

In Kooperation mit:
bitkom e.V.
davit im DAV
eco e.V.
VPRT e.V.

MMR

MultiMedia und Recht

Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht

Prof. Dr. Reto M. Hilty · Prof. Dr. Thomas Hoeren · Prof. Dr. Rainer Schermer · Dr. Raimund Schütz · Prof. Dr. Ulrich Sieber



Jubiläumsheft

www.mmr.de

Der Medienkonvergenz

Recht zur Verwendung von
Medien in der Werbung

Im digitalen Zeitalter

– Was ist zu tun?

Die Digitalisierung
des Medienrechts

Europarecht und Informationsrecht

Das Medienrecht

Die Medienwelt

Die Digitalisierung
des Medienrechts

Die Medienverwaltung

B

15. Januar 2018
München



kommt die E-Person bereits auf Grund § 179 Abs. 3 BGB und technischer Regulierung als Haftungssubjekt nicht in Betracht.

IV. Fazit

Stellen wir uns die Frage, wie Vertragsschlüsse unter Einbeziehung (teil-)automatisiert und autonom agierender Systeme rechtlich adäquat erfasst werden können, ist es zunächst wichtig, automatisiert und autonom agierende Systeme hinreichend voneinander abzugrenzen. Kernaspekt dieser Unterscheidung ist der Grad der Selbstständigkeit, der sich anhand des Grades der erforderlichen Voreinstellungen ermitteln lässt. Erst dann, wenn das System dazu in der Lage ist, durch maschinelles Lernen einen im Ergebnis – jedenfalls heute – nicht vollständig nachvollziehbaren Algorithmus selbstständig zu erlernen, agiert es autonom. Computereklärungen dagegen, die von der Software (teil-)automatisiert agierender Systeme nach vordefinierten Einstellungen ihres Anwenders erzeugt werden, werden als eigene Willenserklärungen des Geräteinhabers behandelt, da der generelle Handlungswille und das generelle Erklärungsbewusstsein des Nutzers bei Inbetriebnahme diesen Anforderungen genügen.

Für automatisiert agierende Agenten sollte der Gesetzgeber vorgeben, dass durch den Agenten geschlossene Verträge einem zwingenden Einwilligungserfordernis des Inhabers unterworfen werden, um Fehlbestellungen oder Bestellungen dritter Personen vorzubeugen. Im Falle des autonom agierenden Systems geht es mangels ausreichendem menschlichen Beitrag fehl, die

Systemerklärung als eigene Willenserklärung des Inhabers zu erachten. Interessengerechter ist es, die Erklärung des autonom agierenden Systems dem Nutzer über eine Anwendung der Stellvertretungsregelungen zuzurechnen, wobei die durch das autonom agierende System abgegebene Erklärung nach den Grundsätzen des minderjährigen Vertreters zu beurteilen ist. Eine Eigenhaftung des autonom agierenden Systems kommt insofern gem. § 179 Abs. 3 BGB nicht in Betracht. Jedenfalls solange technisch nicht sichergestellt werden kann, dass das autonom agierende System seine (durch entsprechende Voreinstellungen begrenzte) Vertretungsmacht nicht überschreitet, sollte daher Technikregulierung vorgeben, dass das automatisiert agierende System für den Vertragspartner erkennbar ist, um dem Vertragspartner die Möglichkeit zu geben, Vertragsschlüsse mit autonom agierenden Systemen erkennen und ablehnen zu können.



Prof. Dr. Louisa Specht

ist Inhaberin des Lehrstuhls für Europäisches und Internationales Informations- und Datenrecht an der Universität Passau und Mitherausgeberin der MMR ab 2018.



Dipl.-Jur. Sophie Herold

ist Doktorandin am Lehrstuhl für Europäisches und Internationales Informations- und Datenrecht von Prof. Dr. Specht an der Universität Passau.

AXEL SPIES

USA: Ein Jahr Trump-Administration

Kurswechsel der FCC

TK-Regulierung

„Wenn keiner etwas Genaues weiß, ist ein Scheunentor für Spekulationen geöffnet. Genau weiß niemand, wie es nach der Amtseinführung der Trump-Administration mit dem TK-Sektor weitergeht.“ (Spies, MMR 2017, 69). Diese am Anfang des Jahres geäußerte Prognose hat nach knapp einem Jahr Trump-Administration nur noch zum Teil Bestand, weil es in einigen Bereichen durchaus klare Kursänderungen gibt. Die

Neuausrichtung der Regulierung betrifft den gesamten TK-Sektor, der von der Federal Communications Commission (FCC) als Regulierungsbehörde auf Bundesebene beaufsichtigt wird. Im Wahlkampf geäußerte Prognosen, die Regierung könne vereint mit dem Kongress die FCC ganz abschaffen, haben sich nicht bewahrheitet.

