

Einführung in die EU-Netzneutralitätsverordnung

Von Wiss. Mitarbeiter **Christoph Becher**, Köln*

I. Einleitung

Das Internet spielt in der globalisierten Welt im Alltag als Kommunikationsmedium und Vermittler einer Vielzahl von Inhalten und Dienstleistungen eine zunehmend größere Rolle. Unlängst bezeichnete der BGH internetbasierte Kommunikation als „ein Wirtschaftsgut, dessen ständige Verfügbarkeit seit längerer Zeit auch im privaten Bereich für die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung typischerweise von zentraler Bedeutung ist und bei dem sich eine Funktionsstörung als solche auf die materiale Grundlage der Lebenshaltung signifikant auswirkt.“¹

Im Zuge der Umstellung auf All IP werden auch klassische leitungsgebundene Dienste auf Basis des Internet-Protokolls durch Paketvermittlung bereitgestellt. In der rechtspolitischen Diskussion um die Gewährleistung von Netzneutralität im Internet geht es vor allem um die Frage, ob Datenpakete aufgrund ihres Inhalts oder ihrer Herkunft unterschiedlich behandelt werden dürfen oder sollen. Insbesondere durch IP-Netzwerke der neueren Generation (sog. „Next Generations Networks“) ist die Möglichkeit entstanden, durch intelligentes Netzwerkmanagement Inhalte zu priorisieren oder zu verlangsamen. Teilweise wird in dieser Entwicklung schon ein Paradigmenwechsel gesehen: Weg von einem offenen hin zu einem durch „digitale Mautstellen“ oder „Zollkontrollen“ gemanagten Netz.² Für zeitkritische und datensensitive Dienste kann ein solches Datenverkehrsmanagement große Bedeutung erlangen, da es auch in Überlastsituationen seine Funktionsfähigkeit garantiert. Auf der anderen Seite wird von Verbraucherschützern befürchtet, dass die Technologien missbräuchlich zu Formen der Diskriminierungen bis hin zur Zensur eingesetzt werden könnten. In diesem Zusammenhang wurde auch die Gefahr eines Zwei-Klassen-Internets hinaufbeschworen, bei dem sich finanzstarke Dienstleister gegen Gebühr die schnellste Datenübertragung sichern. Mit dem Inkrafttreten der Verordnung über Maßnahmen zum Zugang zum offenen Internet (EU-NNVO)³ zum 30.4.2016 (Art. 10 Abs. 2 EU-NNVO) sind nun verbindliche Vorgaben in Bezug auf den Transport und Empfang von Daten über das Internet gemacht worden. Ob die Verordnung tatsächlich dazu geeignet ist, die Netzneutralität zu sichern oder noch über ausreichend Schlupflöcher mit Diskriminierungspotential verfügt, soll im folgenden Beitrag geklärt werden.

* Der *Verf.* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Kartell- und Regulierungsrecht, Recht der digitalen Wirtschaft von Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley) an der Universität zu Köln.

¹ BGH NJW 2013, 1072 (1074); vgl. *Guggenberger*, Netzneutralität: Leitbild und Missbrauchsaufsicht, 2015, S. 29.

² *Martini*, VerwArch 102 (2011), 315 (318).

³ VO (EU) Nr. 2120/2015 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.11.2015, Abl. EG 2015 Nr. L 310/1.

II. Grundlagen zur Netzneutralität

Um den Begriff der Netzneutralität in seiner vollen Breite erfassen zu können, bedarf es zunächst einer Erläuterung über die technischen und ökonomischen Funktionsweisen des Internets.

1. Best-Effort-Prinzip

Für die Organisation von Datenströmen über das Internet kommt den Routern eine besondere Stellung zu.⁴ Datenpakete werden danach grundsätzlich nach dem sog. „Best-Effort-Prinzip“ übermittelt. Dies bedeutet, dass alle Daten mit der maximal zu erreichenden Geschwindigkeit und ungeachtet ihres Inhalts transportiert werden.⁵ Vergleichbar ist das mit dem Stromnetz, welches auch nicht danach differenziert, ob ein Elektron für eine private Mikrowelle oder eine Industrieanlage benötigt wird.⁶ Dabei richtet sich ihre Priorität nach dem Zeitpunkt des Eingangs („First-In/First-Out“), ohne dass der Netzbetreiber lenkend eingreift („End-to-End“) oder die Datenübertragung verweigern oder unterbrechen könnte („Must-Carry“).⁷ Bei Netzwerküberlastungen werden deshalb diejenigen Daten, die als Letzte den Router erreichen, als Erste verworfen, wenn der Router keine Daten mehr verarbeiten kann.⁸ Bei zeitgleicher Kapazitätsanfrage hängt es vom Zufall ab, welches Datenpaket zuerst durchgeleitet werden soll. Konnte ein Datenpaket an einem Knotenpunkt des Netzes wegen einer Überlastung einer Verbindungsleitung nicht auf dem direkten Weg weitergeleitet werden, muss es auf eine Alternativstrecke geschickt oder, wenn dies nicht möglich war, nach Fehlermeldung erneut abgesendet werden.

