

Netzneutralität: Stichwort oder Unwort des Jahres?

Neues US-Regulierungsverfahren mit Auswirkungen auf Deutschland

Telekommunikations- und Medienrecht

Das Internet ist ohne die Netzbetreiber nicht denkbar, welche die Kärnerarbeit leisten und unzählige Datenpakete von einem Ort zum anderen transportieren.

Dürfen die Netzbetreiber bestimmte Datenpakete privilegieren? Dürfen sie „Maut“ für die Nutzung der neu zu errichtenden „Breitband-Autobahnen“ verlangen? Können innovative Dienste wie Internettelefonie (VoIP), die das traditionelle Geschäft der großen Telefonanbieter ablösen, ausgeschlossen werden? Welche Beschränkungen sind für Dienste, die sehr viel Leitungskapazität in Anspruch nehmen, wie Inter-

net-TV oder das Herunterladen von Spielfilmen und Videos, zulässig?

In den USA ist die schon lange politisch heiße Debatte zur „Netzneutralität“ nun wieder hochgekocht, nachdem die Obama-Administration im Sattel sitzt. Die Federal Communications Commission (FCC) hat hierzu kürzlich ein viel beachtetes Regulierungsverfahren eingeleitet. Indes kocht die Netzneutralität in Brüssel, Bonn und Berlin auf kleiner Flamme. Dies könnte sich in diesem Jahr ändern. Im neuen deutschen Koalitionsvertrag ist die Netzneutralität schon erwähnt.

I. Einleitung

Netzbetreiber, Inhaltenanbieter und Endkunden befinden sich in einer Symbiose: Ohne die vielen großen und kleinen Inhaltenanbieter bleiben die teuren Datenautobahnen leer; ohne die Netzbetreiber können die Inhaltenanbieter ihre Informationen nicht an den Endkunden bringen; die Endkunden ihrerseits können ohne die Datenautobahnen nicht mehr mit anderen Kunden durch das Internet kommunizieren oder Inhalte nach Wunsch abrufen. Es fällt schwer, mit einer griffigen Definition der Netzneutralität („Net Neutrality“) für diese Dreiecksbeziehung aufzuwarten. Allgemein lässt sich sagen, dass Netzneutralität die Kommunikationsfreiheit über das Internet abdeckt.¹ Sie ist ein Grundprinzip für Breitband- und andere öffentliche Kommunikationsnetze, das die Kontrolle betrifft, die Netzanbieter auf den für die Nutzer des Netzes bestimmten Inhalte ausüben.

Die Details sind in den USA und nunmehr auch in Deutschland umstritten. Die Diskussion um die Netzneutralität hat erhebliche wirtschaftliche Bedeutung, z.B. für die Internettelefonie (VoIP), den Onlineverkauf von Medieninhalten, für das immer wichtiger werdende „Cloud Computing“ – ein Modell, nach dem Unternehmen und private Nutzer bestimmte Software- oder Hardwarefunktionen ganz oder teilweise auf Server von Diensteanbietern überall auf der Welt zentral auslagern² –, aber auch für die Geschäftsmodelle der Infrastrukturanbieter.

Häufig wird zwecks Argumentation auf andere Netzstrukturen hingewiesen, um entweder die Vorteile der Netzneutralität herauszustreichen oder deren Einschränkung zu rechtfertigen. Für den ersten Fall zieht man demgemäß gerne das Stromnetz als positiven Beleg heran. Die neutrale Zurverfügungstellung elek-

trischer Energie hat zur Folge gehabt, dass zahlreiche Innovationen im Zuge der Elektrifizierung ihren Weg zum Kunden gefunden haben. Das Stromnetz unterscheidet nicht danach, ob Strom für ein Produkt eines bestimmten Herstellers gebraucht wird oder ob es sich um ein Handyladegerät oder einen Flachbildschirm handelt. Auf der Grundlage eines neutralen Stromnetzes konnten zahlreiche Innovationen in den unterschiedlichsten Bereichen entwickelt und dem Markt angeboten werden. Die Gegner der Netzneutralität verweisen hingegen gerne auf die Post.³ Auch hier sei es üblich und akzeptiert, für Expressdienste und die schnellere Zustellung von Lieferungen einen zusätzlichen Obulus zu verlangen. Stellenweise wird sogar vertreten, dass eine Netzneutralität i.e.S. nie existiert habe, da von jeher der Netzzugang über gebuchte Bandbreite oder die Zugangstechnologie differenziert zur Verfügung gestellt worden sei.⁴ Dass überhaupt die Netzneutralität zu einem solch brisanten Thema geworden ist, liegt am technologischen Fortschritt. Die Übertragung der Daten im Netz erfolgte bislang und bis heute weitestgehend nach der sog. Best-effort-Methode. Die einzelnen Datenpakete werden somit nicht nach Inhalt oder anderen Kriterien sortiert, sondern gleichbehandelt versendet. Innovative Differenzierungsmethoden ermöglichen es nun, dass Details zu den versendeten Datenpaketen, z.B. deren Ursprung oder Zieladresse, aber auch der konkrete Inhalt mitunter ohne Zeitverlust und auch in Anbetracht der enormen Verkehrsmengen auf den heutigen Netzen ausgelesen und analysiert werden können (sog. „deep packet inspection“).⁵ Erst mit den neuen Technologien ist es möglich geworden, innerhalb des neutralen Netzes – je nach Perspektive – in „guten“ und „schlechten“ Verkehr zu differenzieren und damit die Verkehrsströme zu steuern.

