

Axel Spies USA: FCC-Entscheidung zur Netzneutralität vor dem Berufungsgericht verhandelt

MMR-Aktuell 2015, 374380

Vor dem Berufungsgericht (*DC Court of Appeals*) fand am 4.12.2015 die mündliche Verhandlung der Berufungen gegen die Open Internet Order der *Federal Communications Commission (FCC)* statt (zu den Hintergründen dieser FCC-Order v. 26.2.2015 s. *Spies*, MMR-Aktuell 2015, 366847 und ausf. *Spies/Ufer*, MMR 2015, 91 ff.). Auch nach der mehrstündigen Verhandlung mit großem öffentlichen Interesse ist unklar, wie das Gericht im nächsten Jahr entscheiden wird. Die Kernfrage des umfangreichen Verfahrens ist, ob die FCC in der Order die Anbieter von Internetzugang (ISP) nach Titel II des Communications Act als Common Carrier einstufen durfte.

In dem Verfahren traten u.a. *AT&T*, *Comcast* und verschiedene US-Industrieverbände der TK-Industrie und der Kabelnetzbetreiber (*USTA*, *CTIA*, *NCTA*) als Klägerinnen auf. Beklagte ist die FCC. Die Verhandlung vor Richter *Tatel* als Vorsitzendem der zuständigen Kammer (bestehend aus drei Richtern) dauerte mehr als drei Stunden. Derselbe Richter hatte die Urteile desselben Gerichts i.S. *Comcast v. FCC (2010)* und *Verizon v. FCC (2014)* mitverfasst, mit denen das Gericht schon zweimal einem Anlauf der FCC zur Regelung des Offenen Internets Einhalt geboten hatte. Seine beiden Richterkollegen waren bislang nicht an Berufungsentscheidungen gegen die FCC beteiligt.

1. Drei große strittige Bereiche

■ **Ermessensspielraum:** In der Verhandlung deutete Richter *Tatel* an, dass das Gericht die Leitlinien der Entscheidung des *US Supreme Court* „Brand X“ von 2005 anwenden solle. Danach hat die FCC Ermessensspielraum bei der rechtlichen Einordnung von Internetdiensten. Die Kl. wandten sich vehement gegen diese Sichtweise: Die von der Order umfassten Internetzugangsdienste seien keine Common-Carrier-Dienste wie die Sprachtelefonie, weil die Breitbandanbieter nicht nur die Leitungen, um die Daten zu übertragen, sondern z.B. auch eine Speicherung von Informationen und diverse Verarbeitungsmöglichkeiten zur Verfügung stellen, die z.B. eine Web-Su-

che oder Web-Chats dem Nutzer erst ermöglichen. Diese Leistungen seien Informationsdienste und keine allgemeinen TK-Dienste i.S.d. Titel II Communications Act. Die Einordnung der Dienste durch die FCC unter Titel II sei willkürlich und verstoße gegen die Vorgaben des *US Supreme Court* und des *Berufungsgerichts*. Die FCC betonte in der mündlichen Erwiderung, dass sich die Definition, wer als Common Carrier einzustufen sei, seit Jahren dramatisch weiterentwickelt habe, sodass man bei Internetzugangsdiensten nicht mehr von einem bloßen Informationsdienst reden könne – besonders wenn man auf die Sicht des Endnutzers abstelle. Eine Ausklammerung der Breitband-Übertragung als bloßen „Information Service“ von der Regulierung sei deswegen nicht mehr zeitgemäß und eine Regulierung der Dienste unter Titel II sei angemessen. Auf jeden Fall stehe der FCC zur Regelung ein weit gestecktes Einschätzungsermessen zu, von dem die Behörde in der Order Gebrauch gemacht hat.

■ **Bezahlte Priorisierung:** Neben den allgemeinen Vorschriften in der Order zum Verbot der Sperrung von Inhalten und der Drosselung des Internetverkehrs ging es in der Verhandlung auch um die umstrittenen Regeln in der Order, mit denen die FCC eine „bezahlte Priorisierung“ verbietet: Diese verbotene Priorisierung umfasst das Dienste-Management des Breitbandnetzbetreibers, um bestimmte Datenflüsse gegenüber anderen Datenflüssen gegen Entgelt zu bevorzugen oder die Leistungen einer verbundenen Gesellschaft vor anderen Anbietern über das Netz zu fördern. Einige Kl. trugen vor, dass dieses Verbot mit den Abschnitten 201 und 202 des Titels II nicht vereinbar sei, da diese Regeln eine Vorzugsbehandlung von Datenflüssen erlauben, wenn diese nicht „unvernünftig“ seien. Die FCC folgte dieser Interpretation wie erwartet nicht und wies darauf hin, dass das Verbot einer bezahlten Priorisierung nicht auf Abschnitt 202, sondern auf Abschnitt 201 (b) Communications Act basiere, welcher der FCC einen breiten Spielraum einräume, um Praktiken zu verbieten, die ungerecht und unvernünftig seien. Das Verbot der bezahlten Priorisierung genüge diesen Kriterien. Einige Kl. versuchten darüber hinaus zu argumentieren, dass das Verbot der bezahlten Priorisierung und der Sperrung von Inhal-

ten gegen die Meinungsfreiheit (Erster Verfassungszusatz) der Breitbandanbieter (!) verstoße. Dieser Verfassungszusatz schützt grds. auch juristische Personen und ihre „Commercial Speech.“ Die FCC argumentierte, dass diesen Unternehmen als Common Carrier keine solchen Rechte zustünden, da sie bloß Informationen über ihre Netze transportieren. Dieses Prinzip werde durch die Rechtsprechung seit langem gestützt.