2. Grenzen der Leistungsfähigkeit des Netzes

Grundsätzlich wird die Transportgeschwindigkeit von Datenpaketen über das Internet durch die verfügbare Bandbreite bestimmt.⁹ Aufgrund eines geänderten Nutzerverhaltens und einer Verschiebung zu immer bandbreitenintensiveren Anwendungen wie Online-Spielen oder Streaming-Angeboten, die hochauflösende Videos anbieten, ist der Bedarf an qualitätsgesicherten Datentransportleistungen exponentiell gestiegen. Die immer größer werdenden Datenmassen bringen dabei die Netzinfrastruktur an die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit. So soll allein in Deutschland bis 2018 der IP-

⁴ Hierzu *Gersdorf*, AfP 2011, 209.

⁵ *Eberle*, in: Mehde/Ramsauer/Seckelmann (Hrsg.), Festschrift für Hans Peter Bull zum 75. Geburtstag, 2011, S. 979 (980); *Greve*, VR 2013, 109 (110).

⁶ Vgl. *Körber*, in: Säcker/Schmidt-Preuß, Grundsatzfragen des Regulierungsrechts, 2015, S. 225.

⁷ *Brüggemann*, CR 2015, 361 (362).

⁸ Vgl. dazu *Müller-Terpitz*, K&R 2012, 476 (477), wonach streng genommen schon die Netzwerkarchitektur nicht neutral aufgebaut ist, da sie seit jeher nach bestimmten Funktions- bzw. Allokationsprinzipien organisiert ist, die zwangsläufig zu Datenverlusten und Nutzungseinbußen führen kann.

⁹ *Holzengel*, K&R 2010, 95 (96).

Verkehr auf 3 Exabyte pro Monat anwachsen, wovon 81 % auf die Verwendung von Videodateien zurückfällt.¹⁰ Bei einer Übermittlung von Datenpaketen nach dem Best-Effort-Prinzip werden diese bis zur Erschöpfung der Kapazitäten weitergeleitet. Somit kommt es unweigerlich zum Datenstau, wenn die Kapazität an einer bestimmten Stelle des Datenpfads ausgelastet ist.¹¹ Neben dem kompletten Verlust von Datenpaketen („Packet loss“) kann es deswegen zu Verzögerungen („Delay“) oder Schwankungen („Jitter“) bei der Übertragung kommen.¹² Für qualitätssensitive Anwendungen wie VoIP¹³, Video-Streams oder Telemedizin im Gesundheitswesen ist ein sicherer Datentransfer jedoch funktionsnotwendig. Daher muss die Frage aufgeworfen werden, wie sich zukünftig Kapazitätsengpässe am besten vermeiden lassen. Neben der Möglichkeit, den Ausbau des physischen Netzes voranzutreiben, könnte die Einrichtung eines intelligenten Datenverkehrsmanagements in Betracht kommen.

a) Netzausbau

Eine Lösung zur Vermeidung eines Netzkollapses könnte in der Verbesserung und dem Ausbau der vorhandenen Netzinfrastrukturen liegen. Da die Telekommunikation nach Art. 87 f. GG privatwirtschaftlich betrieben wird, ist es nicht mehr Aufgabe der staatlichen Daseinsvorsorge für weitere Kapazitäten zu sorgen.¹⁴ Angesichts der exponentiell wachsenden Datenmengen wird bis 2025 in Deutschland von einem Investitionsbedarf für den Glasfaserausbau von 45 Milliarden Euro ausgegangen, um eine flächendeckende Breitbandversorgung zu gewährleisten.¹⁵ Für die Infrastrukturinhaber stellen sich Investition in moderne und leistungsfähige Netze jedoch schon aus rein ökonomischen Gesichtspunkten als nicht lohnenswert dar. Im Mobilfunkbereich ist die Bandbreite schon physikalisch begrenzt und zudem stehen die Netzbetreiber vor enormen Kosten, die sich auch angesichts der gesunkenen Zahlungsbereitschaft der Endkunden, nur schwerlich refinanzieren lassen.¹⁶ Die Netzbetreiber bringen es deshalb auf die Kurzformel: „Wer gräbt, verliert.“¹⁷ Selbst großzügige staatliche Förderprogramme können nur

einen kleinen Beitrag zur Beseitigung des Investitionsstaus leisten.¹⁸

b) Verkehrsmanagement

Eine andere Möglichkeit, die wachsenden Datenströme zu bewältigen, wäre ein intelligentes Verkehrsmanagement, welches Datenpakete im Fall einer Netzüberlastung priorisiert oder verlangsamt. Mit dieser formalen Abweichung vom Best-Effort-Prinzip könnte die Funktionalität des Netzes auch in Überlastsituationen garantiert werden.

