

de Fall der Auswertung dynamisch vergebener IP-Adressen unter Zuhilfenahme der Vorratsdaten ist in Literatur und Rechtsprechung bislang höchst umstritten. Anknüpfungspunkt dieser Kontroverse war bisher die Frage, ob es sich bei der Ausforschung einer hinter einer dynamisch vergebenen IP-Adresse stehenden Person um einen Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG handelt. Während in der Literatur überwiegend dafür plädiert wurde, dass es sich bei der Auswertung der dynamisch vergebenen IPs um einen Eingriff in Art. 10 GG handele und daher die Voraussetzungen des § 100g StPO vorliegen müssten,⁵⁶ hat sich in der Rechtsprechung die Ansicht gefestigt, dass hier lediglich Bestandsdaten beauskunftet würden und daher ein richterlicher Beschluss nicht notwendig sei.⁵⁷ Diesen Streit hat das *BVerfG* nun zumindest teilweise entschieden. Zwar erkennt das *BVerfG* durchaus in dieser Auskunftserteilung ebenfalls einen Eingriff von gewissem Gewicht, dem stünde jedoch ein gesteigertes Interesse an der Möglichkeit, Internetverbindungen zum Rechtsgüterschutz bzw. zur Wahrung der Rechtsordnung den jeweiligen Akteuren zuzuordnen, gegenüber.⁵⁸ Für die mittelbare Verwendung anlasslos gespeicherter Verkehrsdaten hält das *BVerfG* die beschriebenen hohen Anforderungen nicht umfänglich für notwendig. Da hier ein wesentlich kleinerer Datenausschnitt durch die jeweiligen Behörden abgefragt werde, bliebe die Aussagekraft dieser Auskunft begrenzt, Bewegungsprofile ließen sich damit nicht erstellen.⁵⁹ So bedürfe es für derartige Auskünfte weder eines speziellen Katalogs zur Verfolgung schwerwiegender Straftaten oder zur Abwehr von Gefahren für besonders schützenswerte Rechtsgüter noch eines Richtervorbehalts.⁶⁰ Bezüglich der sich an dieser Stelle ebenfalls stellenden Problematik, ob IP-Adressen grundsätzlich personenbezogene Daten i.S.d. § 3 BDSG sind und ob weiter zwischen statischen und dynamischen IP-Adressen zu unterscheiden ist, äußert sich das Gericht hingegen nicht abschließend.⁶¹

⁵⁶ So u.a. Bär, MMR 2002, 358, 359; ders., Anm. zu LG Stuttgart MMR 2005, 626 f.; ders., Anm. zu AG Offenburg MMR 2007, 811 ff.; Dietrich, GRUR-RR 2006, 145, 146; Gnirck/Lichtenberg, DuD 2004, 598, 600; Köbele, DuD 2004, 609 f.; Schramm, DuD 2006, 785 ff.; a.A. Beck/Kreißig, NSTZ 2007, 304, 307; Sankol, MMR 2006, 361 ff.; ders., K&R 2007, 540, 541 f.

⁵⁷ So u.a. OLG Zweibrücken MMR 2009, 45; a.A. LG Ulm MMR 2004, 187 m. Anm. Bär; LG Bonn, B. v. 21.5.2004 – 31 Qs 65/04; LG Frankenthal MMR 2008, 687 m. Anm. Ernst/Spoenle; OLG Karlsruhe MMR 2009, 412 m. Anm. Sankol.

⁵⁸ *BVerfG* (o. FuBn. 1), Rdnr. 260.

⁵⁹ *BVerfG* (o. FuBn. 1), Rdnr. 256.

⁶⁰ *BVerfG* (o. FuBn. 1), Rdnr. 261.

⁶¹ Vgl. hierzu Heidrich/Wegener, DuD 2010, 172, 174 ff.

⁶² *BVerfGE* 65, 1 ff.

⁶³ *Gurilit*, NJW 2010, 1035, 1041.

⁶⁴ *BVerfG* (o. FuBn. 1), Rdnr. 228; vgl. hierzu Roßnagel, NJW 2010, 1242 ff., der insoweit von einer „Überwachungsgesamtrechnung“ spricht.

