

Impulsstudie

„Wettbewerbs- und medienrechtliche Aspekte von Netzneutralität“

im Rahmen der von

Prof. Dr. Thomas Fetzer, LL.M., Technische Universität Dresden

Prof. Dr. Martin Peitz, Universität Mannheim und MaCCI

Prof. Dr. Heike Schweitzer, LL.M., Universität Mannheim und MaCCI

durchgeführten

Studienreihe

Netzneutralität – Handlungsbedarf und -optionen des Staates

im Auftrag des

Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie

TEIL 1 – WETTBEWERBSRECHTLICHE ASPEKTE VON NETZNEUTRALITÄT	4
<i>Prof. Dr. Heike Schweitzer, LL.M. (Yale) / Prof. Dr. Thomas Fetzer, LL.M. (Vanderbilt)</i>	
A EINLEITUNG	4
B DAS KONZEPT DER NETZNEUTRALITÄT IM EUROPÄISCHEN UND DEUTSCHEN RECHT	7
I. UNIONSRECHTLICHE VORGABEN	7
II. UMSETZUNG IM TELEKOMMUNIKATIONSGESETZ	10
III. ZWISCHENERGEBNIS	12
C GEFÄHRDUNGEN EINES OFFENEN INTERNET IM WETTBEWERB	13
I. <i>Priorisierte Datenübertragung als entgeltliche Leistung an Dienste- und Inhaltenanbieter (Quality of Service – QoS)</i>	13
1. Die anvisierte Schaffung von Märkten für priorisierte Datenübertragung.....	13
2. Bedenken gegen die Einführung von Angeboten einer priorisierten Datenübertragung im Verhältnis zu Dienste- und Inhaltenanbietern	22
3. Rechtfertigen die Bedenken ein Verbot der priorisierten Datenübertragung?.....	26
a) Mögliche Rechtsgrundlagen eines Verbots der priorisierten Datenübertragung	26
b) Terminierungsmonopole von lokalen ISP.....	28
c) Erschwerung des Markteintritts für neue und nicht-kommerzielle Unternehmen.....	30
d) Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung lokaler ISP durch Netzeffekte.....	30
e) Strategische Verschlechterung des Best-Effort-Angebots	31
4. Zwischenergebnis.....	34
II. <i>Vertikale Verbindungen zwischen Netzbetreibern und Diensten</i>	35
1. Vertikale Geschäftsstrategien im Internet	36
2. Vertikale Verdrängungs- und Marktabschottungsstrategien in wettbewerbsrechtlicher Perspektive	40
a) Missbrauch marktbeherrschender Stellung, Art. 102 AEUV / §§ 19, 20 GWB	40
aa) Abgrenzung des relevanten Marktes und marktbeherrschende Stellung von lokalen ISP	40
bb) Missbrauch marktbeherrschender Stellung.....	47
b) Art. 101 AEUV / § 1 GWB	49
3. Vertikale Strategien in regulierungsrechtlicher Perspektive	50
4. Ist ein über das wettbewerbsrechtliche Diskriminierungsverbot hinausreichendes allgemeines Diskriminierungsverbot gerechtfertigt?	52
D FAZIT.....	57
TEIL 2 – MEDIENRECHTLICHE ASPEKTE VON NETZNEUTRALITÄT.....	60
<i>Prof. Dr. Thomas Fetzer, LL.M. (Vanderbilt)</i>	
A EINLEITUNG	60
B VERFASSUNGSRECHTLICHE VORGABEN FÜR MEDIENANGEBOTE	63
I. ALLGEMEIN.....	63
II. MEDIENANGEBOTE IN PAKETVERMITTELTEN TELEKOMMUNIKATIONSNETZEN	65
1. Rundfunkangebote i.S.d. § 2 Abs. 1 RfStV	66
2. Online-Angebote	68
3. Zwischenergebnis.....	70
C GEFÄHRDUNGEN FÜR DIE VERFÜGBARKEIT SCHUTZWÜRDIGER MEDIENANGEBOTE	72
I. PRIORISIERTE DATENÜBERTRAGUNG ALS ENTGELTLICHE LEISTUNG AN DIENSTE- UND INHALTEANBIETER (QUALITY OF SERVICE – QoS)	73
II. VERTIKALE VERBINDUNGEN ZWISCHEN NETZBETREIBERN UND DIENSTE- UND INHALTEANBIETERN	75
III. FOLGEN FÜR DIE SCHUTZBEDÜRFTIGKEIT	76

D ADÄQUANZ DES VORHANDENEN SCHUTZINSTRUMENTARIUMS	78
I. TELEKOMMUNIKATIONSRECHTLICHES INSTRUMENTARIUM.....	78
1. <i>Schutz von Rundfunkangeboten durch eine Verordnung nach § 41a Abs. 1 TKG</i>	<i>78</i>
2. <i>Schutz von Rundfunkangeboten durch Technische Richtlinien nach § 41a Abs. 2 TKG.....</i>	<i>79</i>
II. <i>Medienrechtliches Instrumentarium.....</i>	<i>80</i>
III. ZWISCHENERGEBNIS	81
E FAZIT.....	83

Teil 1 – Wettbewerbsrechtliche Aspekte von Netzneutralität

Prof. Dr. Heike Schweitzer, LL.M. (Yale) / Prof. Dr. Thomas Fetzer, LL.M. (Vanderbilt)*

A Einleitung

Die Netzneutralitätsdebatte betrifft die zukünftige Konzeption und Funktionsweise der paketvermittelten Datenübertragung in Telekommunikationsnetzen.¹ Das Internet in seiner gegenwärtigen Form hat sich auf der Grundlage einer so genannten „Best-Effort“-Datenübertragung entwickelt, bei der alle Daten unabhängig von ihrem Inhalt, ihrem Verwendungszweck, ihrer Herkunft oder dem Empfänger in den verschiedenen, im Internet verbundenen Netzen nach Maßgabe des „first-in-first-out“-Prinzips (FIFO) weitergeleitet werden.² Die Best-Effort-Übertragung deckt sich weitgehend mit einer verbreiteten Definition der Netzneutralität.³ Eine bestimmte Qualität der Datenübertragung wird hierbei nicht garantiert.⁴ Der Funktion der Netze als vollständig neutraler „common carrier“⁵ entspricht es ferner, dass keine direkten Entgeltbeziehungen zwischen Dienste- und Inhaltenanbietern

* Die Studie wurde unter Mitwirkung von *Paul Hentz* (Universität Mannheim) erstellt; ihm gilt der besondere Dank der Autoren.

¹ Vgl. zur deutschsprachigen Debatte *Bäcker* in: *Kloepfer* (Hrsg.), 109 ff.; *Berger-Kögler/Kind*, N & R 2010, Beilage 4, 1 ff.; *Dauchert/Meurer*, Netzneutralität und Innovationen im Internet (Studien zum deutschen Innovationssystem 14-2011), abrufbar unter: http://www.e-fi.de/fileadmin/Studien/StuDIS_2011/StuDIS_14_2011.pdf; *Degenhart*, CR 2011, 231 ff.; *Dewenter* in: *Haucap/Kühling* (Hrsg.), 115 ff.; *Gersdorf*, AfP 2011, 209 ff.; *Görisch*, EuZW 2012, 494 ff.; *Holznagel*, K&R 2010, 95 ff.; *Holznagel*, AfP 2011, 532 ff.; *Holznagel/Ricke*, DuD 2011, 611 ff.; *Koenig/Fechtner*, K&R 2011, 73 ff.; *Koenig/Visbeck*, MMR 2011, 443 ff.; *Körber* in: *Leible* (Hrsg.), Innovation und Recht im Internet, 41 ff.; *Kruse*, Wirtschaftsdienst 2008, 188 ff.; *Martini*, VerwArch 2011, 315 ff.; *Schlauri*, Network Neutrality : Netzneutralität als neues Regulierungsprinzip des Telekommunikationsrechts, Baden-Baden 2010; *Spies/Ufer*, MMR 2011, 13 ff.; *Ufer*, K&R 2010, 383 ff.; *Ufer*, CR 2010, 634 ff., sowie *Lapp*, CR 2007, 774 ff. zu den vertragsrechtlichen Fragen. Aus der englischsprachigen Debatte siehe nur *Chirico/van der Haar/Larouche*, Network Neutrality in the EU, TILEC Discussion Paper No. 2007-030, abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=1018326>; *Economides*, 4 I/S: A Journal of Law and Policy (2007), 209 ff.; *Economides/Tåg*, Network Neutrality on the Internet: A Two-sided Market Analysis, http://www.stern.nyu.edu/networks/Economides_Tag_Net_Neutrality.pdf#search=%E2%80%9CEconomid; *Hazlett/Wright*, George Mason Law & Economics Research Paper 2011, No. 11-36; *Laffont/Marcus/Rey/Tirole*, 34 RAND Journal of Economics (2003), 370; *Larouche*, Network Neutrality: The Global Dimension, TILEC Discussion Paper No. 2011-035, abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=1909811>; *Lee/Wu*, 23 Journal of Economic Perspectives (2009), 61 ff.; *Marsden*, Net Neutrality, Bloomsbury Publishing 2010; *Reicher*, 26 Berkeley Tech. L.J. (2011), 733 ff.; *Shelanski*, 3 Communications & Convergence Review (2011), 26 ff.; *van Schewick*, 5 J. on Telecomm. and High Tech. L. (2007), 329 ff.; *van Schewick*, Internet Architecture and Innovation, MIT Press 2010; *Yoo*, 3 JHTL (2004), 23 ff.

² Für eine Definition des „Best-Effort“-Prinzips s. BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)31, S. 13. Siehe auch Vierter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“: Netzneutralität, BT-Drs. 17/8536 v. 2.2.2012, S. 11.

³ Siehe z.B. BEREC, An assessment of IP-interconnection in the context of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)33, S. 4.

⁴ Siehe BNetzA, Tätigkeitsbericht 2010/2011: Telekommunikation, Dez. 2011, S. 105.

⁵ *Susan Crawford*, Transporting Communications, 89 B.U. Law Rev. 871 (2009): Analogizing broadband transport to traditional common carriage. Siehe auch BEREC, An assessment of IP-interconnection in the context of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)33, S. 50: “The separation of network and application layers is a characteristic feature of the best effort Internet”.

einerseits und den Internet-Service-Providern der von ihnen bedienten Endkunden (lokale ISP) andererseits bestehen.⁶ Endkunden und Dienste- bzw. Inhaltenanbieter sind vertraglich mit ihrem jeweiligen ISP verbunden, den sie – gegebenenfalls mengen- bzw. bandbreitenabhängig – für ihren Zugang zum Netz bezahlen. Ein gesondertes Entgelt für den Zugang zum Endnutzer wird durch die lokalen ISP von den Dienste- und Inhaltenanbietern bislang nicht erhoben – eine Praxis, die von Ökonomen vielfach als „zero price rule“,⁷ in einem GEREK-Bericht⁸ zur Netzneutralität präziser als „no commercial relation practice“⁹ bezeichnet wird. In der Vergangenheit hat diese Struktur das dezentrale Experimentieren mit einer Vielzahl von kommerziellen wie nicht-kommerziellen Diensten und Anwendungen begünstigt und zur schnellen Entwicklung des Internet beigetragen.¹⁰ Kleine, zunächst unbekanntere Dienste konnten sich schnell und oftmals ohne große Anfangsinvestitionen eine Nutzerbasis erschließen.¹¹

Das Best-Effort-Prinzip der Datenübertragung wird nicht ohne Ausnahmen praktiziert. Im Rahmen des Datenverkehrsmanagements – insbesondere des Staumanagements – greifen Netzbetreiber nicht selten auf bestimmte Priorisierungsregeln zurück. So können etwa die Daten für zeitsensitive Dienste bevorzugt weitergeleitet werden. In die Diskussion geraten sind weitergehende, teils vermutete, teils belegte Abweichungen vom Best-Effort-Prinzip: In bestimmten Fällen haben lokale ISP die Übertragung der Daten für spezifische Dienste – insbesondere VoIP-Dienste – gezielt blockiert, um Einkünfte aus selbst angebotenen, konkurrierenden Diensten zu schützen. In anderen Fällen wurde die Datenübertragung für File-Sharing-Dienste oder Video-on-Demand-Dienste teils vorübergehend, teils dauerhaft blockiert oder degradiert.¹² Nicht immer ließ sich klären, ob diese Maßnahmen eine Reaktion auf Datenstaus darstellten, oder ob ihnen eine systematische Behinderung von Wettbewerbern auf Dienstemärkten zugrunde lag.

⁶ Für eine Definition und eine Beschreibung des Geschäftsmodells siehe BEREC, An assessment of IP-interconnection in the context of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)33, S. 13 f.

⁷ Auf Deutsch sog. „Nullpreisregel“ – s. z.B. Monopolkommission, Sondergutachten 61: Telekommunikation 2011: Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern, 15.12.2011, S. 90 Rn. 173.

⁸ Das GEREK ist das Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation. Die englische Übersetzung „Body of European Regulators of Electronic Communications“ oder BEREC wird in diesem Text in gleicher Weise verwendet.

⁹ BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BOR(12)31, S. 17.

¹⁰ Siehe BEREC, An assessment of IP-interconnection in the context of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)33, S. 4 und S. 50: Die Eigenarten des Best-Effort-Internet „gave rise to a level of competition and innovation at the application level in today’s Internet unprecedented before“. Auch BNetzA, Tätigkeitsbericht 2010/2011: Telekommunikation, Dez. 2011, S. 107. Dazu, dass dies nicht bedeutet, dass dieses Konzept auch in Zukunft das Beste ist, siehe BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BOR(12)31, S. 60.

¹¹ Siehe EU-Kommission, Mitteilung: „Offenes Internet und Netzneutralität in Europa“, 19.4.2011, KOM(2011)222 endg., S. 3 f.; BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BOR(12)31, S. 12 und 61. Aus dem Schrifttum: *Tim Wu*, Network Neutrality, Broadband Discrimination, 2 J. on Telecomm. & High Tech. L. 141, 151 (2003). Für den Innovationsgewinn durch Netze, die nach dem Prinzip der Netzneutralität ausgestaltet sind, auch *Lemley/Lessig*, The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era, 48 UCLA L. Rev. 925, 945-946 (2001).

¹² Siehe dazu ausführlich BEREC, A view of traffic management and other practices resulting in restrictions to the open Internet in Europe, 29 May 2012, BoR(12)30, S. 8 ff.

Weitergehend werden gegenwärtig Geschäftsmodelle erörtert, bei denen Netzbetreiber neben der Best-Effort-Übertragung von Daten Dienste- und Inhaltenanbietern, die ein besonderes Interesse an einer qualitativ hochwertigen Datenübertragung haben, gegen Entgelt priorisierte Formen der Datenübertragung anbieten können. Von dem Grundsatz, dass Daten ohne Rücksicht auf ihre Herkunft und ihren Inhalt übertragen werde, würde damit abgewichen. Die Qualität der Datenübertragung würde nach Maßgabe der Zahlungsbereitschaft von Dienste- und Inhaltenanbietern ausdifferenziert.

In Reaktion auf derartige Entwicklungen und Pläne sprechen sich Vertreter einer strikten Netzneutralität dafür aus, das herkömmliche Best-Effort-Prinzip vorbehaltlich bestimmter legitimer Maßnahmen des Datenverkehrsmanagements¹³ unter rechtlichen Schutz zu stellen, da auf diesem Prinzip der offene und demokratische Charakter des Internet sowie dessen Innovationspotential beruhe.¹⁴ Nach anderer Ansicht sind Abweichungen vom Best-Effort-Prinzip auch jenseits von eng definierten Maßnahmen des Datenverkehrsmanagements nicht generell unzulässig, sondern können Teil des legitimen Experimentierens mit neuen Geschäftsmodellen sein, die unter Umständen neue und innovative Dienste ermöglichen und neue Wege für die Finanzierung des Netzausbaus aufweisen.¹⁵ Legitime Formen der differenzierenden Datenübertragung sind dann allerdings von solchen Maßnahmen abzugrenzen, die Innovation und Wettbewerb auf Dienste- und Inhaltenmärkten behindern oder den offenen Charakter des Internet, der weiterhin als wesentliche Grundlage seines Erfolges gelten muss,¹⁶ auf andere Weise beeinträchtigen. Im Folgenden soll zunächst erörtert werden, von welchem Konzept der Netzneutralität das europäische und das deutsche Recht ausgehen (B.). In Abschnitt C. wird geprüft, ob Geschäftsmodelle, die auf der Einführung von priorisierten Formen der Datenübertragung beruhen, mit diesem Konzept vereinbar sind. In einem letzten Abschnitt (D.) soll untersucht werden, welche Regeln vertikal integrierte lokale ISP bei der Durchleitung von Daten konkurrierender Dienste- oder Inhaltenanbieter gegenwärtig zu beachten haben und ob im Lichte dieser Regeln eine Gefährdung für ein offenes Internet besteht.

¹³ BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)31, S. 8 Rn. 24.

¹⁴ Lessig/Wu, Ex Parte Submission in CS Docket No. 02-52 to the FCC (August 22, 2003), abrufbar unter http://timwu.org/wu_lessig_fcc.pdf, S. 5.

¹⁵ Zur Diskussion über die Validität dieses Aspekts siehe BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)31, S. 18 f. Rn. 69, S. 29 Rn. 124.

¹⁶ BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)31, S. 29 Rn. 126, und S. 30 Rn. 129-130. Siehe auch *Martini*, VerwArch 2011, 315 (341).

B Das Konzept der Netzneutralität im europäischen und deutschen Recht

I. Unionsrechtliche Vorgaben

Die Europäische Union bekennt sich zu dem Ziel einer „ausgrenzungsfreien Informationsgesellschaft“.¹⁷ Die Union – wie auch der deutsche Gesetzgeber – erkennen den Wert eines offenen Internet an, das auf der Grundlage einer neutralen Übermittlung aller Datenpakete die allgemeine Konnektivität gewährleistet.¹⁸ In einer der Rahmen-Richtlinie 2009/140/EG¹⁹ beigefügten Erklärung der Kommission zur Netzneutralität heißt es: „Die Kommission misst der Erhaltung des offenen und neutralen Charakters des Internet hohe Bedeutung bei und trägt dem Willen der Mitgesetzgeber umfassend Rechnung, jetzt die Netzneutralität als politisches Ziel und als von den nationalen Regulierungsbehörden zu fördernden Regulierungsgrundsatz festzuschreiben“.

Gleichwohl hat die Europäische Union das Best-Effort-Prinzip nicht als alleiniges Prinzip der Datenübertragung im Internet festgeschrieben. In Art. 8 Abs. 4 lit. g der Rahmen-RL 2002/21/EG werden die nationalen Regulierungsbehörden verpflichtet, die Interessen der Bürger der Europäischen Union zu fördern, indem sie die Endnutzer in die Lage versetzen, Informationen abzurufen und zu verbreiten oder beliebige Anwendungen und Dienste zu nutzen. Die Europäische Union geht dabei davon aus, dass das Recht der Endnutzer zu entscheiden, welche Inhalte sie versenden und empfangen und welche Dienste und Anwendungen bzw. welche Hardware und Software sie nutzen möchten, grundsätzlich im Wettbewerb gewährleistet werden kann.²⁰ Dementsprechend werden Netzbetreibern sowie Inhalte- und Diensteanbietern keine Vorgaben über den Zugang zu und die Nutzung von Diensten und Anwendungen durch Endnutzer gemacht.²¹ In ihrer Erklärung zur Netzneutralität verpflichtet sich die Kommission, „ihre bestehenden wettbewerbsrechtlichen Befugnisse [zu] nutzen, um etwaige wettbewerbswidrige Praktiken abzustellen“.²²

Um den Wettbewerb zu stärken, schreibt die Universaldienst-Änderungs-RL 2001/136 Transparenz- und Informationspflichten der Netzbetreiber sowie Kündigungsrechte von Endnutzern fest.²³ Endnutzer müssen vom Netzbetreiber und/oder Diensteanbieter vollständig über mögliche Einschränkungen

¹⁷ RL 2009/136/EG v. 25.11.2009 (Universaldienst-ÄnderungsRL), ABl. EU Nr. L 337/11 Begründungserwägung 3 m.w.N.

¹⁸ EU-Kommission, Mitteilung: „Offenes Internet und Netzneutralität in Europa“, 19.4.2011, KOM(2011)222 endg.

¹⁹ RL 2009/140/EG v. 25.11.2009 (Rahmen-ÄnderungsRL), ABl. EU Nr. L 337/37.

²⁰ RL 2009/136/EG v. 25.11.2009 (Universaldienst-ÄnderungsRL), ABl. EU Nr. L 337/11 Begründungserwägung 28: „Auf einem Wettbewerbsmarkt wird es für die Nutzer eine breite Auswahl an Inhalten, Anwendungen und Diensten geben. Die nationalen Regulierungsbehörden sollten die Möglichkeiten der Nutzer, Informationen abzurufen und zu verbreiten sowie Anwendungen und Dienste ihrer Wahl zu nutzen, gem. Artikel 8 der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie) fördern“. Siehe auch BEREC, Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)32, S. 10 f.; BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)31, S. 9 Rn. 27.

²¹ RL 2009/136/EG v. 25.11.2009 (Universaldienst-ÄnderungsRL), ABl. EU Nr. L 337/11 Begründungserwägung 29.

²² RL 2009/140/EG v. 25.11.2009 (Rahmen-ÄnderungsRL), ABl. EU Nr. L 337/37, 69.

²³ Art. 20 Abs. 1 RL 2009/136/EG v. 25.11.2009 (Universaldienst-ÄnderungsRL), ABl. EU Nr. L 337/11. S. dazu auch: BEREC, Guidelines on Transparency in the scope of Net Neutrality, December 2011, BoR(11)67.

und Grenzen bei der Nutzung elektronischer Kommunikationsdienste informiert werden. Sie müssen ferner – insbesondere bei zuvor nicht vereinbarten Zugangs- oder Nutzungsbeschränkungen²⁴ – den Anbieter wechseln können.²⁵ Teil des von der Union angestrebten wettbewerbsorientierten Umfelds ist die Möglichkeit zur Ausdifferenzierung verschiedener Dienstqualitäten.²⁶ Endnutzer sollen die von ihnen benötigte Dienstqualität wählen können.²⁷ Ganz überwiegend wird ferner davon ausgegangen, dass Netzbetreiber und Endkunden-ISP auch den Dienste- und Inhalteanbietern unterschiedliche Dienste- bzw. Transportklassen anbieten können.²⁸ Zugleich wird in der Universaldienst-Änderungsrichtlinie die Möglichkeit der Mitgliedstaaten anerkannt, Mindestvorgaben für die Qualität öffentlicher Kommunikationsnetze festzulegen, „um eine Verschlechterung der Dienste, eine Blockierung von Anschlüssen und die Verlangsamung des Datenverkehrs in den Netzen zu verhindern“.²⁹

Der Ansatz, der in diesen Regelungen zum Ausdruck kommt, lässt sich wie folgt umschreiben:

- Endnutzer haben ein Recht zu entscheiden, welche Inhalte und Dienste sie beziehen wollen. Der europäische Gesetzgeber geht nach gegenwärtigem Stand davon aus, dass dieses Recht grundsätzlich im Wettbewerb gewährleistet wird (Begründungserwägung 28 der Universaldienst-RL).
- Das primär im Wettbewerb zu gewährleistende Recht der Endnutzer auf Zugang und Verbreitung von Information über das Internet und ihre Wahlfreiheit mit Blick auf Zugang und Nut-

²⁴ Dazu auch Art. 21 Abs. 3 lit. c RL 2009/136/EG v. 25.11.2009 (Universaldienst-ÄnderungsRL), ABl. EU Nr. L 337/11.

²⁵ Art. 20 Abs. 2 RL 2009/136/EG v. 25.11.2009 (Universaldienst-ÄnderungsRL), ABl. EU Nr. L 337/11: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Teilnehmer das Recht haben, bei der Bekanntgabe von Änderungen der Vertragsbedingungen, die von den Unternehmen, die elektronische Kommunikationsnetze und/oder -dienste bereitstellen, vorgeschlagen werden, den Vertrag ohne Zahlung von Vertragsstrafen zu widerrufen“; und Begründungserwägung 47: „Damit die Verbraucher in den vollen Genuss der Vorteile eines wettbewerbsorientierten Umfelds kommen, sollten sie in der Lage sein, in voller Sachkenntnis ihre Wahl zu treffen und den Anbieter zu wechseln, wenn dies in ihrem Interesse ist“.

²⁶ RL 2009/136/EG v. 25.11.2009 (Universaldienst-ÄnderungsRL), ABl. EU Nr. L 337/11 Begründungserwägung 34: „Auf einem Wettbewerbsmarkt sollten die Endnutzer die von ihnen benötigte Dienstqualität wählen können“.

²⁷ Zu ausdifferenzierten Angeboten der Datenübertragung gegenüber dem Endnutzer als Form der Produktdifferenzierung siehe BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BOR(12)31, S. 26.

²⁸ Siehe z.B. BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BOR(12)31, S. 60; für verbleibende Unsicherheiten bzgl. der Wohlfahrtseffekte siehe S. 65.

²⁹ Art. 20 Abs. 3 RL 2009/136/EG v. 25.11.2009 (Universaldienst-ÄnderungsRL), ABl. EU Nr. L 337/11 und Begründungserwägung 34: „Die nationalen Regulierungsbehörden sollten die Befugnis haben, Maßnahmen zu ergreifen, um einer Verschlechterung der Dienste zum Nachteil der Verbraucher, einschließlich einer Beeinträchtigung oder Verlangsamung des Datenverkehrs, entgegenzuwirken. Da jedoch uneinheitliche Abhilfemaßnahmen das Funktionieren des Binnenmarktes beeinträchtigen können, sollte die Kommission Anforderungen, die die nationalen Regulierungsbehörden vorab festzulegen beabsichtigen, im Hinblick auf mögliche regulierende Eingriffe in der gesamten Gemeinschaft bewerten und erforderlichenfalls Kommentare oder Empfehlungen abgeben, um eine einheitliche Anwendung zu gewährleisten“. Ausführlich zu den Voraussetzungen, unter denen die Festlegung von Mindestqualitätsvorgaben zulässig sein soll, siehe BEREC, Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)32.

zung von Diensten und Anwendungen wird durch eine Reihe von Maßnahmen gestärkt, die vor allem auf Information und Transparenz setzen.³⁰

- Die nationalen Regulierungsbehörden haben die Möglichkeit, Mindestqualitätsstandards für die Datenübertragung festzulegen, wenn der Wettbewerb eine angemessene Qualität der Datenübertragung nicht länger gewährleistet. Von dieser Möglichkeit darf allerdings nur nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsprinzips Gebrauch gemacht werden.³¹

Mit der Möglichkeit aller Endnutzer, auf einen unbeschränkten Internetzugang zurückgreifen zu können, gibt das europäische Regulierungsrecht zwar ein bestimmtes Ergebnis vor, dessen Sicherstellung unter Umständen auch regulatorische Eingriffe rechtfertigen kann. Primär soll die Wahlmöglichkeit der Endnutzer jedoch im Wettbewerb der ISP gewährleistet werden, dem für die Entwicklung und fortbestehende Offenheit des Internet eine wesentliche Bedeutung beigemessen wird.³² Der Wettbewerb ist hier wie in anderen Zusammenhängen ein Entdeckungsprozess: In der dezentralen Koordination von Angebot und Nachfrage sollen die Präferenzen der Nachfrager hinsichtlich Preis, Qualität, etc. und die effizientesten Formen zur Befriedigung dieser Nachfrage ermittelt werden. Dabei wird das dezentral im Markt verfügbare Wissen genutzt. In dynamischen High-Tech-Märkten kommt dem Wettbewerb angesichts der besonders großen Ungewissheit betreffend die künftige technische und wirtschaftliche Entwicklung besondere Bedeutung zu. Indem die Weiterentwicklung des Internet grundsätzlich dem Wettbewerbsprozess überlassen bleibt, wird das Internet zum einen vor einer Instrumentalisierung durch den Staat geschützt. Zum anderen werden auch private Machtpositionen durch den Wettbewerb immer wieder herausgefordert und in Frage gestellt. Dem Schutz des Wettbewerbsprozesses vor Verfälschung durch private Machtpositionen dient im Übrigen das Wettbewerbsrecht. Es soll sicherstellen, dass der Prozess der dezentralen Koordinierung nicht durch wettbewerbsverfälschende Absprachen beschränkt und bestehende Machtpositionen nicht durch wettbewerbsbehindernde Maßnahmen verfestigt werden.

Dies schließt nicht aus, dass in besonders gelagerten Konstellationen ein Eingreifen der Regulierungsbehörden auch dann zulässig und geboten sein kann, wenn ein Verstoß gegen Wettbewerbsregeln nicht feststellbar ist, die Wahlmöglichkeiten der Verbraucher am Markt aber gleichwohl eingeschränkt sind – etwa durch ein paralleles Verhalten von ISP am Markt, ohne dass eine gemeinsame

³⁰ Zur Bedeutung dieser Verbraucherrechte als Mittel gegen ungerechtfertigte Diskriminierungspraktiken der Netzbetreiber siehe BEREC, *Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality*, Draft, 29 May 2012, BOR(12)31, S. 9.

³¹ Siehe BEREC, *Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality*, Draft, 29 May 2012, BoR(12)32, S. 7 und S. 55 ff.

³² Siehe auch RL 2009/140/EG v. 25.11.2009 (Rahmen-ÄnderungsRL), ABl. EU Nr. L 337/37, Begründungserwägung 5: „Da die Märkte für elektronische Kommunikation in den letzten Jahren eine starke Wettbewerbsdynamik gezeigt haben, ist es von entscheidender Bedeutung, dass regulatorische Vorabverpflichtungen nur auferlegt werden, wenn kein wirksamer und nachhaltiger Wettbewerb besteht“. Und: „Das Ziel besteht darin, [...] letztendlich die elektronische Kommunikation nur durch das Wettbewerbsrecht zu regeln“. S. auch Begründungserwägung 23: „Ein Wettbewerbsmarkt bietet den Nutzern eine große Auswahl an Inhalten, Anwendungen und Diensten. Die nationalen Regulierungsbehörden sollten dies den Nutzern erleichtern, Informationen abzurufen und zu verbreiten und Anwendungen und Dienste zu nutzen“. S. ferner BNetzA, *Tätigkeitsbericht 2010/2011: Telekommunikation*, Dez. 2011, S. 107: „Aus Sicht der Bundesnetzagentur stellt ausreichender Wettbewerb auf der Netzebene den besten Garanten für die Gewährleistung von Netzneutralität dar.“

marktbeherrschende Stellung festgestellt werden kann.³³ Zur Erreichung der vorgegebenen Ziele hält das Regulierungsrecht weitergehende Interventionsmöglichkeiten bereit als das Wettbewerbsrecht. Klarer Ausgangspunkt des europäischen Regimes bleibt gleichwohl der Schutz funktionsfähiger Märkte und des Wettbewerbs. Erst wenn diese Mechanismen eindeutig nicht ausreichen, soll auf weitergehende Interventionsmechanismen zurückgegriffen werden.

II. Umsetzung im Telekommunikationsgesetz

Der deutsche Gesetzgeber hat die unionsrechtlichen Vorgaben mit der TKG-Novelle 2012 umgesetzt. Gem. § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG gehört auch im deutschen Recht die Wahrung der Nutzer- bzw. Verbraucherinteressen, insbesondere die Förderung der Möglichkeit der Endnutzer, Informationen abzurufen und zu verbreiten sowie Anwendungen und Dienste ihrer Wahl zu nutzen, zu den primären Zielen der Regulierung. Von zentraler Bedeutung hierfür ist eine hinreichende Information der Endnutzer über die Bedingungen, zu denen sie über ihren jeweiligen ISP Zugang zu Diensten und Inhalten erhalten. Das neue Telekommunikationsgesetz sieht deswegen weitreichende Informations- und Transparenzpflichten für die ISP vor. So müssen die ISP künftig in Verträgen über den Netzzugang gemäß § 43a Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 Nr. 2-5 TKG ihre Kunden in klarer, umfassender und leicht zugänglicher Form über Einschränkungen beim Zugang zu Diensten und Anwendungen (Nr. 2), die angebotene Mindestqualität der Übertragung (Nr. 3), mögliche Datenverkehrsmanagementmaßnahmen (Nr. 4) sowie Beschränkungen für die Nutzung von Endeinrichtungen (Nr. 5) informieren. Neben die individuelle Informationspflicht, die jedem ISP gegenüber den eigenen Kunden obliegt, kann das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie gemäß § 45n Abs. 1 TKG über den Erlass einer Rechtsverordnung zur Erhöhung der allgemeinen Markttransparenz weitergehende, allgemeine Transparenzverpflichtungen stellen. So können ISP unter anderem zu einer allgemeinen Veröffentlichung von Informationen über ihre Dienstqualität (§ 45n Abs. 2 Nr. 4 TKG) verpflichtet werden. Zudem kann ihnen die Pflicht auferlegt werden, Teilnehmer über Änderungen bei Einschränkungen des Zugangs zu bestimmten Diensten und Anwendungen (§ 45n Abs. 4 Nr. 3 TKG) sowie über Datenverkehrsmanagementmaßnahmen (§ 45n Abs. 4 Nr. 4 TKG) zu informieren.³⁴

Durch die Informationspflichten werden zugleich die Voraussetzungen für einen Wettbewerb auf Märkten für Internetzugang verbessert, der die Möglichkeit unbeschränkten Internetzugangs gewährleisten kann. Dies steht in Einklang mit dem in § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG normierten Ziel eines chancengleichen Wettbewerbs, der gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 3 TKG gerade auch dem Nutzen der Verbraucher dienen soll. Der chancengleiche Wettbewerb nicht nur im Telekommunikationsmarkt sondern auch in angrenzenden Dienstmärkten ist – ebenso wie die Wahlfreiheit der Endnutzer i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG – ein Regulierungsziel, das im Rahmen aller Regulierungsentscheidungen, etwa auch im Rahmen der Netzzugangsregulierung, von der BNetzA zu verfolgen ist. Durch die TKG-Novelle wurde es zudem gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 2 TKG zu einem Regulierungsgrundsatz erhoben, d.h. zu einer Handlungsmaxime, die bei allen Regulierungsentscheidungen durch die BNetzA zu berücksichtigen ist,

³³ Für die Schwierigkeiten, eine gemeinsam marktbeherrschende Stellung festzustellen, siehe u.a. BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)31, S. 55 Rn. 266.

³⁴ Siehe zur Ausformung der Transparenzpflichten auch BEREC, Guidelines on Transparency in the scope of Net Neutrality, December 2011, BoR(11)67. Vgl. auch BNetzA, Tätigkeitsbericht 2010/2011: Telekommunikation, Dez. 2011, S. 107 f. Seit Juni 2012 führt die BNetzA zudem eine bundesweite Messkampagne unter www.initiative-netzqualität.de durch, um eine Datenbasis zur Beurteilung der Transparenz hinsichtlich der tatsächlich verfügbaren Leistung zu erhalten (Pressemitteilung v. 14.6.2012).

dass Betreiber von Telekommunikationsnetzen und Anbieter von Telekommunikationsdiensten unter vergleichbaren Umständen nicht diskriminiert werden.

Zu den Maßnahmen, welche die BNetzA jenseits der Auferlegung von verbraucherschützenden Informations- und Transparenzpflichten zum Schutz der Wahlfreiheit der Endnutzer und eines chancengleichen Wettbewerbs ergreifen kann, gehören zum einen die Regulierungsverpflichtungen des 2. Teils des TKG, die Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegt werden können. Zentral sind hierbei die Vorschriften zur Netzzugangsregulierung in §§ 16 ff. TKG, die sie ergänzenden Regelungen zur Vorleistungsentgeltregulierung in §§ 27 ff. TKG sowie die flankierenden Diskriminierungsverbote und Transparenzpflichten nach § 19 bzw. § 20 TKG. Die Verpflichtung eines marktmächtigen Unternehmens zum Netzzugang bedeutet im Ergebnis, dass dieses Unternehmen seine Telekommunikationsinfrastruktur bzw. hierüber erbrachte Telekommunikationsdienste Wettbewerbern (entgeltlich) zur Verfügung stellen muss, so dass diese ihrerseits Telekommunikationsdienste anbieten können. Die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung kommt dabei nach § 21 Abs. 1 S. 1 TKG insbesondere dann in Betracht, wenn andernfalls die Entwicklungen eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endnutzermarktes behindert oder diese Entwicklung den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würde. Bei der Entscheidung, ob die BNetzA einem Unternehmen, das im Marktregulierungsverfahren nach §§ 9 ff. TKG als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft wurde, eine bestimmte Netzzugangsverpflichtung auferlegt, hat die Behörde nach § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 TKG auch die Auswirkungen auf den Wettbewerb und seine langfristige Sicherung zu berücksichtigen. Die Netzzugangsregulierung ist insofern ein zentrales Instrument zur Schaffung von Wettbewerb in Telekommunikationsmärkten und damit – aufgrund ihrer Ausrichtung auf wettbewerbsorientierte Endnutzermärkte – auch ein Instrument zum Schutz der Wahlfreiheit der Endnutzer im Wettbewerb der lokalen ISP. Gem. § 18 TKG kann die BNetzA darüber hinaus Unternehmen auch unabhängig vom Vorliegen beträchtlicher Marktmacht Netzzugangsverpflichtungen auferlegen, soweit sie den Zugang zu Endnutzern kontrollieren. Primär dient diese marktmachtunabhängige Verpflichtung dazu, den End-zu-End-Verbund, d.h. die Erreichbarkeit aller Endnutzer zu gewährleisten. Bei der Entscheidung über die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung nach § 18 Abs. 1 TKG hat die BNetzA allerdings gemäß § 18 Abs. 3 S. 2 TKG auch die Vorgaben des § 21 Abs. 1 S. 2 TKG zu berücksichtigen. Zu diesen zählt – wie soeben erwähnt – nach § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 TKG auch die Sicherung eines langfristigen Wettbewerbs, der dann Grundlage für die Wahlfreiheit der Endnutzer ist.

Reichen der Schutz der Verbraucherrechte und des Wettbewerbs durch Transparenz und Information der Endnutzer sowie durch Maßnahmen gegenüber Anbietern mit beträchtlicher Marktmacht bzw. Teilnehmernetzbetreibern i.S.d. § 18 TKG nicht aus, um eine angemessene Qualität der Datenübertragung zu gewährleisten, so kann die Bundesnetzagentur gemäß § 41a Abs. 2 TKG Technische Richtlinien erlassen, mit denen Einzelheiten über die Mindestanforderungen an die Dienstqualität – etwa die Mindestqualität einer Best-Effort-Übertragung – festgelegt werden.³⁵ Darüber hinaus ermächtigt

³⁵ Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass die BNetzA die Technischen Richtlinien nicht nur als Verwaltungsvorschriften, sondern mit Außenrechtswirkung im Wege einer Allgemeinverfügung erlassen kann. Zwar wird ein Verstoß eines ISP gegen festgelegte Mindestqualitätsstandards nicht gemäß § 149 Abs. 1 TKG als Ordnungswidrigkeit geahndet, die Allgemeinverfügung kann allerdings gleichwohl im Wege des Verwaltungszwangs durchgesetzt werden, so dass die in ihr festgelegten Mindeststandards für die ISP rechtsverbindlich sind. Im Übrigen bezieht sich die in § 43a TKG festgeschriebene Informationspflicht gemäß Abs. 2 Nr. 3 auch auf die die in Technischen Richtlinien festgelegte Mindestqualität.

§ 41a Abs. 1 TKG die Bundesregierung, in einer Rechtsverordnung grundsätzliche Anforderungen an eine diskriminierungsfreie Datenübermittlung und den diskriminierungsfreien Zugang zu Inhalten und Anwendungen festzulegen, um eine willkürliche Verschlechterung von Diensten und eine ungerechtfertigte Behinderung oder Verlangsamung des Datenverkehrs in den Netzen zu verhindern.³⁶ § 41a Abs. 1 TKG ermächtigt damit auch zum Erlass von Regelungen zum Schutz gegen ungerechtfertigte Differenzierungen. Von diesen auf Art. 22 Abs. 3 der Universaldienst-Änderungsrichtlinie beruhenden Ermächtigungen kann, wie die GEREK-Leitlinien zum Quality of Service vom Mai 2012 hervorheben, nur im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips Gebrauch gemacht werden.³⁷ Der GEREK-Report zu „competition issues in the scope of net neutrality“ geht davon aus, dass eine differenzierende Datenübertragung nicht grundsätzlich unzulässig ist.³⁸ Dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz muss auch der Geltungsbereich von Vorgaben nach § 41a Abs. 1 TKG folgen: Sie können sich auf solche Telekommunikationsnetzbetreiber beschränken, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, können aber auch auf alle Netzbetreiber erstreckt werden, wenn eine Gefährdung der Nutzerinteressen an unbeschränktem und adäquatem Zugang gerade aus parallelen Strategien der Qualitätsdegradierung und/oder Diskriminierung folgt.

III. Zwischenergebnis

Sowohl das Unionsrecht als auch das nationale Recht enthalten ein klares Bekenntnis zu einem offenen Internet, in dem alle Endnutzer Zugang zu allen Diensten und Inhalten haben bzw. diese verbreiten können. Unionsrecht und nationales Recht gehen davon aus, dass diese Wahlfreiheit grundsätzlich durch den Wettbewerb im Telekommunikationsmarkt gewährleistet wird. Zur Sicherung der Wahlfreiheit enthalten beide Rechtsordnungen in erster Linie Informations- und Transparenzpflichten, sie lassen aber auch die Festlegung materieller Standards für die Datenübermittlung zu, sofern der Wettbewerb die Wahlfreiheit der Endnutzer nicht ausreichend schützt.

Im Folgenden soll erörtert werden, ob und ggfs. in welchem Umfang unter den gegenwärtigen Gegebenheiten von den Interventionsmöglichkeiten des § 41a TKG Gebrauch gemacht werden kann und soll.

³⁶ Die Rechtsverordnung bedarf der Zustimmung des Bundestages und des Bundesrates und muss europäische Vorgaben sowie die in § 2 TKG genannten Regulierungsziele berücksichtigen.

³⁷ Siehe BEREC, Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)32, S. 55 ff.

³⁸ BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BOR(12)31, S. 60.

C Gefährdungen eines offenen Internet im Wettbewerb

Die Debatte über Vor- und Nachteile strikter Netzneutralität wird seit geraumer Zeit durch zwei Sorgen dominiert. Zum einen werden Bedenken gegen eine mögliche künftige Ausdifferenzierung von Transportklassen vorgebracht, die Netzbetreiber – oder unter Umständen auch nur bestimmte Endkunden-ISP – Inhalte- und Diensteanbietern gegen ein höheres Entgelt anbieten könnten. Hierdurch, so die Befürchtung, könnten weniger zahlungskräftige Inhalte- und Diensteanbieter im Wettbewerb benachteiligt und mittelfristig die Innovationskraft des Internet beeinträchtigt werden.³⁹ Zum anderen werden Diskriminierungen in der Datenübertragung und damit verbunden Verdrängungspraktiken durch Netzbetreiber befürchtet, die aufgrund vertikaler Integration oder vertraglicher Verbindungen nicht nur auf dem Internetzugangsmarkt, sondern auch auf Inhalte- bzw. Dienstemärkten tätig sind.⁴⁰ Verbreitet werden Zweifel geäußert, ob angesichts solcher Entwicklungen der Wettbewerb und sein Schutz durch das Wettbewerbsrecht genügen, um den Fortbestand eines offenen Internet zu gewährleisten.

