

cep**Studie**

## **Netzneutralität als Regulierungsziel: Eine ordnungspolitische und juristische Analyse.**

UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DES ENTWURFS DES  
BUNDESWIRTSCHAFTSMINISTERIUMS FÜR EINE VERORDNUNG ZUR GEWÄHRLEISTUNG DER  
NETZNEUTRALITÄT

von

Anne-Kathrin BARAN

Philipp ECKHARDT

Ariane KIESOW

Dr. Bert VAN ROOSEBEKE

Freiburg, 12. Juli 2013

Die vorliegende Studie wurde im Auftrag des Bundesverbands Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. (BITKOM) erstellt. Die zum Ausdruck gebrachten Meinungen sind die der Autoren und geben nicht unbedingt die Position des BITKOM wieder.

**Kontakt:**

Dr. Bert Van Roosebeke  
CEP - Centrum für Europäische Politik  
Fachbereichsleiter Telekommunikation  
Kaiser-Joseph-Straße 266 – 79098 Freiburg  
0761 – 386 93 230  
[vanroosebeke@cep.eu](mailto:vanroosebeke@cep.eu)

Bei der Durchführung dieser Studie hat das CEP diverse Hintergrundgespräche mit Vertretern der betroffenen Unternehmen, Verbände und Behörden durchgeführt. **Die in dieser Studie enthaltene Analyse gibt lediglich die Meinung des CEP und der Autoren wieder.**

Gespräche fanden statt mit:

- BITKOM
- Bundeskartellamt
- Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
- Bundesnetzagentur
- Computer and Communications Industry Association (CCIA)
- Deutsche Telekom
- EU-Kommission
- EWE TEL
- Federal Communications Commission (FCC)
- Kabel Deutschland
- Microsoft Deutschland
- Monopolkommission
- Telefónica Deutschland
- VATM
- Vodafone Deutschland
- Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen
- Wirtschaftsministerium der Niederlande
- Wirtschaftsministerium Slowenien

## INHALTSVERZEICHNIS

<b>KAPITEL 1: SZENARIEN, REGULIERUNGSÜBERLEGUNGEN UND ERFAHRUNGEN .....</b>	<b>1</b>
<b>1. Netzneutralität: Begriffe und Szenarien .....</b>	<b>1</b>
1.1 Definition und Begriffe .....	1
1.2 Abweichungen der Netzneutralität: Fünf Relevante Szenarien .....	2
1.2.1 Blocking .....	2
1.2.2 Produktdifferenzierung und Preisdiskriminierung von ISP gegenüber CSP .....	2
1.2.3 Managed Services .....	3
1.2.4 Produktdifferenzierung gegenüber Endkunden .....	4
1.2.5 Preisdiskriminierung gegenüber Endkunden.....	5
<b>2. Aktuelle Regulierungsüberlegungen zur Netzneutralität .....</b>	<b>5</b>
2.1 Pläne des Bundeswirtschaftsministeriums.....	5
2.2 Pläne der EU-Kommission .....	6
<b>3. Regulierung zur Netzneutralität im europäischen und internationalen Vergleich (Auswahl).....</b>	<b>7</b>
3.1 Chile.....	7
3.2 USA.....	8
3.3 Niederlande .....	8
3.4 Slowenien.....	9
3.5 Deutschland.....	9
3.6 Übersicht der gesetzlichen Regelungen .....	10
<b>KAPITEL 2: NETZNEUTRALITÄT ÖKONOMISCH ANALYSIERT .....</b>	<b>11</b>
<b>1. Ökonomische Bedeutung der Netzneutralität.....</b>	<b>11</b>
1.1 Präferenzen, Knappheit und Preise.....	11
1.2 Präferenzen, Knappheit und Preise im Internet.....	11
<b>2. Ordnungspolitische Kriterien für einen Eingriff in die Preisbildung .....</b>	<b>13</b>
2.1 Wettbewerbliche Gründe .....	13
2.2 Externalitäten.....	15
<b>3. Netzneutralität: Regulierungseingriff notwendig? .....</b>	<b>16</b>
3.1 Theorie der zweiseitigen Märkte.....	16
3.2 Blocking.....	17
3.3 Produktdifferenzierung und Preisdiskriminierung von ISP gegenüber CSP.....	18
3.3.1 Ausflug: Content Delivery Networks .....	20
3.4 Managed Services.....	21
3.5 Produktdifferenzierung gegenüber Endkunden .....	21

