nationaler Regulierungsbehörde gestellt.

Berlin, 8. September 2016

*ANGA Verband Deutscher Kabelnetzbetreiber e. V., Reinhardtstraße 14, 10117 Berlin
Tel.: 030 / 2404 7739-0, Fax: 030 / 2404 7739-9, E-Mail: info@anga.de*

*Bitkom Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e. V., Albrechtstraße 10, 10117 Berlin
Tel.: 030 / 27576-224, Fax: 030 / 27576-400, E-Mail: bitkom@bitkom.org*

*BREKO Bundesverband Breitbandkommunikation e. V., Invalidenstraße 91, 10115 Berlin
Tel.: 030 / 58580-415, Fax: 030 / 58580-412, E-Mail: breko@brekoverband.de*

*BUGLAS Bundesverband Glasfaseranschluss e. V., Bahnhofstraße 11, 51143 Köln
Tel.: 02203 / 20210-0, Fax: 02203 / 20210-88, E-Mail: info@buglas.de*

*VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e. V.,
Neustädtische Kirchstraße 8, 10117 Berlin
Tel.: 030 / 505615-38, Fax: 030 / 505615-39, E-Mail: vatm@vatm.de*