Lesedauer: 18 Minuten

I. Neue Rahmenbedingungen für die FCC

Die Entscheidungsfindung bei der FCC¹ läuft anders ab als z.B. bei der BNetzA. Die FCC wird von fünf Kommissaren geleitet, die alle wichtigen Entscheidungen mehrheitlich durch Votum in einer öffentlichen Sitzung oder im Umlaufverfahren treffen. Üblicherweise geht den wichtigen Entscheidungen der FCC ein öffentliches Verfahren (Rulemaking) voraus. Dem Vorsitzenden der FCC kommen erhebliche Befugnisse z.B. bei der Gestaltung der Tagesordnung zu. Die Kommissare (und einige ihrer wichtigsten Mitarbeiter) sind politisch ernannt und bestimmten Parteien zugeordnet. Die Kommissare müssen vom US-Senat bestätigt werden. Gegenwärtig stellen die Republikaner drei Kommissare (Pai, O'Reilly, Carr), die Demokraten zwei (Clyburn, Rosenworcel). Die Amtszeit von Clyburn ist im Juni 2017 abgelaufen, aber sie bleibt bis zur Bestätigung eines Nachfolgers im Amt, die voraussichtlich erst 2018 erfolgen wird.² Nach mehr als neun Monaten Amtszeit hat das Weiße Haus unter Trump gerade einmal etwas mehr als ein Viertel der rund 600 wichtigsten Posten im Regierungsapparat, die ein Votum des Senats benöti-

gen, erfolgreich besetzen können. Insofern ist es aus Unternehmenssicht positiv, dass die FCC mit fünf Kommissaren an der Spitze wenigstens voll handlungsfähig ist, was man von anderen US-Behörden derzeit nicht sagen kann.

Nach dem Wahlsieg von Präsident Trump im November 2016 hat die FCC einen neuen Kurs für die TK-Politik eingeschlagen, der in manchen Bereichen eine scharfe Kehrtwende von der FCC unter der Präsidentschaft von Obama darstellt. Ein wichtiger Baustein ist die unten (unter III.) näher geschilderte Neustrukturierung der Regeln der Netzneutralität als Teil der angestrebten Deregulierung des TK-Sektors auf Bundesebene. Präsident Trump hat selbst wenig Kontakte im TK-Bereich, aber die durch ihn gegen Widerstände propagierte Ernennung von Pai am

¹ www.fcc.gov; Die einzelstaatlichen US-Regulierungsbehörden (PUC) bleiben bei dieser Darstellung außen vor.

² Insideradio v. 5.7.2017: Her Term Now Up, Clyburn Still Plans To Serve On FCC, abrufbar unter: http://www.insideradio.com/free/her-term-now-up-clyburn-still-plans-to-serve-on/article_3ce0fa52-6146-11e7-ad24-934e956f62d9.html.

1.10.2017 zum neuen FCC-Vorsitzenden³ zeigt, dass es ihm ernst damit ist, die Regulierung zurückzufahren. Dies schließt eine zumindest teilweise Verlagerung der TK-Regulierung auf die *Federal Trade Commission (FTC)* als allgemeine Kartellbehörde ein. Die Republikaner erhoffen sich von einer Kompetenzbündelung bei der *FTC* eine einheitliche Handhabe über den TK-Sektor hinaus. Der Leitstern für *Pai* ist eine „Light Touch Regulation“ der *FCC*. Damit einher geht eine unternehmensfreundlichere Handhabung der *FCC*-Genehmigungen von Zusammenschlüssen, die den TK-Sektor betreffen.⁴ Gleichwohl haben kürzlich die US-Mobilfunkanbieter *T-Mobile* und *Sprint* ihren lange diskutierten Zusammenschluss vorerst aufgegeben, was intern bei der *FCC* mit Erleichterung aufgenommen wurde. Die Behörde muss sich damit vorerst nicht festlegen, ob für den US-Mobilfunkmarkt drei oder vier nationale Anbieter erforderlich sind.⁵