I. Priorisierte Datenübertragung als entgeltliche Leistung an Dienste- und Inhalteanbieter (Quality of Service – QoS)

1. Die anvisierte Schaffung von Märkten für priorisierte Datenübertragung

Verschiedene ISPs erwägen, ihr bisheriges Endkundenangebot eines Best-Effort-Internetzugangs künftig um ein Angebot priorisierter Datenübertragung zu ergänzen, für das nicht die Endnutzer, sondern Dienste- und Inhalteanbieter zahlen sollen.⁴¹

Gegenwärtig versprechen ISPs ihren Kunden – ob Inhalte- und Diensteanbietern oder Endnutzern – im Rahmen eines Vertrages über den Internetzugang ganz allgemein Konnektivität: Im Rahmen des rechtlich Zulässigen können Nutzer Daten ins Internet einspeisen und aus dem Internet unbeschränkt Dienste und Inhalte beziehen. Unbeschränkte Konnektivität wird von den ISP durch eine Vielzahl vertraglicher Vereinbarungen mit anderen Netzbetreibern⁴² und Internet Exchange Points (IXP)⁴³ –

³⁹ Siehe z.B. *Martini*, *VerwArch* 2011, 315 (339 f.). Ebenso Expertenkommission Forschung und Innovation (EFI), Jahresgutachten zu Forschung, Innovation und technologischer Leistungsfähigkeit Deutschlands, abrufbar unter: http://www.e-fi.de/fileadmin/Gutachten/2011_deu.pdf (2011), S. 68 ff.

⁴⁰ Auch ohne vertikale Integration könnten in Fällen einer marktbeherrschenden Stellung Anreize etwa zum Ausbeutungsmissbrauch durch eine überhöhte Entgelterhebungen gegenüber Diensteanbietern bestehen, vgl. BEREC, *Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality*, Draft, 29 May 2012, BOR(12)31, S. 49 Rn. 232, S. 54 Rn. 262 und S. 59 Rn. 293. Ähnlich *Bäcker* in: *Kloepfer* (Hrsg.), 109 (114 f., 127). Die Fälle einer vertikalen Integration erscheinen allerdings besonders problematisch und stehen in dieser Untersuchung daher im Mittelpunkt.

⁴¹ Siehe BEREC, *Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality*, Draft, 29 May 2012, BOR(12)31, S. 18 Rn. 66, S. 26 f. Rn. 104 ff.

⁴² Herkömmlich wird zwischen sog. Peering-Vereinbarungen und Transit-Vereinbarungen unterschieden. Im Rahmen einer Transit-Vereinbarung wird der Datenverkehr von einem Netzbetreiber für den anderen Netzbetreiber gegen Zahlung eines Entgelts übermittelt. Bei einer klassischen Peering-Vereinbarung wird der für ein Ziel im jeweils anderen Netz bestimmte Datenverkehr grds. unentgeltlich zugestellt. Sie wird in der Regel nur abgeschlossen, wenn das beiderseitige durchschnittliche Datenaufkommen vergleichbar groß ist. Soll Verkehr über ein Netzwerk, mit welchem eine Peering-Vereinbarung besteht, in ein drittes Netzwerk durchgeleitet werden, muss hierfür ergänzend zu der Peering-Vereinbarung eine Transit-Vereinbarung bestehen. Zu alledem s. die ausführliche Darstellung bei *Marcus/Elixmann*, *The Future of IP Interconnection: Technical, Economic, and Public Policy Aspects*

den so genannten „Interconnection SLA (Service Level Agreements) – sichergestellt. Sie enthalten Zusagen betreffend die Zugänglichkeit (availability), die Durchleitungskapazität der Netze (throughput capacity) und die Belastbarkeit der Router an den Schnittstellen zwischen den Netzen. Demgegenüber werden in diesen Verträgen grundsätzlich keine Zusagen betreffend die Qualität der Datendurchleitung gemacht. Die Ausgestaltung des Datenverkehrsmanagements bleibt Sache eines jeden Netzbetreibers.⁴⁴ Nach Qualitätsmerkmalen – insbes. Bandbreite des Kundenanschlusses – und Preis differenzierte Internetzugangangebote gegenüber Endkunden existieren bereits seit geraumer Zeit.⁴⁵ Auch so genannte „spezialisierte Dienste“,⁴⁶ d.h. Dienste, die – wie z.B. IPTV – Endnutzern ausschließlich innerhalb des eigenen Netzes zu garantierten Qualitätsparametern erbracht werden, sind am Markt verbreitet.⁴⁷ Dienste- und Inhaltenbietern wird eine nach Qualitätsmerkmalen ausdifferenzierte Datenübertragung von Netzbetreibern hingegen gegenwärtig nicht angeboten. Sie können allein auf die allgemeine Best-Effort-Übertragung oder auf eine Datenübertragung in neben dem Internet stehenden, geschlossenen Netzen – den so genannten „Content Delivery Networks“ (CDNs)⁴⁸ – zurückgreifen.

abrufbar unter
http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecom/doc/library/ext_studies/future_ip_intercon/ip_intercon_study_final.pdf, S. 69 ff. sowie *Marcus/Nooren/Cave/Karter*, Netzneutralität: Herausforderungen und Antworten in der EU und in den USA (Hintergrundstudie im Auftrag des Europäischen Parlaments), abrufbar unter
<http://www.europarl.europa.eu/committees/en/studiesdownload.html?languageDocument=DE&file=42789>, S. 24; Reicher, 26 Berkeley Tech. L.J. (2011), 733 (751). Siehe außerdem BEREC, An assessment of IP-interconnection in the context of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)33, S. 18 ff.

⁴³ IXPs sind öffentliche Verkehrsaustauschpunkte. Sie haben vor allem in Europa erhebliche Bedeutung erlangt. An einem IXP werden eine Vielzahl von Netzwerken zusammengeschlossen, die sich – je nach den Bedingungen des IXP – mit dem Anschluss zu einem öffentlichen Peering mit allen anderen angeschlossenen Netzwerken bereiterklären. Der nach dem Umfang des Datenverkehrs weltweit bedeutendste IXP ist der DE-CIX in Frankfurt am Main. In Europa stellen IXPs mit ihren attraktiven Konditionen vor allem auch für kleinere ISPs, für Content Delivery Networks oder Inhaltenbietern ein Gegengewicht zu den etablierten großen ISPs und Tier 1 Netzwerken dar und verhindern durch ihre bündelnde Wirkung eine Konzentration von wirtschaftlicher Macht auf dem Zusammenschaltungsmarkt. Siehe hierzu auch: BEREC, An assessment of IP-interconnection in the context of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)33, S. 23 ff.

⁴⁴ BEREC, An assessment of IP-interconnection in the context of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)33, S. 26.

⁴⁵ BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)31, S. 26 Rn. 102.

⁴⁶ Für eine Definition dieses Begriffs siehe BEREC, Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)32, S. 4 f.: “Specialised services are electronic communications services that are provided using the Internet Protocol and operated within closed electronic communications networks. These networks rely on admission control and they are often optimized for specific applications based on extensive use of traffic management in order to ensure adequate service characteristics”.

⁴⁷ Näher: BEREC, An assessment of IP-interconnection in the context of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)33, S. 28 f.

⁴⁸ BEREC, An assessment of IP-interconnection in the context of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)33, S. 14 definiert CDNs als “aggregators of content usually on behalf of content and application providers. They deliver content closer to the terminating network. CDNs typically use their system of caching servers enabling a more local distribution of content to the content and application users”. Näher zu dem Geschäftsmodell von CDNs und ihrer Bedeutung siehe BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)31, S. 19 und unten, S. 15 ff.

Für viele Dienste und Inhalte ist die Best-Effort-Übertragung ohne weiteres ausreichend: kleinere Verzögerungen in der Datenübertragung sind für die Endnutzer hinnehmbar.⁴⁹ Für die Anbieter von besonders zeitsensitiven Diensten bzw. Diensten, die besonders sensibel auf Datenpaketsverluste reagieren, könnte ein priorisiertes oder mit besonderen Qualitätsgarantien verbundenes Angebot jedoch von erheblichem Interesse sein. So stellen insbesondere Echtzeitdienste wie IPTV, Videostreaming, Sprachübertragung,⁵⁰ Online-Spiele, Telemedizin-Dienste und u.U. auch Cloud Computing besondere Anforderungen an die Übertragungsqualität.⁵¹ Der Erfolg solcher Dienste- und Inhaltsangebote am Markt hängt auch davon ab, ob es den Dienste- und Inhalteanbietern gelingt, ihre Angebote zuverlässig in einer für die Bedürfnisse der Nutzer erforderlichen Qualität („Quality of Service“, QoS⁵²) bereitzustellen, und somit eine entsprechende Quality of Experience („QoE“⁵³) zu gewährleisten.

Diesem Ziel kann die Begrenztheit der vorhandenen Übertragungskapazität entgegenstehen, die zu Staus und in der Folge zu Verzögerungen und Qualitätsverlusten führen kann. Der Datenverkehr in IP-basierten Netzen, insbesondere dem Internet, ist in den vergangenen Jahren schnell gewachsen; ein weiteres Wachstum wird erwartet.⁵⁴ Endnutzer fragen vermehrt kapazitätsintensive Anwendungen nach – etwa Video on Demand, Streaming-Dienste oder hochauflösendes Fernsehen (HDTV). Im dezentral organisierten Internet, das sich als Netzwerk aus Netzwerken entwickelt hat,⁵⁵ wird auf den Anstieg der Nachfrage dezentral reagiert. Entscheidungen über Investitionen in den Netzausbau werden grundsätzlich von den einzelnen Netzbetreibern getroffen. Der technologische Fortschritt und das herkömmlich von vielen Netzbetreibern praktizierte Vorhalten zusätzlicher Kapazitäten („overprovisioning“⁵⁶) haben bislang dazu beigetragen, dass der Verkehrsanstieg von den bestehenden

⁴⁹ Siehe hierzu auch BEREC, An assessment of IP-interconnection in the context of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)33, S. 28: “While not implying a guaranteed delivery of data, the best-effort approach of the Internet does not imply low performance. [...] Best-effort Internet in most cases results in a (relatively) high quality of experience for users, even for delay-sensitive applications such as VoIP”.

⁵⁰ Bei Sprachtelefonaten sollte beispielsweise die Übertragungsverzögerung in eine Richtung nicht mehr als 150 Millisekunden betragen, da andernfalls die Nutzer jeweils unabhängig voneinander zu sprechen beginnen – s. *Marcus/Nooren/Cave/Karter*, Netzneutralität, S. 22. Allgemein hierzu: *Körber* in: Leible (Hrsg.), *Innovation und Recht im Internet*, 41 ff. S. auch *Kruse*, Crowding-Out bei Überlast im Internet, Diskussionspapier Nr. 72 (2007), www.hsu-de/kruse/index sowie *Kruse*, Wirtschaftsdienst 2008, 188 (190).

⁵¹ S. Vierter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“: Netzneutralität, BT-Drs. 17/8536 v. 2.2.2012, S. 6. Gelegentlich wird geltend gemacht, es sei bei Streaming-Applikationen gar sinnvoll vom Prinzip der paketvermittelten Übertragung zum Prinzip der Leitungsvermittlung zurückzukehren – s. *Sietmann*, *Schmalspur*, C’t Magazin 8/2011, S. 3.

⁵² Für eine Definition siehe BEREC, Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)32, S. 14. Siehe auch BEREC, An assessment of IP-interconnection in the context of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)33, S. 26.

⁵³ Zum Begriff der „Quality of Experience“ siehe BEREC, Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)32, S. 14.

⁵⁴ Für Zahlen s. BNetzA, Tätigkeitsbericht 2010/2011: Telekommunikation, Dez. 2011, S. 105: Im Festnetz sinkt die prozentuale Wachstumsrate gegenüber früheren Jahren, im Mobilfunk steigt sie hingegen. Siehe ferner Vierter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“: Netzneutralität, BT-Drs. 17/8536 v. 2.2.2012, S. 6 f.; BEREC, Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)32, S. 17; und BEREC, An assessment of IP-interconnection in the context of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)33, S. 30 f.

⁵⁵ Diese unabhängigen Netzwerke werden auch als „autonome Systeme (AS)“ bezeichnet.

⁵⁶ Näher: Vierten Zwischenbericht der Enquete-Kommission “Internet und digitale Gesellschaft” zur Netzneutralität, BT-Drs. 17/8536 v. 2.2.2012, S. 14.

Netzen gut bewältigt wurde. Router in den einzelnen Netzen bestimmen den Weg einzelner Datenpakete in einer Weise, der der individuellen Auslastung einzelner Netzteile Rechnung trägt.⁵⁷ Gleichwohl können zu Spitzenzeiten Überlasten („congestion“) in bestimmten Netzen bzw. Netzteilen auftreten, denen Netzbetreiber im Rahmen ihres Datenverkehrsmanagements⁵⁸ zu begegnen suchen. Engpässe können zunächst beim Durchlaufen der Routing-Rechner von Backbone-Providern auftreten, sodann bei der Übergabe in ein anderes Netz – am so genannten „Peering-Point“. Allerdings bestehen derzeit im Backbone keine systematischen Kapazitätsprobleme;⁵⁹ Staus treten hier daher nur vereinzelt und nicht systematisch vorhersehbar auf.⁶⁰ Für Engpässe besonders anfällig ist im Festnetz demgegenüber das Aggregationsnetz, in dem die Verkehre verschiedener Nutzer zusammengeführt werden. Parallele Nutzungsgewohnheiten vieler Nutzer können hier in Spitzenzeiten zu Engpässen führen, sofern das Netz dem wachsenden Datenverkehr nicht ständig angepasst wird. Dies gilt umso mehr als die am Markt übliche Flatrate-Abrechnung keine Anreize für Endnutzer schafft, in ihrer Nachfrage auf Nebenzeiten auszuweichen.⁶¹ Im Accessnetz der letzten Meile können Engpässe auftreten, die auf den mit Kupferleitungen verbundenen technischen Begrenzungen und wechselseitigen Störungen der Bandbreite beruhen.

Lokale ISP verfügen über verschiedene technische Möglichkeiten, Engpässen entgegenzuwirken.⁶² Im Festnetzbereich können mit der Umstellung auf Glasfaser im Anschlussbereich (FTTx) dedizierte Leitungen für einzelne Nutzer geschaffen werden.⁶³ Die Kapazitäten im Aggregationsnetz ließen sich, wie bisher auch, durch leistungsfähigere Hardware erweitern. Ob Engpasssituationen im Festnetz mit

⁵⁷ Ausführlich: Vierter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“: Netzneutralität, BT-Drs. 17/8536 v. 2.2.2012, S. 6.

⁵⁸ Ausführlich zum Datenverkehrsmanagement: BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BOR(12)31, S. 21 und S. 24 ff. Siehe auch BEREC, Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality, 29 May 2012, BoR(12)32, S. 45 f. mit der Unterscheidung zwischen dienste- bzw. Inhalteübergreifenden (application-agnostic) und dienstespezifischen (application-specific) Formen des Datenverkehrsmanagement.

⁵⁹ Vierter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“: Netzneutralität, BT-Drs. 17/8536 v. 2.2.2012, S. 8.

⁶⁰ Zur Unterscheidung zwischen vorhersehbaren und nicht vorhersehbaren Staus s. BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BOR(12)31, S. 25.

⁶¹ Vereinzelt gibt es Bemühungen der ISP, durch bestimmte Formen der Preisgestaltung das Nutzerverhalten der Endverbraucher zu beeinflussen. So werden etwa von einigen ISP Tarife angeboten, die ein monatliches Datenkontingent umfassen, aber den Datenverbrauch zu Zeiten geringer Netzauslastung (zwischen 00:00 und 8:00 Uhr) hiervon ausnehmen und unbegrenzt zulassen – siehe für das Vereinigte Königreich <http://www.plus.net/broadband/?source=mainNav>. Hierdurch werden Anreize geschaffen, datenintensive Downloads o.ä. auf die Zeiten geringer Netzauslastung zu verschieben.

⁶² Näher: Vierter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“: Netzneutralität, BT-Drs. 17/8536 v. 2.2.2012, S. 9. Hingewiesen wird dort insbes. auf Verteiltechnologien wie Multicast, die parallele Datenströme erst zu einem möglichst späten Zeitpunkt in individuelle Datenströme aufteilen und so zu einer effizienten Netznutzung beitragen.

⁶³ Ob sich damit die Frage des „Quality of Service“ für das Festnetz erledigt, ist allerdings unklar. Die Qualität eines Dienstes aus Nutzersicht hängt nicht nur von der zur Verfügung stehenden Bandbreite ab, sondern auch von der Zuverlässigkeit, die auch durch Laufzeit-Verzögerungen, Jitter und Paketverluste definiert ist. S. dazu Vierter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“: Netzneutralität, BT-Drs. 17/8536 v. 2.2.2012, S. 18 mit dem Hinweis, dass VoIP-Dienste nur wenig Bandbreite benötigen, jedoch hohe Anforderungen an die Übertragungsqualität stellen. Weiter heißt es: „In der Realität des Internets als einer Zusammenschaltung zahlreicher Einzelnetze mit unterschiedlicher Leistungsfähigkeit im Transport und an den Übergabepunkten können diese Parameter ohne eine besondere Berücksichtigung ... nicht garantiert werden“.

Blick auf den derzeit stattfindenden Ausbau von Next Generation Networks lediglich temporär auftreten oder ob auch langfristig ein Bedarf für Übertragungsleistungen besteht, deren Qualität von Netzbetreibern nach Maßgabe bestimmter Parameter garantiert wird, ist unklar.⁶⁴ Gegenwärtig müssen Netzbetreiber, und insbesondere Aggregationsnetzbetreiber, jedoch immer wieder mit Staus umgehen. Dann laufen Datenpakete in sog. „Queues“ auf, die nach einem derzeit vom jeweiligen Netzbetreiber festgelegten Priorisierungsgrad abgearbeitet werden.⁶⁵

Besonders akut und von langfristiger Relevanz ist das Problem knapper Übertragungskapazitäten in funkbasierten Netzen.⁶⁶ Hier tritt im Accessnetz notwendig eine Konkurrenz aller Nutzer innerhalb einer Funkzelle um die vorhandene Übertragungskapazität auf. Bei einer auf das „Best-Effort“-Prinzip festgelegten Übertragung kann unter diesen Bedingungen einer Nachfrage nach beständig hohen oder gar garantierten Qualitätsbedingungen nicht Rechnung getragen werden.⁶⁷

Dem Bedürfnis nach einer qualitativ höherwertigen, insbesondere schnellen Datenübertragung für qualitätssensitive Dienste und Inhalte wird am Markt bereits heute in verschiedenen Formen Rechnung getragen. Zur Befriedigung einer entsprechenden Nachfrage haben seit etwa 1998 „Content Delivery Networks“ (CDNs) private, d.h. nicht-öffentliche Netzwerkstrukturen außerhalb der im Internet verbundenen Netze aufgebaut, die ihrer Größe nach auf Augenhöhe mit Tier 1-Netzwerken und den etablierten ISPs auf Endkundenebene stehen können.⁶⁸ Eine besondere Qualität der Datenübertragung erzielen CDN durch eine optimierte Netztopologie und -technologie. Die zu verteilenden Daten werden über direkte Zwischenverbindungen auf eine Vielzahl dezentraler Verteilungsserver übertragen und synchron gehalten.⁶⁹ Wird ein bestimmter Dienst oder Inhalt von Nutzern abgerufen, ermittelt das CDN für jeden einzelnen Nutzer den nächstgelegenen und leistungsfähigsten Verteilungsserver und bedient die Anfrage des Nutzers dann dezentral nur von diesem Verteilungsserver aus. Die Daten müssen so im Falle eines Abrufs vergleichsweise kurze Strecken zurücklegen und nur wenige Netzübergänge passieren. Gleichzeitig wird im Kern des Netzes Übertragungskapazität gespart und das Risiko einer Überlastung zentraler Server minimiert.⁷⁰ Wichtigstes Element einer qualitativ hochwertigen Datenübertragung ist in diesem Geschäftsmodell der Versuch, die Daten im eigenen Netz mittels Verteilungsservern so nah wie möglich an den Endkunden heranzuführen und die abschließende Zustellung an den Endkunden auf der Grundlage einer bilateralen Vereinbarung mit

⁶⁴ S. dazu Monopolkommission, SG 61, S. 93 Rn. 188: „Die Netzneutralitätsdebatte kann [...] zumindest teilweise aus rein technischen Gründen obsolet werden“. Für den Streit, ob den Stau Problemen in naher Zukunft ohnehin durch Netzausbau beigegeben wird, oder ob der Netzausbau gerade von der Umstellung des Geschäftsmodells abhängt, siehe auch BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BOR(12)31, S. 18 f. Rn. 68-69.

⁶⁵ Vierter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“: Netzneutralität, BT-Drs. 17/8536 v. 2.2.2012, S. 8. Ausführlich auch: BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BOR(12)31, S. 25 Rn. 98 ff.

⁶⁶ Ausführlich: Vierter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“: Netzneutralität, BT-Drs. 17/8536 v. 2.2.2012, S. 9 f.

⁶⁷ Für diese Kritik z.B. *Atkinson/Weiser*, A „Third Way“ on Net Neutrality, Information Technology and Innovation Foundation, 4 (May 30, 2006).

⁶⁸ *Hazlett/Wright*, George Mason Law & Economics Research Paper 2011, No. 11-36, 14, 20. Ausführlich zur Bedeutung von CDNs auch: BEREC, An assessment of IP-interconnection in the context of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)33, S. 14 ff. und 39 ff.

⁶⁹ Vgl. etwa für den Marktführer <http://www.akamai.de>, welcher über ca. 50.000 Server in 71 Ländern 20% des heutigen Internetverkehrs abwickelt.

⁷⁰ Siehe auch *Marcus/Nooren/Cave/Karter*, Netzneutralität, S. 22 f.

dem lokalen ISP zu gewährleisten. Content Delivery-Dienste werden am Markt von eigenständigen CDNs angeboten. Große Dienste- und Inhaltenanbieter wie *Google* verfügen ferner über eigene CDNs.⁷¹ Lokale ISP bieten Diensteanbietern ihrerseits Hosting- oder Zwischenspeicherungsmöglichkeiten in endkundennahen Datenzentren an, um entsprechend dem Modell der CDN eine qualitätsorientierte Anbindung der Endkunden gegenüber Diensteanbietern vermarkten zu können.⁷² Qualitätsorientierte Datenübertragungsdienste über proprietäre Netze werden ferner im Unternehmenskundenbereich angeboten.⁷³ Schließlich bieten einige lokale ISP innerhalb ihrer eigenen Netzinfrastrukturen zeitsensitive Inhalte und Dienste (z.B. Video-on-Demand, IPTV) an, die über das *Multi-Protocol Label Switching (MPLS)* abweichend vom regulären IP-Routing gesteuert und priorisiert werden (sog. „traffic engineering“).⁷⁴ Auf diesem Modell beruhen etwa die sog. „specialised services“ oder „managed services“, etwa das Entertain-Angebot der Deutschen Telekom. Eine Datenübertragung mit Qualitätsgarantie über hierfür reservierte Netzkapazitäten kann ein lokaler ISP auch bestimmten Dienste- oder Inhaltenanbietern anbieten, damit diese hierüber „specialised“ oder „managed services“ anbieten können. In Betracht kommen derartige Angebote insbesondere für Dienste mit hohen Qualitätsanforderungen, wie z.B. die Telemedizin oder „SmartEnergy“-Angebote von Energieunternehmen.

In all diesen Fällen findet eine priorisierte Datenübertragung innerhalb proprietärer und grundsätzlich geschlossener Netze bzw. Netzteile statt.⁷⁵ Die Priorisierung wird daher in diesen Fällen gegenwärtig nicht als ein Problem der Netzneutralität angesehen.⁷⁶ Dies ändert sich, wenn eine Priorisierung bzw. ausdifferenzierte Transportklassen auch in den grundsätzlich offenen Netzen eingeführt werden.

Technisch ist eine differenzierte Übertragung auch im öffentlichen Internet bereits heute möglich.⁷⁷ Sie hängt dabei nicht vom Gebrauch der umstrittenen Deep Packet Inspection (DIP) ab,⁷⁸ mit welcher

⁷¹ Dienste- und Inhaltenanbieter befinden sich in Abhängigkeit von ihrem eigenen Wachstum auf einer Investitionsleiter, auf der es je nach Größe wirtschaftlicher sein kann, die Dienstleistungen eines ISPs oder CDNs durch entsprechende Investitionen selbst zu erbringen - vgl. *Marcus/Monti*, Network operators and content providers: Who bears the cost?, abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=1926768> (WIK-Consult Studie), S. 5 ff. Aufgrund des Erfordernisses einer vorherigen Verteilung der Inhalte auf dezentrale Server eignen sich CDNs vorrangig für die Verbreitung von statischen Inhalten. Eine wechselseitige qualitätsgarantierte Verbindung zwischen zwei Endkunden in Echtzeit vermögen dagegen auch CDNs nur bedingt zu gewährleisten.

⁷² *Litan/Singer*, 5 J. on Telecomm. and High Tech. L. (2007), 533 (546 ff.) mit dem Beispiel der Serverarchitektur des Massen-Onlinespiels *World of Warcraft*. In diesen Fällen sichern sog. „Service Level Agreements“ die Einhaltung bestimmter technischer Qualitätsanforderungen vertraglich ab.

⁷³ Näher: Vierter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ zur Netzneutralität, BT-Drs. 17/8536 v. 2.2.2012, S. 21.

⁷⁴ *Marcus/Elixmann*, IP Interconnection, S. 28. S. auch Vierter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“: Netzneutralität, BT-Drs. 17/8536 v. 2.2.2012, S. 15 f.

⁷⁵ *Van Gorp et al.*, Steps towards a truly Internal Market for e-communications, Final Report for DG Information Society and Media, European Commission, 14 November 2011, abrufbar unter http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomms/doc/library/ext_studies/cost_non_europe/im_e_com.pdf, S. 42.

⁷⁶ Siehe BEREC, Guidelines for Quality of Service, BoR(12)32, S. 40. Siehe aber S. 41 für mögliche Spannungen, die dann entstehen, wenn spezialisierte Dienste auf Kosten des allgemeinen Best-Effort-Internetzugangs priorisiert werden.

⁷⁷ Für einen Überblick über die verschiedenen technischen Möglichkeiten zur Klassifizierung von Datenverkehr vgl. http://www.cisco.com/en/US/docs/nsite/enterprise/wan/wan_optimization/chap05.html.

nicht nur der sog. „Header“ eines Datenpakets, sondern auch dessen Inhalt ausgelesen werden kann.⁷⁹ Bereits das Internet-Protokoll Version 4 (IPv4) aus dem Jahr 1981 ermöglicht die Einteilung in Dringlichkeitsklassen („Type of Service“, TOS) im Dateihheader.⁸⁰ In der Praxis wird allerdings gegenwärtig die Priorität aller Datenpakete auf den maximalen Wert gesetzt.⁸¹ Mit dem Internet-Protokoll Version 6 (IPv6) werden zusätzliche Headerfelder eingeführt, die ausdrücklich die Sicherstellung von Quality of Service ermöglichen sollen. In die Datenfelder „Traffic Class“ und „Flow Label“ können Prioritätsstufen eingefügt werden, auf die Router aller Netze bei der Weiterleitung der Datenpakete zurückgreifen können.⁸² Allerdings entscheidet derzeit – und grundsätzlich auch auf der Grundlage des IPv6 – jeder Netzbetreiber individuell, welche Daten er priorisiert.⁸³ Netzübergreifende Vereinbarungen über die Nutzung dieser Informationen für das Datenverkehrsmanagement gibt es nicht. Die Priorisierungsinformationen eines Netzbetreibers werden an den Netzgrenzen regelmäßig verworfen und durch Priorisierungskriterien des Betreibers des übernehmenden Netzes ersetzt. Dasselbe gilt für bereits seit Mitte der 1990er Jahre in Verwendung befindliche Protokolle wie DiffServ (RFC 2475) und IntServ (RFC 1633), die ebenfalls Schemata zur Klassifizierung von IP-Paketen vorsehen.⁸⁴

⁷⁸ Näher dazu: Vierter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“: Netzneutralität, BT-Drs. 17/8536 v. 2.2.2012, S. 12.

⁷⁹ Ein IP-Datenpaket besteht stets aus zwei Bereichen, dem Bereich für die Kopfdaten (sog. Header) und einem Bereich für die Nutzdaten (sog. Payload). Kopfdaten sind transportspezifische Angaben z.B. über den Ursprung und das Ziel des Pakets, über seine Größe und Fragmentierung und seine „Lebenszeit“ im Netz sowie Identifikationsdaten für die fehlerfreie Zusammensetzung der zusammengehörenden Pakete beim Empfänger. Die Nutzdaten stellen die eigentlich zu transportierenden Daten dar. Eine „Deep Packet Inspection“ untersucht in Echtzeit anhand verschiedenster Muster auch den Bereich der Nutzdaten und damit den Inhalt eines Datenpaketes, um Rückschlüsse über die Art der transportierten Daten und die sie versendenden Anwendungen zu erhalten. Dadurch lassen sich einzelne Pakete nicht nur verschiedenen Protokollen oder Kategorien von Anwendungen (z.B. Email, Filesharing, Videotelefonie), sondern auch innerhalb des beim Surfen anfallenden Datenverkehrs einzelnen Inhaltsanbietern wie Youtube zuordnen. Durch die statistische Analyse von Regelmäßigkeiten und Besonderheiten des Kommunikationsablaufs von verschiedenen Anwendungen können zudem Signaturen für Datenverkehrsflüsse erstellt werden, anhand deren sich dann auch verschlüsselte Pakete zuordnen lassen. Instrukтив: <http://de.wikipedia.org/wiki/IP-Paket>. Detailliert *Anderson*, Throttle me this: An introduction to DPI, abrufbar unter <http://arstechnica.com/hardware/news/2007/07/Deep-packet-inspection-meets-net-neutrality.ars>. Vgl. zudem Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ des Bundestages, Vierter Zwischenbericht, Netzneutralität, BT-Drs. 17/8536 (2012), S. 12.

⁸⁰ Vierter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“: Netzneutralität, BT-Drs. 17/8536 v. 2.2.2012, S. 13; *Reicher*, 26 Berkeley Tech. L.J. (2011), 733 (756).

⁸¹ *Schlauri*, S. 179.

⁸² *Reicher*, 26 Berkeley Tech. L.J. (2011), 733 (756). S. auch *Körper* in: Leible (Hrsg.), Innovation und Recht im Internet, 41 (45 f.) m.w.N.: Im Datei-Header kann auf der Grundlage des IPv6-Protokolls eine „Traffic Class“ definiert und hierauf basierend die Priorität der Übertragung bestimmt werden. Ferner enthält der Header ein sog. „Flow Label“, in dem weitere Informationen – etwa in Bezug auf Echtzeitanwendungen – angegeben werden können. Ausführlich ferner: Vierter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“: Netzneutralität, BT-Drs. 17/8536 v. 2.2.2012, S. 18.

⁸³ Vierter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“: Netzneutralität, BT-Drs. 17/8536 v. 2.2.2012, S. 8. Für verbreitete Maßnahmen des Netzwerkmanagement: S. 12.

⁸⁴ *Sietmann*, Schmalspur, C't Magazin 8/2011, S. 3; Vierter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“: Netzneutralität, BT-Drs. 17/8536 v. 2.2.2012, S. 13. Das Kommunikationsprotokoll *DiffServ* (*Differentiated Services*) bietet z.B. ein „hop-by-hop“ Management, mittels welchem ausgewählte Pakete von einem Verbindungspunkt für eine gesonderte Behandlung markiert werden können. Auch dieses Protokoll kann allerdings vorbehaltlich bislang nicht existierender netzübergreifender Vereinbarungen nicht sicherstellen, dass das Paket diese gesonderte Behandlung von dem nachfolgenden Verbindungspunkt auch tatsächlich erhält – näher *Marcus/Elixmann*, IP Interconnection, S. 85 f.

Ob und in welcher Weise ausdifferenzierte Qualitätsklassen für den Datentransport im Internet künftig Bedeutung erlangen werden ist derzeit offen.⁸⁵ Gelegentlich ist die Möglichkeit angedacht worden, den Netzbetreibern bestimmte nach Merkmalen wie Verzögerungsvarianz, Wahrscheinlichkeit eines Datenpaketverlustes etc. ausdifferenzierte Qualitätsklassen hoheitlich vorzugeben, die mit Blick auf die Anforderungen bestimmter Anwendungen zu entwickeln und von den Netzbetreibern objektiv und nach vorgegebenen Maßstäben in strikt nicht-diskriminierender Weise zu implementieren sind.⁸⁶ Eine ernsthafte Handlungsoption ist ein derart weitreichender hoheitlicher Zugriff auf das Netzwerkmanagement derzeit nicht, zumal dieser zu seiner Wirksamkeit mit einem Verbot der Preisdifferenzierung oder aber mit einer Preisregulierung einhergehen müsste.

Eine andere Möglichkeit wäre die Vereinbarung verschiedener Qualitätsklassen durch die Marktteilnehmer. Ungeachtet der bereits gegebenen technischen Möglichkeiten und langjähriger Diskussionen über nach Qualitätsstufen ausdifferenzierten Transportklassen⁸⁷ sind diese bisher netzübergreifend nicht vereinbart worden. Als Grund werden vor allem die hohen Transaktionskosten solcher Vereinbarungen genannt.⁸⁸ Um Dienste- bzw. Inhaltenbietern global oder auch nur EU-weit einheitliche Transportklassen anbieten zu können, müssten sich die im jeweiligen geografischen Rahmen tätigen Netzbetreiber nicht nur auf die technischen Eigenschaften einer netzübergreifenden Priorisierung einigen – dies könnte ggfs. im Rahmen internationaler Normungsinstitutionen erfolgen;⁸⁹ sie müssten darüber hinaus mit einer Vielzahl von Netzbetreibern Interkonnektierungsvereinbarungen aushandeln, die ihrer Art nach von den bisherigen Transit- und Peering-Vereinbarungen⁹⁰ abweichen würden, und insbesondere ein neues Abrechnungsregime beinhalten müssten.⁹¹ Eine Einigung über

⁸⁵ Näher: BEREC, *Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality*, Draft, 29 May 2012, BoR(12)31, S. 26 f. Zu den mit der Einführung verschiedener Qualitätsklassen verbundenen Schwierigkeiten s. z.B. Monopolkommission, SG 61, S. 99 Rn. 210.

⁸⁶ Vierter Zwischenbericht der Enquete-Kommission "Internet und digitale Gesellschaft" zur Netzneutralität, BT-Drs. 17/8536 v. 2.2.2012, S. 13, 22.

⁸⁷ Siehe z.B. ITU-T concept for international IP data communication services and framework for achieving end-to-end IP performance objectives, IT-T Rec. Y.1540 – Y.1543.

⁸⁸ Ausführlich zu den Gründen: BEREC, *An assessment of IP-interconnection in the context of Net Neutrality*, Draft, 29 May 2012, BoR(12)33, S. 27 f. Siehe außerdem *Marcus*, *Framework for Interconnection of IP-Based Networks – Accounting Systems and Interconnection Regimes in the USA and the UK*, Study for the Federal Network Agency (Germany), March 27, 2006, Ch. 3.2.2.

⁸⁹ Dazu Vierter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“: Netzneutralität, BT-Drs. 17/8536 v. 2.2.2012, S. 18: „Es bedarf ... einer internationalen Standardisierung und entsprechender kommerzieller Vereinbarungen, mit denen die Weiterleitung und entsprechende Behandlung der unterschiedlichen Serviceklassen garantiert werden können“. Dazu, dass die Grundlagen für eine solche Standardisierung bereits gelegt sind, siehe BEREC, *An assessment of IP-interconnection in the context of Net Neutrality*, Draft, 29 May 2012, BoR(12)33, S. 27, unter Hinweis auf die von der Internet Engineering Task Force (IETF) entwickelten Standards.

⁹⁰ Zu dem bisherigen System von Interkonnektierungsvereinbarungen ausführlich und instruktiv: BEREC, *An assessment of IP-interconnection in the context of Net Neutrality*, Draft, 29 May 2012, BoR(12)33, S. 18 ff.

⁹¹ Vierter Zwischenbericht der Enquete-Kommission "Internet und digitale Gesellschaft" zur Netzneutralität, BT-Drs. 17/8536 v. 2.2.2012, S. 13, 22. Zu den Abrechnungsverfahren im Rahmen des herkömmlichen Interconnection-Regime bei der Sprachtelefonie s. *Reicher*, 26 *Berkeley Tech. L.J.* (2011), 733 (750). Laut *van Gorp et al.*, *Steps towards a truly Internal Market for e-communications*, S. 48 f., 117 könnte für eine derartig umfangreiche Standardisierung eine staatliche Unterstützung notwendig bzw. wünschenswert sein.

Kontrollinstrumente, mit denen die Einhaltung der vereinbarten Qualitätsparameter überwacht werden könnte, müsste hinzukommen. Angesichts der heute bereits bestehenden Möglichkeiten für eine qualitativ hochwertige Datenübertragung – ggfs. unter Einschaltung von CDNs – ist unklar, ob die zu erwartenden Einnahmen eines solchen Regimes die Kosten rechtfertigen würden.⁹²

Ob und in welchem Umfang sich vor diesem Hintergrund ein System ausdifferenzierter Qualitätsklassen netzübergreifend durchsetzen wird, ist gegenwärtig eine offene Frage.⁹³ Zum Teil wird mit Nachdruck politische Unterstützung für die Schaffung eines solchen Systems auf europäischer Ebene eingefordert.⁹⁴ Wenn ein derartiges europaweit harmonisiertes System netzübergreifender Qualitätsklassen mittelfristig implementiert werden sollte, könnte der lokale Netzbetreiber eines Inhalte- oder Diensteanbieters diesem künftig alternativ zur Best-Effort-Übertragung der Daten gegen ein höheres Entgelt eine priorisierte Datenübertragung anbieten. Insbesondere für kleinere Dienste- und Inhalteanbieter könnte dies eine attraktive Alternative zur Zusammenarbeit mit einem CDN sein. Eine verbindliche Zusicherung bestimmter Qualitätseigenschaften der Datenübertragung bliebe angesichts der dann anfallenden Kosten der Überwachung aller an der Übertragung beteiligten Netzbetreiber allerdings unwahrscheinlich.

Unabhängig von der Einführung europa- oder gar weltweit harmonisierter Transportklassen können einzelne lokale ISP allein⁹⁵ oder in selektiven Kooperationen mit anderen Netzbetreibern für ihr Netz bzw. ihre Netze ein System priorisierter Datenübertragung einführen und Dienste- und Inhalteanbietern entgeltlich anbieten. In einem solchen Regime würde die bislang geltende „zero price rule“ bzw. „no commercial relationship practice“ durchbrochen, und es würden direkte Entgeltbeziehungen zwischen Dienste- bzw. Inhalteanbietern und dem lokalen ISP des Endkunden entstehen. Da eine priorisierte Datenübertragung hier nur innerhalb eines einzigen Netzes bzw. innerhalb weniger, eng mit einander kooperierender Netze zugesagt würde, könnten bestimmte Qualitätseigenschaften der Übertragung (z.B. bzgl. Ausfallsicherheit, Latenz etc.) ggfs. auch verbindlich zugesichert werden.⁹⁶ Als Anbieter einer solchermaßen priorisierten Datenübertragung im eigenen Netz kommen insbesondere solche lokalen ISPs in Betracht, die über ein Aggregationsnetz von erheblicher Größe verfügen.⁹⁷ Aus Sicht von Inhalte- und Diensteanbietern könnte ein solches Angebot insbesondere dann von Interesse sein, wenn ihre Daten zugleich von CDNs unmittelbar an ein solches Netz herangeführt werden. Das Geschäftsmodell der CDNs und das einer priorisierten Datenübertragung in einzelnen Netzen wären mithin komplementär. Um z.B. europaweit eine priorisierte Datenübertragung anbieten zu

⁹² Dazu *Marcus/Elixmann*, IP Interconnection, S. 47 und S. 91 f. S. auch *Fetzer/Peitz/Schweitzer*, Arbeitspaket 1, D.II.1.a), S. 34.

⁹³ Vierter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“: Netzneutralität, BT-Drs. 17/8536 v. 2.2.2012, S. 8.

⁹⁴ Siehe z.B. *van Gorp et al.*, Steps towards a truly Internal Market for e-communications, S. 50, 84, 115 f. Siehe ferner *Larouche*, Network Neutrality: The Global Dimension, TILEC Discussion Paper No. 2011-035, S. 22.

⁹⁵ Siehe BEREC, Differentiation practices and related BEREC competition issues in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)31, S. 26 f. Rn. 104 ff.

⁹⁶ Die Qualität einer Datenübertragung wird anhand von Parametern wie der Latenzzeit als Verzögerung einer Ende-zu-Ende Übertragung, Jitter als Abweichung der Latenzzeit von ihrem Durchschnitt, der Paketverlustrate, des Durchsatzes als durchschnittlich übertragener Datenmenge pro Zeiteinheit und der Bandbreite eines Verbindungsteilstücks unterschieden – s. Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ des Bundestages, Vierter Zwischenbericht, Netzneutralität, BT-Drs. 17/8536 (2012), S. 5.

