

## 6/2022

### HERAUSGEBER

RAin **Dr. Astrid Auer-Reinsdorff**, FA IT-Recht, Berlin/Lissabon – **Prof. Dr. Nikolaus Forgó**, Professor für Technologie- und Immaterialgüterrecht und Vorstand des Instituts für Innovation und Digitalisierung im Recht, Universität Wien – RAin **Prof. Dr. Sibylle Gierschmann**, LL.M. (Duke University), FA Urheber- und Medienrecht, Hamburg – RA **Prof. Dr. Christian-Henner Hentsch**, M.A., LL.M., Leiter Recht und Regulierung beim game – Verband der deutschen Games-Branche e.V., in Berlin/Professor für Urheber- und Medienrecht an der Kölner Forschungsstelle für Medienrecht der TH Köln – **Prof. Dr. Thomas Hoeren**, Direktor der Zivilrechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Universität Münster – **Prof. Dr. Bernd Holznapel**, Direktor der Öffentlich-rechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Universität Münster – **Dr. Christine Kahlen**, Leiterin der Unterabteilung VIB, Nationale und europäische Digitale Agenda, Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Berlin – **Prof. Dr. Dennis-Kenji Kipker**, Legal Advisor, Verband der Elektrotechnik, Elektronik und Informationstechnik (VDE) e.V., Kompetenzzentrum Informationssicherheit + CERT@VDE, Frankfurt/M. – **Wolfgang Kopf**, LL.M., Leiter Zentralbereich Politik und Regulierung, Deutsche Telekom AG, Bonn – **Prof. Dr. Marc Liesching**, Professor für Medienrecht und Medientheorie, HTWK Leipzig/München – **Dr. Reto Mantz**, Richter am LG, Frankfurt/M. – **Prof. Dr. Alexander Roßnagel**, Der Hessische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit, Wiesbaden/Universität Kassel/Leiter der Projektgruppe verfassungsverträgliche Technikgestaltung (provet) – RA **Dr. Raimund Schütz**, Loschelder Rechtsanwältin, Köln – **Prof. Dr. Louisa Specht-Riemenschneider**, Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Informations- und Datenrecht, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn – RA **Dr. Axel Spies**, Morgan, Lewis & Bockius LLP, Washington DC – **Prof. Dr. Gerald Spindler**, Universität Göttingen

### BEIRAT DER KOOPERATIONSPARTNER

**Alisha Andert**, Vorstandsvorsitzende des Legal Tech Verband Deutschland e.V., Berlin – **Karsten U. Bartels**, LL.M., Vorsitzender der Arbeitsgemeinschaft IT-Recht (davit) im Deutschen Anwaltverein e.V. – **Daniela Beaujean**, Mitglied der Geschäftsleitung Recht und Regulierung/Justiziarin, Verband Privater Medien (VAUNET), Berlin – RAin **Susanne Dehmel**, Mitglied der Geschäftsleitung Bitkom e.V., Berlin – **Dr. Andrea Huber**, LL.M. (USA), Geschäftsführerin, ANGA Der Breitbandverband e.V., Berlin

### REDAKTION

**Anke Zimmer-Helfrich**, Chefredakteurin – **Katharina Klauser**, Redakteurin – **Ruth Schrödl**, Redakteurin – **Eva Wanderer**, Redaktionsassistentin – Wilhelmstr. 9, 80801 München

## EDITORIAL USA: und täglich grüßt die Netzneutralität

Lesedauer: 9 Minuten

Die meisten kennen den Kinofilm „Groudhog Day“ („Und täglich grüßt das Murmeltier“): Schauspieler Bill Murray ist in einer Zeitschleife gefangen, in der das Murmeltier „Woodstock Willie“ täglich erscheint. Er muss denselben Tag immer wieder erleben, bis er als geläuterter Mann sein Leben fortsetzen kann.

Ein ähnliches Szenario erleben derzeit die Kommissare der Federal Communications Commission (FCC) hier in Washington. Die Kommissare der FCC könnten Spaß an ihrer Arbeit haben: Der Bund stellte vor einigen Monaten 65 Mrd. USD an Breitbandmitteln durch den Infrastructure Investment and Jobs Act, Broadband Equity, Access, and Deployment (BEAD) bereit. 42,45 Mrd. USD gehen in den Ausbau der Breitbandinfrastruktur auf der letzten Meile mit Vorrang für unversorgte/unterversorgte Gebiete und kommunale Ankereinrichtungen. Wäre da nicht „Woodstock Willie“ in Form des Themas Netzneutralität, mit dem sich kürzlich auch wieder der EuGH (MMR 2021, 829 – Telenor Magyarország) und die BNetzA (Entsch. v. 28.4.2022) befasst haben. In der MMR verfolgen wir den „Kampf um die Netzneutralität“ in den USA seit mehr als 15 Jahren (vgl. Spies MMR 8/2006, Heft 8, S. XX). Dieses Thema kocht jetzt in den USA wieder hoch – aus politischen Gründen, aber auch auf Grund der Arbeitsweise der FCC.