II. Zahlreiche Initiativen der FCC

Die wichtigsten *FCC*-Initiativen seit Januar 2017 können hier nur gestreift werden. Die *FCC* hat im Medienbereich am 24.10.2017 die umstrittene „Hauptstudio-Regel“ für Medienunternehmen abgeschafft. Nach dieser über 60 Jahre bestehenden Regel aus der Blütezeit der lokalen Radiostationen mussten bisher alle Rundfunkanbieter ein Studio in der Nähe des Ortes unterhalten, in dem sie lizenziert sind.⁶ Der UHF-Discount, der bei der Berechnung der geografischen Abdeckung und der durch einen Rundfunkdienst versorgten Bevölkerung eine große Rolle spielt, wurde wieder eingeführt.⁷ Eine Aufweichung der kartellrechtlichen Regeln zur Cross Ownership im Medienbereich ist ebenfalls auf

der Agenda. Die *FCC-Kommissare* beschlossen in ihrer Sitzung am 16.11.2017, bestimmte Verbote der Medien-Cross-Ownership aufzuheben und damit der *FCC* die Möglichkeit zu einer Einzelfallprüfung zu eröffnen, wenn zwei der vier größten Sender in einem Markt sich zusammenschließen wollen.⁸ Ebenfalls mit 3 zu 2 Stimmen gebilligt wurden in der Sitzung die *FCC*-Regeln zu Next Gen TV (ATSC 3.0) – das ist eine neue Digital-Technologie (Ultra High Definition), die es den Fernsehsendern ermöglicht, Daten über Sehgewohnheiten zu sammeln und diese für die Zwecke der zielgerichteten Werbung einzusetzen und zu verkaufen. Sie bietet auch die Möglichkeit, TV-Inhalte besser auf Tablets und Smartphones mit einem einheitlichen Stream im Sendebereich zu empfangen. Die Sender, die Next Gen TV freiwillig nutzen, müssen weiterhin die heutigen Signale senden und ihren Zuschauern über fünf Jahre ihre Programme nach den alten und neuen Standards anbieten.⁹

Im TK-Bereich fällt die Modifizierung von Special Access (besonderer Netzzugang für alternative Anbieter und Großkunden) besonders ins Gewicht.¹⁰ Kürzlich haben *Verizon* und *AT&T* (*FCC Public Notice v. 2.11.2017*) für bestimmte Special-Access-Dienste (Voice Grade Service, WATS Access Line Service, Digital Data Service) bei der *FCC* einen Antrag eingereicht, um diese Dienste in einigen östlichen Bundesstaaten bis zum 31.12.2018 ganz einzustellen.¹¹ Eine Genehmigung in den kommenden Monaten ist sehr wahrscheinlich.

Hinzu kommen die neuen Maßnahmen der *FCC* im Bereich des TK-Datenschutzes. Die *FCC* hat im Bereich des Datenschutzes als Teil des Verbraucherschutzes seit eh und je erhebliche Befugnisse, was in Europa häufig übersehen wird.¹² Nach der Breitband-Privacy-Order v. 2.11.2016 (d.h. kurz vor dem Ende der Obama-Amtszeit) mussten die Breitbandanbieter ihre Kunden über die Nutzung der Daten und die Nutzungszwecke vorab umfänglich und transparent informieren, einschließlich der Möglichkeit des Opt-in und Opt-out. Preisliche oder andere Nachteile, die dem Kunden entstehen, wenn er sein Opt-in oder Opt-out ausübt, mussten ebenfalls vorab vollständig aufgedeckt werden.¹³ Nach einem US-Senatsvotum hatte am 28.3.2017 auch das *US-Repräsentantenhaus* dafür gestimmt, die Breitband-Privacy-Order der *FCC* aufzuheben. Diese ungewöhnliche Intervention des Gesetzgebers hindert die *FCC* daran, eine neue Order zu erlassen, die „im Wesentlichen die gleiche Form“ wie die Breitband-Policy-Order hat.¹⁴ Dieses Verbots bedurfte es gar nicht, denn *Pai* hatte das Inkrafttreten der *FCC*-Breitband-Privacy-Regeln im März 2017 bereits ausgesetzt.¹⁵ Dementsprechend gelten in diesem Sektor die allgemeinen Regeln für Verbraucherdaten, wie sie von der *FTC* und der *FCC* gemeinsam überwacht werden. Man erhofft sich davon eine einheitliche Praxis der Regulierung des Datenschutzes über die Behördengrenzen hinweg.

III. FCC Open Internet Order von 2015 im Visier

Die Bewahrung des Internetzugangs für alle und des freien Internetverkehrs ist für viele so etwas wie der Heilige Gral der *FCC*. Die Debatte um das Für und Wider einer Regulierung der Internetzugangsanbieter (ISP) dauert schon viele Jahre an. Im Jahr 2016 hatte das *Berufungsgericht* im Verfahren zur Open Internet Order der *FCC* festgestellt: Das Internet sei eine geradezu lebensnotwendige („vital“) Kommunikationsplattform, die dieselbe Aufsicht und Sorge erfordere wie die traditionellen TK-Netze und Dienste der Carrier. Die *Richter* argumentierten damals praxisnah: „In Anbetracht des enormen Einflusses, die Internethalte von Dritten auf unsere Gesellschaft haben, kann man deren Dominanz bei der Breitbandnutzung kaum leugnen“, führten die *Richter* aus. „In den vergangenen zwei Jahr-

3 *Spies*, MMR-Aktuell 2017, 395226. *Pai* wurde Anfang 2017 nominiert – die Demokraten im Senat hatten seine Bestätigung verzögert. *Pai* wurde dann mit 52 zu 41 Stimmen bestätigt.

