



Arbeitskreis Vorratsdaten Österreich (AKVorrat.at)

ZVR: 140062668

Kirchberggasse 7/5

1070 Wien, Österreich

E-Mail: info@akvorrat.at

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Wirtschaft und Energie
Platz der Republik 1
11011 Berlin
E-Mail: wirtschaftsausschuss@bundestag.de

Deutscher Bundestag
18. Wahlperiode
Ausschuss für Wirtschaft und Energie
Ausschussdrucksache 18(9)1006
7. November 2016

Wien, 4. November 2016

Betreff: Stellungnahme des Arbeitskreis Vorratsdaten zum Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes BT-Drs. 18/9951

Für den AKVorrat: Thomas Lohninger

Generelle Bemerkungen.....	2
Selektive Umsetzung der Strafbestimmungen.....	2
Two-Strikes-System.....	4
Fehlende Bestimmtheit der Strafhöhen.....	6
Nationale Verordnungsermächtigung im §41a.....	7
Medienpluralismus.....	9
Abschließende Beurteilung.....	10

Generelle Bemerkungen

Der Verein Arbeitskreis Vorratsdaten setzt sich seit sechs Jahren für den Erhalt von Grund- und Freiheitsrechten im digitalen Zeitalter ein. Wir vertreten die Interessen der Bevölkerung gegenüber staatlichen und wirtschaftlichen Akteuren und arbeiten konstruktiv und lösungsorientiert an einer grundrechtsbasierten Zukunftspolitik zum Vorteil der gesamten Gesellschaft. Wir bedanken uns für die Einladung, als Sachverständiger zur Reform des Telekommunikationsgesetzes im Deutschen Bundestag Stellung zu nehmen.

Selektive Umsetzung der Strafbestimmungen

In Punkt 6 (b) zur Änderung des §149 ist die Bundesregierung von der Verordnung abgewichen, hat die Vorgaben des Artikel 6 teilweise ignoriert und die korrekte Umsetzung der GEREK-Leitlinien für die Bundesnetzagentur gänzlich zahnlos (und somit nicht EU-rechtskonform) gestaltet.

Artikel 6 der TSM-VO verlangt klar:

„Die Mitgliedstaaten erlassen für Verstöße gegen die Artikel 3, 4 und 5 Vorschriften über Sanktionen und treffen alle zu deren Anwendung erforderlichen Maßnahmen. Die Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.“

Hingegen wurden von der Bundesregierung nur Strafbestimmungen für selektive Teile dieser Artikel erlassen. Dies ist eine klare Missachtung der Anforderungen von Artikel 6 und kann zu einem Vertragsverletzungsverfahren durch die EU-Kommission führen.

Wie vom Bundesrat hervorgehoben, wurde im Vergleich zum Referentenentwurf die Strafbestimmung für Zuwiderhandlung gegen das Zero-Rating-Verbot (Artikel 3 Unterabsatz 2) sogar entfernt. In der Gegenäußerung der Bundesregierung wurde diese nachträgliche Streichung so begründet:

„Art. 3 Abs. 2 der Verordnung ist, wie auch andere Bestimmungen der Verordnung, nicht ausreichend klar formuliert, um ihn unmittelbar beweisen zu können.“

In Bezug auf die Streichung des §41a wurde jedoch von der Bundesregierung selbst angegeben, eine Konkretisierung der Verordnung sei auf nationalstaatlicher Ebene weder notwendig noch möglich:

„Soweit die Auffassung besteht, dass diese Vorgaben nicht ausreichend konkret seien, um Rechtssicherheit zu gewährleisten, so wird damit gleichwohl nicht die Möglichkeit eröffnet, eine solche Konkretisierung auf nationaler Ebene vorzunehmen.“

Bei der nur selektiven Umsetzung der in Artikel 6 vorgesehenen Strafbestimmungen handelt es sich jedoch effektiv um eine von der Verordnung abweichende nationale Regelung, die einer etwaigen Konkretisierung der übrigen Bestimmungen der Verordnung bezüglich der Rechtunsicherheit durch ein Spannungsverhältnis mit dem Unionsrecht in nichts nachsteht.

