

RA Dominik Boecker • Lindenstr. 6 • 50674 Köln

An den  
Deutschen Bundestag  
Ausschuss für Wirtschaft und Technologie  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin

Köln, den 07.06.11  
Mein Zeichen: StN 1/11

Vorab per Mail: uersula.zober@bundestag.de

Ihr Geschäftszeichen: PA 9/002

Im Angesicht der Kürze der Einberufung der Öffentlichen Anhörung im Ausschuss kann ich lediglich eine auf nach meiner Überzeugung wesentlichen zwei Kernpunkte Netzneutralität und Verbraucherschutz konzentrierte Stellungnahme übermitteln, was ich zu entschuldigen bitte.

### **Zusammenfassung:**

1. Es ist löblich, dass das Thema Netzneutralität in der politischen Diskussion angekommen ist. Allerdings ist dieses Thema extrem vielschichtig und sowohl in der Rechts- als auch in der Wirtschaftswissenschaft nur ansatzweise geklärt. Es bedarf weiterer Aufklärung und Forschung, bevor gesetzliche Regelungen geschaffen werden, um die Interessen aller Beteiligten einem sachgerechten Ausgleich zuzuführen.
2. Der Verbraucherschutz kommt nach meiner Überzeugung in dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung zu kurz. Alleine aus der Schaffung neuer und weitergehender Informationspflichten resultiert kein Verbraucherschutz. Zwar ist diese Transparenz zu begrüßen, aber Transparenz alleine vermag keinen umfassenden Schutz herzustellen.
3. In der anwaltlichen Praxis stellt sich im Rahmen der Portierung von Rufnummern das Problem, dass zwar der Endnutzer nach § 46 TKG gegen den Anbieter von Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit einen Anspruch auf Rufnummernportierung hat, aber bei einem Wechsel von einem Rufnummernanbieter zu einem Anderen muss zwischen den Anbietern Einvernehmen hergestellt werden. Ansprüche zwischen den Anbietern bestehen nicht, sodass an dieser Stelle Verzögerungen eintreten können, die für den Endnutzer unter Um-

ständen zu einem Verlust einer Rufnummer führen können. Hier sollte der Gesetzgeber Ansprüche zwischen den Anbietern konstituieren, um einen reibungslosen Ablauf der Rufnummernportierung sicherzustellen.

4. In der anwaltlichen Praxis treten bei der Rufnummernportierung nach § 46 TKG noch weitere Detailprobleme zu Tage: einige Anbieter verlangen bei einer Rufnummernportierung eine vollständige Übereinstimmung der Daten des Endnutzers, bevor die Rufnummer zur Portierung freigegeben wird. Dies kann dann zu Problemen führen, wenn bei der Aufnahme der Daten des Altvertrags der zu portierenden Rufnummer Fehleingaben oder Weglassungen stattgefunden haben. Auch in diesen Fällen ist ein reibungsloser Ablauf der Rufnummernportierung nicht möglich, was für den Endnutzer unter Umständen zu einem Verlust einer Rufnummer führen kann. Hier sollte der Gesetzgeber den Beteiligten Vorgaben machen, die einerseits sicher stellen, dass nur der Berechtigte die Rufnummer zur Portierung geben kann, er aber andererseits die Portierung veranlassen kann, wenn nicht alle Altdaten mit den Daten des Neuvertrages übereinstimmen.

Im Einzelnen:

1. Bereits über den Begriff Netzneutralität als solchen besteht keine Einigkeit. Die zeigte sich eindrucksvoll in der öffentlichen Sitzung der Enquete-Kommission "Internet und digitale Gesellschaft" am Montag, 14. Juni 2010, wo über diesen Begriff und seine Facetten kontrovers diskutiert wurde. Im Grundsatz scheint zumindest dahingehend Einigkeit zu bestehen, dass die Minimaldefinition der Netzneutralität bedeutet, dass Netzbetreiber keinen Unterschied bei dem Transport von Inhalten oder Anwendungen in ihren Netzen machen oder diese aufgrund eigener Interessen beschränken dürfen.

Das sich stellende Problem ist dabei, dass Netzressourcen endlich sind, d.h. die Netzkapazität nicht beliebig erhöht werden kann, sondern für eine Erhöhung der Kapazität ein Ausbau stattfinden müsste, der von den Netzbetreibern finanziert werden muss (mit entsprechender Refinanzierung). Es ist also einerseits ein legitimes Interesse sichtbar, die vorhandenen Kapazitäten besser auszunutzen. Andererseits liegt die Befürchtung nahe, dass eine gezielte Steuerung des Netzwerkverkehrs dazu führen kann, dass der Netzbetreiber bei einer gezielten Steuerung eine künstliche Verknappung der Ressourcen, d.h. einen bewusst langsamen Transport bestimmter Inhalte, herbeiführt und sich die Beseitigung des langsamen Transportes von den Kunden oder den Anbietern begehrter Inhalte bezahlen lässt.