4 Am 30.10.2017 genehmigte die *FCC* den Erwerb des TK-Anbieters *Level 3* durch den Breitbandanbieter *Century Link* für US\$ 34 Mrd.: http://transition.fcc.gov/Daily_Releases/Daily_Business/2017/db1030/FCC-17-142A1.pdf.

5 *Communications Daily v. 8.11.2017*, S. 1 f.

6 *FCC 17-137, Elimination of Main Studio Rule, Report and Order, 24.10.2017*, MB Docket No. 17-106, abrufbar unter: http://transition.fcc.gov/Daily_Releases/Daily_Business/2017/db1024/FCC-17-137A1.pdf. Die Regel gab es, um die Zusammenarbeit der Rundfunkunternehmen (z.B. Lokalsendern) mit den lokalen Gemeinschaften zu stärken.

7 Die *FCC*-Regeln für den Sektor verbieten gegenwärtig eine gemeinsame Kontrolle über Fernsehsender, die insgesamt mehr als 39% der gesamten US-Fernsehhaushalte erreichen. Der UHF-Discount für die Berechnung der Abdeckung war 2016 abgeschafft worden; s. *FCC 17-40, Order for Reconsideration v. 20.4.2017*, MB Docket No. 13-236, abrufbar unter: <https://www.fcc.gov/document/reinstatement-uhf-discount>.

8 PM abrufbar unter: https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-347796A1.pdf.

9 PM abrufbar unter: <https://www.fcc.gov/document/fcc-authorizes-next-gen-tv-broadcast-standard> https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-347803A1.pdf.

10 *Spies*, MMR-Aktuell 2017, 388782: Die *FCC* hatte am 20.4.2017 mit 2:1 Stimmen eine wichtige Entscheidung zum Netzzugang getroffen. Die Entscheidung (*FCC 17-43*) unter der Federführung ihres damals noch kommissarischen Vorsitzenden *Pai* (vgl. *Spies*, MMR 2017, 69) hat die Preisregulierung für Zugangsdienste (Special Access) für „Business Data Services“ (BDS) zu Gunsten der Incumbents (ILECs) erheblich modifiziert.

11 Public Notice seeking comment on Section 214 applications to discontinue domestic dominant carrier telecommunication services by Verizon and AT&T, WC Docket No. 17-265, 17-269 und 17-278, abrufbar unter: http://transition.fcc.gov/Daily_Releases/Daily_Business/2017/db1102/DA-17-1081A1.pdf.

12 *Spies*, MMR-Aktuell 2016, 377151.

13 Die Anbieter mussten für folgende „sensitive“ Datensätze das individuelle Opt-in der Kunden einholen, bevor sie diese verwenden oder mit Dritten teilen dürfen: Gesundheitsdaten, Finanzinformationen, Sozialversicherungsdaten, Geolocation, Daten über Minderjährige, Browserverlauf, App-Nutzerverhalten und Kommunikationshalbe. Alle anderen „nicht-sensitiven“ Datensätze der Kunden unterlagen nur einem Opt-out, s. *Spies*, MMR-Aktuell 2017, 388284.

14 *Spies*, MMR-Aktuell 2017, 388284.

15 *Spies*, MMR-Aktuell 2017, 388284. Für die Anbieter von Sprachdienstleistungen gilt der bisherige Regelungsrahmen nach § 222 Communications Act für Customer Proprietary Network Information – CPNI; s. *Spies*, MMR 5/2007, S. V.

zehnten haben diese Inhalte fast jeden Aspekt unseres Lebens umgekrempelt ...".¹⁶