Eine Steuerung im Sinne eines Priorisierens oder Blockierens von Daten war technologisch lange nicht machbar. Neue Technologien wie die „Deep Packet Inspection“ (DPI) und das Internetprotokoll in der Version 6 (IPv 6) erlauben jedoch nun eine Verkehrssteuerung (sog. „Access Tiering“), indem Prioritäten oder Nachrangigkeiten für bestimmte Datenpakete definiert werden können.¹⁹ Durch diese Next Generation Networks, die traditionelle leitungsvermittelnde TK-Netze wie Telefon-, Kabelfernseh- oder Mobilfunknetze durch eine einheitliche Architektur und Infrastruktur ersetzen, drohen jedoch auch neue Gefährdungslagen für die Freiheit des allgemeinen Internetverkehrs.²⁰

Insbesondere zum Schutz der Nutzer vor illegalen Inhalten (Spam, Kinderpornographie) und Schadsoftware (Viren, Würmern) oder der Priorisierung bestimmter Dienste (Notrufaktionen) wurden die obengenannten Techniken eingesetzt.²¹ Allerdings war nicht immer eindeutig, ob das Priorisieren oder Blockieren bestimmter Inhalte technisch indiziert oder Teil einer gezielten Behinderungsstrategie gegen missliebige Wettbewerber war.²² So blockierte T-Mobile bereits den Internettelefonie-Dienst Skype auf mobilen Telefonen, um dem attraktiven Dienst keine Möglichkeit der Verbreitung im eigenen Netz zu bieten.²³ Skype ermöglicht den Endnutzern kostenlos zu telefonieren, woran die Telekom aufgrund des damit verbundenen Preisverfalls kein Interesse haben kann. Allgemein besteht hier die Gefahr, dass die großen Netzbetreiber ihre eigenen vertikal integrierten Dienste priorisieren und unliebsame konkurrierende Dienste diskriminieren, indem sie gezielt die Übertragungsgeschwindigkeit drosseln bzw. die Nutzung der Leitungen nur gegen ein Entgelt

¹⁰ <http://www.elektronikpraxis.vogel.de/index.cfm?pid=11174&pk=449289> (10.9.2018).

¹¹ Ufer, K&R 2010, 383 (385).

¹² Vgl. dazu im Einzelnen Guggenberger (Fn. 1), S. 63 ff.

¹³ VoIP steht für Voice over Internet Protocol, d.h. das Telefonieren über Rechnernetze, die nach Internetstandards aufgebaut sind.

¹⁴ Dazu Holznapel, K&R 2010, 95; Brüggemann, CR 2013, 565 (570); Schneider, in: Kloepfer, Netzneutralität in der Informationsgesellschaft, 2011, S. 39 ff.

¹⁵ <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Breitbandausbau-SPD-fordert-10-Milliarden-Euro-zusaetzliche-Investitionen-3257390.html> (10.9.2018).

¹⁶ Vgl. Martini, VerwArch 102 (2011), 315 (316 f.).

¹⁷ Vgl. Martini, VerwArch 102 (2011), 315 (316 f.).

¹⁸ Nicht unerheblich ist z.B. das bayerische Förderprogramm, welches bis zu 1,5 Milliarden Euro an Geldern zur Förderung des Aufbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen vergibt

<http://www.schnelles-internet-in-bayern.de/foerderung/ueberblick.html> (10.9.2018); dazu auch Wimmer/Löw, MMR 2013, 636.

¹⁹ Bräutigam, in: Bräutigam/Rücker, E-Commerce, 2017, Teil 1 Rn. 13; Koenig/Fechtner, K&R 2011, 73 (76); Martini, VerwArch 102 (2011), 315 (317).

²⁰ Dazu Holznapel, K&R 2010, 95 (99).

²¹ Müller-Terpitz, K&R 2012, 476 (478).

²² Fetzer/Peitz/Schweitzer, Impulsstudie Netzneutralität, 2013, S. 5.

²³ Dazu Klement, EuR 2017, 532 (533); Görisch, EuZW 2012, 494; Martini, VerwArch 102 (2011), 315 (318); vgl. zu weiteren Beispielen von Datendiskriminierung aus der Praxis Schlawri, Network Neutrality, 2010, S. 156 ff.

ermöglichen. Andererseits sind mit den neuen Technologien aus ökonomischer Sicht Vorteile verbunden. Traditionell werden Kapazitätsengpässe im Internet durch die Bereitstellung von Überkapazitäten (sog. „overprovisioning“) verhindert.²⁴ Aufgrund steigender Datenmengen und dem wachsenden Bedürfnis an gesicherter Übertragungsqualität, stellt sich die Bereitstellung von großen, im Regelfall nicht benötigten Überkapazitäten, mehr und mehr als ineffizient und wirtschaftlich nicht praktikabel dar.²⁵ Da auch der Netzausbau nur schleppend vorankommt, könnte ein intelligentes Verkehrsmanagement im Sinne einer Qualitätsdifferenzierung durch die Netzbetreiber ein wirksames und effizientes Mittel darstellen, um Datenstaus zu vermeiden. Die technische Analyse von Datenpaketen würde es ermöglichen, einem Dienst die jeweils benötigte Übertragungsqualität zuzuweisen, wenn dies im Fall einer Netzüberlastung erforderlich sein sollte.²⁶

Die EU-NNVO könnte insofern den passenden Rechtsrahmen darstellen, der für die komplexen Herausforderungen der Netzneutralität angemessene Lösungen bereitstellt.

