

# Quo vadis Netzneutralität? Status quo und Ausblick

Ein langer Weg zu einem tragfähigen Kompromiss in der EU, Deutschland und den USA

Telekommunikations- und Medienrecht

Die TK-Branche ist auf Grund der Rasanz der technischen Entwicklungen von einer besonderen Schnellebigkeit geprägt. Dies stellt immer wieder diejenigen auf eine harte Probe, die dafür verantwortlich sind, dass die Marktteilnehmer auf geeignete rechtliche Rahmenbedingungen treffen. Langwierige Gesetzgebungsverfahren und das Prozedere der Richtlinien

und Verordnungen aus Brüssel sind nur schwerlich geeignet, um mit diesem Tempo mitzuhalten. Bei keinem anderen Thema wird diese Herausforderung offenkundiger als bei der Diskussion rund um die Netzneutralität. In den USA will die FCC Ende Februar 2015 über neue Regeln abstimmen.

## I. Einleitung

Die technischen Veränderungen und der immer größer werdende Hunger nach Daten, die eine Beantwortung der Fragen rund um die Neutralität der Datenübertragung erfordern, haben schon vor vielen Jahren eingesetzt.<sup>1</sup> Nicht unwesentlich kürzer streiten sich auf der ganzen Welt die Lager über ihre jeweiligen Forderungen. Immer wieder wird der Untergang des Abendlands beschworen – einmal wegen des unweigerlich drohenden Verlusts der Menschenrechte (wie die Meinungsfreiheit) bei einer Verletzung der Netzneutralität, das andere Mal wegen der zum Erliegen kommenden technischen Innovationskraft bei einer Zementierung derselben. Und trotzdem ist nach wie vor keine Blaupause für die Regulierung eines Markts in Sicht, der keine Ländergrenzen kennt. Dieser Beitrag soll den aktuellen Stand der Debatte in Europa (II.) – mit einem Schwerpunkt auf Deutschland (III.) – und den USA (IV.) zusammenfassen und einen Ausblick auf mögliche zukünftige Entwicklungen geben (V.).

## II. Netzneutralität in Brüssel

Nachdem die USA mit einigem zeitlichen Vorsprung in die Auseinandersetzung eingestiegen sind (näher dazu unter IV.), schien es bereits so, dass Europa bei einer der wichtigsten Weichenstel-

lungen für die digitale Welt den Anschluss verlieren könnte. Wenngleich bereits bei der Überarbeitung des Gemeinschaftsrechtsrahmens im Jahr 2009 Regelungen zur Netzneutralität aufgenommen wurden, blieben diese Maßgaben bislang von untergeordneter Konsequenz.<sup>2</sup> Mittlerweile kann man jedoch sagen, dass eine intensiv und auch in der Öffentlichkeit geführte Debatte in den EU-Mitgliedstaaten und in Brüssel selbst für die am weitesten fortgeschrittene Meinungsbildung weltweit gesorgt hat. Einige der Mitgliedstaaten sind vorgeprescht und haben mittlerweile eigene gesetzliche Regelungen, so die Niederlande und Slowenien; u.a. in England, Norwegen, Österreich und der Schweiz wurden freiwillige Verhaltenskodizes der Wirtschaft oder Handlungsempfehlungen der Aufsichtsbehörden verabschiedet.<sup>3</sup> Auf die in Deutschland im Jahr 2013 gescheiterte Netzneutralitäts-VO soll nicht weiter eingegangen werden.<sup>4</sup>

### 1. Ausgangssituation: Die TK-Binnenmarktverordnung der EU-Kommission

In Brüssel wurde die Entwicklung konkreter, als die *EU-Kommission* im September 2013 einen Vorschlag für eine Verordnung über Maßnahmen zur Entwicklung des europäischen TK-Binnenmarkts unterbreitet hat. Dieser unter der Bezeichnung „Vernetzter Kontinent“, „Telecom Single Market“ (TSM), „Digital Single Market“ (DSM) oder schlicht „TK-Binnenmarktverordnung“ eingebrachte Vorschlag beschäftigt nun die Brüsseler Bürokratie seit mehr als einem Jahr.<sup>5</sup> Mit diesem Schritt will die *EU-Kommission* den europäischen TK-Binnenmarkt nach der letzten großen Überarbeitung im Jahr 2009 weiterentwickeln und in Anbetracht der Aktivitäten zur Netzneutralität in einzelnen Mitgliedstaaten einer weiteren Fragmentierung des EU-Binnenmarkts entgegenwirken.<sup>6</sup> Als ob die sich bereits zuspitzende Auseinandersetzung um die Netzneutralität nicht bereits genug Herausforderung gewesen wäre, musste die *EU-Kommission* konsequenterweise noch einen Reigen weiterer, nicht weniger einfach zu lösender Themen in ihren Verordnungsvorschlag mit aufnehmen – zu nennen ist hier nur das neben der Netzneutralität ebenfalls sehr sensibel behandelte Roaming.<sup>7</sup>

In Anbetracht der bereits für 2015 angekündigten Überarbeitung des Gemeinschaftsrechtsrahmens („Review“) verwundert es nicht, dass die *EU-Kommission* den Weg über eine Verordnung gewählt hat. Verordnungen gelten im Gegensatz zu den EU-Richtlinien unmittelbar und sind nicht mit dem Makel einer zeitraubenden Umsetzungsfrist versehen. Zudem gewährt die Richtlinie den Mitgliedstaaten einen auch inhaltlichen Umsetzungsspielraum, der in Anbetracht zahlreicher im Gemeinschaftsraum anhängiger Vertragsverletzungsverfahren auch weitgehend ausgenutzt wird.<sup>8</sup> In diesem auf den ersten Blick

<sup>1</sup> Vgl. Ufer, CR 2010, 634; Ufer, K&R 2010, 383; Spies/Ufer, MMR 2010, 13; Spies/Ufer, MMR 2011, 13.

<sup>2</sup> Regelungen zur Netzneutralität enthalten seit 2009 Art. 8 Abs. 4 lit. g Rahmenrichtlinie (RRL), Art. 20 Abs. 1 lit. b, Art. 21 Abs. 3 lit. c, d und Art. 22 Abs. 3 Universalienrichtlinie (URL); vgl. hierzu Wimmer, ZUM 2013, 641, 645.

<sup>3</sup> Für einen internationalen Vergleich zur Netzneutralität vgl. Meckel/Fieseler/Gerlach, Der Diskurs zur Netzneutralität, Universität St. Gallen, 2013; Bertsek/Yool/Rasel/Smuda, Die Netzneutralitätsdebatte im internationalen Vergleich, Impulsstudie im Rahmen der Studienreihe Netzneutralität – Handlungsbedarf und -optionen des Staates, herausgegeben von Fetzer/Peitz/Schweitzer, BMWi 2013; eine Übersicht zu Verletzungen der Netzneutralität liefert BEREC Report on differentiation practices and related competition issues in the scope of net neutrality, BoR (12) 132, abrufbar unter: [http://berec.europa.eu/eng/document\\_register/subject\\_matter/berec/reports/1094-berec-report-on-differentiation-practices-and-related-competition-issues-in-the-scope-of-net-neutrality](http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/reports/1094-berec-report-on-differentiation-practices-and-related-competition-issues-in-the-scope-of-net-neutrality).

<sup>4</sup> Hierzu Frevert, ZRP 2013, 166; Wimmer/Löw, MMR 2013, 636.

<sup>5</sup> Vorschlag für eine Verordnung des EU-Parlaments und des Rates über Maßnahmen zum europäischen Binnenmarkt der elektronischen Kommunikation und zur Verwirklichung des vernetzten Kontinents und zur Änderung der RL 2002/20/EG, 2002/21/EG und 2002/22/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 1211/2009 und (EU) Nr. 531/2012, COM(2013) 627 final.

<sup>6</sup> S. Mitteilung der *EU-Kommission*, COM(2013) 634 final.

<sup>7</sup> Überblick bei Huber, MMR 2014, 221, 222.