Pai verfolgt, wie beim Amtseintritt erwartet, ein ehrgeiziges Programm, um die FCC Open Internet Order von 2015¹⁷ in großen Teilen wieder rückgängig zu machen. Die unter seinem Vorgänger *Wheeler* mit großer Anteilnahme in der Öffentlichkeit und mit direkter Intervention des Weißen Hauses unter *Präsident Obama* auf den Weg gebrachte Open Internet Order hat dazu geführt, dass Breitbanddienste unter „Titel II“ des Communications Act wie traditionelle Common Carrier reguliert werden. Diese Einstufung als „Versorger“ mit allen regulatorischen Konsequenzen ist weiterhin hoch umstritten. *Pai* selbst war schon damals als einfacher FCC-Kommissar strikt gegen diese rechtliche „Zwangsjacke“, konnte sich allerdings damals nicht durchsetzen.¹⁸ Das Ziel der FCC unter seiner Leitung ist es, die Regeln neu zu definieren und den Breitband-Internetzugang für den Massenmarkt wieder als bloßen TK-Dienst unter Titel I als Informationsdienste (Information Services) einzuordnen. Die am 23.5.2017 veröffentlichte Notice of Public Rulemaking (NPRM)¹⁹ dient vornehmlich diesem Zweck.

Für dieses Zurückrudern hat *Pai* die Rückendeckung zumindest eines Teils der TK-Industrie: Nach dem Schritt der FCC, die Breitbandanbieter unter Titel II des Communications Act zu klassifizieren, sanken die Investitionen in Breitbandinfrastruktur von rund US-\$ 77,9 Mrd. im Jahr 2015 auf US-\$ 76 Mrd., heißt es in einer neuen Breitbandstudie des Verbands *US Telecom*.²⁰ Befürworter der Open Internet Order halten die Zahlen für aus der Luft gegriffen. Rund 22 Mio. Kommentare sind in dem genannten NPRM-Verfahren eingegangen, das am 16.8.2017 für Kommentare geschlossen wurde. Am 12.7.2017 fand ein Aktionstag Netzneutralität von Teilen der Industrie und der Öffentlichkeit gegen die Pläne der FCC statt. Allein an diesem Tag gingen rund 688.000 Eingaben online bei der FCC ein.²¹

Das Kernstück der Reform ist wie gesagt die Rückführung der Klassifizierung der Breitbanddienste von der Einstufung als „Titel II“ TK-Dienste zu weniger streng geregelten Information Services unter „Titel I“, wie es bereits in den Jahren 2005 bis 2015 der Fall war. Die NPRM unterbreitet der Öffentlichkeit in dem Zusammenhang auch Vorschläge für die Abänderung der Leitprinzipien für die Netzneutralität. Die Open Internet Order der FCC v. 26.2.2015 enthält die sog. drei Bright-Line-Regeln, die wie folgt auf einen Nenner gebracht werden können:

■ **Keine Blockierung:** Die Breitbandanbieter dürfen nicht den Zugang zu legalen Inhalten, Anwendungen, Diensten oder nicht schädlichen Endgeräten blockieren.

■ **Kein Abschnüren des Datenflusses:** Breitbandanbieter dürfen nicht den rechtmäßigen Internetverkehr auf der Basis der Inhalte, Anwendungen, Dienste oder nicht schädlichen Endgeräte beeinträchtigen oder behindern.

■ **Keine Bevorzugung von Traffic gegen Entgelt:** Breitbandanbieter dürfen nicht bestimmten Internetverkehr gegenüber anderem Verkehr gegen Entgelt jedweder Art bevorzugen.

Diese Bright-Line-Regeln gelten seit dem 11.6.2015 für alle Breitbanddienste: Kabelmodem, DSL, Glasfaser, Mobilfunkdienste, Breitband über Satellit, Powerline usw. Specialized Services, die nicht allgemein den Zugang zum Internet anbieten, fallen nicht unter die Vorschriften. Die FCC Open Internet Order von 2015 nennt folgende Dienste als Beispiele: VoIP, Herzmonitore und Sensoren zum Energieverbrauch.²² Die FCC will darüber wachen, dass diese Ausnahmekategorie von Anbietern nicht unterlaufen wird. Die genannten Specialized Services dürfen aber auf keinen Fall den allgemeinen Zugang zum Internet verdrängen oder behindern.²³

Der *Vorsitzende der FCC* hat mehrfach geäußert, die Bright-Line-Regeln zu unterstützen. In der NPRM propagiert die FCC zwar, die Neuklassifizierung des Titels II von 2015 wieder rückgängig zu machen, trifft aber hinsichtlich der Weitergeltung der Bright-Line-Regeln keine klare Aussage. Der relevante Abschnitt der Order (Rdnr. 76 ff.) nimmt einen eher geringen Raum des Dokuments ein. Der Leser der NPRM vermisst auch eine genauere Analyse der Ermächtigungsgrundlage, um die Weitergeltung der Bright-Line-Regeln auch nach dem geplanten Wegfall der Klassifizierung von Breitbanddiensten unter Titel II rechtlich untermauern zu können. Insofern ist unklar, ob in Zukunft die Bright-Line-Regeln unverändert weitergelten oder ob die FCC Änderungen vornehmen wird oder (als dritte Option) ob die Regeln durch das allgemeine Wettbewerbsrecht ersetzt werden.²⁴

