

## **USA: Berufungsgericht rügt FCC-Order zur Netzneutralität als teilweise unwirksam**

Dr. Axel Spies ist Rechtsanwalt bei Bingham McCutchen in Washington DC und Mitherausgeber der Zeitschrift MMR.

**Das für die FCC zuständige Berufungsgericht (DC Circuit Court of Appeals) hat am 14.1.2014 sein Urteil (No. 11 -1355) in der Sache Verizon vs. FCC veröffentlicht, wonach die FCC-Regeln zur Netzneutralität teilweise unwirksam sind. Die Behörde habe ihre Befugnisse nach dem Communications Act überschritten.**

Die FCC hatte Ende 2010 den Breitbandanbietern verboten, Inhalte Dritter zu diskriminieren oder zu sperren (*Spies*, MMR-Aktuell 2011, 313008). Zwei von drei der FCC-Prinzipien sind damit erst einmal rechtlich aufgehoben. Das Urteil gilt für die Mobil- und die Festnetzanbieter von Breitbandinternet. Die neue Entscheidung wird sehr wahrscheinlich Auswirkungen auf die laufende Debatte zur Netzneutralität in Deutschland und, auf Ebene der EU, zur kontroversen „Single Market Regulation“ haben.

### **1. Rückblick: FCC-Order vom 21.12.2010**

Die Debatte über die Netzneutralität ist in den USA fast 10 Jahre alt (*Spies/Ufer*, MMR 2011, 13). Die drei Grundregeln der FCC-Order von 2010 (Open-Internet-Order) lauten:

- **Transparenzgebot:** Jeder Betreiber von (festen und mobilen) Breitbandinternetzugängen muss den Nutzern offenlegen, wie er sein Netz verwaltet (network management policy), einschließlich einer Leistungsbeschreibung (performance characteristics).
- **Blockierungsverbot:** Das Verbot sieht vor, dass Inhalte, deren Verbreitung kein gesetzliches Verbot verletzt oder die von Geräten stammen, die dem Netz nicht schaden (non-harmful devices), vom Netzbetreiber nicht blockiert werden dürfen. Eine Voraussetzung ist, dass es sich um legale Inhalte handelt. Für mobile Breitbandanbieter gilt diese Verpflichtung nur eingeschränkt.
- **Nichtdiskriminierung der Inhalte:** Danach sollen die Netzbetreiber im Festnetz nicht „unvernünftig bei der Übertragung von rechtmäßigem Netzverkehr mittels eines Internet-Breitbandzugangsdienstes des Endkunden diskriminieren. Vernünftiges Netzmanagement stellt keine unvernünftige Diskriminierung dar“ (Order, Rdnr. 73). Auch wenn die FCC in der Order ausdrücklich festgestellt hat, dass dieses Prinzip verbiete, bestimmten Inhalteanbietern eine Präferenz bei der Datenübertragung einzuräumen, wenn diese dafür zahlen, so sei es doch unwahrscheinlich, dass solche Zahlungen für „Network Priority“ mit dem Prinzip in Einklang stehen (Rdnr. 76). Auf mobile Breitbandanbieter sei dieses Prinzip nicht anwendbar, da dort die Wettbewerbsverhältnisse ungünstiger wären als im Festnetz.

Auf Grund der Open-Internet-Order sind in der Folgezeit basierend auf der Ermächtigungsgrundlage von Sec. 706 Communications Act (CA) zahlreiche präzisierende Rechtsvorschriften der FCC veröffentlicht worden.

Gegen die 2011 schließlich in Kraft getretenen Auflagen hatte der Incumbent *Verizon* ebenso geklagt wie die Kabelanbieter und einige Bürgerrechtsorganisationen. Während Letzteren die Netzneutralitätsprinzipien nicht weit genug gehen, sehen sich die Netzbetreiber über Gebühr beschränkt. Erst 2013 hatte nach Medienberichten der Kabelanbieter *Comcast* gegen die *FCC* vor demselben *Gericht* einen Sieg gegen eine dementsprechende *FCC*-Order eingefahren (Diskriminierung eines Tennis-Spartenkanals), weil die *FCC* ihre Rechtssetzungskompetenz nicht schlüssig dargelegt hatte.