IV. Ausblick

Bemerkenswert an der besprochenen Entscheidung ist zunächst, dass das *BVerfG* nun den Weg für eine Einführung einer verdachts- und anlasslosen Speicherung von Verkehrsdaten auf Vorrat grundsätzlich frei gemacht hat, nachdem es diese in der Grundsatzentscheidung zum Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung jedes einzelnen Bürgers noch kategorisch ausgeschlossen hat.⁶² Die Ausführungen des *BVerfG* zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Vorratsdatenspeicherung reihen sich zudem konsequent in die zuvor formulierten Grundsätze anderer Überwachungsmaßnahmen (z.B. Großer Lauschangriff, TK-Überwachung, Online-Durchsuchung) ein und nehmen auf diese Bezug (s.o.). Einmal mehr zeigt das *Gericht* dem Gesetzgeber Schwächen in der Ausgestaltung von Überwachungs- bzw. Gefahrenabwehrmaßnahmen auf. Die Recherchearbeit, die das *BVerfG* im Vorfeld der Entscheidung durchgeführt hat, wäre dem Gesetzgeber bereits bei der Entwicklung des Gesetzesentwurfs möglich gewesen. Ähnlich wie zuvor bei der Aufnahme der Online-Durchsuchung in das BKA-Gesetz steht zu erwarten, dass der Gesetzgeber diese Voraussetzungen detailliert in einen neuen Gesetzesentwurf aufnehmen wird.⁶³ Das Urteil über die Vorratsdatenspeicherung zeigt zudem das Dilemma einer mit immer neuen technischen Herausforderungen konfrontierten Staatsgewalt und den damit verbundenen neuartigen Eingriffen in die Grundrechte des Einzelnen. Dabei versucht das *BVerfG* einen Spagat zwischen den berechtigten Interessen des Staates und verfassungsrechtlich verbürgten Grundrechten des Einzelnen. Es bleibt abzuwarten, inwieweit der Gesetzgeber bei künftigen Gesetzesentwürfen die Mahnung des *Gerichts*, eine solch umfängliche anlasslose Datensammlung müsse die Ausnahme bleiben und der Gesetzgeber müsse sich mit Blick auf die Gesamtheit verschiedener, schon bestehender Datensammlungen größere Zurückhaltung auferlegen, beherzigt.⁶⁴



Marc Schramm ist Mitarbeiter beim Bundesverband Breitbandkommunikation e.V. (BREKO) und verantwortet dort das Ressort Recht & Regulierung.



Dr. Christoph Wegener ist freiberuflicher Consultant in den Bereichen IT-Sicherheit, Datenschutz und Open Source sowie Projektleiter am Horst Görtz Institut für IT-Sicherheit in Bochum.

Die Ausführungen stellen die persönliche Meinung der Autoren dar.

AXEL SPIES / FREDERIC UFER

Netzneutralität 2011

Wohin geht die Reise und wer stellt die Weichen?

Telekommunikations- und Medienrecht

Über das gesamte Jahr 2010 hinweg betrachtet, ist die Debatte um die Netzneutralität international in ruhigeres Fahrwasser gelangt. Ein Patentrezept hat keiner, aber Einigkeit besteht, dass mit einer künstlichen Gleichbehandlung aller Datenströme per Gesetz niemandem geholfen ist. Neben dem

Sammeln von Fakten konzentriert sich die Debatte darauf, wie mit dem vorhandenen Rechtsrahmen Diskriminierungsfreiheit, Transparenz und offener Netzzugang gewährleistet werden können, wobei der Industrie selbst eine Schlüsselrolle zur Vermeidung und Lösung von Konflikten zukommt.

I. Einführung und Bestandsaufnahme

Im Jahr 2010 ist der heftig debattierte Begriff der Netzneutralität¹ nicht zum Unwort des Jahres geworden, wie die Autoren im letzten Januarheft der MMR befürchtet haben.² Eher im Gegenteil – einige Regulierungsbehörden haben hierzu eine erhebliche Betriebsamkeit an den Tag gelegt. Es ist geradezu schick geworden, Konsultationen zur Netzneutralität ins Leben zu rufen, Fakten und Meinungen zu sammeln und Vorschläge zu machen. Wie vor einem Jahr ist immer noch häufig unklar, worum es bei der Netzneutralität im Einzelnen geht und welche Maßnahmen erforderlich sind, um elementare Themen wie Meinungsfreiheit, Innovations- und Investitionskraft in Einklang zu bringen. Im Fokus der Debatte steht immer wieder die Sicherung der „Freiheit des Internet“ für die Informationsübertragung. Wer immer dies fordert, darf das Bedürfnis der Anbieter nach Regulierung der Verkehrsströme (z.B. zum Zwecke der Sicherheit des Netzbetriebs) nicht ausblenden. Mittlerweile hat eine differenzierte Diskussion auch in Deutschland an Dynamik gewonnen. Die Frage ist, welche Weichen gestellt werden müssen, um die Debatte in die richtigen Bahnen zu lenken, um nicht auf einem nationalen Abstellgleis zu landen.

Die Antwort hierauf wird dadurch erschwert, dass weltweit und insbesondere in Deutschland nur wenige Fälle bekannt geworden sind, in denen eine Verletzung des Prinzips der Netzneutralität tatsächlich vorgelegen hat. Normen, die die Netzneutralität festschreiben und anhand derer ein Vergehen festgestellt werden könnte, existieren bislang nicht. Verfechter einer strikten Netzneutralität fordern mit Vehemenz ein Gesetz, das die unbedingte Gleichbehandlung aller Datenpakete legislativ verankert. Fälle von Diskriminierung werden bislang von der *BNetzA* mit den ihr zur Verfügung stehenden Instrumenten des TKG oder vom *BKartA* mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts geahndet. Erwähnung findet Netzneutralität in dem für die nationale Debatte relevanten Kontext bislang vage im Koalitionsvertrag der *Bundesregierung* sowie etwas ausführlicher im überarbeiteten Richtlinienpaket der *EU-Kommission*.³ Die Diskussion kann daher zwangsläufig nur abstrakt geführt werden, da sie sich bislang um potenzielle Gefahren dreht.

II. Situation in Deutschland

Das Thema Netzneutralität hat das in Deutschland im Vergleich zur US-amerikanischen Debatte seit Jahren gepflegte Mauerblümchen-Dasein hinter sich gelassen und seit Beginn 2010 an erheblicher Relevanz gewonnen.