Dies würde dazu führen, dass Inhalteanbieter für einen schnelleren Transport der Inhalte bezahlen können, was zu einer künstlichen Marktabschottung führen würde. Ein heute florierender, finanzstarker Inhalteanbieter hätte gegenüber einem neu in den Markt eintretenden Mitbewerber dadurch Vorteile, dass er für den schnelleren Transport seiner Daten bezahlen kann, was der neue und im Zweifel eher finanzschwache Anbieter nicht kann. Die Hürden für ein erfolgreiches Projekt würden damit erheblich höher gelegt, was aus Verbrauchersicht unerwünscht erscheint. Gerade die recht freie Zutrittsmöglichkeit in den Markt der Inhalteanbieter hat das enorme Wachstum und die Reichhaltigkeit und Vielfältigkeit des heutigen Netzes hervorgebracht. Faktische Zugangshürden in Form von Dienstklassen, Priorisierung, Quality of Service oder ähnlichem laufen dem aus Verbrauchersicht erwünschten, vielfältigen und lebendigem Netz entgegen. Der Gesetzgeber ist an dieser Stelle gefragt, das lebendige und vielfältige Internet für alle zu sichern und nicht erst ex post zu regulieren, denn in letzterem Fall ist ein Schaden bereits eingetreten und wird kaum mehr beseitigt werden können.

Die Definition des Begriffes der Netzneutralität – und damit das Verständnis dieses Merkmales – ist von zentraler Bedeutung für jeden gesetzgeberische Regulierung des Bereiches, weil – unterstellt, dass die Netzneutralität gesetzlich normiert werden soll, was mir ausgesprochen wünschenswert erscheint – sich etwaige Rechtsfolgen an das Vorliegen dieses Markmales knüpfen würden. Es ist also angezeigt, diesen Begriff (nach weiterer Forschung und Erörterung) gesetzlich festzuschreiben, wobei einerseits der status quo erhalten werden sollte und andererseits der Begriff zukunfts offen für weitere technische Entwicklungen gehalten werden muss.

Weitergehende Aspekte lassen sich der Habilitation von Simon Jost Schlauri „Network Neutrality, Netzneutralität als neues Regulierungsprinzip des Fernmelderechts“<sup>1</sup> entnehmen, der als zentrale Punkte festhält (vgl. S. 307 ff.):

- a) Es gibt Anreize für eine Monopolisierung durch Diskriminierung von Anwendungen.
- b) Diese Monopolisierung ist nicht nur für die Internetbranche, sondern gesamtwirtschaftlich schädlich und damit unerwünscht.

---

<sup>1</sup> Abrufbar unter: <https://www.zora.uzh.ch/36715/>

Darüber hinaus weist Schlauri zu Recht auf folgende Aspekte hin: Der Wunsch nach Abschöpfung von an anderer Stelle realisierten Gewinnen durch Telekommunikationsanbieter ist heute schon öffentlich zu sehen. Der Telekommunikationsanbieter hat dabei die Möglichkeit der Einflussnahme, weil er die einzige Person ist, die zwischen dem Inhalteanbieter und dem Besucher ist und dort auf Grund seiner Möglichkeiten eingreifen kann „Gatekeeper“. Die Kontrolle und strikte Regulierung dieser Zugriffsmöglichkeit ist essentiell, damit an dieser Stelle kein Mißbrauch betrieben werden kann.

De lege lata bietet das geltende Recht zwar über das Vertragsrecht und die Inthaltekontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen sowie über das Lauterkeits- und Kartellrecht denkbare Eingriffsmöglichkeiten, um bei einer Verletzung der Netzneutralität und damit einhergehend der Diskriminierung einschreiten zu können, aber ein ausdrücklicher Vorbehalt der Nichtgewährleistung der Netzneutralität durch einen Telekommunikationsanbieter würde diese Instrumente voraussichtlich leer laufen lassen.

Der Entwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN mit dem Titel „Gegen das Zwei-Klassen-Internet – Netzneutralität in Europa dauerhaft gewährleisten“ verdient damit uneingeschränkte Unterstützung. Durch diesen Entwurf wird eine sinnvolle Sicherung des status quo zum Wohle der Verbraucher festgeschrieben. Für Netzbetreiber ergibt sich aus dem Entwurf der weitere rechtliche Rahmen ihrer Tätigkeit und schafft damit Investitions- und Planungssicherheit.