⁹⁷ Vereinbart würde dann, präzise gesprochen, nicht ein „Quality of Service“, sondern Kriterien für die „Network Performance“.

können, wäre ferner denkbar, dass einzelne größere Netzbetreiber in verschiedenen Mitgliedstaaten Vereinbarungen über die Einführung qualitätsbezogener Transportklassen abschließen.⁹⁸ Wettbewerbsrechtliche Bedenken würden dem jedenfalls dann nicht entgegenstehen, wenn die Vereinbarungen den Zutritt anderer Netzbetreiber ermöglichen würden.⁹⁹

2. Bedenken gegen die Einführung von Angeboten einer priorisierten Datenübertragung im Verhältnis zu Dienste- und Inhaltenanbietern

Die Einführung verschiedener Qualitätsklassen für qualitativ ausdifferenzierte Formen der Datenübertragung stellt sich ökonomisch als eine Form der Produktdifferenzierung in Reaktion auf eine heute bereits ausdifferenzierte Nachfrage dar.¹⁰⁰ Die Priorisierung bestimmter Datenströme wäre mithin – soweit die Inanspruchnahme der priorisierten Qualitätsklassen jedem Dienste- und Inhaltenanbieter zu gleichen Bedingungen offen stünde – aus juristischer Sicht nicht als eine Form der Diskriminierung zu qualifizieren.¹⁰¹ Ein Neutralitätsgebot, welches das Angebot verschiedener Transportklassen unterbände, ginge über ein reines Diskriminierungsverbot hinaus.¹⁰² Es würde ein Verbot der Produktdifferenzierung und eines bestimmten Geschäftsmodells beinhalten.¹⁰³

Aus ökonomischer Sicht verbinden sich mit einer Produktdifferenzierung in Reaktion auf eine differenzierte Nachfrage zunächst Hoffnungen auf Wohlfahrtssteigerungen und Innovation.¹⁰⁴ Die Einfüh-

⁹⁸ Dafür, dass dies von einigen Netzbetreibern angestrebt wird, s. Vierter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“: Netzneutralität, BT-Drs. 17/8536 v. 2.2.2012, S. 12. Siehe außerdem S. 31: „Es ist zu erwarten, dass sich insbesondere auf Seiten der Netzbetreiber Allianzen bilden, welche, ähnlich den heute üblichen Peering- und Transit-Übereinkünften, verschiedene Angebote für einen qualitätsdifferenzierten Transport durch Netzwerke am Markt etablieren.“ Es sei ferner zu erwarten, dass sich „Intermediäre etablieren, welche für kleinere und neue Marktteilnehmer die Platzierung in bestimmten Transportklassen erleichtern“.

⁹⁹ Vgl. Leitlinien der Kommission zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 11 vom 14.1.2011, S. 1, Rn. 268, 309, 324; *Ellger* in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), 5. Aufl. 2012, Art. 101 Abs. 3 AEUV Rn. 508, 510 f. In Richtung einer Freistellung auch *Chirico/van der Haar/Larouche*, Network Neutrality in the EU, TILEC Discussion Paper No. 2007-030, S. 60 f.

¹⁰⁰ In diesem Sinne auch BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)31, S. 23. Z.T. wird der QoS auch unter dem Stichwort der Preisdiskriminierung diskutiert – s. Monopolkommission, SG 61, S. 97 Rn. 199 ff. S. auch *Fetzer/Peitz/Schweitzer*, Arbeitspaket 1, B.II.2., S. 11. Ferner *Lyons*, Net Neutrality and Nondiscrimination Norms in Telecommunications: A Historical Perspective, Boston College Law School Research Paper No. 257, March 2012, abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=2020779>, S. 15. Da beim QoS nicht nur die unterschiedliche Zahlungsbereitschaft verschiedener Dienste-/Inhaltenanbieter abgeschöpft werden soll, sondern sich die Datenübertragung je nach Transportklasse qualitativ klar unterscheiden würde und die Ausdifferenzierung der unterschiedlichen Qualitätssensibilität verschiedener Dienste Rechnung tragen würde, ist die Kategorie der Produktdifferenzierung naheliegender.

¹⁰¹ Es werden hier nicht gleiche Leistungen, sondern unterschiedliche Leistungen zu unterschiedlichen Bedingungen angeboten. Ausführlich *Lyons*, Boston College Law School Legal Studies Research Paper No. 257, S. 15: “Differences in price that result from a difference in quality of service, or difference in cost, cannot constitute price discrimination, because the vendor is not charging different prices for the same good”. Der ökonomische Begriff der Preisdiskriminierung ist nicht deckungsgleich, siehe *Fetzer/Peitz/Schweitzer*, Arbeitspaket 1.

¹⁰² *Lyons*, Boston College Law School Legal Studies Research Paper No. 257, S. 2.

¹⁰³ Zur Qualifizierung verschiedener Qualitätsklassen als Form der Produktdifferenzierung s. auch Monopolkommission, SG 61, S. 99 Rn. 208.

¹⁰⁴ Siehe *Fetzer/Peitz/Schweitzer*, Arbeitspaket 1, D.II.2., S. 40. Des Weiteren siehe Monopolkommission, SG 61, S. 99 Rn. 209 zu den positiven Wohlfahrtseffekten und Innovationsanreizen, die mit der Mög-

rung unterschiedlicher Qualitätsklassen ermöglicht es den lokalen ISP, bei der Durchleitung von Daten in Knappheitssituationen nach der durch die Zahlungsbereitschaft verifizierten Wertschätzung von Dienste- und Inhaltenanbietern zu differenzieren, und schafft Spielräume für die Entwicklung und Marktdurchsetzung von Diensten, die besondere Anforderungen an die Datenübertragung stellen.¹⁰⁵ QoS-Angebote können den Nutzern von ressourcenintensiven Datendiensten eine hohe Qualität der Dienste garantieren, denjenigen, die auf solche Dienste nicht zurückgreifen, hingegen möglicherweise günstigere Tarife. Sie müssten nicht – wie gegenwärtig noch – den durch die heavy User getriebenen Netzausbau durch ihre eigenen Tarife subventionieren.¹⁰⁶ Ein Verbot der Qualitätsdifferenzierung würde demgegenüber zu reduzierten Verwendungsmöglichkeiten des Internet führen.¹⁰⁷ Gleichwohl werden verschiedene Bedenken gegen die Einführung ausdifferenzierter Transportklassen geltend gemacht.¹⁰⁸

lichkeit zur Produktdifferenzierung generell verbunden sind, und mit der Feststellung: „Die Forderung nach dem kategorischen Verbot einer Qualitätsdifferenzierung ist ... ökonomisch nicht zu rechtfertigen. Es würde auch in dynamischer Hinsicht zu einer Schmälerung der Innovationsaktivität führen, die bislang das Internet ausgezeichnet hat; eine Qualitätsdifferenzierung repräsentiert eine Chance für solche Anwendungen und Dienste, die auf der Grundlage eines Best-Effort-Ansatzes nicht zuverlässig realisiert werden können“. Siehe auch *Christopher S. Yoo, What Can Antitrust Contribute to the Network Neutrality Debate?*, *Int. J. of Communication* 1 (2007), 493 (500): „... features of the current Internet, such as increasing heterogeneity and technological dynamism, suggest that deviations from universal interoperability might in fact be optimal. At a minimum, the literature suggests that policy-makers should not adopt a posture of a priori skepticism towards experiments with alternative network architectures that deviate from TCP/IP.“ Und S. 501: “Promoting what I have called “network diversity” would allow network owners to pursue a broader range of technological, institutional, and pricing arrangements. [...] Certain types of innovation require close coordination with the core of the network. As technology develops and the demands that end users are placing on the network change, it is only natural for the network to evolve to meet these new demands, and some of these changes may well take place within the network itself rather than at the edge. Mandating standardization on the current architecture of the Internet threatens to foreclose these types of innovation.”

¹⁰⁵ Siehe auch Monopolkommission, SG 61, S. 98 Rn. 202: Die Alternativen liegen in einer zufälligen Drosselung von Verkehr in Überlastsituationen (Rationierung durch Zufall) oder einer Rationierung nach Ermessen des ISP, ohne Rücksicht auf die Bedürfnisse und Wertschätzung der Kunden. Beide Varianten sind gegenüber der Differenzierung nach Zahlungsbereitschaft ineffizient. Siehe ferner: *Sietmann, Schmalspur*, C't Magazin 8/2011, S. 3; *Ufer*, K&R 2010, 383 (384); *Berger-Kögler/Kind*, MMR-Aktuell 2010, 302773: Ein reines Best-Effort-Netz werde den modernen Anforderungen nicht mehr gerecht und könne zu einem Investitionshindernis werden. Vierter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“: Netzneutralität, BT-Drs. 17/8536 v. 2.2.2012, S. 17: Qualitätsbezogene Innovationen im Dienstemarkt würden durch eine Netzneutralitätsregel, welche die Einführung unterschiedlicher Verkehrsklassen unterbinden würde, behindert.

¹⁰⁶ Vierter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“: Netzneutralität, BT-Drs. 17/8536 v. 2.2.2012, S. 20.

¹⁰⁷ Monopolkommission, SG 61, S. 99 Rn. 209. Für die Zulässigkeit der Einführung von Transportklassen auch: *BNetzA, Tätigkeitsbericht 2010/2011: Telekommunikation*, Dez. 2011, S. 106: „Grundsätzlich kann die Einführung von Transportklassen durchaus wohlfahrtssteigernd sein, wenn hierdurch Wahlmöglichkeiten für Endkunden geschaffen werden. Wesentlich ist jedoch, dass die Nutzer nicht nur entscheiden können, welche Dienste und Anwendungen sie nutzen wollen, sondern auch in welcher Qualität.“

¹⁰⁸ Siehe z.B. Sondervotum der Fraktion Bündnis90/Die Grünen im Rahmen der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“: Die Einführung von Qualitätsklassen hätte gravierende Auswirkungen auf Kommunikations-/Meinungsfreiheit und fairen Wettbewerb im Internet. Daher werden Qualitätsklassen abgelehnt. Eher fernliegend erscheint die von der Enquete-Kommission genannte Gefahr, dass Anbieter, deren Dienstyp eigentlich keiner bevorzugten Übertragung bedarf, diese dennoch erwerben, um sich von den Konkurrenten abzusetzen, wodurch wiederum Wettbewerbsdruck auf andere Anbieter entsteht. Sie wird hier daher nicht behandelt. Siehe aber: Vierter Zwischenbericht der

- a) Eine häufig geäußerte Befürchtung folgt aus der Neuordnung der Entgeltstruktur, die mit dem Angebot einer priorisierten Datenübertragung jedenfalls dann verbunden ist, wenn ein solches Angebot von einzelnen lokalen Endkunden-ISP ausgeht: In einem solchen Fall werden Leistungs- und Entgeltbeziehungen zwischen den lokalen ISP und Dienste- bzw. Inhaltenanbietern begründet, wie sie im Rahmen des gegenwärtigen Systems nicht existieren. Im Verhältnis zu Dienste- bzw. Inhaltenanbietern, die ihre Leistungen bestimmten Endkunden mit Qualitätsgarantie anbieten wollen, verfüge ein lokaler ISP – so die Sorge – über ein Terminierungsmonopol, vergleichbar den Terminierungsmonopolen, wie sie in der Festnetz- und Mobiltelefonie auf der Grundlage des „calling party pays“ (CPP)-Prinzips existieren,¹⁰⁹ und dementsprechend über eine erhebliche Preissetzungsmacht.¹¹⁰ Der Dienste- bzw. Inhaltenanbieter habe, wenn er auf die priorisierte Datenübertragung angewiesen ist, keine Ausweichmöglichkeiten. Er könne auf überhöhte Preise eines lokalen ISP allenfalls dadurch reagieren, dass er die Endkunden des ISP nicht (bzw. nicht in der bevorzugten Transportklassen) bediene. Ein Druck auf den lokalen ISP gehe von dieser Handlungsoption nur dann aus, wenn der Dienste- bzw. Inhaltenanbieter über hinreichende Gegenmacht verfüge. Die den Dienste- bzw. Inhaltenanbietern in Rechnung gestellten Entgelte würden auch nicht durch etwaige Wechselmöglichkeiten der Endkunden des ISP kontrolliert: Sie würden mit den den Dienste- bzw. Inhaltenanbieter in Rechnung gestellten Entgelten nicht unmittelbar belastet. In den meisten Fällen würden sie hiervon noch nicht einmal Kenntnis erlangen. In den Märkten für Festnetz- und Mobiltelefonie habe das Telekommunikationsrecht auf das Terminierungsmonopol der Telekommunikationsunternehmen mit der Befugnis nationaler Regulierungsbehörden zur Regulierung der Terminierungsentgelte reagiert.¹¹¹ Die meisten Regulierungsbehörden haben hiervon Gebrauch gemacht. Die Möglichkeit eines lokalen ISP, bei Einführung einer priorisierten Datenübertragung von der Nullpreis-Regel abzuweichen und Entgelte nicht nur vom Endnutzer, sondern auch von Dienste- bzw. Inhaltenanbietern zu verlangen, könnte zu entsprechenden Regulierungsnotwendigkeiten führen.
- b) Deutlich weiter reicht die Sorge, dass – ganz unabhängig von einer wettbewerblich unkontrollierten Preissetzungsmacht des lokalen ISP – jede Entgeltbeziehung zwischen lokalem ISP und Dienste- bzw. Inhaltenanbietern im Vergleich zu einer Nullpreis-Regel zu höheren Kosten für letztere führe und damit junge Unternehmen sowie nicht-kommerzielle Dienste- und Inhaltenanbieter vom

Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ zur Netzneutralität, BT-Drs. 17/8536 v. 2.2.2012, S. 29.

¹⁰⁹ Ausführlich dazu: *Marcus/Elixmann*, IP Interconnection, 2008, S. 49 ff., insbes. S. 53 ff. S. auch BNetzA, Rahmenbedingungen der Zusammenschaltung IP-basierter Netze. Abschlussbericht der Projektgruppe v. 15.12.2006. S. ferner: *Fetzer/Peitz/Schweitzer*, Arbeitspaket 1, D.II.1.b), S. 35 f. sowie D.IV.3., S. 50 f. S. auch: *Christopher S. Yoo*, What Can Antitrust Contribute to the Network Neutrality Debate?, *Int. J. of Communication* 1 (2007), 493 (519 ff.).

¹¹⁰ BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)31, S. 43 Rn. 198.

¹¹¹ Märkte 3 und 7 der Empfehlung der Kommission vom 17. Dezember 2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, ABl. EG Nr. L 344, S. 65.

Markteintritt abhalten könne.¹¹² Ferner wird geltend gemacht, dass marktstarke Dienste- bzw. Inhalteanbieter in den Preisverhandlungen mit den lokalen ISP aufgrund ihrer größeren Verhandlungsmacht gegenüber neu in den Markt eintretenden Unternehmen über Vorteile verfügen und ein Abweichen von der Nullpreis-Regel mithin zu einer Verfestigung der Marktposition von etablierten Dienste- bzw. Inhalteanbietern führen könne.

- c) Die Einführung von priorisierten Datenübertragungsangeboten durch einzelne marktstarke lokale ISP könnte unter Umständen auch deren bereits vorhandene Marktmachtpositionen stärken. Kann der lokale ISP dem Dienste- bzw. Inhalteanbieter ein Entgelt in Rechnung stellen, so steigt seine Preissetzungsmacht diesem gegenüber mit der Stärke seiner Stellung am Endkundenmarkt. Kann ein am Endkundenmarkt marktmächtiger ISP den Diensteanbietern höhere Entgelte in Rechnung stellen, so kann er aufgrund der so erwirtschafteten Erträge gegebenenfalls seine Endkundenentgelte absenken (Wasserbetteffekt / „seesaw principle“¹¹³). Die Möglichkeit, Preise auf beiden Marktseiten und nicht nur auf der Seite der Endnutzer zu setzen führt tendenziell zu einer effizienteren Preisstruktur.¹¹⁴ Eine Gefahr könnte allerdings sein, dass sich die Machtstellung des ISP auf dem Endkundenmarkt und die gegenüber den Diensteanbietern gegenseitig verstärken. Zunehmend hohe Entgeltforderungen gegenüber Diensteanbietern können ihrerseits wiederum den Konzentrationsprozess auf Dienste- und Inholdemärkten verstärken.¹¹⁵ Beide Gefahren sind nicht zwangsläufig und wären abhängig von den konkreten Marktgegebenheiten zu prüfen.
- d) Schließlich wird befürchtet, dass die Einführung ausdifferenzierter Transportklassen Anreize für Netzbetreiber begründet, die Qualität ihres Best-Effort-Angebots zu vernachlässigen bzw. bewusst zu verschlechtern, um eine Migration in die höherpreisige priorisierte Datenübertragung zu induzieren.¹¹⁶

Diese Bedenken richten sich nicht gegen jegliche Form der Priorisierung von Datenströmen – die auch Teil eines legitimen, effizienten und in der Sache kaum umstrittenen Datenverkehrsmanagements sein kann¹¹⁷ –, sondern allein gegen die systematische Priorisierung bestimmter Daten gegen Zahlung eines höheren Entgelts durch Dienste- bzw. Inhalteanbieter.

¹¹² So etwa BNetzA, Tätigkeitsbericht 2010/2011: Telekommunikation, Dez. 2011, S. 107; Vierter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ zur Netzneutralität, BT-Drs. 17/8536 v. 2.2.2012, S. 29. Siehe auch BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)31, S. 29 f. Rn. 127.

¹¹³ Monopolkommission, SG 61, Rn. 203. Differenzierend: *Fetzer/Peitz/Schweitzer*, Arbeitspaket 1, D.II.1.c), S. 36 ff.

¹¹⁴ Siehe hierzu beispielsweise *Peitz*, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 2006, 317 (326 ff.); *Marcus/Monti*, Who bears the cost, S. 69 ff.; *Evans/Schmalensee*, 1 Issues in Competition Law and Policy (2008), 667 (675).

¹¹⁵ Siehe hierzu auch *Sietmann*, Schmalspur, C't Magazin 8/2011, S. 6 f.

¹¹⁶ Siehe BEREC, An assessment of IP-interconnection in the context of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)33, S. 28: „Traffic classes using prioritization introduce an incentive to decrease the quality of the “best effort” class vis-à-vis premium classes to create a willingness to pay for premium quality. Therefore, it creates the need for more regulatory control including the potential need for a minimum quality of service introducing additional monitoring requirements“. Ebenso: BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)31, S. 43 Rn. 202.

¹¹⁷ Näher dazu: BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)31, S. 8 Rn. 24.

Die unter a) und c) genannten Bedenken richten sich ferner überwiegend gegen diejenigen Angebote einer priorisierten Datenübertragung, bei denen ein lokaler Endkunden-ISP entgegen dem bislang praktizierten Prinzip der „no commercial relationship“ (bzw. der Nullpreisregel) in direkte Vertragsbeziehungen mit Dienste- bzw. Inhaltenanbietern tritt. Nur dann stellt sich die Problematik des Terminierungsmonopols in voller Schärfe, das bei europa- oder weltweit standardisierten Angeboten einer priorisierten Datenübertragung im Rahmen netzübergreifend vereinbarter Abrechnungsmodalitäten gelöst werden kann. Nur dann wird auch die Problematik des Wasserbetteffekts konkret. Das unter d) genannte, gewichtige Bedenken, dass die Einführung entgeltlicher Transportklassen zu einer Degradierung des Best-Effort-Netzes führen kann, richtet sich hingegen auch gegen solche netzübergreifenden priorisierten Datenübertragungsangebote, die auf einer europa- oder weltweiten Einführung standardisierter Transportklassen beruhen. Auch die Frage, ob durch zusätzliche Entgelte nicht-kommerzielle und neu in den Markt eintretende Unternehmen abgeschreckt werden könnten, stellt sich in beiden Konstellationen.

3. Rechtfertigen die Bedenken ein Verbot der priorisierten Datenübertragung?

a) Mögliche Rechtsgrundlagen eines Verbots der priorisierten Datenübertragung

Die Einführung von Angeboten einer priorisierten Datenübertragung ist zunächst anhand der kartellrechtlichen Vorschriften zu überprüfen. Sofern die priorisierte Datenübertragung auf der Grundlage einer netzübergreifenden Standardisierungsvereinbarung erfolgt, folgt der Prüfungsmaßstab aus Art. 101 AEUV/§ 1 GWB. Findet die Standardisierung im Rahmen einer Normungsorganisation statt, die kraft ihrer Regeln die uneingeschränkte Beteiligung aller Wettbewerber auf den von der Norm betroffenen Märkten am Normungsprozess sowie ein transparentes Normsetzungsverfahren gewährleistet, die keine Verpflichtung zur Einhaltung der Norm statuiert und Dritten den Zugang zur Norm zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien Bedingungen einräumt, so liegt in der Standardisierungsvereinbarung – jedenfalls nach Ansicht der EU-Kommission – keine Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV.¹¹⁸ Parallele Vereinbarungen über die Abrechnungsmodalitäten sind erforderlich, um ein neues Produkt am Markt anzubieten, und scheinen daher im Grundsatz und vorbehaltlich einer Prüfung der Modalitäten im Einzelfall gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV gerechtfertigt. Engere Grenzen können Art. 101 und/oder Art. 102 AEUV selektiven Vereinbarungen zwischen einzelnen Netzbetreibern ziehen, insbesondere, wenn hieran lokale ISP mit auf ihrem jeweiligen geographisch relevanten Markt marktbeherrschenden Stellungen beteiligt sind.

Führt ein lokaler ISP ein Angebot priorisierter Datenübertragung allein für sein eigenes Netz ein, so liegt hierin eine Produktdifferenzierung, die für sich genommen selbst im Falle einer marktbeherrschenden Stellung des ISP keinen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 GWB bzw. Art. 102 S. 2 lit. c AEUV darstellt. Dasselbe würde für eine damit verbundene Neueinführung von Entgelten im Verhältnis zu Dienste- bzw. Inhaltenanbietern gelten. Dies hat der BGH in seinem Urteil zur Pay-TV-Durchleitung v. 19.3.1996 ausgeführt, in der es um die erstmalige Einführung von Durchleitungsentgelten durch Kabelnetzbetreiber gegenüber Pay-TV-Anbietern – nicht aber gegenüber anderen Programmanbietern – ging:¹¹⁹ Bei der insoweit maßgeblichen Interessenabwägung sei von

¹¹⁸ Siehe EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. EU 2011 Nr. C 11/1, Rn. 280.

¹¹⁹ BGH 19.3.1996, Pay-TV-Durchleitung, WuW/E BGH 3058, 3064.

dem Grundsatz auszugehen, dass eine unentgeltliche Bereitstellung von Leistungen im geschäftlichen Verkehr die Ausnahme sei. Auch gebe es kein allgemeines Verbot, für die Herbeiführung des gleichen Leistungserfolges ein Entgelt nicht nur von einer Seite, sondern von mehreren zu fordern. Schließlich folge auch aus dem Grundrecht der Informations- und Meinungsfreiheit nach Art. 5 GG, Art. 10 EMRK keine Verpflichtung der Kabelnetzbetreiber zur unentgeltlichen Verteilung von Rundfunkprogrammen.

Fraglich ist, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen ein Verbot ausdifferenzierter Datenübertragungsangebote auf die neue Vorschrift des § 41a TKG gestützt werden kann. § 41a Abs. 2 TKG scheidet insoweit als Rechtsgrundlage aus: Die Bundesnetzagentur kann auf dieser Grundlage lediglich Einzelheiten betreffend die Mindestanforderungen an die Dienstqualität regeln. In Betracht kommt daher allein eine Rechtsverordnung der Bundesregierung nach § 41a Abs. 1 TKG, in der grundsätzliche Anforderungen an eine diskriminierungsfreie Datenübermittlung und den diskriminierungsfreien Zugang zu Inhalten und Anwendungen festgelegt werden können. Allerdings ist diese Rechtsgrundlage ihrer Zielrichtung nach begrenzt: Die Festlegung darf nur erfolgen, um eine „willkürliche Verschlechterung von Diensten und eine ungerechtfertigte Behinderung oder Verlangsamung des Datenverkehrs in den Netzen“ zu verhindern. Eine Rechtsverordnung der Bundesregierung könnte danach etwa eine Drosselung oder Unterbindung der Übertragung von Daten konkurrierender Dienste- oder Inhaltenanbieter durch vertikal integrierte lokale ISPs verbieten. Denkbar wäre ein Einschreiten des Ordnungsgebers auch dann, wenn die Einführung einer priorisierten Datenübertragung mit einer systematischen Degradierung der Best-Effort-Übertragung verbunden wäre. Die Einführung von Angeboten für eine priorisierte Datenübertragung allein kann jedoch – obwohl mit der Priorisierung zwangsläufig eine Depriorisierung anderer Daten verbunden ist – nicht als „willkürliche Verschlechterung von Diensten“ bzw. eine „ungerechtfertigte Behinderung des Datenverkehrs in den Netzen“ qualifiziert werden. Als Grundlage für ein grundsätzliches Verbot der Einführung priorisierter Datenübertragungsangebote unabhängig von der konkreten Ausgestaltung taugt § 41a Abs. 1 TKG daher nicht.¹²⁰

Die Fälle einer selektiven Behinderung der Datenübertragung konkurrierender Dienste- bzw. Inhaltenanbieter durch vertikal integrierte lokale ISPs werden unter B.II. gesondert erörtert. Im Folgenden ist zu untersuchen, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen bei der Einführung priorisierter Datenübertragungsangebote mit einer *allgemeinen* „willkürlichen Verschlechterung von Diensten“ bzw. einer „ungerechtfertigte Verlangsamung des Datenverkehrs in den Netzen“ zu rechnen ist. Zu berücksichtigen ist ferner, dass eine Rechtsverordnung nach § 41a Abs. 1 TKG stets dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen muss.¹²¹ Jede Beschränkung der Freiheit der Netzbetreiber, priorisierte Datenübertragungsangebote einzuführen, stellt sich als Eingriff in die Berufs- und Eigentumsfreiheit dar¹²² und müsste daher zum Schutz der gesetzlich vorgegebenen Regulierungsziele, zu denen primär der Schutz eines offenen Internet unter Wahrung der Verbraucherinteressen und eines chancengleichen Wettbewerbs,¹²³ daneben aber auch die Förderung von Investitionen in verbesserte Netzinfr-

¹²⁰ Vgl. auch *Holznagel*, AfP 2011, 532 (538). *Martini*, VerwArch 2011, 315 (335 f., 338, 340).

¹²¹ Hervorgehoben auch in: BEREC, Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)32, S. 13 f.

¹²² *Fetzer/Peitz/Schweitzer*, Arbeitspaket 1, C.II.1., S. 23 ff.

¹²³ § 2 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 TKG.

strukturen zählen,¹²⁴ geeignet und erforderlich sein. Maßgebliche Gesichtspunkte im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung sind die Wahrscheinlichkeit, mit der sich bestimmte, abstrakt mögliche Gefahren realisieren – eine Würdigung, für die Erkenntnisse der Ökonomie von erheblicher Bedeutung sind; die verfügbaren Mittel, mit denen diesen Gefahren begegnet werden kann; sowie die Frage, ob zur Abwendung der Gefahren ein Eingreifen ex ante geboten ist, oder ob ein nachträgliches Eingreifen dem Schutz der maßgeblichen Interessen genügt.

b) Terminierungsmonopole von lokalen ISP

Die Entstehung von Terminierungsmonopolen lokaler ISP im Verhältnis zu Inhalte- und Diensteanbietern ist eine naheliegende Gefahr. Werden ausdifferenzierte Transportklassen auf der Grundlage einer europa- oder gar weltweiten Standardisierung netzübergreifend eingeführt, so kann diese Gefahr ggfs. im Rahmen des dann erforderlichen netzübergreifend vereinheitlichten Abrechnungsregimes zwischen den Netzbetreibern bewältigt werden. In voller Schärfe kann sich das Problem stellen, wenn einzelne lokale ISP Dienste- bzw. Inhalteanbietern eine priorisierte Datenübertragung unabhängig von netzübergreifenden Vereinbarungen anbieten. Ob in diesem Fall ein Terminierungsmonopol entsteht, hängt allerdings davon ab, ob ein etwaiges künftiges Angebot einer priorisierten Datenübertragung einen eigenständigen sachlich relevanten Markt konstituiert.

Dies kann in zweierlei Hinsicht fraglich sein: Zum einen ist bislang nicht geklärt, ob bei Einführung eines Angebots priorisierter Datenübertragung jedes Netz eines lokalen Endkunden-ISP einen eigenen Markt bildet, oder ob die Netze untereinander als Substitute anzusehen sind. Sofern es um Dienste geht, die eine der Sprachtelefonie vergleichbare Individualkommunikation ermöglichen sollen – hierzu zählen etwa Emails, Instant Messaging, Chat-Dienste und VoIP – ist die Erreichbarkeit eines jeden Endkunden der Natur des Dienstes nach essentiell. Verschiedene Endkundenanschlüsse sind untereinander nicht austauschbar. Jeder Endkundenanschluss bildet ein Monopol. Weniger eindeutig lässt sich die Abgrenzung des relevanten Marktes für Dienste beantworten, die keine Vernetzung mit jedem anderen Endkunden voraussetzen – etwa für Video-on-Demand-Dienste, Streaming oder IPTV. Zwar möchte ein Dienste- bzw. Inhalteanbieter auch hier grundsätzlich jeden Endkunden erreichen. Die Kunden verschiedener lokaler ISPs sind aus Sicht des Dienste- bzw. Inhalteanbieters nicht austauschbar. Entscheidend ist aber vor allem, dass eine hinreichend große Zahl an Endkunden erreicht werden kann. Bei der Marktabgrenzung sind ferner die Wechselmöglichkeiten der Endkunden in Betracht zu ziehen: ein funktionierender Wettbewerb im Internetzugangsmarkt kann den Preissetzungsspielräumen lokaler ISP unter Umständen wirksame Grenzen ziehen, wenn Dienste- bzw. Inhalteanbieter bei überhöhten Preisen ihre Angebote den Endkunden dieser ISPs vorenthalten und eine hinreichende Zahl von Endkunden hierauf mit einem Providerwechsel reagiert (näher zur Marktabgrenzung: s.u., II.2.a)).

Zu klären ist des Weiteren, ob das Angebot einer priorisierten Datenübertragung gegenüber dem Best-Effort-Angebot einen eigenständigen sachlich relevanten Markt bildet. Die Einführung ausdifferenzierter Transportklassen ist derzeit nur als eine Alternative zur fortbestehenden Möglichkeit des Best-Effort-Zugangs zu den Endkunden angedacht. Für alle Angebote, die auch über das Best-Effort-Angebot erbracht werden können, werden die Preissetzungsspielräume der lokalen ISP mithin durch diese wettbewerbliche Alternative begrenzt. Dies gilt insbesondere, wenn die Best-Effort-Angebote

¹²⁴ Siehe § 2 Abs. 2 Nr. 5 und Abs. 3 Nr. 4 TKG.

weiterhin ein Substitut für Angebote einer priorisierten Datenübertragung bilden.¹²⁵ Für diejenigen Dienste, die bislang über das Best-Effort-Netz erbracht werden, ist hiervon zunächst auszugehen. Dies spricht – jedenfalls zum gegenwärtigen Zeitpunkt – mit Blick auf die meisten Dienste gegen die Annahme eines regulierungsbedürftigen Terminierungsmonopols im Rahmen von Angeboten der priorisierten Datenübertragung.

Die Entstehung von Terminierungsmonopolen bleibt allerdings eine reale Möglichkeit. Es spricht daher viel für die von der BNetzA vertretene Position,¹²⁶ die Einführung ausdifferenzierter Qualitätsklassen nicht dienstespezifisch, sondern nur nach Maßgabe allgemeiner Qualitätsparameter zuzulassen, so dass die Zuordnung der Dienste zu den Qualitätsklassen nach Maßgabe einer Selbstselektion erfolgt. Auf diese Weise würden die Preissetzungsspielräume lokaler ISP im Hinblick auf *konkrete* Dienste beschränkt. Lässt sich für bestimmte Dienste gleichwohl eine unkontrollierte Preissetzungsmacht lokaler ISP feststellen, so wäre zu prüfen, ob dieser durch ein Diskriminierungsverbot im Verhältnis zu anderen Diensten entgegengewirkt werden kann, für welche die Best-Effort-Übertragung eine wettbewerbliche Alternative bleibt. Als ultima ratio bleibt die Möglichkeit einer Preisregulierung durch die BNetzA. Ob eine solche erforderlich sein wird, lässt sich gegenwärtig nicht vorhersehen. Die Möglichkeit einer künftigen Regulierungsnotwendigkeit rechtfertigt nach § 41a Abs. 1 TKG kein Verbot, priorisierte Formen der Datenübertragung anzubieten: Anforderungen an eine diskriminierungsfreie Datenübermittlung darf die Bundesregierung nur mit dem Ziel festlegen, eine willkürliche Verschlechterung von Diensten und eine ungerechtfertigte Behinderung oder Verlangsamung des Datenverkehrs in den Netzen zu verhindern.

Zwischenfazit

Zwar können lokale Endkunden-ISP bei Einführung von Angeboten zur priorisierten Datenübertragung wettbewerblich nicht bzw. nicht vollständig kontrollierte Preissetzungsspielräume erlangen. In welchem Umfang dies geschieht, hängt von der Art der Dienste, den Substitutionsbeziehungen zwischen Netzen und den Substitutionsbeziehungen zwischen der Best-Effort-Übertragung und einer priorisierten Datenübertragung ab. Derzeit rechtfertigt die Möglichkeit unkontrollierter Preissetzungsspielräume kein regulatorisches Tätigwerden. Sinnvoll erscheint es, die Einführung ausdifferenzierter Qualitätsklassen nicht dienstespezifisch, sondern nur nach Maßgabe allgemeiner Qualitätsparameter zuzulassen und so eine dienstespezifische Preisdiskriminierung zu erschweren. Als ultima ratio kommt eine Regulierung der Terminierungsentgelte im Rahmen der priorisierten Datenübertragung in Betracht. Die Möglichkeit künftiger Regulierungsnotwendigkeiten rechtfertigt es nicht, die Einführung von Angeboten zur priorisierten Datenübertragung zu verbieten.

¹²⁵ Ob dies der Fall ist, kann nicht abstrakt beurteilt werden.

¹²⁶ Siehe BNetzA, Eckpunkte der Zusammenschaltung IP-basierter Netze, abrufbar unter <http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/BNetzA/Sachgebiete/Telekommunikation/Regulierung/IPZusammenschaltung/Eckpunkteld12699pdf> (2008): Unterschiedliche qualitative Transportklassen sollten sich „auf die eigentliche Zusammenschaltungsqualität beschränken“. Verschiedene diensteunabhängige Transportklassen sollten dann gleichzeitig die Anforderungen unterschiedlicher Dienste erfüllen können, auch wenn etwa die erstrebte Qualität von Sprachdiensten als Bezugspunkt für die Festlegung einer Transportklasse dient. Außerdem sollten Zusammenschaltungsleistungen aufgrund der vielfältigen Einflüsse auf die Ende-zu-Ende-Qualität nur solche Qualitätsfestlegungen beinhalten, welche im jeweils betrachteten Netzabschnitt und der jeweiligen Netzebene relevant sind und gewährleistet werden können.

c) Erschwerung des Markteintritts für neue und nicht-kommerzielle Unternehmen

Ein Verbot, eine priorisierte Datenübertragung anzubieten, lässt sich auf § 41a Abs. 1 TKG auch nicht mit der Begründung stützen, dass hierdurch Angebote nicht-kommerzieller Unternehmen im Internet und ein Experimentieren mit neuen Inhalten und Diensten verteuert und erschwert und damit die Innovationsbereitschaft in Dienste- bzw. Inholdemärkten vermindert wird. Ob die Einführung priorisierter Datenübertragung tatsächlich geeignet ist, Innovation auf Dienste- und Inholdemärkten zu behindern, ist zweifelhaft: Ein Best-Effort-Angebot der Datenübertragung bleibt weiterhin bestehen und gewährleistet, dass junge und nicht-kommerzielle Anbieter den Endkunden ihre Dienste und Inhalte übermitteln und so mit geringen Kosten eine eigene Nutzerbasis aufbauen können; ist die Existenz oder Qualität des Best-Effort-Angebots durch die Priorisierung gefährdet, so können die Bundesregierung oder die Bundesnetzagentur nach Maßgabe von § 41a Abs. 1 bzw. Abs. 2 TKG einschreiten. Ob neue Dienste- bzw. Inholdeanbieter aufgrund ihrer zunächst geringen Nachfrage durch Angebote einer priorisierten Datenübertragung einen Nachteil erleiden, hängt außerdem – jedenfalls für kommerzielle Anbieter – entscheidend von der Entgeltgestaltung ab. Bei Tarifen, die linear an das genutzte Datenvolumen anknüpfen, ist eine Benachteiligung nicht zu erwarten.

Die Wettbewerbsvorteile, die finanzstärkere Unternehmen aus der Inanspruchnahme einer priorisierten Datenübertragung gegebenenfalls trotzdem ziehen können, haben Anbieter, die die damit verbundenen höheren Kosten nicht tragen können oder wollen, im Übrigen hinzunehmen. Der Grundsatz der Chancengleichheit im Wettbewerb rechtfertigt es nicht, die Einführung eines neuen Produkts in den Markt für Datentransfer zu verbieten, das gegebenenfalls seinerseits das Angebot neuer innovativer Dienste und Inhalte erst möglich macht.

Zwischenfazit

Die Einführung von Angeboten einer priorisierten Datenübertragung erschwert den Markteintritt für junge und nicht-kommerzielle Unternehmen jedenfalls so lange nicht, wie parallel eine qualitativ angemessene Best-Effort-Übertragung ohne zusätzliche Entgeltzahlungen an lokale ISPs möglich bleibt. Die Qualität des Best-Effort-Angebots kann und muss auf der Grundlage von § 41a TKG sichergestellt werden.

d) Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung lokaler ISP durch Netzeffekte

Nachzugehen ist der Sorge, dass die Einführung entgeltlicher priorisierter Datenübertragungsangebote durch einzelne marktstarke lokale ISPs geeignet sein könnte, deren Marktstellung weiter zu stärken, da nur sie in der Lage sind, Dienste- und Inholdeanbietern eine hinreichend breite Endnutzerbasis zu liefern, wie sie zur Realisierung von Skalenvorteilen auf der Dienste- bzw. Inholdeebene erforderlich ist. Die Quersubventionierung der Endkundentarife durch die Einnahmen auf Seiten der Dienste- und Inholdeanbieter könnte dann zu einem Ausbau der Marktstellung auf dem Endkundenmarkt für Internetzugang führen.

Allerdings können sich auch kleinere lokale ISP die Struktur zweiseitiger Märkte zunutze machen und durch eine Kooperation mit attraktiven Dienste- und Inholdeanbietern Wettbewerbsstrategien entwickeln, die eine schnelle Expansion ermöglichen. Ein Beispiel bildet das Angebot des Mobilfunkanbieter-

ters *E-Plus*, dessen Kunden über eine spezielle Anwendung einen kostenlosen mobilen Zugang zu einer reduzierten Version von *Facebook* erhalten („Facebook Zero“).¹²⁷

Wie sich die Marktverhältnisse in Zukunft entwickeln, lässt sich angesichts der Vielzahl möglicher Wettbewerbsstrategien nicht vorhersagen. Jedenfalls erscheint keineswegs ausgemacht, dass bei Einführung priorisierter Datenübertragungsangebote durch einzelne lokale ISPs der Wettbewerb auf Internetzugangsmärkten behindert würde, zumal bislang mit eher eingeschränkten Umsätzen aus priorisierter Datenübertragung gerechnet wird. Ein Eingreifen der Bundesregierung im Wege der Rechtsverordnung gem. § 41a Abs. 1 TKG ist in jedem Fall nur dann gerechtfertigt, wenn mit einer willkürlichen Verschlechterung von Diensten oder einer ungerechtfertigte Behinderung oder Verlangsamung des Datenverkehrs zu rechnen ist. Ein generelles Verbot priorisierter Datenübertragung rechtfertigen etwaige Netzeffekte in zweiseitigen Märkten daher nicht. Etwaigen Verdrängungs- oder Marktabschottungspraktiken marktbeherrschender ISP kann mithilfe der Wettbewerbsregeln begegnet werden.

Zwischenfazit

Ob Angebote priorisierter Datenübertragung durch einzelne marktstarke lokale ISP eine weitergehende Marktkonzentration auf dem Internetzugangsmarkt begünstigen, lässt sich nicht abstrakt vorhersagen. Die Wahrscheinlichkeit erscheint derzeit nicht hoch. Missbräuchlichen Verdrängungs- oder Marktabschottungsstrategien marktmächtiger lokaler ISP kann mithilfe des Wettbewerbsrechts und mithilfe des regulierungsrechtlichen Instrumentariums begegnet werden.

e) Strategische Verschlechterung des Best-Effort-Angebots

Am schwersten wiegt nach alledem die Sorge, dass die Einführung ausdifferenzierter Prioritätsklassen der Datenübertragung Anreize zu einer gezielten Degradierung oder jedenfalls Vernachlässigung des Best-Effort-Angebots begründet,¹²⁸ um so den Wechsel in die für Netzbetreiber lukrativere priorisierte Datenübertragung anzuregen. Diese Gefahr besteht sowohl bei einer koordinierten, netzübergreifenden Einführung verschiedener Prioritätsklassen auf der Grundlage europa- oder weltweiter Standards als auch bei entsprechenden Angeboten einzelner marktstarker lokaler ISP, kann allerdings im letztgenannten Fall in gewissem Umfang durch den Wettbewerb auf Internetzugangsmärkten kontrolliert werden. In etwas geringerem Umfang besteht die Gefahr einer systematischen Verschlechterung der Best-Effort-Übertragung ferner auch, wenn lokale ISPs zunehmend Netzkapazität

¹²⁷ Das Anzeigen von Bildern ist hier nicht möglich, vgl. <http://mobilfunkexperten.de/wissen/148/facebook-kostenlos-nutzen>.

¹²⁸ Siehe z.B. BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)31, S. 43 ff. Rn. 200-212 sowie S. 57 Rn. 283. Vgl. auch die Beschreibung des Szenarios einer „Dirt road Internet“ des BEREC, Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)32, S. 24 f. S. auch BNetzA, Tätigkeitsbericht 2010/2011: Telekommunikation, Dez. 2011, S. 108. Dazu auch: Vierter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ zur Netzneutralität, BT-Drs. 17/8536 v. 2.2.2012, S. 22. Die an einem QoS-Angebot interessierten Netzbetreiber erklären demgegenüber, dass dieses Angebot das „Best-Effort“-Angebot nicht ersetzen, sondern ergänzen soll. Aus dem Schrifttum siehe *Holznapel*, K&R 2010, 95 (98); *Haucap*, Netzneutralität aus wettbewerbsökonomischer Sicht, 10.2.2011, S. 4 f. (unter <http://www.bitkom.org>). Differenzierend: *Fetzer/Peitz/Schweitzer*, Arbeitspaket 1, D.II.2.a), S. 40 ff.

für eigene spezialisierte Dienste – etwa für IPTV oder Video-on-Demand-Bibliotheken – reservieren.¹²⁹

Zahlreiche Regulierungsziele wären durch eine Degradierung bzw. Vernachlässigung der Best-Effort-Übertragung gefährdet, insbesondere der Schutz des Verbraucherinteresses an der Nutzung eines offenen, durch lokale ISP nicht kontrollierten Internet und der damit verbundenen Wahlfreiheit (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG); aber auch die Problematik eines möglichen Terminierungsmonopols würde bei einer systematischen Verschlechterung der Best-Effort-Übertragung verschärft (siehe § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG – Schutz eines chancengleichen Wettbewerbs).

