

**Prof. Dr. Thomas Fetzer, LL.M. (Vanderbilt)**

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Regulierungsrecht und Steuerrecht  
Universität Mannheim  
Direktor des Mannheim Centre for Competition and Innovation (MaCCI)

## **Stellungnahme**

### **zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes**

BT-Drs. 18/9951

#### **I. Gegenstand der Stellungnahme**

Der Bundesrat hat in seiner 948. Sitzung am 23. September 2016 eine Stellungnahme gemäß Art. 76 Abs. 2 GG beschlossen, die u.a. verfassungs- und europarechtliche Fragen aufwirft, zu denen ich in der Folge Stellung nehme.

#### **II. Zustimmungsbefähigung des Dritten Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes**

Unter 1. seiner Stellungnahme führt der Bundesrat aus, es handle sich beim Dritten Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes um ein zustimmungsbefähigtes Gesetz und nicht – wie von der Bundesregierung angenommen – um ein bloßes Einspruchsgesetz.

Entgegen der Auffassung des Bundesrates sehe ich die Voraussetzungen für eine Zustimmungsbefähigung des Gesetzes nicht als erfüllt an. Gesetze sind nur zustimmungsbefähigt, wenn die Zustimmungsbefähigung ausdrücklich im Grundgesetz angeordnet wird (ständige Rspr. vgl. BVerfGE 126, 77 (100) m.w.N.). Die Regelungen des Grundgesetzes sind insoweit abschließend. Die allgemeine Gesetzgebungskompetenz für Telekommunikation findet sich in Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG, der eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für Telekommunikation dem Bund zuweist. Eine Zustimmungsbefähigung sieht das Grundgesetz in diesem allgemeinen telekommunikationsrechtlichen Kompetenzbereich nicht vor. Vielmehr wollte der Verfassungsgesetzgeber hier nur eine Einspruchsmöglichkeit der Länder schaffen. Vorliegend kommt allenfalls eine Zustimmungsbefähigung nach Art. 87f Abs. 1 GG in Betracht. Die dort dem Bund eingeräumte besondere telekommunikationsrechtliche Gesetzgebungskompetenz bezieht sich auf solche Regelungen, mit denen der Bund eine flächendeckend angemessene und ausreichende Versorgung mit Telekommunikation gewährleistet. Im Telekommunikationsgesetz ist der Bund dieser Gewährleistungsverantwortung durch die Schaffung der Vorschriften über den Universaldienst in den §§ 78 ff. TKG nachgekommen. Die nach Art. 87f Abs. 1 GG statuierte Zustimmungsbefähigung

keit bezieht sich auf diesen besonderen Regelungsbereich telekommunikationsrechtlicher Gesetzgebung.

Die verfassungsrechtliche Grundentscheidung des Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG würde unterlaufen, wenn die in Art. 87f Abs. 1 normierte Zustimmungsbedürftigkeit über den dort geregelten besonderen Bereich des Universaldienstes hinaus allgemein auf telekommunikationsrechtliche Bundesgesetze ausgedehnt würde. Da das Dritte Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes nicht den Regelungsgegenstand des Art. 87f Abs. 1 GG betrifft, richtet sich die Gesetzgebungskompetenz für das Dritte Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG, der keine Zustimmungspflicht des Bundesrates vorsieht.

Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht deshalb, weil durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes ein Gesetz geändert werden soll, das seinerzeit mit Zustimmung des Bundesrates ergangen ist. Die Änderung eines zustimmungsbedürftigen Gesetzes bedarf nur der Zustimmung des Bundesrates, wenn durch das Änderungsgesetz Normen geändert werden sollen, die die Zustimmungsbedürftigkeit des zu ändernden Gesetzes ausgelöst haben (BVerfGE 37, 363). Durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes soll § 41a TKG aufgehoben werden. Bei § 41a TKG ist nicht ersichtlich, dass die Norm nach Art. 87f Abs. 1 GG zustimmungsbedürftig war, so dass auch ihre Aufhebung nicht zustimmungsbedürftig ist.