III. EU-Netzneutralitätsverordnung

Schon die Universaldienstrichtlinie (UDRL) von 2002 enthält zumindest ein indirektes Bekenntnis zur Netzneutralität. Demnach soll der Internetzugang Endkunden die Möglichkeit eröffnen, „beliebige Anwendungen und Dienste zu benutzen, sowie Informationen abzurufen und zu verbreiten“.²⁷ Auch in Art. 22 Abs. 2 der UDRL und Art. 8 Abs. 4 lit. g der Rahmenrichtlinie (Rahmen-RL)²⁸ wurden abstrakte Erwägungen zum Thema Netzneutralität angestellt. Insbesondere durch Transparenz- und Informationspflichten sollte die Netzneutralität im Internet gewährleistet werden. Das Europäische Parlament forderte aber eine deutlich stärkere Regulierung in diesem Bereich und stellte einen Verordnungsentwurf im September 2013 vor. Nach einem zweijährigen Trilog zwischen Kommission, Parlament und Rat konnte mit der neu ausgehandelten EU-NNVO ein politischer Kompromiss gefunden werden.²⁹ Am 25.11.2015 wurde sie vom Parlament beschlossen und ist gem. Art. 10 Abs. 2 EU-NNVO seit dem 30.4.2016 in Kraft. Der „Body of European Regulators of Electronic Communications“ (BEREC) hat in diesem Zusammenhang einen Leitfaden zur Umsetzung der Netzneutralität in den Mitgliedsstaaten erlassen.³⁰

1. Gewährleistung des Zugangs zum offenen Internet

Auch wenn sich in der EU-NNVO keine Legaldefinition zum Begriff der Netzneutralität findet, stellt Art. 3 EU-NNVO

Grundsätze zur Gleichbehandlung der Datenübermittlung im Internet auf. In Abs. 3 wird der Begriff der Netzneutralität abstrakt definiert:

„Anbieter von Internetzugangsdiensten behandeln den gesamten Verkehr bei der Erbringung von Internetzugangsdiensten gleich, ohne Diskriminierung, Beschränkung oder Störung, sowie unabhängig von Sender und Empfänger, den abgerufenen oder verbreiteten Inhalten, den genutzten oder bereitgestellten Anwendungen oder Diensten oder den verwendeten Endgeräten.“

2. Zugangsbezogene Netzneutralität

Art. 3 Abs. 1 EU-NNVO regelt den Grundsatz der zugangsbezogenen Netzneutralität.³¹ Endnutzer haben danach das Recht, alle Anwendungen oder Dienste über ihren Internetzugangsdienst abzurufen und zu verbreiten. Der Endnutzer wird somit zum „Herrn über sein Datenvolumen“.³² Ein grundloses Blockieren oder Verlangsamung von Inhalten und Diensten durch die Internetzugangsanbieter wird so untersagt. Auffallend ist die adressatenlose Formulierung des Art. 3 Abs. 1 EU-NNVO. Anders als der frühere § 41a TKG, der sich explizit gegen die privaten Netzbetreiber richtete, zieht Art. 3 Abs. 1 EU-NNVO alle Marktakteure, einschließlich solche der Hoheitsgewalt, mit ein.³³ Ebenfalls sehr weitgehend ist es, dass den Endnutzern garantiert wird, beim Zugang zum Internet Endgeräte ihrer Wahl zu nutzen. Damit dürfte technologiebedingten Diskriminierungen, wie zum Beispiel dem teilweise praktizierten Routerzwang, ein Riegel vorgeschoben sein. Die im Bereich der Sprachtelefonie schon vorhandene Endgerätefreiheit, die das Vorschreiben bestimmter Endgeräte verhindert, ist damit auch für den Internetzugang gesetzlich vorgeschrieben.

In Art. 3 Abs. 2 EU-NNVO wird die äußere Grenze für Vertragsbedingungen und Geschäftspraktiken der Internetzugangsdienste festgelegt. Bei der Prüfung der Geschäftspraktiken sollte auch Art. 3 Abs. 3 EU-NNVO berücksichtigt werden.³⁴ Vereinbarungen zwischen den Endnutzern und den Internetzugangsdiensten über bestimmte Merkmale des Zugangsdienstes wie Preis, Datenvolumina oder Geschwindigkeit sind nach der Vorschrift zulässig. Ein Anspruch der Endnutzer auf eine Flatrate, d.h. eines Tarifs bei dem alle Nutzer unabhängig vom Verbrauch den gleichen Preis für die eine Datenübertragung nach dem Best-Effort-Prinzip zahlen, lässt sich daraus nicht herleiten.³⁵ Grundsätzlich bleibt ein solches Modell zwar möglich, allerdings kann der Internetzugangsanbieter hier nach Bandbreiten und/oder Übertragungsvolu-

²⁴ Körber, MMR 2011, 215 (219).

²⁵ Körber (Fn. 6), S. 226.

²⁶ Berger-Kögler/Kind, N&R 2010 Beilage, 1 (4).

²⁷ Brüggemann, CR 2015, 361 (362).

²⁸ RL 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.11.2009, ABl. EG Nr. L 337/37.