<sup>8</sup> Durchschnittlich wurden EU-weit im Zeitraum 11/2013 bis 5/2014 weiterhin je Mitgliedstaat 30 Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet. Im November 2013 waren es insgesamt 816 Verfahren. Mehr als die Hälfte der Fälle (52%) betreffen die verspätete oder nicht ordnungsgemäße Umsetzung von Richtlinien und nicht die fehlerhafte Anwendung von Binnenmarktvorschriften. Parallel dazu betreffen 70% der Fälle Richtlinien und nur 30% Verordnungen, Entscheidungen und Vertragsartikel; vgl. Binnenmarktanzeiger 7/2014.

nachvollziehbaren und sehr pragmatischen Ansatz der *EU-Kommission* war tatsächlich bereits der Geburtsfehler des Vorhabens angelegt: eine Verordnung, die ein ganzes Portfolio von Richtlinien (Framework) ändern sollte und trotzdem keine Reform an Haupt und Gliedern sein wollte. Nachvollziehbar wurde die TK-Binnenmarktverordnung in der Folge in Brüssel nicht gerade mit offenen Armen empfangen, auch ohne dass sich bereits eine Opposition zu den inhaltlichen Punkten herausgebildet hätte.<sup>9</sup> Das also mehr als ambitioniert zu bezeichnende Vorhaben unter der Leitung einer zum damaligen Zeitpunkt bereits schon in der Endphase ihrer Legislatur befindlichen *EU-Kommission* stand unter keinem guten Stern und wurde bis heute erheblich zu recht gestutzt.<sup>10</sup> Sogar das Scheitern des gesamten Rechtsetzungsvorhabens hängt bis heute wie ein Damoklesschwert über der TK-Binnenmarktverordnung.

Hinsichtlich der Netzneutralität beabsichtigte der Vorschlag der *EU-Kommission* den Spagat zwischen Wirtschaft und Verbraucher, indem Letzterer den Zugang zu einem uneingeschränkten und offenen Internet haben soll, gleichzeitig die Unternehmen aber auch Spezialdienste mit besserer Qualität anbieten dürfen. Der ursprüngliche Vorschlag der *EU-Kommission* zur Netzneutralität umfasst (vgl. Art. 23 des Vorschlags)

- die „Freiheit der Bereitstellung und Inanspruchnahme eines offenen Internetzugangs“,
- ein Verlangsamungs-, Verschlechterungs- und Diskriminierungsverbot gegenüber bestimmten Inhalten, Anwendungen oder Diensten oder bestimmten Klassen davon, es sei denn, dass ein angemessenes Verkehrsmanagement „erforderlich“ ist,
- die Möglichkeit, Spezialdienste mit besonderen Qualitäten („enhanced QoS“) in Anspruch zu nehmen, wobei die allgemeine Qualität von Internetzugangsdiensten nicht in wiederholter oder ständiger Weise beeinträchtigt werden darf,
- Vereinbarungen von Diensteanbietern und Netzbetreibern für definierte Qualität oder dedizierte Kapazität sind erlaubt („Spotify/DTAG-Deal“),
- Definition Spezialdienst (s. Art. 2 des Vorschlags): der Zugang zu speziellen Inhalten, Anwendungen oder Diensten, dessen technische Merkmale durchgehend kontrolliert werden und der nicht als Substitut für Internetzugangsdienst vermarktet oder breit genutzt wird,
- Flankierung durch eine Ausweitung der Informations- und Transparenzpflichten.

## 2. Initiativen in EU-Parlament und Rat

Doch der Reihe nach: Im Rahmen des auch bei einer Verordnung anzuwendenden Gesetzgebungsprozesses nach Art. 294 AEUV kamen in der Folge das *EU-Parlament* sowie der *Rat der EU*<sup>11</sup> zum Zuge, um ihre Positionen einzubringen. Am 3.4.2014 hat das *EU-Parlament* in erster Lesung seinen Standpunkt zur TK-Binnenmarktverordnung festgelegt, u.a. im Hinblick auf Netzneutralität aber gravierende Abänderungen vorgenommen.<sup>12</sup> Das *EU-Parlament* bewertete den Netzneutralitätsvorschlag der *EU-Kommission* als zu wirtschaftsfreundlich. Die Definition der Netzneutralität stellt in der Abänderung durch das *EU-Parlament* viel klarer die Gleichbehandlung des gesamten Internetverkehrs in der Vordergrund.<sup>13</sup> Die Voraussetzungen zur Erbringung eines Spezialdienstes wurden deutlich enger formuliert.<sup>14</sup> Dienste mit besonderen Qualitätsmerkmalen müssen innerhalb der Netze in logisch getrennten Kapazitäten erbracht werden und dürfen den spezifischen Internetzugangsdienst in keiner Weise beeinträchtigen. Zur Absicherung sah das *EU-Parlament* zusätzlich Beschwerdeverfahren bei den Betreibern und nationalen Regulierungsbehörden vor, um auf Verletzungen der Netzneutralität effizient reagieren und dem Verbraucher Aktionsmöglichkeiten geben zu können.<sup>15</sup> Das *EU-Parlament* hat sodann seine legislative EntschlieÙung dem *Rat* übermittelt.<sup>16</sup>

Bei der Befassung des *Rates* mit der TK-Binnenmarktverordnung wurde der Grundsatz eines offenen und freien Internet von den Mitgliedstaaten im *Rat* nicht in Frage gestellt – allerdings sehen einige Mitgliedstaaten derzeit keine Notwendigkeit für eine europaweit einheitliche Regelung zur Netzneutralität. Andere Mitgliedstaaten betonen, dass Regelungen zur Netzneutralität so ausgestaltet werden müssten, dass diese Innovationen nicht beeinträchtigen und daher auch zukunftsfähig sind (so z.B. Deutschland). Als problematisch wird von mehreren Mitgliedstaaten auch gewertet, dass nicht klar sei, was unter „Spezialdiensten“ verstanden werden könne. Es scheint einigen Ländern daher unklar, inwieweit Art. 23 Abs. 2 überhaupt in der Praxis umzusetzen sei. Das Scheitern der TK-Binnenmarktverordnung in ihrer ursprünglichen Form ist dabei nicht allein auf die Kontroverse um die Netzneutralität zurückzuführen. Auch bei vielen anderen Punkten des Verordnungspakets konnten sich die Mitgliedstaaten nicht einigen. Um bei diesem offenkundigen Dissens irgendwie voranzukommen, hatte sich in 2014 die *italienische EU-Ratspräsidentschaft* auf Grund der erheblichen Vorbehalte auf Seiten der Mitgliedstaaten gegenüber dem ursprünglichen Verordnungsvorschlag der *EU-Kommission* dazu entschieden, nur die Bereiche Netzneutralität, EU-Roaming, Verbraucherrechte und die Frequenzpolitik aufzugreifen.<sup>17</sup> Die vom 1.1.2015 bis 30.6.2015 dauernde Präsidentschaft Lettlands will eine Beschränkung auf Roaming und Netzneutralität. Der Kompromissvorschlag der *Ratspräsidentschaft* sah zudem den Verzicht auf eine strikte Definition von Netzneutralität vor. Stattdessen wird seitdem die Einführung eines vereinfachten, prinzipienbasierten Ansatzes befürwortet, um Innovationen nicht zu hemmen und technologische Entwicklungen nicht einzuschränken. Art. 2 Nr. 12a (neu) lautet demnach: „net neutrality means the principle according to which all internet traffic is treated equally, without discrimination, restriction or interference, independently of its sender, recipient, type, content, device, service or application“. Zudem verzichtet man auf die Definition von Spezialdiensten („while not prohibiting them“ (!)) und die Ermöglichung von ausreichend Flexibilität für Verkehrsmanagement. Zwar soll ein Blockieren, Herunterstufen oder Verlangsamen bestimmter Inhalte untersagt werden. Da jedoch gleichzeitig auf die Definition von Netzneutralität und Spezialdiensten verzichtet wird, wären diese Bestimmungen rechtlich deutlich schwerer durchsetzbar. Damit weicht die Positionierung zum Bereich Netzneutralität erheblich von der Positionierung des *EU-Parlaments* ab – eine Einigung wird daher extrem schwierig.

## 3. Der informelle Trilog zur Klärung der Fronten

Beim ordentlichen Gesetzgebungsverfahren sind *EU-Parlament* und *Rat* gleichberechtigte Institutionen, die den Gesetzgebungsvorschlag der *EU-Kommission* billigen, ablehnen oder Änderungen dazu vorschlagen können. Um ein Scheitern zu ver-

<sup>9</sup> Klotz, K&R 2014, 101; Scherer, MMR 2013, 685.