1. Enquête-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“

Der *Deutsche Bundestag* hat am 4.3.2010 einstimmig eine *Enquête-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“* eingesetzt.⁴ Diese soll bis zur parlamentarischen Sommerpause 2012 ihre Ergebnisse und Handlungsempfehlungen vorlegen, damit noch in der 17. Legislaturperiode erste Umsetzungsschritte erfolgen können. Ein Zwischenbericht zu ersten Ergebnissen und Handlungsempfehlungen zu einzelnen Teilbereichen der behandelten Themen sollen bis Ostern 2011 vorliegen. Die *Kommission* setzt sich aus 34 Mitgliedern zusammen, 17 Mitglieder des *Bundestags* und 17 Sachverständige. Die Personen werden nicht vom *Bundestag* gewählt, sondern von den einzelnen Fraktionen entsandt. Eine der bereits aktiven Projektgruppen der *Kommission* befasst sich ausschließlich mit dem Thema Netzneutralität.⁵

2. Nationaler IT-Gipfel

Im Zuge der schnell an Tempo aufnehmenden Diskussion und deren weitreichenden Bedeutung hat die *Arbeitsgruppe „Digitale Infrastrukturen“* des *Nationalen IT-Gipfels*⁶ eine Sonderprojektgruppe „Netzneutralität“ ins Leben gerufen, um einen Beitrag zur Versachlichung der öffentlichen Debatte zu leisten. Daher haben sich neben Wirtschaftsunternehmen und den relevanten Verbänden auch die *BNetzA* und das *BMWi* an diesem Projekt beteiligt. Im Ergebnis sind 11 Thesen formuliert worden, auf deren Grundlage im weiteren Verlauf des IT-Gipfelprozesses 2011 praktikable Lösungskonzepte entwickelt werden sollen:

■ **These 1:** Wirksamer Wettbewerb ist das maßgebliche Korrektiv, um dauerhafte Eingriffe in die Netzneutralität zu Lasten von Verbrauchern oder Diensten zu verhindern. Ziel muss dabei die Förderung der Wettbewerbsintensität sowohl auf dem Markt für TK-Dienstleistungen als auch auf den Märkten für Internetdienste, Anwendungen und Inhalte sein.

■ **These 2:** Aktuell besteht keine Notwendigkeit eines gesetzgeberischen Eingriffs zur Sicherstellung der Netzneutralität. Der regulatorische Rahmen – wie im Referentenentwurf zur TKG-Novelle formuliert – sowie die Instrumente des Wettbewerbsrechts reichen aus heutiger Sicht aus, um potenzielle Auseinandersetzungen zu regeln. Allgemeine Grundsätze deklaratorischer Art sind denkbar. Von der über den neuen EU-Rechtsrahmen eingeräumten Möglichkeit zur Bestimmung von Mindeststandards sollte nur als ultima ratio Gebrauch gemacht werden. Eine zusätzliche deklaratorische Hervorhebung der zu Grunde liegenden allgemeinen Grundsätze ist denkbar.

■ **These 3:** Keine Diskriminierung von Inhalten: Eine Inhaltekontrolle durch Netzbetreiber soll nicht stattfinden, sofern dies nicht durch gesetzliche Regelungen (z.B. behördliche Spernungs- oder Lösungsverfügungen auf Grund Gesetzes) vorgegeben ist.

■ **These 4:** Priorisierung von Diensten/Dienstgruppen muss i.R.d. Netzwerkmanagements möglich sein, um Spitzenlast abzufedern und die Sicherheit und Stabilität der Netze sicherzustellen.

■ **These 5:** Verbot der Diskriminierung einzelner Anbieter: Keine Priorisierung innerhalb von Qualitätsklassen.

■ **These 6:** Um neue Geschäftsmodelle zu ermöglichen und etablierte Geschäftsmodelle gemäß den Erwartungen des Kunden realisieren und weiterentwickeln zu können, sind gesicherte Qualitätsklassen für Dienste notwendig.

■ **These 7:** Um auch in Zukunft die Funktionsfähigkeit der Netze sowie die spezifische Qualität und die Eigenschaften eines Diensts garantieren zu können, muss für Netzbetreiber die Möglichkeit bestehen, von Diensteanbietern und/oder Endkunden ausgewählte Qualitätsklassen netzübergreifend, auch international zu transportieren.

■ **These 8:** „Best-Effort“ wird nicht in Frage gestellt, weiter ermöglicht und ist fortzuentwickeln. Das bisherige Leistungsniveau wird damit nicht unterschritten, sondern soll neben qualitätsgesicherten Diensten einen festen Platz einnehmen. Inno-

¹ Der *Wissenschaftliche Dienst des Bundestags* bezeichnet Netzneutralität als die neutrale Übermittlung von Daten im Internet, was eine gleichberechtigte Übertragung aller Datenpakete unabhängig davon bedeutet, woher diese stammen, welchen Inhalt sie haben oder welche Anwendungen die Pakete generiert haben, s. unter: <http://www.bundestag.de/dokumente/analysen/2010/Netzneutralitaet.pdf>.

² *Spies/Ufer*, MMR 2010, 13.