²⁹ Siehe dazu *Werkmeister/Hermstrüwer*, CR 2015, 570 (571); *Koenig/Meyer*, CR 2015, 643 (648).

³⁰ BEREC-Leitlinien zur Umsetzung der europäischen Netzneutralitätsregelungen durch die nationalen Regulierungsbehörden, BoR (16) 127 (in der Folge: BEREC-Leitlinien).

³¹ Vgl. zu dieser Differenzierung *Klement*, EuR 2017, 532 (543 f.).

³² So *Körber*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 5. Aufl. 2016, § 41a TKG Rn. 209.

³³ *Klement*, EuR 2017, 532 (544).

³⁴ BEREC-Leitlinien, Rn 19.

³⁵ Vgl. *Klement*, EuR 2017, 532 (545), wonach sich erst recht kein Kontrahierungszwang für Internetzugangsdienste ableiten lässt.

men differenzierte Tarife anbieten.³⁶ Die von Art. 3 Abs. 2 EU-NNVO garantierte Abschlussfreiheit wird aber nicht schrankenlos gewährleistet. Insbesondere dürfen keine Endnutzerrechte im Sinne des Art. 3 Abs. 1 EU-NNVO beschränkt werden.

3. Übermittlungsbezogene Netzneutralität

Die Reichweite und Wirkkraft der Netzneutralität hängt maßgeblich davon ab, inwiefern Ungleichbehandlungen bei der Datenübertragung nach dem Best-Effort-Prinzip zugelassen werden. Diesbezüglich wird im 8. Erwägungsgrund der Verordnung darauf hingewiesen, dass eine Ungleichbehandlung zulässig ist, „sofern sie durch objektive Gründe gerechtfertigt ist“. Von der grundsätzlichen Pflicht zur Gleichbehandlung gibt es mehrere Ausnahmen

a) Verkehrsmanagementmaßnahmen

In diesem Sinne sind gem. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EU-NNVO Priorisierungen von Datenpaketen zum Zwecke des Verkehrsmanagements unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. So müssen Verkehrsmanagementmaßnahmen „transparent, nichtdiskriminierend und verhältnismäßig sein und dürfen nicht auf kommerziellen Erwägungen, sondern auf unterschiedlichen technischen Anforderungen an die Dienstqualität bestimmter Datenverkehrskategorien beruhen.“ Weiterhin dürfen sie nur aufrechterhalten werden, solange sie erforderlich sind und der konkrete Dateninhalt nicht betrachtet wird. Das Erforderlichkeitskriterium eröffnet eine Angemessenheitsprüfung bei der Zweck und Vorteile mit den Einschränkungen für bestimmte Arten des Datenverkehrs in vergleichbaren Situationen abgewogen werden.³⁷ Die von vielen Verbraucherschützer geäußerte Befürchtung, dass es den Netzbetreibern im Zuge des technologischen Fortschritts ermöglicht sei, die Kommunikation über das Internet zu überwachen bzw. zu zensurieren, ist damit zumindest entschärft worden.

Dasselbe gilt für die vielbeschworene Gefahr, die größere Zahlungsbereitschaft würde zukünftig über die Datenübertragungsqualität entscheiden. Da Verkehrsmanagementmaßnahmen nicht auf „kommerziellen Erwägungen“ beruhen dürfen, sind derartige Geschäftsmodelle generell unzulässig. Damit ist aber kein komplettes Verbot von Zahlungen durch die Inhalteanbieter verbunden. Eine Differenzierung nach Dienste- oder Transportklassen muss jedoch anhand objektiv verschiedener Anforderungen an die technische Qualität vorgenommen werden. Eine Differenzierung nach Dienste- oder Transportklassen auch innerhalb des allgemeinen Internets (z.B. zwischen Email und Videoübertragung) ist aufgrund ihrer unterschiedlichen Qualitäts- und Störungssensibilität zulässig. In Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 EU-NNVO wird klar gestellt, dass Maßnahmen des Verkehrsmanagements nicht bestimmte Inhalte, Anwendungen oder Dienste – oder bestimmte Kategorien von diesen – blockieren, verlangsamen, verändern, einschränken, stören, verschlechtern oder diskriminieren dürfen, es sei denn, diese lassen sich durch die Ausnahmen der Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. a–c rechtfertigen.

³⁶ *Körber* (Fn. 32), § 41a TKG Rn. 209.

³⁷ Vgl. *Schütze*, ZD-Aktuell 2016, 05291.