Schließlich ergibt sich die Zustimmungsbedürftigkeit des Dritten Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes auch nicht daraus, dass § 41a Abs. 1 TKG eine Verordnungsermächtigung für die Bundesregierung regelt, die ein Zustimmungserfordernis des Bundesrates enthält. Gegen ein hieraus folgendes Zustimmungserfordernis des Bundesrates bei der Aufhebung von § 41a TKG sprechen zwei Gesichtspunkte:

Erstens ist für die Frage der Zustimmungsbedürftigkeit eines Gesetzes allein das Grundgesetz maßgeblich. Entscheidend dafür, ob eine Verordnungsermächtigung, die eine Zustimmungsbedürftigkeit durch den Bundesrat statuiert, ohne Zustimmung des Bundesrates aufgehoben werden kann, ist daher allein, ob § 41a Abs. 1 TKG als Verordnungsermächtigungsnorm nach dem Grundgesetz zustimmungsbedürftig gewesen ist. Dies ist wie bereits erwähnt nicht ersichtlich, so dass auch ihre Aufhebung nicht zustimmungsbedürftig ist, selbst wenn damit ein Zustimmungserfordernis des Bundesrates zu einer Rechtsverordnung der Bundesregierung entfällt.

Selbst wenn man dies anders sehen wollte, spricht zweitens gegen eine Zustimmungsbedürftigkeit der Aufhebung von § 41a Abs. 1 TKG, dass mit der Aufhebung letztlich keine Kompetenzverschiebung zwischen Bund und Ländern bewirkt wird, die eine Zustimmungsbedürftigkeit der Aufhebung erforderlich machen könnte. Durch Art. 3 Verordnung (EU) 2015/2120 hat die Europäische Union abschließende Regelungen zur Netzneutralität getroffen, soweit

es um die diskriminierungsfreie Datenübermittlung und den diskriminierungsfreien Zugang zu Inhalten und Anwendungen geht. Die Bundesregierung könnte daher zwar formal eine Rechtsverordnung auf Grundlage von § 41a Abs. 1 TKG erlassen, der allerdings aufgrund der unmittelbar geltenden Verordnungsregelungen letztlich kein Anwendungsbereich verbliebe. Der Anwendungsvorrang der europarechtlichen Verordnungsregelungen bezieht sich zwar grundsätzlich nur auf tatsächlich oder zumindest potenziell grenzüberschreitende Sachverhalte. Da allerdings Regelungen zur Netzneutralität im Internet, das inhärent grenzüberschreitend ist, potenziell stets eine grenzüberschreitende Implikation haben, ist auch der Anwendungsvorrang von Art. 3 Verordnung (EU) 2015/2120 umfassend. § 41a Abs. 1 TKG hat insofern durch die europäische Verordnung zur Netzneutralität praktisch seinen Anwendungsbereich verloren. Durch seine Aufhebung wird keine Kompetenzverschiebung zwischen Bund und Ländern bewirkt. Vielmehr kann die Bundesregierung die Regelungsbefugnis des § 41a Abs. 1 TKG aufgrund der europarechtlichen Normen ohnehin nicht mehr effektiv ausüben, so dass auch das Zustimmungserfordernis des § 41a Abs. 1 TKG insofern faktisch obsolet ist.

Im Ergebnis sprechen damit die besseren Argumente gegen eine Zustimmungsbedürftigkeit des Dritten Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes.

### **III. Beibehaltung von § 41a TKG zur Sicherstellung der Einbeziehung von den Ländern zugewiesenen Rundfunk- und Medienvielfaltsbelangen**

Unter 2. seiner Stellungnahme führt der Bundesrat aus, § 41a TKG sei beizubehalten, um die verfassungsrechtlich den Ländern zugewiesene Wahrnehmung der Belange der Rundfunk- und Medienvielfalt zu ermöglichen.