Der Schutz eines qualitativ angemessenen Best-Effort-Angebots hat daher erhebliches Gewicht. Das GEREK weist allerdings zu Recht darauf hin, dass auch eine Verschlechterung der Best-Effort-Übertragung durch einige lokale ISP unter Umständen im Wettbewerb bewältigt werden kann, sofern die Übertragungsqualität transparent gemacht wird und hinreichend einfache Wechsellmöglichkeiten bestehen.¹³⁰

Für den Fall, dass derartige marktkonforme Mechanismen nicht ausreichen, um eine angemessene Qualität der Best-Effort-Übertragung im Markt zu gewährleisten, hat Art. 20 Abs. 3 Universaldienst-RL eine Rechtsgrundlage für die Regulierung des Best-Effort-Angebots geschaffen, die mit § 41a TKG ins deutsche Recht umgesetzt worden ist. Gem. § 41a Abs. 2 TKG kann die Bundesnetzagentur durch technische Richtlinien Mindestanforderungen an die Dienstqualität und damit Mindestqualitätsstandards für ein Best-Effort-Angebot von lokalen ISP festlegen.¹³¹ Gemäß § 43a Abs. 2 Nr. 3 TKG hat ein lokaler ISP seine Kunden über Mindestqualitätsstandards zu informieren, so dass diese deren Einhaltung überwachen und zugleich einschätzen können, ob das Mindestangebot ihren Bedürfnissen entspricht. Auf der Grundlage von § 41a Abs. 1 TKG kann die Bundesregierung darüber hinaus allgemeine Anforderungen an die Struktur priorisierter Datenübermittlungsangebote formulieren, diese etwa an ein Diskriminierungsverbot binden.

¹²⁹ Dazu BEREC, Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality, 29 May 2012, BoR(12)32, S. 24 und S. 34 – die systematische Priorisierung von “specialised services” wird hier als eines der grundlegenden problematischen Szenarien definiert; BEREC, A view of traffic management and other practices resulting in restrictions to the open Internet in Europe, 29 May 2012, BoR(12)30, S. 11: “About one third of the fixed operators indicate [...] that specialized services are affecting, to some extent, the Internet best-effort service of customers using the same access network”. Siehe außerdem *Marcus/Nooren/Cave/Karter*, Netzneutralität, S. 40, 43. Zum Teil wird unter diesem Gesichtspunkt über eine Öffnung der Managed Services als geschlossener Dienste der ISP für andere Anbieter im Sinne einer Zugangsverpflichtung nachgedacht – s. Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ des Bundestages, Vierter Zwischenbericht, Netzneutralität, BT-Drs. 17/8536 (2012), S. 25. Allerdings kann gerade dieser Problematik durch die Festlegung eines Mindestqualitätsstandards für die Best-Effort-Übertragung begegnet werden. Gegenüber Zugangsansprüchen zu proprietären Infrastrukturen ist dies das mildere Mittel.

¹³⁰ BEREC, Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)32, S. 6 f. sowie BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)31, S. 60 Rn. 300.

¹³¹ Dazu oben, S. 24 ff. In der Literatur wird z.T. die Ansicht vertreten, eine regulatorische Festlegung von Mindeststandards solle nur in Betracht kommen, wenn der Qualitätswettbewerb aufgrund des Bestehens einer marktbeherrschenden Stellung gestört ist, vgl. *Berger-Kögler/Kind*, N & R 2010, Beilage 4, 1 (3). Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen.

Von den Ermächtigungen des § 41a TKG darf nur nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Gebrauch gemacht werden.¹³² Ob diese Voraussetzungen gegenwärtig vorliegen, ist noch nicht abschließend geklärt.¹³³ Der RegE geht davon aus, dass derzeit kein Anlass für eine Regelung besteht.¹³⁴ Würde in dem gegenwärtigen, durch Wettbewerb geprägten Markt für Endkunden-Internetzugang ein lokaler ISP den Best-Effort-Zugang für Endkunden spürbar verschlechtern oder vernachlässigen, könnte dies unter Endkunden zu einer erheblichen Wechselbereitschaft führen. Bereits die massive Drohung vieler Endkunden mit einem Wechsel kann geeignet sein, lokale ISP von derartigen Strategien abzuhalten. Eine Regulierung ist in diesem Fall nicht erforderlich.¹³⁵ Eine vorzeitige und übermäßig strenge Regulierung des Best-Effort-Netzes könnte vielmehr die Entwicklung von Angeboten einer priorisierten Übertragung im Markt behindern. Zwingend geboten ist allerdings eine kontinuierliche Überwachung der Qualität der Best-Effort-Übertragung.¹³⁶ Nur so können Degradierungstendenzen frühzeitig erkannt und angemessen unterbunden werden

Die Festlegung einer Schwelle, ab der mithilfe des § 41a TKG einzugreifen ist, ist – wie auch das GEREK festgestellt hat – schwierig.¹³⁷ Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die prioritäre Durchleitung bestimmter Daten zwangsläufig zu einer gewissen Verschlechterung der Durchleitung

¹³² Hervorgehoben in: BEREC, Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)32, S. 7 sowie S. 55 f.

¹³³ Daten über die Qualität der Datenübertragung werden von der BNetzA seit Juni 2012 und bis Dezember 2012 mittels eines Massentestes gesammelt, vgl. www.initiative-netzqualität.de. Erst auf der Grundlage einer soliden Datenbasis kann die Geeignetheit und Erforderlichkeit eines regulatorischen Eingriffs beurteilt werden.

¹³⁴ Begründung des RegE, S. 76. Kritisch: *Holznapel*, MMR 2010, 761 (766). Zu alledem auch: *Körber* in: *Leible* (Hrsg.), *Innovation und Recht im Internet*, 41 (59 ff.).

¹³⁵ Siehe auch BEREC, Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality, 29 May 2012, BoR(12)32, S. 43: “There is no need for intervention when there is good availability of Internet access service offers with satisfying quality (i.e. without degradation) at a reasonable price and the possibility and ease of switching is sufficient”.

¹³⁶ BEREC, Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality, 29 May 2012, BoR(12)32, S. 24. Zu den Parametern, die hierbei zu berücksichtigen sind: ebd., S. 5.

¹³⁷ Unklar ist insbesondere, welche Mindestanforderungen und Entwicklungsgarantien mit dem Best-Effort-Netz in Zukunft verbunden sein sollen. Siehe dazu BEREC, Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality, 29 May 2012, BoR(12)32, S. 24 f.; auch BNetzA, Tätigkeitsbericht 2010/2011: Telekommunikation, Dez. 2011, S. 106 f.: „Sollten die Netzbetreiber ... Transportklassen einführen, darf dies ... nicht zu Lasten des Best-Effort-Internets gehen. Dies muss ebenso in der Zukunft sowohl im Hinblick auf die voraussichtlich weiter steigende Zahl der Breitbandanschlüsse als insbesondere auch auf die Zunahme des pro Anschluss genutzten Datenvolumens dynamisch weiterentwickelt werden, wie dies in der Vergangenheit der Fall war“. S. zu den Problemen, die mit der Konkretisierung dieses Maßstabs verbunden sind: *Vierter Zwischenbericht der Enquete-Kommission “Internet und digitale Gesellschaft” zur Netzneutralität*, BT-Drs. 17/8536 v. 2.2.2012, S. 30: „Minimum-Qualitätsstandards setzen als regulatorische Maßnahme an einer schwer zu überprüfenden Größe an. Die bestehende Metrik (Schwankung, Verzögerung, Paketverlust, Bandbreite) ist nicht zu jeder Zeit und an allen Punkten des Netzwerks überprüfbar. Ebenso sind diese Größen für Verbraucher nicht allgemein verständlich und können daher nicht von allen Marktteilnehmern als einziger Indikator der gelieferten Qualität genutzt werden“. Und: „... ein zu ambitionierter Minimum-Qualitätsstandard [kann] dazu führen [...], dass Netzbetreiber weiterhin Übererfüllung (Overprovisioning) in erheblichem Umfang betreiben müssen und dadurch die Investitionen in die Netzinfrastruktur in keinem Verhältnis zu den Einnahmen stehen.“ S. auch: BEREC, *A framework for Quality of Service in the scope of Net Neutrality*, 8.12.2011, BoR(11)53.

nicht priorisierter Daten führt.¹³⁸ Das GEREK wie auch die BNetzA leisten zu dieser Frage wie auch zu der Frage einer angemessenen Erfassung und Kontrolle der Datenübertragung gegenwärtig umfangreiche Vorarbeiten, die allerdings noch nicht abgeschlossen sind.¹³⁹ Ist eine substantielle Degradierung der Best-Effort-Übertragung nur bei einem einzelnen, allerdings marktmächtigen ISP zu beobachten, so kann die Vorgabe einer Mindestübertragungsqualität für diesen ISP genügen.¹⁴⁰

Zwischenfazit

Die Gefahr einer gezielten Verschlechterung der Best-Effort-Übertragung kann bei Einführung von Angeboten zu einer priorisierten Datenübertragung nicht ausgeschlossen werden. § 41a TKG stellt der Bundesregierung bzw. der Bundesnetzagentur jedoch ein ausreichendes Instrumentarium zur Verfügung um dieser Gefahr zu begegnen.

4. Zwischenergebnis

Ein generelles Verbot der Einführung einer priorisierten Datenübertragung hat gegenwärtig keine Rechtsgrundlage und ist auch der Sache nach nicht gerechtfertigt.¹⁴¹ Eine Ausdifferenzierung der Datenübertragung nach Qualitätsparametern ermöglicht eine effiziente Nutzung bestehender Kapazitäten¹⁴² und kann zur besseren Finanzierbarkeit des Netzausbaus beitragen.¹⁴³

Zwar werden – insbesondere bei der Einführung verschiedener Qualitätsklassen der Datenübertragung durch lokale ISP – neue Marktbeziehungen im Verhältnis zwischen lokalen Endkunden-ISP und Dienste- und Inhaltenanbietern geschaffen,¹⁴⁴ die mit neuen wettbewerblichen Problemen und Gefahren verbunden sind. Ob sich diese Gefahren im Wettbewerb tatsächlich realisieren, lässt sich allerdings nicht mit Gewissheit vorhersagen. Sollten sie sich realisieren, so halten das Wettbewerbs- und das Regulierungsrecht Instrumente bereit, um auf diese Gefahren zu reagieren. Im Lichte der Zielsetzung, ein offenes Internet zu schützen, kommt allerdings dem Schutz eines attraktiven Best-Effort-

¹³⁸ Differenzierend: BEREC, Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality, 29 May 2012, BoR(12)32, S. 36.

¹³⁹ Siehe z.B. BEREC, Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality, 29 May 2012, BoR(12)32, S. 24 ff., 37 f. Hinsichtlich der empirischen Erhebung durch die BNetzA vgl. www.initiative-netzqualität.de.

¹⁴⁰ BEREC, Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality, 29 May 2012, BoR(12)32, S. 24.

¹⁴¹ In diesem Sinne auch BEREC, An assessment of IP-interconnection in the context of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)33, S. 7: "Operators are free to develop [different qualities for electronic communication services] as competitive markets are often built on quality differentiation, which can generally be considered to be welfare-enhancing". Zu den überwiegend positiven Wohlfahrtseffekten: BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)31, S. 45 Rn. 212.

¹⁴² Zu weiteren Ausführungen, insbesondere zu den möglichen Auswirkungen auf das Investitionsverhalten der ISPs siehe *Fetzer/Peitz/Schweitzer*, Arbeitspaket 1.

¹⁴³ BEREC, An assessment of IP-interconnection in the context of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)33, S. 32 ff. weist allerdings darauf hin, dass eine Kostenexplosion im Bereich des Netzausbaus gegenwärtig nicht zu befürchten ist, wenn man auf die "per unit"-Kosten schaut: Im Bereich des Festnetzes sinken die per-unit-Kosten; im Mobilfunknetz sind sie stabil.

¹⁴⁴ Siehe auch BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)31, S. 34 Rn. 153. Für eine ausführliche Beschreibung der Marktbeziehungen, wie sie sich im Rahmen des Best-Effort-Internet entwickelt haben, siehe BEREC, An assessment of IP-interconnection in the context of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)33, S. 9 ff.

Angebots der Datenübertragung zentrale Bedeutung zu. Ein attraktives Best-Effort-Angebot kann überdies auch die wettbewerblichen Probleme abmildern, die mit der Einführung von Angeboten einer priorisierten Datenübertragung im Verhältnis zu Dienste- und Inhaltenanbietern verbunden sind. Die BNetzA ist daher gehalten, die Entwicklung der Best-Effort-Übertragung kontinuierlich zu überwachen.¹⁴⁵ Um auch eine dezentrale Überwachung durch die Nutzer zu ermöglichen, sind auch ihnen angemessene Instrumente zur Kontrolle der Qualität der Datenübertragung bereitzustellen.¹⁴⁶

II. Vertikale Verbindungen zwischen Netzbetreibern und Diensten

Die Gründe, aus denen Befürworter einer strikten Netzneutralität die Verpflichtung der Netzbetreiber auf eine „Best-Effort“-Übertragung und ein striktes, von der Marktstellung unabhängiges Diskriminierungsverbot fordern, reichen über die Diskussion über die Einführung von priorisierten Qualitätsklassen hinaus. Sorgen bereiten vielen Beobachtern die zahlreichen Formen vertikaler Integration zwischen Netzbetreibern, Diensteanbietern und Endgeräteherstellern sowie andere Formen von vertikalen Verbindungen, die Anreize für eine Ungleichbehandlung in der Datenübertragung – gegebenenfalls auch für eine gezielte Verschlechterung der Übertragung von Daten konkurrierender Dienste oder gar deren Blockade – begründen und damit die Offenheit des Internet gefährden können. Werde das „Best-Effort“-Prinzip durch die Möglichkeit der Priorisierung bestimmter Daten substituiert, so werde, so etwa Lessig/Wu, das Prinzip des „survival of the fittest“ durch das Prinzip des „survival of the favored“ ersetzt.¹⁴⁷ Erfolgreiche Dienste und Inhalte würden nicht mehr im Wettbewerb ermittelt, sondern von den ISP ausgewählt. Im extremsten Fall könne dies dazu führen, dass Netzbetreiber nur noch von ihnen ausgewählte Inhalte zugänglich machten.¹⁴⁸ Für denkbar wird auch die Aufspaltung in ein Grundangebot von mit dem Internetzugang zugänglichen Diensten und Inhalten und gesondert zu vergütenden weiteren Zugangsmöglichkeiten gehalten – und damit eine Gefährdung der Angebots- und Meinungsvielfalt im Internet.¹⁴⁹

Im Lichte dieser Diskussion ist zu fragen, ob ein Eingreifen des deutschen Ordnungsgebers nach § 41a Abs. 1 TKG – etwa eine allgemeine Festschreibung des Best-Effort-Prinzips und/oder die Verpflichtung aller Netzbetreiber auf ein von der konkreten Marktstellung unabhängiges Diskriminierungsverbot – geboten ist oder ob – wie die EU-Kommission derzeit noch annimmt – die Kräfte des

¹⁴⁵ Siehe BEREC, Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)32, S. 4 mit dem Hinweis, dass insoweit die Qualität der Datenübertragung bei spezialisierten Diensten als Vergleichsparameter dienen kann. Ausführlich zur Qualitätsmessung: ebd., S. 22 f.

¹⁴⁶ BEREC, Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)32, S. 4 und S. 21.

¹⁴⁷ Lessig/Wu, Ex Parte Submission in CS Docket No. 02-52 to the FCC (August 22, 2003), S. 6.

¹⁴⁸ Vergleichbare Geschäftsstrategien werden derzeit bereits von einigen Endgeräteherstellern – insbes. im Bereich der Smartphone- und Spielkonsolentechnologie – verfolgt, die über ihre Geräte nur die Nutzung ausgewählter Software erlauben (sog. „walled garden“).

¹⁴⁹ Lessig, *The Future of Ideas* (2002), 165-166; van Schewick, *Towards an Economic Framework for Network Neutrality Regulation*, 5 J. on Telecomm. & High Tech. L. 329, 336-378 (2007); Martini, *VerwArch* 2011, 315, (325 ff.). Siehe außerdem: *America Online, Inc., Decision and Order*, Docket No. C-3989, 2001 WL 410721 (F.T.C. Apr. 17, 2001); *Application for Consent to the Transfer of Control of Licenses and Section 214 Authorizations by Time Warner, Inc. and America Online, Inc., Transferors, to AOL Time Warner Inc., Transferee*, Memorandum Opinion and Order, 16 F.C.C.R. 6547, 6590 (2001): Zulassung des Zusammenschlusses zwischen AOL und Time Warner nur unter der Auflage, dass mit Blick auf AOL's Inhalteangebot Zugangsvereinbarung mit wenigstens drei konkurrierenden ISP geschlossen wurden.

Wettbewerbs und die Regeln des Wettbewerbsrechts das Ziel eines offenen Internet gegenwärtig hinreichend gewährleisten.

1. Vertikale Geschäftsstrategien im Internet

Vertikale Verbindungen zwischen lokalen ISP und Dienste- bzw. Inhaltenanbietern – ob in Form vertikaler Integration oder vertikaler Vereinbarungen – sind zahlreich¹⁵⁰ und in den meisten Fällen wettbewerbsökonomisch und -rechtlich unproblematisch. Allgemein üblich sind etwa Kombinationsangebote, die die Bereitstellung eines Internetzugangs und eines Anschlusses für Sprachtelefonie umfassen. Im Rahmen ihres „Entertain Comfort“-Angebots stellt die Deutsche Telekom neben einem Internetzugang mit Flatrate und einem Festnetzzugang mit Flatrate einen Fernsehempfang sowie eine Film-Datenbank zum Abruf bereit. Die *Swisscom* verbindet einen Internetzugang mit einem technisch optimierten Zugriff auf das IPTV-Angebot eines Dritten.¹⁵¹ *E-Plus* bietet in Deutschland seinen Kunden mit älteren Mobiltelefonen in Kooperation mit *Facebook* einen kostenlosen mobilen Zugang zu einer reduzierten Version von *Facebook* an („Facebook Zero“).¹⁵² Für den Zugriff auf Facebook fallen keine Mobilfunkgebühren an. Der Mobilfunkbetreiber *Orange* will in 20 Ländern den Zugriff auf die mobilen Seiten von *Wikipedia* kostenlos ermöglichen,¹⁵³ um so um zusätzliche Kunden zu werben.

Formen der vertikalen Integration sind grundsätzlich ein legitimer Teil des Wettbewerbs um die optimalen Grenzen des Unternehmens und vertikale Kooperationen ein legitimer Teil des Leistungswettbewerbs. In wettbewerbsökonomischer Perspektive¹⁵⁴ können derartige Verbindungen unter anderem die Optionen für Nachfrager erweitern, den Wettbewerb zwischen ISP stärken und Transaktionskosten reduzieren.¹⁵⁵ Auch können vertikale Verbindungen die Anreize für Infrastrukturinvestitionen der Netzbetreiber erhöhen.¹⁵⁶ Gleichzeitig können eine vertikale Integration oder exklusive vertikale Verbindungen unter bestimmten Bedingungen Spielräume für wettbewerbswidriges Verhalten schaffen. Die Gefahr ist besonders groß, wenn ein Unternehmen, das ein für den Wettbewerb auf angrenzenden Märkten wesentliches Vorleistungsprodukt bereitstellt, auf dem Vorleistungsmarkt über eine beherrschende Stellung verfügt und aufgrund vertikaler Verbindungen Anreize hat, diese Stellung auf vor- oder nachgelagerte Märkte auszudehnen. Für lokale ISP können Anreize zur Behinderung von auf angrenzenden Märkten konkurrierenden Dienste- und Inhaltenanbietern – etwa durch eine Verweigerung der Durchleitung von Daten oder durch eine gezielte Verschlechterung der Durchleitungsqualität – insbesondere deswegen bestehen, weil die Umsätze für die reine Bereitstellung

¹⁵⁰ Siehe BEREC, An assessment of IP-interconnection in the context of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)33, S. 13 f.; BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)31, S. 40 ff.

¹⁵¹ Vgl. *Schlauri*, S. 159 mit Verweis auf <http://www.swisscom.ch/res/tv/zattoo/index.htm>. Diese Strategie scheint für das eigene IPTV-Angebot *Bluewin* der *Swisscom* keine Probleme aufzuwerfen, siehe *Schlauri*, S. 160.

¹⁵² Das Anzeigen von Bildern ist hier nicht möglich, vgl. <http://mobilfunkexperten.de/wissen/148/facebook-kostenlos-nutzen>.

¹⁵³ Siehe <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Netzbetreiber-erlaubt-kostenlosen-Wikipedia-Zugriff-in-20-Laendern-1421700.html>.

¹⁵⁴ Dazu *Fetzer/Peitz/Schweitzer*, Arbeitspaket 1, D.III., S. 46 ff.

¹⁵⁵ *Knieps/Brunekreeft*, S. 35.

¹⁵⁶ *Kruse* in: FS Ingo Schmidt, 247 (261). *Buehler/Schmutzler/Benz*, 22 Int. J. Ind. Organ. (2004), 253 (255) stellen bei vertikaler Separierung etwa in den meisten Fällen geringere Investitionsanreize fest, wenn die Zugangspreise linear sind. Sind die Zugangspreise allerdings nicht linear und kann der Netzbetreiber die Preise so setzen, dass er auch von den Gewinnen der nachgelagerten Stufe profitiert, sind die Investitionsanreize bei vertikaler Integration und Separierung identisch.

des Internetzugangs tendenziell stagnieren,¹⁵⁷ die ISP hingegen auf angrenzenden Dienste- und Inhabermärkten an potentiell steigenden Gewinnchancen partizipieren können.¹⁵⁸

Derartige Praktiken wurden zunächst in den USA beobachtet.¹⁵⁹ Im Jahr 2005 blockierte der DSL-Breitband-ISP und Telefonanbieter *Madison River* in seinem Netz den VoIP-Anbieter *Vonage*¹⁶⁰ und löste damit eine intensive Diskussion über die Notwendigkeit zur Einführung eines Gebots der Netzneutralität aus.¹⁶¹ In Europa werden Voice-Over-IP-Dienste (VoIP) von vielen Mobilfunkunternehmen blockiert oder nur gegen Aufpreis zugelassen.¹⁶² In den Niederlanden führte dies zur Verabschiedung einer gesetzlichen Festschreibung der Netzneutralität.¹⁶³ In Deutschland hat sich das Angebot am Markt ausdifferenziert und belässt den die Nutzer die Wahl zwischen verschiedenen Angeboten: *E-Plus* schließt die VoIP-Nutzung vertraglich aus.¹⁶⁴ Die anderen großen Mobilfunkunternehmen bieten eigenständige VoIP-Optionstarife gegen Aufpreis an.¹⁶⁵

¹⁵⁷ Monopolkommission, SG 61, S. 99 Rn. 211.

¹⁵⁸ Zu den Anreizen für eine diskriminierende Datenübertragung zur Behinderung von Wettbewerbern auf Dienstleistungsmärkten siehe u.a. BEREC, Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality, 29 May 2012, BoR(12)32, S. 35; BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)31, S. 8 und S. 41 f.

¹⁵⁹ Für einen Überblick über beobachtete problematische Fälle in den USA vgl. The Federal Communications Commission Open Internet Order v. 21.12.2010, FCC-10-201, abrufbar unter: http://transition.fcc.gov/Daily_Releases/Daily_Business/2010/db1223/FCC-10-201A1.pdf, S. 21 f. Rn. 35 f.

¹⁶⁰ Madison River Communications, LLC and affiliated companies, File No. EB-05-IH-0110; Acct. No.; FRN: 0004334082, Consent Decree, 20 FCC Rcd 4295 (EB 2005). Dazu *Reicher*, 26 Berkeley Tech. L.J. (2011), 733 (741 ff.); s. auch die Vergleichsverfügung der FCC, abrufbar unter http://fjallfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DA-05-543A2.pdf. Zu den möglichen ökonomischen Anreizen in solchen Fällen siehe *van Schewick*, 5 J. on Telecomm. and High Tech. L. (2007), 329 (345 ff.). Amerikanische Mobilfunkanbieter sollen den Zugang zu VoIP-Angeboten von Dritten im Übrigen routinemäßig blockiert oder verlangsamt haben – so *Marcus/Elixmann*, IP Interconnection, S. 113 mit Verweis auf *Wu*, 1 Internat. J. of Comm. (2007), 389 (405 ff.) und die dort beschriebenen vertraglichen Einschränkungspraktiken von *AT&T* und *Verizon*. Auch *Apple* verbot den Entwicklern von Apps für das iPhone ursprünglich den Einsatz von VoIP-Verbindungen über den Mobilfunkdatenverkehr. Seit Oktober 2009 wurden diese Praktiken auf Druck der FCC allerdings eingestellt – siehe *Schlaury*, S. 158.

¹⁶¹ *Economides*, 4 I/S: A Journal of Law and Policy (2007), 209; *Economides/Tåg*, Network Neutrality on the Internet: A Two-sided Market Analysis (Fn. 1); *Hazlett/Wright*, George Mason Law & Economics Research Paper 2011, No. 11-36; *Lee/Wu*, 23 Journal of Economic Perspectives (2009), 61; *Lessig/Wu*, Ex Parte Submission in CS Docket No. 02-52 to the FCC (August 22, 2003); *Marsden*, Net Neutrality; *Reicher*, 26 Berkeley Tech. L.J. (2011), 733; *Shelanski*, 3 Communications & Convergence Review (2011), 26; *van Schewick*, 5 J. on Telecomm. and High Tech. L. (2007), 329; *Yoo*, 3 JTHL (2004), 23.

¹⁶² Siehe BEREC, A view of traffic management and other practices resulting in restrictions to the open Internet in Europe, 29 May 2012, BoR(12)30, S. 8 ff. Für Zahlen siehe S. 21: in Mobilfunknetzen sind EU-weit mindestens 21 % der Nutzer von Restriktionen betroffen. Die Zahlen für die einzelnen Mitgliedstaaten divergieren. Siehe auch BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)31, S. 46 Rn. 215 und für eine weitere Analyse S. 47 ff.

¹⁶³ Die gesetzliche Neuregelung war eine Reaktion auf die zeitweise Blockade von VoIP- und Chat-Programmen auf mobilen Internetzugängen über Smartphones durch die Mobilfunkanbieter *KPN*, *Vodafone* und *T-Mobile* - vgl. <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Niederlande-schreiben-Netzneutralitaet-im-Mobilfunk-vor-1266347.html> sowie http://www.nytimes.com/2011/06/23/technology/23neutral.html?_r=3.

¹⁶⁴ Vgl. die Fußnotenerläuterungen auf <http://www.eplus.de/Kundenservice/Internet-Optionen/Internet-Optionen.asp>.

¹⁶⁵ Vgl. für die Deutsche Telekom etwa die Tarifoption „Internet Telefonie“ für 9,95 € im Monat, <http://www.t-mobile.de/tarifoptionen/0,20406,17775-1603,00.html>. *Vodafone* bietet für Instant

Neben VoIP-Angeboten wird von lokalen ISPs teilweise auch die Datenübertragung von Peer-to-Peer (P2P)- und gelegentlich von Video-on-Demand-Diensten gezielt verlangsamt oder blockiert.¹⁶⁶ Erfolgt die Drosselung oder Blockade ausschließlich im Fall von Datenstaus während der Hauptstoßzeiten der Internetnutzung, so kann hierin eine legitime Maßnahme des Datenverkehrsmanagement liegen.¹⁶⁷ Erfolgt die Drosselung oder Blockade unabhängig von auftretenden Staus, so liegt die Annahme nahe, dass der lokale ISP hiermit weitergehende, auch wettbewerbliche Ziele verfolgt. Nicht immer lässt sich zwischen reinem Datenverkehrsmanagement zur Bekämpfung von Staus¹⁶⁸ und wettbewerblichen Verdrängungsstrategien leicht unterscheiden.¹⁶⁹ Jenseits der verbreiteten Tariffdiffe-

Messaging, VoIP und Peer to Peer jeweils gesonderte Tarife in Abhängigkeit von dem Grundtarif an, vgl. <http://www.vodafone.de/privat/tarife/zusatzoptionen-internet-voip.html>. O² Telefónica hatte die Nutzung von VoIP ursprünglich länger ohne Aufpreis zugelassen, vgl. <http://www.telefonica.de/news/1577/msg/15698/0/5/telefonica-o2-germany-oeffnet-mobilfunknetz-fuer-voice-over-ip-dienste.html>. Mittlerweile ist die Nutzung von VoIP aber auch bei O² erst bei teureren Tarifen inklusive, bei den günstigen Tarifen ist sie dagegen ohne Aufpreis nicht möglich, vgl. <http://static2.o2.de/blob/10317104/Binary/preisliste-mobilfunk-postpaid.pdf?v=33> (Stand: Juni 2012).

¹⁶⁶ Für Zahlen zur Drosselung / Blockade von P2P-Diensten siehe BEREC, A view of traffic management and other practices resulting in restrictions to the open Internet in Europe, 29 May 2012, BoR(12)30, S. 21: Im Festnetz sind in der EU ca. 21% der Nutzer von bestimmten Restriktionen betroffen, im Mobilfunknetz mindestens 36 %. Allerdings beziehen sich die Beschränkungen zumeist nur auf die Stoßzeiten, was nahelegt, dass es sich um reine Datenverkehrsmanagement-Maßnahmen handelt. Siehe auch BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)31, S. 46 Rn. 215 und für eine Analyse der Wohlfahrtseffekte S. 51 ff.

¹⁶⁷ Allerdings hat das BEREC Bedenken gegenüber einem anwendungsspezifischen Datenverkehrsmanagement zur Staubewältigung geäußert, wenn sich die Staubewältigung auch über ein anwendungsblindes Management realisieren ließe, s. BEREC, Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)32, S. 51 sowie BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)31, S. 57 Rn. 277. In Deutschland wurde *Kabel Deutschland* mancherorts eine Drosselung von Filesharing-Software in den Abendzeiten vorgeworfen, vgl. http://www.focus.de/digital/internet/kabel-deutschland-internetanbieter-bremst-tauschboersen-aus_aid_264070.html. S. dazu *Körber* in: Leible (Hrsg.), *Innovation und Recht im Internet*, 41 (49) m.w.N.: „Mit Blick auf die erhebliche Belastung durch das File Sharing und dessen oftmals zwielichtigen Charakter erscheint dieses Vorgehen [...] nicht offensichtlich ungerechtfertigt“. *British Telecom* drosselte 2009 aufgrund des hohen Datenverkehrsaufkommens den für Video-on-Demand verfügbaren *BBC iPlayer* während der abendlichen Peakzeit auf ein Niveau, das keine zufriedenstellende Nutzung mehr erlaubte, machte jedoch plausibel, dass es hierbei um eine Maßnahme des Datenverkehrsmanagement ging. Vgl. Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ des Bundestages, *Vierter Zwischenbericht, Netzneutralität*, BT-Drs. 17/8536 (2012), S. 26 mit Verweis auf <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/8077839.stm>. Die Nutzung des *BBC iPlayer* hatte sich im Zeitraum zwischen Januar 2009 bis Januar 2010 nahezu verdoppelt – vgl. http://www.bbc.co.uk/blogs/bbcinternet/img/Publicity_pack_January_10.pdf, S. 4. Insbes. hatte sich der *BBC iPlayer* als mit Abstand beliebtester Dienst für das nachträgliche Anschauen von TV-Sendungen etabliert – s. <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/research/cmr/753567/UK-tv.pdf>, S. 105.

¹⁶⁸ Siehe hierzu BEREC, A view of traffic management and other practices resulting in restrictions to the open Internet in Europe, 29 May 2012, BoR(12)30, S. 9.

¹⁶⁹ BEREC, Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)32, S. 36. Als eine Maßnahme des reinen Datenverkehrsmanagement stellte Comcast auch die Blockade der Peer-to-Peer-Filesharing-Software *BitTorrent* im Jahr 2007 dar. Kritiker gingen hingegen von einer gezielten Wettbewerbsbehinderung aus: *BitTorrent* habe den Absatz von pay-per-view-Filmen durch Comcast gefährdet. Mit der Blockade habe Comcast versucht, Kunden zurückzugewinnen. Kritik wurde insbes. auch mit Blick auf die Form der Blockade laut: Es wurden dauerhaft sog. „resetpackets“ verschickt, die aufgebaute Datenverbindungen beendeten. *Comcast* ließ diese „resetpackets“ so aussehen, als stammten sie von dem anderen Teilnehmer der Verbindung, was *Comcast* zusätzlich den Vor-

renzung im Mobilfunk für Angebote mit und ohne Möglichkeit zur Nutzung von VoIP haben die BNetzA¹⁷⁰ und GEREK¹⁷¹ allerdings keine Hinweise auf eine systematische und verbreitete Praxis einer gezielten Verlangsamung oder Blockade konkurrierender Dienste gefunden, die über ein Datenverkehrsmanagement in Stausituationen hinausgeht. Hierin wird ein Indiz funktionierender Wettbewerbs auf den Märkten für Internetzugang gesehen: Für die Kunden eines ISP steigt der Wert des Anschlusses mit der Vielzahl der Dienste, die er nutzen kann. Die Zahlungsbereitschaft der Kunden hängt maßgeblich von dem Angebot einer allgemeinen und unbehinderten Zugangsmöglichkeit zu Dienste- und Inhalteangeboten ab.¹⁷² Auf eine gezielte Blockade oder Drosselung konkurrierender Dienste würde daher ein nicht unerheblicher Teil der Endkunden mit einem Wechsel zu anderen ISP reagieren, die eine neutrale Datenübertragung gewährleisten. Hinsichtlich von Diensten und Inhalten, die ein ISP bzw. die ihm verbundenen Unternehmen selbst nicht anbieten, ist von einem Interesse an einer Blockade oder Verschlechterung der Datenübertragung von vornherein nicht auszugehen.¹⁷³

Das Gegenstück zur gezielten Verlangsamung oder Blockade ist die gezielte Privilegierung eigener oder verbundener Inhalte oder Dienste. Gegen die Privilegierung der ISP-eigenen sog. „managed services“ oder „specialised services“, die – wie etwa das IPTV-Angebot der Deutschen Telekom – über dedizierte Netzkapazität bereitgestellt werden – werden bislang weder von der BNetzA noch von Seiten des GEREK Einwände geltend gemacht, solange eine hinreichende Qualität der Best-Effort-Übertragung über die dem öffentlichen Datenverkehr gewidmeten Kapazitäten erhalten bleibt.¹⁷⁴ Nicht abschließend geklärt ist die Bewertung von Geschäftsmodellen, bei denen die vom lokalen ISP angebotenen Dienste – anders als die von Dritten angebotenen Dienste – nicht in die für Breitbandanschlüsse geltende Datenverkehrsobergrenze für das öffentliche Internet einfließen.¹⁷⁵

wurf einer Verfälschung des Internetverkehrs einbrachte, s. Comcast Network Management Practices Order, 23 FCC Rcd 13028, 13028, 13055-56, paras. 1, 47-48 (2008). Die FCC schritt gegen die Verlangsamung durch Comcast ein. Im April 2010 hob der D.C. Circuit Court of Appeals die Entscheidung auf: der FCC fehle in diesem Fall die regulatorische Zuständigkeit. Näher *Reicher*, 26 Berkeley Tech. L.J. (2011), 733 (744 ff.)

¹⁷⁰ Siehe BNetzA, Tätigkeitsbericht 2010/2011: Telekommunikation, Dez. 2011, S. 105.

¹⁷¹ Siehe BEREC, A view of traffic management and other practices resulting in restrictions to the open Internet in Europe, 29 May 2012, BoR(12)30, S. 32, 34.

¹⁷² In diesem Sinne auch *Lyons*, Boston College Law School Legal Studies Research Paper No. 257, S. 7.

¹⁷³ Ausgenommen sind hier die Anreize zur Verschlechterung der Best-Effort-Übertragung, die aus dem Wunsch zur Förderung priorisierter Übertragungsangebote folgen können – siehe dazu bereits oben, S. 31 ff.

¹⁷⁴ BEREC, Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)32, S. 16.

¹⁷⁵ So lassen etwa kanadische Kabelnetzbetreiber den über ihre managed services abgerufenen Videodatenverkehr nicht in die für Breitbandanschlüsse geltende Datenverkehrsobergrenze für das öffentliche Internet einfließen – s. <http://arstechnica.com/tech-policy/news/2011/07/very-bold-or-very-dumb-data-caps-dont-apply-to-isps-own-movie-service.ars>. Der Video-on-Demand-Anbieter *Netflix* hat daraufhin die Standard-Qualität seiner Videos für Kanada herabgesetzt, damit die Kunden nicht durch ein zu schnelles Erreichen der Datenobergrenze vom Abruf von *Netflix*-Videos abgehalten werden – vgl. <http://blog.netflix.com/2011/03/netflix-lowers-data-usage-by-23-for.html>. *Comcast* bietet ausschließlich für seine eigenen Internetkunden mit digitalem TV-Abonnement, die über eine internetverbundene *Xbox 360* Spielekonsole und über ein *Xbox Gold Live* Abonnement von *Microsoft* verfügen, eine kostenlose *Xbox*-App für die Video-on-Demand-Inhalte von *Comcast* an. Der dabei anfallende Datenverkehr fällt nicht in die allgemeine monatliche Datenverkehrsobergrenze von 250 GB, weil er nicht über das öffentliche Internet, sondern über ein proprietäres IP-Netz von *Comcast* (und damit über einen „managed service“) übertragen wird. Video-on-Demand-Apps anderer Anbieter für die *Xbox* sind da-

Generell können Strategien und Geschäftspraktiken vertikal integrierter oder exklusiv kooperierender lokaler ISP, die zu einer Privilegierung eigener bzw. einer Behinderung konkurrierender Dienste bzw. Inhalteangebote führen, das im Unionsrecht wie im deutschen Recht verankerte Ziel gefährden, einen unbeschränkten Internetzugang für alle Endnutzer zu gewährleisten.¹⁷⁶ In einem ersten Schritt soll daher erörtert werden, welche Schranken das Wettbewerbsrecht (2.) und das Telekommunikationsrecht (3.) solchen Strategien gegenwärtig ziehen. In einem zweiten Schritt wird geprüft, ob im Lichte dieser Rechtslage eine Intervention des Ordnungsgebers auf der Grundlage von § 41a TKG geboten ist, um einen unbeschränkten Internetzugang sicherzustellen (4.).

2. Vertikale Verdrängungs- und Marktabschottungsstrategien in wettbewerbsrechtlicher Perspektive

Im europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht werden Strategien, mit denen ein vertikal integriertes Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung auf dem Vorleistungsmarkt auf angrenzende Märkte zu erstrecken sucht, durch Art. 102 AEUV bzw. §§ 19, 20 GWB erfasst. Wird eine entsprechende Strategie von einem lokalen ISP angewandt, der zwar in dem entsprechenden Dienste- oder Inhaltenmarkt nicht selbst tätig ist, jedoch über exklusive vertragliche Beziehungen mit einem Dienste- oder Inhaltenanbieter verbunden ist, so kommt die Anwendung des Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB in Betracht.¹⁷⁷

a) Missbrauch marktbeherrschender Stellung, Art. 102 AEUV / §§ 19, 20 GWB

aa) Abgrenzung des relevanten Marktes und marktbeherrschende Stellung von lokalen ISP

Das kartellrechtliche Missbrauchsverbot setzt zunächst eine marktbeherrschende Stellung des ISP – im deutschen Recht jedenfalls relative Marktmacht – voraus.

Damit ist zunächst der sachlich und räumlich relevante Markt zu bestimmen. Maßgeblich hierfür ist das Bedarfsmarktkonzept. Einem sachlich relevanten Markt sind diejenigen Produkte oder Dienstleistungen zuzurechnen, die aus der Sicht der Nachfrager nach Eigenschaft, Verwendungszweck und Preislage zur Deckung eines bestimmten Bedarfs austauschbar sind.¹⁷⁸ Auszugehen ist hier zunächst ganz allgemein von der Nachfrage bestimmter Dienste- oder Inhaltenanbieter nach der Durchleitung ihrer Daten an die Endkunden (im Folgenden „Konnektivität“).¹⁷⁹ Ob in Zukunft die Nachfrage nach der Durchleitung von Daten im Rahmen bestimmter priorisierter Qualitätsklassen der Datenübertra-

gegen auf die öffentliche Internetverbindung angewiesen, für welche die Datenverkehrsobergrenze von Comcast gilt – siehe <http://xbox.comcast.net/faqs.html> sowie <http://arstechnica.com/gaming/news/2012/03/comcast-xbox-360-on-demand-streams-wont-count-against-data-caps.ars>.

¹⁷⁶ § 2 Abs. 3 Nr. 6 TKG; Art. 21 Universaldienst-RL.

¹⁷⁷ Die Wettbewerbsregeln des AEUV wie auch die Vorschriften des GWB bleiben neben dem TKG anwendbar. Für die Regeln des AEUV folgt dies bereits aus dem Vorrang des Unionsrechts gegenüber dem mitgliedstaatlichen Recht. Für die Regeln des GWB ergibt sich die Anwendbarkeit neben dem TKG aus § 2 Abs. 3 TKG. Danach bleiben die Vorschriften des GWB anwendbar, soweit nicht im TKG ausdrücklich eine abschließende Regelung getroffen wird. Dies ist nicht der Fall, soweit der Wettbewerb nicht auf dem Internetzugangsmarkt, sondern auf angrenzenden Märkten betroffen ist.

¹⁷⁸ BGH 19.3.1996, KZR 1/95 – *Pay-TV-Durchleitung*, WuW/E BGH 3058, 3062; BGH 30.3.2011, KZR 6/09 – *Vertragswerkstätten*, WuW/E DE-R 3303, 3304 m.w.N.

¹⁷⁹ Für diesen Ansatz s. auch BGH 30.3.2011, KZR 6/09 – *Vertragswerkstätten*, WuW/E DE-R 3303, 3304.

gung einen eigenständigen sachlich relevanten Markt begründet, ist gegenwärtig ungewiss. Ein solches Szenario soll hier nicht zugrunde gelegt werden.

