

Zu guter Letzt ...

... setzen sich die Irrungen und Wirrungen um die Netzneutralität fort!

Mit dem Entwurf einer Netzneutralitätsverordnung nach § 41a Abs. 1 TKG (NNVO-E, Stand: 17. Juni 2013) strebt die Bundesregierung „die Bewahrung und Sicherstellung eines freien und offenen Internets“ an (§ 1 Abs. 1 S. 1 NNVO-E). Dieses Ziel soll dann insbesondere mit dem an die Netzbetreiber adressierten kategorischen Verbot entgeltlicher Vereinbarungen mit Inhalteanbietern über einen bevorzugten Endnutzerzugang nach § 2 Abs. 2 NNVO-E verfolgt werden: „Betreiber dürfen keine entgeltlichen Vereinbarungen mit Inhalteanbietern abschließen, die darauf abzielen, Endnutzern einen bevorzugten Zugang zu deren Inhalten und Anwendungen zu ermöglichen.“ Damit wird eine Priorisierung als kommerziell veranlasste Ungleichbehandlung von Diensten im Datenverkehr verboten. Demgegenüber ist der Ermächtigungsrahmen des § 41a Abs. 1 TKG auf die Verhinderung willkürlicher und ungerechtfertigter Ungleichbehandlungen beschränkt und gerade nicht auf die Verhinderung jeglicher kommerziell veranlassten Priorisierung gerichtet. § 2 Abs. 2 NNVO-E überschreitet Inhalt, Zweck und Ausmaß (Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG), also den verfassungsrechtlichen Ermächtigungsrahmen des zum Erlass der Rechtsverordnung ermächtigenden Gesetzes (§ 41a Abs. 1 TKG). Die in dem gesetzlichen Ermächtigungsrahmen des § 41a Abs. 1 TKG verwendeten Wertungsbegriffe „willkürlich“, „diskriminierungsfrei“ und „ungerechtfertigt“ postulieren eine Abwägung aller relevanten Umstände im jeweiligen Einzelfall. § 2 Abs. 2 NNVO-E übergeht mit seinem kategorisch gefassten Per-se-Verbot das in § 41a Abs. 1 TKG installierte Abwägungsgebot und überdehnt damit die Reichweite der verfassungsrechtlichen Ermächtigung (Überschreitung des Ermächtigungsausmaßes).

Diametral im Gegensatz zu § 2 Abs. 2 NNVO-E steht der im Gesetzgebungsverfahren der Union initiierte Entwurf eines EU-Verordnungsvorschlages zur Vollendung des Binnenmarktes für elektronische Kommunikation (Draft Proposal for a Regulation laying down measures to complete the European single market for electronic communications and to achieve a Connected Continent, Stand: Juli 2013). Dieser EU-Verordnungsvorschlag sieht, wie sich dem 6. Erwägungsgrund entnehmen lässt, die Vollharmonisierung der Verbraucherschutzregelungen vor. Im Bereich der Netzneutralität setzt dieser Verordnungsvorschlag auf die Information der Verbraucher und auf die Schaffung von Transparenz. Dies ergibt sich aus dem 43. Erwägungsgrund des EU-Verordnungsvorschlags. Dessen Art. 20 Nr. 1 UAbs. 1 S. 3 steht entgeltlichen Geschäftsmodellen explizit liberaler gegenüber als die NNVO-E: „Zum selben Zweck soll es Inhalte-, Anwendungs- und Diensteanbietern sowie Anbietern öffentlicher elektronischer Kommunikationsdienste freistehen, miteinander Vereinbarungen über den Umgang mit dem betreffenden

Datenvolumen oder über die Verkehrsübertragung mit einer definierten Dienstqualität abzuschließen.“ (Übersetzung und Hervorhebungen durch den Verfasser, im englischsprachigen Original heißt es: „To the same end, providers of content, applications and services and providers of electronic communications to the public shall be free to agree with each other on the treatment of the related data volumes or on the transmission of traffic with a defined quality of service.“) Damit erkennt der EU-Verordnungsvorschlag an, dass u. a. erst durch sog. „Managed Services“ bestimmte Dienstleistungsinnovationen überhaupt vorstellbar sind; zu denken ist dabei insbesondere an die Bereiche Telemedizin, intelligente Heimapplikationen („Smart Home“), Industrie 4.0, Videokonferenz und intelligente Energie.

Dennoch bestimmt § 2 Abs. 2 NNVO-E für entgeltliche Vereinbarungen zwischen Netzbetreibern und Inhalteanbietern, die darauf abzielen, Endnutzern einen bevorzugten Zugang zu deren Inhalten und Anwendungen zu ermöglichen, ein Totalverbot und stellt sich somit dem auf die Information der Verbraucher und auf die Schaffung von Transparenz gerichteten Ansatz des EU-Verordnungsvorschlags diametral entgegen. Zudem gründet dieser Ansatz des EU-Verordnungsvorschlags auf dem in der ständigen Rechtsprechung des EuGH gefestigten Leitbild eines „mündigen Verbrauchers“, der sich anhand gegebener Informationen unter regulatorisch abzusichernden Transparenzbedingungen frei entscheiden kann. Der Gerichtshof betont dabei, dass Verpflichtungen zu Verbraucherinformationen und zur Transparenz grundsätzlich als ein gleichwertiges milderes Mittel zur Erreichung der Ziele des Verbraucherschutzes und Verbote demgegenüber regelmäßig als unverhältnismäßig einzustufen sind (vgl. nur EuGH, Slg. 1987, 1227, 1271 Rn. 35 [Urt. v. 12.3.1987 – Rs. 178/84] – *Reinheitsgebot für Bier*). Das bewusste diametrale Abweichen der Bundesregierung vom regulatorischen Verbraucherschutzkonzept des EU-Verordnungsvorschlags, das auf der Rechtsprechung des EuGH zum Leitbild eines „mündigen Verbrauchers“ fußt, spricht im Lichte des unionsrechtlichen Loyalitätsgebots nach Art. 4 Abs. 3 EUV dafür, dass auch angesichts der Korrekturmöglichkeit in einer Frühphase des nationalen normativen Prozesses eine hinreichende Verdichtung des Grundsatzes der Unionstreue bereits zum gegenwärtigen Zeitpunkt angenommen werden kann. Folglich lässt sich der Grundsatz der Unionstreue nach Art. 4 Abs. 3 EUV gegen ein Festhalten an § 2 Abs. 2 NNVO-E ins Feld führen. Jedenfalls ist eine Abstimmung mit dem Gesetzgebungsverfahren der Union dringend geboten.

Christian Koenig