<sup>10</sup> Seit dem 10.2.2010 war die EU-Kommissarin für die Digitale Agenda Kroes zuständig; ihr 5-jähriges Mandat endete am 31.10.2014.

<sup>11</sup> Also der *EU-Ministerrat* (vgl. Art. 237 AEUV), nicht zu verwechseln mit dem *Europäischen Rat*, in dem die Regierungschefs der Mitgliedstaaten organisiert sind.

<sup>12</sup> Huber, MMR-Aktuell 2014, 357161.

<sup>13</sup> Neu eingefügt wurde Art. 2 Nr. 12a: „Netzneutralität“ bezeichnet danach den Grundsatz, nach dem der gesamte Internetverkehr ohne Diskriminierung, Einschränkung oder Beeinträchtigung und unabhängig von Absender, Empfänger, Art, Inhalt, Gerät, Dienst oder Anwendung gleich behandelt wird; die Netzbetreiber dürfen nicht zwischen funktional gleichwertigen Diensten und Anwendungen diskriminieren, s. Abänderungen 234 und 241.

<sup>14</sup> Geändert wurde Art. 2 Nr. 14 und 15, vgl. Abänderungen 235 und 242.

<sup>15</sup> Abänderungen in Art. 24 und neu eingefügt Art. 30a des EU-Kommissionsvorschlags für eine TK-Binnenmarktverordnung.

<sup>16</sup> Legislative EntschlieÙung des *EU-Parlaments* v. 3.4.2014, P7\_TA-PROV(2014)0281.

<sup>17</sup> In Form eines sog. Fortschrittsberichts: State of Play, 2013/0309 (COD).

meiden, kann man noch vor der Einberufung des Vermittlungsausschusses Unstimmigkeiten im Wege des Trilogs ausräumen. Darunter versteht man eine informelle Zusammenkunft der Vertreter des *EU-Parlaments*, des *Rates* und der *EU-Kommission* mit dem Ziel, einen Kompromiss zu erarbeiten.<sup>18</sup> Die *EU-Kommission* soll beim Trilog dem *Rat* und dem *EU-Parlament* mit Expertise beistehen und Kompromisstexte formulieren. Sie hat beim Trilog kein Mitspracherecht, ihre aus Art. 294 Abs. 11 AEUV resultierende Funktion als Mediator ist jedoch wesentlich für das Gelingen eines solchen Treffens. Bei dann übereinstimmenden Beschlüssen von *EU-Parlament* und *Rat* könnte die TK-Binnenmarktverordnung in zweiter Lesung verabschiedet werden. Gebunden ist das Plenum des *EU-Parlaments* an die Ergebnisse eines Trilogs jedoch nicht, weswegen es tatsächlich nur um ein informelles Vermittlungstreffen geht. Ist die Einigung in zweiter Lesung tatsächlich nicht erfolgt, dann folgt als nächste Stufe der Vermittlungsausschuss, im Grunde also nach dem informellen nun der formelle Trilog. In diesem Labyrinth der europäischen Formalia hängt nun der einst so ambitionierte Vorschlag der *EU-Kommission* unter *Kroes* fest, hinsichtlich der Netzneutralität zurechtgestutzt auf ein Prinzipiengerüst.

In dieser schwierigen Gemengelage übernimmt auch noch am 1.11.2014 eine neue *EU-Kommission* das Zepter. Unter der Führung von EU-Kommissar *Oettinger* soll nun das zu Ende gebracht werden, was eigentlich bereits zum Erfolg für *Kroes* werden sollte.<sup>19</sup> Faktisch kann es jedoch nur noch um Schadensbegrenzung gehen, und so denkt die neue *EU-Kommission* auch sicher bereits primär an die in Kürze anstehende Überarbeitung des Regulierungsrahmens. In einem neuen Anlauf könnten dann die Themen der TK-Binnenmarktverordnung sorgfältiger vorbereitet und auf die Befindlichkeiten der Mitgliedstaaten besser abgestimmt in den Prozess eingebracht werden. Denn egal wie es am Ende um die TK-Binnenmarktverordnung steht, sie wäre doch immer mit dem Makel versehen, dass nur ein Bruchteil von dem erreicht wurde, was man sich eigentlich vorgenommen hatte. Mit einem Fallenlassen der TK-Binnenmarktverordnung könnten sich alle Beteiligten gesichtswahrend auf das eigentliche Großprojekt im Jahr 2015 konzentrieren. Welche Niederlage dies für die ehemalige EU-Kommissarin *Kroes* bedeutet, spielt im Nachhinein keinerlei Rolle mehr. Die mittlerweile in die Öffentlichkeit gelangten Themen Netzneutralität und Roaming müssen trotz der komplizierten Situation einer irgendwie gearteten Lösung zugeführt werden.<sup>20</sup> Und an dieser Stelle wagt die deutsche *Bundesregierung* mit einem Vorschlag zur Netzneutralität überraschend einen Vorstoß, der Mitte De-

zember 2014 in die Ratsarbeitsgruppe eingebracht wurde.<sup>21</sup> Parallel dazu unterbreiten auch Spanien und Großbritannien einen gemeinsamen Vorschlag zur Netzneutralität.

### III. Der deutsche Vorschlag zur Netzneutralität (Dezember 2014)

Ein Jahr nach Unterzeichnung des Koalitionsvertrags vom 17.12.2013 besann sich vor kurzem die *Bundesregierung* auf ihr darin festgehaltenes Versprechen, sich für eine europäische Festschreibung der Netzneutralität einzusetzen.<sup>22</sup> Die deutsche Verhandlungsposition im *Rat* fordert daher, dass die Netzbetreiber im offenen Internet alle übertragenen Datenpakete gleich behandeln müssen – „ohne Berücksichtigung des Absenders, des Empfängers, der Art des Inhalts, Dienstes oder der Anwendung“. Gleichzeitig will die *Bundesregierung* aber auch einen rechtlichen Rahmen für Spezialdienste schaffen, die parallel zum offenen Internet angeboten werden können.<sup>23</sup> Sie kombiniert damit Elemente des ursprünglichen Vorschlags der *EU-Kommission* sowie insbesondere des *EU-Parlaments* und ergänzt diese um weitere Details. So wird das Bekenntnis zu den zu ermöglichenden Spezialdiensten mit einer korrespondierenden Ausbaupflichtung des offenen/Best-Effort-Internet erkaufte. Spezialdienste sollen nur dann erbracht werden dürfen, wenn die Anbieter für ausreichend Netzkapazitäten im offenen Internet sorgen.

Offensichtlich will die *Bundesregierung* die Frage der Netzneutralität mit der ebenso ungelösten Problematik um den flächendeckenden Breitbandausbau verknüpfen. Die Botschaft ist: Wenn ihr, liebe Anbieter, das Internet in eurem Sinne weiterentwickeln wollt, dann müsst ihr auch entsprechend in den Breitbandausbau investieren. Nur lässt diese Forderung den Umstand unberücksichtigt, dass Daten im offenen/Best-Effort-Internet bestmöglich, allerdings ohne Zusicherung zugestellt werden. Gerade aus diesem Merkmal ergibt sich der Bedarf für qualitätsgesicherte Spezialdienste. Es ergäbe sich kein Bedarf für Spezialdienste, wenn das offene Internet immer ausreichend dimensioniert vorläge. Und wer soll eine solch großzügig (und ineffizient) ausgebaute Infrastruktur bezahlen? Unbestritten ist – trotz aller Rhetorik der Wirtschaftskritiker –, dass das Best-Effort-Internet nicht gefährdet, selbstverständlich fortentwickelt und auch weiter ausgebaut werden soll. Trotzdem werden Spezialdienste und das Best-Effort-Internet bereits heute effizient über eine gemeinsame Leitung transportiert. Deren Nutzung muss weiterhin dynamisch und abgestimmt auf die jeweiligen Qualitätsanforderungen der Dienste erfolgen. Dabei ist sicherzustellen, dass die Qualität des offenen Internetzugangs nicht nachhaltig zu Lasten des Verbrauchers oder der auf ein Best-Effort-Internet angewiesenen Unternehmen beeinträchtigt wird.