Nicht abschließend geklärt ist, ob der räumlich relevante Markt dadurch bestimmt ist, dass Dienste- bzw. Inhaltenanbieter ein Interesse daran haben, beliebige von ihnen ins Auge gefasste Endkunden zu erreichen, wie dies bei der Anrufterminierung bei Sprachtelefonie¹⁸⁰ der Fall ist, und wie es der BGH im Fall „Pay-TV-Durchleitung“ für die Programmanbieter von Pay-TV angenommen hat.¹⁸¹ Die Netze der auf dem Endkundenmarkt konkurrierenden lokalen ISP wären dann aus Sicht von Dienste- und Inhaltenanbietern keine Substitute, sondern komplementär. Die Austauschbarkeit der Konnektivität zu einem konkreten Endkunden wird man zumindest für Anbieter von Diensten der Individualkommunikation (Email, VoIP, Chat u.a.) aufgrund des Terminierungsmonopols des lokalen ISP entsprechend immer verneinen müssen.¹⁸² Eine Substitutionsbeziehung käme insoweit allenfalls zwischen Festnetz- und Mobilfunkzugang in Betracht; überwiegend wird hier gegenwärtig allerdings (noch) nicht – und jedenfalls nicht für alle Dienste – von Substituten ausgegangen.¹⁸³ Dagegen erscheint bei Diensten, die nicht der individualisierten Vernetzung mit anderen Teilnehmern dienen (z.B. Video-on-Demand), eine Verzichtbarkeit einzelner kleinerer lokaler ISP Austauschbarkeit aus Sicht des Diensteanbieters zumindest denkbar, sofern für die Wirtschaftlichkeit des eigenen Geschäftsmodells die Erreichbarkeit einer hinreichend großen Zahl an Endkunden genügt, der Diensteanbieter aber nicht auf die Erreichbarkeit jedes Endkunden angewiesen ist. Für eine weite Marktabgrenzung kann in solchen Fällen auch die Einbeziehung der Wechselmöglichkeiten und -anreize der Endkunden sprechen. Verfügt ein Endkunde in Reaktion auf die Blockade oder Verschlechterung der Datenübertragung durch einen Inhalte- oder Diensteanbieter über hinreichende Information, um derartige Verhaltensweisen zu identifizieren, über hinreichende Anreize zum Wechsel und über eine unmittelbare Wechselmöglichkeit, so könnte von einem solchen Verhalten der Endkunden eine beachtliche wettbewerbliche Kontrolle des Verhaltensspielraums eines lokalen ISP im Verhältnis zu Dienste- und Inhaltenanbietern ausgehen.¹⁸⁴ Teile des Schrifttums – insbesondere des Schrifttums zu zweiseitigen Märkten und den dort

¹⁸⁰ Die Monopolkommission geht etwa hinsichtlich der Zustellung einzelner Anrufe in Mobilfunknetzen wie auch die Bundesnetzagentur immer noch von dem Grundsatz aus, dass jedes Netz einen eigenen Markt darstellt, und somit kein einheitlicher Markt für Terminierungsleistungen besteht; siehe *Monopolkommission, Sondergutachten 61* (Telekommunikation 2011), abrufbar unter: http://www.monopolkommission.de/sg_61/s61_volltext.pdf, Rn. 58.

¹⁸¹ BGH 19.3.1996, KZR 1/95 – *Pay-TV-Durchleitung*, WuW/E BGH 3058, 3062.

¹⁸² *Degenhart*, CR 2011, 231 (232) weist allerdings darauf hin, dass sich im Internet „individualisierte Massenkommunikation und massenhafte Individualkommunikation“ nicht immer leicht abgrenzen lässt.

¹⁸³ Mit Blick auf die Substitutionsbeziehungen zwischen Festnetzinternetzugang und mobilem Internetzugang aus Endkundensicht siehe EU-Kommission, Pressemitteilung IP/09/1888 v. 8.12.2009: Die EU-Kommission hat im Anwendungsbereich von Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie) der definitorischen Abgrenzung des Marktes für Breitbandzugang von Seiten der österreichischen Regulierungsinstanz RTR, wonach mobile Breitbandanschlüsse von österreichischen Privatkunden als vollwertiger Ersatz für Festnetzanschlüsse über DSL- und Fernseekabel-Netze angesehen würden, grünes Licht erteilt. Allerdings wurde auch darauf hingewiesen, dass sich die Lage in Österreich von der in anderen europäischen Ländern unterscheidet: Nirgendwo sonst existierten so fortschrittliche mobile Breitband-Dienste für Privatkunden. Ebenso BEREC, *Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality*, Draft, 29 May 2012, BoR(12)31, S. 33 Rn. 142. S. außerdem: Kommission, Entscheidung v. 29.6.2009, COMP/M.5532 – *Carphone Warehouse/Tiscali UK*, Rn. 20 f.; Kommission, Entscheidung v. 29.1.2010, COMP/M.5730 – *Telefónica/Hansenet*, Rn. 8 ff.

¹⁸⁴ Hierauf will offenbar auch die Monopolkommission abstellen – s. *Monopolkommission, SG 61*, S. 100 Rn. 213: „Neben wirksamem Wettbewerb im Markt für ISP als bestem Regulativ ist weiterhin davon auszugehen, dass die Blockierung und/oder Verschlechterung von Anwendungen und Diensten im In-

auftretenden indirekten Netzwerkeffekten – haben daher die Einbeziehung derartiger Reaktionsmöglichkeiten bereits im Stadium der Marktabgrenzung nahegelegt.¹⁸⁵ Bei der Abgrenzung des Marktes für Konnektivität im Verhältnis zu Dienste- und Inhaltenanbietern wären dann auch die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse auf dem Endkundenmarkt für Internetzugang zu berücksichtigen.¹⁸⁶

Die Wechselmöglichkeiten und -anreize der Endkunden können allerdings nur hinsichtlich Blockaden oder Verschlechterungen eine disziplinierende Wirkung entfalten. Preissetzungsspielräume eines lokalen ISP gegenüber Diensteanbietern werden hierdurch nicht unmittelbar kontrolliert, da der Endkunde mit diesen Preisen nicht belastet wird und sie daher nicht in seine Wechselentscheidung einfließen. Dies zeigt die Erfahrung auf dem Markt für die Terminierung von Sprachtelefonie. Auch hier verfügt jeder Telekommunikationsnetzbetreiber für die ihm angeschlossenen Kunden über ein Terminierungsmonopol; denn hier hat nicht nur der Telekommunikationsanbieter des Anrufers, der zur Zustellung des Anrufs vertraglich verpflichtet ist, keine Ausweichmöglichkeiten; aufgrund des „Calling Party Pays“ (CPP)-Prinzips bezieht der angerufene Kunde die Preissetzung durch „seinen“ Telekommunikationsanbieter nicht in seine Betreiberwahl ein. Eine unmittelbare wettbewerbliche Kontrolle über das Preissetzungsverhalten „seines“ Anbieters geht hier wie dort vom „angerufenen“ Endkunden nicht aus.

Voraussetzung für die disziplinierende Wirkung durch den Endkundenmarkt ist ferner, dass die Zugangsbeschränkung für Endkunden transparent ist und bemerkt wird, und dass in Reaktion darauf nicht nur eine rechtliche Wechselmöglichkeit, sondern auch eine tatsächliche Wechselbereitschaft besteht.¹⁸⁷ Für die Marktabgrenzung maßgeblich wäre die Frage, ob die Anzahl an wechselbereiten Kunden hinreichend groß ist, um eine selektive Zugangsbeschränkung für bestimmte Dienste bzw. Inhalte für den lokalen ISP unrentabel zu machen. Zu berücksichtigen wäre einerseits, dass viele Endkunden eine Zugangsbeschränkung bei einzelnen Diensten – sofern es sich nicht um besonders populäre Dienste handelt – gar nicht bemerken und auch nicht die mit einem Wechsel verbundenen Transaktionskosten auf sich nehmen werden. Auf der anderen Seite kann aber gerade auf dem Internetzugangsmarkt der Ruf eines Endkunden-ISP, keinen unbeschränkten Internetzugang zu gewährleisten, im Wettbewerb von erheblichem Nachteil sein.

ternet seitens eines ISP schnell bekannt werden würde, wodurch zumindest einige Kunden den ISP wechseln würden. Weiterhin würde eine Blockierung und/oder Verschlechterung von Anwendungen und Diensten seitens eines ISP viele ... Internetnutzer zur Suche nach Umgehungsmöglichkeiten der Blockierung/Verschlechterung bewegen. Zusätzlich stellen weitergehende Transparenzverpflichtungen und Maßnahmen zur Senkung der Wechselkosten, wie beispielsweise die Einführung von Sonderkündigungsrechten für Kunden von ISP, im Falle der Aufdeckung von Fällen der Blockierung und/oder Verschlechterung ein gutes Instrument zu deren Vorbeugung dar. Als weiteres Instrument kommen Mindestqualitätsvorgaben beim Best-Effort-Service in Betracht, um seiner strategisch bedingten Verschlechterung entgegenzuwirken“. *Martini*, *VerwArch* 2011, 315 (329 ff.) misst dem Endkundenmarkt jedenfalls bei extremen Verletzungen der Netzneutralität eine disziplinierende Wirkung bei.

¹⁸⁵ Siehe dazu *Evans/Schmalensee*, 1 *Issues in Competition Law and Policy* (2008), 667 (688 f.) sowie ausführlich *Evans*, *Two-Sided Markets*, Chapter XII, ABA Section of Antitrust Law, *MARKET DEFINITION IN ANTITRUST: THEORY AND CASE STUDIES* (2009), abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=1396751>, S. 10 ff.

¹⁸⁶ In diese Richtung offenbar BEREK, *Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality*, Draft, 29 May 2012, BoR(12)31, S. 42 Rn. 194.

¹⁸⁷ Zweifelnd *Holznapel*, *K&R* 2010, 95 (100).

Auf der Grundlage der bisherigen Marktabgrenzungspraxis von BNetzA und BKartA ist unklar, ob die Reaktionsmöglichkeiten der Endkunden bereits auf der Ebene der Marktabgrenzung, im Rahmen der Ermittlung einer marktbeherrschenden Stellung oder aber bei der Prüfung eines Missbrauchs zu berücksichtigen sind. Anhaltspunkte für die bisherige Praxis lassen sich der Festlegung der BNetzA für Rundfunk-Übertragungsdienste zur Bereitstellung von Sendeinhalten für Endnutzer v. 7.10.2010 entnehmen. Im Anschluss an das Urteil des BGH in der Sache Pay-TV-Durchleitung hat die BNetzA die Kabeleinspeisemärkte netzbezogen abgegrenzt: Bei der Anwendung des Bedarfsmarktkonzeptes sei die Sicht der relevanten Nachfrager – in den Kabeleinspeisemärkten also die der Inhalteanbieter – allein maßgeblich. Wechselmöglichkeiten der Endkunden könnten auf der Ebene der Marktabgrenzung mithin keine Rolle spielen (S. 62). Es handele sich um „indirect pricing constraints“, die erst auf einer späteren Stufe zu der Untersuchung zu berücksichtigen seien. Aus Sicht der nachfragenden Inhalteanbieter könnten die Kabelkunden allein über das jeweilige Netz der Netzebene 3 erreicht werden (S. 55). Eine Substituierbarkeit der Signalübertragung durch Kabel, Satellit und über terrestrische Sendernetze wurde von der BNetzA¹⁸⁸ wie auch im fusionskontrollrechtlichen Zusammenhang vom BKartA¹⁸⁹ und u.a. in einem beihilferechtlichen Verfahren von der EU-Kommission¹⁹⁰ mit der Begründung verneint, die Programmanbieter müssten – zumal wenn sie werbefinanziert seien¹⁹¹ – eine möglichst 100%ige technische Reichweite erzielen: Jede Verringerung der Reichweite bedeute für einen privaten TV-Sender eine signifikante Beeinträchtigung der Finanzierungsgrundlage. Endkunden griffen typischerweise nur auf einen Übertragungsweg zurück. Die verschiedenen Übertragungswege seien daher aus Sicht der Nachfrager komplementär. Dasselbe gelte für die einzelnen Kabelnetze, die die BNetzA folglich als jeweils eigenen sachlichen Markt ansah: Ein auf möglichst große Reichweite ausgerichteter werbefinanzierter Free-TV-Anbieter sei auf die Einspeisung in jedes Netz angewiesen. Die Netze seien keine Substitute, sondern komplementär (S. 71 f.). Auch die kleineren Netze seien komplementär und konstituierten einen je eigenen Markt. Der Umstand, dass diese Netze für die einzelnen Inhalteanbieter letztlich jeweils wirtschaftlich verzichtbar seien, sei erst bei der Prüfung der Marktbeherrschung zu berücksichtigen (S. 72). Für Pay-TV-Anbieter ergebe sich die Komplementarität der Netze daraus, dass sie jeden konkreten Endkunden nur über die Einspeisung in dasjenige Netz erreichen könnten, an das der Kunde angeschlossen sei.

Diese Überlegungen scheinen in vielerlei Hinsicht auf die Einspeisung von Daten in das Netz lokaler ISP übertragbar: Auch hier sind die – nicht selten werbefinanzierten – Diensteanbieter auf eine möglichst große Reichweite ihres Angebots angewiesen, was für die Komplementarität der Netze aus Sicht der Diensteanbieter und gegen eine Substitutionsbeziehung spricht.¹⁹² Wollen sie einem konkreten Endkunden entgeltliche Dienste anbieten, so besteht von vornherein keine Austauschbarkeit.

¹⁸⁸ BNetzA, 7.10.2010, S. 58 ff.; unter Hinweis auf BKartA, Beschluss B7-205/00 v. 4.4.2001 – *Callahan/Net Cologne*, S. 10 f.; BKartA, Beschluss B7-168/01 v. 22.2.2002 – *Liberty/KDG*, Rn. 87; BKartA, Beschluss B7-22/05 v. 20.6.2005 – *Ish/lesy*, Rn. 42 ff. u.a.

¹⁸⁹ BKartA, Beschluss v. 3.4.2008, B7-200/07 – *KDG/Orion*, Rn. 43 ff..

¹⁹⁰ EU-Kommission, Entscheidung v. 9.11.2005, C 25/2004, – *DVB-T-Beihilfen*, Rn. 81.

¹⁹¹ Ausführlich: BNetzA, 7.10.2010, S. 61 f.

¹⁹² Für eine netzbezogene Marktabgrenzung siehe etwa *Schlauri*, Network Neutrality : Netzneutralität als neues Regulierungsprinzip des Telekommunikationsrechts, S. 202 f.; *Feiler/Stahov*, M & R 2011, 287 (288); *Bäcker* in: Kloepfer (Hrsg.), 109 (117 f.); *Marsden*, Net Neutrality, 47 ff.; *Chirico/van der Haar/Larouche*, Network Neutrality in the EU, TILEC Discussion Paper No. 2007-030, S. 17; zweifelnd *Martini*, VerwArch 2011, 315 (334) und *Larouche*, Network Neutrality: The Global Dimension, TILEC Discussion Paper No. 2011-035, S. 10, wobei letzterer seine Zweifel auf alternative Zugangsformen durch Smartphones oder Wireless Access stützt.

Zwar ist zu erwägen, ob die Wechselmöglichkeiten und die Wechselbereitschaft der Kunden in Reaktion auf eine Blockade im Internet größer sind als beim Fernsehempfang. Im Internet fragen Endnutzer u.U. häufiger gezielt bestimmte Dienste nach, und reagieren besonders sensibel auf eine Blockade. Dies ist allerdings nur bei einer relativ kleinen Zahl besonders bekannter und attraktiver Dienste anzunehmen. Eine wirksame wettbewerbliche Kontrolle gegenüber dem Netzbetreiber gegenüber der Breite der Diensteanbieter folgt daraus im Zweifel nicht. Auch der Umstand, dass die Wechselmöglichkeiten von Internet-Endnutzern tatsächlich und rechtlich größer sind als beim Fernsehempfang, der häufig mietvertraglich vorgeprägt ist, ist nach dem oben beschriebenen Ansatz wohl noch nicht bei der Marktabgrenzung selbst zu berücksichtigen.

Der räumlich relevante Markt ergäbe sich bei einer Marktabgrenzung, die sich an den Netzen orientiert, aus den Grenzen jedes Netzes. Zu fragen bleibt, ob angesichts einer regional unterschiedlichen Angebotsvielfalt¹⁹³ zwischen Ballungsgebieten und ländlichen Regionen zu unterscheiden ist. Für die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes maßgeblich ist aber primär, ob die wettbewerblichen Handlungsspielräume einzelner Anbieter auch in wettbewerbsarmen Regionen durch die Wahlmöglichkeiten der Endkunden in anderen Regionen hinreichend kontrolliert werden. Dies hängt maßgeblich davon ab, ob die Anbieter regional differenzierte Angebotspolitiken oder eine bundesweite Angebotspolitik hinsichtlich Produkten, Preisen und Rabatten verfolgen. Im Markt für Breitband-Internetzugang für Endkunden wird von den Anbietern bislang eine bundesweite Angebotspolitik verfolgt. Die BNetzA geht daher mit Blick auf diesen Markt von einem nationalen Markt aus.¹⁹⁴ Dies ist derzeit wohl auch mit Blick auf den aus Sicht der Dienste- und Inhaltenanbieter zu bestimmenden Markt für Konnektivität anzunehmen.

Insbesondere von Seiten der EU-Kommission gibt es allerdings auch Ansätze für die sachliche Marktabgrenzung auf Einspeisemärkten für Rundfunksignale, die in Richtung eines einheitlichen Gesamtmarktes für alle Übertragungsplattformen weisen. So verweist die Kommission in ihrer aktuellen Märkteempfehlung 2007/879/EG auf die Möglichkeit signifikanter Veränderungen und eines größeren Wettbewerbs der unterschiedlichen Übertragungsplattformen um die Gunst der Inhaltenanbieter und der Endkunden.¹⁹⁵ In der Fusionskontrollentscheidung *News Corp/Premiere* ist die EU-Kommission dementsprechend von der Annahme ausgegangen, die Wettbewerbsbehörden unterschieden grundsätzlich nicht mehr zwischen den verschiedenen Übertragungswegen Kabel, Satellit und DSL. Da die Inhaltenanbieter möglichst auf allen Übertragungsplattformen präsent sein wollten, liege die Annahme nahe, dass diese Übertragungswegen in einen einheitlichen sachlich relevanten Gesamtmarkt einzubeziehen sein.¹⁹⁶ Im Ergebnis hat die EU-Kommission allerdings sowohl in der

¹⁹³ In einigen Gebieten stellt etwa nur die Deutsche Telekom ein Angebot für Breitband-Internetzugang übers Festnetz für Endkunden bereit. In anderen Gebieten können Endkunden zwischen zahlreichen Anbietern wählen.

¹⁹⁴ BNetzA, Festlegung der Präsidentenkammer v. 16.9.2010, Breitbandzugang für Großkunden, S. 72 f.

¹⁹⁵ Empfehlung 2007/879/EG der Kommission vom 17.12.2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, K(2007)5406, ABl. L 344 vom 28.12.2007, S. 65 ff., S. 67 Rn. 12.

¹⁹⁶ Kommission, Entscheidung v. 25.6.2008, COMP/M.5121 – *News Corp/Premiere*, Rn. 22.

Entscheidung *News Corp/Premiere* als auch in nachfolgenden Fusionskontrollentscheidungen die genaue sachliche Marktabgrenzung offen gelassen.¹⁹⁷

Hinsichtlich der Frage, nach welchen Grundsätzen die Abgrenzung der Märkte für die Terminierung der Daten im Netz des lokalen ISP zu erfolgen hat, stehen sich damit zwei verschiedene Ansätze gegenüber, die zu voneinander stark abweichenden Ergebnissen führen können. Eine höchstrichterliche Klärung dieser potentiell bedeutsamen Frage durch den EuGH bzw. den BGH steht noch aus. In der Sache scheint die Berücksichtigung der Wechselbereitschaft durch die Kunden angemessen. Die praktische Bedeutung für die Marktabgrenzung ist im Einzelfall zu ermitteln: Ob die Wechselbereitschaft in Reaktion auf eine Zugangsbeschränkung für eine Dienste- oder Inhaltenanbieter durch einen ISP hinreichend groß ist, um eine wettbewerbliche Kontrolle über ein solches Verhalten des ISP auszuüben, ist letztendlich eine empirische Frage. Sie kann für unterschiedliche Dienste und Inhalte zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.

Die Fragen setzen sich bei der Prüfung einer marktbeherrschenden Stellung fort:

Geht man davon aus, dass jedes Netz einen eigenen Markt konstituiert, so ist im nächsten Schritt zu klären, ob damit auch jedem Netzanbieter angesichts seines 100%igen Marktanteils automatisch eine marktbeherrschende Stellung zukommt. Die Existenz einer marktbeherrschenden Stellung ist grundsätzlich anhand einer Gesamtschau einer Reihe von Faktoren zu bewerten, zu denen die Markstellung des marktbeherrschenden Unternehmens und seiner Wettbewerber, der wahrscheinliche Markteintritt potenzieller Wettbewerber oder die Expansion vorhandener Wettbewerber und die Verhandlungsstärke der Abnehmer zählen. Entscheidend ist, ob von aktuellen oder potenziellen Wettbewerbern ein hinreichender Wettbewerbsdruck auf das marktstarke Unternehmen ausgeübt wird und dessen Verhaltensspielräume maßgeblich begrenzt. Bei einem konstanten Marktanteil von 100 % wird regelmäßig von einer Vermutung der Marktbeherrschung ausgegangen.¹⁹⁸ Diese kann durch besondere Umstände widerlegt werden. Mit Blick auf die Märkte für die Terminierung der Datenübertragung für Inhaltenanbieter kommen folgende Gesichtspunkte in Betracht:

- Die Marktbeherrschungsvermutung kann durch das Wechselverhalten der Endkunden erschüttert werden. In diesem Wechselverhalten spiegelt sich ggf. auch die besondere Reaktionsverbundenheit der beiden Seiten eines zweiseitigen Marktes wieder. Maßgeblich ist – wie bei der Berücksichtigung des Wechselverhaltens im Rahmen der Marktabgrenzung – die tatsächliche, empirisch zu ermittelnde Wechselmöglichkeit und -bereitschaft;
- Zu untersuchen ist ferner, ob Diensteanbieter u.U. auf den Zugang bestimmter – insbes. kleiner – Netzbetreiber ohne weiteres verzichten können. Sie könnten dann über eine die marktbeherrschende Stellung ausgleichende Nachfragemacht verfügen.

Dem Argument gegengewichtiger Marktmacht, welches die BNetzA im Einspeisemarkt für Rundfunksignale in Kabelnetze ausführlich gewürdigt hat,¹⁹⁹ kommt auf dem Internet-Terminierungsmarkt

¹⁹⁷ Vgl. Kommission, Entscheidung v. 25.1.2010, COMP/M.5734 – *Liberty Global Europe/Unitymedia*, Rn. 28 ff.

¹⁹⁸ So auch für den Markt der Konnektivität *Bäcker* in: Klopfer (Hrsg.), 109 (126); *Feiler/Stahov*, M & R 2011, 287 (288); *Chirico/van der Haar/Larouche*, Network Neutrality in the EU, TILEC Discussion Paper No. 2007-030, S. 19.

¹⁹⁹ BNetzA, Festlegung – Präsidentenkammer – für Rundfunk-Übertragungsdienste zur Bereitstellung von Sendeinhalten für Endnutzer v. 20.9.2006, S. 88; BNetzA, Festlegung v. 07.10.2010, Rundfunk-Übertragungsdienste zur Bereitstellung von Sendeinhalten für Endnutzer, S. 91 ff.

voraussichtlich – jedenfalls im Verhältnis zu großen lokalen ISP – geringere Bedeutung zu.²⁰⁰ Im Kontext des Terminierungsmarktes begrenzt die etwaige Gegenmacht einzelner großer und sehr populärer Diensteanbieter die Verhaltensspielräume des Endkunden-ISP gegenüber anderen Diensteanbietern nicht auf ein wettbewerbskonformes Maß.

Geht man von einem einheitlichen Gesamtmarkt für sämtliche Terminierungsnetze in einem räumlich relevanten Markt aus, so kommt bei der Würdigung der Machtverhältnisse auf dem Markt den Marktanteilen der Netzbetreiber auf dem Massenmarkt für Breitband-Internetzugang erhebliche Bedeutung zu, auf dem gegenwärtig VDSL-Anschlüsse mit ADSL-Anschlüssen und TV-Kabelanschlüssen konkurrieren.²⁰¹ Zu klären wäre, ob der Festnetzzugang und der portable drahtlose Zugang – auch breitbandiger mobiler Internetzugang auf der Basis von UMTS bzw. LTE – angesichts vielfältiger paralleler Verwendungszwecken bei vergleichbaren Tarifen mittlerweile demselben sachlich relevanten Markt zuzuordnen sind.²⁰² Nur wenn man einen einheitlichen Markt für Festnetz- und mobilen Internetzugang ablehnt, käme die Deutsche Telekom AG als Adressat der Art. 102 AEUV/§§ 19, 20 GWB in Betracht.²⁰³ Auch insoweit bliebe jedoch zu prüfen, ob angesichts der Ent-

²⁰⁰ Für eine grundsätzlich kritische Haltung zur Berücksichtigung von Gegenmacht im Rahmen der Prüfung von Marktmacht siehe KG; Beschluss v. 7.2.1978, WuW/E OLG 1921, 1924 – *Thyssen/Hüller*; BGH, Beschluss v. 21.2.1978, WuW/E BGH 1501, 1504 – *KFZ-Kupplungen*; Beschluss v. 2.12.1980, WuW/E 1749, 1754 – *Klöckner/Becorit*. Siehe aber BEREC, *Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality*, Draft, 29 May 2012, BoR(12)31, S. 58 Rn. 289: "... countervailing buyer power from larger CAPs could also be very relevant in the ability of the [ISP] to behave independently. If the CAP is a well-known brand in Internet ..., the end users will demand a proper access to its contents (for example, Google, Facebook, etc.). If the end users are aware of differentiation practices in a concrete [ISP], they will choose those [ISPs] where these practices are not present. If the CAP is small, its contents normally will be aggregated by transit operators which bring together the traffic of several CAPs. In this case, although the CAP by itself will not have a high power, the transit operator could wield some power vis-à-vis the [ISP]".

²⁰¹ Für die Marktdefinition siehe BNetzA, Festlegung der Präsidentenkammer v. 16.9.2010, Breitbandzugang für Großkunden, S. 45-52. Auch reine Glasfaseranschlüsse für Privatkunden, welche Bandbreiten im Gigabit/s-Bereich ermöglichen, hat die BNetzA aufgrund eines ähnlichen Preisniveaus, gleicher Verwendungszwecke und bald nicht mehr nur geringen Verfügbarkeit als Substitute in den Massenmarkt für Breitbandanschlüsse einbezogen (siehe ebd., S. 54-56). S. auch Kommission, Entscheidung v. 16.7.2003, COMP/38.233 – *Wanadoo Interactive*, Rn. 169 f.; Commission Staff Working Document - Explanatory note: Accompanying document to the Commission Recommendation on Relevant Product and Service Markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services, SEC(2007)1483 final, S. 30.

²⁰² Siehe in diesem Zusammenhang EU-Kommission, Pressemitteilung IP/09/1888 v. 8.12.2009: Die EU-Kommission hat im Anwendungsbereich von Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie) der definitorischen Abgrenzung des Marktes für Breitbandzugang von Seiten der österreichischen Regulierungsinstanz RTR, wonach mobile Breitbandanschlüsse von österreichischen Privatkunden als vollwertiger Ersatz für Festnetzanschlüsse über DSL- und Fernsehkabel-Netze angesehen würden, grünes Licht erteilt. Allerdings wurde auch darauf hingewiesen, dass sich die Lage in Österreich von der in anderen europäischen Ländern unterscheidet: Nirgendwo sonst existierten so fortschrittliche mobile Breitband-Dienste für Privatkunden. S. außerdem: Kommission, Entscheidung v. 29.6.2009, COMP/M.5532 – *Carphone Warehouse/Tiscali UK*, Rn. 20 f.; Kommission, Entscheidung v. 29.1.2010, COMP/M.5730 – *Telefónica/Hansenet*, Rn. 8 ff.

²⁰³ Auf dem Markt für Festnetz-Breitband-Internetzugang für Endkunden verfügt die Deutsche Telekom über einen Marktanteil von ca. 45 % - s. BNetzA, Tätigkeitsbericht Telekommunikation 2010/2011, S. 34; BNetzA, Entwurf einer Marktdefinition und Marktanalyse des Vorleistungsmarkts "Breitband-Zuführung", S. 31.

wicklung der Marktanteile in der Vergangenheit, der Markteintritts- und Expansionschancen von (potenziellen) Wettbewerbern und/oder einer erhebliche Nachfragemacht der Marktgegenseite von erheblichem Wettbewerbsdruck auszugehen ist.²⁰⁴

Schließlich kommt auch noch das Bestehen einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung auf einem bundesweiten, sämtliche Terminierungsnetze umfassenden Markt für Terminierung in Betracht.²⁰⁵ Nachzuweisen wäre hierfür jedoch, dass die Netzbetreiber weder im Innenverhältnis untereinander noch im Außenverhältnis gegenüber dritten Unternehmen einem wirksamen Wettbewerb ausgesetzt sind.²⁰⁶ Die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Terminierungsmarkt sind bislang keineswegs eindeutig, zumal dieser im Lichte des Best-Effort-Prinzips der Datenübertragung, demzufolge Daten ohne Rücksicht auf ihre Herkunft und ihren Inhalt übertragen werden, nicht als eigenständiger Markt wahrgenommen worden ist. Eine Politik der Blockade bzw. gezielten Degradierung der Übertragung von Daten der auf Dienstemärkten konkurrierenden Unternehmen muss ferner keineswegs Ausdruck einer impliziten Koordinierung zwischen Oligopolisten sein; sie kann vielmehr – in Abhängigkeit von den Wettbewerbsverhältnissen auf den Internetzugangsmärkten für Endkunden und der Rolle, die ein in jeder Hinsicht unbeschränkter Internetzugang hier spielt – für jeden Netzbetreiber einzelunternehmerisch rational sein. Von einer gemeinsam marktbeherrschenden Stellung der lokalen ISP ist daher gegenwärtig nicht auszugehen.²⁰⁷

bb) Missbrauch marktbeherrschender Stellung

Angesichts der Unsicherheiten über die Definition des relevanten Marktes für Konnektivität und die tatsächliche Wechselbereitschaft der Endkunden in Reaktion auf selektive Zugangsbeschränkungen eines lokalen ISP im Verhältnis zu einzelnen Dienste- bzw. Inhalteanbietern lassen sich keine abschließenden Aussagen über das Vorhandensein einer marktbeherrschenden Stellung machen.²⁰⁸ Nur ein marktbeherrschendes Unternehmen wäre an das Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV gebunden. Ein nicht marktbeherrschender ISP ist nach allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Regeln nicht daran gehindert, Unternehmen, die mit ihm auf Dienstemärkten konkurrieren, in der Datenübertragung zu diskriminieren.²⁰⁹

Lässt sich eine einzelmarktbeherrschende Stellung eines oder aller lokalen ISP auf dem Terminierungsmarkt für den Internet-Endkundenzugang feststellen, so liegt im Falle einer Blockade oder ge-

²⁰⁴ TV-Kabelanschlussanbieter erzielen in diesem Markt derzeit etwas höhere Zuwachsraten (50 % der Neukunden) als die Deutsche Telekom (43 % der Neukunden) – vgl. BNetzA, Tätigkeitsbericht Telekommunikation 2010/2011, S. 72 f. An einer marktbeherrschenden Stellung der Deutschen Telekom auf dem Markt für Breitband-Internetzugang für Endkunden würde dies für sich genommen jedoch wohl nichts ändern.

²⁰⁵ *Nothdurft* in: Langen/Bunte (Hrsg.), § 19 GWB Rn. 168 a.E.

²⁰⁶ Siehe *Fuchs/Möschel* in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), 5. Aufl. 2012, Art. 102 AEUV Rn. 115 m.w.N.

²⁰⁷ Zu den mit dem Nachweis einer gemeinsam marktbeherrschenden Stellung verbundenen Schwierigkeiten siehe auch: BEREC, *Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality*, Draft, 29 May 2012, BoR(12)31, S. 55 Rn. 266.

²⁰⁸ Die Monopolkommission geht gegenwärtig offenkundig nicht von einer marktbeherrschenden Stellung eines der Anbieter auf einem relevanten Markt für Konnektivität aus – s. Monopolkommission, SG 61, S. 100, Rn. 212.

²⁰⁹ Siehe auch BEREC, *Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality*, Draft, 29 May 2012, BoR(12)31, S. 50 para. 235.

zielten Verlangsamung der Übertragung der Daten von konkurrierenden Dienste- bzw. Inhalteanbietern ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot allerdings nahe:

Das Diskriminierungsverbot – eine spezielle Fallgruppe des Missbrauchs sowohl im europäischen Wettbewerbsrecht (Art. 102 lit. c AEUV²¹⁰) als auch im GWB (§ 20 Abs. 1 GWB²¹¹), mit der es dem beherrschenden Unternehmen untersagt werden soll, durch eine Ungleichbehandlung von Handelspartnern in deren Wettbewerbschancen einzugreifen²¹² – kann auch im Verhältnis zu einem Tochterunternehmen des Marktbeherrschers vorliegen.²¹³ Das gilt jedenfalls dann, wenn sich der Normadressat im Grundsatz zur Öffnung des Vorleistungsmarktes entschlossen hat oder hierzu aufgrund regulatorischer Vorgaben verpflichtet ist. Im Grundsatz wäre mithin von einer Verpflichtung eines marktbeherrschenden lokalen ISP auszugehen, eine Datenübertragung – gegebenenfalls nach Maßgabe der gewählten Qualitäts- bzw. Priorisierungsstufe – auf der Grundlage objektiver, nicht-diskriminierender Kriterien zu gewährleisten, sofern er einen entsprechenden Geschäftsverkehr allgemein eröffnet hat.²¹⁴ Dem marktbeherrschenden lokalen ISP bliebe es vorbehalten, die Ungleichbehandlung sachlich zu rechtfertigen.²¹⁵ Allerdings hindert das Diskriminierungsverbot marktbeherrschende Unternehmen grundsätzlich nicht daran, sich bzw. konzernverbundenen Unternehmen bestimmte Tätigkeitsbereiche vorzubehalten.²¹⁶

Anderes gilt nur dann, wenn eine gesetzliche Verpflichtung zur „Gleichbehandlung mit sich selbst“ besteht wie sie etwa im Telekommunikationsrecht marktbeherrschenden Unternehmen gemäß § 19 TKG auferlegt werden oder unmittelbar aus der „essential facilities doctrine“ folgen kann:²¹⁷ Verweigert der Inhaber eines nicht duplizierbaren Netzes einem Unternehmen, das auf einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig ist, den entgeltliche Zugang zu diesem Netz, ohne dessen Benutzung ein Tätigwerden auf dem angrenzenden Markt nicht möglich ist, so wird dies als ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot qualifiziert. Der deutsche Gesetzgeber hat diesen Missbrauchstatbestand in § 19

²¹⁰ Art. 102 S. 2 lit. c AEUV: „Dieser Missbrauch kann insbesondere in Folgendem bestehen: [...] der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden“.

§ 20 Abs. 1 GWB: „Marktbeherrschende Unternehmen [...] dürfen ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln“.

²¹² Siehe EuGH v. 15.3.2007, C-95/04 P, Slg. 2007 I-02331 – *British Airways*, Rn. 143 ff. Aus dem Schrifttum: *Bunte* in: Langen/Bunte (Hrsg.), Art. 82 Rn. 211; *Fuchs/Möschel* in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), 5. Aufl. 2012, Art. 102 AEUV Rn. 377.

²¹³ BGH 24.9.2002, KZR 38/99 – *Vorleistungspflicht*, WuW/DE-R 1051, 1052. Dazu, dass als „Handelspartner“ auch Tochterunternehmen oder andere verbundene Unternehmen gelten können, s. *Fuchs/Möschel* in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), 5. Aufl. 2012, Art. 102 AEUV Rn. 377.

²¹⁴ Siehe in diesem Zusammenhang auch: OLG München 17.6.2010, U(K) 1607/10 – *VISA-Bargeldabhebung*.

²¹⁵ Ob ein sachlich gerechtfertigter Grund für eine Ungleichbehandlung vorliegt, ist nach ständiger Rechtsprechung auf der Grundlage einer umfassenden Abwägung der beteiligten Interessen unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichtete Zielsetzung des GWB zu ermitteln – siehe BGH 19.3.1996, KZR 1/95 – *Pay-TV-Durchleitung*, WuW BGH 3058, 3063 m.w.N.; BGH 24.9.2002, KZR 38/99 – *Vorleistungspflicht*, WuW/DE-R 1051, 1053.S. auch BGH WuW/E DE-R 1377 – *Sparberaterin*, 1378

²¹⁶ Vgl. hierzu *Nothdurft*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), § 20 GWB Rn. 155 ff; BGH, WuW/E DE-R 2514 – *Bau und Hobby*, 2518, Rn. 24.

²¹⁷ *Nothdurft*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), § 20 GWB Rn. 99.

Abs. 4 Nr. 4 GWB kodifiziert. Mit dem Zugangsanspruch geht eine Verpflichtung des Netzinhabers zur nicht-diskriminierenden Ausgestaltung des Zugangs einher.²¹⁸ Das Diskriminierungsverbot gilt auch im Verhältnis zu den Bedingungen und Preisen, die der Netzinhaber den mit ihm verbundenen Unternehmen einräumt.²¹⁹ Betrachtet man das Netz jedes einzelnen lokalen ISP als eigenständigen sachlich relevanten Markt, so ist zugleich von der Anwendbarkeit der sog. „essential facilities“-Doktrin mit Blick auf jedes Netz auszugehen.

Unabhängig von der Anwendbarkeit der „essential facilities“-Doktrin kann in der Blockade der Datenübertragung oder einer entsprechenden Drosselung der Versuch einer Ausdehnung von Marktmacht auf angrenzende Märkte mit leistungsfremden Mitteln liegen („leveraging“).²²⁰ Die Qualifizierung eines entsprechenden Verhaltens als Verstoß gegen das Missbrauchsverbot liegt deswegen nahe, weil es geeignet ist, die Wettbewerbsmöglichkeiten konkurrierender Dienste- und Inhaltenanbieter erheblich zu behindern.²²¹

b) Art. 101 AEUV / § 1 GWB

Unabhängig von einer Marktmachtstellung der beteiligten Unternehmen und gegebenenfalls neben dem Missbrauchsverbot kann das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen zum Tragen kommen. Es erfasst jedoch keine rein unilateralen Verhaltensweisen: Blockaden oder die gezielte Verlangsamung des Datenverkehrs durch einen vertikal integrierten lokalen ISP fallen mithin nicht unter Art. 101 AEUV oder unter § 1 GWB. In Betracht kommt die Anwendung des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen dann, wenn lokale ISP mit ausgewählten Dienste- oder Inhaltenanbietern kooperieren und dabei Beschränkungen der wettbewerblichen Handlungsfreiheit einer der Parteien oder beider Vertragspartner vereinbaren – etwa eine ausschließliche oder privilegierte Durchleitung der Daten des kooperierenden Diensteanbieters unter Ausschluss bzw. Benachteiligung konkurrierender Diensteanbieter. Auch die exklusive Bereitstellung wichtiger Inhalte (z.B. Liga-Sport) über einen lokalen ISP erscheint grundsätzlich denkbar. Ferner können exklusive Kooperationen eines lokalen ISP mit einem Endgerätehersteller in den Anwendungsbereich von Art. 101 AEUV / § 1 GWB fallen.²²²

Derartige Verbindungen sind allerdings nicht generell verboten. Sie sind vielmehr im Einzelfall zu würdigen. Maßstab zur Bestimmung des Anwendungsbereichs des Art. 101 Abs. 1 AEUV und des § 1 GWB sind die Wirkungen auf den Wettbewerb. Ferner ist eine Freistellung nach Maßgabe der in Art. 101 Abs. 3 AEUV/§ 2 GWB genannten Kriterien zu prüfen. Auch hier kann die Abgrenzung der relevanten Märkte und die Frage nach der Marktmacht von Endkunden-ISP eine entscheidende Rolle spielen: Sie kann unter anderem über die Anwendbarkeit der vertikalen Gruppenfreistellungsverordnung 330/2010²²³ entscheiden. Die Freistellungsmöglichkeit nach Art. 101 Abs. 3 AEUV oder § 2 GWB ist in hohem Maße einzelfallabhängig.

²¹⁸ Weyer, in: Frankfurter Kommentar, § 19 GWB Rn. 1051.

²¹⁹ Weyer, in: Frankfurter Kommentar, § 19 GWB Rn. 1051; Nothdurft, in: Langen/Bunte (Hrsg.), § 19 GWB Rn. 183; Götting, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), § 19 GWB Rn. 93; Emmerich, S. 377. Siehe für das deutsche Recht Weyer, in: Frankfurter Kommentar, § 19 GWB Rn. 848.

²²¹ Weyer, in: Frankfurter Kommentar, § 19 GWB Rn. 860; Nothdurft, in: Langen/Bunte (Hrsg.), § 19 GWB Rn. 147.

²²² So wurde etwa das *iPhone* in Deutschland zunächst ausschließlich über *T-Mobile* vertrieben, in den USA ausschließlich über *AT&T*.

²²³ ABl. 2010 Nr. L 102/1.

3. Vertikale Strategien in regulierungsrechtlicher Perspektive

Das Telekommunikationsrecht unterwirft lokale ISP bei der Entscheidung über das Ob und Wie der Datenübertragung von Dienste- und Inhaltenanbietern an die Endkunden keinen weiterreichenden Vorgaben. Gegenstand des Regulierungsrechts ist – auch aus Gesetzgebungskompetenzgründen – nur die Regulierung von „Telekommunikation“, gemäß § 3 Nr. 22 TKG verstanden als „der technische Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Signalen mittels Telekommunikationsanlagen“. Demensprechend ist es nach § 1 TKG Zweck des Gesetzes, den Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation, d.h. der technischen Übertragungsebene zu fördern. Durch die Förderung des Wettbewerbs im Bereich der Telekommunikationsinfrastruktur bzw. der Telekommunikationsdienste wirkt sich die Telekommunikationsregulierung zwar zwangsläufig auf angrenzende Dienste- und Inholdemärkte aus. Die BNetzA hat diese Auswirkungen auch gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG bei ihren Entscheidungen zu berücksichtigen. Sie sind jedoch nicht vorrangiges Ziel der Telekommunikationsregulierung. Primäres Ziel ist die Schaffung von Wettbewerb im Telekommunikationsmarkt, der dann allerdings durchaus – wie im Falle der Sicherstellung der Wahlfreiheit der Internetnutzer – für die Sicherstellung der Verfügbarkeit von Diensten und Inhalten über Telekommunikationsnetze bedeutsam sein kann.

Ausgehend von dieser Zielsetzung des Telekommunikationsrechts sind auch die Regulierungsinstrumente, die das TKG bereitstellt, primär auf die Schaffung von Wettbewerb auf Ebene der Telekommunikationsinfrastruktur bzw. der Telekommunikationsdienste, d.h. bezogen auf lokale ISP auf eine horizontalen Ebene ausgerichtet. Dementsprechend enthält das Gesetz allenfalls rudimentäre Instrumente für vertikale Strategien von lokalen ISP. Dies gilt insbesondere auch für die Netzzugangsregulierung des 2. Teils des TKG. Gemäß § 21 Abs. 1 TKG kann die BNetzA Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht verpflichten, anderen Unternehmen Netzzugang zu gewähren. Jenseits der bereits dargestellten Problematik, dass die Feststellung von Marktmacht bei lokalen ISP derzeit noch erheblichen Ungewissheiten, insbesondere bei der Bestimmung des relevanten Marktes unterliegt,²²⁴ lassen sich auf § 21 Abs. 1 TKG auch keine Zugangsverpflichtungen zugunsten von Anbietern auf angrenzenden Dienste- oder Inholdemärkten stützen. „Zugang“ bedeutet gemäß § 3 Nr. 32 TKG nämlich, die Bereitstellung von Einrichtungen oder Diensten für ein anderes Unternehmen unter bestimmten Bedingungen *zum Zwecke der Erbringung von Telekommunikationsdiensten*. Die Verpflichtung zum Netzzugang erfolgt also immer nur zugunsten von Wettbewerbern, die sich in einem horizontalen Wettbewerbsverhältnis zu einem lokalen ISP befinden, nicht hingegen zu Wettbewerbern auf einem angrenzenden Dienste- oder Inholdemarkt.²²⁵ Damit ist die Netzzugangsregulierung – und auch das sie flankierende Diskriminierungsverbot des § 19 TKG – nicht geeignet, vertikale Strategien von lokalen ISP zu erfassen. Zwar wurde im Gesetzgebungsprozess zur aktuellen Novellierung des TKG erwogen, den Anwendungsbereich der Zugangsregulierung zu erweitern.²²⁶ Letztlich wurde hiervon jedoch Abstand genommen, so dass auch künftig einen Anspruch auf Zugang nur andere Telekommunikationsnetzbetreiber bzw. Anbieter von Telekommunikationsdiensten haben. Inholdeanbieter hingegen fallen nicht in den Kreis der Zugangsberechtigten. Daher stellt die marktmachtabhängige Netzzugangsregulierung des § 21 TKG kein Eingriffsinstrumentarium für Fälle zur Verfügung, in denen ein

²²⁴ Dazu oben C II. 2a).