3.6	Preisdiskriminierung gegenüber Endkunden .....	22
3.7	Netzneutralität in den USA: Ein Beispiel für Deutschland und die EU? .....	23
3.8	Fazit.....	23
<b>KAPITEL 3: NETZNEUTRALITÄT JURISTISCH ANALYSIERT – AKTUELLE BESTIMMUNGEN ÜBER DIE NETZNEUTRALITÄT .....</b>		<b>24</b>
<b>1. Grundrechte .....</b>		<b>24</b>
1.1	Grundrechte der ISP .....	24
1.1.1	Unternehmerische Freiheit/Freiheit der Berufsausübung .....	24
1.1.2	Eigentumsrecht.....	24
1.2	Grundrechte der Internetnutzer .....	25
1.2.1	Fernmeldegeheimnis.....	25
1.2.2	Meinungsfreiheit .....	26
1.2.3	Recht auf informationelle Selbstbestimmung/Schutz personenbezogener Daten .....	26
1.2.4	Grundrechtlicher Anspruch auf Netzneutralität .....	26
<b>2. Telekommunikationsrecht .....</b>		<b>27</b>
2.1	EU-Telekommunikationsrecht.....	27
2.2	Das deutsche Telekommunikationsgesetz .....	28
<b>3. Wettbewerbsrecht .....</b>		<b>28</b>
3.1	EU-Wettbewerbsrecht.....	28
3.2	Deutsches Wettbewerbsrecht .....	29
3.3	Sperren, Drosseln oder Zugangsverweigerung in vertikalen Verbindungen .....	29
<b>4. Rundfunkrecht .....</b>		<b>29</b>
<b>KAPITEL 4: DER ENTWURF DES BUNDESWIRTSCHAFTSMINISTERIUMS ZUR NETZNEUTRALITÄTSVERORDNUNG NACH § 41a TKG.....</b>		<b>31</b>
4.1	Ordnungspolitische Bewertung .....	31
4.2	Rechtmäßigkeit zusätzlicher Bestimmungen über die Netzneutralität.....	31
<b>POLITIKEMPFEHLUNG .....</b>		<b>33</b>
<b>LITERATURVERZEICHNIS .....</b>		<b>34</b>

## ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
BE	Best Effort
BEREC	Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (auch: GEREK)
CDN	Content Delivery Network
CSP	Content and Service Provider
DSL	Digital Subscriber Line
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EU	Europäische Union
FIFO	First-in-first-out
GG	Grundgesetz
GRCh	EU-Grundrechtecharta
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
ISP	Internet Service Provider
IP-TV	Internet Protocol Television
NNVO	Verordnung zur Netzneutralität
QoS	Quality of Service
RStV	Rundfunkstaatsvertrag
TKG	Telekommunikationsgesetz
UMTS	Universal Mobile Telecommunications System
URL	Universaldienststrichlinie
VoIP	Voice over IP

## KAPITEL 1: SZENARIEN, REGULIERUNGSÜBERLEGUNGEN UND ERFAHRUNGEN

### 1. Netzneutralität: Begriffe und Szenarien

#### 1.1 Definition und Begriffe

Bisher existiert weder im europäischen noch im deutschen Recht eine Legaldefinition von Netzneutralität. BEREC, Das Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation<sup>1</sup> definiert Netzneutralität als Gleichbehandlung aller elektronischen Kommunikation in einem Netzwerk, also unabhängig von Inhalt, Anwendung, Dienst, Gerät, Absender oder Empfänger.<sup>2,3</sup>

Eine „gleichberechtigte Übertragung aller Datenpakete“ wird technisch durch das sog. Best-Effort-Prinzip gewährleistet.<sup>4</sup> Das bedeutet, dass im Rahmen der verfügbaren Ressourcen alle Datenpakete schnellstmöglich weitergeleitet werden.<sup>5</sup> Der genaue Inhalt der Datenpakete ist dabei unerheblich.<sup>6</sup> Eine solche Gleichbehandlung gibt es aber heute oft nicht mehr. Üblicherweise betreiben Internet-Service-Provider (ISP) ein sog. Netzwerkmanagement.<sup>7</sup> Dabei werden Datenpakete innerhalb seines Netzes vom ISP ungleich behandelt.<sup>8</sup>

Relevant ist dabei, ob die korrekte Darstellung von Inhalten oder das Funktionieren von Anwendungen von einer konstant hohen Übertragungsgeschwindigkeit abhängig ist. Dies ist regelmäßig bei VoIP Diensten, IP-TV oder eHealth-Anwendungen der Fall, da hier eine korrekte Abfolge der Datenübertragung und eine hohe Übertragungsrate für deren Funktionieren notwendig sind. Übertragungsverzögerungen führen regelmäßig zu Störungen der Dienste, sodass diese unbrauchbar werden. Beim Email-Versand oder einfachem Webbrowsing hingegen sind die Datenübertragungsraten weniger zeitkritisch, sodass bei diesen Diensten eine geringere Abhängigkeit von der Übertragungsgeschwindigkeit vorliegt. Eine solche Vorgehensweise setzen ISP auch deshalb ein, um bestimmte Kundenbedürfnisse zuverlässig bedienen zu können (QoS oder „Quality of Service“), etwa im Rahmen von Dienstleistungen die lediglich über das eigene Netz angeboten werden („managed services“).

Besonders kritisch wird jedoch primär die Lenkung von Datenströmen jenseits geschlossener Netze angesehen. Im Folgenden werden die fünf relevantesten Abweichungen vom Prinzip der Netzneutralität anhand konkreter Szenarien beschrieben.

---

<sup>1</sup> Verordnung (EG) Nr. 1211/2009 des Europäischen Parlaments und des vom 25. November 2009 zur Einrichtung des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK, engl. BEREC) und des Büros.

<sup>2</sup> BEREC (2010).

<sup>3</sup> Von einer ähnlichen Definition gehen auch die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages aus: „Der Begriff Netzneutralität bezeichnet die neutrale Übermittlung von Daten im Internet, das bedeutet eine gleichberechtigte Übertragung aller Datenpakete unabhängig davon, woher diese stammen, welchen Inhalt sie haben oder welche Anwendungen die Pakete generiert haben“, s. Aktueller Begriff Netzneutralität der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages Nr. 014/10 (5. März 2010).