Nach derzeitigem Modell ohne konkrete Strafdrohung sind:

- Die Einschränkung der Rechte von Endnutzern nach Artikel 3 Absatz 1, frei Dienste und Informationen abzurufen und zu nutzen,
- insbesondere kommerzielle Praktiken nach Artikel 3 Absatz 2, welche zu einer Einschränkung der zuvor garantierten Rechte führen,
- die Missachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes aller Daten im Internet und die fein austarierten Regeln und Schutzbestimmungen des Artikels 3 Absatz 3 mit seinen drei Unterabsätzen,
- illegitime Verarbeitung von personenbezogenen Daten gemäß Artikel 3 Absatz 4,
- bezahlte Überholspuren, welche nicht den Anforderungen des Artikels 3 Absatz 5 entsprechen,
- fehlende Beschwerdemöglichkeiten des Internetanbieters für Nutzerbeschwerden nach Artikel 4 Absatz 2,
- dauerhafte Abweichungen von den vertraglich zugesicherten Bandbreiten nach Artikel 4 Absatz 4,
- lückenhafte, verzögerte oder falsche Auskünfte an die Bundesnetzagentur bezüglich eingeleiteter Beschwerdeverfahren nach Artikel 5 Absatz 2.

Two-Strikes-System

Die Bundesregierung vertritt in ihrer Gegenäußerung die Meinung, eine Normierung von Strafbestimmungen für alle Netzneutralitätsverstöße gemäß der TSM-VO sei nicht notwendig, da es ausreiche, wenn einer vollziehbaren Anordnung der Bundesnetzagentur zuwidergehandelt werde und darauf eine Strafe folgt. Begründet wird dies wie folgt:

„Insofern reicht es aber aus und ist aus Sicht der Bundesregierung auch viel effizienter und rechtssicherer, wenn zunächst die Bundesnetzagentur entsprechende Anordnungen zur Korrektur trifft, deren Nichtbefolgung sanktioniert wird.“

Die effizienteste Strafandrohung ist eine solche, welche erst gar nicht zur Anwendung kommt und dennoch ihr Ziel erreicht. Strafbestimmungen haben eine abschreckende Wirkung; in der vorgeschlagenen Konstruktion fehlt diese Abschreckungswirkung jedoch für einen Großteil der in der Verordnung verbotenen Netzneutralitätsverletzungen.

Der Ansatz, erst durch die Nichtbefolgung einer Anordnung eine Strafe befürchten zu müssen, etabliert de facto ein Two-Strikes-System. Welches Fehlverhalten auch immer sich ein Internetanbieter zum Beispiel bei der Missachtung der Rechte von Nutzern oder Inhalteanbietern nach Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung zuschulden hat kommen lassen, kann er das Verfahren unter Ausnutzung aller Fristen in die Länge ziehen und wird erst, nachdem dieses negativ für ihn beschieden wurde, überhaupt einen Druck verspüren, den illegalen Missstand abzustellen.

Die praktischen Folgen eines solchen Two-Strikes-Verfahrens sind In Dänemark im Falle von Datenschutzverfahren zu beobachten. In einem aktuellen Fall verzögert der Internetanbieter TDC ein Verfahren, in dem bereits im Februar 2016 eine Beschwerde bei der zuständigen Behörde eingebracht wurde. Der Betreiber hätte bereits im September der Behörde die notwendigen Informationen zukommen lassen sollen. Noch im November teilte TDC der Presse jedoch mit, diese würden innerhalb eines Monats übersendet werden. Ohne klare Strafbestimmungen für Netzneutralitätsverstöße nach Artikel 3 und Verstöße gegen Kooperations- und Transparenzvorgaben nach Artikel 4 sind derartige Verzögerungstaktiken auch in Deutschland zu erwarten.

Diese verzögerte Wirkung jeder etwaigen Strafe hätte vor allem gravierende Konsequenzen bei Verstößen gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz im Datenverkehrs-Management, aufgrund jener Bestimmungen des Artikel 3 Absatz 3, welche nicht durch §149(1b)(1) geregelt sind. Die Beweisführung zum Aufzeigen etwaiger Ungleichbehandlungen einzelner Dienste oder von kommerziell motivierten Verkehrsmanagement-Maßnahmen ist nicht trivial und wurde während der Erstellung der der GEREK-Leitlinien intensiv diskutiert. Da nur eine Vielzahl von Einzelmessungen etwaige Störfaktoren ausschließen kann, der relevante Eingriff jedoch lokalisiert und vereinzelt auftreten kann, ist eine weitere Beweisführung nach Bekanntwerden des konkreten Messaufbaus überaus schwierig. Diese annähernde Verunmöglichung der Rechtsdurchsetzung wird seitens der Bundesregierung durch die fehlende Strafdrohung in §149(2) (3) TKG für Artikel 5 Absatz 2 TSM-VO noch weiter erschwert. Sogar im Falle eines eingeleiteten Verfahrens hat ein Internetanbieter selbst bei absichtlicher Verzögerung des Verfahrens oder Falschaussage mit keinen festen Strafdrohungen zu rechnen.