²²⁵ BT-Drs. 15/2316, S. 64; dazu *Tomaschki/Neumann*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, § 21 Rn. 113.

²²⁶ BT-Drs. 17/5707, S. 51.

(insbesondere vertikal integrierter) ISP seine Position durch eine Priorisierung bzw. Blockierung von Daten zur Diskriminierung von Dienste- bzw. Inhaltenanbietern missbraucht.

Ebenso wie die Zugangsvorschriften für marktmächtige Unternehmen liefert auch die marktmachtunabhängige Zugangsverpflichtung des § 18 TKG kein Instrumentarium, das bei vertikalen Strategien lokaler ISP anwendbar wäre. Durch § 18 TKG wird die BNetzA ebenfalls nur ermächtigt, einem Netzbetreiber, der den Zugang zu Endnutzern kontrolliert, Zugangsverpflichtungen i.S.d. § 3 Nr. 32 TKG aufzuerlegen. Damit gilt das für die marktmachtabhängige Netzzugangsregulierung Ausgeführte auch für die Vorschrift des § 18 TKG: Eine Zugangsverpflichtung auf Grundlage von § 18 TKG kann nur zugunsten von Wettbewerbern eines lokalen ISP auf einer horizontalen Ebene, nicht aber auf vertikaler Ebene, d.h. von Dienste- oder Inhaltenanbietern auferlegt werden. Damit kann vertikalen Strategien eines lokalen ISP ebenfalls nicht durch die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung nach § 18 TKG begegnet werden.

Wie bereits in der ersten Impulsstudie ausgeführt enthält das Telekommunikationsgesetz in § 42 TKG eine telekommunikationsspezifische Generalklausel zur Verhinderung des Missbrauchs beträchtlicher Marktmacht durch Telekommunikationsdiensteanbieter bzw. -netzbetreiber. Ihr Anwendungsbereich erfasst nicht nur den Schutz von Wettbewerbern eines marktbeherrschenden lokalen ISP auf horizontaler Ebene, d.h. von anderen Telekommunikationsnetzbetreibern bzw. Telekommunikationsdiensteanbietern, sondern auch Inhaltenanbieter.²²⁷ Die Vorschrift kommt daher prinzipiell für ein Einschreiten gegenüber vertikalen Strategien von lokalen ISP in Betracht. Insbesondere kann eine vertikal wirkende Diskriminierung eines lokalen ISP die Voraussetzungen des § 42 Abs. 1 TKG erfüllen, wenn der lokale ISP Dienste- oder Inhaltenanbietern ohne sachlichen Grund entweder unterschiedliche Konditionen oder schlechtere Konditionen als unternehmensinternen Nachfragern einräumt. Wie bereits in der ersten Impulsstudie ausgeführt ist der praktische Anwendungsbereich des § 42 TKG allerdings dadurch reduziert, als § 42 TKG nur auf solche Unternehmen Anwendung findet, bei denen in einem Marktregulierungsverfahren nach den § 9 ff. TKG zuvor das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht festgestellt worden ist.²²⁸ § 42 TKG setzt damit die Durchführung des dreistufigen Regulierungsverfahrens unter Befolgung der Konsultations- und Konsolidierungspflichten voraus. Die Feststellung von beträchtlicher Marktmacht in diesem Verfahren ist aber mit denselben Schwierigkeiten und Ungewissheiten verbunden, die auch bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung i.S.d. Art. 102 bzw. §§ 19/20 GWB bestehen.²²⁹

Eine Möglichkeit zur regulatorischen Erfassung von vertikalen Strategien enthält der neue § 41a Abs. 1 TKG. Er erlaubt der Bundesregierung den Erlass von marktmachtunabhängigen Diskriminierungsverboten nicht nur zugunsten von Wettbewerbern eines lokalen ISP auf horizontaler Ebene. Vielmehr nimmt die Norm ausdrücklich auch die (vertikale) Ebene der Inhalte- und Anwendungsanbieter in den Blick. Ausweislich des Wortlauts der Vorschrift muss auf dieser Ebene auch kein Wettbewerbsverhältnis zwischen lokalem ISP und Dienste- bzw. Anwendungsanbietern bestehen. Damit könnte sich ein Diskriminierungsverbot nicht nur gegen vertikal integrierte Netzbetreiber richten, sondern gegen vertikale Strategien jedweder lokaler ISP.

²²⁷ BT-Drs. 15/2316, S. 71; BVerwG, NVwZ 2007, 1321; Roth, in: Scheurle/Mayen, Telekommunikationsgesetz, § 42 Rn. 15.

²²⁸ BVerwG, NVwZ 2007, 1321 (1322).

²²⁹ Dazu oben C II. 2a).

4. Ist ein über das wettbewerbsrechtliche Diskriminierungsverbot hinausreichendes allgemeines Diskriminierungsverbot gerechtfertigt?

Eine gezielte Blockade oder Drosselung der Übertragung von Daten konkurrierender Inhalte- und Diensteanbieter mit der Folge ihrer Behinderung im Wettbewerb auf Endkundenmärkten ist danach gegenwärtig nur marktbeherrschenden lokalen ISPs untersagt. Ob alle, nur einzelne oder u.U. gar kein lokaler ISP über eine marktbeherrschende Stellung verfügen, ist nicht abschließend geklärt.

Zu fragen bleibt abschließend, ob für den Fall, dass die lokalen ISP dem wettbewerbs- und regulierungsrechtlichen Diskriminierungsverbot nicht unterliegen, ein Tätigwerden des Ordnungsgebers nach § 41a Abs. 1 TKG geboten ist. Nach dieser Vorschrift könnten lokalen ISPs ein Diskriminierungsverbot auch unabhängig von ihrer Marktstellung auferlegt werden.

In die Richtung eines marktmachtunabhängigen Diskriminierungsverbots für Netzbetreiber scheint die BNetzA zu neigen. So sollen Netzbetreiber den Inhalte- bzw. Diensteanbietern zwar unterschiedliche Qualitäts- bzw. Prioritätsklassen der Datenübertragung anbieten können, innerhalb dieser Klassen aber zur Gleichbehandlung verpflichtet sein.²³⁰ Für eine solche Regelung spricht sich auch der Vierte Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ zur Netzneutralität aus.²³¹ Demgegenüber hält die Monopolkommission ein über das Wettbewerbsrecht hinausgehendes Neutralitätsgebot nicht für erforderlich.²³² Das GEREK spricht sich in seinen „Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality“ für eine Einzelfallprüfung aus, bei der zunächst überprüft werden soll, ob die selektive Degradierung oder Blockade von Daten konkurrierender Diensteanbieter im Lichte der Regulierungsziele angemessen ist, namentlich ob ihr legitime Motive (insbes. Datenverkehrsmanagement zur Sicherstellung der Integrität der Netze und des Staumanagement) zugrunde liegen, ob sie im Lichte der verfolgten Ziele verhältnismäßig ist und welche Aus-

²³⁰ So z.B. BNetzA, Tätigkeitsbericht 2010/2011: Telekommunikation, Dez. 2011, S. 106, unter dem Schlagwort: „Differenzierung zwischen, aber nicht innerhalb von Transportklassen“. S. auch S. 107: „... eine Blockierung von bestimmten Diensten, Anwendungen oder Inhalten [ist] eindeutig als wettbewerbs- und verbraucher-schädlich einzustufen. Einen ähnlichen Effekt können auch Verlangsamungen haben, wenn sie zur Folge haben, dass Dienste nicht mehr effektiv nutzbar sind“. Die BNetzA stellt in dieser Einschätzung nicht zwingend auf das Vorhandensein einer marktbeherrschenden Stellung ab, obwohl sie hinzufügt: „Diese möglichen Netzneutralitätsprobleme können vor allem aus einer missbräuchlichen Ausnutzung marktbeherrschender Stellungen resultieren“. Ebenso *Martini*, *VerwArch* 2011, 315 (338 f.); *Holz-nagel*, *AfP* 2011, 532 (539); *Gersdorf*, *AfP* 2011, 209 (213) sowie *Sietmann*, *Schmalspur*, *C't Magazin* 8/2011, S. 3, unter Berufung auf *Tim Berners-Lee*: Netzneutralität bedeute, dass, wenn man für eine bestimmte Qualität bezahlt habe, innerhalb dieser Qualitätsklasse keine Diskriminierung stattfindet. „Neutral ist ein Netz [...] dann, wenn es eine unmittelbare Beziehung zwischen den kommunikationswilligen Teilnehmern herstellt, ohne dass der Netzbetreiber seine Plattform dazu benutzt, auf die Konnektivität zugunsten oder zulasten bestimmter Endkunden, Inhalte oder Dienste Einfluss zu nehmen“.

²³¹ Siehe BT-Drs. 17/8536 v. 2.2.2012, S. 28: „Eine Regelung zu diskriminierungsfreiem Zugang zu Netzen sollte ... gewährleisten, dass vor- oder nachgelagerte Diensteanbieter durch einen Netzbetreiber nicht selektiv benachteiligt werden. Dies gilt insbesondere, wenn der angebotene Dienst in Konkurrenz zu einer Dienstleistung des Netzbetreibers steht“.

²³² Monopolkommission, SG 61, S. 81: „[...] das bestehende Wettbewerbsrecht erfasst bereits mögliche Wettbewerbsbeschränkungen im Zusammenhang mit der Preis- und Qualitätsdifferenzierung im Internetverkehr. Ein intensiver Wettbewerb zwischen verschiedenen ISP ... wirkt zudem als bestes Mittel gegen Wettbewerbsbeschränkungen“.

wirkungen die Praxis auf die Verfügbarkeit eines unbeschränkten Internetzugangs hat.²³³ Im Ergebnis geht der Test von einer marktmachtunabhängigen Unzulässigkeit dienstespezifischer Diskriminierung aus; ein regulatorisches Diskriminierungsverbot soll aber nur nach einer Analyse der tatsächlichen Marktwirkungen der Diskriminierung zum Tragen kommen.²³⁴ In welchem Verhältnis die danach erforderliche Marktwirkungsanalyse zur Marktmachtanalyse steht, die über die Anwendbarkeit eines wettbewerbsrechtlichen Diskriminierungsverbots entscheidet, bleibt unklar.²³⁵

Tatsächlich erscheint eine differenzierende Betrachtung geboten. Blockiert ein vertikal integrierter ISP selektiv konkurrierende Dienste der Individualkommunikation, die erst durch eine weitreichende Vernetzung mit anderen Nutzern wertvoll werden, oder andere Dienste, die mit weitreichenden Netzwerkeffekten verbunden sind,²³⁶ so erscheint ein allgemeines Diskriminierungsverbot geboten. Ob ein allgemeines Diskriminierungsverbot hingegen allein mit der Überlegung gerechtfertigt werden kann, dass der Wechsel eines ISP stets mit Transaktionskosten verbunden ist, und die Verlangsamung oder Blockade des Datenverkehrs selbst durch einen kleinen ISP den potentiell betroffenen Anbietern von Inhalten und Diensten daher die Durchsetzung am Markt erschwert, erscheint zweifelhaft.²³⁷

Grundsätzlich – und abgesehen von Diensten mit ausgeprägten Netzwerkeffekten, die eine nicht-diskriminierende Datenübertragung in alle Netze unabhängig von der Marktmachtstellung eines ISP erforderlich machen – entspricht es dem Ansatz der EU, von einem über das wettbewerbsrechtliche Diskriminierungsverbot hinausgehendem Verbot abzusehen, solange die Endnutzer über die Möglichkeit verfügen, am Markt einen Internetzugang mit unbeschränkter Konnektivität zu wählen. Es ist daher von einer Analyse der konkreten Gefährdungen dieser Möglichkeit auszugehen: Nur soweit diese unabhängig von Marktmachtpositionen lokaler ISP auftreten können, ist ein Tätigwerden des Ordnungsgebers erforderlich. In den folgenden drei Konstellationen kann die Möglichkeit von

²³³ BEREC, Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality, 29 May 2012, BoR(12)32, S. 47 ff. und S. 54.

²³⁴ BEREC, Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality, 29 May 2012, BoR(12)32, S. 52: „... practices that restrict or prioritise traffic should, in general, be application-agnostic. In any case, they should not discriminate between content and application providers and should be based on objective criteria such as consumption of resources.” And: „[Unjustified traffic management practices] may lead to a restricted Internet access service, but it may not always be a problem at the market level if unrestricted offers are easily available. Thus, it appears useful to consider the number of end users that are affected by the degradation, and their possibility to opt for an alternative unrestricted service, i.e. an offer with no unreasonable traffic management. ...”.

²³⁵ BEREC, Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality, 29 May 2012, BoR(12)32, S. 53: “The market situation will be of serious concern where few unrestricted offers exist, or when switching from a restricted offer to an unrestricted offer is difficult. In particular, the price differences between the restricted and unrestricted offers must also be assessed as an element of the switching cost. If extensive use of unreasonable traffic management practices leads to restricted Internet access services with few available unrestricted alternatives in the market, then this will signify a serious degradation”. Und: “While this process does not specify explicit thresholds, it provides guidelines as to which criteria should be considered to assess the severity of the situation. There are no exact rules, but a higher number of criteria being met (e.g. low end user control, missing justification, discrimination, etc.) would indicate a higher severity”.

²³⁶ Auf die Bedeutung der Netzwerkeffekte weist auch BEREC, Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality, 29 May 2012, BoR(12)32, S. 44 hin.

²³⁷ In diese Richtung aber wohl: BEREC, Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality, 29 May 2012, BoR(12)32, S. 45.

Endnutzern, einen in jeder Hinsicht unbeschränkten Internetzugang zu wählen, unabhängig von der Existenz von Marktmacht eines lokalen ISP beeinträchtigt sein:

- a) Unter Umständen kann es für die große Mehrheit lokaler ISP unabhängig von Marktmacht einzelunternehmerisch rational sein, die Datenübertragung einzelner konkurrierender Inhalte- und Diensteanbieter zu blockieren bzw. zu degradieren.²³⁸ Dies hängt maßgeblich davon ab, in welchem Maße Endkunden in ihrer Wahl eines lokalen ISP auf derartige Beschränkungen reagieren – eine empirisch bislang ungeklärte Frage. Dass die Möglichkeit einer Blockade bzw. Degradierung der Datenübertragung konkurrierender Diensteanbieter jedenfalls in einzelnen Fällen existiert, zeigt die verbreitete Blockade von Voice-Over-IP-Diensten (VoIP), die sich allerdings im Wesentlichen auf Mobilfunkanbieter beschränkt.²³⁹ Eine gezielte, von konkreten Staus unabhängig Blockade oder Degradierung von Peer-to-Peer-Datenverkehr ist nach einer neuen GEREK-Studie wesentlich seltener festzustellen;²⁴⁰ andere Dienste und Inhalte werden bislang nur selten blockiert.²⁴¹ Erlangt eine Geschäftsstrategie der Blockade bzw. Degradierung bestimmter Dienste oder Inhalte am Markt eine solche Verbreitung, dass für Endnutzer ein Angebot für einen in jeder Hinsicht unbeschränkten Internetzugang nicht mehr verfügbar ist oder dass nur noch Angebote mit unterschiedlichen Beschränkungen konkurrieren, so ist das in § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG genannte Ziel, die Möglichkeit der Endnutzer, Informationen abzurufen und zu verbreiten oder Anwendungen und Dienste ihrer Wahl zu nutzen, gefährdet.
- b) Das Wettbewerbsrecht schützt den Wettbewerb im Markt, nicht aber die Wahlfreiheit des einzelnen Endnutzers. Bestehen in einem Markt für die Mehrheit der Endnutzer im Falle selektiver Blockaden oder Degradierungen des Datenverkehrs einzelner konkurrierender Dienste bzw. Inhalte durch einige lokale ISP hinreichende Ausweichmöglichkeiten, so greift das Missbrauchs- und das daraus folgende Diskriminierungsverbot mangels marktbeherrschender Stellung des Endkunden-ISP nicht. Damit ist jedoch noch nicht gewährleistet, dass auch den Endkunden in ei-

²³⁸ Siehe dazu auch BEREC, Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality, 29 May 2012, BoR(12)32, S. 44, 52; und BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)31, S. 9 Rn. 30; S. 50 Rn. 237 ff. unter Gesichtspunkten einer Analyse der Wohlfahrtseffekte; und S. 56 Rn. 275 – allerdings mit einer eher skeptischen Haltung zu der Frage, ob dies insbes. bei Blockaden von P2P-Diensten zutrifft (Rn. 276 ff.).

²³⁹ Siehe BEREC, A view of traffic management and other practices resulting in restrictions to the open Internet in Europe, 29 May 2012, BoR(12)30, S. 15 (Figure 3). S. ferner EU-Kommission, Mitteilung: „Offenes Internet und Netzneutralität in Europa“, 19.4.2011, KOM(2011)222 endg., S. 5: „Die Tatsache, dass einige Betreiber ... aus Gründen, die nichts mit der Steuerung des Datenverkehrs zu tun haben, legale Dienste (insbesondere Internet-Telefonie (VoIP)) möglicherweise sperren oder benachteiligen, da diese mit ihren eigenen Diensten in einem Wettbewerb stehen, ist als Beschränkung der Offenheit des Internet anzusehen“. Gleichwohl verhält sich die EU-Kommission hinsichtlich der Frage, ob derartige Praktiken automatisch unzulässig sein sollen, derzeit beobachtend und zurückhaltend – s. S. 8: „Der Kommission liegen derzeit keine Belege dafür vor, dass diese Bedenken gerechtfertigt sind; sie sollten jedoch in einer umfassenden Studie berücksichtigt werden“.

²⁴⁰ BEREC, A view of traffic management and other practices resulting in restrictions to the open Internet in Europe, 29 May 2012, BoR(12)30, S. 8 f. zählt anwendungsspezifische Beschränkungen zur Kategorie „Other specific restrictions“.

²⁴¹ Nach den Ergebnissen des BEREC bestehen Beschränkungen von spezifischem Datenverkehr im Festnetz bei 2%, im Mobilfunknetz bei 12% der Nutzer, vgl. BEREC, A view of traffic management and other practices resulting in restrictions to the open Internet in Europe, 29 May 2012, BoR(12)30, S. 32 und S. 34.

ner ländlichen Region, die nur von einem Endkunden-ISP versorgt wird, ein Internetzugangsangebot mit voller Konnektivität zur Verfügung steht.

- c) Schließlich kann ein lokaler ISP unabhängig von einer Marktmachtstellung neue Zugangsbeschränkungen in einen laufenden Vertrag einführen.²⁴² Hier ist der einzelne Endkunde in seinem Recht auf offenen Zugang nur geschützt, wenn ihm die Zugangsbeschränkung erstens zur Kenntnis gebracht wird und er zweitens ein Sonderkündigungsrecht und damit Wechselmöglichkeiten hat.²⁴³

Der letztgenannten Gefährdung beugt das Recht allerdings schon gegenwärtig vor: Gemäß § 43a Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 3 Nr. 2 TKG muss der lokale ISP seinen Kunden im Vertrag in klarer, umfassender und leicht zugänglicher Form Informationen unter anderem über alle Einschränkungen im Hinblick auf den Zugang zu und die Nutzung von Diensten und Anwendungen zur Verfügung stellen. Ebenfalls zur Verfügung zu stellen sind Informationen über alle vom Unternehmen zur Messung und Kontrolle des Datenverkehrs eingerichteten Verfahren,²⁴⁴ um eine Kapazitätsauslastung oder Überlastung einer Netzverbindung zu vermeiden, und Informationen über die möglichen Auswirkungen dieser Verfahren auf die Dienstqualität (§ 43a Abs. 3 Nr. 3 TKG). In einer Rechtsverordnung kann das BMWi die lokalen ISP verpflichten, die Teilnehmer über jede Änderung der Einschränkungen im Hinblick auf den Zugang zu und die Nutzung von Diensten und Anwendungen zu informieren (§ 45n Abs. 4 Nr. 3 TKG).²⁴⁵ Ein Kündigungsrecht nach erfolgloser Fristsetzung folgt in diesem Fall aus § 626 BGB. Es ließe sich stärken, wenn die Beweislast für eine nicht offengelegte systematische Politik der Degradierung oder Blockade bestimmter Datenströme nicht dem Nutzer aufgebürdet würde, sondern

²⁴² *Kabel Deutschland* hat etwa im Mai 2012 seine AGB geändert und bedingt sich hierin seitdem das Recht, zum einen bei einer Überlastung des Netzes File-Sharing-Anwendungen (Peer-to-Peer, One-Click-Hoster) nachrangig zu übertragen und zum anderen bei Überschreitung eines täglichen Datenvolumens von 10 Gigabyte pro individuellem Anschluss für diesen die Bandbreite für File-Sharing-Anwendungen auf 100 kbit/s zu drosseln, vgl. http://www.kabeldeutschland.de/static/media/AGB_Internet_Telefon.pdf. *Kabel Deutschland* wendet diese Beschränkungen auf alle Kunden an, und damit auch auf Bestandskunden, mit denen diese geänderten AGB-Bestimmung ursprünglich nicht vereinbart worden sind, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Kabel-Deutschland-drosselt-Filesharing-fuer-Bestandskunden-1652920.html>.

²⁴³ Dazu, dass erst ein Sonderkündigungsrecht den Transparenzpflichten volle Wirksamkeit verleiht, siehe BNetzA, Tätigkeitsbericht 2010/2011: Telekommunikation, Dez. 2011, S. 108. Siehe auch Monopolkommission, SG 61, S. 100 Rn. 213, 216. S. auch Vierter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“: Netzneutralität, BT-Drs. 17/8536 v. 2.2.2012, S. 19 f.: „Um sicherzustellen, dass alle Dienste jederzeit in der geforderten Qualität verfügbar sind, sind Angebote denkbar, die die Nutzung von besonders ressourcenhungrigen Diensten beschränken. Dies kann über die Ausdifferenzierung der Angebote realisiert werden (zum Beispiel durch Optionstarife für die Nutzung von VoIP-Diensten) oder in der Form von auf alle Nutzer gleichermaßen anwendbaren Verkehrssteuereungsregeln (zum Beispiel Drosselung der Peer-to-Peer Bandbreite zu Spitzenzeiten). In beiden Fällen müssen die Nutzungsbedingungen zwingend in den Verträgen geregelt werden. Eine nachträgliche Veränderung der Vertragsbedingungen ist nicht möglich und wäre immer mit einem Sonderkündigungsrecht für die betroffenen Endkunden verbunden ...“.

²⁴⁴ Hervorgehoben in: BEREC, Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)32, S. 4: “A precondition for a competitive and transparent market is that end users are fully aware of the actual terms of the services offered. They therefore need appropriate means or tools to monitor the Internet access services, enabling them to know the quality of their services and also to detect potential degradations”.

²⁴⁵ Zu alledem *Körber* in: Leible (Hrsg.), Innovation und Recht im Internet, 41 (58 f.).

stattdessen der lokale ISP darzulegen und zu beweisen hätte, dass eine entsprechende Politik nicht existiert.

Auch der erstgenannten Gefährdung trägt das TKG jedenfalls insoweit Rechnung, als es sowohl die Transparenz bzgl. Zugangsbeschränkungen und Verschlechterungen in der Datenübertragung als auch die Rechte der Endkunden zum Anbieterwechsel stärkt: Die Verpflichtung zur Transparenz kann das BMWi gem. § 45n TKG im Wege der Rechtsverordnung regeln (s.o.). Der Anbieterwechsel wird durch § 43b TKG erleichtert, der die maximale Vertragslaufzeit für einen Endkundenvertrag über Internetzugang auf 24 Monate beschränkt und die Anbieter verpflichtet, eine Vertragsvariante mit einer Laufzeit von 12 Monaten anzubieten. Ergänzend sieht § 46 TKG vor, dass es bei einem Anbieterwechsel nicht zu einer Versorgungsunterbrechung von mehr als einem Kalendertag kommen darf. § 47 TKG verpflichtet schließlich zur Bereitstellung von Teilnehmerdaten.

Allerdings reichen Transparenz und das Recht zum Anbieterwechsel zur Sicherstellung der Möglichkeit der Endkunden, einen unbeschränkten Internetzugang zu erlangen, nicht notwendig aus, wenn eine große Zahl lokaler ISP – unter Umständen auch nur für einzelne Dienste – unabhängig voneinander entsprechende Beschränkungen einführt. In einem solchen Fall kann sich eine Rechtsverordnung der Bundesregierung gem. § 41a Abs. 1 TKG als erforderlich erweisen, in der – ggfs. beschränkt auf einzelne Dienstekategorien – eine Verpflichtung zur diskriminierungsfreien Datenübermittlung festzuschreiben wäre.

Entsprechendes gilt für den Fall, dass für Endkunden in bestimmten ländlichen Regionen, die nur von einem Endkunden-ISP versorgt wird, ein Internetzugangsangebot mit voller Konnektivität nicht zur Verfügung steht.

D Fazit

Die Europäische Union und der deutsche Gesetzgeber haben sich auf das Ziel eines offenen Internet verpflichtet, in dem Endnutzer nach ihrer Wahl Zugang zu Inhalten und Diensten haben sollen. Das Ziel soll primär im Wettbewerb realisiert werden. Der bestehende Wettbewerb auf den Endkundenmärkten für Breitband-Internetzugang kann – sofern eine Präferenz der Endkunden für offenen und unbeschränkten Internetzugang besteht und Beschränkungen offengelegt werden – einen wesentlichen Beitrag zum langfristigen Erhalt eines offenen Internet leisten.²⁴⁶ Er wird durch die im TKG näher ausgestalteten Wechselmöglichkeiten der Endkunden, die künftig im Wege einer Rechtsverordnung zu konkretisierenden Informationspflichten der ISP und Instrumente zur Überwachung der Datenübertragung durch Verbraucher und BNetzA gestärkt. Die neuen, nachhaltig erhöhten Transparenzanforderungen sollen Endkunden in die Lage versetzen, ihre Interessen auf dem Markt für Breitband-Internetzugang wirksam und informiert wahrzunehmen und so Wettbewerbsdruck auf die ISP auszuüben,²⁴⁷ eine qualitativ hochwertige Best-Effort-Übertragung zu gewährleisten und die auf Dienste- oder Inhaltmärkten konkurrierenden Unternehmen nicht entgegen den Interessen der Endkunden zu diskriminieren.²⁴⁸

Weitergehende Interventionen sind mit Blick auf das Ziel eines offenen Internet geboten, wenn die Chance auf einen unbeschränkten Internetzugang im Wettbewerb und auf der Grundlage einer Anwendung der Wettbewerbsregeln nicht gewährleistet ist. Die Reichweite des Verbots eines Missbrauchs von Marktmacht ist angesichts konzeptioneller Unsicherheiten hinsichtlich der Abgrenzung der Märkte für die Terminierung der Datenübertragung in den lokalen Netzen der ISP und angesichts empirischer Unsicherheiten über die Wechselbereitschaft von Endkunden in Reaktion auf eine Blockade bestimmter Dienste bzw. die Degradierung der Datenübertragung gegenwärtig nicht abschließend geklärt. Unabhängig hiervon zeichnet sich gegenwärtig keine Marktentwicklung ab, in der die Möglichkeit der Endkunden, einen unbeschränkten Internetzugang zu erlangen, nachhaltig gefährdet ist. Das Interesse der Endnutzer und der Netzcommunity an allgemeiner Konnektivität scheint groß, und der Markt hält solche Angebote bereit. Versuche, „walled gardens“ zu schaffen, haben sich bis-

²⁴⁶ In diesem Sinne auch EU-Kommission, Mitteilung: „Offenes Internet und Netzneutralität in Europa“, 19.4.2011, KOM(2011)222 endg., S. 5: „Die Bedeutung der Probleme, die in der Debatte über die Netzneutralität behandelt werden, hängt .. auch vom Ausmaß des Wettbewerbs im jeweiligen Markt ab“.

²⁴⁷ Einige Akteure wie beispielsweise zehn britische Internetprovider und Mobilfunkbetreiber haben die sich aus der Transparenz ergebenden Wettbewerbschancen erkannt und sich selbst unter der Federführung der „Broadband Stakeholder Group“ zur Beachtung eines „Open Internet Code of Practice“ verpflichtet: In diesem haben sie sich nicht nur zu eindeutigen und transparenten Regelungen über Maßnahmen des Traffic-Managements bekannt und deren Einsatz zulasten von Anwendungen und Inhalten spezifischer Provider untersagt, sondern sich auch verpflichtet, Angebote mit Einschränkungen hinsichtlich bestimmter Inhalte oder Anwendungen nicht mehr als „Internetzugang“ zu bezeichnen oder zu vermarkten – vgl. die Meldung v. 25.7.2012 auf <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Britische-Provider-verabschieden-Kodex-zur-Netzneutralitaet-1652275.html>. S. außerdem http://www.broadbanduk.org/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,1340/Itemid,63/, S. 4.

²⁴⁸ Siehe dazu auch BEREC, Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality, Draft, 29 May 2012, BoR(12)32, S. 21: “In the European Directives, transparency is the starting point when it comes to considering network neutrality. A condition for a competitive and transparent market is that consumers have sufficient information to make informed decisions [...]”.

lang nicht als erfolgreich erwiesen.²⁴⁹ Entsprechende Initiativen gehen gegenwärtig weniger von lokalen ISP als vielmehr von Endgeräteherstellern (z.B. *Apple*) oder Diensteanbietern (z.B. *Facebook*) aus. Auch die Vielzahl paralleler Zugänge zum Internet, über die ein Endnutzer heute oftmals verfügt (Home-PC; mobiler Internetzugang; PC am Arbeitsplatz) stärken das Bewusstsein der Endkunden für den Wert der Offenheit des Internet. Gleichwohl kann eine Gefährdung eines unbeschränkten Internetzugangs auch nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden. Die Marktentwicklung ist daher kontinuierlich und aufmerksam zu beobachten.²⁵⁰ Da im Gefährdungsfall schnell durch Auferlegung eines – ggfs. auf die Konfliktlage zugeschnittenen – Diskriminierungsverbots nach § 41a Abs. 1 TKG reagiert werden könnte, sind präventive Eingriffe nicht erforderlich.

Ob sich in Zukunft Angebote von Netzbetreibern an Dienste- und Inhaltenanbietern für priorisierte Formen der Datenübertragung über das Internet bzw. in einzelnen Netzen lokaler ISP entwickeln, lässt sich gegenwärtig nicht sicher vorhersagen. Die Einführung priorisierter Formen der Datenübertragung – ggfs. verbunden mit neuen Leistungs- und Entgeltbeziehungen zwischen Netzbetreibern und Dienste-/Inhaltenanbietern – sollte jedenfalls nicht verboten werden. Zwar würden hierdurch neue Marktbeziehungen geschaffen, die mit neuen Wettbewerbsproblemen und mit Anreizen für eine Degradierung der Best-Effort-Übertragung verbunden sein können. Dem Ordnungsgeber und der BNetzA stehen jedoch hinreichende Instrumente zur Verfügung, um auf potenzielle Probleme angemessen zu reagieren. Ein Verbot würde demgegenüber die Gefahr bergen, den status quo der Entwicklung des Internet einzufrieren und bislang nicht vorhersehbare Entwicklungen und Innovationen abzuschneiden.²⁵¹ Die hoheitliche Steuerung des Internet würde an die Stelle der dezentralen

²⁴⁹ Als prominentes Beispiel kann der Zusammenschluss von *AOL* und *Time Warner* angeführt werden. Wegen exklusiver Praktiken hinsichtlich des damals vorherrschenden Instant-Messengers AIM befürchtete die FCC, dass bei der Entwicklung neuartiger Dienste wie Videokonferenzen ein abgeschottetes Übertragungs- und Kommunikationssystem entstehen könnte, zu welchem Konkurrenten keinen Zugang haben würden. Die FCC versah den Zusammenschluss daher mit der Auflage, dass fortgeschrittene Videokonferenzdienste nur entwickelt werden dürften, wenn gleichzeitig Standards zur Interoperabilität eingeführt würden, vgl. FCC, Memorandum Opinion and Order v. 11.1.2001, FCC 01-12, 16 FCC Rcd 6547 – *AOL/Time Warner*, Rn. 187 ff. Zum Ganzen *Grunwald*, Fed. Comm. L.J. 2011, 411 (435 ff.).

²⁵⁰ Dies entspricht dem derzeitigen Ansatz der EU-Kommission – s. EU-Kommission, Mitteilung: „Offenes Internet und Netzneutralität in Europa“, 19.4.2011, KOM(2011)222 endg., S. 11 f.: „Sollten wesentliche und fortdauernde Probleme festgestellt werden und das System insgesamt – einschließlich der verschiedenen Betreiber – nicht gewährleisten können, dass die Verbraucher über ein einzelnes Internet-Abonnement leicht auf Inhalte, Dienste und Anwendungen ihrer Wahl zugreifen können, wird die Kommission die Notwendigkeit strengerer Maßnahmen prüfen, um für Wettbewerb zu sorgen und den Verbrauchern die ihnen zustehenden Wahlmöglichkeiten zu sichern. Transparenz und die Möglichkeit eines einfachen Anbieterwechsels sind zwar wesentliche Elemente für die Wahl oder den Wechsel eines Internetanbieters, aber möglicherweise nicht ausreichend, um das Problem allgemeiner Beschränkungen rechtmäßiger Dienste oder Anwendungen zu beheben. Solche zusätzlichen Maßnahmen können in Form von Leitlinien oder allgemeinen Rechtsmaßnahmen erfolgen, die den Wettbewerb und die Auswahl für die Verbraucher fördern, wie z.B. durch eine weitere Erleichterung des Anbieterwechsels, oder, falls sich dies als unzureichend erweist, etwa durch besondere Verpflichtungen hinsichtlich einer ungerechtfertigten Differenzierung des Internet-Datenverkehrs, die für alle Internetdiensteanbieter unabhängig von ihrer Marktmacht gelten. Dabei könnte auch das Sperren von rechtmäßigen Diensten untersagt werden“.

²⁵¹ In diese Richtung auch: EU-Kommission, Mitteilung: „Offenes Internet und Netzneutralität in Europa“, 19.4.2011, KOM(2011)222 endg., S. 12: „Jede weitere Regulierung sollte eine abschreckende Wirkung hinsichtlich Investitionen oder innovativer Geschäftsmodelle vermeiden, eine effizientere Nutzung der Netze ermöglichen, neue Geschäftsmöglichkeiten auf verschiedenen Ebenen der Wertschöpfungskette

Entwicklung im Wettbewerb gesetzt. Gegen eine solche Strategie streitet die bisherige Entwicklung des Internet.²⁵² Allerdings müsste die BNetzA kontinuierlich überwachen, ob priorisierte Angebote – oder auch die bereits existierenden Angebote von „managed services“ bzw. „specialised services“ – zu einer Verschlechterung der „Best-Effort“-Übertragung führen.²⁵³ Träte dieser Fall ein, so müsste ggfs. durch Qualitätsstandards nach § 41a Abs. 2 TKG sichergestellt werden, dass auch im Best-Effort-Netz Dienste und Inhalte mit einer Mindestqualität abrufbar sind. Ferner erscheint eine Vorgabe ratsam, dass priorisierten Klassen der Datenübertragung nicht dienstespezifisch, sondern anhand von Qualitätsparametern zu definieren sind.

Auf der Grundlage des Wettbewerbsrechts und des TKG in seiner geltenden Fassung verfügen der Verordnungsgeber und die BNetzA damit über hinreichende Möglichkeiten, auf mögliche Gefährdungen eines offenen Internet zu reagieren, sofern sich dies als erforderlich erweist. Die Interventionsmöglichkeiten, welche § 41a TKG der Bundesregierung und der BNetzA an die Hand gibt, können zugleich eine positive Vorfeldwirkung auf das Verhalten lokaler ISP entfalten.

des Internets eröffnen und den Verbrauchern eine Auswahl aus verschiedenen Internetzugangprodukten sichern, die auf ihre Bedürfnisse zugeschnitten sind“.

²⁵² Ähnlich *Körber*, der davor warnt, die Fähigkeit der Märkte zur Selbstregulierung zu unter- und die Fähigkeit der Regulierungsbehörden zur Vorhersage von Marktentwicklungen zu überschätzen: *Körber* in: Leible (Hrsg.), *Innovation und Recht im Internet*, 41 (60 f.).

²⁵³ In diesem Sinne auch: BEREC, *Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality*, Draft, 29 May 2012, BoR(12)32, S. 4.

Teil 2 – Medienrechtliche Aspekte von Netzneutralität

Prof. Dr. Thomas Fetzer, LL.M. (Vanderbilt)

A Einleitung

Wie in Teil 1 ausgeführt betrifft die Netzneutralitätsdebatte die Frage nach der zukünftigen Konzeption und Funktionsweise der Datenübertragung in paketvermittelten Telekommunikationsnetzen wie dem Internet.²⁵⁴

Die Netzneutralitätsdebatte bezieht sich damit vordergründig auf den technischen Vorgang der paketvermittelten Übertragung von Inhalten über Telekommunikationsnetze und insbesondere darauf, ob und inwieweit lokale ISP vom bisherigen technischen Übertragungsstandard einer Best-Effort-Datenübertragung abweichen können sollen.²⁵⁵ Der technische Vorgang der Übertragung von Inhalten über Telekommunikationsnetze ist Gegenstand des Telekommunikationsrechts. Zum einen stellen sich daher in der Netzneutralitätsdebatte die in Teil 1 sowie in der ersten Impulsstudie behandelten regulierungsrechtlichen Fragen.²⁵⁶ Wie in Teil 1 sowie in der ersten Impulsstudie ausgeführt, besteht derzeit kein telekommunikationsrechtlicher Handlungsbedarf, vielmehr haben die Bundesregierung bzw. die BNetzA mit § 41a TKG nunmehr die erforderlichen Grundlagen in der Hand, um mögliche telekommunikationsspezifische Aspekte von Netzneutralität angemessen bewältigen zu können.

Zum anderen wirft die Debatte die in Teil 1 erörterten wettbewerblichen Fragen auf: Das Unionsrecht und das nationale Recht enthalten jeweils ein klares Bekenntnis zu einem offenen Internet, in dem Endnutzer Zugang zu allen Diensten und Inhalten haben bzw. diese verbreiten können.²⁵⁷ Da Unionsrecht und nationales Recht davon ausgehen, dass das Recht auf einen unbeschränkten Zugang gegenwärtig durch die Wahlfreiheit der Endnutzer im Wettbewerb der ISP gewährleistet wird, kommt dem Wettbewerb für die Offenheit des Internet eine zentrale Bedeutung zu. Der Wettbewerb wird allgemein durch das Wettbewerbsrecht und telekommunikationsspezifisch durch das Telekommunikationsrecht geschützt. Wie in Teil 1 ausgeführt ist derzeit zum Schutz des Wettbewerbs kein weitergehender gesetzgeberischer Handlungsbedarf feststellbar. Vielmehr genügt das vorhandene wettbewerbsrechtliche und telekommunikationsrechtliche Instrumentarium, um den Wettbewerb im lokalen ISP Markt und damit die grundsätzlich Wahlfreiheit der Endnutzer angemessen zu schützen.

²⁵⁴ Dazu oben Teil 1 A.

²⁵⁵ Vgl. BEREC, Differentiation Practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality, Draft for public consultation, 29 May 2012, BoR (12) 31, Rz. 45.

²⁵⁶ Insbesondere Teil 1 C II. sowie *Fetzer/Peitz/Schweitzer*, Ökonomische und juristische Grundlagen von Netzneutralität, C.

²⁵⁷ Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. EG 2002, L 108, S. 33 geändert durch Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.11.2009, ABl. 2009, L 337, S. 37; Erklärung der Europäischen Kommission „Die Kommission misst der Erhaltung des offenen und neutralen Charakter des Internet hohe Bedeutung bei und trägt dem Willen der Mitgesetzgeber umfassend Rechnung, jetzt die Netzneutralität als politisches Ziel und als von den nationalen Regulierungsbehörden zu fördernden Regulierungsgrundsatz festzuschreiben.“; § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG „Die Bundesnetzagentur fördert die Möglichkeit der Endnutzer, Informationen abzurufen und zu verbreiten oder Anwendungen und Dienste ihrer Wahl zu nutzen.“

Die Netzneutralitätsdebatte besitzt neben der Übertragungs- und der Wettbewerbsebene aber auch eine inhaltspezifische Dimension.²⁵⁸ Abweichungen vom bisherigen Übertragungsstandard des Best-Effort-Internet können sich unter bestimmten Voraussetzungen, wie in der ersten Impulsstudie gezeigt wurde, jedenfalls potenziell auf Quantität und Qualität der übertragenen Inhalte und der angebotenen Dienste auswirken.²⁵⁹ Telekommunikationsrecht und Wettbewerbsrecht sind dabei grundsätzlich inhaltsneutral ausgestaltet. Sie gewährleisten die Zugangsfreiheit der Endnutzer zu allen – legalen – Inhalten und Diensten im Internet in gleicher Weise. Sie beziehen sich unterschiedslos auf alle Formen der Individualkommunikation und der Massenkommunikation und hierbei sowohl auf rein textbasierte als auch audiovisuelle Medieninhalte. Auch zu diesen müssen alle Endnutzer uneingeschränkt Zugang besitzen. Nach der Systematik des europäischen Rechtsrahmens sowie des ihn umsetzenden nationalen Telekommunikationsgesetzes soll auch dieser medienbezogene Aspekt der Zugangsfreiheit primär durch die Wahlfreiheit der Endnutzer im Wettbewerb der ISP gewährleistet werden. Wettbewerbsrecht und Telekommunikationsrecht schützen hierzu den Wettbewerb, nicht aber einzelne Wettbewerber, insbesondere auch nicht bestimmte Medienangebote.