<sup>4</sup> Müller-Terpitz, K&R 2012, S. 476 (477).

<sup>5</sup> Dabei wird das First-in-first-out (FIFO) Prinzip angewandt.

<sup>6</sup> BT-Drs. 17/8536 vom 2. Februar 2012, Enquete-Kommission zur Netzneutralität, S. 11.

<sup>7</sup> Vgl. BEREC (2012c).

<sup>8</sup> BT-Drs. 17/8536 vom 2. Februar 2012, Enquete-Kommission zur Netzneutralität, S. 12.

## 1.2 Abweichungen der Netzneutralität: Fünf Relevante Szenarien

### 1.2.1 Blocking

Das „Blocking“ bezeichnet die Sperrung durch den ISP von einzelnen Datenströmen im Internet, sodass der Zugriff auf die geblockten Inhalte seitens des Endkunden beschränkt oder untersagt wird. Auf diese Weise werden sowohl „Malware“ wie Viren oder Spam, als auch sonstige Daten oder Dienstangebote in beiden Richtungen der Datenverbindung herausgefiltert und nicht weitertransportiert.<sup>9</sup> Die so blockierten Daten oder Dienste sind für den Internetnutzer weder zugänglich, noch kann er sie selbst versenden. Die Filterung nach bestimmten Inhalten erfolgt in der Regel über die Kennzeichnung des Datenpakets, welches mit Hilfe von speziellen Techniken analysiert wird. Bekannte Datenpakete werden so beispielsweise über deren „Hashwert“ (nahezu eindeutige Kennzeichnung eines Datenpakets) identifiziert<sup>10</sup> und mit Hilfe einer Liste von bereits bekannter „Malware“ abgeglichen, gefiltert und anschließend blockiert. Ferner ist auch der Zugriff auf bestimmte Webseiten blockierbar, indem der Provider den Aufruf der Webseite nicht korrekt an den angefragten Server weiterleitet, sondern die Anfrage auf vorher definierte Webseiten umleitet. So kann der Provider dafür sorgen, dass auf dem Bildschirm des Internetnutzers nicht die von ihm gewünschte Webseite, sondern eine Fehlermeldung angezeigt wird. Neben Inhalten kann auch die Nutzung von Diensten blockiert werden. So haben Mobilfunkanbieter in der Vergangenheit die Nutzung von VoIP-Diensten wie Skype blockiert.

### 1.2.2 Produktdifferenzierung und Preisdiskriminierung von ISP gegenüber CSP

Die bisherigen Preisstrukturen für die Nutzung des Internets basieren vornehmlich auf dem Prinzip des „user pays“, wonach der Endkunde dem ISP eine monatliche Gebühr für die – oft volumenunabhängige (flat rate) – Internetnutzung entrichtet. Denkbar ist jedoch, dass künftig verstärkt eine finanzielle Beteiligung durch die Anbieter von Diensten und Inhalten (Content and Services Providers, CSP) im Internet angestrebt wird. In einem solchen „content pays“-Modell erhebt der ISP ein Entgelt beim CSP. Dementsprechend betreibt der ISP **Produktdifferenzierung** und transportiert die Datenpakete der jeweiligen CSP in Abhängigkeit von der Höhe der geleisteten Zahlungen in unterschiedlicher Priorität („pay for priority“). Im Extremfall werden Datenpakete nicht transportiert.<sup>11</sup>

Denkbar ist hier eine Produktdifferenzierung etwa in Form von Mengenrabatten für den Datentransport. Alternativ könnte der ISP eine stabile und schnelle Übertragung ihrer Daten anbieten oder diese für festgelegte Zeitfenster bereitstellen. Die Differenzierung im Produkt würde mit einer Differenzierung im Preis einhergehen.

Befürworter der Netzneutralität weisen darüber hinaus gelegentlich auf die Gefahr einer **Preisdiskriminierung** hin.<sup>12</sup> Preisdiskriminierung liegt vor, wenn Preisunterschiede zwischen zwei Produktvarianten sich nicht allein mit unterschiedlichen Kosten der Produktbereitstellung erklären lassen.<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup> Bedner (2009), S. 12.

<sup>10</sup> Bedner (2009), S. 13.

<sup>11</sup> Dies käme dem Szenario „Blocking“ gleich.

<sup>12</sup> Zur Preisdiskriminierung, siehe Pigou (1952) oder Knieps (2007), Kapitel 4.