II. Die „Net Neutrality“-Debatte in den USA

1. Ausgangslage und Lager

Die Debatte um die Netzneutralität geht in den USA schon seit Jahren hin und her. Beide Lager, Befürworter und Gegner, haben Millionen Dollar in Werbespots, Anzeigen und Internetaufrufe investiert.⁶ Die Befürworter der Netzneutralität behaupten, dass derjenige, der die Netze kontrolliere, den Zugang und Informationsfluss über die Netze steuern könne, damit den Wettbewerb und die Meinungsfreiheit behindere und künstlich eine Knappheit von Netzressourcen zu seinen Gunsten herbeiführen könne.

¹ Eine ausführlichere Definition bietet einer der Pioniere in der Netzneutralitäts-Diskussion, Prof. Wu (Columbia University): http://www.timwu.org/network_neutrality.html.

² Ausf. zum Cloud Computing Spies MMR 5/2009, S. XI m.w.Nw.

³ Brenner/Zamekowl/Kruse, Qualität im Internet – Technische und wirtschaftliche Entwicklungsperspektiven, 2007, abrufbar unter: <http://qos.iwi.unisg.ch>.

⁴ Economides, Net Neutrality, Non-Discrimination and Digital Distribution of Content Through the Internet, AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies Related Publication 07-2007.

⁵ Zur Deep Packet Inspection und Behavioral Advertisement s. Spies, MMR 11/2008, S. XII.

⁶ Verschiedene Aspekte der Netzneutralität und Aktivitäten in den USA sind bereits in MMR-Aktuell dargestellt worden: zuletzt vgl. Spies, MMR 11/2009, S. X; MMR 12/2009, S. V.

Sie behaupten weiter, dass ein Netz, für welches das Prinzip der Netzneutralität nicht gilt, zu einer „Datendiskriminierung“ führe. Es werde löcherig, indem es verhindere, dass der Endkunde den Inhalt seiner Wahl über das Netz abrufen kann. Weiterhin glauben die Befürworter, dass ein Mangel an Netzneutralität zu einem ungleichen Spielfeld gerade für die kleineren Anbieter (wie Softwareentwickler) und aufstrebende Künstler führe und die Qualität, Zuverlässigkeit und Schnelligkeit der über das Netz ausgetauschten Informationen behindere, was letztlich zu einer Beschränkung des Rechts auf Meinungsäußerung („Freie Rede“ i.S.d. Ersten Verfassungszusatzes der USA) über das Netz und zu neuen Monopolen führe.

Die Gegner des Prinzips der Netzneutralität, vornehmlich die Kabelnetzbetreiber sowie die großen Incumbent Local Exchange Carriers (ILECs) wie AT&T und Verizon, argumentieren, dass die Netzanbieter keine Pläne hätten, über ihre Netze geleitete Inhalte zu kontrollieren oder ansonsten negativ zu beeinflussen. Eine Regelung der Netzneutralität würde der Bürokratisierung des Internet Tür und Tor öffnen. Die Befürworter seien auf der Suche nach einem Problem, das in praxi nicht existiere. Sie behaupten ferner, dass ein Mindestmaß an Inhaltskontrolle erforderlich sei, um die Netze zu verwalten und kriminelle Aktivitäten einzudämmen. Diese Kontrolle käme letztendlich allen Nutzern zugute. Ein weiteres häufig gehörtes Argument ist, dass ein Eingriff in die Netzverwaltung und die Übermittlung der Daten dazu führe, dass zu wenig in neue Netze investiert werde, wenn der Netzbetreiber diese nicht vornehmlich für eigene Dienste nutzen dürfe. Auf den Punkt gebracht: Wenn jemand Datenautobahnen mit privaten Mitteln baue, solle er auch für deren Nutzung „Maut“ verlangen dürfen. Der Diensteanbieter Google ist z.B. mit der größte Verursacher von Datenverkehr. Allein im Jahr 2009 war Google bereits für geschätzte 25% des Bandbreitenverkehrs der Verbraucher in den USA verantwortlich, kam aber im Jahre 2008 nach einer US-Studie nur für 0,8% der verursachten Kosten durch Datenverkehr auf.⁷ Die Online-Videoplattform „YouTube“ allein beanspruchte 5% des gesamten globalen Datenverkehrs.⁸

2. Die Prinzipien der FCC von 2005

Die *Federal Communications Commission (FCC)* hat im Jahre 2005 ein sog. Broadband Policy Statement (auch Internet Policy Statement genannt) veröffentlicht, das vier Prinzipien der Netzneutralität umfasst, die für ein „offenes Internet“ erforderlich seien.⁹ Wörtlich heißt es: „Um die Entwicklung von Breitband zu fördern und zu erhalten und die offene und miteinander verbundene Natur des öffentlichen Internet zu fördern, sind die Endnutzer berechtigt,