Weiterhin beabsichtigt die *Bundesregierung* offensichtlich, exklusive Kooperationen von Diensten und Netzbetreibern (*Spotify/DTAG*) bei volumenbegrenzten Tarifen in Zukunft zu untersagen.<sup>24</sup> Solche Konstellationen sollen zukünftig wohl nur noch als Spezialdienste erbracht werden, die aber – im Sinne der Definition des *EU-Parlaments* – mit technischen Restriktionen einhergehen (logisch getrennte Kapazitäten mit separater Zugangskontrolle). Allerdings wird dem Markt damit die nötige Flexibilität genommen, um differenzierte Angebote abgestimmt auf die Bedürfnisse des Kunden zu ermöglichen. Es geht auch darum, die kommerzielle Freiheit der Anbieter zu wahren, damit im Wettbewerb um den Kunden neue Geschäftsmodelle realisiert werden können.<sup>25</sup>

### IV. Situation in den USA

Die *Federal Communications Commission (FCC)* ist in den USA am Zuge. Die große Masse der fast drei Millionen Kommentare

<sup>18</sup> Die Anzahl der Vertreter ist auf ca. 10 pro Institution beschränkt, um schneller zu einer gemeinsamen Entscheidung zu kommen.

<sup>19</sup> *Oettinger* ist seit Oktober 2014 EU-Kommissar für Digitalwirtschaft und Vize-Präsident der EU-Kommission.

<sup>20</sup> Nach dem Bekanntwerden der deutschen Verhandlungsposition zur Netzneutralität in der Ratsarbeitsgruppe hatte eine Online-Petition mit der Bezeichnung „Netzneutralität sichern – Rettet das freie Internet“ innerhalb weniger Tage mehr als 60.000 Unterstützer gefunden.

<sup>21</sup> Beim *Rat* finden Diskussionen über den Inhalt der Gesetzesvorlagen in dessen Arbeitsgruppen statt. Diese bestehen in erster Linie aus Beamten der unterschiedlichen Mitgliedstaaten und sollen nach Möglichkeit die Grundlagen für einen Kompromiss schaffen. Kommt eine Ratsarbeitsgruppe zu einer Einigung, dann wird diese vom Ausschuss der Ständigen Vertreter (ASTV oder frz. COREPER) angenommen.

<sup>22</sup> Koalitionsvertrag von *CDU/CSU/SPD* aus der 18. Legislaturperiode, S. 49: „Die Gewährleistung von Netzneutralität wird daher als eines der Regulierungsziele im TKG verbindlich verankert und die Koalition wird sich auch auf europäischer Ebene für die gesetzliche Verankerung von Netzneutralität einsetzen.“

<sup>23</sup> Das Positionspapier der *Bundesregierung* ist nicht offiziell veröffentlicht, aber abrufbar unter: <https://netzpolitik.org/wp-upload/Informationen-zur-Netzneutralitaet-%C3%A4t.pdf>.

<sup>24</sup> Vgl. Art. 23 Abs. 4 des Positionspapiers der *Bundesregierung*.

<sup>25</sup> Zur Position der Wirtschaft s. PM des *VATM* vom 10.12.2014, abrufbar unter: [www.vatm.de](http://www.vatm.de).

im FCC-Verfahren zum Offenen Internet v. 14.5.2014<sup>26</sup> und des damit einhergehenden politischen Drucks von allen Seiten<sup>27</sup> machten es freilich für die FCC schwierig, einen allgemein akzeptablen Kompromiss zu finden. Die FCC-Lösungen aus den vergangenen Jahren haben sich als wenig gerichtsrest erwiesen. US-Präsident Obama hat am 10.11.2014 in einer Videobotschaft die FCC zum Handeln gedrängt. Er hat die FCC direkt aufgefordert, eine Blockierung von Inhalten und Zahlungen für Priorität von Dienstleistern zu verbieten. Hierzu sei eine Klassifizierung der Internet-Zugangsdienste – gleich über welche Netze – unter Titel II des Telecommunications Act (TA) als regulierte Netze (Common Carrier) erforderlich.<sup>28</sup> Es ist allerdings zweifelhaft, ob sich die FCC als unabhängige Behörde von der Initiative des Weißen Hauses nach der empfindlichen Wahlniederlage des Präsidenten Anfang November 2014 beeindrucken lässt.<sup>29</sup> Angeblich wollen die FCC-Kommissare am 26.2.2015 über neue Regeln abstimmen. AT&T hat die Pläne des Weißen Hauses bereits als investitionshemmend kritisiert und will wegen der Unsicherheit für weitere Investitionen den Netzausbau verlangsamen.<sup>30</sup> Der Republikanische Senator und vermutliche Präsidentschaftskandidat Cruz twitterte, dass die Klassifizierung unter Titel II ähnlich wie die Krankenversicherungspflicht „Obamacare“ für das Internet sei.<sup>31</sup>

Trotz dieses politischen Gezänks ist es weiterhin unwahrscheinlich, dass der US-Gesetzgeber einschreitet und ein Gesetz zur Sicherung der Netzneutralität gültig verabschiedet. Die Netzneutralität ist ein Thema, mit dem sich die Obama-Administration besonders identifiziert, weswegen ein Gesetz zur Sicherung dieses Prinzips durch den von den Republikanern kontrollierten Kongress wenig wahrscheinlich ist. Gesetzesmaßnahmen zur Unterbindung von FCC-Aktivitäten auf diesem Gebiet würden wahrscheinlich vom Präsidenten durch ein Veto blockiert.<sup>32</sup> Damit ist wahrscheinlich, dass am Ende die US-Gerichte wieder einmal mit der Causa „Netzneutralität“ befasst sein werden. Das Thema könnte durchaus den nächsten US-Präsidentschaftswahlkampf beeinflussen. Die bisherige Debatte hat ergeben, dass die teilweise subtilen Formen der Blockierung und Diskriminierung regulatorisch und tatsächlich schwer zu erfassen sind. Hier eine Auswahl:

- Beschränkungen beim Anschluss von Geräten und Adaptern,
- Bit-Diskriminierung (Bevorzugung der eigenen Inhalte),
- Port-Blocking (Filtern bzw. Blockieren der Informationen, die mit einem Port verbunden sind, z.B. das Unterbinden von Internettelefonie),
- Qualitätsverminderung (Breitbandnetzbetreiber verschlechtert die Qualitätsparameter für den Diensteanbieter),
- „Aushungern“ eines Dienstes – Bandwidth Starvation – durch Beschränkung der Bandbreite,
- Diskriminierung bei der Zusammenschaltung (z.B. Begrenzung des Netzzugangs auf wenige Zugangspunkte – künstliche Umwege beim Routing),
- Diskriminierung beim „Caching“ (Abspeicherung von Informationen weit entfernt vom Zusammenschaltungspunkt im Netz).<sup>33</sup>

Beim Messen der Breitband-Geschwindigkeit gibt es hingegen Fortschritte. Die FCC hat sich kürzlich mit *T-Mobile USA* auf Regeln geeinigt, wonach deren Kunden bei Überschreiten des ungedrosselten Datenvolumens eine Textnachricht erhalten, die sie über die für den Rest des Abrechnungszeitraums zur Verfügung stehende Verbindungsgeschwindigkeit informiert und einen Link zu einem Geschwindigkeitstest enthält.<sup>34</sup> Im Kern geht es in der Debatte in den USA nicht um die Geschwindigkeit, sondern weiterhin um die FCC-Order zur Netzneutralität vom 21.12.2010 (Open Internet Order). Sie ist das Ergebnis einer jahrelangen Auseinandersetzung der FCC mit diesem Thema und besteht aus drei Prinzipien:

- Regel 1: Transparenzgebot (Offenlegen der Network Management Policy, Leistungsbeschreibung u.a. – auch für mobiles Breitband).
- Regel 2: Blockierungsverbot (für Inhalte, deren Verbreitung kein gesetzliches Verbot verletzt – mit Einschränkungen auch für mobiles Breitband gültig).
- Regel 3: Nichtdiskriminierung der Inhalte durch die Festnetzbetreiber (Priorisierung gegen Zahlung erlaubt, soweit nicht einzelne Inhalte oder Anbieter diskriminiert werden).<sup>35</sup>

Der Paukenschlag für die FCC kam mit der Entscheidung des zuständigen Berufungsgerichts v. 14.1.2014 (*DC Circuit Court of Appeals – Verizon v. FCC*). Das Gericht beanstandete die Regeln 2 und 3 der Open Internet Order: Zwar habe die FCC im Grundsatz durchaus die Befugnis, Breitband-Internetdienste zu regulieren – allerdings nur, wenn sie die Breitbandanbieter als Common Carrier nach Titel II TA einstufe. Ohne auf die Details der Order hier näher eingehen zu wollen:<sup>36</sup> Der Schwerpunkt der Debatte in den USA liegt seitdem darauf, auf welcher Rechtsgrundlage die FCC Netzneutralitätsregeln erlassen kann, die über das Transparenzgebot (Regel 1) hinausgehen und das Blockieren oder Herabstufen von Inhalten betreffen. Der Themenbereich „Transparenzpflichten“ ist rechtlich weitgehend abgehakt. Die Debatte zu den Regeln 2 und 3 kann man wie in Tabelle 1 dargestellt zusammenfassen – die Argumente tauchen auch in Europa in der einen oder anderen Form immer wieder auf.