<sup>13</sup> Klassische Beispiele sind Studenten- und Nichtstudentenpreise für Theaterbesuche oder das „Paris Metro Pricing“. Bis in den 1980ern bot die Pariser Metro Fahrkarten für zwei Preisklassen an. Fahrkarten 1. Klasse waren dabei doppelt so teuer wie diejenigen der 2. Klasse. Das Produktangebot (die Wagen, Sitzplatzangebot und damit die

Konkret könnten ISP eine Preisdifferenzierung gegenüber CSP vornehmen. Denkbar ist

- eine Preisdiskriminierung 1. Grades: ISP verhandeln mit einzelnen CSP Preise und generieren einen maximalen Erlös, indem sie die komplette Zahlungsbereitschaft des CSP abzuschöpfen versuchen.
- eine Preisdiskriminierung 2. Grades: ISP ordnen CSP in Gruppen mit unterschiedlicher Zahlungsbereitschaft und definieren für jede Gruppe einen unterschiedlich hohen Preis. CSP entscheiden eigenständig, in welche Gruppe sie sich einordnen (endogene Zuweisung).
- eine Preisdiskriminierung 3. Grades: ISP ordnen CSP in Gruppen mit unterschiedlicher Zahlungsbereitschaft und definieren für jede Gruppe einen unterschiedlich hohen Preis und weisen jeden CSP einer Gruppe zu (exogene Zuweisung).

### 1.2.3 Managed Services

Unter „managed services“ werden spezielle IP-basierte Kommunikationsdienste erfasst, die innerhalb geschlossener, vom klassischen Internet getrennter Netze angeboten werden.<sup>14</sup> Diese Dienste werden über eigene Netze der ISP angeboten und unterliegen einer zusätzlichen Zugangsbeschränkung: Für die Nutzung dieser Dienste muss der Endkunde seinem ISP ein zusätzliches Entgelt entrichten. Managed services stellen im Wesentlichen einen Datenverkehr auf eigenen Netzen eines vertikal integrierten ISP dar, für den eine bestimmte Mindestqualität garantiert wird.<sup>15</sup> Diese Qualitätsgarantie kann für die Funktionsfähigkeit qualitätssensitiver Dienste wie etwa IP-TV oder Telemedizin wichtig sein. Die Dienste könnten, würden sie auf dem Wege des klassischen Internets angeboten, in Phasen einer Überlast der Netze nicht störungsfrei angeboten werden. Eine strikte Anwendung des Prinzips der Netzneutralität ist daher mit dem Angebot von managed services nicht vereinbar.

Managed services können angeboten werden von

- einem vertikal integrierten ISP auf eigenem Netz,
- von einem ISP, der etwa über ein Bistromzugangprodukt Zugang zum Netz eines Netzbetreibers erhält; in diesem Fall muss das Zugangsprodukt den priorisierten Datentransport ermöglichen und
- einem CSP, der als Anbieter des managed service auftritt, indem er Zugang zum Netz des Netzbetreibers erhält.

Wird ein managed service allein über das eigene Netz eines einzigen Netzbetreibers angeboten, bedarf es keiner Festlegung unterschiedlicher Transportklassen. Ansonsten ist eine Spezifizierung dieser Klassen notwendig, um netzübergreifend eine gleichbleibende Qualität garantieren zu können. Letzteres gilt auch dann, wenn mehrere managed services - etwa von einem Netzbetreiber und einem Wettbewerber – über das Netz eines einzelnen Netzbetreibers angeboten werden.

---

Bereitstellungskosten) war jedoch vollkommen identisch.

<sup>14</sup> BEREC (2012), S. 4.

<sup>15</sup> Siehe auch Bundesnetzagentur (2013), S. 9 ff.



Die Definition der Transportklassen kann darüber hinaus innerhalb eines Netzes

- einheitlich ausgestaltet sein, d.h. es wird nach Dienstkategorie (bspw. IP-TV vs. Telemedizin) unterschieden, aber nicht nach dem Anbieter des managed service oder
- uneinheitlich ausgestaltet sein, sodass dieselbe Kategorie von managed service (bspw. IP-TV) unterschiedlichen Qualitätsstufen je nach Anbieter des Dienstes unterliegt, sodass es zu einer Unterscheidung der Anbieter kommt.<sup>16 17</sup>

#### 1.2.4 Produktdifferenzierung gegenüber Endkunden

Bei der Bepreisung von Internetzugangsdiensten bei Endkunden ist heutzutage häufig das Tarifmodell einer flat rate abhängig von einer bestimmten Bandbreite anzutreffen. Je nach Bandbreite entrichten die Endkunden einem ISP denselben Preis, unabhängig davon in welchem Umfang sie den Internetzugangsdienst tatsächlich in Anspruch nehmen.

Als anderes Tarifmodell zur Bepreisung von Internetzugangsdiensten sind nutzungsabhängige Entgelte denkbar. Ihnen liegt zugrunde, dass sich die Intensität der Nutzung des Zugangsdienstes im Preis widerspiegeln sollte. Dabei kann man zwischen zwei Varianten unterscheiden:

1) Lineare Preise in Abhängigkeit von der Nutzung: Bei dieser Variante entwickelt sich der Preis proportional zur Nutzung des Zugangsdienstes. Ein Beispiel hierfür wären Pro-Gigabyte-Tarife, aber auch Minutenentgelte bei Telefongesprächen.

2) Begrenzungen des Datenvolumen (Volumentarif): Volumentarife sind zweiteilige Tarife. Der Kunde zahlt zunächst ein festes Entgelt für den Internetzugangsdienst und die Nutzung des Dienstes bis zu einer festgelegten Volumengrenze. Vielnutzer, die innerhalb eines festgelegten Zeitraums die Volumengrenze überschreiten, werden etwa mit den folgenden Maßnahmen konfrontiert:

- die Drosselung der Download- bzw. -Uploadgeschwindigkeit,
- das Blockieren der weiteren Nutzung des Internetzugangsdienstes,
- die Verpflichtung zum Abschluss eines Zusatzkontraktes für die Weiternutzung des Internetzugangsdienstes bei unveränderter Geschwindigkeit gegen ein zusätzliches Entgelt.