³ Vgl. hierzu ausf. *Spies/Ufer*, MMR 2010, 13, 16; *Ufer*, K&R 2010, 383; *Holznapel*, K&R 2010, 95.

⁴ Informationen zur aktuellen *Enquête-Kommission* sind abrufbar unter: <http://www.bundestag.de/internetenquete/index.jsp>.

⁵ In den aktuell insgesamt drei Projektgruppen arbeiten jeweils neun stimmberechtigte und bis zu 17 weitere Mitglieder an den Themen Datenschutz, Urheberrecht und eben Netzneutralität.

⁶ Der *Nationale IT-Gipfel* ist ein vom *BMWi* ausgerichteteter und seit 2006 jährlich stattfindender Kongress, der Konzepte entwickeln soll, wie Deutschland als IT-Standort gestärkt werden kann.

tive neue Dienste können sich damit sowohl unter „Best-Effort“ als auch in einem qualitätsgesicherten Umfeld entwickeln.

■ **These 9:** Weitreichende Transparenz gegenüber Endkunden und Diensteanbietern hinsichtlich Qualitätsklassen und Netzwerkmanagement, sowohl im Moment des Vertragsabschlusses sowie auch im laufenden Vertragsverhältnis. Allgemeine Grundsätze deklaratorischer Art sind denkbar.

■ **These 10:** Offenheit für neue/unterschiedliche Geschäftsmodelle. Dies umfasst ein weitgehendes Diskriminierungsverbot sowohl auf der Diensteanbieterseite (gegenüber Netzbetreibern) wie auf Netzbetreiberseite (gegenüber Inhalte- und Diensteanbietern).

■ **These 11:** Die unter Ziff. 1 bis 10 aufgeführten Thesen und Regeln können prinzipiell für Festnetze sowie Mobilfunk gelten. Auf Grund unterschiedlicher Netzstrukturen und Ressourcen in den Festnetzen und im Mobilfunk ist möglicherweise ein unterschiedliches Netzwerkmanagement erforderlich.

Diese 11 Thesen werden ausdrücklich als deutscher Beitrag für den notwendigen europäischen und internationalen Meinungsbildungsprozess verstanden.

3. TKG-Novelle 2011

Auf Grund der Ende 2009 erfolgten Novellierung des europäischen Richtlinienpakets („TK-Review“)⁷ muss bis Mitte 2011 das TKG angepasst werden. Der Gesetzgeber plant, Grundzüge der Netzneutralität in der Neufassung des TKG aufzunehmen. So sieht der im Herbst 2010 veröffentlichte Referentenentwurf in § 45o Abs. 1 TKG-E vor, dass das *BMWi* per Rechtsverordnung mit Zustimmung des *Bundestags* Rahmenvorschriften für die Dienstqualität und für zusätzliche Dienstmerkmale, die der Kostenkontrolle dienen, erlassen kann. § 45o soll Art. 22 der Universalienrichtlinie (URL)⁸ umsetzen. Zur praktischen Umsetzung können im Einzelnen u.a. die zu erfassenden Parameter für die Dienstqualität und Inhalt, Form und Art der zu veröffentlichenden Angaben einschließlich etwaiger Qualitätssertifizierungsmechanismen vorgeschrieben werden, um sicherzustellen, dass die Endnutzer Zugang zu umfassenden, vergleichbaren, zuverlässigen und benutzerfreundlichen Informationen haben. Damit hat sich der Gesetzgeber dem eher zurückhaltenden Weg der *EU-Kommission* angeschlossen. Diese hat mit ihrem Vorgehen beabsichtigt, den nationalen Regulierungsbehörden konkrete Instrumente hinsichtlich Verbrauchertransparenz und Mindestqualitäten an die Hand zu geben, ohne über eine gesetzliche Festschreibung des Prinzips der strikten Netzneutralität das Potenzial der neuen Netzwerktechnologien bereits zu Beginn beeinträchtigen zu wollen. Auch der Präsident der *BNetzA Kurth* hat sich kürzlich in einem Aufsatz für *The European* geäußert:⁹ Die *BNetzA* werde sorgfältig darauf achten, dass es nicht zu missbräuchlichen Diskriminierungen komme. Aus ökonomischer Sicht sei eine Differenzierung unter bestimmten Bedingungen durchaus sinnvoll, um Spielräume für Innovationen bzw. neue Geschäftsmodelle freizulegen. Aus seiner Sicht sei es zu begrüßen, dass durch die Einführung von Qualitätsklassen in Ergänzung zum bisherigen „Best effort“-Internet neue Wahlmöglichkeiten für die Kunden geschaffen werden. Die wichtigsten Säulen für die Gewährleistung von Netzneutralität seien

- die Existenz ausreichenden Wettbewerbs auf der Netzebene,
- Angebotstransparenz und
- die Gewährleistung einer Mindestqualität für alle Nutzer.

⁷ Hierzu *Klotz/Brandenburg*, MMR 2010, 147; *Ellinghaus*, CR 2010, 20.

⁸ RL 2002/22/EG v. 7.3.2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, ABl. EG 2002 Nr. L 108, S. 51; geändert durch RL 2009/140/EG v. 25.11.2009, ABl. EU 2009 Nr. L 337, S. 37.