## 2. Argumentation des Gerichts

Das *Gericht* beanstandet in den 62 Seiten des Urteils das 2. und 3. Prinzip der Open-Internet-Order. Ein Kernsatz von Richter *Tatel* im Urteil lautet: "Given that the Commission [FCC] has chosen to classify broadband providers in a manner that exempts them from treatment as common carriers, the Communications Act expressly prohibits the Commission from nonetheless regulating them as such. Because the Commission has failed to establish that the anti-discrimination and antiblocking rules do not impose per se common carrier obligations, we vacate those portions of the Open Internet Order." Richter *Silberman* lehnte diese Folgerung in einem Sondervotum ab.

## 3. Im Einzelnen:

- Das *Gericht* stellte fest, dass die *FCC* im Grundsatz durchaus die Befugnis hat, die Breitbandinternetdienste zu regulieren. Zudem befürwortete das *Gericht* grundsätzlich das Prinzip des „Offenen Internet“ und die damit verbundene Offenlegungspflicht für eine unterschiedliche Behandlung von Inhalten im Sinne des Transparenzgebots. Die *Richter* deuteten auch die Möglichkeit an, dass die *FCC* möglicherweise rechtlich befugt sei, Anti-Blockier-Regeln zu erlassen, ohne dass diese gegen höherrangiges Recht verstoßen würden. Ein „vernünftiges Netzmanagement“ (reasonable network management) - ein sehr weiter Rechtsbegriff - sei ohnehin erlaubt. Allerdings monieren die *Richter* (S. 58 f.) die zu vage Abgrenzung des „vernünftigen Netzmanagement“ von der Nichtdiskriminierung. Die *Richter* beanstanden auch, dass die *FCC* in der Order von 2010 nur unzureichend zwischen den Anti-Blockier-Regeln und den Anti-Diskriminierungsregeln unterschieden habe (S. 61 f.). Das *Gericht* gewährt der *FCC* jedoch einen Teilsieg, indem es feststellt, dass die *FCC* eine allgemeine Rechtssetzungsbefugnis über Breitbandinternetdienste gem. Sec. 706 des Telecommunications Act von 1996 hat. Die Vorschrift Sec. 706 (a) CA lautet im Originaltext: "The Commission and each State commission with regulatory jurisdiction over telecommunications services shall encourage the deployment on a reasonable and timely basis of advanced telecommunications capability to all Americans [...] by utilizing, in a manner consistent with the public interest, convenience, and necessity, price cap regulation, regulatory forbearance, measures that promote competition in the local telecommunications market, or other regulating methods that remove barriers to infrastructure investment." Danach darf die *FCC* Regeln erlassen, um den Breitbandausbau auf einer vernünftigen und zeitgerechten Basis zu fördern, und darf Maßnahmen ergreifen, um den Breitbandausbau zu beschleunigen, wenn eine solche Maßnahme erforderlich ist. Das *Gericht* hat in diesem Zusammenhang festgestellt, dass die vorgebrachten Gründe der *FCC* für die Regulierung in der Order von 2010 hinsichtlich des Transparenzgebots ausreichend seien. Das Transparenzgebot sei, anders als *Verizon* behauptet hat, von den zwei beanstandeten Regeln rechtlich durchaus trennbar (S. 62). Das *Gericht*

verwies auf die Entwicklung des Online-Video-Markts als Beispiel für diesen Zyklus und billigte die *FCC*-Entscheidung, das Verhalten der Netzbetreiber in diesem Sinne zu regulieren, auch wenn allein eine kleine Anzahl von Netzbetreibern es versuchen würde, die Inhalteanbieter bei der Erbringung ihrer Dienstleistungen für die Endnutzer von Breitband zu stören. Mit dieser Argumentation hatte die *FCC* also (begrenzten) Erfolg. Diese Schlussfolgerungen des *Gerichts* könnten sich als nützlich erweisen, wenn die *FCC* versucht, ihre offenen Internetregeln zu überarbeiten, oder beschließt, andere Maßnahmen zu ergreifen, um den Breitbandausbau zu fördern.