b) Zero-Rating

Beim Zero-Rating (auch „sponsored connectivity“) handelt es sich um eine Vertragsgestaltung zwischen den Endnutzern und den Internetzugangsanbietern, wonach die Nutzung bestimmter Dienste nicht auf das vertraglich vereinbarte Datenvolumen angerechnet wird.³⁸ Daneben gibt es auch Verträge zwischen den Internetzugangsanbietern und den Diensteanbietern, die dem Zero-Rating unterfallen.³⁹ So hat die Deutsche Telekom in der Vergangenheit den Tarif „Special Complete Mobile Music“ angeboten, der den Datenverkehr des Musikstreaming-Dienstes Spotify nicht auf das inkludierte Datenvolumen angerechnet hat.⁴⁰ Hier ist bereits fraglich, ob überhaupt ein regulierungsbedürftiges Marktversagen vorliegt. Grundsätzlich kann eine derartige Tarifgestaltung für konkurrierende Anbieter eine marktverschließende Wirkung entfalten. Hierdurch wird ein wirtschaftlicher Anreiz erzeugt, gerade eine bestimmte Anwendung statt eines Konkurrenzprodukts zu verwenden.⁴¹ Auf der anderen Seite schafft die Nichtanrechnung bestimmter Anwendungen freie Kapazitäten im Breitbandnetz, wodurch auch konkurrierende Angebote indirekt profitieren.⁴² Für den einzelnen Endnutzer sind solche Tarife von Vorteil, da er für einen Nullpreis einen bestimmten Dienst oder teilweise auch eine ganze Anwendungskategorie nutzen kann. Ein explizites Verbot dieser Vertragsgestaltung ist in der EU-NNVO nicht zu finden.⁴³ Eine Zero-Rating Abrede lässt sich jedoch als eine „vertragliche Abrede einer gewerblichen Bedingung des Internets“ im Sinne des Art. 3 Abs. 2 EU-NNVO subsumieren. Diese ist rechtlich zulässig, wenn keine Rechte der Endnutzer nach Art. 3 Abs. 1 EU-NNVO beschränkt werden. In diesem Zusammenhang muss zwischen unterschiedlichen Vertragsgestaltungen differenziert werden. Bezieht sich ein Zero-Rating Tarif nur auf die Nichtanrechnung eines einzelnen Dienstes (z. B. Spotify), können die Endnutzer den Dienst immer noch über einen anderen Internetzugangsdienst nutzen. Nicht mit der EU-NNVO vereinbar wäre hingegen, dass sich Zero-Rating Angebote auf ganze Dienstekategorien oder einzelne Dienste, die ausschließlich im Bundle mit einem bestimmten Internetzugangsanbieter angeboten werden, beziehen.⁴⁴ Auch bei konkurrierenden Diensteanbietern, die in einem horizontalen Wettbewerbsverhältnis zueinander stehen, kommt es darauf an, ob sie diskriminierungsfreien Zugang zu dem Zero-Rating Angebot erhalten oder dafür ein gesondertes Entgelt zahlen müssen.⁴⁵ Insgesamt ist festzustellen, dass die EU-NNVO in Bezug auf Zero-Rating Angebote offen gehalten ist und in jedem Fall eine Einzelfallanalyse erforderlich ist. Ausgeschlossen ist eine Beschränkung der

³⁸ *Körber* (Fn. 32), § 41a TKG Rn. 212.

³⁹ *Fetzer*, MMR 2017, 579.

⁴⁰ Vgl. Bundesnetzagentur Bericht v. 14.6.2013, S. 8 f.

⁴¹ Vgl. BEREK-Leitlinien, Rn. 42.

⁴² Auch *Körber* (Fn. 6), S. 236.

⁴³ Anders als noch im Entwurf der EU-NNVO vgl. KOMM. 11.9.2013, COM (2013) 627 final; auch *Körber* (Fn. 32), § 41a TKG Rn. 212.

⁴⁴ *Werkmeister/Hermstrüwer*, CR 2015, 570 (573).

⁴⁵ *Fetzer*, MMR 2017, 579 (581).

Ausübung des Rechts zum offenen Internetzugang jedoch, wenn das Angebot kostenlos und diskriminierungsfrei allen Nutzern offensteht.⁴⁶

c) Spezialdienste

Nach Art. 3 Abs. 5 EU-NNVO gilt eine weitere Ausnahme vom Prinzip der Netzneutralität für sog. Spezialdienste. Während den Verhandlungen um die EU-NNVO kam die Forderung auf, dass für besonders qualitätssensitive Dienste, die eine gesicherte Übertragungsqualität erfordern, die Vorgaben der Netzneutralität nur eingeschränkt gelten sollten. Die Anwendungsfelder von Spezialdiensten sind dabei vielfältig und heterogen. So ist die Qualitätssicherung des Datentransportes ein bedeutender Faktor im aufstrebenden Bereich der Telemedizin im Gesundheitswesen oder beim automatisierten Fahren. Auch Videotelefonie oder Videokonferenzen sind auf eine stabile Datenübertragung angewiesen. Generell ist zu erwarten, dass Spezialdienste im Zeitalter der Industrie 4.0 eine größere Rolle spielen werden. Nachdem sich das Europäische Parlament und die Kommission in dieser Frage zunächst uneinig waren, kamen sie schließlich zu dem Kompromiss, dass Spezialdienste unter bestimmten Voraussetzungen priorisiert behandelt werden können.

