

Axel Spies USA: Open Internet Order der FCC im Wortlaut veröffentlicht

MMR-Aktuell 2015, 367980

Die *Federal Communications Commission (FCC)* hat am 26.2.2015 ihre lang erwartete Open Internet Order verabschiedet (Spies, MMR-Aktuell 2015, 366847). Der Volltext der Order (FCC 15-24) mit den Sondervoten von zwei der fünf FCC-Kommissaren ist online einsehbar. Die Order baut auf einer FCC-Order von 2010 auf, die 2014 in Teilen vom *Berufungsgericht für den District of Columbia* aufgehoben worden war (vgl. Spies/Ufer, MMR 2015, 91 ff.).

Zur Erinnerung: Die Kernpunkte der Order sind die sog. drei Bright Line-Regeln, mit den Worten der FCC:

■ **Blocking:** broadband providers may not block access to legal content, applications, services, or non-harmful devices.

■ **Throttling:** broadband providers may not impair or degrade lawful Internet traffic on the basis of content, applications, services, or non-harmful devices.

■ **Paid Prioritization:** broadband providers may not favor some lawful Internet traffic over other lawful traffic in exchange for consideration of any kind – in other words, no „fast lanes.“ This rule also bans ISPs from prioritizing content and services of their affiliates.

1. Weiteres Verfahren

Die offizielle Veröffentlichung der Order im US-Gesetzblatt (*Federal Register*) ist am 13.4.2015 erfolgt. Von diesem Zeitpunkt an haben die beschwerten Parteien Gelegenheit, innerhalb von 60 Tagen, so die übliche Frist, Klage einzureichen. Die Parteien können auch eine *Petition for Reconsideration* (zur Einleitung eines Widerspruchsverfahrens) bei der FCC einreichen, verbunden mit dem Antrag auf einstweilige Aussetzung der Vollziehung der Order. Wenn die Behörde diesen Antrag ablehnt (was wahrscheinlich ist), kann eine beschwerte Partei das zuständige Gericht um einstweiligen Rechtsschutz ersuchen. Dies ist zentral für die USA, das schon früher mit diesem Thema befasste Berufungsgericht, *US Court of Appeals for the DC Circuit*. Die Hürden für die Stattgabe eines solchen Antrags sind jedoch hoch. Der Branchenverband *US Telecom* und einige kleinere Anbieter (wie *ISP Alamo*) haben bereits Schutz-

schriften bei Gericht eingereicht, um ihre Rechte zu wahren. Der *Branchenverband der Mobilfunkunternehmen (CTIA)* wird ebenfalls mit ziemlicher Sicherheit Klage einreichen. Experten rechnen damit, dass der Berufungsprozess mehr als ein Jahr in Anspruch nimmt. Anschließend könnte es dann noch zu einer Revision vor dem *US Supreme Court* kommen, falls das *Oberste Gericht* das Verfahren zur Entscheidung annimmt.

Ein Gesetz zur Regelung der Netzneutralität, oder enger, zur Aufhebung der Order durch den Kongress ist im Prinzip weiterhin denkbar, dürfte aber – wenn es denn dazu kommt – einem Veto des *US-Präsidenten* zum Opfer fallen. Ein solches Veto ist wahrscheinlich, nachdem sich der *Präsident* im November 2014 für die Regelung des Open Internet unter „Titel II“ des *Telecommunications Act* (Common Carrier) ausgesprochen hat. In jedem Fall ist weiter zu erwarten, dass die FCC versuchen wird, die Grundsätze der Order in anhängige und zukünftige Kartellverfahren im TK-Bereich als Zusammenschlussbedingungen einzuführen (vgl. Spies/Ufer, a.a.O., S. 95 f.). Die Order könnte auch in den Sog des *Präsidentenwahlkampfes* mit hineingezogen werden. Die mutmaßlichen Kandidaten der Republikaner, *Paul Rand*, *Job Bush*, *Marco Rubio* und *Ted Cruz*, haben sich schon gegen die Order ausgesprochen.