De lege ferenda sollte der Gesetzgeber regulieren, bzw. den Rahmen für eine effektive Regulierung schaffen, damit die Netzneutralität sichergestellt und die Durchsetzung von Partikularinteressen der Telekommunikationsanbieter ausgeschlossen werden. Da nach meiner Auffassung alleine Informations- und Veröffentlichungspflichten nicht ausreichen werden, um die Netzneutralität zu sichern, wären folgende Ansatzpunkte für eine Regulierung zentral:

1. ein Diskriminierungsverbot dahingehend, dass es jedem Telekommunikationsanbieter untersagt ist, Anwendungsanbieter unterschiedlich zu behandeln. Dies sollte durch im Telekommunikationsrecht bereits etablierte Hilfsinstrumente wie ein Transparenzgebot, eine Pflicht zu getrennter Buchführung und dergleichen abgesichert werden. Dieses Diskriminierungsverbot muss auf Gesetzesebene abstrakt genug formuliert sein, um den Behörden bei der Anwendung notwendigen Spielraum zu belassen, andererseits aber konkret ge-

nug, um das Ziel der Regulierung sicher zu stellen. Dem Bedarf nach der angezeigten Rechtssicherheit für die Beteiligten sollte durch eine Konkretisierung auf niedrigerer Normstufe durch den Regulator hinreichend Rechnung getragen sein.

2. Ein kostenloser Best-Effort-Zugang für Endnutzer wird gewährleistet.
  3. Eine Wahlmöglichkeit für die Internet-Service-Provider, Anwendungsanbietern entweder auch kostenlosen QoS-Zugang zum Endanwender zu ermöglichen oder aber ihren Endkunden zu einem angemessenen Preis einen Best-Effort-Zugang anzubieten, der qualitativ – abgesehen von der Priorisierung im Überlastungsfall – mit dem QoS-Zugang identisch ist.
  4. Festschreibung des Rechts für den Kunden, beliebige Endgeräte für einen Anschluss nutzen zu können, auf diesen Endgeräten beliebige Software installieren und beliebige Angebote nutzen zu können, so weit hierdurch nicht die Sicherheit des Netzes beeinträchtigt wird. Um der Gefahr einer missbräuchlichen Behauptung einer Sicherheitsbeeinträchtigung zu begegnen muss dem Regulator eine empfindliche Sanktionsmöglichkeit im Falle einer Falschbehauptung eingeräumt werden.
- 
2. a) Neue Transparenzverpflichtungen in Form von 28(!) Informationspflichten für Unternehmen und Bürger erscheint ganz überwiegend wenig sinnvoll. Schon heute ist der Abschluss eines Vertrages im Bereich der Telekommunikation, insbesondere Wenn dies mit dem (finanzierten) Erwerb eines Mobiltelefons gekoppelt wird, für den juristisch nicht vorgebildeten Verbraucher mit einer fast unüberschaubaren Fülle an Informationen und Belehrungen versehen. Ich habe im Mai 2011 einen neuen Mobilfunkvertrag abgeschlossen und mir wurden anlässlich dieses Vertragsschlusses 13 – teils sehr eng bedruckte – DIN-A4-Seiten Unterlagen, Informationen, Belehrungen, Vertragsbedingungen und Vertragsunterlagen übergeben.

Wenn schon neue Informations- und Transparenzpflichten für die Anbieter eingeführt werden, so sollte der Gesetzgeber zuvor die Stellungnahme des vzbv vom 25.05.2011 zu diesen Gesetzgebungsvorhaben umfassend berücksichtigen.

b) Es ist schlicht nicht akzeptabel, dass ausgerechnet im Bereich der besonders sensiblen Telekommunikationsdaten die Regelung des § 92 TKG ersatzlos aufgehoben werden soll. Die Unbefangtheit der Kommunikation ist zentral. Im Falle einer Übermittlung der Daten ins Ausland, auch ins Europäische Ausland, unterliegen diese Daten nicht mehr dem hohen deutschen Schutzniveau oder der Aufsicht durch die deutschen Aufsichtsbehörden. Zudem kön-

nen im Ausland naturgemäß auch ausländische Behörden, Strafverfolgungsbehörden und Geheimdienste auf diese Daten zugreifen. Da die Server, auf denen sich diese Daten befinden im physikalischen Zugriffsbereich Dritter befinden sind Industriespionagevorfälle absehbar.

Das gilt noch umso mehr, als dass sich momentan zeigt, dass eine sichere Datenspeicherung kaum möglich ist: die Liste der Datenskandale ist lang und wird momentan fast täglich länger. Eine Verlagerung der sensiblen Telekommunikationsdaten ins Ausland würde die ohnehin nicht entspannte Ausgangslage noch verschärfen.