■ **Mobile Breitbanddienste:** Ein weiterer Streitpunkt vor Gericht war, ob und wie weit mobile Breitbanddienste unter Titel II eingeordnet werden dürfen, wie es die Order vorsieht. Zu diesem Thema gab es innerhalb des Richterremiums unterschiedliche Meinungen. Die FCC war nach Einschätzung der Beobachter in diesem Teil der Verhandlung in der Defensiv-rolle. Das Richterremium hatte ersichtlich Schwierigkeiten, der Einordnung der mobilen Breitbanddienste als Public Switched Telephone Network (PSTN, d.h. als öffentliches TK-Netz) mit den Endpunkten „Endgerät“ und „Internetzugangspunkt“ zu folgen. Das Gericht scheint dem Vorbringen der Kl. zu folgen, dass die Neudefinition von PSTN der FCC nicht zulässig ist. Die FCC hätte nicht mobiles Breitband und traditionelle Mobilfunkdienste (CMRS) in der Order als „funktionale Äquivalente“ gleichsetzen dürfen (z.B. die Nutzung traditioneller PSTN-Dienste von TK-Nummern und von IP-Adressen durch mobile Breitbanddienste). Die Richter ließen es offen, ob trotzdem die Einordnung des Einschätzungsermessens der FCC bei der Auslegung der Rechtsbegriffe im Communications Act gedeckt ist. Offen bliebe, ob die FCC für die mobilen Breitbanddienste eine Übergangsfrist in der Order hätte vorsehen müssen.

2. Nächste Schritte

Mit einer Entscheidung des Gerichts ist im Frühjahr 2016 (vermutlich im April) zu rechnen. Eine Vorhersage des Ergebnisses ist schwierig. Die Richter des Berufungsgerichts sind sehr unabhängig in ihrer Entscheidungsfindung. Das größte Risiko für die FCC besteht in der Aufhebung der Einordnung der mobilen Breitbandanbieter unter Titel II und den sich damit für die Regulierung dieses Sektors ergebenden Konsequenzen. Der FCC bleiben nach einer Entscheidung nur wenige Monate Zeit, um vor dem Ablauf der Amts-

MMR FOKUS

zeit der *Obama*-Administration die Open Internet Order an das Urteil anzupassen oder durch eine neue Order ganz oder teilweise zu ersetzen. Anderenfalls könnte die Order per Gesetz mit der Unterschrift des neuen Präsidenten oder durch eine Entscheidung der neuen FCC-Kommissare nach der US-Wahl im nächsten Jahr aufgehoben werden, woran vor allem vielen Vertretern der Republikanischen Partei sehr gelegen ist. Viele Anbieter fürchten, dass die Netzneutralität in den USA spätestens 2016 zum Wahlkampfthema werden könnte.

■ Vgl. hierzu auch *Spies*, MMR-Aktuell 2015, 367980; *Spies*, MMR-Aktuell 2015, 371746; MMR-Aktuell 2015, 367210; MMR-Aktuell 2015, 366847; MMR-Aktuell 2015, 366392 und MMR-Aktuell 2015, 368705.

Dr. Axel Spies

ist Rechtsanwalt bei Morgan, Lewis & Bockius in Washington DC und Mitherausgeber der MMR.

Wolfgang Kuntz BITKOM: Haftung von Internetzugangspornern

MMR-Aktuell 2015, 374129

Der Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. (BITKOM) hat zum Urteil des BGH zur Haftung von Internetzugangspornern für Urheberrechtsverletzungen Dritter Stellung genommen.

BITKOM begrüßt, dass die Klagen der GEMA und der Tonträgerhersteller gegen die Internetzugangspornern abgewiesen wurden. Der BGH hielt eine Sperranordnung in beiden Fällen für unverhältnismäßig. Allerdings schließt der BGH nicht aus, dass Internetzugangspornern bei Urheberrechtsverletzungen Netzsperrern einrichten müssten. Voraussetzung sei, dass die Rechteinhaber zuvor „zumutbare Anstrengungen“ unternommen hätten, um die Verbreitung geschützter Inhalte zu verhindern.

Die Verwertungsgesellschaft GEMA hatte von der DTAG als Anbieter von Internetzugängen (Access- bzw. Internetzugangspornern) verlangt, auf technischem Weg zu verhindern, dass ihre Kunden Webseiten mit Links zu urheberrechtlich geschützter Musik aufrufen können. Im zweiten Fall sollte Telefónica ihren Kunden den Zugang zur Webseite

„goldesel.to“ sperren, die ebenfalls auf ein illegales Musikangebot verlinkte. Dafür hätten die Internetzugangspornern eine umfangreiche Sperrinfrastruktur aufbauen müssen.