2. Präzisierungen in der Order

Die Order betrifft alle Angebote von „broadband Internet access services (BIAS)“. Die Definition in der Order (Rdnr. 336) steht mit der Definition von BIAS in der 2010 Order der FCC im Einklang. Dies bedeutet u.a. für die Praxis:

■ Nur Zugangsdienste für den Massenmarkt werden umfasst, d.h. Dienste, die auf standardisierten Angeboten in den USA beruhen und die eine unbestimmte Zahl von Kunden mit dem Internet verbinden, also nicht *Virtual Private Networks (VPN)* oder Dienste zur Datenspeicherung und Hosting. WLAN-Anbieter wie Bibliotheken, Cafés oder Buchläden fallen ausdrücklich nicht unter die neuen Vorschriften (Order Rdnr. 191).

■ Der Begriff Breitband ist in der Order nicht definiert. Zur Bestimmung muss auf andere Vorschriften zurückgegriffen werden (z.B. Sec. 706 TA), die dem FCC Breitband Report zu Grunde liegen. Nach der

Order (S. 327) haben derzeit 82% der US-Haushalte und 48% der ländlichen Gebiete Zugang zu 25 Mbit/s. Breitbandgeschwindigkeit oder mehr. 30% aller Haushalte verfügen über 4G LTE-Zugang.

■ Auf den Zugangsweg kommt es nicht an. Die Order deckt Festnetz- und drahtlose Dienste ab, wie den Breitbandzugang mittels Kabelmodem, DSL, Glasfaser, Mobilfunkdienste, Breitband über Satellit, Powerline.

■ Sog. *Specialized Services*, die nicht allgemein den Zugang zum Internet anbieten, fallen nicht unter die Vorschriften. Die Order nennt folgende Dienste als Beispiele: VoIP, Herzmonitore und Sensoren zum Energieverbrauch (Order Rdnr. 35). Die FCC will darüber wachen, dass diese Ausnahmekategorie von Anbietern nicht unterlaufen wird. Die *Specialized Services* dürfen auf keinen Fall den allgemeinen Zugang zum Internet verdrängen oder behindern.

■ Die neuen Bright Line Rules der Order sind nicht auf Zusammenschaltungsvereinbarungen anwendbar. Wohl aber kann die FCC im Einzelfall Zusammenschaltungsvereinbarungen der BIAS-Anbieter unter dem allgemeinen, etablierten Standard der „Vernünftigkeit“ und Freiheit von Diskriminierung in Sec. 201 und 202 TA prüfen (Order Rdnr. 30).

3. Machtkampf der Behörden vorprogrammiert

Der Kongress hat mehrere öffentliche Anhörungen angesetzt, in denen die FCC-Kommissare Rede und Antwort stehen müssen. Wenige Tage nach dem Bekanntwerden der Order hat sich u.a. der neue Vorsitzende des Rechtsausschusses des Repräsentantenhauses *Goodlatte* (Republican/Virginia) dezidiert zu Wort gemeldet. Er griff den FCC-Vorsitzenden *Wheeler* scharf an: Das Wettbewerbsrecht (Antitrust) mit der *Federal Trade Commission (FTC)* sei viel besser geeignet, möglichen Missbrauch zu bekämpfen als die hierfür völlig ungeeignete Order (Communications Daily, 26.3.2014, S. 3 f.).