Gerade im Bereich des Verkehrsmanagements hat Europa mit seinen Regelungen neues Terrain betreten. Insgesamt droht aufgrund des fehlenden Abschreckungseffekts der geplanten Strafdrohungen die Situation, dass die beschlossenen Regeln, wenn überhaupt, nur sehr punktuell und zeitverzögert implementiert werden. Dies trifft auch für die übrigen Regeln zu, deren zugehörige Strafbestimmungen aus dem Referentenentwurf entfernt wurden. Wie dies im Sinne der Rechtssicherheit argumentiert werden kann, ist unschleierhaft.

Fehlende Bestimmtheit der Strafhöhen

Im internationalen Vergleich finden sich viele Länder, welche auf ein zielstrebigeres System setzen und schon beim ersten Vergehen eine Strafe verhängen sowie beim zweiten bereits eine höhere anordnen. In den Niederlanden wird bei einer Netzneutralitätsverletzung eine Strafe bis zu 600.000 oder 7,5% des Jahresumsatzes verhängt und diese kann sich um 100% steigern, wenn innerhalb von fünf Jahren ein ähnliches Delikt begangen wird¹. In Rumänien liegt die Strafdrohung bei bis zu 2% des Jahresumsatzes und kann beim Wiederholungsfall auf 5% des Jahresumsatzes ansteigen². In Frankreich beträgt die erste Strafe bis zu 3% und kann im Wiederholungsfall auf 5% des Jahresumsatzes ansteigen³. Hier liegt bereits die niedrigste Strafandrohung weit über dem, was die größten deutschen Telekomkonzerne aufgrund der geplanten Strafhöhen zu befürchten haben.

Artikel 6 besagt:

„Die Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.“

Eine faire und abschreckende maximale Strafhöhe sollte sich prozentuell am Umsatz des betroffenen Unternehmens bemessen, da hierdurch auch für große, marktbeherrschende Unternehmen ein Lerneffekt erzielt werden kann und gleichzeitig kleine Unternehmen nicht überproportional belastet werden. Dieser Ansatz würde sich positiv auf die Rechtstreue im Sinne der Verordnung auswirken und hätte einen Leuchtturmcharakter für die gesamte Branche.

¹<http://wetten.overheid.nl/BWBR0035322/2016-07-01>

²siehe Artikel 143 (1) (b): http://www.ancom.org.ro/en/uploads/links_files/oug_2011_111_en.pdf

³ siehe Artikel L 36-11:

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=789230C2BFDD3AFBB721F3C636535FAA.tpdila19v_3?idArticle=LEGIARTI000033219357&cidTexte=LEGITEXT000006070987&dateTexte=20161104

Nationale Verordnungsermächtigung im §41a

In Bezug auf die Debatte zur Beibehaltung der Verordnungsermächtigung des §41a TKG sehen wir die Möglichkeit einer Konkretisierung der GEREK-Leitlinien bezüglich ökonomischer Diskriminierung (Zero-Rating) und Verkehrsmanagement-Maßnahmen, da die Leitlinien in diesem Punkt den Verordnungstext nicht adäquat widerspiegeln.

Die TSM-VO etabliert in Artikel 3 Absatz 1 ein klares Recht für Nutzer, beliebige Inhalte abzurufen und ein Recht für Inhaltenanbieter, ihre Dienste im Internet zur Verfügung stellen zu können. Artikel 3 Absatz 2 etabliert eine klare Grenze für die kommerziellen Praktiken von Internetanbietern, diese Rechte nicht einzuschränken. Desweiteren werden durch den Artikel 3 Absatz 3 Maßgaben für die Gleichbehandlung von Datenverkehr durch Internetanbieter festgelegt, welche selbstverständlich auch auf die ökonomische Ungleichbehandlung von Daten nach Sender oder Empfänger anzuwenden sind. Eine detaillierte Darstellung dieser Rechtsauffassung findet sich in den Analysen^{4 5} der Zivilgesellschaft im Rahmen des GEREK-Prozesses.

Zur Erläuterung folgt ein Auszug aus der Niederländischen Parlamentsdebatte rund um die Einführung des dortigen Netzneutralitätsgesetzes nach der Verabschiedung der Telekommunikationsmarkt Verordnung in einer inoffiziellen Übersetzung⁶:

⁴https://edri.org/files/BEREC_Hearing2015_EDRiposition.pdf

⁵https://edri.org/files/netneutrality/consultation_berec_edripolicyanalysis.pdf

⁶Originaldokument: <https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/kamerstukken/2016/03/23/nota-naar-aanleiding-van-verslag-over-wetsvoorstel-uitvoering-netneutraliteitsverordening/nota-naar-aanleiding-van-verslag-over-wetsvoorstel-uitvoering-netneutraliteitsverordening.pdf>

"Further examination of the text of the regulation, however, has led to the conclusion that although there is no explicit prohibition, the general rules in Article 3, second and third paragraphs, do not allow price discrimination. I consider it desirable for the legal certainty to clarify that none is allowed any form of price discrimination under the Regulation."