Im Einzelnen ist in der NPRM Folgendes zu den Bright-Line-Regeln ausgeführt, das auf ihre Abschaffung hindeutet:

■ **Blockierung von legalen Inhalten:** Die FCC lehnt die Blockierung von legalen Inhalten weiter ab.²⁵ Sie bittet um Kommentare zu dieser Aussage und zur Frage, ob diese Regel überhaupt wie in der Open Internet Order von 2015 festgeschrieben werden müsse oder sich von selbst verstehe. Sie bezweifelt, dass die Regel notwendig sei, wenn die Breitbanddienste unter Titel I eingestuft würden. Die Behörde fragt weiter, ob es nicht ausreicht, dass diese Verpflichtung durch das allgemeine Wettbewerbsrecht durchgesetzt werde. Die FCC stellt weiterhin in der NPRM fest, dass die großen ISPs sich bereits zwischen 2010 und 2015 freiwillig an diese Regel gehalten hätten.

■ **Drosselung:** Ähnlich wie bei der Regelung „keine Blockierung“ stellt die FCC die Frage, ob die Regel notwendig sei, wenn die Breitbanddienste unter Titel I eingestuft werden.²⁶ Die FCC befürchtet Belastungen besonders für kleinere Anbieter, die sich mit entsprechenden Angeboten aus der Masse der Breitbandanbieter durch Produktdifferenzierungen herausheben könnten.

¹⁶ *US Court of Appeals for the District of Columbia* MMR 2016, 555 (Ls.) m. Anm. *Spies*.

¹⁷ *Spies*, MMR-Aktuell 2015, 367980 und *ders.*, MMR-Aktuell 2015, 366847. Der Volltext der Order (FCC 15-24, 400 Seiten) mit den Sondervoten von zwei der fünf FCC-Kommissare ist abrufbar unter: http://transition.fcc.gov/Daily_Releases/Daily_Business/2015/db0312/FCC-15-24A1.pdf. Die Order baut auf einer FCC-Order von 2010 auf, die 2014 in Teilen vom *Berufungsgericht für den District of Columbia* aufgehoben worden war; näher dazu *Spies/Ufer*, MMR 2015, 91 ff.

¹⁸ Seine Position ist in seiner abweichenden Meinung im Verfahren GN Docket No. 14-28 (*Protecting and Promoting the Open Internet* (67 Seiten) wie folgt zusammengefasst: „The Internet has become a powerful force for freedom, both at home and abroad. So it is sad to witness the FCC's unprecedented attempt to replace that freedom with government control. It shouldn't be this way.“; abrufbar unter: https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-15-24A5.pdf.

¹⁹ FCC 17-60: In the Matter of Restoring Internet Freedom: WC Docket No. 17-108, abrufbar unter: https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-17-60A1.pdf (im Folgenden: NPRM).

²⁰ *US Telecom*: Seventh annual broadband investment research report, abrufbar unter: <https://www.ustelecom.org/sites/default/files/Broadband%20Investment%20Trending%20Down%20in%202016%20Final.pdf>.

²¹ Zu diesem Aktionstag *Spies*, MMR 2017, 505.

²² Open Internet Order, Rdnr. 35.

²³ *Spies*, MMR-Aktuell 2015, 367980. Die Entscheidung wurde am 14.6.2016 vom zuständigen Berufungsgericht (*Court of Appeals for the District of Columbia*) weitgehend bestätigt; s. MMR 2016, 555 (Ls.) m. Anm. *Spies*. Zur Entwicklung der Gerichtsverfahren und Vorgeschichte *Spies/Ufer*, MMR 2015, 91 und *Spies*, MMR-Aktuell 2015, 366847, 367980 sowie *ders.*, MMR-Aktuell 374380. Am wichtigsten war wohl die Feststellung des Gerichts, dass die FCC sowohl die Anbieter von Festnetz-Breitband-Internetzugang als auch die mobilen Breitbandanbieter als TK-Dienst (bzw. als „kommerziellen Mobilfunk-Dienst“) unter Titel II Communications Act einstufen durfte, s. *Court of Appeals for the District of Columbia* MMR 2016, 555 (Ls.) m. Anm. *Spies*.

²⁴ Vgl. NPRM (o. Fußn. 19), Rdnr. 78: „With the existence of antitrust regulations aimed at curbing various forms of anticompetitive conduct, such as collusion and vertical restraints under certain circumstances, we seek comment on whether these rules are necessary in light of these other regulatory regimes.“

²⁵ NPRM (o. Fußn. 19), Rdnr. 80.