Gerade Medieninhalte stehen allerdings traditionell unter einem besonderen – inhalts- und formatbezogenen – rechtlichen Schutz. Von herausragender Bedeutung sind dabei die Angebote der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sowie daneben die der privaten Rundfunkveranstalter, die jeweils grundrechtlich – wenn auch in unterschiedlichem Umfang – durch die in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG verbürgte Rundfunkfreiheit geschützt werden. Rundfunkangebote sind nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung wegen ihrer überragenden Bedeutung für die Meinungsbildung und damit für das Funktionieren der Demokratie besonders schutzwürdig.²⁶⁰ Sie werden zudem aufgrund ihrer durch technische und ökonomische Charakteristika induzierten zunächst begrenzten Verfügbarkeit traditionell als besonders schutzbedürftig angesehen.²⁶¹ Nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung darf die Verfügbarkeit eines pluralistischen traditionellen Rundfunkangebots daher nicht ausschließlich dem wirtschaftlichen oder publizistischen Wettbewerb überlassen werden.²⁶²

Im 2. Teil dieser Impulsstudie soll der Frage nachgegangen werden, welche Bedeutung die zum traditionellen Rundfunk entwickelte Argumentation für Mediendienste und -inhalte besitzt, die über paketvermittelte Telekommunikationsnetze übertragen werden. Es geht also darum festzustellen, ob für die Verfügbarkeit von bestimmten Medieninhalten in paketvermittelten Telekommunikationsnet-

²⁵⁸ Sehr weitgehend *Koreng*, CR 2009, 758 (758), der die Netzneutralitätsdebatte als spezifisch medienrechtliches Problem betrachtet. Überzeugender erscheint es, wenn man die Frage der Übertragung von Medieninhalten als spezielles Problem in der Netzneutralitätsdebatte betrachtet. Siehe auch *Libertus/Wiesner*, MEDIA PERSPEKTIVEN 2011, 80 (81).

²⁵⁹ *Fetzer/Peitz/Schweitzer*, Ökonomische und juristische Grundlagen von Netzneutralität, D. Dementsprechend wird in Erwägungsgrund 5 Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. EG 2002, L 108, S. 33 geändert durch Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.11.2009, ABl. 2009, L 337, S. 37 ausgeführt „Bei der Trennung der Regulierung von Übertragung und Inhalten sind dennoch die Verbindungen zwischen beiden zu berücksichtigen, insbesondere die Gewährleistung des Pluralismus der Medien, der kulturellen Vielfalt und des Verbraucherschutzes.“. So auch *Koreng*, CR 2009, 758 (759); *Holznapel/Ricke*, DuD 2011, 611 (612).

²⁶⁰ BVerfGE 31, 314 (325).

²⁶¹ BVerfGE 31, 314 (326).

²⁶² Vgl. BVerfG, Urteil v. 11.09.2007, 1 BvR 2270/05, Rz. 126 = BVerfGE 119, 181. Siehe auch *Koreng*, CR 2009, 758 (758) m.w.N.

zen nicht nur auf die Kräfte des (wirtschaftlichen) Wettbewerbs der ISP vertraut werden darf – wie dies Unionsrecht und nationales Recht allgemein für die Gewährleistung der Wahlfreiheit der Endnutzer im Internet vorsehen –, sondern ob erforderlichenfalls zusätzliche inhalts- bzw. dienstspezifische Schutzvorkehrungen zur Sicherstellung ihrer umfassenden Verfügbarkeit ergriffen werden müssen.

In einem ersten Schritt soll dazu kurz skizziert werden, welche verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Verfügbarkeit von Rundfunkinhalten allgemein gelten und welche Konsequenzen sich daraus für Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit der Übertragung dieser Inhalte in paketvermittelten Telekommunikationsnetzen ergeben (dazu B.). Im Anschluss soll erörtert werden, ob sich durch mögliche Abweichungen vom bisherigen Standard der Best-Effort-Übertragung in paketvermittelten Telekommunikationsnetzen Gefahren für die verfassungsrechtlich gebotene Verfügbarkeit von geschützten Rundfunkangeboten ergeben, denen durch den wirtschaftlichen Wettbewerb und seinem Schutz durch das Telekommunikations- und Wettbewerbsrecht nicht ausreichend Rechnung getragen wird (dazu C.). Schließlich soll untersucht werden, ob gegebenenfalls das vorhandene telekommunikations- und medienrechtliche Instrumentarium ausreicht, um eine den verfassungsrechtlichen Vorgaben genügende Verfügbarkeit von Rundfunkinhalten sicherzustellen, oder ob für diesen begrenzten Bereich weitergehende Netzneutralitätsregelungen erforderlich sind (dazu D.).

B Verfassungsrechtliche Vorgaben für Medienangebote

I. Allgemein

Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG schützt durch die Gewährleistung der Presse-, der Rundfunk- und der Filmfreiheit verschiedene Formen von Massenmedien. Das Bundesverfassungsgericht sieht die Medienfreiheiten neben der individuellen Meinungsäußerungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG als schlechthin konstituierend für die freiheitliche Demokratie an.²⁶³ Insbesondere die Presse und der Rundfunk spielen demnach für die öffentliche Meinungsbildung und damit für das Funktionieren einer Demokratie eine zentrale Rolle.²⁶⁴ Daraus folgert das Bundesverfassungsgericht eine staatliche Verantwortung, die Meinungsvielfalt sowie den Meinungswettbewerb in Presse und Rundfunk auch aktiv zu schützen.²⁶⁵

Der Pressefreiheit unterfallen dabei traditionell alle zur Verbreitung geeigneten Druckerzeugnisse.²⁶⁶ Die Verbreitung von Inhalten über eine gewisse Distanz mittels elektro-magnetischer Übertragungstechniken an die Allgemeinheit wird hingegen der Rundfunkfreiheit unterstellt.²⁶⁷ Die Übertragung von Medieninhalten über paketvermitteltete Telekommunikationsnetze kann dabei – selbst bei rein textbasierten Inhalten – nach h.M. in Ermangelung einer Verkörperung nicht der Pressefreiheit, sondern ausschließlich der Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG zugeordnet werden.²⁶⁸

Die Zuordnung entweder zur Presse- oder zur Rundfunkfreiheit ist von Relevanz, weil das Grundrecht der Pressefreiheit vorrangig die Funktion eines Abwehrrechts besitzt, das die Presse vor staatlichen Beeinträchtigungen schützt;²⁶⁹ der Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG wird hingegen vom Bundesverfassungsgericht eine darüber hinausgehende dienende Funktion zugeschrieben.²⁷⁰ Neben dem abwehrrechtlichen Gehalt, der die Freiheit des Rundfunks vor staatlicher Einflussnahme gewährleistet, enthält Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG demnach „einen Auftrag zur Gewährleistung der Rundfunkfreiheit, der auf eine Ordnung zielt, die sicherstellt, dass die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk in möglichster Breite und Vollständigkeit Ausdruck findet“.²⁷¹ Das bedeutet, dass der Gesetzgeber eine positive Rundfunkordnung etablieren muss, die eine gleichgewichtige Vielfalt der

²⁶³ BVerfGE 20, 56 (97).

²⁶⁴ BVerfGE 83, 238 (296).

²⁶⁵ BVerfGE 57, 295 (323); 83, 238 (324).

²⁶⁶ *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 68 m.w.N.; *Ladeur*, in: Paschke/Berlit/Meyer, *Gesamtes Medienrecht*, 2. Aufl. 2012, S. 109 Rn. 18.

²⁶⁷ *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 90a m.w.N.

²⁶⁸ *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 90b; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 5 Rn. 36; *Ko-reng*, CR 2009, 758 (760); *Clemens*, in: Umbach/Clemens, GG, Art. 5 Rn. 69b. Kritisch zur an der Verbreitungsform orientierten Abgrenzung *Gersdorf*, AfP 2010, 421 (422); *Degenhart*, in: Kloepfer, *Netzneutralität in der Informationsgesellschaft*, S. 67 (75 f.).

²⁶⁹ BVerfGE 57, 295 (321).

²⁷⁰ BVerfGE 57, 295 (320). Zur Frage, ob diese Aufspaltung im Zeitalter elektronischer Medien noch sinnvoll ist oder ob Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG nicht ein einheitliches Grundrecht der Medienfreiheit oder der Internetfreiheit gewährleistet, siehe *Holz-nagel*, AfP 2011, 532 (534 f.); *Holz-nagel/Schumacher*, in: Kloepfer, *Netzneutralität in der Informationsgesellschaft*, S. 47 (55 ff.).

²⁷¹ BVerfGE 31, 314 (326); 57, 295 (319); 121, 30.

Meinungen im Rundfunk gewährleistet.²⁷² Der Gesetzgeber besitzt also einen Ausgestaltungsauftrag, der auch beinhalten kann, Vorkehrungen gegenüber Einschränkungen einer pluralistischen Rundfunklandschaft – ggf. auch gegenüber Angriffen privater Dritter – zu treffen.²⁷³ Insbesondere darf der Rundfunk nicht einzelnen gesellschaftlichen Gruppen ausgeliefert werden.²⁷⁴

In der Bundesrepublik Deutschland dient diesem Ziel die duale Rundfunkordnung. Ihre von Verfassungs wegen tragende Säule bilden die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanbieter. Sie besitzen einen so genannten Grundversorgungsauftrag.²⁷⁵ Das bedeutet gemäß § 11 Abs. 1 RfStV, dass sie in ihrem Programm einen umfassenden Überblick über das internationale, europäische, nationale und regionale Geschehen in allen wesentlichen Lebensbereichen geben müssen. Die zweite Säule der dualen Rundfunkordnung wird durch private Rundfunkveranstalter konstituiert. Ihr Angebot kann nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts stärker den Gesetzen des wirtschaftlichen Wettbewerbs überlassen werden.²⁷⁶ Sie besitzen dementsprechend nicht wie die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten einen umfassenden Grundversorgungsauftrag. Auch sie sind jedoch zur Sicherung der Meinungsvielfalt in ihren Programmen verpflichtet;²⁷⁷ insbesondere müssen sie nach § 25 Abs. 1 S. 2 RfStV die bedeutsamen politischen, weltanschaulichen und gesellschaftlichen Kräfte und Gruppen in ihren Vollprogrammen angemessen zu Wort kommen lassen. Insgesamt soll durch die duale Rundfunkordnung sichergestellt werden, dass bei einer Gesamtschau von öffentlich-rechtlichem und privatem Rundfunk ein vielfältiges Rundfunkgesamtangebot zur Verfügung steht.²⁷⁸ Insofern unterfällt die Verfügbarkeit von Angeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks für die gesamte Bevölkerung dem institutionellen verfassungsrechtlichen Schutz des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG.²⁷⁹ Stärker in seiner abwehrrechtlichen Dimension schützt Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG auch die Angebote privater Anbieter.²⁸⁰

Das Bundesverfassungsgericht hat die dienende Funktion der Rundfunkfreiheit und die daraus resultierende besondere gesetzgeberische Aufgabe zur Vielfaltssicherung im Rundfunk zunächst zum einen damit begründet, dass das Angebot von Rundfunk, d.h. von Hörfunk-, insbesondere aber von Fernsehprogrammen aufgrund des erheblichen finanziellen Aufwands sowie der zunächst nur begrenzt verfügbaren (terrestrischen) Übertragungskapazitäten nur einem kleinen Anbieterkreis vorbehalten sei.²⁸¹ Dies führt nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts dazu, dass allein der ökonomische und der publizistische Wettbewerb nicht ausreichend dafür Sorge tragen können, dass „in den Rundfunkprogrammen die Vielfalt der in einer Gesellschaft verfügbaren Informationen, Erfahrungen, Werterhaltungen und Verhaltensmuster abgebildet wird“. ²⁸² Dahinter steht die Befürchtung,

²⁷² BVerfGE 74, 297 (327). Dazu m.w.N. *Ladueur*, in: Paschke/Berlit/Meyer, *Gesamtes Medienrecht*, 2. Aufl. 2012, S. 123 Rn. 69.

²⁷³ BVerfGE 83, 283 (296).

²⁷⁴ BVerfGE 57, 295 (322); 73, 118 (153).

²⁷⁵ BVerfGE 73, 118 (158); 74, 297 (324 f.). Dazu *Ladueur*, in: Paschke/Berlit/Meyer, *Gesamtes Medienrecht*, 2. Aufl. 2012, S. 136 Rn. 116 f.

²⁷⁶ BVerfG, Urteil v. 12.03.2008, 2 BvF 4/03, Rn. 93 = BVerfGE 121, 30.

²⁷⁷ BVerfGE 83, 238 (297).

²⁷⁸ BVerfGE 73, 118 (157); 83, 238 (296).

²⁷⁹ BVerfGE 74, 297 (326); BVerfGE 83, 238 (326).

²⁸⁰ Vgl. aber zur Systembedeutung des privaten Rundfunks BVerfG, Urteil v. 12.03.2008, 2 BvF 4/03, Rn. 89 = BVerfGE 121, 30; BVerfGE 73, 118 (163). Vgl. aber auch BVerfGE 83, 238 (296), wonach es keine Pflicht zur Beibehaltung einer dualen Rundfunkordnung gibt.

²⁸¹ BVerfGE 12, 205 (261); 31, 214 (326).

²⁸² BVerfGE 57, 295 (322); BVerfG, Urteil v. 11.09.2007, 1 BvR 2270/05, Rz. 117 = BVerfGE 119, 181.

dass bei aus technischen und ökonomischen Gründen begrenzter Anzahl möglicher Rundfunkprogramme die wenigen möglichen Programme bei einem rein wirtschaftlichen oder publizistischen Wettbewerb von solchen Anbietern veranstaltet würden, die das kommerziell erfolgreichste bzw. das sensationsgierigste Programm anbieten.²⁸³ Kommerziell weniger attraktive bzw. stärker sachbezogene Programme hingegen, die für die Meinungsbildung aber einen wichtigen Beitrag leisten würden, könnten dann keine Übertragungskapazität mehr für sich beanspruchen.²⁸⁴

Neben den technischen und ökonomischen Besonderheiten begründet zum anderen nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung auch die im Vergleich zu anderen Medienformen besondere Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft des Rundfunks und damit seine besondere Bedeutung für die Meinungsbildung die Notwendigkeit einer gesetzlichen Ausgestaltung der Rundfunkordnung, mit der die Meinungsvielfalt des Rundfunkangebots sichergestellt wird.²⁸⁵ Angesichts der Meinungsmacht, die Rundfunkanbieter jedenfalls potenziell besitzen, soll so gewährleistet werden, dass das wirkmächtige Massenmedium Rundfunk nicht missbräuchlich genutzt und von einem ausgewogenen Gesamtangebot gekennzeichnet wird.²⁸⁶

II. Medienangebote in paketvermittelten Telekommunikationsnetzen

Für die Netzneutralitätsdebatte, die sich um die Zulässigkeit der Abweichung von einer Best-Effort-Übertragung in paketvermittelten Telekommunikationsnetzen und den damit möglicherweise einhergehenden Auswirkungen auf das Dienste- und Inhalteangebot dreht, ist zunächst von Bedeutung, inwieweit die vom Bundesverfassungsgericht zum klassischen Rundfunk entwickelten Grundsätze auch auf die Übermittlung von Medieninhalten über solche Netze von Relevanz sind. Nur wenn und soweit dies der Fall ist, ist im nächsten Schritt zu erörtern, ob Abweichungen von einer Best-Effort-Übertragung zu einer Gefährdung des verfassungsrechtlich gebotenen Standards führen können, die dazu zwingen, rundfunkspezifische Regelungen zur Netzneutralität zu treffen.

Die Beantwortung der Frage, inwieweit die für den klassischen Rundfunk entwickelten Grundsätze zur Vielfaltsicherung auch auf die Übertragung von Medieninhalten über paketvermittelte Telekommunikationsnetze anwendbar sind, soll in der Folge materiell differenziert vorgenommen werden: Es wird einerseits zwischen solchen Angeboten unterschieden, bei denen ein klassisches lineares Rundfunkprogramm unverändert über ein IP-basiertes Telekommunikationsnetz übertragen wird – so genannte Livestreams –, und andererseits solchen Online-Angeboten, die über lineare Rundfunkangebote hinausgehen. Ein Beispiel für letztere sind etwa die Mediatheken der Rundfunkveranstalter,²⁸⁷ bei denen bereits ausgestrahlte Programme auf Abruf bereitgehalten werden oder über das Rundfunkprogramm hinausgehende Informationen zur Verfügung gestellt werden.²⁸⁸ Allenfalls indizielle Bedeutung für die Frage des verfassungsrechtlichen Schutzes dieser Angebote hat dabei jeweils, wer formell ein Angebot in einem paketvermittelten Telekommunikationsnetz bereitstellt. Die besondere Schutzwürdigkeit des Rundfunks resultiert vorrangig aus seiner inhaltlichen Bedeutung als

²⁸³ BVerfG, Urteil v. 11.09.2007, 1 BvR 2270/05, Rz. 117 = BVerfGE 119, 181.

²⁸⁴ BVerfGE 73, 118 (155 f.).

²⁸⁵ BVerfGE 31, 314 (325).

²⁸⁶ BVerfGE 31, 314 (326).

²⁸⁷ Vgl. etwa <http://www.ardmediathek.de/>; <http://www.zdf.de/zdfmediathek/>; <http://rtl-nowrtl.de/>; <http://www.prosieben.de/video>.

²⁸⁸ ZAK, Keine inhaltebezogene Priorisierung im offenen Internet – Thesen der Medienanstalten zur Netzneutralität vom 21.01.2011, 1.

Medium und Faktor der Meinungsbildung.²⁸⁹ Daher erscheint es nicht überzeugend, wenn Angebote in paketvermittelten Telekommunikationsnetzen allein deshalb dem verfassungsrechtlichen Schutz der Rundfunkfreiheit unterstellt würden – und damit ein gesetzgeberischer Auftrag zu Sicherung ihrer Vielfalt konstituiert würde –, weil sie von etablierten Rundfunkanbietern stammen.

1. Rundfunkangebote i.S.d. § 2 Abs. 1 RfStV

Ursprünglich umfasste Rundfunk – und damit der Gegenstand der verfassungsrechtlich gebotenen Vielfaltssicherung – Radio- und Fernsehprogramme, die von einem Sender ausgestrahlt werden und die über klassische monofunktionale Radio- bzw. TV-Geräte empfangen werden können („broadcast“). In diesem Sinn definiert § 2 Abs. 1 S. 1 Rundfunkstaatsvertrag (RfStV) den Begriff des Rundfunks auch heute noch als einen linearen Informations- und Kommunikationsdienst, der für die Allgemeinheit und zum zeitgleichen Empfang bestimmte Veranstaltung und Verbreitung von Angeboten in Bewegtbild oder Ton entlang eines Sendeplans unter Benutzung elektromagnetischer Schwingungen ist. Ein Rundfunkprogramm ist gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 RfStV demnach eine nach einem Sendeplan zeitlich geordnete Folge von Inhalten. Kennzeichnend ist, dass der Rundfunkanbieter ein vorgefertigtes Programm veranstaltet und verbreitet, das die Rezipienten unverändert zu einem vorgegebenen Zeitpunkt empfangen.

Traditionell werden Rundfunkprogramme entweder mittels Funkwellen terrestrisch, per Satellit oder leitungsgebunden über Kabelnetze ausgestrahlt. Da der Rundfunkbegriff allerdings nicht daran anknüpft, welcher – elektro-magnetische – Übertragungsweg für ein Angebot genutzt wird, fallen auch Livestreams von linearen Rundfunkprogrammen über paketvermittelte Telekommunikationsnetze unter den Begriff des Rundfunks. Demnach gelten die verfassungsrechtlichen Vorgaben der Vielfaltsicherung für das Rundfunkangebot grundsätzlich auch dann, wenn die „Ausstrahlung“ traditioneller Radio- und Fernsehprogramme über paketvermittelte Telekommunikationsnetze erfolgt.

Zwar kann man daran zweifeln, dass die vom Bundesverfassungsgericht zur Begründung der Sonder-situation des Rundfunks herangezogene Knappheit von Übertragungswegen und eine daraus resul-tierende jedenfalls potenziell begrenzte Anzahl von Rundfunkanbietern weiterhin von Relevanz ist.²⁹⁰ Die Entwicklung alternativer Übertragungstechnologien zum funkfrequenzabhängigen terrestrischen Rundfunk wie Satellitenübertragung sowie Kabel- und Glasfasernetze erlauben aus technischer Sicht inzwischen eine nahezu unbeschränkte Anzahl von Rundfunkprogrammen. Hinzu kommt, dass die vorhandenen Funkfrequenzen heute effizienter genutzt werden können, als dies noch zur Zeit der ersten Rundfunkurteile der Fall war, so dass auf dem Weg ebenfalls eine größere Anzahl von Rundfunkangeboten möglich ist. So erkennt auch das Bundesverfassungsgericht an, dass sich die techni-schen und ökonomischen Rahmenbedingungen so geändert haben, dass die Anzahl der potenziellen Anbieter inzwischen größer ist.²⁹¹

Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht in der Vergangenheit wiederholt ausgeführt, dass allein durch den technischen und ökonomischen Wandel die Sondersituation des Rundfunks nicht entfallen

²⁸⁹ BVerfGE 12, 205 (260).

²⁹⁰ *Koreng*, CR 2009, 758 (759).

²⁹¹ BVerfGE 119, 181; 121, 30.

sei.²⁹² Vielmehr bleibe Anlass der gesetzgeberischen Aufgabe zur Vielfaltssicherung auch in Zeiten neuer Übertragungswege – und damit auch bei Relativierung des Knappheitsarguments – zum einen die hohe Suggestivkraft des Rundfunks, die sich aus der Kombination von Text und Ton sowie bewegten Bildern ergebe.²⁹³ Zum anderen entfalte der Rundfunk auch weiterhin durch seine Reichweite und die Möglichkeit der Beeinflussung weiter Bevölkerungsteile eine erhebliche Breitenwirkung.²⁹⁴ Schließlich begründe auch das hohe Maß an Aktualität, das durch die Möglichkeit einer zeitgleichen Erreichung einer Vielzahl von Rezipienten ermöglicht werde, die Fortgeltung der Sondersituation des Rundfunks auch unter den veränderten technischen und ökonomischen Rahmenbedingungen.²⁹⁵

Zwischenfazit

Unter Zugrundelegung der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ist das lineare Rundfunkangebot übertragungswegunabhängig durch die Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützt.

Es sei allerdings an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass dieser Aspekt nach derzeitigem Stand allenfalls eine untergeordnete Rolle für die Frage der Notwendigkeit rundfunkspezifischer Netzneutralitätsregelungen spielen dürfte. Klassische Rundfunkprogramme i.S.d. § 2 Abs. 1 S. 1 RfStV werden nach wie vor umfassend und flächendeckend über die etablierten Vertriebswege terrestrische Ausstrahlung, Satellit sowie Kabelnetze verbreitet. Das Livestreaming von Rundfunkprogrammen über das offene Internet wird auf absehbare Zeit allenfalls eine Ergänzung dieser Vertriebswege darstellen.²⁹⁶ Der verfassungsrechtliche Schutz des klassischen Rundfunkangebots erfordert zwar eine umfassende Verfügbarkeit jedenfalls des öffentlich-rechtlichen, mit gewissen Modifizierungen auch eines privaten Rundfunkangebots. Eine umfassende Verfügbarkeit über jeden neuen – ergänzenden – Übertragungsweg lässt sich hieraus aber nicht ableiten, solange sichergestellt ist, dass jedermann über die allgemein zugänglichen Übertragungswege das lineare Rundfunkangebot empfangen kann.²⁹⁷

Dem entspricht es auch, wenn die rundfunkstaatsvertraglichen Regelungen über Plattformen gemäß § 52 Abs. 1 Nr. 1 RfStV in offenen Netzen nur für solche Anbieter gelten, die dort über eine marktbeherrschende Stellung verfügen.²⁹⁸ Anbieter von technischen Übertragungskapazitäten, die nicht über eine solche Stellung verfügen, können hingegen auch nicht gemäß § 52b RfStV zur Belegung ihrer Plattform mit Rundfunkprogrammen verpflichtet werden. Auch im Regelungskonzept des Rundfunkstaatsvertrages kommt damit zum Ausdruck, dass nicht alle Rundfunkprogramme über jeden vorhandenen Übertragungsweg unabhängig von dessen tatsächlicher Bedeutung verfügbar sein müssen.²⁹⁹

²⁹² So bereits BVerfGE 57, 295 (322 f.); BVerfG, Urteil v. 11.09.2007, 1 BvR 2270/05, Rz. 115 = BVerfGE 119, 181.

²⁹³ BVerfG, Urteil v. 11.09.2007, 1 BvR 2270/05, Rz. 116 ff. = BVerfGE 119, 181.

²⁹⁴ BVerfGE 119, 181.

²⁹⁵ BVerfGE 119, 181.

²⁹⁶ ZAK, Keine inhaltebezogene Priorisierung im offenen Internet – Thesen der Medienanstalten zur Netzneutralität vom 21.01.2011, 1.

²⁹⁷ Vgl. dazu auch BVerfGE 73, 118 (155); BVerfGE 74, 297 (326).

²⁹⁸ Zu den Anwendungsschwierigkeit dieser Vorschriften auf lokale ISP unten D II.

²⁹⁹ Dazu *Holzengel/Jahn*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. 2011, § 52 RfStV Rn. 7.

Schließlich wird dieser Befund auch durch die zugrundeliegende unionsrechtliche Regelung des Art. 31 der Universaldienst-RL bestätigt.³⁰⁰ Demnach können die Mitgliedstaaten Betreibern von Kommunikationsnetzen, die für die öffentliche Verbreitung von Hörfunk- oder Fernseh Rundfunkkanälen genutzt werden, so genannte „Must-Carry“-Verpflichtungen auferlegen. Eine entsprechende Verpflichtung zwingt den Anbieter eines Kommunikationsnetzes, bestimmte Programme über sein Netz zu verbreiten. Voraussetzung für die Auferlegung einer „Must-Carry“-Verpflichtung für einen Kommunikationsnetzbetreiber ist allerdings, dass „eine erhebliche Zahl von Endnutzern diese Netze als Hauptmittel zum Empfang von Hörfunk- und Fernseh Rundfunkkanälen nutzt“. Dementsprechend geht auch das Unionsrecht offensichtlich nicht davon aus, dass Rundfunkangebote nicht über jeden verfügbaren Übertragungsweg vollumfänglich zugänglich sein müssen.³⁰¹

Insofern ist allerdings die weitere Entwicklung genau zu beobachten: Sollten Livestreams zukünftig einmal von einer erheblichen Zahl von Endnutzern als Hauptempfangsmittel eingesetzt werden, könnte auch dieser Aspekt in der Netzneutralitätsdebatte relevant werden. Gleiches könnte gelten, wenn zukünftig linearer Rundfunk und Online-Angebote noch stärker zusammenwachsen sollten.

Zwischenfazit

Für die Übertragung linearer Rundfunkprogramme über paketvermittelte Telekommunikationsnetze lässt sich in einem ersten Schritt feststellen, dass sie zwar nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts schutzwürdig sind, dass ihre Schutzbedürftigkeit aber aufgrund ihrer flächendeckenden Verfügbarkeit über die etablierten Rundfunknetze derzeit gering ist.

Ein verfassungsrechtlich radizierter Handlungsbedarf für spezifische Schutzvorkehrungen besteht nicht, solange die flächendeckende Verfügbarkeit des klassischen linearen Rundfunks wie bisher über die vorhandenen Übertragungswege sichergestellt ist.

2. Online-Angebote

Vergegenwärtigt man sich die Begründung des Bundesverfassungsgerichts für die besondere Schutzwürdigkeit von Rundfunkangeboten, wird deutlich, dass unter den verfassungsrechtlichen Schutz der Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG nicht mehr nur die klassischen linearen Radio- und Fernsehangebote fallen können.³⁰² Die dienende Funktion der Rundfunkfreiheit – und damit die staatliche Aufgabe zur Etablierung einer vielfaltssichernden positiven Rundfunkordnung – wird vom Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung mit der Bedeutung des Rundfunks als Medium und Faktor der öffentlichen Meinungsbildung und damit für das Funktionieren der Demokratie begründet.³⁰³ Neben dem linearen Radio- und Fernsehprogramm vollzieht sich die öffentlichen Meinungsbildung inzwischen auch durch und in Online-Angeboten – sie werden so zunehmend zu Medium und Faktor

³⁰⁰ Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universal-Dienstrichtlinie), ABl. EG 2002, L 108, S. 51 geändert durch Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.11.2009, ABl. 2009, L 337, S. 11.

³⁰¹ *Holznagel/Jahn*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. 2011, § 52b RfStV Rn. 11; *Ricke*, MMR 2011, 642 (646). Zweifelnd, ob alternative Übertragungswege mit in die Berücksichtigung einfließen dürfen, im Hinblick auf die Plattformregulierung *Ritlewski*, ZUM 2008, 403 (406).

³⁰² *Ladeur*, in: Paschke/Berlit/Meyer, Gesamtes Medienrecht, 2. Aufl. 2012, S. 126 Rn. 79.

³⁰³ Ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 12, 205 (206).

der öffentlichen Meinungsbildung.³⁰⁴ Es ist daher insoweit folgerichtig, wenn das Bundesverfassungsgericht den Gewährleistungsbereich der Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG nicht auf die althergebrachten linearen Radio- und Fernsehangebote beschränkt.³⁰⁵

Besonders deutlich wird dies im Rahmen der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Funktionsauftrag der Rundfunkanstalten.³⁰⁶ Das Bundesverfassungsgericht geht davon aus, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk nicht nur eine Bestandsgarantie, sondern auch eine Entwicklungsgarantie besitzt.³⁰⁷ Sie gebietet es, dass das Programmangebot „für neue Inhalte, Formate und Genres sowie für neue Verbreitungsformen offen bleiben muss, der Auftrag also dynamisch an die Funktion des Rundfunks gebunden ist“.³⁰⁸ Dies bedeutet insbesondere, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk auch zum Angebot von neuartigen Online-Diensten berechtigt ist; in bestimmten Grenzen kann er dazu sogar im Rahmen seines Grundversorgungsauftrags verpflichtet sein.³⁰⁹

Der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung entsprechend sieht der Rundfunkstaatsvertrag in § 11d RfStV vor, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk zum Angebot von Telemedien berechtigt und im Rahmen seines Grundversorgungsauftrags auch verpflichtet ist. Telemedien sind gemäß § 2 Abs. 1 S. 3 RfStV alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 TKG bzw. telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 25 TKG oder klassischer linearer Rundfunk gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 RfStV sind. Die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, das ZDF und das Deutschlandradio bieten gemäß § 11d Abs. 1 RfStV Telemedien an, die journalistisch-redaktionell veranlasst und journalistisch-redaktionell gestaltet sind. Dieser Auftrag zum Angebot von Telemedien umfasst zum einen hör- bzw. fernsehrundfunkbezogen nach § 11d Abs. 2 RfStV die Bereitstellung von Sendungen auf Abruf bis zu sieben Tage nach ihrer Ausstrahlung bzw. bei bestimmten Ereignissen bis zu 24 Stunden danach (§ 11d Abs. 2 Nr. 1 RfStV); sendungsbezogene Telemedien bis zu sieben Tage nach Ausstrahlung der Sendung (§ 11d Abs. 2 Nr. 2 RfStV). Daneben kann der öffentlich-rechtliche Rundfunk gemäß § 11d Abs. 2 Nr. 3 und 4 RfStV auch fristenunabhängig Sendungen und sendungsbezogene Telemedien, nicht sendungsbezogene Telemedien und Archive mit zeit- und kulturgeschichtlichen Inhalten anbieten, sofern hierfür eine Konkretisierung in einem Telemedienkonzept nach § 11f RfStV erfolgt ist. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sind dabei nicht frei im Hinblick auf die Einführung von Telemedienangeboten i.S.d. § 11d Abs. 2 Nr. 3 und 4 RfStV. Vielmehr müssen alle neuartigen Telemedienangebote gemäß § 11f Abs. 4 RfStV den so genannten Drei-Stufen-Test durchlaufen, sofern sie im Rahmen des Grundversorgungsauftrags und damit gebühren- bzw. haushaltsabgabenfinanziert erbracht werden sollen.

³⁰⁴ *Koreng*, CR 2009, 758 (759); *Kloepfer*, Netzneutralität und Presse-Grosso in der Informationsgesellschaft, S. 7.

³⁰⁵ Kritisch zunächst noch BVerfGE 74, 297 (353); 83, 238 (302). Dann aber offener BVerfGE 119, 181 (218).

³⁰⁶ BVerfGE 74, 297 (350); 83, 238 (299); BVerfG, Urteil v. 11.09.2007, 1 BvR 2270/05, Rz. 123 = BVerfGE 119, 181.

³⁰⁷ BVerfGE 73, 118 (158); 74, 297 (324); BVerfG, Urteil v. 11.09.2007, 1 BvR 2270/05, Rz. 123 = BVerfGE 119, 181.

³⁰⁸ BVerfGE 83, 238 (299); 119, 181.

³⁰⁹ Dazu *Vesting*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 45a; kritisch *Ladeur*, in: Paschke/Berlit/Meyer, Gesamtes Medienrecht, 2. Aufl. 2012, S. 126 Rn. 79.

Es spricht viel dafür, dass die privaten Rundfunkveranstalter ebenfalls Online-Angebote im Internet bereithalten dürfen und in gewissen Grenzen faktisch wohl auch müssen, wenn sie gerade mit dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk bei entsprechenden Angeboten konkurrieren und den Endkunden ein attraktives Gesamtangebot machen wollen. Eine entsprechende rechtliche Pflicht besteht aber anders als beim öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Ermangelung eines vergleichbaren Grundversorgungsauftrags nicht, so dass auch ein allgemeiner verfassungsrechtlicher positiver Schutzauftrag für private Online-Angebote nicht besteht.³¹⁰ Man kann allerdings durchaus der Auffassung sein, dass das Online-Angebot privater Rundfunkveranstalter jedenfalls insofern verfassungsrechtlich schutzwürdig ist, als es der Erfüllung des den privaten Anbietern im Rahmen der dualen Rundfunkordnung zukommenden Beitrags zur Verfügbarkeit eines umfassenden Medienangebots dient.³¹¹

Jedenfalls gilt aber, dass die Schutzwürdigkeit eines bestimmten Online-Angebots umso höher einzuschätzen ist, je stärker es für die Aufgabe des (öffentlich-rechtlichen aber auch des privaten) Rundfunks als Medium und Faktor der Meinungsbildung relevant ist. Für Angebote, die davon losgelösten kommerziellen Zwecken dienen, ist die verfassungsrechtliche Schutzwürdigkeit hingegen geringer, so dass ihre Verfügbarkeit eher dem wirtschaftlichen und publizistischen Wettbewerb überlassen werden kann.

Zwischenfazit

Neben linearen Rundfunkangeboten werden auch darüber hinausgehende Online-Angebote durch die Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG in gewissen Grenzen verfassungsrechtlich geschützt. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk ist ausgehend von der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung bei ihrem Angebot im Rahmen seines Grundversorgungsauftrags entsprechend verfassungsrechtlich geschützt.

3. Zwischenergebnis

Ausgehend von der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung und den Regelungen des Rundfunkstaatsvertrags ist davon auszugehen, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten dem Grunde nach im Internet zum Angebot von Medieninhalten berechtigt und in gewissem Umfang verpflichtet sind, so dass diese Angebote verfassungsrechtlich schutzwürdig sind, soweit sie der Erfüllung der Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Rundfunks dienen. Schutzwürdig können darüber hinaus auch die Angebote privater Rundfunkveranstalter sein, soweit sie der Erfüllung des den privaten Anbietern zukommenden Auftrags dienen, zu einem umfassenden Medienangebot im Rahmen der dualen Rundfunkordnung beizutragen.

Im Gegensatz zu den linearen Rundfunkprogrammen, die als Livestreams ergänzend über paketvermittelte Netze – insbesondere über das Internet – übertragen werden, stellen für darüber hinausgehende Online-Angebote paketvermittelte Netze lokaler ISP oftmals den einzigen Verbreitungsweg

³¹⁰ *Holznapel/Schumacher*, in: Klopfer, Netzneutralität in der Informationsgesellschaft, S. 47 (61) keine Pflicht „eine duale Kommunikationsordnung im Internet aufzubauen“.

³¹¹ Vgl. dazu auch BVerfGE 73, 188 (157). In diesem Sinne – unter Berufung auf unionsrechtliche Vorgaben – *Ladeur*, in: Paschke/Berlit/Meyer, Gesamtes Medienrecht, 2. Aufl. 2012, S. 128 Rn. 88 f. Stärker auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk abstellend die medienanstalten, Digitalisierungsbericht 2011, S. 22.

dar, um Endkunden zu erreichen.³¹² Diese Angebote können also darauf angewiesen sein, dass sie von allen lokalen ISP an ihre Endkunden weitergeleitet werden.³¹³ Es soll daher nun untersucht werden, ob die Verfügbarkeit verfassungsrechtlich geschützter – das lineare Rundfunkprogramm begleitende oder auch erweiternde – Online-Angebote durch ein Abweichen lokaler ISP vom bisherigen Standard der Best-Effort-Übertragung gefährdet wäre, ob also eine Verbreitung dieser Angebote an alle Endnutzer nicht mehr gewährleistet wäre.

Nicht soll hingegen darauf eingegangen werden, welche Reichweite der Grundversorgungsauftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Internet hat, insbesondere welche konkreten Online-Angebote gebühren- bzw. haushaltsabgabenfinanziert bereitgestellt werden dürfen.³¹⁴ Für die vorliegende Fragestellung ist insofern nur relevant, dass derartige Angebote nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich zum Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zählen können.

Zwischenfazit

Online-Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, die zur Erfüllung seiner Aufgabe als Medium und Faktor der öffentlichen Meinungsbildung dienen, sind ausgehend von der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung und den Regelungen des Rundfunkstaatsvertrages dem Grunde nach verfassungsrechtlich ebenso schutzwürdig wie lineare Rundfunkangebote, so dass ihre Verfügbarkeit gewährleistet sein muss. Schutzwürdig können auch solche Online-Angebote privater Rundfunkanbieter sein, die der Erfüllung der dem privaten Rundfunk im Rahmen der dualen Rundfunkordnung zukommenden Versorgungsaufgabe dienen.

Für rein kommerzielle Angebote von Rundfunkveranstaltern, die jenseits dieses verfassungsrechtlich determinierten Aufgabenbereichs liegen, ist eine vergleichbare Schutzwürdigkeit hingegen nicht zu konstatieren.

³¹² Zu der daraus resultierenden Relevanz für die Netzneutralitätsdebatte für den Rundfunk *Libertus/Wiesner*, MEDIA PERSPEKTIVEN 2011, 80 (86).

³¹³ Nicht völlig überzeugend ist es insofern, wenn *Görisch*, EuZW 2012494 (498) ein Einschreiten erst bei Beschränkungen durch alle vorhandenen ISP als angezeigt ansieht.

³¹⁴ Dazu ausführlich *Gersdorf*, AfP 2010, 421 m.w.N.

C Gefährdungen für die Verfügbarkeit schutzwürdiger Medienangebote

Wie im ersten Teil der vorliegenden Impulsstudie dargelegt verfolgt sowohl das Unions- als auch das nationale Telekommunikationsrecht einen wettbewerbsorientierten Ansatz zur Sicherstellung eines offenen Internet.³¹⁵ Demnach haben Endnutzer grundsätzlich das Recht zu entscheiden, welche Inhalte und Dienste sie beziehen wollen. Der Europäische und der nationale Gesetzgeber gehen davon aus, dass jedenfalls derzeit dieses Recht grundsätzlich durch den Wettbewerb zwischen den lokalen ISP gewährleistet wird.

Für Medienangebote, die unter den verfassungsrechtlichen Schutz der Rundfunkfreiheit fallen, ist ein solcher wettbewerbsbezogener Versorgungsansatz nicht ohne weiteres zulässig. Das Bundesverfassungsgericht geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass ihre Verfügbarkeit und Vielfalt nicht allein dem wirtschaftlichen und publizistischen Wettbewerb überlassen werden darf.³¹⁶ Dies gilt uneingeschränkt für das zum Grundversorgungsauftrag zählende Angebot des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.³¹⁷ Für das Angebot des privaten Rundfunks kann hingegen zur Sicherung seiner Vielfalt grundsätzlich auf die Marktprozesse vertraut werden.³¹⁸ Allerdings sind auch bei ihm „programmbe- grenzende und vielfaltsverengende Zwänge zu berücksichtigen“.³¹⁹ Wendet man diese Rechtsprechung auf die Übertragung von verfassungsrechtlich geschützten Online-Angeboten über paketver- mittelte Telekommunikationsnetze an, so bedeutet das, dass entsprechend geschützte Angebote unabhängig von einer wettbewerblichen Erbringung stets für die Allgemeinheit verfügbar sein müs- sen.³²⁰ Sollten also Abweichungen vom Best-Effort-Prinzip durch lokale ISP – insbesondere das Ange- bot von Qualitätsklassen – zu einem Angebotsausfall für derartige Angebote führen, wäre der Staat zu einer schützenden Intervention – zur Etablierung einer positiven Ordnung – verpflichtet.³²¹

Zugleich ist allerdings zu berücksichtigen, dass rechtliche Regelungen zum Schutz der Verfügbarkeit bestimmter Angebote, mit denen lokale ISP Geschäftsmodelle untersagt werden, die eine Priorisie- rung von Daten erfordern, Eingriffe in deren grundrechtlich geschützte unternehmerische Freiheiten darstellen.³²² Derartige Regelungen müssen daher insbesondere dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen. Eine Beschränkung der unternehmerischen Freiheit zur Sicherstellung der Verfügbar- keit schutzwürdiger Rundfunkangebote ist daher nicht schrankenlos, sondern nur in dem Umfang zulässig, wie diese Angebote auch schutzbedürftig sind.³²³ Mit anderen Worten: Medienspezifische Netzneutralitätsregelungen sind nur dann und insoweit gerechtfertigt, soweit sie für den Schutz der Verfügbarkeit dieser Angebote auch tatsächlich erforderlich sind.

³¹⁵ Teil 1 A.

³¹⁶ Vgl. BVerfG, Urteil v. 11.09.2007, 1 BvR 2270/05, Rz. 117 = BVerfGE 119, 181.

³¹⁷ BVerfGE 74, 297 (326).

³¹⁸ BVerfGE 121, 30 (52).

³¹⁹ BVerfGE 114, 371 (387).

³²⁰ Für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk im Sinne einer grundsätzlich zu gewährleistenden Verfügbar- keit für die Allgemeinheit, BVerfGE 83, 238 (326). Für den privaten Rundfunk nach BVerfGE 57, 295 (327) durch gleichheitsgemäße Zuteilung vorhandener Übertragungskapazitäten.

³²¹ *Koreng*, CR 2009, 758 (760).

³²² *Fetzer/Peitz/Schweitzer*, Ökonomische und juristische Grundlagen von Netzneutralität, C.; *Görisch*, EuZW 2012, 494 (497); *Degenhart*, in: Kloepfer, Netzneutralität in der Informationsgesellschaft, S. 67 (69).

³²³ *Degenhart*, in: Kloepfer, Netzneutralität in der Informationsgesellschaft, S. 67 (74; 77 ff.).