- Allerdings habe die *FCC* mit den o.g. Prinzipien 2 und 3 der Open-Internet-Order ihre Rechtssetzungsbefugnisse nach dem CA überschritten. Breitbanddienste werden derzeit von der *FCC* als Informationsdienste angesehen - eine Kategorie, die der Behörde rechtlich nur eine recht begrenzte Anzahl von Regelungsoptionen einräumt. Die *FCC* hatte sich bei der Open-Internet-Order gegen Widerstände aus der Branche nicht mit ihrem Plan durchsetzen können, Breitbandnetze mit Telefonnetzen gleichzustellen und sie damit einem strikten Regulierungsregime (Titel 2 CA - sog. Common-Carrier-Verpflichtungen) zu unterwerfen. Während die *FCC* dem Urteil zufolge zwar grundsätzlich die Befugnis habe, Breitbandinternetdienste zu regulieren, so dürften die *FCC*-Regelungen sich nicht in Widerspruch zum CA setzen - so das *Gericht*. Das Gesetz besage jedoch, dass nur solche Unternehmen Adressaten von Common-Carrier-Verpflichtungen sein könnten, die Common-Carrier seien. Folglich habe nach Auffassung der *Richter* die *FCC* keine Kompetenz, den Anbietern von Breitbandinternetdiensten Common-Carrier-Verpflichtungen aufzuerlegen. Mit anderen Worten: Hätte die *FCC* die Breitbandanbieter vorab als Common-Carrier klassifiziert, so hätte die *FCC*-Order von 2010 womöglich vor *Gericht* Bestand gehabt.
- Das *Gericht* verwendet im Urteil viele Seiten (S. 19 ff.) darauf, die Reichweite von Sec. 706 CA zu klären. Nach der Auslegung des *Gerichts* sei es den Anbietern von Breitbandinternet nicht verboten, Nutzern ihre Dienste zu unterschiedlichen (Vertrags-) Bedingungen anzubieten. In ihrer Passage zu den Anti-Blockierungs- und Anti-Diskriminierungsregeln erläutern die *Richter* ihre Zweifel daran, dass solche Regelungen den Netzbetreibern genügend Raum gewährten, um individuelle Vereinbarungen auszuhandeln. Sie seien nach Auslegung der *FCC* keine Common-Carrier, sodass die Regel in Sec. 202 (a) CA, wonach Common-Carrier keine „ungerechte oder unvernünftige Diskriminierung“ bei der Dienstleistung vornehmen dürften, keine Anwendung fände. Deswegen seien individuelle, sog. „Pay for Priority“-Vereinbarungen zwischen den Inhalteanbieter und den Breitbandanbietern nach bestehender Rechtslage durchaus möglich.
- Die Anti-Blockier-Regel der *FCC* scheiterte vor *Gericht* aus ähnlichen Rechtsgründen. Immerhin scheint das *Gericht* hier die Möglichkeit ins Auge gefasst zu haben, dass eine Anti-Blockier-Regel nicht zwangsläufig voraussetze, dass der Anbieter als Common-Carrier eingestuft würde. Das *Gericht* nennt als Beispielfall, dass die Inhalteanbieter und die Breitbandanbieter eine individuelle Vereinbarung über die Priorität des Datenverkehrs abschließen; dann dürften andere Inhalteanbieter, welche die Vereinbarung nicht unterzeichnen, nicht blockiert werden, auch wenn der Vertrag das vorsieht. Für diesen (konkreten) Fall hätte die *FCC* bei einer weiten Auslegung des Urteils durchaus Regelungskompetenz. Eine solche *FCC*-Regel „Discrimination light“ gibt es allerdings derzeit nicht. Es

herrscht erst einmal der „Wilde Westen.“

#### 4. Weitreichende Folgen für die FCC

Die Entscheidung bewirkt keinen Totalverlust für die *FCC*, da das Transparenzgebot der *FCC* nicht beanstandet wurde. Grundsätzlich hat die *FCC* nach Sec. 706 CA Regulierungskompetenz. Das wirft u.a. die Frage auf, ob diese Vorschrift auch für die Regelung anderer Dienste außerhalb der Common-Carrier-Verpflichtung gilt – z.B. für Video-on-Demand. Die Common-Carrier und ISP müssen ihre Netzmanagement-Praktiken weiterhin offenlegen. Der *FCC*-Vorsitzende *Wheeler* hat bereits einige Stunden nach dem Bekanntwerden der Entscheidung eine kurze Erklärung abgegeben, dass die *FCC* sich alle Optionen offenhalte, einschließlich einer Beschwerde zur nächsten Instanz. Die *FCC* hat nach dem Urteil eine Reihe von Optionen:

- Sie könnte um eine erneute Anhörung von der gesamten *DC Circuit Court* ersuchen. Die Behörde könnte Beschwerde beim *US Supreme Court* einreichen. Ob das *Oberste Gericht* dieses Rechtsmittel zur Entscheidung annimmt, ist zweifelhaft.
- Die *FCC* könnte versuchen, die Breitbandinternetanbieter als Common-Carrier gem. Sec. 706 CA einzustufen. Diese Debatte gibt es schon seit langem. Zweifelhaft ist, ob die beiden der *Republikanischen Partei* nahestehenden Kommissare *Pai* und *O’Rielly* diese Bemühungen mittragen werden. Beide haben bereits Widerstand angekündigt. Ob sie überstimmt werden könnten, ist offen.
- Sie könnte eine neue Regel „Discrimination light“ - wie o.g. - erlassen.

#### Vorläufiges Fazit

Das Urteil stellt eine große Herausforderung für den neuen *FCC*-Vorsitzenden *Wheeler* zu Beginn seiner Amtszeit dar. Die Entscheidung des *Gerichts* wirft einige grundsätzliche Fragen darüber auf, was die *FCC* im Bereich der Netzneutralität tun sollte bzw. darf. Die Debatte dürfte sich auch darauf fokussieren, ob und wie der *US-Kongress* einen Ordnungsrahmen für die sich immer schneller fortentwickelnde Internetkommunikation schaffen kann. Einige Kongressabgeordneten und Senatoren haben sich bereits für eine Rahmenregulierung ausgesprochen. Angesichts der Mehrheitsverhältnisse im *Kongress* ist ein Gesetz zur Sicherung der Netzneutralität zurzeit höchst unwahrscheinlich. Ein eher zum Ziel führender Weg dürfte sein, dass die Industrie von sich aus freiwillige Standards zum Schutz des „Offenen Internet“ vereinbart. Dies ist angesichts der divergierenden Interessen in der Industrie freilich keine einfache Aufgabe. Eine weitere Möglichkeit ist, dass die *FTC (Federal Trade Commission)* in bestimmten Fällen auf der Grundlage des bestehenden Wettbewerbs- und Kundenschutzrechts gegen bestimmte Angebote von Breitbandanbietern einschreitet. Ein ähnliches Vorgehen der Behörden, begründet mit dem Recht des Verbraucherschutzes, gibt es seit langem auf dem Gebiet der „Privacy“. Bislang sind die Behörden in diesem Bereich aber eher vorsichtig. Es bleibt auch nach dem Urteil unklar, ob die *FTC* diesen Bereich nach Wettbewerbsrecht (z.B. mit dem Argument „Monopolstellung“ des Breitbandanbieters) rechtlich besetzen kann, nachdem das *Berufungsgericht* die Kompetenz der *FCC* nach dem CA nunmehr in zwei Fällen (*Comcast* und *Verizon*) weitgehend abgelehnt hat. Die Klägerin, *Verizon*, hat angekündigt, dass sich für ihre Endkunden vorerst nichts an der Bereitstellung von Internetdiensten ändern wird. Ähnlich haben auch zahlreiche ISP auf das Urteil reagiert. Ob das so bleiben wird und ob anderenfalls Kunden zu anderen Anbietern abwandern, ist offen.

**Weiterführende Links**

Vgl. auch *Spies*, MMR-Aktuell 2011, 315809; *Spies*, MMR 2014, 1; *Frevert*, Netzneutralität 2012 – Aktueller Stand der Diskussion und Gesetzgebung, MMR 2012, 510 und zur Netzneutralitätsverordnung *Wimmer/Löw*, MMR 2013, 636.