aa) Definition

Ohne den Begriff Spezialdienste ausdrücklich zu nennen, spricht Art. 3 Abs. 5 UAbs. 1 EU-NNVO von „andere[n] Dienste[n], die keine Internetzugangsdienste sind“ und „für bestimmte Inhalte, Anwendungen oder Dienste oder eine Kombination derselben optimiert sind.“ Damit werden Bedingungen aufgestellt, die für die Bereitstellung von Spezialdiensten erfüllt sein müssen. Das Merkmal „keine Internetzugangsdienste“ deutet darauf hin, dass Art. 3 Abs. 5 EU-NNVO solche Dienste nicht erfasst, die außerhalb des allgemeinen Internets erbracht werden. Eine genaue Eingrenzung der Dienste findet jedoch nicht statt. In Erwägungsgrund 16 wird lediglich darauf hingewiesen, dass es sich um Dienste im „öffentlichen Interesse“ und solche, die eine „Maschine-Maschine-Kommunikation“ verlangen, handeln könne. Verpasst wurde es, klare Standards zu definieren, die für die Einordnung als Spezialdienst erfüllt sein müssen. So erscheint ein öffentliches Interesse, Anwendungen der Telemedizin auf besonders qualitätsgesicherten virtuellen Netzen zu übertragen, naheliegend. Dies kann unter Umständen jedoch auch im Fall von hochwertigen YouTube-Videos oder juristischen Suchmaschinen der Fall sein.⁴⁷ Mithin verbleiben Wertungsspielräume, die die Rechtsanwendung erschweren, da insbesondere neuartige Dienste oft nur schwer klassifizierbar sind.

Problematisch erscheint der Ausschluss einer Qualitätsgarantie für andere Dienste auch im Lichte der sog. „Technologieneutralität“.⁴⁸ Nach diesem schon in Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 RahmenRL bekräftigten Grundsatz dürfen funktio-

nal austauschbare Dienste allein aufgrund ihrer eingesetzten Übertragungstechnologie nicht unterschiedlich behandelt werden.⁴⁹ So wäre ein Dienst zur Übertragung von Fernsehkanälen über das Internet wie „Zattoo“ von einer Qualitätssicherung ausgeschlossen, während dies bei konkurrierenden Angeboten, die über andere Technologien übertragen werden, möglich wäre und auch bereits praktiziert wird (z.B. über DVB-T, DVB-S, DVB-C).⁵⁰

bb) Rückausnahme

Von der Ausnahme vom Prinzip der Netzneutralität wird in Art. 3 Abs. 5 UAbs. 2 EU-NNVO eine Rückausnahme gemacht. Diese soll als Schutzvorkehrung die Verfügbarkeit und allgemeine Qualität der Best-Effort-Internetzugangsdienste gewährleisten.⁵¹ Insbesondere darf der Dienst nicht dazu genutzt werden, die für Interzugangsdienste geltenden Bestimmungen über Verkehrsmanagementmaßnahmen zu umgehen. Zunächst muss sichergestellt sein, dass die „Netzkapazität ausreicht, um sie zusätzlich zu den bereitgestellten Internetzugangsdiensten zu erbringen“. Damit wird verlangt, dass neben den Spezialdiensten noch genug Kapazität vorhanden ist, um gewöhnliche Dienste im Internet anzubieten. Weitere Netzkapazität könne zum Beispiel durch zusätzliche Investitionen in die Infrastruktur bereitgestellt werden.⁵² Verkannt wird damit, dass der eigentliche Bedarf an Spezialdiensten gerade daraus resultiert, dass im allgemeinen Internet alle Daten nach dem Best-Effort-Prinzip schnellstmöglich, allerdings ohne Qualitätssicherung, zugestellt werden.⁵³ Diese eigentlich sinnvolle Regelung könnte daher eine vermehrte Bereitstellung von Überkapazitäten erfordern, um den Netzbetrieb aufrechtzuerhalten. Dass sich diese Form der Kapazitätsengpassbewältigung als ökonomisch ineffizient darstellt, wurde bereits an anderer Stelle verdeutlicht.

Weiterhin sollen Spezialdienste keinen Ersatz für gewöhnliche Internetzugangsdienste darstellen und damit die Vorschriften der Verordnung umgehen. Hierbei spielt besonders die Frage eine Rolle, ob der Dienst tatsächlich Zugang zum Internet eröffnet, jedoch in eingeschränkter Form, in höherer Qualität oder mit einem differenzierten Verkehrsmanagement.⁵⁴ In diesem Fall läge nämlich eine Umgehung vor. Auch dürfen Spezialdienste nicht zu Nachteilen bei der Verfügbarkeit oder allgemeinen Qualität der Internetzugangsdienste führen. Die nationalen Regulierungsbehörden sollen hier die Auswirkungen auf die Verfügbarkeit und allgemeine Qualität der Internetzugangsdienste dadurch bewerten, „dass sie unter anderem die Dienstqualitätsparameter (wie etwa Paketlaufzeit, Paketlaufzeitvarianz, Paketverlustrate), das Maß und die Auswirkungen von Netzüberlastungen, die tatsächlichen gegenüber den beworbenen Geschwindigkeiten, die Leistungsfähigkeit der Internetzugangsdienste im Ver-

⁴⁶ Vgl. *Klement*, EuR 2017, 532 (545); *Fetzer*, MMR 2017, 579 (581).

⁴⁷ So *Klement*, EuR 2017, 532 (550).