- den legalen Internetinhalt ihrer Wahl abzurufen,
- Netzanwendungen und Dienstleistungen ihrer Wahl durchzuführen, begrenzt von den Bedürfnissen der Sicherheitsorgane,
- nach ihrer Wahl legale Endgeräte ans Netz anzuschließen, welche die Netzsicherheit nicht gefährden,
- dass die Netzanbieter, Anwendungs- sowie Dienste- und Inhalteanbieter miteinander in Wettbewerb treten.“

Ob und wie weit diese FCC-Prinzipien unmittelbare Rechtswirkungen entfalten, ist umstritten. Wenige Zeit nach der Veröffentlichung dieser Breitbandprinzipien hat die FCC diese Prinzipien in den großen Zusammenschlussverfahren der Netzbetreiber Verizon/MCI¹⁰ und SBC/AT&T¹¹ angewandt. Im Jahr 2008 ging die FCC dann noch einen Schritt weiter, indem sie eine Anordnung gegen „Comcast“ erließ:¹² „Comcast“, ein führender Kabelnetzbetreiber und Internetanbieter in den USA, war beschuldigt worden, Peer-to-Peer-Anwendungen seiner Kunden zu beeinträchtigen – angeblich, um zu verhindern, dass das Netz überlastet würde. Die FCC klassifizierte diese Schritte von Comcast als „unvernünftige (unreasonable) Netzmanagementprak-

tiken“, die gegen das FCC-Internet Policy Statement verstoßen. Die FCC traf auf dieser Grundlage die Anordnung, dass Comcast

- der Behörde das Netzmanagement und die dazu benutzten Geräte und Anwendungen offen legen,
- einen detaillierten Plan zur Abhilfe der Diskriminierung vorlegen und
- einen Plan für eine Reformierung der Netzpraktiken innerhalb einer bestimmten Frist entwickeln und zur Genehmigung vorlegen muss.

Der damalige FCC-Vorsitzende Martin machte klar, dass diese Order kein Einzelfall sei, sondern die FCC erwarte, dass sich alle Netzanbieter an diese Prinzipien halten. Schon im Jahr 2005 kam es zu einem wegweisenden Consent Decree (ein behördlich gebilligter Vergleich), in dem der lokale Netzbetreiber Madison River sich dazu verpflichtete, VoIP-Verkehr des Anbieters Vonage nicht länger zu beschränken.¹³

3. Breitbandfördertöpfe und Netzneutralität

Die Entwicklung ging vor einigen Monaten einen Schritt weiter mit der Bereitstellung von rd. US-\$ 7,2 Mrd. Fördergeldern für Breitbandprojekte. In dem American Recovery and Reinvestment Act 2009 (ARRA) sind Vorschriften enthalten, nach denen die ausführenden Behörden, nämlich die *National Telecommunications and Information Administration des Handelsministeriums (NTIA)* und der *Rural Utilities Service des US-Landwirtschaftsministeriums (RUS)*, die begünstigten Unternehmen vertraglich verpflichten müssen, die Prinzipien der Netzneutralität einzuhalten. Anderenfalls erhalten sie keine Fördergelder. Außerdem ermächtigt ARRA die NTIA und den RUS, weitergehende Maßnahmen zur Sicherung der Netzneutralität zu ergreifen. Auf dieser Grundlage fügten die Behörden ihren Förderprogrammen das Prinzip hinzu, dass die Empfänger der Fördergelder mit dem geförderten Projekt „keine legalen Internetanwendungen und Inhalte gegenüber anderen bevorzugen“ dürfen. Damit soll z.B. ausgeschlossen werden, dass der Netzanbieter die Übertragungsgeschwindigkeit künstlich drosselt oder eigene Datenpakete bevorzugt weiterleitet. Außerdem müssen die Bewerber ihre Netzmanagementpraktiken offen legen und die Zusammenschaltung mit anderen Netzen gewährleisten.¹⁴

⁷ Cleland, A First-Ever Research Study: Estimating Google's U.S. Consumer Internet Usage & Cost 2007–2010, abrufbar unter: http://www.netcompetition.org/study_of_google_internet_usage_costs2.pdf.

⁸ Sandvine, 2009 Global Broadband Phenomena; Zusammenfassung abrufbar unter: http://www.sandvine.com/news/global_broadband_trends.asp.

⁹ Relevante FCC-Verfahren: CC Docket Nos. 02-33, 01-337, 95-20 & 98-10, GN Docket No. 00-185, CS Docket No. 02-52, Policy Statement, 20 FCC Rcd 14986 (2005) („Internet Policy Statement“).

¹⁰ Verizon Comms. Inc. and MCI, Inc. Applications for Approval of Transfer of Control, WC Docket No. 05-75, 20 FCC Rcd 18433 (2005).

¹¹ SBC Comms. Inc. and AT&T Corp. Applications for Approval of Transfer of Control, WC Docket No. 05-65, 20 FCC Rcd 18290 (2005).