## 1. Vergleich mit Europa

Im Vergleich zur Diskussion in Europa sind folgende Punkte anzumerken:

### a) Eine jahrzehntelange Debatte wird so oder so weitergehen

Die Netzneutralitätsdebatte in den USA dauert nun schon viele Jahre an und geht im Kern auf die FCC-Leitentscheidungen „Computer I“ (1966)<sup>37</sup> und „Computer II“ (1980)<sup>38</sup> zurück. Schon damals hatte die FCC erkannt, dass es so gut wie unmög-

<sup>26</sup> FCC Notice of Public Rulemaking 14-61, s. unter: <http://www.fcc.gov/document/protecting-and-promoting-open-internet-nprm>.

<sup>27</sup> Spies, MMR 2014, 425.

<sup>28</sup> <http://www.whitehouse.gov/net-neutrality>.

<sup>29</sup> Kommentar der Washington Post hierzu: „Tom Wheeler said he has preferred a more nuanced solution. That approach would deliver some of what Obama wants but also would address the concerns of the companies that provide Internet access to millions of Americans, such as Comcast, Time Warner Cable and AT&T“, Blog v. 11.11.2014, abrufbar unter: <http://www.washingtonpost.com/blogs/the-switch/wp/2014/11/11/the-fcc-weighs-breaking-with-obama-over-the-future-of-the-internet/?hpid=z1>.

<sup>30</sup> AT&T befürchtet u.a., dass sich die Netzneutralitätsregeln negativ auf die fibre-to-the-home (FTTH) Technologie auswirken und den Glasfaserausbau verzögern, s. Telegeography v. 14.11.2014, abrufbar unter: [http://www.telegeography.com/products/commsupdate/articles/2014/11/14/net-neutrality-uncertainty-could-derail-a-tt-fibre-rollout?utm\\_source=CommsUpdate&utm\\_campaign=5e7dca4e94-CommsUpdate+14+November+2014&utm\\_medium=email&utm\\_term=0\\_0688983330-5e7dca4e94-8807313](http://www.telegeography.com/products/commsupdate/articles/2014/11/14/net-neutrality-uncertainty-could-derail-a-tt-fibre-rollout?utm_source=CommsUpdate&utm_campaign=5e7dca4e94-CommsUpdate+14+November+2014&utm_medium=email&utm_term=0_0688983330-5e7dca4e94-8807313). Die FCC hat klargestellt, dass sie sich diesem Druck von AT&T nicht beugen will.

<sup>31</sup> <https://twitter.com/SenTedCruz/status/531834493922189313>.

<sup>32</sup> Z.B. der Gesetzesvorschlag von Rep. Latta (R-OH) H.R. 4752, der FCC eine Einstufung der Internetdienste unter Titel II TA per Gesetz zu verbieten. Erfolgreicher dürften Maßnahmen sein, der FCC Haushaltstitel für bestimmte Maßnahmen i.R.d. Netzneutralität (Appropriations Bill) zu versagen. Denkbar sind auch Gesetzesinitiativen gegen die FCC nach dem Congressional Review Act (CRA), s. *Communications Daily* v. 2.12.2014, S. 2.

<sup>33</sup> Zu den Einzelheiten Spies, MMR 8/2006, S. XXIII.

<sup>34</sup> Im Einzelnen s. MMR-Aktuell 2014, 364167.

<sup>35</sup> Spies, MMR-Aktuell 2011, 313008.

<sup>36</sup> Ausf. Kommentierung der Gerichtsentscheidung Spies, MMR-Aktuell 2014, 354265.

<sup>37</sup> In the Matter of Regulatory and Policy Problems Presented by the Interdependence of Computer and Communications Services and Facilities, 7 FCC 2d 11 (1966).

<sup>38</sup> Amendment of Sec. 64.702 of the Commission's Rules and Regulations, Docket No. 20828, 77 FCC 2d 384 (1980).

Neue FCC-Regeln gegen Blockierung und Diskriminierung von Anbietern?	
Argumente dafür	Argumente dagegen
Teufelskreis, wenn die FCC diese Praktiken in der Industrie zulässt.	Kein hoheitlicher Eingriff erforderlich (Suche nach einem nicht existierenden Problem).
Gleiche Spielregeln für alle Anbieter, denn neue Dienste (Startups) müssen eine reelle Chance bekommen, existierende und potenzielle Kunden über das Internet zu erreichen.	Ohne Priorisierung gegen Zahlung existiert kein Anreiz für Investitionen in Breitbandnetze, da die Netzbetreiber die zusätzlichen Kosten nicht auf die ISP weiterleiten können.
Ein Minimum an Versorgungssicherheit mit Inhalten wird ohne Netzneutralität nicht gewährleistet, Manipulationen bei den Inhalten sind möglich.	Das ist ein Problem des Universaldienstes (USF). Vielnutzer dürfen nicht durch die anderen Nutzer subventioniert werden.
Meinungsfreiheit über das Internet ist gefährdet.	Keine Diskriminierung der Meinungen.
Kunde zahlt bei Priorisierung doppelt die Zeche: für den Netzzugang und den Dienst ISP.	Dienste, die das Netz besonders beanspruchen, sollen auch besonders mit einer Vergütung belegt werden können.
Ohne Regulierung kein fairer Wettbewerb gegen die großen Inhalteanbieter möglich.	Rechtsunsicherheit – jahrelanger Rechtsstreit droht.
Priorisierung von Diensten gegen Bezahlung schafft ein Internet mit mehreren Klassen.	Netzbetreiber müssen flexibel auf neue Dienste und steigende Netzkosten reagieren können.

Tabelle 1: Neue FCC-Regeln

**39** Gängige Def.: Basic service transmits information generated by a customer from one point to another, without changing the content of the transmission; it represents the transparent transmission capacity of conventional communications services.

**40** "Enhanced Services" are "services, offered over common carrier transmission facilities used in interstate communications, which (1) employ computer processing applications that act on the format, content, code, protocol or similar aspects of the subscriber's transmitted information; (2) provide the subscriber additional, different or restructured information; or (3) involve subscriber interaction with stored information"; 47 C.F.R. § 64.702(a).

**41** S.o. Fußn. 40, Abs. 5 und 131.

**42** "The offering of a capability for generating, acquiring, storing, transforming, processing, retrieving, utilizing, or making available information via telecommunications, and includes electronic publishing, but does not include any use of any such capability for the management, control, or operation of a telecommunications system or the management of a telecommunications service"; 47 U.S.C. § 153(24).

**43** Deployment of Wireline Service Offering Advanced Telecommunications Capability, Memorandum Opinion and Order, 13 FCC Rcd 24011, 24029 35 (1998).

**44** Wheeler Says Title II Raises Questions About Whether Broadband Should Pay Into USF, Communications Daily v. 17.11.2014, S. 1.

**45** Der Text ist abrufbar unter: <http://transition.fcc.gov/Reports/tcom1996.pdf>.

**46** Verizon v. FCC, 740 F.3d 623 (D.C. Cir. 2014), Az. 11-1355, abrufbar unter: [http://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/3AF8B4D938CDEEA685257C6000532062/\\$file/11-1355-1474943.pdf](http://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/3AF8B4D938CDEEA685257C6000532062/$file/11-1355-1474943.pdf).

**47** Näheres bei Singer, The FCC Chairman Steps Into The Abyss, Forbes v. 2.11.2014, abrufbar unter: <http://www.forbes.com/sites/halsinger/2014/11/03/the-fcc-chairman-steps-into-the-abyss/>.