Letztlich kommt es somit bei einer Drosselung der Geschwindigkeit oder einer Blockade des Zugangsdienstes zu einer „Produktdifferenzierung“ zwischen den verschiedenen Gruppen von Nachfragern (Vielnutzer vs. Wenignutzer).<sup>18</sup> Solche Tarife sind heute bereits bei vielen Handyverträgen gängige Praxis. Viele Mobilfunkanbieter begrenzen bei Buchung eines Handytarifes das Datenvolumen, bis zu dem die Nutzer eine vergleichsweise hohe Internetgeschwindigkeit nutzen können. Nach Verbrauch des Datenvolumens wird die Geschwindigkeit reduziert.<sup>19</sup>

Auch wenn diese Produktdifferenzierung Auslöser für die deutsche Debatte über die Netzneutralität gewesen sein darf, muss darauf hingewiesen werden, dass Datencaps, Drosselung, u.ä. an sich keinen Verstoß gegen die Netzneutralität beinhalten. Sowohl vor als auch nach

---

<sup>16</sup> BERC (2012 a), S. 32 und 33.

<sup>17</sup> Fetzer und Schweitzer(2012), S. 14.

<sup>18</sup> Bezahlt der Kunde ein zusätzliches Entgelt für die unveränderte Weiternutzung des Anschlusses, ist möglich, dass es zu einer Preisdiskriminierung im Vergleich zu jenen Kunden kommt, die gleich Anfangs einen unlimitierten Internetanschluss abonniert haben.

<sup>19</sup> Lyons, Daniel A. (2012).

Erreichen der Datenvolumengrenze werden alle Datenströme gleich behandelt.

### 1.2.5 Preisdiskriminierung gegenüber Endkunden

In diesem Szenario bepreisen ISP identische Datenströme unterschiedlich. Denkbar sind etwa Endkundenentgelte, die sich nach der aktuellen Auslastung der Breitbandnetze richten. Zu Zeiten mit hoher Netzauslastung wären dann höhere Entgelte fällig als in belastungsarmen Zeiten. Ebenfalls denkbar ist, dass der ISP die Bepreisung der Datenströme vom Inhalt derselben abhängig macht. Bei vertikal integrierten Unternehmen, die sowohl ISP als auch CSP sind, ist folgende besondere Form der Preisdiskriminierung denkbar: Ein ISP kann eigene Dienste gegenüber Diensten fremder Anbieter bevorzugt behandeln, indem er etwa eigene Dienste auf das vereinbarte Inklusivvolumen bei einem Volumentarif (siehe oben) nicht anrechnet, fremde Dienste allerdings schon. Im Ergebnis kommt dies einer Preisdiskriminierung gleich: für das gleiche Datenvolumen werden unterschiedliche Entgelte in Rechnung gestellt.

## 2. Aktuelle Regulierungsüberlegungen zur Netzneutralität

### 2.1 Pläne des Bundeswirtschaftsministeriums

Im Juni 2013 legte das Bundeswirtschaftsministerium den Entwurf einer Netzneutralitätsverordnung (NNVO) nach § 41a Telekommunikationsgesetz (TKG) vor.<sup>20</sup> Die Verordnung gilt für alle ISP, unabhängig von deren Marktmacht.

Auch wenn der Entwurf eine Reihe von Unklarheiten und Widersprüche aufweist, scheint er im Kern folgendes zu regeln:

- ISP dürfen Inhalte und Dienste nicht blocken.<sup>21</sup>
- Anbietereigene Plattformen oder Dienste dürfen das Best-Effort-Prinzip nicht beeinträchtigen.<sup>22</sup>
- Netzbetreibern ist es verboten, „entgeltliche Vereinbarungen mit CSP abschließen, die darauf zielen, Endnutzern einen bevorzugten Zugang zu deren Inhalten und Anwendungen zu ermöglichen“ (§ 2 Abs. 2). Sowohl die „Privilegierung eigener Inhalte“ als auch „Vereinbarungen mit Drittanbietern, die dafür bezahlen, dass deren Inhalte bei der Übermittlung privilegiert werden“ sind verboten. Der Netzbetreiber „darf Marktteilnehmer [diese daher] nicht unterschiedlich zugänglich machen“.<sup>23</sup> Ausnahmen gibt es u.a. dann, wenn dies „im allgemeinen Interesse“ liegt (§ 2 Abs. 4).
- „Eine Priorisierung unterschiedlicher Dienste- oder Inhaltelassen soll grundsätzlich nur zur Sicherstellung der Netzintegrität, der Sicherheit und Effizienzsteigerung von Diensten und Netzen sowie für zeitkritische Dienste zulässig sein“.<sup>24</sup>
- Die ungerechtfertigte Behinderung oder Verlangsamung des Datenverkehrs in den Telekommunikationsnetzen ist unzulässig (§ 1 Abs. 2 S. 2 Alt. 2). „Transportklassen und Tarife,

---

<sup>20</sup><http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/V/verordnungsentwurf-netzneutralitaet,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>, zuletzt abgerufen am 10. Juli 2013.