Dr. Axel Spies

### Kurzer Rückblick

Detaillierte Regeln zur Netzneutralität wurden 2015 nach jahrelangem Hin und Her unter der Obama-Regierung eingeführt, um sicherzustellen, dass Internetdienstanbieter (ISPs) nicht in der Lage sind, einen bestimmten Internetverkehr gegenüber anderen zu bevorzugen oder zu unterbinden. Die FCC hatte im Jahr 2015 die Open Internet Order verabschiedet (Spies MMR-Aktuell 2015, 366847). Vor 2015 gab es schon länger in den USA eine ausufernde Debatte zu dem FCC-Verfahren zur Netzneutralität. Millionen Bürger reichten damals Kommentare bei der FCC ein, es gab sogar Werbeanzeigen in den Medien. Das Weiße Haus mischte sich in das FCC-Verfahren ein. Die Order baut auf einer FCC-Order von 2010 auf, die im Jahr 2014 in Teilen vom Berufungsgericht aufgehoben worden war (vgl. Spies/Ufer MMR 2015, 91 ff.). Die Open Internet Order enthält die sog. drei Bright-Line-Regeln:

- **Keine Blockierung:** 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 Inhal-

te, 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 galten seit dem 11.6.2015 für alle Breitbanddienste: Kabelmodem, DSL, Glasfaser, Mobilfunkdienste, Satellit, Powerline und Specialized Services, die nicht allgemein den Zugang zum Internet anbieten, fielen nicht unter die Vorschriften. Die Barrieren „Keine Sperrung“ und „keine Drosselung“ galten vorbehaltlich einer Ausnahme für ein „vernünftiges Netzmanagement“ – Praktiken, die in erster Linie für einen legitimen Zweck des Netzmanagements eingesetzt werden und darauf zugeschnitten sind, nicht aber für andere Geschäftszwecke.

Unter Präsident Trump agierte der FCC-Kommissar Pai gegen die Open Internet Order. Pai behauptete u.a., dass die Open Internet Order den Unternehmen, die den Zugang zur digitalen Infrastruktur kontrollieren, unfaire belastende Beschränkungen auferlege. Als Vorsitzender setzte Pai dann alles daran, diese Regeln wieder aus der Welt zu schaffen. Die drei den Republikanern zuzurechnenden Mitglieder der fünfköpfigen Kommission der FCC stimmten am 14.12.2017 der Aufhebung der Open Internet Order zu.

Die Wiedereinführung der politisch aufgeladenen Open Internet Order der FCC von 2015 ist das erklärte Ziel der Biden-Administration. Am 9.7.2021 veröffentlichte die Biden-Administration eine Durchführungsverordnung. Dort heißt es: „Um den Wettbewerb, niedrigere Preise und ein dynamisches und innovatives Telekommunikations-Ökosystem zu fördern, wird die FCC-Vorsitzende ermutigt, mit dem Rest der Kommission zusammenzuarbeiten, um, soweit angemessen und im Einklang mit dem geltenden Recht, Folgendes zu erwägen: ... (i) nach Konsultation die Verabschiedung von Netzneutralitätsregeln, die denen ähnlich sind, die zuvor unter Titel II des Communications Act von 1934 verabschiedet wurden.“

Wie es die Formulierung nahelegt, hat Präsident Biden wie seine Vorgänger selbst keine Kompetenz für Regeln zur Netzneutralität. Ein Gesetz zur Sicherung der Netzneutralität ist angesichts der Mehrheitsverhältnisse im Kongress gerade in einem Wahljahr unwahrscheinlich. Die Kritik der Industrie folgte auf dem Fuße: „Wir sind enttäuscht, dass die Durchführungsverordnung irreführende Behauptungen über den Breitbandmarkt wieder aufwärmt, einschließlich der abgedroschenen und unbewiesenen Behauptung, dass ISPs den Zugang der Verbraucher zu den Internetinhalten ihrer Wahl blockieren oder drosseln würden“, antwortete zB der NCTA, der US-Verband der Kabelindustrie.

### FCC ist derzeit kaum handlungsfähig

Das eigentliche Problem, dass es bei der Netzneutralität auf Bundesebene nicht weitergeht, liegt bei der FCC. Die FCC wird von fünf Kommissaren geleitet. Maximal drei von ihnen können einer politischen Partei angehören, einschließlich des oder der Vorsitzenden. Die Kommissare werden vom Präsidenten nominiert und vom Senat bestätigt. Der oder die FCC-Vorsitzende ernannt u.a. Mitarbeiter und kontrolliert die Tagesordnung. Präsident Biden ernannte Anfang des Jahres die Kommissarin Rosenworcel nach der Bestätigung durch den Senat zur Vorsitzenden, die seit Januar 2021 bereits geschäftsführende Vorsitzende der FCC war. Zurzeit besteht ein Patt. Die Nominierung der Kommissarin Gigi Sohn aus dem Lager der Demokraten hängt aus verschiedenen politischen Gründen im Senat fest. Derzeit kann die Vorsitzende Rosenworcel angesichts des 2:2-Patts nur überparteiliche Themen zur Entscheidung stellen: u.a. die nationale Sicherheitsstrategie, COVID-bezogene Programme, Frequenzpolitik, Überwindung der digitalen Kluft, Universaldienst usw. Zu den umstrittenen Themen ge-