**48** Communications Daily v. 7.11.2014.

**49** [http://about.att.com/story/att\\_to\\_acquire\\_directv.html](http://about.att.com/story/att_to_acquire_directv.html), "Continued commitment for three years after closing to the FCC's Open Internet protections established in 2010, irrespective of whether the FCC re-establishes such protections for other industry participants following the DC Circuit Court of Appeals vacating those rules."

lich ist, zwischen Grunddiensten (basic services),<sup>39</sup> die nach Titel II als traditionelle Common Carrier-Dienste geregelt werden können, und erweiterten Diensten (enhanced services)<sup>40</sup> zu trennen. Seit der Entscheidung „Computer II“ gilt in den USA die Kontaminierungstheorie, wonach auch integrierte Dienste (Übertragung von Information im Netz kombiniert mit einer Dienstleistung) unter Titel II fallen.<sup>41</sup> Damit hatte die FCC schon vor dem Inkrafttreten des Telecommunications Act von 1996 (TA) die Grundlagen für das Konzept des offenen Internet gelegt, zu dem die Wettbewerber Zugang erhalten. Sei dieser Zeit ist die technische Entwicklung mit Siebenmeilenstiefeln vorangeschritten. Der TA enthält eine sehr weitgehende Definition von „Information Services“ – anstelle des Terminus Enhanced Service.<sup>42</sup> Im Jahre 1998 klassifizierte die FCC in einem Bericht zum Universaldienst an den US-Kongress „Internetzugang“ als Information Service und stellte fest, dass ein „Information Service“ kein TK-Dienst sei.<sup>43</sup> Die Frage, an der sich die Geister scheiden, ist, wo diese Kompetenz endet und ob diese Einteilung noch zeitgemäß ist. Die FCC könnte die Kompetenz gem. Titel II des TA für sich in Anspruch nehmen, die Internetzugangsdienste (einschließlich der Kabel-Modemdienste) als Common Carrier-Dienste einordnen und dann Ausnahmen (Forbearance) von den einzelnen Common Carrier-Verpflichtungen gewähren, die normalerweise mit einer Titel II-Regulierung einhergehen. Diese Lösung wünscht sich u.a. das Weiße Haus. Die Klassifizierung unter Titel II hätte erhebliche Auswirkungen, z.B. müssten die Anbieter von Internetzugang dann einen vermutlich erheblichen finanziellen Beitrag für den ineffizienten US-Universaldienstfonds leisten.<sup>44</sup>

Die Alternative lautet: Die FCC könnte auf Grund von Sec. 706 TA neue Regeln erlassen, die sich von Common Carrier-Regeln, wie sie das Gericht im Urteil beschrieben hat, absetzen. Sec. 706(a) TA legt fest, dass die FCC und die bundesstaatlichen Regulierungsbehörden Regelungskompetenz über TK-Dienste haben.<sup>45</sup> Folglich müsste die FCC die Internetzugangsdienste als TK-Dienste einstufen, wenn sie diesen Weg gehen will. Diese grundsätzliche Möglichkeit hat das Berufungsgericht in der genannten Entscheidung „Verizon v. FCC“<sup>46</sup> auch bestätigt. Oder – drittens – könnte die FCC beide Rechtsgrundlagen – wie auch immer – kombinieren. Je nachdem, wie die neuen Regeln aussehen, könnte die FCC sie entweder auf Titel II oder auf Sec. 706 TA stützen – oder auf beide Rechtsgrundlagen. Diskutiert wird z.B. folgende hybride Lösung: Der Netzteil, der den Dienstleister mit dem Breitbandanbieter verbindet, soll unter Titel II fallen, der Netzteil zum Endkunden des Breitbandanbieters soll als Information Service klassifiziert werden.<sup>47</sup> Der Incumbent Verizon bevorzugt ein Regulierungskonzept, wonach die FCC nur eine „schädliche bezahlte Priorisierung“ des Verkehrsflusses auf der Grundlage von Sec. 706 TA untersagen soll.<sup>48</sup> Andere lehnen diese Konzepte ab, da sie zu kurz greifen und zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen. Fest steht schon jetzt: Eine Regelung der Netzneutralität wird von dem einen oder anderen Lager vor Gericht angefochten werden. Der richterliche Überprüfungsprozess wird wieder Jahre in Anspruch nehmen.

## b) Wettbewerbsrechtliche Netzneutralität existiert bereits

Trotz der o.g. Entscheidung des Berufungsgerichts gibt es in den USA durchaus (zeitlich beschränkte) Verpflichtungen zur Netzneutralität, die gerichtsfest und durchsetzbar sind, nämlich in den Zusammenschlussbedingungen (Mergers) einiger großer TK-Unternehmen. So hat AT&T am 18.5.2014 angekündigt, sich nach dem Zusammenschluss mit dem Betreiber Direct TV (Closing voraussichtlich im April 2015) „freiwillig“ für drei Jahre an die FCC 2010 Order zur Netzneutralität zu halten.<sup>49</sup> Diese Stellungnahme ist u.a. deswegen bemerkenswert, weil AT&T seine Anmeldung des Zusammenschlusses mit Direct TV im Mai

2014 noch nicht offiziell eingereicht hat. Das Zugeständnis wurde von AT&T trotz der Niederlage der FCC vor dem *US-Berufungsgericht* vom 14.1.2014 (Verizon vs. FCC) abgegeben, das die 2010 Open Internet Order für teilweise unwirksam erklärt hat.

Dies ist nicht der einzige Fall: Beim Zusammenschluss AT&T und *Bell South* v. 29.12.2006, damals mit US-\$ 86 Mrd. die größte Übernahme im TK-Bereich, hatte sich AT&T verpflichtet, für mindestens 30 Monate die FCC-Prinzipien zur Netzneutralität einzuhalten. Für 24 Monate hatte AT&T die Pflicht übernommen, für alle Breitband-Internetzugangsdienste „a neutral network and neutral routing in its wireline broadband“ für Internet-Zugangsdienste anzubieten. Nur IPTV wurde damals ausgenommen.<sup>50</sup> D.h. im Ergebnis, dass AT&T zeitlich die gleichen Verpflichtungen auf Netzneutralität anbietet, wie sie bereits für *Comcast* gelten. Dieser große US-Kabelanbieter hat in seinem Antrag zum Zusammenschlussverfahren mit *Time Warner Cable* der FCC eine Anwendung der Open Internet Rules bis 2018 angeboten. *Comcast* unterliegt dieser Verpflichtung bereits auf Grund der FCC-Order 11-4 v. 20.1.2011 (Zusammenschluss mit *NBC Universal, Inc.*) bis 2018.<sup>51</sup> Auf Grund des Antrags würde diese Verpflichtung von *Comcast* auch auf *Time Warner Cable* ausgeweitet. Im Ergebnis offeriert *Comcast* damit nichts Neues, auch wenn *Comcast* das in der Öffentlichkeit gerne anders darstellt. Wenn die FCC der o.g. Linie des Weißen Hauses folgt und auch die Kabelanbieter als Common Carrier nach Titel II TA einstuft, könnte dies für die Transaktion mit *Time Warner Cable* dennoch negative Folgen haben. *Comcast* könnte z.B. dann keine Zahlungen für ein besonderes Routing und Priorität der TV-Dienste über seine Netze fordern. *Comcast* kann jederzeit von der Transaktion Abstand nehmen. Ein Reuegeld oder eine Strafzahlung müsste *Comcast* in diesem Fall nicht leisten.<sup>52</sup>

Der Hauptgrund für die Zusagen ist, dass AT&T und *Comcast* weitgehenden (unbefristeten) Verpflichtungen auf Grund des laufenden FCC-Konsultationsverfahrens und Rulemaking entgegen möchte. Ungeklärt ist, ob und wie weit sich die Merger-Bedingungen für AT&T oder *Comcast* nachträglich ändern, wenn die FCC neue Regeln zur Netzneutralität erlässt. Beobachter halten es für wahrscheinlich, dass die FCC mit der *Federal Trade Commission (FTC)* versuchen wird, diese Bedingungen zur Sicherung eines offenen Internet auch in anderen Zusammenschlussverfahren einzuführen. Die FCC ist als Regulierer im TK-Bereich an allen Zusammenschlussverfahren nach US-Recht beteiligt.