¹² Formal Complaint of Free Press and Public Knowledge Against Comcast Corporation for Secretly Degrading Peer-to-Peer Applications; Broadband Industry Practices Petition of Free Press et al. for Declaratory Ruling that Degrading an Internet Application Violates the FCC's Internet Policy Statement and Does Not Meet an Exception for „Reasonable Network Management“, Memorandum Opinion and Order, File No. EB-08-IH-1518 & WC Docket No. 07-52 (rel. Aug. 20, 2008) („Comcast Order“).

¹³ Madison River Communications, LLC and affiliated companies, Order, File No. EB-05-IH-0110, Acct. No. 200532080126, FRN: 0004334082 (rel. Mar. 3, 2005).

¹⁴ Spies, MMR 12/2009, S. V; s. im Einzelnen die gemeinsame Notice of Funding Availability (NOFA) der NTIA und RUS v. 9.7.2009, S. 33110 (<http://www.broadband.usa.gov/files/BB%20NOFA%20FINAL%2007092009.pdf>), Sec. 2c – Auszug: „All Broadband Infrastructure [...] applicants, must commit to the following Nondiscrimination and Interconnection Obligations: i.) adhere to the principles contained in the FCC's Internet Policy Statement (FCC 05-151, adopted August 5, 2005); ii.) not favor any lawful Internet applications and content over others; iii.) display any network management policies in a prominent location on the service provider's web page and provide notice to customers of changes to these policies (awardees must describe any business practices or technical mechanisms they employ, other than standard best efforts Internet delivery, to allocate capacity; differentiate among applications, providers, or sources; limit usage; and manage illegal or harmful content)...“

4. Neuere Initiativen

Zu Zeiten der *Bush*-Administration hat es bereits einige Gesetzinitiativen zur Sicherung der Netzneutralität im *US-Kongress* gegeben.¹⁵ Der von der *Obama*-Administration kürzlich ernannte neue FCC-Vorsitzende *Genachowski* betont, dass seine Behörde die Wahrung der Netzneutralität vorantreiben will. *Genachowski* war schon im Wahlkampf von Präsident *Obama* federführend an der Erstellung des Technologie- und Innovationsplans beteiligt. Dementsprechend hat die *FCC* vor kurzem ein neues öffentliches Untersuchungsverfahren eingeleitet, mit dessen Hilfe die Hersteller von Mobilfunkgeräten unter die Lupe genommen und Wettbewerbshindernisse ans Licht gebracht werden sollen. U.a. geht es um Exklusivitätsabreden zwischen *Apple*, dem Hersteller des populären iPhone, und *AT&T* als Netzbetreiber. Ein Gesichtspunkt der Untersuchung ist, ob durch derlei Abreden die Anbieter von VoIP-Diensten benachteiligt oder ganz vom Kundenkontakt über das Gerät ausgeschlossen werden. Das Thema Netzneutralität wird auch für den nationalen Breitbandplan eine Rolle spielen, der von der *FCC* im Zusammenspiel mit anderen Behörden entwickelt wird und in Kürze dem *Kongress* vorzulegen ist. Der einflussreiche Demokratische Abgeordnete und Vorsitzende des Commerce Committee des Repräsentantenhauses *Waxman* hat zusammen mit seinem Kollegen *Markey* im Juli 2009 den Entwurf eines „Internet Freedom Preservation Act“ im *Kongress* eingebracht, der die Netzneutralität sowie den Verbraucherschutz im Internetsektor gesetzlich festschreiben soll.

5. Aktuelle FCC-Notice of Public Rulemaking

Das fünfköpfige Führungsgremium der *FCC* entschied sich am 22.10.2009 mehrheitlich für die Einleitung eines formellen öffentlichen Kommentierungsverfahrens (Notice of Public Rulemaking – NPRM), verbunden mit Public Workshops, zum Zwecke der Erstellung von bindenden Regeln zur Sicherung der Netzneutralität.¹⁶ Die treibende Kraft hierfür war der *FCC*-Vorsitzende *Genachowski*, der u.a. vor der Presse plakativ folgende Marschrichtung ausgab: „Die Internetnutzer sollten immer das letzte Wort bei der Wahl ihres Onlinedienstes haben“, so *Genachowski*, „egal welche Software, welche Anwendung oder welchen Service sie bevorzugen, egal welches Netz und welche Hardware sie nutzen, um in das Internet einzusteigen.“ Kernpunkt des NPRM ist, den vier schon existierenden Regeln zwei weitere (Nicht-Diskriminierung der Verkehrsströme und Transparenz des Netzmanagements) hinzuzufügen. Die mit den neu-

en Regeln einhergehende größere Transparenz solle den Verbrauchern das Vertrauen geben, dass sie tatsächlich den Dienst erhalten, für den sie bezahlen. Die genauen Einzelheiten für die Herstellung der Transparenz will die *FCC* noch untersuchen.¹⁷ Die sechs vorgeschlagenen Prinzipien lauten im Originalwortlaut:

„Under the draft proposed rules, subject to reasonable network management, a provider of broadband Internet access service:

1. would not be allowed to prevent any of its users from sending or receiving the lawful content of the user's choice over the Internet;
2. would not be allowed to prevent any of its users from running the lawful applications or using the lawful services of the user's choice;
3. would not be allowed to prevent any of its users from connecting to and using on its network the user's choice of lawful devices that do not harm the network;
4. would not be allowed to deprive any of its users of the user's entitlement to competition among network providers, application providers, service providers, and content providers;
5. would be required to treat lawful content, applications, and services in a nondiscriminatory manner; and
6. would be required to disclose such information concerning network management and other practices as is reasonably required for users and content, application, and service providers to enjoy the protections specified in this rulemaking.“¹⁸

Die *FCC* ersucht außerdem um Kommentare zu den Auswirkungen der Prinzipien der Netzneutralität auf sog. internetbasierte „managed“ oder „specialized services“. Die *FCC* nennt als Beispiele Sprachdienste, Video über das Internet und Enterprise Business Services sowie Sonderanwendungen wie Telemedizin, Smart Grid und eLearning. Vom Grundsatz her sollen diese Prinzipien zur Netzneutralität technologieneutral für alle Breitbandverbindungen gelten, also auch für das mobile Internet¹⁹ oder Breitband über Satellit. Mit einer *FCC*-Entscheidung wird nicht vor März 2010 gerechnet.²⁰ Zahlreiche Abgeordnete äußerten sich skeptisch über das NPRM.²¹

III. (Wenige) Vorgaben aus Brüssel

Die *EU-Kommission* hält sich bislang in Sachen Netzneutralität zurück. In dem neuen Rechtsrahmen für den Kommunikationssektor, den kürzlich der *Rat* gebilligt hat,²² legt die EU den Schwerpunkt auf Transparenz beim Netzmanagement, um die Verbraucher zu schützen. Die neue Regelung besagt, dass die Mitgliedstaaten künftig dafür sorgen sollen, dass die Verbraucher beim Abschluss von Verträgen vor Vertragsabschluss und danach regelmäßig in klarer Weise darüber aufgeklärt werden, wenn ein Anbieter ihren Zugang zu rechtmäßigen Inhalten beschränkt. Darüber hinaus können nationale Regulierungsbehörden einschreiten, damit die Betreiber vergleichbare, angemessene und aktuelle Endnutzerinformationen über die Qualität ihrer Dienste veröffentlichen. Drittens kann die *Kommission* „Mindestanforderungen an die Dienstqualität“ formulieren, um Verschlechterungen der Dienste und eine Verlangsamung des Datenverkehrs in den Netzen zu verhindern.²³ Somit wird der bestehende Regelungsrahmen für ausreichend erachtet, um die Interessen insbesondere der Verbraucher zu wahren. Eine Verbriefung der Netzneutralität ist damit jedoch nicht verbunden. Die *EU-Kommission* hatte zunächst aber sehr wohl einen Vorstoß in Richtung Netzneutralität geplant und in dem Entwurf des „Telekom-Pakets“ das Gebot zu deren Einhaltung aufgenommen. In der ersten Lesung zum Regelwerk hatte das *EU-Parlament* mit großer Mehrheit dieser Passage zugestimmt. Letztlich gab es in der zweiten Lesung die zur jetzigen Fassung führende Aufweichung der zunächst Netzneutralität gebietenden Regeln.

¹⁵ Besonders zu erwähnen ist der Gesetzentwurf des Repräsentantenhauses H.R.5353 der Abgeordneten *Markey* und *Pickering* v. 11.2.2008, der allerdings – maßgeblich wegen des intensiven Störfeuers der großen Netzbetreiber – nicht Gesetzeskraft erlangte.

¹⁶ Das fünfköpfige *FCC*-Führungsgremium setzt sich neben dem Vorsitzenden (Demokrat) aus je zwei Demokraten und zwei Republikanern zusammen. Während die Demokraten dafür stimmten, den Entwurf zu unterstützen, gab es seitens der Republikaner nur eine Zusage für den Start des formalen Prozesses zur Erstellung der Regeln. Sie betonten jedoch, dass sie den Inhalt des vorgeschlagenen Regelwerks ablehnen.

¹⁷ Das *FCC Office of Engineering and Technology* führt zur Zeit weitere Anhörungen (technical advisory process) durch.

¹⁸ Die NPRM, PM und Stellungnahmen der *FCC*-Kommissare sind abrufbar unter: www.fcc.gov, „Headlines“ – s. insb.: http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-09-93A1.pdf für das NPRM; sowie weitere Informationen auf der Webseite der *FCC* speziell zur Netzneutralität unter: www.openinternet.gov.

¹⁹ Nach der NPRM sollen short message service (SMS) und media messaging service (MMS) der Mobilfunkanbieter nicht unter die Kategorie „broadband Internet access services“ fallen und sind deshalb nicht von der NPRM abgedeckt.

²⁰ Zu den Einzelheiten der NPRM und die Reaktion in den USA s. *Spies*, MMR 12/2009, S. V.

²¹ Zu den verschiedenen Aktivitäten auf dem Capitol Hill s. <http://www.rbr.com/media-news/washington-beat/17966.html>.

²² <http://www.out-law.com/page-10497>.

²³ *EU-Rat* PE-CONS 3674/09 - Art 20 (1) (d) und Art. 21 (3) (d) Universaldienste-RL: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/09/st03/st03674.en09.pdf>.