⁹ Ausgabe v. 3.10.2010, s. unter: <http://www.theeuropean.de/matthias-kurth/4370-wettbewerb-und-transparenz>.

¹⁰ Zuletzt *Ufer*, CR 2010, 634, 635; *Spies*, MMR 2010, 585.

¹¹ Sec. 12 (g) (3); vgl. o. Fußn. 10.

III. Situation in den Vereinigten Staaten

Die *Federal Communications Commission (FCC)* beschäftigt sich schon seit geraumer Zeit mit dem Thema Netzneutralität.¹⁰ Im US-Repräsentantenhaus sind mehrere Gesetzesentwürfe zur Netzneutralität anhängig. Diese Gesetzesentwürfe lassen den Netzbetreibern einigen Spielraum für ein „vernünftiges“ Netzmanagement, in Abhängigkeit von der jeweils gewählten Netzarchitektur. Eine offene Frage ist, welche Auswirkungen die Gesetzgebung auf die derzeit bei der *FCC* laufenden Verfahren zur Reklassifizierung von Breitband als „TK-Dienst“ unter Titel II des *Communications Act* hat. Die bisherigen Entwürfe gehen dahin, eine Reklassifizierung der Breitbandanbieter nur im Ausnahmefall zuzulassen, nämlich wenn der Betreiber „optiert, die Übertragungskomponente eines solchen Dienstes anzubieten.“ Das ist eine weitaus engere Formulierung, als sie die *FCC* zur Reklassifizierung von Breitband vorschlägt. Die Neutralitätsregeln für drahtgebundene Dienste wären i.Ü. strenger als die Vorschriften für drahtlose Dienste. Drahtgebundene Dienste dürften nach dem o.g. Entwurf „legale Inhalte, Anwendungen und Dienste“ nicht blockieren. „Ungerechte oder unvernünftige Diskriminierungen bei der Datenübertragung über die Breitbandnetze“ wären ebenfalls verboten. Drahtlose und drahtgebundene Anbieter wären allerdings alle von den Transparenzpflichtungen des neuen Gesetzes dem Kunden gegenüber erfasst. Industrievereinbarungen und Industriestandards zur Sicherung der Netzneutralität und des Netzwerkmanagements müssten von der *FCC* bei der Anwendung der Vorschriften des Titel II „erwogen“ werden („to consider“); anders gesagt, solche Vereinbarungen wären nicht automatisch für die Regulierer bindend.

Die Definition des „Reasonable Network Management“ in diesem neuesten Gesetzesentwurf schließt Maßnahmen der Netzbetreiber zur Verhinderung von Staus auf der Datenautobahn ebenso ein wie den Schutz vor Spam oder ungewollten oder schädlichen Datenpaketen, die Sicherung der Kommunikation zum Schutz der öffentlichen Sicherheit (Notrufe u.Ä.), den Minderjährigenschutz und Maßnahmen zur Netzsicherheit.¹¹ Bei drahtlosen Netzen sind überdies Maßnahmen zur effizienten Nutzung des Spektrums zulässig.

Bislang hat der *FCC-Vorsitzende Genachowski* die Gesetzesinitiativen im *US-Kongress* generell begrüßt und keine weiteren Kommentare zum Inhalt der Entwürfe abgegeben. Allgemein scheint bei der *FCC* die Meinung vorzuherrschen, dass ein Gesetz zur Netzneutralität mehr Rechtssicherheit schafft als eine – wie immer geartete – *FCC-Entscheidung*, die mit ziemlicher Sicherheit vor Gericht angefochten werden wird. Im Einzelnen wird es aber sehr darauf ankommen, wie das Gesetz formuliert ist: Die einen könnten die Verpflichtungen zur Netzneutralität als Mindestmaß auslegen, das Netzbetreiber anbieten müssen, die anderen als Höchstmaß.

Das derzeitige Fazit für die USA lautet: Etwaige Gesetzesvorschläge werden wohl nicht in der Zeit bis zur Neukonstituierung des *Repräsentantenhauses* im Januar 2011 (*Lame Duck Session*) verabschiedet werden – Kompromisse auf der Ebene der Industrie zu bestimmten Teilaspekten der Netzneutralität sind eher wahrscheinlich. Auf jeden Fall können die *FCC-Kommissare* und ihre Mitarbeiter mit zeitintensiven Vorladungen (*Oversight Hearings*) des *Kongresses* rechnen, auch wenn die beiden Kammern auf Grund der Mehrheitsverhältnisse keine Gesetze zur Regelung der Netzneutralität erlassen.

Der *FCC-Vorsitzende* hat für den 21.12.2010 eine Abstimmung der *FCC-Kommissare* über die im Sommer vorgeschlagenen Prinzipien zur Netzneutralität angesetzt. Ob seine Kollegen zustimmen werden, ist derzeit ungewiss.