### c) „Vernünftiges Netzmanagement“ ist möglich

In den bisher seit 2010 diskutierten FCC-Entwürfen ist immer wieder davon die Rede, dass ein vernünftiges Netzmanagement (Reasonable Network Management) möglich sein muss, das nicht gegen die Prinzipien der Netzneutralität verstößt. Dieses Recht schließt Maßnahmen zur Verhinderung von Staus auf der Datenautobahn ebenso ein wie den Schutz vor Spam oder schädlichen Datenpaketen, den Schutz von Minderjährigen und die Netzsicherheit vor Hackern usw.<sup>53</sup> Die FCC-Order zur Netzneutralität v. 21.12.2010 hat den Grundsatz des Reasonable Network Management bestätigt.<sup>54</sup> Für die US-Breitbandanbieter ist die Lage dennoch nicht einfach, weil möglicherweise eine andere wichtige Regierungsbehörde in ihr Netzmanagement eingreift – die *FTC*. Diese Behörde hat vor kurzem ein Verfahren gegen AT&T eingeleitet, weil das Unternehmen Millionen von Kunden über die Datenübermittlung getäuscht, Verbindungen mit unbegrenzter Datenkapazität vermarktet und deren Datenverbindungen unzulässig gedrosselt habe. Die Ermittlungen dauern an und erhebliche Strafzahlungen könnten für AT&T die Folge sein.<sup>55</sup> Die FCC könnte ebenfalls in Einzelfällen gegen Maßnahmen einschreiten, die Anbieter oder bestimmte Kunden diskriminieren, besonders wenn die Maßnahme den o.g. kartellrechtlichen Zusagen nicht entspricht.

## 2. Schlüsselfigur: Der FCC-Vorsitzende

Die Schlüsselfigur im Ringen um die Regeln zur Netzneutralität ist der FCC-Vorsitzende *Wheeler*, der von der *Demokratischen Partei* nominiert worden ist. Obwohl die FCC eine Kollegialbehörde mit fünf Kommissaren an der Spitze ist, hat der Vorsitzende eine besondere Machtbefugnis, indem er z.B. die Tagesordnung der Sitzungen der Kommissare bestimmen kann. *Wheeler* ist sich dessen durchaus bewusst und hält die Open Internet-Entscheidung für die vermutlich wichtigste seiner Amtszeit.<sup>56</sup> Gerade deshalb werden nach der o.g. Initiative des Weißen Hauses zum Open Internet seine Aussagen genau verfolgt und gewichtet. Der ursprüngliche Plan des Vorsitzenden, bis Ende 2014 die neuen Regeln unter Dach und Fach zu haben, hat sich jedenfalls als utopisch herausgestellt. Eine Abstimmung ist für den 26.2.2015 geplant. Obgleich *Wheeler* in seiner Berufskarriere einige Lobby-Arbeit für die Kabelindustrie geleistet hat, hat er nach dem ersten Amtsjahr keine Parteinahme für die eine oder andere Seite gezeigt.

Seine Aussagen über die letzten Wochen sind dahin zu verstehen, dass er die drahtgebundenen und die drahtlosen Anbieter gleich behandeln will. Für die FCC stellt sich bei einer Einbeziehung der drahtlosen Anbieter das Problem, dass viele mit sehr günstigen, aber restriktiven Tarifplänen das massive Abrufen von Daten über Smartphones finanzieren. Das wirft für die FCC die Frage auf, wie die Anbieter von Internetzugang ein Mindestniveau an Netzzugang sicherstellen sollen und aus welcher Sicht dieses Mindestniveau definiert werden soll (aus Sicht des Anbieters? Aus Kundensicht?). Die Sprecherin des US-Branchenverbands CTIA, *Baker*, hat sich vehement gegen eine solche Gleichbehandlung der drahtlosen Anbieter ausgesprochen, welche die Uhr der Regulierungsgeschichte um zehn Jahre „rücksichtslos“ zurückdrehen würde. CTIA bevorzugt abgemilderte, „mobile-specific rules“ nach Sec. 706 TA zur Sicherung der Netzneutralität.<sup>57</sup>

*Wheeler* hat sich überdies mehrfach gegen Schnell- oder Überholspuren im Internet ausgesprochen und den Nutzen des Internet für neue Geschäftsmodelle betont, ohne allerdings die Spezialdienste ausschließen zu wollen.<sup>58</sup> Im Festnetz wehren sich die Betreiber von Videodiensten – angeführt von *Netflix* – stärker als bisher gegen das Konzept von Prioritäten im Internet nur gegen Bezahlung.<sup>59</sup> Sollte die Regel 3 der Open Internet Order von 2010 wieder in Kraft gesetzt werden, wären Spezialdienste im Sinne von Kanzlerin *Merkel*, die wie fahrerlose Autos oder die

<sup>50</sup> Im Einzelnen *Spies*, MMR 2/2007, S. XIV und Schreiben von *Quinn, Jr.*, senior vice president of AT&T's regulatory group, zit. nach: <http://www.internetnews.com/bus-news/article.php/3651386/FCC+Approves+ATTBellSouth+Merger.htm>.

<sup>51</sup> Abrufbar unter: <http://transition.fcc.gov/FCC-11-4.pdf>; vgl. S. 274: "The Comcast-NBCU joint venture opens the door to the cable-ization of the open Internet." *Comcast* wirbt sogar damit, dass das Unternehmen rechtlich zur Einhaltung der Netzneutralität verpflichtet sei.

<sup>52</sup> Dealbook der New York Times v. 13.11.2014, s. unter: <http://dealbook.nytimes.com/2014/11/13/net-neutrality-review-could-give-comcast-an-out-in-the-time-warner-cable-deal/?module=BlogPost-Title&version=Blog%20Main&contentCollection=Deal%20Professor&action=Click&pgtype=Blogs&region=Body>.

<sup>53</sup> Im einzelnen *Spies/Ufer*, MMR 2011, 123, 125.

<sup>54</sup> *Spies*, MMR-Aktuell 2011, 313008.

<sup>55</sup> *Communications Daily* v. 29.10.2014, S. 1 f.

<sup>56</sup> *Communications Daily* v. 29.10.2014, S. 5.

<sup>57</sup> *Communications Daily* v. 24.10.2014, S. 2.

<sup>58</sup> Rede des FCC-Vorsitzenden *Wheeler*, 32nd Annual Everett C. Parker Ethics in Telecommunications Lecture Washington, D.C. 7.10.2014, abrufbar unter: [http://transition.fcc.gov/Daily\\_Releases/Daily\\_Business/2014/db1007/DOC-329791A1.pdf](http://transition.fcc.gov/Daily_Releases/Daily_Business/2014/db1007/DOC-329791A1.pdf).

<sup>59</sup> Der CEO von *Netflix*, *Hastings*, brachte die Argumentation am 1.10.2014 in Brüssel so auf den Punkt: "We shouldn't have to pay for your network if you don't have to pay for our content," he told a conference audience filled with many of Europe's largest telecommunications and broadband providers, s. unter: [http://bits.blogs.nytimes.com/2014/10/01/netflixs-chief-executive-pushes-net-neutrality-in-europe/?\\_php=true&\\_type=blogs&\\_r=0](http://bits.blogs.nytimes.com/2014/10/01/netflixs-chief-executive-pushes-net-neutrality-in-europe/?_php=true&_type=blogs&_r=0).

Telemedizin eine sichere Verbindungsqualität benötigen, durchaus zulässig, sofern dadurch nicht bestimmte andere Anbieter diskriminiert werden. Die FCC verwendet für diese Dienste die Begriffe „managed“ oder „specialized services“.<sup>60</sup> Darunter fallen nach der Vorstellung der FCC u.a. VoIP, IP Video, E-reading, Herzfrequenzüberwachung und energy sensing.<sup>61</sup> Im Grundsatz ist dieser Sektor für die FCC ein Sammelbecken für alle Dienste, die über die Internetzugangsdienste hinausgehen. Auch die Notice of Public Rulemaking der FCC vom 15.5.2014 zum Open Internet lässt Spezialdienste mit bevorzugter Durchleitung zu Bedingungen zu, die „kommerziell vernünftig“ sind.<sup>62</sup> Wie sich die FCC endgültig zu diesem Thema positioniert, bleibt jedoch abzuwarten.