Internetsperren sollten das äußerste Mittel der Netzpolitik bleiben. Als Maßnahme gegen Urheberrechtsverstöße seien sie völlig überzogen. Die Interessen der Rechteinhaber seien legitim, aber es wäre fatal, wenn auf diesem Weg die Freiheitsrechte der Internetnutzer eingeschränkt würden. Aus Sicht des BITKOM sollten stattdessen legale Angebote gefördert und illegalen Anbietern die finanziellen Anreize genommen werden. Notwendig sei zudem eine stärkere internationale Zusammenarbeit der Ermittlungsbehörden, da viele illegale Anbieter ihren Sitz im Ausland haben.

Vor diesem Hintergrund kritisiert der BITKOM auch eine verschärfte Haftung für Host-Provider, die im Rahmen der Änderungen des TMG geplant ist. Host-Provider speichern die Inhalte ihrer Nutzer im Internet und stellen diese zum Abruf bereit. Dazu zählen z.B. Cloud-Speicherdienste, soziale Netzwerke oder Webhoster, die die Webseiten ihrer Kunden verwalten. Bisher müssen Host-Provider nicht für illegale Inhalte auf ihrer Plattform haften und diese nur unter bestimmten Voraussetzungen entfernen. In Zukunft sollen als illegal eingestufte Dienste immer haften. Dabei bleibt aus Sicht des BITKOM unklar, wie diese Einstufung eindeutig erfolgen soll. Gleichzeitig müssen die seriösen Anbieter nachweisen, dass sie legal handeln, was einen enormen Aufwand verursacht. Host-Provider würden unter Generalverdacht gestellt, Verstöße gegen das Urheberrecht zu dulden oder sogar zu fördern. Das sei das falsche Signal, wenn man gleichzeitig digitale Geschäftsmodelle fördern will. Auch andere Institutionen und Experten kritisierten den Gesetzentwurf in diesen Punkten. Renommierte Rechtswissenschaftler halten die geplante Regelung für EU-rechtswidrig und der Bundesrat lehnt die TMG-Änderung komplett ab.

■ Vgl. auch *BGH* MMR-Aktuell 2015, 374162; *Thiesen*, MMR 2014, 803 und MMR-Aktuell 2015, 374164.

Wolfgang Kuntz

ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für IT-Recht in Saarbrücken.

ZPÜ: Einigung über Vergütungen für Tablets und Mobiltelefone

MMR-Aktuell 2015, 374272

Am 1.12.2015 haben sich die in der Zentralstelle für private Überspielungsrechte (ZPÜ) zusammengeschlossenen Verwertungsgesellschaften sowie die Verwertungsgesellschaften VG Wort und VG Bild-Kunst mit dem Digitalverband BITKOM erstmals über die Höhe der Vergütungen für Mobiltelefone und Tablets geeinigt.

Die neuen Gesamtverträge regeln die Vervielfältigungen, die auf diesen Geräten zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch erfolgen. Hinsichtlich der Umsetzung der vom EuGH in seiner Padawan-Entscheidung (MMR 2010, 828 m. Anm. Hoeren) gemachten Vorgaben für die Behandlung von durch Wirtschaftsunternehmen angeschafften Geräten im Bereich der privaten Vervielfältigung konnte auf der in 2014 bereits für PCs erzielten Einigung aufgebaut werden.

Nach den Angaben des BITKOM zahlen Hersteller und Importeure € 6,25 pro Smartphone bzw. Handy und € 8,75 pro Tablet-Computer. Die Tarife inkl. 20% Gesamtvertragsnachlass gelten nur für Importeure und Hersteller von Tablets und Mobiltelefonen, die den Gesamtverträgen beigetreten sind.

Mit den beiden Gesamtverträgen werden auf dem Verhandlungswege jahrelange Rechtsstreitigkeiten vor den Gerichten beendet. Ohne diese Vereinbarungen müssten die Rechteinhaber auf unabsehbare Zeit weiter auf die Vergütungen für die private Vervielfältigung ihrer Werke warten. Die lange Dauer von Verhandlungen und Rechtsstreitigkeiten zeige die Notwendigkeit gesetzgeberischen Handelns zur Verbesserung des Systems. Es sei zu begrüßen, dass die Bundesregierung hier bereits konkrete Vorschläge auf den Weg gebracht hat. Ein wichtiger gesetzgeberischer Baustein sei dabei die vorgesehene Sicherheitsleistung, die die Rechteinhaber mit anderen Gläubigern gleichstellt und das Ausfallrisiko für geschuldete Vergütungen mindert. Damit würde der Gesetzgeber das seit Jahrzehnten bewährte System der Privatkopie zukunftssicher machen, auf das Rechteinhaber und Nutzer (Verbraucher) auch im digitalen Zeitalter nicht verzichten können.