IV. Situation in Frankreich

Der französische Regulierer *ARCEP* hat am 30.9.2010 ein eigenes umfangreiches Positionspapier mit dem Titel „Neutralität des Internet und der Netze – Vorschläge und Orientierungen“ ins Netz gestellt.¹² Das Papier ist nicht als konkreter Regulierungsentwurf mit behördlichen Vorgaben zu sehen, sondern als konkreter Denkanstoß und Darstellung der gegenwärtigen Best Practices. Der Schwerpunkt liegt auf Präventivmaßnahmen. *ARCEP* listet zu diesem Zweck zehn Vorschläge zur Netzneutralität auf, die sich relativ eng an die Prinzipien der *FCC* anlehnen. So heißt es im ersten Vorschlag: „Die Behörde schlägt vor, dass die Internetzugangsanbieter (FAI) [...] verpflichtet sind, bei Einhaltung der geltenden gesetzlichen Bestimmungen dem Endverbraucher Folgendes anzubieten:

- die Möglichkeit, Inhalte nach seiner Wahl zu schicken oder zu empfangen;
- die Möglichkeit, die Dienste nutzen sowie Anwendungen nach seiner Wahl laufen [wörtlich „funktionieren“] zu lassen;
- die Möglichkeit, Material und Programme nach seiner Wahl zu nutzen, soweit diese nicht der Netzsicherheit schaden;
- eine hinreichende und transparente Dienstqualität.“¹³

Eine Einschränkung dieser Grundsätze zu Lasten der Endnutzer aus Gründen des Netzmanagements ist nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Hierzu heißt es näher im Vorschlag 3: „Als Ausnahme zu den Prinzipien gemäß Vorschlag 1 und 2 und um eventuelle Abweichungen von diesen Prinzipien in Grenzen zu halten, empfiehlt die Behörde für den Fall, dass Praktiken zur Verwaltung des Verkehrs von den Internetzugangsanbietern (FAI) angeboten werden, um den Zugang zum Internet sicherzustellen, die Einhaltung der generellen Kriterien der Sachdienlichkeit, Proportionalität, Wirksamkeit und Nicht-Diskriminierung der Akteure und der Transparenz.“¹⁴ Mit anderen Worten: Beschränkungen zur Sicherung des Netzmanagements sind zulässig, müssen aber gut begründet werden. *ARCEP* akzeptiert durchaus, dass Betreiber ihre Zugangsdienste auf eine „vernünftige Nutzung“ durch den Endnutzer beschränken und bei einem exzessiven Herunterladen von Daten die Nutzung zeitweise aussetzen. Voraussetzung sei, dass der Nutzer vorher gewarnt wird und nur extreme Fälle davon betroffen sind.¹⁵

Interessant ist noch, dass es nach Aussage von *ARCEP* – im Unterschied zur Debatte in den USA – keinen Unterschied macht, ob es sich um feste oder mobile Internetverbindungen handelt. Wörtlich heißt es im *ARCEP*-Positionspapier hierzu: „Solange nicht ausdrücklich anders vermerkt, gelten diese Regeln und Best Practices für jede betroffene Zugangstechnologie – Festnetze und mobile Netze. Allerdings muss ihre Umsetzung die Besonderheiten eines jeden Typs dieser Netze berücksichtigen.“¹⁶

V. GERECEU-Kommission

1. GERECEU

Die neue EU-Behörde für den Kommunikationssektor *GERECEU* hat am 30.9.2010 ebenfalls eine ausführliche Stellungnahme zur EU-Konsultation über Netzneutralität in Europa veröffentlicht.¹⁸ Das Dokument enthält eine gute Zusammenfassung des derzeitigen Diskussionsstandes in der EU. Die *BNetzA* hat an dem Dokument intensiv mitgearbeitet und selbst keine eigene Stellungnahme in diesem Verfahren in Brüssel abgegeben. Das *GERECEU*-Dokument geht in eine ähnliche Richtung wie die beschriebene *ARCEP*-Stellungnahme: Gut begründete Abweichungen vom Prinzip, dass alle elektronische Kommunikation, die durch ein Netz geleitet werden müsse, gleich zu behandeln sei, sind zulässig.¹⁹ Gefahren drohen laut *GERECEU* vor allem von

einer unkontrollierten vertikalen Integration der New Generation Networks (NGN), z.B. durch zentralisierte Plattformen, die zu Diskriminierungen der von Netzbetreibern unabhängigen Diensteanbieter oder Start-Ups führen könnte.²⁰ Die meisten Probleme, so *GERECEU*, seien aber durch freiwillige Vereinbarungen in den Griff zu bekommen. Hierfür seien, wie es auch *ARCEP* vorschlägt, Transparenzpflichtungen nach der 2009 ergänzten URL und Vorschriften zur Zusammenschaltung nach Art. 5 Abs. 1 Zugangs-RL zielführend. Diese Transparenzpflichtungen gegenüber dem Kunden müssen in jedem Fall auch das Traffic Management mit umfassen.²¹ Die Kompetenz zur Regelung solcher Transparenzpflichtungen unter Einschluss des Traffic Managements bestehe für die EU-Mitgliedstaaten u.a. auf Grund von Art. 22 Abs. 3 URL.

Das Traffic Management in festen und in mobilen Netzen sei unterschiedlich, weil das vorhandene Spektrum eine natürliche Grenze für die Erweiterung des Verkehrsflusses für Breitband setze.²² Das reiche aber nicht aus, um mobile Breitbandnetze von den Regelungen der Netzneutralität freizustellen.