## V. Fazit und Ausblick

Diejenigen, die dieser Tage aufgerufen sind, Regelungen für die Netzneutralität zu schaffen, sind um ihre Aufgabe nicht zu beneiden. Nicht weniger als die „eierlegende Wollmilchsau“ wird von ihnen erwartet. Dabei wurde, wie so oft bei stark umstrittenen Themen, von allen Beteiligten der Fehler begangen, ein Thema zu sehr emotional oder politisch hochzuspielen und damit in die Schwarz-weiß-Falle zu tappen. Es gibt bei vielen von an der Diskussion Beteiligten nur noch ein richtig oder falsch und die Forderungen und Argumente werden aus tiefen Gräben heraus vorgetragen. Es gibt die „Bösen“ und die „Guten“, es geht um alles oder nichts, wie die gut drei Millionen Kommentare im FCC-Verfahren und die Intervention von Obama gezeigt haben. Kein Wunder, dass es in diesem Klima schlecht steht um einen vernünftigen Kompromiss. Doch wie beinahe immer braucht es diesen, um allen Faktoren Rechnung zu tragen. Die vielfach beschworenen Fronten verlaufen keineswegs klar zwischen ökonomischen Interessen und demokratischen Grundrechten.<sup>63</sup> Die bisherigen Ansätze bringen dies zum Ausdruck und wurden doch wieder unter dem Druck der jeweiligen Lager verwässert und hatten keine Chance auf eine notwendige Weiterentwicklung. Insoweit gleichen sich die Bilder in Europa und den USA. Die Eingriffe der Politik in den USA und in Deutschland in die Diskussion in den vergangenen Wochen helfen mit ihren Verheißungen nicht weiter, wenn die Grundlagen nicht geklärt sind. Die bislang angedachten Kontroll- und Eingriffsmöglichkeiten bauen bei den Verbrauchern eher Erwartungen auf, die in der Praxis kaum zu erfüllen sind.

<sup>60</sup> [https://apps.fcc.gov/edocs\\_public/attachmatch/FCC-10-201A1\\_Rcd.pdf](https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-10-201A1_Rcd.pdf), FCC 10-201 Abs. 39: „Our rules against blocking and unreasonable discrimination are subject to reasonable network management, and our rules do not prevent broadband providers from offering specialized services such as facilities-based VoIP...“.

<sup>61</sup> Ausf. FCC Open Internet Advisory Committee, Specialized Services Working Group, Summary of Findings and Conclusions (20.8.2013), s. unter: <http://transition.fcc.gov/cgb/oiac/Specialized-Services.pdf>, insb. S. 3.

<sup>62</sup> FCC 14-61 <http://www.fcc.gov/document/protecting-and-promoting-open-internet-nprm>, Anm. 60: „We tentatively conclude that we should maintain this approach and continue to closely monitor the development of specialized services to ensure that broadband providers are not using them to bypass the open Internet rules or otherwise undermine a free and open Internet.“

<sup>63</sup> Brüggemann, CR 2013, 565.

<sup>64</sup> Die Anbieter Swisscom, UPC-Cablecom, Sunrise, Orange und Swisscable haben sich am 7.11.2014 auf freiwillige Industrieregeln zur Netzneutralität geeinigt, die u.a. eine Schiedsstelle zur Streitschlichtung vorsieht, s. Medienmitteilung unter: <https://www.swisscom.ch/de/about/medien/press-releases/2014/11/20141107-M-M-Netzneutralitat.html>.

<sup>65</sup> Vgl. hierzu die Stellungnahme des Wissenschaftlichen Arbeitskreises für Regulierungsfragen (WAR) bei der BNetzA v. April 2014 zum TSM, abrufbar unter: [http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Allgemeines/Bundesnetzagentur/WAR/WARStellgn\\_SingleDigitalMarket\\_April2014.pdf?sessionid=AD7AF2716B647CC8843FDEA812EA2322?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Allgemeines/Bundesnetzagentur/WAR/WARStellgn_SingleDigitalMarket_April2014.pdf?sessionid=AD7AF2716B647CC8843FDEA812EA2322?__blob=publicationFile&v=2).

<sup>66</sup> Zur Bedeutung des Wettbewerbs allg. Neumann/Stumpff/Elixmann, Die Zukunft des Wettbewerbs in der Telekommunikation, Studie des WK 2013 im Auftrag des VATM, abrufbar unter: [http://www.vatm.de/uploads/media/Policy\\_Paper\\_VATM\\_2013\\_04\\_22\\_Clean.pdf](http://www.vatm.de/uploads/media/Policy_Paper_VATM_2013_04_22_Clean.pdf).

Hinter den plakativen Begriffen verbergen sich schwierige regulatorische Fragen (z.B.: Was ist ein Spezialdienst? Was sind logisch getrennte Kapazitäten?) und über Jahrzehnte zurückreichende Diskussionen (z.B.: Was ist ein Information Service? Wen sollen die Verpflichtungen treffen?), wie etwa die Frage, welche konkreten Kompetenzen die Regulierungsbehörden (FCC, BNetzA, Kartellbehörden usw.) in diesem Bereich haben sollen. Keiner hat ein Patentrezept. Erwägenswert auch für Europa ist der schon praktizierte Ansatz in den USA, über das bestehende Kartellrecht den marktmächtigen Unternehmen bestimmte, zeitlich begrenzte Verpflichtungen zur Netzneutralität aufzuerlegen – gekoppelt mit konkreten sanktionsbewehrten, zeitnahen Verfahren bei begründetem Verdacht einer Diskriminierung.

Die Schwerpunkte der weiteren Diskussion über die TK-Kartellverfahren hinaus sollten sein: Wie können die Investitionen der Netzbetreiber und der Wettbewerb gefördert werden? Welchen Internetzugang und welche Leistungen kann der Verbraucher für seine Zahlung erwarten? Wer entscheidet, ob eine Diskriminierung vorliegt? Je mehr in diesem Sektor im Konsens zwischen den Beteiligten auf Industriebene (wie vor kurzem in der Schweiz)<sup>64</sup> vereinbart werden kann, umso besser. Andernfalls laufen die Regelungen – wieder einmal – der technischen Entwicklung und dem Bedarf hinterher, sind praktisch nicht umsetzbar oder führen, wie das Beispiel der USA zeigt, zu nicht zu einem Ende kommenden Rechtsstreitigkeiten.

Ein fairer Wettbewerb der Anbieter ist regulatorischen Vorgaben allemal vorzuziehen. Und genau hier baut sich ein sehr bedrohliches Szenario auf. Unter der EU-Kommission von Kroes vollzog sich innerhalb kurzer Zeit ein Paradigmenwechsel in Brüssel, der eine Wiederbelebung der alten Monopole und einen Abbau bewährter Wettbewerbsstrukturen in Kauf nimmt.<sup>65</sup> Die Leitlinie für Regulierung muss heißen: so wenig wie möglich, so viel wie nötig. Dies trifft auch auf die ausstehenden Regelungen zur Netzneutralität zu. Wählt man jedoch den minimal invasiven Eingriff, um dem Markt möglichst viel Freiraum für Innovationen und Fortentwicklung zu lassen, so bedarf es eines gesunden und intensiven Wettbewerbs, damit sich der Markt hinsichtlich negativer Effekte für den Verbraucher selber regulieren kann. Der Verbraucher wird sich Einschränkungen und ungewollte Bevormundung durch Netzbetreiber und Dienste nicht gefallen lassen, wenn er die Möglichkeit hat, auf andere, in seinem Sinne agierende Anbieter auszuweichen. Ebenso wird der Verbraucher für sich entscheiden wollen, ob er Spezialdienste in Anspruch nimmt oder nicht. Der Gesetzgeber sollte diese Möglichkeit zur freien Entscheidung dem Einzelnen nicht verwehren.

Wer also ernsthaft einen tragfähigen Umgang mit der Netzneutralität herbeiführen will, ohne die Kollateralschäden einseitiger Maximalpositionen in Kauf nehmen zu wollen, der muss das Wettbewerbsniveau weiter ausbauen und dafür die Voraussetzungen schaffen.<sup>66</sup> Dieser zwingende Zusammenhang scheint noch zu vielen der Verantwortlichen in Washington, Berlin und Brüssel nicht durchgedrungen zu sein.



Dr. Axel Spies ist Rechtsanwalt bei Morgan, Lewis & Bockius LLP in Washington DC.



Dr. Frederic Ufer ist Rechtsanwalt und Leiter Recht und Regulierung des VATM in Köln.