²⁶ NPRM (o. Fußn. 19), Rdnr. 83.

■ **Priorisierung gegen Entgelt:** Die FCC stellt zur Diskussion,²⁷ ob ein Anbieter von Breitbandzugang zukünftig ein Entgelt dafür verlangen darf, dass er bestimmten Inhalten Vorrang auf der Datenautobahn einräumt. Das pauschale Verbot der Open Internet Order von 2015 ist zwischen den FCC-Kommissaren der Demokraten und der Republikaner besonders umstritten. Die FCC behauptet in der NPRM, dass beim Vorrang auf der Datenautobahn in der Praxis kein Problem existiere, das einer Regulierung bedürfe. Die FCC argumentiert weiter, dass diese Regel wettbewerbshindernd sei, denn kleinere Anbieter hätten keine Chance, ihren Kunden ein preisgünstiges Internet mit freiwillig gewährtem Vorrang bestimmter Inhalte anzubieten. Sie seien mit dem Verbot von einem „zusätzlichen Einnahmestrom“ abgeschnitten. Angesichts der vorläufigen Schlussfolgerungen der NPRM, die Breitbanddienste unter Titel I einzustufen, tendiert die FCC dazu, diese Regel aufzuheben oder zumindest abzuschwächen.

■ **Beibehaltung der Transparenzregeln:** Die Open Internet Order von 2015 fordert eine „effektive Offenlegung der Netzwerkmanagementpraktiken, der Leistung und der kommerziellen Nutzungsbedingungen von Internetdiensteanbietern“ zur Förderung des Wettbewerbs.²⁸ Die FCC will diese Regel im Prinzip beibehalten. Sie bittet um Kommentare, ob und wie diese Regeln modifiziert werden müssen, wenn Breitbanddienste nicht mehr den Regeln des Titels II unterworfen sind.²⁹ Die FCC hat vor allem Bedenken hinsichtlich der Kosten, die die Transparenzregeln bei kleineren Anbietern verursachen.

■ **Angemessenes Netzmanagement:** Die NPRM fordert Kommentare ein, ob für den Fall, dass die Bright-Line-Regeln beibehalten werden, für das Netzmanagement Ausnahmen erforderlich sind oder durch das Netzmanagement Einschränkungen des Internetverkehrs weiterhin konkret technisch hinreichend begründet werden müssen.³⁰ Bislang gilt der Standard nach der 2015 Open Internet Order („Begründung mit technischem Management und nicht mit anderen Geschäftserwägungen“). Die bis 2015 aufgelegte Messlatte war niedriger gelegt („vernünftige Erwägungen des Netzmanagements“). Möglicherweise kehrt die FCC dorthin zurück.

■ **Anwendung der Bright-Line-Regeln auf mobile Dienste:** In einem weiteren Abschnitt³¹ bittet die FCC um Kommentare, ob mobile Breitbanddienste anders als Festnetz-Breitbanddienste behandelt werden sollten. Die FCC fragt, ob es technische, rechtliche oder nachvollziehbare wirtschaftliche Gründe gibt, um die Unterscheidung beizubehalten. Mehrere Mobilfunkanbieter hatten 2015 im FCC-Verfahren argumentiert, dass zusätzliche Vorschriften der FCC unnötig seien, da der Wettbewerb um mobile Breitbanddienste das Verhalten mobiler Internet-Diensteanbieter ohnehin in angemessene Bahnen lenke.

■ **Beschwerdeverfahren:** Weitere Kommentare sollen nach Auffassung der FCC die vorgeschlagenen Regeln zur Durchsetzung der Bright-Line-Regeln adressieren. Die FCC will insbesondere das Amt des bislang für Kundenbeschwerden zuständigen Ombudsmanns abschaffen und die Verbraucher auf die allgemeinen Möglichkeiten verweisen, bei Verletzung der FCC-

Regeln bei der Behörde eine Beschwerde einzureichen. Das *Consumer and Governmental Affairs Bureau (CGB) der FCC* verfüge dafür über die notwendigen Ressourcen.³²