2. EU-Kommission

Die *EU-Kommission* veröffentlichte am 9.11.2010 die zahlreichen Antworten auf ihr Konsultationsverfahren zur Netzneutralität.²³ Darin kommt die *EU-Kommission* zu dem Ergebnis, dass der neugefasste EU-Rechtsrahmen für die elektronische Kommunikation von 2009 grundsätzlich ein hinreichendes Instrument zur Behebung von Hindernissen zu Lasten der Netzneutralität sei. Nach Ansicht der großen Mehrheit der Teilnehmer an dem Konsultationsverfahren sollte die Wirksamkeit dieser EU-Vorschriften erst nach ihrer Umsetzung und Anwendung auf nationaler Ebene beurteilt werden. Es besteht nach Ansicht der *Kommission* auch Einvernehmen darüber, dass eine Verkehrssteuerung in den Netzen notwendig ist und diese Steuerung zu den wesentlichen Aspekten eines gesicherten und effektiven Netzbetriebs gehört. Einige Teilnehmer äußerten Bedenken, dass die Verkehrssteuerung missbraucht werden könnte. Einige Inhalteanbieter befürchten, dass eine veränderte Preisgestaltung (z.B. bei der Bezahlung bereitgestellter Inhalte mit Priorität beim Datentransfer) zu einer Art Innovationssteuer führen könnte. Zahlreiche Teilnehmer halten das Blockieren von Telefondiensten über das Internet (z.B. VoIP) und die Bandbreitendrosselung bei bestimmten Websites für problematisch. In den bei der *Kommission* eingegangenen Stellungnahmen werden Mindestanforderungen an die Dienstqualität gegenwärtig kaum gefordert, Transparenznormen, um den Verbrauchern sachkundige Entscheidungen zu ermöglichen, finden hingegen eine breite Unterstützung. Andere Konsultationsteilnehmer sind der Meinung, dass Transparenz allein nicht ausreicht, um alle Netzneutralitätsprobleme zu lösen, vor allem nicht, um Hindernisse beim Wechsel des Diensteanbieters auszuräumen.

¹² Neutralité de l'internet et des réseaux: propositions et orientations, abrufbar unter: http://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/net-neutralite-orientations-sept2010.pdf.

¹³ o. Fußn. 12, S. 22.

¹⁴ o. Fußn. 12, S. 24.

¹⁵ o. Fußn. 12, S. 34.

¹⁶ o. Fußn. 12, S. 5.

¹⁷ Body of European Regulators for Electronic Communications, s. unter: <http://berec.europa.eu/>

¹⁸ http://berec.europa.eu/doc/GERECEU/bor_10_42.pdf – Dokument BoR (10) 42.

¹⁹ o. Fußn. 18, S. 3.

²⁰ o. Fußn. 18, S. 5.

²¹ o. Fußn. 18, S. 17.

²² o. Fußn. 18, S. 11, 12.

²³ Report on the public consultation on „The open internet and net neutrality in Europe“, s. unter: http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomms/doc/library/public_consult/net_neutrality/report.pdf.

VI. Fazit: „Einmischung von Bürokraten“ notwendig?

1. Existierenden Rechtsrahmen ausschöpfen

Nachdem aus einem auf den ersten Blick eher technisch geprägten Thema innerhalb kürzester Zeit auch in Deutschland eine handfeste gesellschaftliche Debatte erwachsen ist, scheinen sich die Wogen nun i.S.e. inhalteorientierten Auseinandersetzung zu glätten. Verständige Gremien wie die beschriebene *Enquête-Kommission* und insbesondere der IT-Gipfel nähern sich dem Thema nunmehr in besonnener Weise. Auch in der Politik findet mittlerweile die Auffassung Gehör, dass Fragen des Netzwerkmanagements und der Qualitätssicherung eine wesentliche Rolle für die Entwicklung des Internet spielen. Die Diskussion um den Begriff der Netzneutralität darf sich daher nicht nur mit den bestehenden Strukturen des Internet auseinandersetzen, sondern muss auch die technischen Möglichkeiten der nächsten Internetgenerationen, von Managed Services, den deutlich steigenden Bandbreitenbedarf sowie die technischen Entwicklungspotenziale in den Netzen – insbesondere in Bezug auf FTTB- und FTTH-Infrastrukturen – berücksichtigen. Das Prinzip der Netzneutralität bedeutet den Verzicht auf Inhaltekontrolle, Diskriminierung oder gar Zensur, die Garantie von Meinungs- und Informationsfreiheit, einem breiten Dienstangebot und einem entsprechenden Wettbewerb der Anbieter um die Kunden. Gefahren hierfür können aber auch schon mit den existierenden Regeln des TKG und des Wettbewerbsrechts bekämpft werden. Netzneutralität bedeutet aber nicht eine künstlich erzwungene Gleichbehandlung aller Daten- und Verkehrsströme, wenn dies dem Interesse des Kunden oder der Sicherheit des Netzes widerspricht. In Erwägung gezogene Regulierungsvorgaben sollten sich auf allgemeine Prinzipien zur Netzneutralität beschränken, insbesondere hinsichtlich Diskriminierungsfreiheit, Transparenz und offenem Netzzugang. In dem sich dynamisch entwickelnden Markt würden zu sehr differenzierte Vorgaben die Entwicklung und damit auch die beschäftigungspolitische Wirkung einschränken, ohne zusätzliche Sicherheit zu bieten. Der Schaffung und Aufrechterhaltung von Wettbewerb in Glasfasernetzen (FTTB/H) bis zum Endkunden kommt zur Sicherung der Netzneutralität eine besonders große Rolle zu.