Wie unter II. ausgeführt könnte nach Inkrafttreten der Verordnung (EU) 2015/2120 eine Rechtsverordnung auf Grundlage von § 41a Abs. 1 TKG zwar rechtstechnisch erlassen werden, sie wäre jedoch aufgrund des Anwendungsvorrangs des Europarechts insoweit umfassend nicht anwendbar. § 41a Abs. 1 TKG gewährt den Ländern damit nach Inkrafttreten der europäischen Verordnung keine effektive Möglichkeit mehr, Belange von Rundfunk- und Medienvielfalt wahrzunehmen. Seine Aufhebung verändert damit die Rechtsposition der Länder nicht. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass § 41a Abs. 1 TKG ohnehin nur ein Zustimmungserfordernis der Länder zu einer Rechtsverordnung der Bundesregierung regelt. Eine eigenständige Möglichkeit der Länder zur Wahrnehmung der Belange der Rundfunk- und Medienvielfalt hat § 41a Abs. 1 TKG auch vor Inkrafttreten der europäischen Verordnung nicht geboten.

### **IV. Einfügung eines Benehmenserfordernisses in § 116 TKG**

Unter 5. seiner Stellungnahme schlägt der Bundesrat die Einfügung eines Benehmenserfordernisses in § 116 TKG vor, wonach die Bundesnetzagentur bei Wahrnehmung von Aufgaben nach Art. 5 Verordnung (EU) 2015/2120 ein Benehmen mit der nach dem jeweiligen Landes-

recht zuständigen Stelle herzustellen hat, sofern Belange des Rundfunks und vergleichbarer Telemedien nach § 2 Abs. 6 S. 1 TKG betroffen sind.

Grundsätzlich kommt den Ländern ein Verfassungsauftrag zur Vielfaltssicherung zu. Dieser Verfassungsauftrag wurde vom Bundesverfassungsgericht für den Bereich des klassischen Rundfunks entwickelt (vgl. BVerfGE 136, 1 (29)). Das Internet entwickelt sich aber zunehmend zu einem Medium und Faktor der individuellen und kollektiven Meinungsbildung, was eine Ausweitung des klassischen Vielfaltssicherungsauftrags der Länder auch auf allgemein zugängliche Inhaltsangebote im Internet nahelegt (ausführlich dazu sowie zu den folgenden Ausführungen *Fetzer*, Effektive Vielfaltssicherung im Internet, Gutachten im Auftrag der Staatskanzlei Nordrhein-Westfalen, S. 9 ff., abrufbar unter <https://mbem.nrw/de/effektive-vielfaltssicherung-im-internet-netzneutralitaet>). Zwar ist nicht abschließend geklärt, ob und wenn ja inwieweit Netzneutralität bzw. Abweichungen hiervon tatsächlich negative Auswirkungen auf die Vielfalt im Internet haben. Da solche negativen Auswirkungen für die inhaltliche Vielfalt jedoch auch nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden können, können Regelungen zur Netzneutralität und deren Anwendung durch die Bundesnetzagentur auch Länderbelange berühren. Zur Verhinderung widersprüchlicher Entscheidungen ist daher eine Koordination möglicher Aktivitäten im Bereich Netzneutralität zwischen Bund und Ländern zu empfehlen.

Eine mögliche Form einer solchen Koordination wäre es, den Ländern ein qualifiziertes Anhörungsrecht bei Entscheidungen der Bundesnetzagentur bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben nach Art. 5 Verordnung (EU) 2015/2120 einzuräumen, soweit Belange der Länder betroffen sind. Zu berücksichtigen ist dabei allerdings, dass die Bundesnetzagentur bereits heute nach § 2 Abs. 6 S. 1 TKG zur Berücksichtigung der Belange des Rundfunks und vergleichbarer Telemedien verpflichtet ist. Eine stärkere Einbindung der Länder in Form einer Benehmensregelung ist daher verfassungsrechtlich nicht ausgeschlossen, aber auch verfassungsrechtlich nicht zwingend geboten.

Mannheim, den 4. November 2016



Prof. Dr. Thomas Fetzer