Die ersatzlose Streichung des § 92 TKG ist weder akzeptabel noch angezeigt.

c) Die Regelung des § 95 Abs. 3 TKG (§ 93 Abs. 3 TKG-E) begegnet im Hinblick auf den im BDSG normierten Grundsatz der Datensparsamkeit (§ 3a BDSG), der das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung kodifiziert, durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Das BVerfG hat in der Entscheidung zur sog. Vorratsdatenspeicherung ausgeführt, dass die Grenze von 6 Monaten die Grenze des verfassungsrechtlich vertretbaren darstellt. Aus der Systematik des § 95 Abs. 3 TKG (§ 93 Abs. 3 TKG-E) ergibt sich, dass die Daten 12 bis 24 Monate gespeichert werden dürfen. Das ist nicht angezeigt. Die Regelung sollte deswegen ersatzlos gestrichen werden.

3. § 46 TKG gibt dem Endnutzer einen Anspruch auf Rufnummernportierung gegenüber dem Anbieter von Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit. Dies kann der Netzbetreiber sein, aber auch ein TK-Diensteanbieter, der kein eigenes Netz betreibt. Bei einer Portierung auf einen Diensteanbieter ist dieser darauf angewiesen, dass der Netzbetreiber an der Portierung mitwirkt und das Notwendige veranlasst. Dies spiegelt sich auch in § 46 Abs. 3 TKG in seiner jetzigen Fassung wieder, der sich nur an die Netzbetreiber, nicht aber an Diensteanbieter richtet. Dies liegt daran, dass nur der Netzbetreiber die Rufnummernportierung auf Netzebene technisch umsetzen kann, weil nur er Zugriff auf diese Technik hat.

Oftmals werden an dieser Stelle zwar vertragliche Abreden zwischen dem TK-Netzbetreiber und dem TK-Diensteanbieter geschlossen, was aber nicht zwingend ist. Wenn der TK-Diensteanbieter keine vertragliche Verpflichtung auf Portierungsleistungen im Verhältnis zum Netzbetreiber hat, kann an dieser Stelle eine Portierung erheblich erschwert werden: dem Endnutzer steht zwar ein einklagbarer Anspruch gegen den Anbieter von Telekommuni-

kationsdiensten für die Öffentlichkeit zu, der auch klageweise durchgesetzt werden kann, aber der Diensteanbieter hat gegenüber dem Netzbetreiber keinen ausdrücklich gesetzlich normierten Anspruch gegen diesen. So kann die Situation entstehen, dass der Diensteanbieter auf Erfüllung des Portierungsanspruches verklagt werden müsste, er tatsächlich aber keine Möglichkeit hat, diese durchzuführen (die Einrede der Unmöglichkeit) oder sie seinerseits im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens (und sei es durch eine Streitverkündung) gegen den Netzbetreiber wirksam durchsetzen. Hierdurch kann die Situation entstehen, dass dem Endnutzer Schaden – in Form von erheblichem Aufwand und Ärger und unter Umständen mit dem Schluss einer verlorenen Rufnummer – entsteht und er sich dann mit ungewissem Ausgang bemühen muss, diesen Schaden an gegenüber dem Verursacher durchzusetzen. Hier sehe ich Handlungsbedarf des Gesetzgebers in der Form, dass die unverzügliche Mitwirkung des Netzbetreibers an der Portierung sichergestellt werden muss.

4. Eng mit dem vorherigen Aspekt hängt auch die folgende Konstellation zusammen:

Vor dem in Kraft treten der verfassungswidrigen Regelungen über die Vorratsdatenspeicherung (namentlich §§ 113a, 113b TKG, die aus Gründen der Normenklarheit aufzuheben sind), war es in der Praxis üblich, dass die Daten des Vertragspartners von diesem selbst angegeben oder auch direkt in das Formular eingetragen wurden. Wenn sich bei den Angaben ein Schreibfehler einschlich oder bei eingetragenen Daten ein Einlesefehler stattfand, so ist das nicht aufgefallen. Bei einer Portierung der Rufnummer führen etwaige Schreib- oder Einlesefehler dazu, dass die Portierung nicht durchgeführt wird, weil die Daten den alten Vertragspartners mit denen des neuen Vertragspartners nicht vollständig übereinstimmen. Dies geht so weit, dass in der Praxis Portierungen nicht durchgeführt werden, weil das Geburtsdatum (durch einen Lesefehler) nicht übereinstimmt oder weil im Altvertrag der Vertragspartner mit einem Vornamen erfasst wurde, in seinem Personalausweis aber zwei Vornamen eingetragen sind. Auch in diesen Fall wurde schon eine Portierung abgelehnt. Ebenso, wenn bei identischem Namen ein Vertrag auf eine Privatperson lautet, der zweite Vertrag aber auf denselben Namen mit einer freiberuflichen Tätigkeit.

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Informationstechnologierecht