Wie in Teil 1 der vorliegenden Studie ausgeführt worden ist, sind es insbesondere zwei Sorgen, die die Netzneutralitätsdebatte dominieren:³²⁴ Zum einen wird befürchtet, dass bei einer zukünftigen Ausdifferenzierung von Qualitätsklassen kommerziell wenig attraktive bzw. nicht-kommerzielle Angebote benachteiligt werden könnten, da nur kommerziell erfolgreiche Anbieter über die finanziellen Mittel verfügen könnten, sich eine höherwertige Qualitätsklasse zu sichern (dazu I.). Zum anderen werden Diskriminierungen in der Datenübertragung und damit Verdrängungspraktiken solcher ISP befürchtet, die aufgrund vertikaler Integration oder vertraglicher Verbindungen mit einzelnen Dienste- oder Inhaltenanbietern nicht nur auf dem Internetzugangsmarkt, sondern auch auf angrenzenden Dienste- oder Inholdemärkten tätig sind (dazu II.).

I. Priorisierte Datenübertragung als entgeltliche Leistung an Dienste- und Inholdenanbieter (Quality of Service – QoS)

Lokale ISP erwägen, ihr bisheriges Internetzugangsangebot, bei dem sie Datenpakete an ihre Endkunden auf Best-Effort-Basis übermitteln, um das Angebot besonderer Qualitätsklassen zu ergänzen, für die nicht die Endnutzer, sondern Dienste- und Inholdenanbieter zahlen sollen. Ob sich derartige Angebote tatsächlich am Markt durchsetzen werden, ist derzeit noch mit zahlreichen Unsicherheiten behaftet.³²⁵ Grundsätzlich ist eine solche Produktdifferenzierung den lokalen ISP aber nicht untersagt, sie handeln insofern in Ausübung grundrechtlich geschützter unternehmerischer Freiheiten.³²⁶ Aus ökonomischer Sicht kann eine entsprechende Produktdifferenzierung sogar zur Steigerung der Gesamtwohlfahrt beitragen.³²⁷ Zu bedenken ist auch, dass gerade für audiovisuelle Medieninhalten die Zusicherung einer bestimmten Qualität von erheblicher Bedeutung sein kann, um den Nutzern auch in Zeiten von möglichen Datenstaus in einem paketvermittelten Telekommunikationsnetz eine ausreichende Quality of Experience bieten zu können.³²⁸

Für die Frage nach der Schutzbedürftigkeit von aus verfassungsrechtlichen Gründen schutzwürdigen Medienangeboten ist freilich von Relevanz, inwieweit eine solche Produktdifferenzierung zu einem Angebotsausfall bei einem geschützten Angebot führen kann. Zu fragen ist also – anders als im ersten Teil der Studie – nicht, ob die Einführung von Qualitätsklassen negative Auswirkungen auf die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs insgesamt haben kann und ob diesen Auswirkungen ggf. durch das Telekommunikations- und Wettbewerbsrecht angemessen begegnet werden kann. Entscheidend ist vielmehr im vorliegenden Zusammenhang, ob die Verfügbarkeit von Angeboten einzelner Wettbewerbsteilnehmer – der Rundfunkanbieter – negativ betroffen sein könnte, wenn es zur Einführung von Qualitätsklassen kommt.

Dementsprechend soll nunmehr untersucht werden, inwieweit sich die im ersten Teil der Impulsstudie dargestellten allgemeinen Befürchtungen, die sich mit der Einführung von Qualitätsklassen verbinden, negativ auf die Verfügbarkeit einzelner schutzwürdiger Medienangebote auswirken können.

³²⁴ Oben Teil 1 C.

³²⁵ Dazu oben S. 20. So auch *Gersdorf*, AfP 2011, 209 (211),

³²⁶ *Fetzer/Peitz/Schweitzer*, Ökonomische und juristische Grundlagen von Netzneutralität, C.; *Gersdorf*, AfP 2011, 209 (212).

³²⁷ *Fetzer/Peitz/Schweitzer*, Ökonomische und juristische Grundlagen von Netzneutralität, D II.

³²⁸ *Fetzer/Peitz/Schweitzer*, Ökonomische und juristische Grundlagen von Netzneutralität, C II. 2 b).

Dabei sind von den vier grundsätzlich bestehenden Befürchtungen die folgenden zwei von besonderer Relevanz:³²⁹

- a) Lokale ISP könnten bei der Einführung von Qualitätsklassen gegenüber Dienste- und Inhaltenanbietern über eine erhebliche Preissetzungsmacht verfügen, sofern sie im Verhältnis zu ihren jeweiligen Endkunden über ein Terminierungsmonopol verfügen.
- b) Durch die Einführung von Qualitätsklassen könnten insbesondere nicht-kommerzielle Angebote gegenüber kommerziellen Angeboten benachteiligt werden, da ersteren die Refinanzierungsmöglichkeit für die Kosten der Inanspruchnahme einer höheren Qualitätsklasse fehlen.

Die weitere Befürchtung hingegen, dass die Einführung von Qualitätsklassen zu einer Verfestigung von Marktpositionen im lokalen ISP Markt führen könnte, ist insofern im vorliegenden Zusammenhang nur mittelbar relevant, als dadurch auch die Preissetzungsspielräume der lokalen ISP zulasten der Rundfunkanbieter weiter steigen könnten, so dass sie mit der ersten Befürchtung gemeinsam zu betrachten ist. Die letzte Sorge schließlich, dass die Einführung von Qualitätsklassen Anreize für eine Verschlechterung des Best-Effort-Angebots setzen könnte, wird für den Rundfunk nur dann relevant, wenn er auf dieses Best-Effort-Angebot angewiesen ist. Hierauf soll gesondert unter D. eingegangen werden.

Sofern lokale ISP in Folge der Einführung von Qualitätsklassen tatsächlich eine Preissetzungsmacht gegenüber Dienste- und Inhaltenanbietern erhalten sollten, ist es theoretisch denkbar, dass sie durch die Forderung von zu hohen Entgelten Rundfunkanbieter davon abhalten, für ihr Angebot eine besondere Qualitätsklasse zu buchen. Dies könnte insbesondere solche Anbieter betreffen, die keine massenmarktauglichen Angebote bereithalten, die aber für die Meinungsbildung von hoher Relevanz sein können.³³⁰ Zwar gibt es keinen rechtlichen Grundsatz, wonach die Verbreitung von Rundfunk grundsätzlich kostenlos erfolgen müsste.³³¹ Dies zeigt auch die Vorschrift des § 52d RfStV, die Regelungen über die Entgeltausgestaltung für die Nutzung von Plattformen enthält und die damit zum Ausdruck bringt, dass die Nutzung der Übertragungskapazität Dritter durch Rundfunkanbieter nicht grundsätzlich unentgeltlich möglich sein muss. Je nach Verhandlungsposition ist es allerdings durchaus denkbar, dass Plattformanbieter die Einspeisung bestimmter besonders attraktiver Programme unentgeltlich vornehmen bzw. sogar für die Einspeisung an die Programmveranstalter zahlen. Jedenfalls muss aber verhindert werden, dass – insbesondere öffentlich-rechtliche – Programmanbieter, die über keine starke Verhandlungsposition verfügen, etwa weil sie nicht kommerziell attraktive oder nur lokal relevante Inhalte³³² präsentieren, aufgrund der Entgeltgestaltung für die Quali-

³²⁹ Dazu oben Teil 1 C I. 2.

³³⁰ ZAK, Keine inhaltebezogene Priorisierung im offenen Internet – Thesen der Medienanstalten zur Netzneutralität vom 21.01.2011, 4.; ZDF, ZDF befürwortet gesetzliche Regelungen zur Sicherung der Netzneutralität v. 22.03.2011, 3; ARD und ZDF, Positionspapier von ARD und ZDF zur Sicherung von Netzneutralität durch ein offenes Internet und zur Notwendigkeit regulatorischer Maßnahmen, 5.; VPRT, Positionspapier Netzneutralität April 2012, S. 2.

³³¹ BGH 19.3.1996, Pay-TV-Durchleitung, WuW/E BGH 3058, 3064.

³³² Zur Bedeutung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks für lokale und regionale Programme BVerfG, Urteil v. 26.10.2005, 1 BvR 396/98, Rz. 63 = BVerfGE 114, 371.

tätsklassen davon abgehalten werden, ihr Angebot über einen bestimmten ISP an Endkunden zu verbreiten.³³³

Zwischenergebnis

Die Einführung von Qualitätsklassen darf nicht dazu führen, dass verfassungsrechtlich geschützte Rundfunkangebote bei einzelnen ISP deshalb nicht verfügbar sind, weil der Rundfunkanbieter durch eine prohibitive Entgeltgestaltung von der Nutzung einer für sein Angebot erforderlichen Qualitätsklasse abgehalten wird.

II. Vertikale Verbindungen zwischen Netzbetreibern und Dienste- und Inhalteanbietern

Die Ausführungen in Teil 1 der vorliegenden Studie haben gezeigt, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass einzelne lokale ISP Anreize haben, Inhaltsangebote konkurrierender Anbieter zu blockieren bzw. zu degradieren.³³⁴

Diese Gefahr ist nach derzeitigem Stand nicht ausreichend konkret, um ein allgemeines wettbewerbs- bzw. telekommunikationsrechtliches Eingreifen zu rechtfertigen, das über das vorhandene Instrumentarium hinausreicht. Wie in Teil 1 ausgeführt lässt sich damit allerdings nicht ausschließen, dass im Einzelfall ISP vertikale Diskriminierungsstrategien zulasten bestimmter Angebote verfolgen. Es ist also auch nicht völlig auszuschließen, dass vertikal integrierte ISP, die selbst Rundfunkangebote bereithalten, konkurrierende Rundfunkangebote gegenüber eigenen Angeboten bei der Übertragung benachteiligen.³³⁵ Ebenso ist denkbar, dass lokale ISP mit einzelnen Rundfunkanbietern Exklusivvereinbarungen über die Verbreitung ihrer Programme treffen und in der Folge die Angebote anderer Rundfunkanbieter benachteiligen wollen. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits in der Vergangenheit ausgeführt, dass Gefahren für die Meinungsvielfalt im Internet gerade auch aus den zunehmenden horizontalen und vertikalen Verflechtungen auf den Medienmärkten und der auch in technischer Hinsicht zunehmenden Konvergenz der Medien resultieren, so dass der Gesetzgeber gerade auch vor dem Hintergrund dieser Entwicklungen einen Auftrag zur Vielfaltsicherung haben kann.³³⁶

Insofern kann sich der Schutz des Rundfunks gegenüber solchen Strategien nicht allein auf den Schutz des wirtschaftlichen Wettbewerbs durch das Wettbewerbsrecht verlassen.³³⁷ Insbesondere für die Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks muss wie gezeigt die Verfügbarkeit für die Allgemeinheit gewährleistet werden, so dass grundsätzlich verhindert werden muss, dass es zum Angebotsausfall für diese Angebote aufgrund von Diskriminierungsstrategien kommt. Dies gilt unab-

³³³ Der VPRT zieht hieraus die Konsequenz des Verbots von Qualitätsklassen zugunsten eines am Datenvolumen orientierten Modells. VPRT, Positionspapier Netzneutralität April 2012, S. 2. Ein solch weitreichendes Verbot wäre als Eingriff in die grundrechtlich geschützten unternehmerischen Freiheiten der ISP nur dann gerechtfertigt, wenn weniger einschneidende Maßnahmen nicht ebenso wirksam wären. Als weniger belastende Maßnahmen kommt vorliegend die Schaffung von rundfunkspezifischen Diskriminierungsverboten in Betracht. Dazu sogleich unter D. Demgegenüber ist es auch bedenklich wenn *Berger-Kögler*, MMR-Aktuell 2010, 302773 die Preisbildung mit wenigen Ausnahmen (z.B. Email) ausschließlich dem Wettbewerb überlassen will.

³³⁴ Oben Teil 1 D.

³³⁵ ZAK, Keine inhaltebezogene Priorisierung im offenen Internet – Thesen der Medienanstalten zur Netzneutralität vom 21.01.2011, 4.; VPRT, Positionspapier Netzneutralität April 2012, S. 3.

³³⁶ BVerfGE 121, 30.

³³⁷ Vgl. BVerfG, Urteil v. 11.09.2007, 1 BvR 2270/05, Rz. 117 = BVerfGE 119, 181.

hängig von der wirtschaftlichen Machtstellung eines lokalen ISP und unabhängig davon, ob ein systematisches Verhalten aller – zumindest aber einer großen Anzahl von – ISP oder nur einzelner ISP zu befürchten ist.

Zwischenergebnis

Die Einführung von Qualitätsklassen darf nicht dazu führen, dass verfassungsrechtlich geschützte Rundfunkangebote durch einen ISP bei der Weiterleitung diskriminiert werden. Qualitätsklassen müssen allen Anbietern diskriminierungsfrei zur Verfügung stehen.³³⁸ Insbesondere dürfen verfassungsrechtlich geschützte Angebote Dritter nicht gegenüber eigenen Angeboten eines ISP benachteiligt werden.

III. Folgen für die Schutzbedürftigkeit

Sowohl die Bedenken, die gegen die Einführung von Qualitätsklassen geltend gemacht werden als auch die Bedenken, die sich aus der vertikalen Integration von lokalen ISP ergeben, sind für die medienrechtliche Beurteilung der Netzneutralitätsdebatte von Bedeutung. Zwar ist derzeit noch weitgehend unklar, ob und wenn ja mit welcher Wahrscheinlichkeit sich die genannten Gefahren im Hinblick auf die Verfügbarkeit von verfassungsrechtlich geschützten Rundfunkangeboten realisieren könnten. So hat etwa die jüngste GEREK-Studie gezeigt, dass bisher Blockaden und Degradierungen in der Datenübertragung weit überwiegend bei Peer-to-Peer-Verkehr und VoIP-Angeboten erfolgt sind, andere Angebote hingegen nahezu nicht betroffen waren.³³⁹ Und auch für die Möglichkeit des missbräuchlichen Ausnutzens von Preissetzungsspielräumen durch lokale ISP zulasten bestimmter Inhalte fehlen bisher konkrete Anhaltspunkte. Angesichts der bisher nur abstrakt erkennbaren Gefahren sowie der ebenfalls bestehenden Möglichkeit, dass sich diese Gefahren überhaupt nicht realisieren könnten, ist wie bereits ausgeführt aus wettbewerbs- und telekommunikationsrechtlicher Perspektive derzeit kein staatlicher Handlungsbedarf zur Netzneutralität feststellbar. Gefahren, die weitergehende Eingriffe erforderlich machen könnten, sind schlicht noch nicht hinreichend konkret, als das sie ein regulierungsrechtliches Einschreiten, das in die grundrechtlich geschützten Freiheiten der Netzbetreiber eingreifen würde, rechtfertigen könnten.

Sind damit derzeit keine allgemeinen weitergehenden Maßnahmen zur Netzneutralität erforderlich, ist ausgehend von der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung im Hinblick auf den Sonderfall der

³³⁸ So wohl auch ZAK, Keine inhaltebezogene Priorisierung im offenen Internet – Thesen der Medienanstalten zur Netzneutralität vom 21.01.2011, 6, allerdings mit der Forderung verknüpfend, dass eine eigene Qualitätsklasse für audiovisuelle Dienste geschaffen wird. ZDF, ZDF befürwortet gesetzliche Regelungen zur Sicherung der Netzneutralität v. 22.03.2011, 6.; ARD und ZDF, Positionspapier von ARD und ZDF zur Sicherung von Netzneutralität durch ein offenes Internet und zur Notwendigkeit regulatorischer Maßnahmen, 6.; WDR-Rundfunkrat, Stellungnahme des Ausschusses für Rundfunkentwicklung/WDR-Rundfunkrats zum Gesetzgebungsverfahren zur TKG-Novelle und zur Netzneutralität v. 15.12.2011, 7. Insofern ist die Bildung von Qualitätsklassen auch der Bildung von dienstespezifischen Transportklassen, die ein höheres Diskriminierungspotenzial aufweisen, vorzuziehen. In diesem Sinne kann man auch die Forderung des VPRT nach einem Verbot statischer Kategorisierungen verstehen. VPRT, Positionspapier Netzneutralität April 2012, S. 2. Für die Zulässigkeit einer Einführung von Dienstklassen hingegen *Holzengel/Ricke*, DuD 2011, 611 (616 f.) und wohl auch *Holzengel/Schumacher*, MMR 1/2012, S. V.

³³⁹ BEREC, A view of traffic management and other practices resulting in restrictions to the open Internet in Europe, 29 May 2012, BoR(12)30, S. 8, S. 13 Figure 2.

Übertragung von Medieninhalten hingegen bereits heute ggf. auch aktiv sicherzustellen, dass sich die aus dem Angebot von Qualitätsklassen und vertikaler Integration ergebenden Gefahren für die umfassende Verfügbarkeit von Medienangeboten nicht realisieren, selbst wenn die Gefahrenwahrscheinlichkeit auch bei diesen derzeit eher gering erscheint.³⁴⁰ Das Bundesverfassungsgericht geht nämlich in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass im Rundfunkmarkt „einmal eingetretene Fehlentwicklungen sich – wenn überhaupt – nur bedingt und nur unter erheblichen Schwierigkeiten rückgängig machen lassen“.³⁴¹ Daraus lässt sich ableiten, dass die Eingriffsschwelle für die Sicherstellung der Verfügbarkeit von verfassungsrechtlich geschützten Rundfunkangeboten niedriger ist als diejenige, die für die Sicherstellung des Wettbewerbs gilt. Während Maßnahmen zum Schutz des Wettbewerbs erst dann erforderlich sind, wenn die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs gefährdet wäre, ohne dass dabei auf einzelne Wettbewerber Rücksicht genommen müsste, erfordert Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, dass Anbieter von verfassungsrechtlich geschützten Rundfunkangeboten auch unabhängig von der Funktionsfähigkeit des wirtschaftlichen Wettbewerbs geschützt werden. Dies gilt uneingeschränkt für die Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und soweit es zu Vielfaltsverengungen kommen kann auch für die Angebote privater Rundfunkveranstalter. Es muss daher gewährleistet sein, dass sich die Gefahren, die durch vertikale Integration und Qualitätsklassen allgemein für die Offenheit des Internet bestehen, sich jedenfalls für verfassungsrechtlich geschützte Rundfunkangebote nicht realisieren. Der Gesetzgeber ist dann zur Sicherstellung einer positiven Rundfunkordnung verpflichtet, selbst wenn Abweichungen von Netzneutralität durch private Netzbetreiber vorgenommen werden, die ihrerseits nicht unmittelbar an die Grundrechte gebunden sind.³⁴²

Ob bereits heute eine Gefahrenschwelle erreicht ist, die zu einem rundfunkspezifischen Einschreiten verpflichtet, lässt sich derzeit nicht abschließend beantworten.³⁴³ Spezifische Einschränkungen der Verfügbarkeit von Rundfunkangeboten sind ausweislich der jüngst veröffentlichten GEREK-Studie bisher noch nicht eingetreten.³⁴⁴ Angesichts der verfassungsrechtlich determinierten niedrigeren Eingriffsschwelle ist hier die weitere Marktentwicklung allerdings sehr genau zu beobachten. Bei weiteren Anzeichen für eine Gefahrkonkretisierung muss dann gegebenenfalls auch zum Schutz des Rundfunks eingeschritten werden.³⁴⁵

³⁴⁰ ARD und ZDF, Positionspapier von ARD und ZDF zur Sicherung von Netzneutralität durch ein offenes Internet und zur Notwendigkeit regulatorischer Maßnahmen, 3.

³⁴¹ BVerfGE 73, 118 (16); BVerfGE 119, 181.

³⁴² Zu den Grundrechtskonstellationen *Holzengel*, AfP 2011, 532 (534 ff.).

³⁴³ Zweifelnd insofern auch *Koreng*, CR 2009, 758 (759); *Gersdorf*, AfP 2011, 209 (217).

³⁴⁴ BEREC, A view of traffic management and other practices resulting in restrictions to the open Internet in Europe, 29 May 2012, BoR(12)30, S. 8 ff.

³⁴⁵ So auch *Koreng*, CR 2009, 758 (759).

D Adäquanz des vorhandenen Schutzinstrumentariums

In einem letzten Schritt ist nunmehr der Frage nachzugehen, wie der spezifische Schutz des Rundfunks vor möglichen Gefahren des Abweichens von einer Best-Effort-Übertragung durch ISP bewerkstelligt werden kann, wenn die Eingriffsschwelle überschritten wird. Dabei gilt es wie soeben ausgeführt zweierlei sicherzustellen:

- a) Die Einführung von Qualitätsklassen darf nicht dazu führen, dass verfassungsrechtlich geschützte Rundfunkangebote bei einzelnen ISP deshalb nicht verfügbar sind, weil ein Rundfunkanbieter durch die Entgelthöhe von der Inanspruchnahme einer für sein Angebot erforderlichen Qualitätsklasse abgehalten wird.
- b) Die Einführung von Qualitätsklassen darf nicht dazu führen, dass verfassungsrechtlich geschützte Rundfunkangebote durch einen ISP bei der Weiterleitung diskriminiert werden. Qualitätsklassen müssen allen Anbietern diskriminierungsfrei zur Verfügung stehen. Insbesondere dürfen verfassungsrechtlich geschützte Angebote Dritter nicht gegenüber eigenen Angeboten eines ISP benachteiligt werden.

Für die Frage, wie dies sichergestellt werden kann, ist entscheidend, ob das vorhandene rechtliche Instrumentarium bereits Möglichkeiten hierfür bereithält, so dass ggf. auch kurzfristig eingeschritten kann, wenn die Gefahrenschwelle zukünftig überschritten wird.³⁴⁶

Im Hinblick auf die Begrenzung der Preissetzungsmacht lokaler ISP kommt insbesondere das Wettbewerbsrecht in Frage, das jedenfalls marktbeherrschenden Unternehmen die Forderung überhöhter Entgelte untersagt.³⁴⁷ Hierdurch werden Anbieter von verfassungsrechtlich geschütztem Rundfunk ebenso geschützt wie andere Dienste- und Inhaltenanbieter. Für den spezifischen Schutz von Rundfunkangeboten kommen primär die durch die Novellierung des TKG eingefügten Instrumente des § 41a TKG sowie die medienrechtlichen Regelungen zur Plattformregulierung der §§ 52 ff. RfStV in Betracht.

I. Telekommunikationsrechtliches Instrumentarium

1. Schutz von Rundfunkangeboten durch eine Verordnung nach § 41a Abs. 1 TKG

Eine Möglichkeit zur regulatorischen Erfassung von vertikalen Strategien eines ISP zulasten konkurrierender Rundfunkangebote enthält § 41a Abs. 1 TKG. Die Vorschrift ermächtigt die Bundesregierung, in einer Rechtsverordnung mit Zustimmung von Bundestag und Bundesrat grundsätzliche Anforderungen an eine diskriminierungsfreie Datenübermittlung und den diskriminierungsfreien Zugang zu Inhalten und Anwendungen festzulegen, um eine willkürliche Verschlechterung von Diensten und eine ungerechtfertigte Behinderung oder Verlangsamung des Datenverkehrs in den Telekommunikationsnetzen auszuschließen. § 41a Abs. 1 TKG ermächtigt die Bundesregierung dabei zum Erlass von marktmachtunabhängigen Diskriminierungsverboten nicht nur zugunsten von Wettbewerbern eines lokalen ISP auf horizontaler Ebene. Vielmehr nimmt die Norm ausdrücklich auch die (vertikale) Ebene der Inhalte- und Anwendungsanbieter in den Blick, so dass sie auch bei Diskriminierungen

³⁴⁶ So auch Gersdorf, AfP 2011, 209 (212).

³⁴⁷ Dazu oben Teil 1 C.

durch vertikal integrierte ISP zulasten von Dienste- und Inhaltenanbietern eingesetzt werden kann. Ausweislich des Wortlauts der Vorschrift muss auf vertikaler Ebene auch kein Wettbewerbsverhältnis zwischen lokalem ISP und Dienste- bzw. Anwendungsanbietern bestehen. Damit kann ein Diskriminierungsverbot auch gegen ISP gerichtet werden, die in Folge von Vereinbarungen mit einzelnen Dienste- oder Inhaltenanbietern die Angebote unabhängiger Dritter diskriminieren.

Bei Erlass einer Rechtsverordnung auf Grundlage von § 41a Abs. 1 TKG sind nach § 41a Abs. 1 Hs. 2 TKG die Ziele und Grundsätze des § 2 TKG zu berücksichtigen. Hierzu zählen gemäß § 2 Abs. 6 TKG auch die Belange des Rundfunks und vergleichbarer Telemedien. Dementsprechend könnte die Bundesregierung im Rahmen einer Rechtsverordnung nach § 41a Abs. 1 TKG auch Regelungen zum Schutz von Rundfunk- und vergleichbaren Telemedienangeboten vor Diskriminierungen durch ISP treffen. Eine angemessene Berücksichtigung der Belange des Rundfunks kann dabei zudem dadurch sichergestellt werden, dass die Rechtsverordnung der Zustimmung des Bundesrates bedarf.

Zwischenfazit

Der möglichen Gefahr einer Diskriminierung von verfassungsrechtlich geschützten Rundfunk- oder vergleichbaren Telemedienangeboten durch lokale ISP könnte ggf. durch ein rundfunkspezifisches Diskriminierungsverbot im Rahmen einer Rechtsverordnung auf Grundlage von § 41a Abs. 1 TKG begegnet werden.³⁴⁸

2. Schutz von Rundfunkangeboten durch Technische Richtlinien nach § 41a Abs. 2 TKG

Nach § 41a Abs. 2 TKG kann die BNetzA durch technische Richtlinien Mindestanforderungen an die Dienstqualität und damit Mindestqualitätsstandards für ein Best-Effort-Angebot von lokalen ISP festlegen. Wie sich aus der Gesetzesbegründung zu § 41a Abs. 2 TKG ergibt, kann die BNetzA die Technischen Richtlinien nicht nur als Verwaltungsvorschriften, sondern mit Außenrechtswirkung im Wege einer Allgemeinverfügung erlassen.³⁴⁹ Zwar wird ein Verstoß gegen die Festlegungen der Technischen Richtlinien nicht nach § 149 Abs. 1 TKG als Ordnungswidrigkeit geahndet. Die Allgemeinverfügung kann allerdings im Wege des Verwaltungszwangs durchgesetzt werden, so dass die in ihr festgelegten Mindeststandards für die ISP rechtsverbindlich sind.

Bei Erlass der Technischen Richtlinien hat die BNetzA wiederum gemäß § 2 Abs. 6 TKG die Belange des Rundfunks zu berücksichtigen.³⁵⁰ Denkbar ist es daher, dass die BNetzA in den Technischen Richtlinien eine Mindestqualität für das Best-Effort-Internet festlegt, die es den Anbietern verfassungsrechtlich geschützter Rundfunk- oder vergleichbarer Telemedienangebote erlaubt, ihre Angebote in angemessener Weise an alle Endkunden zu verbreiten, ohne dass sie hierfür eine besondere Qualitätsklasse in Anspruch nehmen müssen.³⁵¹ Auf diese Weise wäre auch sichergestellt, dass lokale ISP

³⁴⁸ In diesem Sinne auch ZDF, ZDF befürwortet gesetzliche Regelungen zur Sicherung der Netzneutralität v. 22.03.2011, 6. Vgl. auch *Holznagel/Ricke*, DuD 2011, 611 (617).

³⁴⁹ BT-Drucks. 17/7521, S. 112.

³⁵⁰ Vgl. BT-Drucks. 17/5707, S. 112, wonach die Belange des Rundfunks grundsätzlich von der BNetzA zu berücksichtigen sind.

³⁵¹ ZAK, Keine inhaltebezogene Priorisierung im offenen Internet – Thesen der Medienanstalten zur Netzneutralität vom 21.01.2011, 7. Zu erwägen ist dabei mit Holznagel, AfP 2011, 532 (538), ob man diesen Mindestversorgungsstandard nicht dynamisiert ausgestalten sollte, um einer Fortentwicklung der Medienlandschaft Rechnung tragen zu können.

eine möglicherweise gegebene Preissetzungsmacht bei Entgelten für Qualitätsklassen nicht zulasten von geschützten Rundfunkangeboten ausnutzen können. Damit könnten insbesondere auch nicht-kommerzielle Rundfunkangebote angemessen geschützt werden.

II. Medienrechtliches Instrumentarium

Neben den telekommunikationsrechtlichen Regelungen kommen für spezifische Maßnahmen zum Schutz von Rundfunkangeboten grundsätzlich auch die Vorschriften zur Plattformregulierung nach §§ 52 ff. RfStV in Frage.³⁵² Sie lassen gemäß §§ 52b RfStV auch die Auferlegung einer Verpflichtung zum Transport bestimmter Rundfunkprogramme zu („Must-Carry“). Zudem sind in § 52d RfStV Vorschriften für die zulässige Entgelthöhe für die Nutzung von Plattformen enthalten, die insbesondere auch ein Entgeltdiskriminierungsverbot beinhalten.³⁵³ Insgesamt dienen die Regelungen also der Vielfaltsicherung bei der Verbreitung von Rundfunkprogrammen.³⁵⁴

Ein Vorgehen auf Grundlage der Regelungen der 52 §§ ff. RfStV zum Schutz vor möglichen Gefahren eines Abweichens von der Best-Effort-Übertragung durch lokale ISP würde aber voraussetzen, dass lokale ISP als Plattformanbieter i.S.d. § 52 Abs. 1 RfStV eingestuft werden. Anbieter einer Plattform ist nach § 2 Abs. 2 Nr. 13 RfStV, wer „auf digitalen Übertragungskapazitäten oder digitalen Datenströmen Rundfunk und vergleichbare Telemedien (Telemedien, die an die Allgemeinheit gerichtet sind) auch von Dritten mit dem Ziel zusammenfasst, diese Angebote als Gesamtangebot zugänglich zu machen oder wer über die Auswahl für die Zusammenfassung entscheidet“. Zum Teil wird erwogen, ISP, die verschiedene Qualitätsklassen anbieten, unter das Merkmal „über die Auswahl für die Zusammenfassung entscheidet“ zu fassen.³⁵⁵ Begründet wird dies damit, dass durch ein Angebot von verschiedenen Qualitätsklassen ein ISP Einfluss darauf erhalte, welche Angebote seine Endkunden empfangen könnten. Dies erscheint allerdings nur dann überzeugend, wenn ein ISP bei seinen Qualitätsklassen tatsächlich inhalts- bzw. dienstebezogen differenzieren würde.³⁵⁶ Sofern ein ISP mehrere Qualitätsklassen diskriminierungsfrei allen Dienste- und Inhaltenanbietern anbietet, lässt sich kaum begründen, dass er über die Auswahl für die Zusammenfassung des Angebots entscheidet.³⁵⁷

Selbst wenn man die grundsätzliche Anwendbarkeit der Plattformregulierungsvorschriften auf ISP bejaht, stellt sich in einem nächsten Schritt die Frage, welche ISP hierunter fallen würden. Nach § 52 Abs. 1 Nr. 1 RfStV gelten wesentliche Vorschriften – insbesondere die Must-Carry-Regelungen des § 52b RfStV – nämlich nicht für Plattformen in offenen Netzen – wobei explizit das Internet genannt

³⁵² ZAK, Keine inhaltebezogene Priorisierung im offenen Internet – Thesen der Medienanstalten zur Netzneutralität vom 21.01.2011, 2.; ARD und ZDF, Positionspapier von ARD und ZDF zur Sicherung von Netzneutralität durch ein offenes Internet und zur Notwendigkeit regulatorischer Maßnahmen, 6, wobei auch hier davon ausgegangen wird, dass jedenfalls ein gesetzliche Klarstellung des Begriffs des Plattformbetreibers erforderlich ist.

³⁵³ Ausführlich dazu *Gersdorf*, in: ZAK, Digitalisierungsbericht 2010, S. 34 ff.

³⁵⁴ *Seufert/Gundlach*, Medienregulierung in Deutschland, S. 316.

³⁵⁵ In diesem Sinne wohl ZAK, Keine inhaltebezogene Priorisierung im offenen Internet – Thesen der Medienanstalten zur Netzneutralität vom 21.01.2011, 2.

³⁵⁶ *Holznapel/Ricke*, DuD 2011, 611 (615). Zur wettbewerbsrechtlichen Problematik eines solchen Angebots siehe oben Teil 1.

³⁵⁷ Zweifelnd insoweit auch ARD und ZDF, Positionspapier von ARD und ZDF zur Sicherung von Netzneutralität durch ein offenes Internet und zur Notwendigkeit regulatorischer Maßnahmen, 6. So wohl auch *Ricke*, MMR 2011, 642 (644), der für ein Zusammenstellen i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 13 RfStV eine Einwirkungsmöglichkeit auf die Zusammenstellung im Vorfeld fordert.

wird –, soweit der Anbieter dort nicht über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 der „Satzung über die Zugangsfreiheit zu digitalen Diensten und zur Plattformregulierung gemäß § 53 Rundfunkstaatsvertrag“ ist für die Frage der Marktbeherrschung auf die Kriterien des § 19 GWB abzustellen. Wie bereits im 1. Teil dieser Studie festgestellt, ist konzeptionell nicht abschließend geklärt, unter welchen Voraussetzungen ein lokaler ISP über Marktmacht verfügt.³⁵⁸ Damit ist derzeit auch zweifelhaft, ob die Plattformregulierungsvorschriften überhaupt auf lokale ISP angewendet werden können, wenn diese Qualitätsklassen anbieten.

Daher lässt sich aber derzeit keine abschließende allgemeingültige Aussage über die Anwendbarkeit der Plattformregelungen auf lokale ISP treffen. Die Vorschriften zur Plattformregulierung bieten jedenfalls keine zweifelsfreie Rechtsgrundlage für den Schutz von Rundfunkangeboten vor Diskriminierungen und sonstigen Beschränkungen ihrer Verfügbarkeit.³⁵⁹

Zwischenfazit

Die Plattformregulierungsvorschriften enthalten grundsätzlich zwar Instrumente, die zum Schutz der Verfügbarkeit von Rundfunkangeboten eingesetzt werden könnten. Allerdings ist zweifelhaft, ob diese Vorschriften überhaupt auf lokale ISP anwendbar sind. Damit stellen die Plattformregulierungsvorschriften jedenfalls keine rechtlich eindeutigen Eingriffsinstrumente zur Verfügung.

III. Zwischenergebnis

§ 41a TKG liefert eine Ermächtigungsgrundlage für Regelungen auch zum Schutz von verfassungsrechtlich geschützten Rundfunkangeboten. Zum einen kann die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundestags und des Bundesrats allgemeine Diskriminierungsverbote erlassen. Da sie hierbei gemäß § 41a Abs. 1 Hs. 2, § 2 Abs. 6 TKG auch die Belange des Rundfunks berücksichtigen muss, können Diskriminierungsverbote auch spezifisch auf den Schutz von Rundfunkangeboten ausgerichtet werden. Zum anderen kann die BNetzA nach § 41a Abs. 2 TKG Technische Richtlinien erlassen, in denen sie Mindestqualitätsanforderungen an das Best-Effort-Angebot lokaler ISP rechtsverbindlich festlegt. Sofern ein Best-Effort-Internet weiter besteht, das eine Verbreitung von Rundfunkinhalten in angemessener Qualität erlaubt, sind weitergehende Regelungen zum Schutz des Rundfunks nicht mehr erforderlich.

Grundsätzlich denkbar ist auch ein Schutz von Rundfunkangeboten in paketvermittelten Telekommunikationsnetzen durch die Regelungen zur Plattformregulierung nach §§ 52 ff. RfStV. Da ihre Anwendbarkeit auf lokale ISP jedoch fraglich ist, ist zweifelhaft, ob auf ihrer Grundlage auch ein effektiver Schutz von Rundfunkangeboten möglich wäre.

Jedenfalls ist es erforderlich, dass Bund und Länder bei der Frage des Schutzes von Rundfunkinhalten in paketvermittelten Telekommunikationsnetzen koordiniert zusammenarbeiten und die weitere Entwicklung des Marktes genau beobachten.³⁶⁰ Aufgrund der geteilten Gesetzgebungskompetenzen

³⁵⁸ Dazu oben Teil 1 II. 2 a).

³⁵⁹ Zweifelnd auch *Holznel/Ricke*, DuD 2011, 611 (614 ff.); *Gersdorf*, AfP 2011, 209 (213). Die Anwendbarkeit ablehnend *Holznel*, AfP 2011, 532 (537).

³⁶⁰ *Holznel*, AfP 2011, 532 8539); *Holznel/Ricke*, DuD 2011, 611 (616). In diesem Sinne wohl auch ARD und ZDF, Positionspapier von ARD und ZDF zur Sicherung von Netzneutralität durch ein offenes Internet und zur Notwendigkeit regulatorischer Maßnahmen, 6; *Libertus/Wiesner*, MEDIA PERSPEKTIVEN

– dem Bund steht gemäß Art. 73 Nr. 7 GG die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für Telekommunikation zu, den Ländern nach Art. 70 Abs. 1 GG die für den Rundfunk³⁶¹ – besteht hier potenziell eine Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen. Angesichts der engen Verbindung zwischen Telekommunikationstechnik und übertragenen Inhalten einerseits sowie der erheblichen grundrechtlichen Auswirkungen von Netzneutralitätsregeln für die ISP andererseits sollten widersprüchliche Regelungen, die zur Rechtsunsicherheit führen und damit letztlich auch zu einer Gefahr für die Offenheit des Internet werden können, unbedingt vermieden werden.

³⁶¹ 2011, 80 (89). Für eine Koordinierungspflicht allgemein *Ladeur*, in: Paschke/Berlit/Meyer, *Gesamtes Medienrecht*, 2. Aufl. 2012, S. 127 Rn. 85.
BVerfGE 12, 205 (237).

E Fazit

Unionsrecht und nationales Recht bekennen sich zu einem offenen Internet, in dem Endnutzer Zugang zu allen Diensten und Inhalten haben bzw. diese verbreiten können. Die Wahlfreiheit der Endnutzer ist im Wettbewerb der ISP zu gewährleisten. Dieser Ansatz gilt grundsätzlich auch für den Zugang zu Medieninhalten. Ihre Verfügbarkeit ist zunächst einmal im Wettbewerb der ISP zu gewährleisten.

Im Hinblick auf Rundfunkangebote, die unter dem Schutz des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG stehen, ist es ausgehend von der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung geboten, sich für das Zustandekommen eines vielfältigen Angebots nicht ausschließlich auf den wirtschaftlichen bzw. publizistischen Wettbewerb zu verlassen. Vielmehr gibt es eine staatliche Verantwortung zur Etablierung einer positiven Rundfunkordnung, die ein vielfältiges Gesamtangebot sicherstellt. Diese für den klassischen linearen Radio- und Fernseh Rundfunk entwickelte Konzeption ist auch für die Übertragung von anderweitigen Online-Angeboten über paketvermittelte Telekommunikationsnetze von Relevanz, da insbesondere das Internet zunehmend die Funktion als Medium und Faktor der Meinungsbildung übernimmt, die nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts für die Auslegung der Rundfunkfreiheit als dienende Freiheit ursächlich ist.

Ist es auch derzeit nicht erforderlich, Vorkehrungen zum Schutz des Wettbewerbs zu treffen, die über das vorhandene wettbewerbs- und telekommunikationsrechtliche Instrumentarium hinausgehen, so muss im Hinblick auf den Rundfunk sichergestellt sein, dass die von der Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützten Rundfunkangebote auch bei der Einführung von Qualitätsklassen weiterhin allgemein verfügbar sind.

Dies ist dann der Fall, wenn es entweder weiterhin ein Best-Effort-Internet gibt, das eine Übertragungsqualität gewährleistet, bei dem Rundfunkangebote in angemessener Qualität verbreitet werden können. Sollte dies nicht der Fall sein, muss sichergestellt werden, dass Rundfunkangebote diskriminierungsfreien Zugang zu allen Qualitätsklassen erhalten können. Dabei muss auch gewährleistet sein, dass Entgelte für Qualitätsklassen, die für die Verbreitung von Rundfunkangeboten erforderlich sind, nicht prohibitiv hoch ausgestaltet werden.

Es ist zweifelhaft, ob bereits heute eine Gefahrenschwelle erreicht ist, die ein unmittelbares Einschreiten erfordert. Angesichts der grundsätzlich niedrigen Eingriffsschwelle bei Gefahren für die Verfügbarkeit von Rundfunkangeboten ist die weitere Entwicklung hier allerdings sehr genau zu beobachten und bei einer weiteren Konkretisierung der Gefahren für die Verfügbarkeit von – insbesondere öffentlich-rechtlichen – Rundfunkangeboten einzuschreiten.

Rechtlich kann der spezifische Schutz von Rundfunkangeboten – soweit künftig erforderlich – in einer Rechtsverordnung der Bundesregierung nach § 41a Abs. 1 TKG erfolgen. Da die Bundesregierung beim Erlass der Rechtsverordnung gemäß § 2 Abs. 6 TKG auch die Belange des Rundfunks zu berücksichtigen hat, könnte ggf. auch ein den Rundfunk schützendes rundfunkspezifisches Diskriminierungsverbot geregelt werden.

Darüber hinaus kann die Verfügbarkeit verfassungsrechtlich geschützter Rundfunkangebote auch dadurch geschützt werden, dass die BNetzA im Rahmen von Technischen Richtlinien nach § 41a Abs. 2 TKG eine Minimumqualität für das Best-Effort-Internet festlegt, die die Verbreitung von verfassungsrechtlich geschützten Angeboten auch in diesem Bereich in angemessener Weise sicherstellt.

Ansatzpunkte für medienrechtliche Regelungen zur Netzneutralität bieten die Vorschriften zur Plattformregulierung in §§ 52 ff. RfStV. Inwieweit allerdings ein ISP, der unterschiedliche Qualitätsklassen anbietet, dadurch zum Plattformanbieter i.S.d. Plattformregulierungsvorschriften wird, so dass ihm auch bestimmte „Must-Carry“-Verpflichtungen auferlegt werden können, ist zweifelhaft.

Die weitere Entwicklung der Verfügbarkeit von Rundfunkangeboten über paketvermittelte Telekommunikationsnetze ist sehr genau zu beobachten, so dass gegebenenfalls verfassungsrechtlich gebotene Schutzvorkehrungen zugunsten von Rundfunkangeboten getroffen werden können. Dabei sollten Bund und Länder eng zusammenarbeiten, um widersprüchliche Regelungen im Telekommunikationsrecht einerseits und im Medienrecht andererseits zu verhindern.

Selbst wenn künftig ein inhaltsbezogener spezifischer Schutz von Rundfunkangeboten erforderlich werden sollte, lässt sich daraus keine allgemeine Notwendigkeit zur Schaffung von Netzneutralitätsregelungen oder gar ein Verbot der Einführung von Qualitätsklassen schlussfolgern. Mögliche Gefahren für Rundfunkangebote können und müssen telekommunikations- und/oder medienrechtlich, jedenfalls aber rundfunkspezifisch gelöst werden.