"The [regulation] does not include a prohibition on price discrimination that compares to the provisions in the Dutch law of before the regulation. However, closer examination of the text of the regulation leads to the conclusion that the regulation does not allow for price discrimination. Both negative and positive price discrimination undermines the rights of the end user as defined in [...] the regulation. Furthermore, price discrimination contradicts article 3, third paragraph, which requires that providers of internet access services in the provision of such services have to treat all traffic equally, without discrimination."

"In article 5, first paragraph, it is stated that the national regulatory authorities, may impose measures, including general binding regulations, on providers of [internet access services] to ensure compliance with article 3."

"The enforcement of the prohibition on price discrimination primarily serves to clarify article 3, third paragraph, which requires that providers of internet access services in the provision of such services to treat all traffic equally, without discrimination. [...]"

Moreover, price discrimination contradicts Article 3, second paragraph, which holds that agreements between the provider of an IAS and the end-user may not limit the exercise of the rights of end-users laid down in paragraph 1. [...] By now I have reached the conclusion that both negative and positive price discrimination always limit the exercise of the rights of end-users as described in Article 3, second paragraph, of the Regulation."

Der zuständige Minister hat im Juni in Bezug auf die Frage nationalstaatlicher Kompetenz auf eine Frage aus der 2. Kammer Folgendes⁷ geantwortet:

„The members of the PVV fraction asked if it was not desirable to await the (draft) guidelines of BEREC in order to avoid passing a law which would later have to be corrected. They also asked whether the BEREC draft guidelines left (any) room for price discrimination and which consequences this will have for consumers and for Dutch providers in comparison to foreign competitors. [...]"

⁷<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2016/07/01/wijziging-van-de-telecommunicatiewet-ter-uitvoering-van-de-netneutraliteitsverordening>

It is correct that the BEREC draft guidelines leave some room for price discrimination, particularly for zero rating. In the view of the Dutch government, BEREC is incorrectly overlooking the prohibition of discrimination in the provision of internet access services explicitly made in Article 3, paragraph 3, first subparagraph. Of course BEREC is not permitted to diverge from the Regulation in their (non-binding) guidelines. In order to avoid every unclarity as regards to price discrimination in the application of the Regulation, and based on the major importance in practice of a prohibition of price discrimination, the proposal explicitly prohibits price discrimination. BEREC's view could potentially have the effect that differences will emerge between Member States in the application of the net neutrality rules. Only a decision from the European Court of Justice can provide (definitive) clarity on this issue."

Medienpluralismus

Wir schließen uns im Bezug auf §41a, §116, §123 und §126 den Forderungen des Bundesrates an, die föderale Zusammenarbeit in rundfunkpolitischen Belangen in rechtlich verbindlicher Form abzusichern. Nur durch eine solche rechtliche Festschreibung ist sichergestellt, dass die Landesmedienanstalten von der Bundesnetzagentur in ausreichendem Maße in die Abstimmung mit einbezogen werden.

Verweise auf die medienpolitische Bedeutung der TSM-VO finden sich sowohl in der Verordnung selbst, etwa im Verweis auf die Grundrechtecharta in Erwägungsgrund 33, wie auch in den GEREK-Leitlinien in Absatz 46 im Verweis auf Meinungsfreiheit und Medienpluralität im Bezug auf Artikel 3 Absatz 2. Diese Vorgabe des Unionsrecht umschließt gemäß Artikel 5 Absatz 4 auch „andere zuständige Behörden“.

Abschließende Beurteilung

Abschließend bleibt der Eindruck, dieses Gesetz wolle die TSM-VO nur sehr partiell umsetzen und der Gesetzgeber glaube nicht an die Rechtssicherheit der unionsrechtlich getroffenen Einigung, geht jedoch gleichzeitig von dieser aus, insoweit mit ihrer Existenz die Abschaffung der nationalen Regelungskompetenz (§41a TKG) begründet wird. Die vorgesehenen Strafbestimmungen sind lückenhaft, viel zu niedrig angesetzt und tendenziös zum Vorteil der Telekomindustrie und zum Nachteil einer effektiven Rechtsdurchsetzung ausgestaltet. Der nach Artikel 6 der Verordnung vorgeschriebene Vorgabe, die Strafen für Artikel 3, 4 und 5 sollen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein, wird im vorliegenden Entwurf nicht nachgekommen, wodurch die Bundesregierung Deutschland einem Vertragsverletzungsverfahren aussetzt. Wir plädieren deshalb für vollständige, deutlich normierte Strafbestimmungen mit abschreckenden, umsatzbezogenen Höhen im Sinne der Verordnung.