⁴⁸ *Körber* (Fn. 32), § 41a TKG Rn. 211.

⁴⁹ *Cornils*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 1 TKG Rn. 28.

⁵⁰ *Körber* (Fn. 32), § 41a TKG Rn. 211.

⁵¹ Vgl. BEREC-Leitlinien, Rn. 104.

⁵² BEREC-Leitlinien, Rn. 116.

⁵³ *Kritisch Spies/Ufer*, MMR 2015, 91 (93).

⁵⁴ BEREC-Leitlinien, Rn. 127.

gleich zu den anderen Diensten, die keine Internetzugangsdienste sind, [...] analysieren“.⁵⁵

4. Transparenzvorschriften

Um die Netzneutralitätsverpflichtung aus Art. 3 abzusichern, statuiert Art. 4 EU-NNVO diverse Transparenzpflichten des Internetzugangsanbieters. Diesem wird in Art. 4 Abs. 1 lit. a–e EU-NNVO bei Verträgen über Internetzugangsdienste die Pflicht auferlegt, bestimmte Mindestinformationen zur Verfügung zu stellen.⁵⁶ Die Transparenzverpflichtungen zielen darauf ab, Informationsasymmetrien abzubauen und dem Endkunden eine sachkundige Entscheidung zu ermöglichen.⁵⁷ Danach muss beispielsweise klar und verständlich offengelegt werden, wie sich Verkehrsmanagementmaßnahmen oder Volumenbeschränkungen allgemein auf die Qualität des Internetzugangs und den Umgang mit personenbezogenen Daten auswirken.

IV. Fazit

Insgesamt ist festzustellen, dass die EU-NNVO einen angemessenen Kompromiss zwischen den Interessen der Netzbetreiber und den Sorgen von Verbraucherschützern gefunden hat. So gibt es nun erstmals eine EU-weite Kodifikation des Grundsatzes der Netzneutralität, der grundlose Diskriminierungen, wie das Blockieren oder Verlangsamen von Inhalten, explizit untersagt. Erfreulich ist insbesondere die genaue Differenzierung zwischen Maßnahmen des Verkehrsmanagements einerseits und Spezialdiensten andererseits. Die Gefahr eines Zwei-Klassen-Internets ist damit zumindest abgemildert worden. Allerdings besteht weiterhin die Gefahr, dass zukünftig vertikal integrierte Spezialdienste der Netzbetreiber, wie z.B. Entertain TV von der Deutschen Telekom, den Massenmarkt dominieren. Keine klaren Vorgaben finden sich hingegen in Bezug auf die Rechtmäßigkeit von Zero-Rating Abreden. So sind sie weder ausdrücklich erlaubt noch verboten. Im Einzelfall ist es daher den nationalen Regulierungsbehörden überlassen, zwischen wettbewerbsfördernden und wettbewerbswidrigen Abreden zu differenzieren. Da die grundlose Privilegierung bestimmter Dienste ohnehin nicht mehr möglich ist, scheint die zusätzliche Regulierung von Zero-Rating Verträgen jedoch nicht mehr erforderlich. Die Befürchtung, dass Zero-Rating Abreden konkurrierenden Anbietern den Markt verschließen, wird zudem durch das Wettbewerbsrecht abgemildert. Im Fall einer marktmächtigen Stellung des Unternehmens kann das kartellrechtliche Missbrauchsverbot nach Art. 102 AEUV bzw. § 19 GWB eingreifen. Dieses hält bereits wirksame Sanktionsmechanismen bereit, um auf Behinderungsstrategien durch marktbeherrschende Unternehmen flexibel reagieren zu können.⁵⁸ Die Durchschlagsfähigkeit der EU-NNVO wird insgesamt davon abhängen, wie die nationalen Regulierungsbehörden die europäischen Vorgaben praktisch umsetzen. Die

Deutsche Telekom hat bereits als Reaktion auf die EU-NNVO die Nichtanrechnung von Spotify auf das Datenvolumen beendet. Auch der deutsche Gesetzgeber ist in der Folge tätig geworden. Durch das 3. TKG-Änderungsgesetz können nun bei unzulässigen Beschränkungen durch Diensteanbieter Bußgelder von bis zu 500.000 Euro fällig werden. Bußgelder bis zu 100.000 Euro können erhoben werden, wenn die Internetanbieter ihre Kunden über vertragsgemäße Beschränkungen des offenen Internetzugangs oder über die Rechte der Nutzer, wenn die tatsächliche Datenübermittlung von der vertraglich vereinbarten abweicht, nicht ordnungsgemäß informieren. Ob sich die Deutsche Telekom, die allein 2016 einen Gesamtumsatz von 73,1 Milliarden Euro erwirtschaftet hat, von derartigen Bußgeldern beeindruckt lässt, bleibt jedoch zu bezweifeln.

⁵⁵ Vgl. ErwG. 17.

⁵⁶ Vgl. Schütze, ZD-Aktuell 2016, 05291.

⁵⁷ Vgl. ErwG. 18.

⁵⁸ Für eine starke Rolle des Kartellrechts auch *Diego Martín*, Research Paper in Law 3/2016, S. 26 ff.