hört der Umgang mit der Netzneutralität. Nach der Bestätigung von Sohn, die nicht sicher ist, wird die FCC wahrscheinlich die Open Internet Order von 2015 wieder in Kraft setzen, Breitbanddienste als TK-Dienste neu klassifizieren und versuchen, die Breitbanddienstleister regulatorisch an die Kandare zu nehmen.

### Das Jahr 2022 ist nicht 2015

Es ist zweifelhaft, ob die Öffentlichkeit sich wie vor der Open Internet Order 2015 noch einmal für die Netzneutralität ins Zeug legt. Möglicherweise nehmen viele Nutzer Drosselungen des Internetzugangs oder Priorisierung des Verkehrs durch den Anbieter in Kauf, wenn sie dafür günstigere Preise beim Breitbandzugang bekommen. Seit 2015 hat es durch 5G, Glasfaser und Satellitendienste einige Verbesserungen bei der Wahl der Anbieter gegeben, sodass die Anbieter vorsichtiger sind, ob sie gegen die Bright-Line-Regeln offen verstoßen, um ihre Kunden nicht zu verprellen. Hinzu kommt: Die Netzneutralität macht nur für diejenigen einen Unterschied, die einen angemessenen Breitbandzugang haben. Und daran hapert es weiterhin in vielen Gebieten der USA. Neben dem eingangs genannten Breitbandpaket von rd. 65 Mrd. USD und einer neuen Biden-Initiative zu Internetgutscheinen für die untersten Einkommensschichten gibt es seit 1996 einen weiteren Finanztopf zum Breitbandausbau – den Universaldienstfonds (USF). Der aktuelle USF-Beitragsfaktor liegt bei 23,8% von bestimmten TK-Einnahmen (interstate/international) der TK-Anbieter. Die USF-Programme laufen unvermindert weiter, wobei die TK-Anbieter diese Kosten auf die Verbraucher umlegen. Die USF-Mittel sind begrenzt, aber die FCC könnte Möglichkeiten zur Verbreiterung der USF-Beitragsbasis prüfen und zB die OTT-Anbieter zur Kasse bitten, weil sie von den Breitbandnetzen profitieren. Die FCC wird vermutlich die niedrig angesetzte Breitband-Basisdefinition von 25/3 Mbit/s ändern. All das zeigt, dass die Themen zusammenhängen. Der Weg zu einer neuen Verordnung zur Netzneutralität wird wahrscheinlich ein Jahr oder länger dauern, um die Verordnung von 2015 wieder in Kraft nach einem Konsultationsprozess (NPRM) zu setzen. Mittlerweile preschen einige wenige US-Staaten wie Kalifornien mit eigenen Gesetzen vor.

### Berufung garantiert

Wenn die FCC das NPRM vielleicht 2023 beendet, geht das Verfahren mit einiger Sicherheit vor Gericht weiter. Sachlich zuständig ist der D.C. Circuit Court. Zurzeit sieht es dort günstig für die FCC aus, denn die derzeitige Zusammensetzung der Richterbänke des Gerichts lautet: 4 Republikaner – 7 Demokraten – eine ausstehende Nominierung. Außerdem führen rd. 75–80% der Berufungen zu einer Bestätigung der behördlichen Entscheidung. Die FCC muss dann die Aufhebung ihrer Anordnung von 2018 begründen und mit den bestehenden Gerichtsentscheidungen in Einklang bringen. Netzneutralitätsmüdigkeit dürfte sich bei den Richtern einstellen, denn dies wäre die dritte Berufung seit 2015, mit der sich die Richter zu befassen hätten. Die wichtigsten Argumente sind alle ausgetauscht. Es gibt aber keine Garantie wie die Richter entscheiden. Am Ende könnte dann doch ein Gesetz erforderlich werden, um Schutzmaßnahmen für die Netzneutralität einzuführen. Denkbar wäre auch eine Rückverweisung an die FCC zur Klärung offener Fragen. Neue Regeln zur Netzneutralität (Bright Line-Regeln von 2015 mit Einstufung der Internetdiensteanbieter als „Title II“-Anbieter) könnten das Tor zur Regulierung der OTT-Anbieter aufstoßen, die anders als nach der europäischen EECC-RL derzeit nicht durch die FCC tk-reguliert sind. Dies ist vermutlich der Hauptgrund, warum es aus der Industrie weiter so viel Widerstand gibt.

Washington DC, im Juni 2022

### Dr. Axel Spies

ist Rechtsanwalt bei Morgan Lewis & Bockius in Washington DC und Mit-herausgeber der MMR.