<sup>21</sup> Sowohl Endkunden als auch Diensteanbieter müssen einen diskriminierungsfreien, transparenten und offenen Zugang erhalten. (§1 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 und 3).

<sup>22</sup> § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 4.

<sup>23</sup> Ebenda, Begründung, S. 9-10.

<sup>24</sup> Ebenda, Begründung S. 7.

die sich nach dem Datenvolumen richten“ sind aber grundsätzlich zugelassen.<sup>25</sup> Eine Differenzierung von Entgelten anhand einer inhaltsneutralen, an technischen Erfordernissen orientierten Transportklassifizierung (Qualitätsdienstklassen), ist keine ungerechtfertigte Behinderung oder Verlangsamung des Datenverkehrs (§ 2 Abs. 3 S. 2). Die willkürliche Verschlechterung von Diensten ist unzulässig (§ 1 Abs. 2 S. 2 Alt. 1). Die Einführung von Qualitätsdienstklassen ist aber keine willkürliche Verschlechterung von Diensten, solange dem Endnutzer Wahlmöglichkeiten erhalten bleiben (§ 2 Abs. 3 S. 1).

- Netzbetreiber dürfen eigene Inhalte und Anwendungen nicht zu günstigeren Bedingungen oder zu einer besseren Qualität bevorzugt zugänglich machen (§ 2 Abs. 1).

Unklar ist, ob managed services künftig verboten sind bzw. nur zulässig sind, wenn sie im „allgemeinen Interesse“ liegen. Für ein Verbot von managed services spricht das Verbot entgeltlicher Vereinbarungen zwischen ISP und CSP (§ 2 Abs. 2). Dagegen sprechen Zweifel, was genau Gegenstand der Verordnung sein soll. Findet die Verordnung nur auf das „offene Internet“ Anwendung, wären managed services u.U. zulässig.

## 2.2 Pläne der EU-Kommission

Neelie Kroes, für die digitale Agenda zuständige EU-Kommissarin, kündigte Ende Mai 2013 an, auch auf europäischer Ebene Netzneutralitätsregeln festschreiben zu wollen. Derzeit ist geplant, dass die Kommission die Vorschriften Anfang September 2013 vorlegen wird. Derzeit ist geplant, dass die Regeln als Teil einer umfassenden Verordnung vorgelegt werden, in der auch andere Maßnahmen zur Regulierung des Telekommunikationssektors behandelt werden.<sup>26</sup> In einigen Reden hat Kommissarin aber ein paar inhaltliche Aspekte anklingen lassen.

So will sie ein „Recht auf Netzneutralität“ festschreiben. Das „Verlangsamen und Blockieren“ von Dienstleistungen will sie unterbinden, da es innovativen Unternehmen schadet, „unfair“, „wettbewerbsverzerrend“ und für die Internetnutzer „nervig“ ist. Allerdings will sie neue „Premium-Dienste“, wie etwa „Cloud Computing oder eHealth“ erlauben, um sicherzustellen, dass diese neuen, „innovativen Dienste“ eine Chance bekommen und die Verbraucher neue Angebote erhalten. Zusätzlich plant die EU-Kommission Transparenzvorschriften bei Internetverträgen. So sollen Verbraucher jederzeit Zugriff zu Informationen zur tatsächlichen, aktuellen Download- und Upload-Geschwindigkeit der Internetleitung haben. Der ISP soll auch darüber aufklären, was mit den beworbenen Geschwindigkeiten möglich ist und was nicht. Solange die Verbraucher hinreichend Informationen haben, sollen auch Angebote, die nicht das „volle Internet“ abdecken, möglich sein. Auch Datenvolumengrenzen sollen erlaubt sein. Letztlich will die Kommission auch Maßnahmen vorlegen, um den Wechsel des Anbieters von Internetzugangsdiensten zu vereinfachen.<sup>27 28 29 30</sup>

---

<sup>25</sup> Ebenda, Begründung, S. 10.

<sup>26</sup> Eine auch in Deutschland direkt anwendbare Verordnung würde die Relevanz der deutschen NNVO wegen des vorrangigen Charakters des EU-Recht reduzieren.

<sup>27</sup> Neelie Kroes, „A Telecoms Single Market: Building a Connected Continent“, Rede vom 9.7.2013, abrufbar unter: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-13-622\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-622_en.htm).

<sup>28</sup> Neelie Kroes, „Building a communicating single market“, Rede vom 20.6.2013, abrufbar unter [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-13-559\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-559_en.htm).

<sup>29</sup> Neelie Kroes, „Building a connected, communicating single market“, Rede vom 17.6.2013, abrufbar unter [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-13-540\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-540_en.htm).