In der Tat könnte es zwischen den Bundesbehörden *FTC* und *FCC* zu Kompetenzkonflikten kommen. Gem. Section 222 TA könnte z.B. spätestens bei Rechtskraft der Order die FCC gegen tK-bezogene Datenschutzverletzungen der BIAS-Anbieter vorgehen. Dies beträfe die sog. *Customer Proprietary Network Informa-*

MMR FOKUS

tion (CPNI), im wesentlichen Verkehrs- und Verbindungsdaten. Die *FTC* könnte ebenfalls gegen Datenschutzverletzungen allgemein aus der Warte des Verbraucherschutzes vorgehen. Dieser Weg ist deswegen interessant, weil die Order weitgehende Transparenzpflichten für die *BIAS* enthält. Kundenbeschwerden, dass ein Anbieter sich nicht an die zugesagte Leistungsbeschreibung hält, sind deswegen wahrscheinlich. In vielen Fällen helfen die Anbieter freiwillig den Beschwerden ab. Die Hürden für Beschwerden bei der *FCC* oder *FTC* gegen Praktiken, die die Order aufstellt, sind sehr niedrig. Die *FCC* betreibt ein eigenes, gut ausgestattetes Enforcement Bureau zur Durchsetzung der Anbieterverpflichtungen nach dem TA. Ähnliches gilt für die *FTC*. Besonders Fristen für die Lösung von Konflikten sind in der Order nicht genannt. Die Einschaltung eines Ombudsmanns durch die *FCC* zur Regelung eines Konflikts ist auch durchaus möglich. Ebenfalls fraglich ist, wer bei einer Verletzung der Zusammenschlussbedingungen im TK-Bereich zum Open Internet gegen einen *BIAS*-Anbieter einschreiten kann, die *FCC* oder die *FTC* oder das *Department of Justice*.

4. Was heißt hier „vernünftig“?

Ein wesentliches Einfallstor für zukünftige, einschneidende *FCC*-Regeln ist, dass eine bezahlte Priorisierung von Verkehrsflüssen zwar nach der Order verboten ist, nicht aber ein „vernünftiges Netzwerkmanagement.“ Die *FCC* bleibt in der Order absichtlich vage, was vernünftiges Netzwerkmanagement bedeutet, und stellt bei der Definition auf technische Kriterien ab: „A network management practice is a practice that has a primarily technical network management justification, but does not include other business practices. A network management practice is reasonable if it is primarily used for and tailored to achieving a legitimate network management purpose, taking into account the particular network architecture and technology of the broadband Internet access service“ (Order Rdnr. 32). Es kommt nach diesem Wortlaut für die Beurteilung auf die Netzarchitektur und benutzte Technologie an, nicht aber auf finanzielle Interessen der Beteiligten.

„Paid Prioritization“ (sozusagen „Maut“ für Schnellspuren auf der Datenautobahn) ist nach den Bright Line Rules ver-

bieten. Was dies für die Abwägung im Einzelfall heißt, bleibt in der Order offen. Gem. Order Rdnr. 130 kann die *FCC* im Einzelfall eine Freistellung zu Gunsten von Paid Prioritization ausstellen, wenn die Freistellung im öffentlichen Interesse liegt und die „offene Natur des Internet“ nicht beeinträchtigt wird. D.h., dass der Dienst den allgemeinen Zugang zum Internet, den Wettbewerber und die Meinungsfreiheit nicht beeinträchtigen darf – eine nach Aussage der *FCC* relativ hohe Hürde. Die *FCC* scheint bereit zu sein, den Mobilfunkanbietern mehr Spielraum zu gewähren als den Festnetzanbietern, um den Besonderheiten des Mobilfunks mit dem nötigen Frequenz- und Zellmanagement angemessen Rechnung zu tragen. Gleichwohl sind die Mobilfunkunternehmen weiterhin gegen die o.g. Bright Line-Regeln und wollen nicht mit den Festnetzanbietern nach Titel II über einen Kamm geschoren werden.