Dieser Ansatz ist aus der Warte des Verbraucherschutzes, verglichen mit den geschiederten FCC-Regeln, relativ dünn. Ein allgemeines Diskriminierungsverbot geben die neuen EU-Regeln nicht her. Die für den TK-Bereich noch zuständige Kommissarin Reding hat am 6.10.2009 in einer Rede²⁴ ausgeführt, dass von der EU derzeit detaillierte Regeln nicht zu erwarten sind. Wohl aber möchte Reding auf der Grundlage der neuen Regeln und der Zweiten Roaming-Verordnung gegen die Sperrungen von Internettelefonie („Skype“) im Mobilfunk vorgehen. Da sich aber auch die nationalen Regulierungsbehörden, wie die BNetzA, mit diesem speziellen Thema bereits beschäftigten, besteht derzeit wenig Handlungsdruck in Brüssel.²⁵

IV. Unentschlossenheit in Deutschland

Die Debatte in Deutschland fällt im Vergleich zu der in den USA geführten Diskussion weit zurück.²⁶ Ob dies u.a. daran liegt, dass die aus der Wirtschaft stammenden und die Diskussion anheizenden Verfechter der Netzneutralität in den USA beheimatete Unternehmen wie Google und Amazon sind, kann nur eine Vermutung bleiben. Jedenfalls ist die hierzulande geführte Diskussion eher eine unter Experten – auch jenen aus den Reihen der Politik. Im jüngst geschlossenen Koalitionsvertrag der Regierungsparteien findet sich dementsprechend nur ein knapper Passus zum Thema. Darin heißt es: „Wir vertrauen darauf, dass der bestehende Wettbewerb die neutrale Datenübermittlung im Internet und anderen neuen Medien (Netzneutralität) sicherstellt, werden die Entwicklung aber sorgfältig beobachten und nötigenfalls mit dem Ziel der Wahrung der Netzneutralität gegensteuern.“²⁷ Die ersten Fälle zum Thema Einschränkung der Netzneutralität sind in Deutschland bereits zu beobachten. Zuletzt erregte die Auseinandersetzung zwischen Skype und dem Mobilfunk-Serviceprovider T-Mobile Aufsehen. Skype hatte einen VoIP-Client entwickelt, mit dem Nutzer eines iPhone über IP-Verbindungen telefonieren können. Schon Mitte 2008 hatte der Anbieter Sipgate ebenfalls einen kostenlosen VoIP-Client für das iPhone veröffentlicht, musste diesen aber als Folge eines Rechtsstreits mit T-Mobile wieder vom Markt nehmen. Ebenfalls 2008 fiel Kabel Deutschland bei vielen Kunden unangenehm auf, weil offensichtlich eine Bandbreitendrosselung bei Rückgriff auf das BitTorrent-Protokoll vorgenommen wurde.²⁸

V. Wettbewerb als Kernproblem

Die Verfechter der Netzneutralität sorgen sich, dass bei einem Verzicht auf eine gesetzliche Festschreibung der Netzneutralität die Zugangsanbieter Maßnahmen treffen, die Wettbewerbsbeschränkungen nach sich ziehen. Die Abkehr vom Best-Effort-Modell zieht in den Augen vieler Diskriminierungen hinsichtlich der Wettbewerbsmöglichkeiten (Markteintrittsbarrieren) sowie der Dienstqualität nach sich. Andererseits ist bereits heute die Vereinbarung bestimmter Service-Level-Agreements (SLA) Usus zwischen den Netzbetreibern. Die Migration auf die neuen Next-Generation-Networks (NGN) ermöglicht zudem erstmals eine Abkehr vom nichtintelligenten Netz und damit die Schaffung neuer Dienste. Zukünftige Dienstangebote werden differenzierte Anforderungen an den Quality-of-Service haben und die NGN bieten dazu die erforderliche Plattform. Echtzeitdienste wie IPTV, VOIP und Online-Gaming haben dabei andere, höhere Anforderungen an die Dienstqualität als Streamingdienste, die mit Zwischenpuffern arbeiten, oder schlichte E-Mail-Services.²⁹

Eine Dienstendifferenzierung ist das herausragende Merkmal einer NGN-Umgebung und damit auch für die Zukunft unausweichlich. Qualitätsdifferenzierung und eine Priorisierung von Diensten ist damit nicht zwangsläufig eine Beschränkung der bisherigen Möglichkeiten, sondern vielmehr auch eine Chance für neue Innovationen und Geschäftsmodelle. Nicht übersehen werden darf dabei, dass mögliche Anreize für ein wettbewerbs-

behinderndes Verhalten dann vorliegen, wenn ein Zugangsanbieter vollständig vertikal integriert ist. Denn dann stellt er neben dem eigentlichen Zugang nicht nur die physische Infrastruktur zur Verfügung, sondern auch eigene Inhalte und Dienste. Insbesondere für Deutschland ist dieser Umstand naheliegend, weil eine strikte Beschränkung auf eine der Diensteebenen auf Grund der zumeist vertikal integrierten Unternehmen im Bereich Telekommunikation kaum umsetzbar erscheint. Verschärft wird diese Situation noch dadurch, dass im Anschlussbereich die DTAG auch 12 Jahre nach der Liberalisierung noch marktbeherrschend ist und sich hieraus ein besonderes Missbrauchspotenzial ergibt. Letztlich besteht die Motivation, Dienste von Wettbewerbern auf der Infrastrukturseite zu beeinträchtigen, um die eigenen erbrachten Dienste besser im Markt zu positionieren.