<sup>30</sup> Neelie Kroes, „Next steps on Net Neutrality – making sure you get champagne service if that’s what you’re paying for“,

Catherine Trautmann, Berichterstatterin im ITRE-Ausschuss des Europäischen Parlaments für den Umsetzungsbericht über den Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsmittel, fordert in einem Berichtsentwurf zur Netzneutralität keine „reinen Leitlinien“, sondern rechtsverbindliche Maßnahmen festzulegen.<sup>31</sup>

### **3.Regulierung zur Netzneutralität im europäischen und internationalen Vergleich (Auswahl)**

Zuerst thematisiert werden Chile, das als weltweit erster Staat die Netzneutralität per Gesetz vorschreibt, und die USA. In den USA hat die dortige TK-Regulierungsbehörde Ende 2010 Regeln zur Netzneutralität angenommen. Mit den Niederlanden und Slowenien verfügen zwei Mitgliedstaaten der EU über eine gesetzliche Regelung der Netzneutralität. Im Folgenden wird die Gesetzeslage dieser Länder knapp dargestellt. Auch auf die jüngste TKG-Ergänzung in Deutschland wird kurz eingegangen.

#### **3.1 Chile**

Chile schreibt seit 2010 als weltweit erster Staat die Netzneutralität gesetzlich vor.<sup>32</sup>

Die Neuregelung umfasst insgesamt vier Verpflichtungen bzw. Verbote für die ISP:<sup>33</sup>

- Verbot der „willkürlichen“ Unterbrechung, Behinderung oder unterschiedlicher Behandlung jeglicher Inhalte durch den Netzanbieter, es sei denn, dies ist notwendig, um die Privatsphäre der Nutzer, den Schutz vor Viren und die Sicherheit des Netzwerkes zu garantieren. Zudem sind sämtliche Maßnahmen verboten, welche die Freiheit des Nutzers bei der Wahl der Inhalte einschränkt, sofern der Nutzer vertragsgemäß diese Maßnahmen nicht ausdrücklich wünscht.
- Verpflichtung, den Endkunden eine Kontrollfunktion zur Einhaltung des Jugendschutzes anzubieten.
- Verpflichtung, den Endkunden schriftlich diejenigen Daten zur Verfügung zu stellen, die dieser benötigt, um die vereinbarten Dienstleistungen zu überprüfen.
- Verpflichtung, den Datenschutz des Endkunden zu gewährleisten.

Das chilenische Gesetz lässt managed services sowie Produktdifferenzierung und Preisdiskriminierung weiter zu.

---

Blogeintrag vom 29.5.2013, abrufbar unter: <http://blogs.ec.europa.eu/neelie-kroes/netneutrality/>.

<sup>31</sup> Catherine Trautmann, Entwurf eines Berichts über den Umsetzungsbericht über den Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsmittel, ITRE-Ausschuss, 19.6.2013.

<sup>32</sup> Art. 24 H des Gesetz LEY NÚM. 20.453, „Consagra el principio de neutralidad ed la red para los consumidores y usuarios de internet“ vom 26.08.2010, verfügbar unter: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1016570>, zugegriffen am 26.06.2013.

<sup>33</sup> In Anlehnung an Daly (2010).

### 3.2 USA

Die US-amerikanische Regulierungsbehörde Federal Communications Commission (FCC) nahm im Dezember 2010 Regeln über die Netzneutralität („Open Internet“) an, die seit November 2011 in Kraft sind.<sup>34</sup> Die Regeln umfassen vier Verpflichtungen bzw. Verbote für die ISP:

- Pflicht zur Transparenz insbesondere über Aktivitäten des Netzwerkmanagements und Leistung des Anschlusses.
- Verbot rechtmäßige Inhalte, Anwendungen, Dienste oder geeignete Geräte zu blocken. Im Festnetz ist das Verbot weiter gefasst als im mobilen Netz. Dort dürfen ISP insbesondere keine Websites oder Anwendungen blockieren, die mit ihren Sprach- oder Videotelefoniediensten konkurrieren.
- Verbot der „unangemessenen“ („unreasonable“) Diskriminierung durch ISP im Festnetz.<sup>35</sup> Eine unangemessene Diskriminierung der Datenübertragung liegt z.B. vor, wenn ein ISP einen konkurrierenden Dienst benachteiligt.<sup>36</sup>
- Netzwerkmanagement bleibt prinzipiell zulässig. So dürfen ISP Spam blockieren und sicherstellen, dass sog. Heavy User andere Nutzer nicht verdrängen.

### 3.3 Niederlande

Seit Mai 2012 ist auch in den Niederlanden die Netzneutralität gesetzlich verankert. Die Regelung in Artikel 7.4a des niederländischen Telekommunikationsgesetzes („Telecommunicatiewet“) enthält vier wesentliche Elemente:

- Telekommunikationsnetzbetreiber und andere Anbieter, die Internetzugangsdienste anbieten, dürfen Anwendungen und Dienste des „Internets“ grundsätzlich nicht blockieren oder verlangsamen. Ausnahmen sind insbesondere für den Fall einer Überlastung des Netzes sowie aus Sicherheitsgründen (Viren) und zur Vermeidung „unerwünschter Kommunikation“ (Spam) vorgesehen. Bei Netzüberlastung ist Netzwerkmanagement zulässig, der ISP muss dabei aber Verkehrsströme „gleicher Art“ auch gleich behandeln. VoIP-Dienste dürfen daher gegenüber E-Mail-Diensten priorisiert werden. Das Blockieren von Spam durch den ISP setzt voraus, dass der Kunde der Blockade des Spamversandes zugestimmt hat.
- Weiterhin zugelassen ist es für ISP, eigene oder auch fremde Dienste gegen Bezahlung (durch den CSP oder durch den Endkunden) bevorzugt zu behandeln. Diese managed services sind dann zulässig, wenn die Qualität des Best-Effort Internets nicht über Gebühr eingeschränkt wird. Um dies zu vermeiden, kann die niederländische Regierung mit einem Regierungsbeschluss („algemene maatregel van bestuur“) Mindestanforderungen an die Qualität der Telekommunikationsdienste vorschreiben.
- Es ist Anbietern von Internetzugangsdiensten verboten, für den Internetzugang unterschiedliche Preise zu verlangen, je nachdem, welche Dienste und Anwendungen Teil des Angebots „Internetzugang“ sind.<sup>37</sup> ISP müssen damit immer den Zugang zu sämtlichen Diensten des Internets in Best-Effort Qualität anbieten.