Ein ähnliches Problem taucht beim sog. Zero-Rating (kurz: kein Anrechnen von bestimmten Diensten auf einen Datenplan) oder sog. Sponsored Data Plans auf. Diese auch in den USA praktizierten Geschäftsmodelle sollen unter bestimmten Bedingungen ebenfalls zulässig sein. Die bei der *FCC* hierzu eingegangenen Kommentare lassen keinen klaren Schluss zu, in welche Richtung die *FCC* tendiert. Diese Pläne dürfen jedenfalls nicht die Innovation blockieren und eine künstliche Knappheit des Angebots von Diensten schaffen (Order Rdnr. 151). Die *FCC* will zur Beurteilung des Zero Ratings und der Datenobergrenzen (Data Caps) den Standard „no unreasonable interference/disadvantage“ anwenden (Order Rdnr. 152 und 153). Was die Anwendung dieser Kriterien in der Praxis heißt, ist zur Stunde ebenfalls noch unklar. Die *FCC* wird bei der Beurteilung u.a. die Auswirkungen auf die Endverbraucher, den Wettbewerb, Meinungsfreiheit über das Internet, Breitbandausbau, Innovation allgemein sowie auf die Best Practice in der Industrie abstellen.

Eine weitere Rolle hat dieser Standard bei der Bestimmung, welche Informationen die *BIAS*-Anbieter zur Schaffung von Transparenz den Nutzern mitteilen müssen (Preise und sonstige Gebühren, technische Parameter wie Packet Loss, Peak-Off-Peak Performance Data, Netzwerkmanagement-Praktiken). Auch wenn bei den *BIAS*-Anbietern auf Grund von allge-

meinen Freistellungen in der Order (Forbearance) keine ex ante-Preiskontrolle stattfindet, was im Prinzip nach Titel II TA möglich wäre, ist ein Einschreiten der Behörde gegen „unvernünftige“ Preise und Gebühren, Praktiken oder Diskriminierungen im Einzelfall nach Sec. 201 und 202 TA möglich.

Im Ergebnis bleibt die Besorgnis von Teilen der Industrie, dass die *FCC* diese Vorschriften als rechtliche Einfallstore nutzen wird, um die *BIAS*-Anbieter bis ins Detail zu regulieren. Z.B. könnte die *FCC* nach der Order die Zuständigkeit für *ICANN* (Vergabe von IP-Adressen im Internet) für sich reklamieren. Ein weiterer Kritikpunkt: Die *FCC* könnte die allgemeinen Freistellungen in der Zukunft aufheben und dann z.B. die *BIAS*-Anbieter bei der Finanzierung des Universaldienstes zur Kasse bitten. Dies dürfte für einige Unsicherheit auf dem US-Markt sorgen und kreativen Geschäftsmodellen einen Dämpfer auferlegen. Der Kritikpunkt, dass die *FCC* zahlreiche Konstellationen „prophylaktisch“ unter Titel II geregelt habe, ohne dass wirklich ein Problem bestehe, wird wohl ein Kernpunkt der Berufungsverfahren gegen die *FCC*-Order sein. Ob die Argumente gegen die Order vor Gericht Gehör finden werden, wird sich frühestens im Jahr 2016 erweisen.

■ Vgl. auch MMR-Aktuell 2015, 366392; MMR-Aktuell 2015, 366358; Spies, MMR-Aktuell 2014, 354265; Spies, MMR 2014, 1; zur Netzneutralitätsverordnung Frevert, MMR 2012, 510 und Wimmer/Löw, MMR 2013, 636.

Dr. Axel Spies

ist Rechtsanwalt bei Morgan, Lewis & Bockius in Washington DC.

Österreich: Ö3 darf keine zusätzlichen Videoinhalte im Internet anbieten

MMR-Aktuell 2015, 367212

Der ORF darf sein Radioprogramm „Ö3“ nicht mit zusätzlichen Videoinhalten versehen und online über seine Website verbreiten.

Die Einführung eines weiteren Fernsehprogramms sei angesichts der bestehenden Deckelung nicht möglich. Das hat die österreichische Medienaufsicht *Komm-Austria* entschieden und einen entsprechenden Antrag des ORF abgelehnt.