Die Rechtslage und die weitere Entwicklung in den USA bleiben unübersichtlich. In Deutschland ist keine politische Kraft erkennbar, die das Thema intensiv vorantreibt. Man wird sich in Washington, bei der BNetzA in Bonn und bei den involvierten politischen Gremien und Behörden in Berlin Gedanken machen müssen, wie man die Debatte von der Ebene bloßer Schlagworte und Glaubenskriege (wie „Sichert die Freiheit des Internet“) in rechtliche Kanäle leiten kann. Insofern ist der Ansatz der FCC zu begrüßen, erst einmal Fakten und Stellungnahmen zu sammeln, ob und wo überhaupt eine Diskriminierung von Inhalten existiert und ein Einschreiten geboten ist. So sollte auch die BNetzA vorgehen, die sich ohnehin in dieser Angelegenheit intensiv mit der FCC austauscht. Eine bloße Politik des Dazusitzens und Abwartens ist nicht anzuraten. I.R.e. solchen Konsultation, welche die Regulierungsbehörde in Zusammenarbeit mit der ohnehin schon recht aktiven European Regulators Group anstoßen könnte, könnten und sollten einige wichtige Fragen behandelt werden. Hier eine Auswahl:

- „Zugangsalternativen“: Welche Wahlmöglichkeiten hat der Endkunde für den Netzzugang?
- „Quality of Service“: Wie lässt sich messen, dass bestimmte Datenpakete durch den Netzbetreiber benachteiligt oder priorisiert werden?
- „Tarifstaffelung“: Ist es zulässig, dass Netzbetreiber für schnellere Internetverbindungen (ohne Inhaltsdiskriminierung) von ihren Kunden höhere Tarife verlangen? Wie soll eine Grundversorgung gewährleistet werden?
- „Notruf“: Soll die Übertragung von Notrufen und anderen lebenswichtigen Diensten über das Internet bevorzugt werden – wenn ja, wie?
- „Datenschutz“: Ist eine Ungleichbehandlung von Datenpaketen beim Transport mit den Regeln des Datenschutzes vereinbar?
- „Netzmanagement“: Wo enden zulässige Beschränkungen zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des eigenen Netzes und wo beginnt die unzulässige Diskriminierung?

²⁴ The Future of the Internet and Europe's Digital Agenda: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/09/446&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

²⁵ Allg. hierzu Cave/Crocioni, Does Europe Need Network Neutrality Rules?, in: International Journal of Communications 1 (2007), 669–679.

²⁶ Becker, MedienWirtschaft – Zeitschrift für Medienmanagement und Kommunikationsökonomie, 2/2008, 30–35; mit Argumenten gegen eine Festschreibung der Netzneutralität Dewenter/Jaschinski/Wiese, in: Kruse/Dewenter, Wettbewerbsprobleme im Internet, Hamburger Forum Medienökonomie, Bd. 9.

²⁷ Nachzulesen auf S. 101 (Mitte) des Koalitionsvertrags: <http://www.cdu.de/doc/pdf/091026-koalitionsvertrag-cdcsu-fdp.pdf>.

²⁸ http://www.focus.de/digital/internet/kabel-deutschland_aid_264070.html.

²⁹ Die unter <http://www.itu.int/ITU-T/ngn/definition.html> abrufbare Definition der ITU geht explizit u.a. von der Bereitstellung von Quality of Service, basierend auf Breitband-Transporttechnologien, einer separaten Kontrollfunktion für Netzinhaber, Sessions und Services, sowie einer Entkopplung von Service und zu Grunde liegendem Transportweg aus.

■ „Endgeräte“: Welche Netzendgeräte können ohne Störung der Netzsicherheit an das Netz angeschlossen werden?

Als Antwort auf die Frage, welche Konsequenzen bei einem Verzicht auf eine gesetzliche Regulierung der Netzneutralität zu erwarten wären und auf welche Instrumente zur Verhinderung wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen die *Regulierungsbehörde* zurückgreifen kann, lässt sich festhalten, dass zwar auf Seiten der Infrastrukturanbieter durchaus Anreize für Einschränkungen vorliegen können. Allerdings reichen die bestehenden Instrumente des TKG, wie die ex ante-Regulierung von Zugangsleistungen und -bedingungen sowie die ex post-Missbrauchsaufsicht wohl derzeit aus, um diesen Herausforderungen zu begegnen.³⁰ Flankierend und mit einer Rückführung der Regulierung einhergehend steht zudem das Kartellrecht gegen Absprachen und wettbewerbsbeschränkende Vorgehensweisen zur Verfügung. Zudem ist der Gesetzgeber bereits über das Grundgesetz angehalten, dem Bürger eine unbeeinträchtigte Kommunikation über das Internet einzuräumen. Das Internet ist heutzutage für alle Bevölkerungsschichten ein wichtiges Kommunikationsmittel, um sich aus „allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten“ (Art. 5 Abs. 1 GG). So wie ein Rundfunk- oder Pressemonopol einer freiheitlichen Demokratie abträglich ist, so muss es auch beim Zugang zu Inhalten und deren elektronischem Transport zum Nutzer Wettbewerb geben, um eine vom *BVerfG* geforderte kommunikative Grundversorgung auch und gerade über das Internet zu gewährleisten. Niemandem ist damit gedient, allgemeine mit der heißen Nadel gestrickte Regeln zur Sicherung der Netzneutralität Gesetz werden zu lassen. Wie aufgezeigt, stehen den Marktteilnehmern und den Aufsichtsbehörden unterschiedliche Instrumente zur Verfügung, um einmal erkannten wettbewerbsbehindernden Maßnahmen einzelner Marktteilnehmer entgegenzutreten. Andererseits dürfen