2. Netzneutralität als globales Thema

Gefragt ist demnach an vorderster Front die Industrie als Weichensteller. Dieser Ansatz steht in Einklang mit der o.g. These 1 des IT-Gipfels, wonach wirksamer Wettbewerb das maßgebliche Korrektiv ist. Der nationale IT-Gipfelprozess ist in Deutschland das derzeit wichtigste Forum für die Diskussion der Netzneutralität. Die o.g. Thesen gehen in die richtige Richtung. In den USA ist nach den US-Wahlen vom 2.11.2010 keine Partei ersichtlich, die sich die Netzneutralität auf die Fahnen schreibt. Erhebliche Verzögerungen für die großen US-Regulierungsvorhaben sind auf Grund der politischen Mehrheitsverhältnisse wahrscheinlich. Demgegenüber gibt es in anderen Ländern mehr oder weniger weitreichende Versuche, die Netzneutralität gesetzlich zu regeln. Besonders zu nennen sind Japan und Chile. Norwegen setzt auf eine freiwillige Vereinbarung zur Sicherung

der Netzneutralität zwischen verschiedenen Anbietern von Internetzugang, Verbraucherschutzorganisationen und dem Verband der Kabelanbieter. Die Regelungen in Norwegen beschränken sich auf die Sicherung der Transparenz, ein Diskriminierungsverbot und die Technologieneutralität.²⁴

Die Ansätze der Regulierungsbehörden auf beiden Seiten des Atlantiks unterscheiden sich in vielen Punkten nicht – z.B. wollen alle, dass das Traffic Management von der Transparenzpflichtung gegenüber dem Kunden erfasst wird. Zweitens scheinen alle o.g. Behörden zu der Erkenntnis gelangt zu sein, dass eventuelle Regelungen zur Netzneutralität die technischen Entwicklungsmöglichkeiten der Dienste und die Wünsche der Kunden berücksichtigen müssen.²⁵ Besonders *ARCEP* betont, dass der Blick in die Zukunft gerichtet werden müsse. Eine Netzneutralität, die den technischen Fortschritt über das Internet unterbindet und innovative Dienste, die höhere Qualitäten ermöglichen, nicht zulässt, sichert nicht den Wettbewerb, sondern erstickt ihn. Drittens scheint man sich diesseits und jenseits des Atlantiks auch einig zu sein, dass die Transparenzpflichtung nicht nur gegenüber dem Endkunden gelten muss, sondern auch gegenüber den Anbietern von Inhalten und Anwendungen über die Netze. Mit anderen Worten, auch und gerade Inhalteanbieter müssen wissen, mit welchen Übertragungsgeschwindigkeiten und welchem Traffic Management der Netzbetreiber sie rechnen müssen. Bei der Festlegung der Transparenzpflichtungen dürften es die Regulierungsbehörden und Gesetzgeber in der EU einfacher haben als die *FCC*, weil Art. 20 Abs. 1 bzw. 23 Abs. 2 URL bereits ein umfangreiches Instrumentarium zur Sicherstellung der Transparenz zur Verfügung stellen. Die Grabenkämpfe um die Kompetenz zur Regelung der Breitbandzugangsanbieter in den USA²⁶ brauchen in Europa hoffentlich nicht ausgefochten zu werden.

Unterschiedliche Auffassungen diesseits und jenseits des Atlantiks gibt es bei der Frage, ob und wie weit mobiles Breitband von den Verpflichtungen zur Netzneutralität mit umfasst sein muss (auf einen Nenner gebracht: bei der *FCC* derzeit „in der Regel nein“, in Europa „in der Regel ja“). *CTIA*, der Verband der Mobilfunkbetreiber in den USA, hat sich in einer Eingabe bei der *FCC* noch einmal gegen die Ausdehnung der Prinzipien auf den Mobilfunk gewandt: Zwischen den vier Mobilfunkbetreibern in den USA herrsche intensiver Wettbewerb; die Betreiber benötigten den bisher bestehenden regulatorischen Freiraum, um Datenstaus in ihren Netzen zu verhindern.²⁷ Insgesamt scheint die Diskussion sich weg von den Regulierungsbehörden auf die Industrie zu verlagern.²⁸ Medienwirksame Eingriffe des Staats in die Freiheit des Internet kämen gerade in den USA beim Verbraucher nach den US-Wahlen nicht gut an. Die nationale Wirtschaft könnte Schaden leiden. *ARCEP*, *GEREC* und die *FCC* haben die Notwendigkeit eines vernünftigen Traffic Managements der Netzbetreiber erkannt.



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.

²⁴ Ufer, CR 2010, 634, 635.

²⁵ Näher dazu Ufer, CR 2010, 639.

²⁶ Ufer, CR 2010, 635 – Comcast-Urteil.

²⁷ Communications Daily v. 8.11.2010, S. 3.

²⁸ Spies, MMR 2010, 585, 586 zum Vorschlag von Verizon und Google vom August 2010 zur Sicherung der Netzneutralität.