IV. Ausblick

Das Verfahren (NPRM) „Open Internet“ der FCC war bei Redaktionsschluss noch nicht abgeschlossen. Eine Abstimmung wurde für den 14.12.2017 angesetzt. Am 21.11.2017 hat *Pai* einen Regulierungsvorschlag im Umfang von 210 Seiten vorgelegt. Eine Verabschiedung der in den NPRM vorgeschlagenen Regeln zum Jahresende 2017 durch die Mehrheit der FCC-Kommissare mit 3 zu 2 Stimmen ist wahrscheinlich, die dann wohl wieder einmal gerichtlich angefochten werden wird. Ob dann die Bright-Line-Regeln weitergelten, lässt sich deshalb noch nicht sagen. Die angestrebte Verlagerung von TK-Kompetenzen weg von der FCC und hin zur allgemeinen Kartell- und Verbraucherschutzbehörde *FTC* wird selbst von *FTC*-Beamten kritisch gesehen. *FTC*-Kommissarin *McSweeney* gab bei einer Anhörung am 2.11.2017 vor dem *House Antitrust Law Subcommittee* zu Protokoll, dass ihre Behörde, die derzeit nur zwei der fünf Sitze ihrer Kommissare besetzt hat, nicht die speziellen TK-Kenntnisse besitze, die notwendig seien, um mit der Komplexität der Marktangebote von Breitbandanbietern angemessen umgehen zu können.³³ Es ist wahrscheinlich, dass die Verbraucher weder eine Blockierung noch eine Drosselung ihres Datenflusses erkennen können, die dann zu einem behördlichen Einschreiten der *FTC* führen könnte.

Die kürzlich (wieder-)ernannte *FCC*-Kommissarin *Rosenworcel*, die den Demokraten nahesteht, stieß bei einer öffentlichen Anhörung auf dem Capitol Hill einen Tag zuvor ins selbe Horn wie ihre *FCC*-Kollegin *Clyburn*, um die Open Internet Order von 2015 zu verteidigen. Sie gab zu Protokoll, dass die von *Pai* initiierte Reform die Grundlagen der Netzneutralität zerstöre und ISPs die Macht gäbe, „Zensoren und Torwächter für alles [zu werden], was online [zugänglich] ist“.³⁴ Aber auch dieses Argument gegen die Marktkräfte steht schon seit Jahren im Raum und hat politisch wenig Zugkraft. Konkreter sind die Risiken durch eine Drosselung des Internetverkehrs, die in der Praxis durchaus schon vorgekommen ist: Im Jahr 2008 entschied die *FCC*, dass die Drosselung des BitTorrent-Datenverkehrs (peer-to-peer file sharing) durch den großen Kabelnetzbetreiber *Comcast* rechtswidrig war.³⁵ 2014 mahnte die *FCC* den Anbieter *Verizon* ab, ein Programm aufzugeben, das die Datengeschwindigkeiten von Kunden mit unbegrenzten Datentarifen verlangsamt, nachdem sie eine bestimmte Nutzungsstufe erreicht habe. *Verizon* hatte die Praxis damals umgehend eingestellt.³⁶

Das vorläufige Fazit nach knapp einem Jahr ist: Während viele Gesetzgebungs- und Politikinitiativen der *Trump-Administration* weiterhin im *Kongress* blockiert sind, hat sich der Kommunikationssektor auf der Ebene der *FCC* (Medien- und TK-Aufsicht) in wenigen Monaten gewandelt. *Präsident Trumps* Wunsch, *Pai* mit Billigung des *US-Senats* auf den Stuhl des *FCC-Vorsitzenden* zu setzen, war eine klare politische Richtungsentscheidung für die „Light Touch Regulation.“ Viele der *FCC*-Initiativen waren abzusehen, wenn man bedenkt, was *Pai* in der Vergangenheit gesagt hat, bevor er Vorsitzender geworden ist. Es ist zu vermuten, dass nach der Open Internet Order der Breitbandzugang für ländliche Gebiete das nächste große Thema für die *FCC* sein wird.



Dr. Axel Spies ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Morgan, Lewis & Bockius LLP in Washington DC und Mitherausgeber der *MMR* seit 2006.

27 NPRM (o. FuBn. 19), Rdnr. 85.

28 FCC Open Internet Order 2015 (o. FuBn. 17), Rdnr. 56.

29 NPRM (o. FuBn. 19), Rdnr. 89 f.

30 NPRM (o. FuBn. 19), Rdnr. 93.

31 NPRM (o. FuBn. 19), Rdnr. 95.

32 NPRM (o. FuBn. 19), Rdnr. 97.

33 *Communications Daily* v. 2.11.2017, S. 4.

34 *Multichannel News* v. 2.11.2017: *Rosenworcel Raising Ruckus Over Net Neutrality*, abrufbar unter: <http://www.multichannel.com/news/fcc/rosenworcel-raises-ruckus-over-net-neutrality/416289>.

35 *Spies*, *MMR* 10/2008, S. V.

36 *CNN* v. 2.10.2014: *Verizon drops plan to throttle data hogs*, abrufbar unter: <http://money.cnn.com/2014/10/02/technology/mobile/verizon-throttle/index.html>.