30 Ähnl. Carter/Marcus/Wernick, Network Neutrality: Implications for Europe, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 314 (2008), S. 56 f.

die Chancen und Potenziale der IP-Technologie durch eine überbordende Regulierung nicht im Keim erstickt werden.

VI. Fazit

Die beste Medizin gegen Diskriminierungen beim Informationstransport über das Internet ist ein florierender Wettbewerb auf der Ebene der Netze und des Internetzugangs. Wenn ein Netzbetreiber, Internetzugangsbetreiber oder Inhalteanbieter fürchten muss, dass ihm bei einer Diskriminierung von Inhalten Kunden abhanden kommen, weil es für den Kunden attraktive Zugangsalternativen gibt, wird er sich genau überlegen, ob er dem Transport von Inhalten Beschränkungen auferlegt. Hier liegt in Deutschland noch einiges brach: Der Wettbewerb um Breitbandkunden durch Kabelnetzbetreiber ist in Deutschland weit weniger als in den USA in Schwung gekommen. Es besteht eine erhebliche Gefahr, insbesondere vom ehemaligen Monopolisten, dass gerade in ländlichen Gebieten beim Breitbandausbau neue monopolistische Strukturen entstehen. Es ist darum Aufgabe der *Regulierungsbehörde*, der Kartellbehörden und der politischen Entscheidungsträger, den Wettbewerb u.a. durch faire Regeln zum Netzzugang für alternative Netzanbieter (Zusammenschaltung auf allen Netzebenen, Zugang zu Leerrohren usw.) kräftig zu fördern. Der Wettbewerb auf der Netzebene kommt letztlich auch der Netzneutralität zugute.



Dr. Axel Spies

ist Rechtsanwalt bei Bingham McCutchen in Washington DC und Mitherausgeber der MMR.



Dr. Frederic Ufer

ist Leiter Recht und Regulierung des Verbands der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V. (VATM). Der Artikel gibt die persönliche Ansicht des Verfassers wieder.

NIKOLAUS FORGÓ / TINA KRÜGEL

Der Personenbezug von Geodaten

Cui bono, wenn alles bestimmbar ist?

Datenschutzrecht

Weist eine adressgenaue Karte über Altlasten oder über das Durchschnittseinkommen einer bestimmten Straße Personenbezug auf? Und wie ist es mit Satellitenbildern oder den Außenansichten von Häusern – handelt es sich um personenbezogene Daten?

Diese und vergleichbare Fragen diskutiert zurzeit nicht nur die Geo-Informationsbranche, sondern, spätestens seit dem Angebot Google StreetView, auch die juristische und allgemeine Öffentlichkeit. Dabei geht es um die fundamentale und prinzi-

pielle Entscheidung, wann solche Daten dem Datenschutzrecht unterfallen und wann nicht.

Die Diskussion zeigt, dass bei der Abgrenzung eines Sachdatums von einem personenbezogenen Datum erhebliche Unklarheiten herrschen. Dieser Beitrag versucht eine prinzipielle Diskussion der Thematik und schlägt einen neuen Lösungsansatz vor, der sich eng an Wortlaut und Telos der gesetzlichen Definition des personenbezogenen Datums orientiert.

I. Einleitung

Was vor fünf Jahren noch kaum bekannt war, ist heute aus dem Alltag nicht mehr wegzudenken: Geo-Informationssysteme. Ob

1 NowHere (http://www.nowhere.de/landing/lbs_handyregister02/adm02?track=admatic&gclid=CM2g9uHJqJ0CFQ9ZgodW0LIiQ); Google Latitude (http://www.google.com/intl/en_us/latitude/intro.html); Friendsfinder (http://friendsfinder.aol.de/aol/aol_ff/web/).

2 Z.B. der Dienst „Twibble“ (<http://www.twibble.de/>).

es um Navigationssysteme geht, die inzwischen auch auf den gängigen Mobiltelefonen installiert sind und helfen, schnell von A nach B zu gelangen, um Internetdienste, die es ermöglichen, den Aufenthaltsort von Freunden über deren Mobiltelefon zu bestimmen¹ oder den eigenen Standort in einem Tweet automatisch mitzusenden,² um georeferenziertes Scoring oder um Angebote wie Google Earth und neuerdings auch Google StreetView. Geo-Informationssysteme sind allgegenwärtig, ihre Ent-