---

<sup>34</sup> Federal Communications Commission, Preserving the Open Internet, Final Rule, veröffentlicht im Federal Register Vol. 76, No. 185 vom 23.09.2011, S. 59192 – 59235 (letzter Abruf: 2.7.2013).

<sup>35</sup> Für mobile Netze greift diese Vorschrift nicht.

<sup>36</sup> FCC, S. 59206.

<sup>37</sup> Unterschiedliche Volumen- oder Bandbreitentarifierungen sind weiterhin erlaubt.

- Die bevorzugte Behandlung eigener Dienste – etwa der Verzicht, Datenströme aus eigenen Diensten eines ISP auf vertraglich vereinbarte Datenkontingente anzurechnen – wird untersagt.<sup>38</sup>

### 3.4 Slowenien

Slowenien hat im Jahr 2012 als zweiter Mitgliedstaat der EU ein „Electronic Communiation Bill“ verabschiedet, in dem der Aspekt der Netzneutralität erfasst ist. Das Gesetz ähnelt weitgehend den gesetzlichen Regeln der Niederlande. Mit kleineren Abweichungen finden sämtliche Punkte der niederländischen Regelung auch in Slowenien Anwendung.

### 3.5 Deutschland

In Deutschland besteht seit der Novelle des Telekommunikationsgesetzes (TKG) 2012<sup>39</sup> eine gesetzliche Rahmenregelung zur Netzneutralität - § 41a TKG. Die Bundesregierung kann mit Zustimmung von Bundestag und Bundesrat in einer Rechtsverordnung „die grundsätzlichen 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“ (§ 41a Abs. 1 Hs. 1 TKG). Dabei muss sie die europäischen Vorgaben sowie die Ziele und Grundsätze des § 2 TKG berücksichtigen (§ 41a Abs. 1 Hs. 2 TKG). Auch wenn der Gesetzgeber den Begriff der Netzneutralität auch in dieser Vorschrift nicht legaldefiniert, so wird doch sein Grundkonzept deutlich: nur die willkürliche Verschlechterung von Diensten und die ungerechtfertigte Behinderung oder Verlangsamung des Datenverkehrs werden als nicht vereinbar mit dem Grundsatz der Netzneutralität angesehen.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> Art. 7.4a Abs. 3 der Telecommunicatiewet.

<sup>39</sup> Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Regelungen vom 3. Mai 2012, BGBl. 2012 Teil I Nr. 19 vom 9. Mai 2012, S. 958.

<sup>40</sup> Müller-Terpitz, K&R 2012, S. 476 (480); vgl. Nolden in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 41a Rn 9.

### 3.6 Übersicht der gesetzlichen Regelungen

	<b>Chile</b>	<b>USA</b>	<b>Niederlande / Slowenien</b>	<b>Deutschland (NNVO Entwurf)</b>
<b>Blocking</b>	Verboten wenn „willkürlich“.	Verboten für legale Inhalte.	Grundsätzlich verboten.	Verboten.
<b>Produktdifferenzierung/ Preisdiskriminierung von ISP ggü. CSP</b>	Unklar ob dies eine verbotene „willkürliche“ Behandlung darstellt.	Verboten im Festnetz wenn „unangemessene Diskriminierung“.	Zulässig, solange das Best-Effort im offenen Internet nicht zu sehr eingeschränkt wird.	Verboten, wenn kein „allgemeines Interesse“ vorliegt.
<b>managed services</b>	Keine Regelung.	Keine Regelung, bleibt zulässig.		Unklare Regelung.
<b>Produktdifferenzierung von ISP ggü. Endkunden</b>	Keine Regelung.	Keine Regelung.	Verbot, den Internetzugang zu differenzieren (Ausnahme: Volumen- oder Breitbandtarife).	Unterschiedliche Tarife je nach Datenvolumen oder Qualität sind zulässig, solange der Endnutzer eine Auswahl hat.
<b>Preisdiskriminierung von ISP ggü. Endkunden</b>	Keine Regelung.	Bevorzugte Behandlung eigener Dienste verboten.	Bevorzugte Behandlung eigener Dienste verboten.	Bevorzugte Behandlung eigener Dienste verboten.

Quelle: CEP

## KAPITEL 2: NETZNEUTRALITÄT ÖKONOMISCH ANALYSIERT

### 1.Ökonomische Bedeutung der Netzneutralität

Gesetzliche Verpflichtungen zur Netzneutralität können zwar sehr unterschiedlich gestaltet sein, haben jedoch eines gemein: Sie schränken die Funktionsweise des Preismechanismus auf den Breitbandmärkten ein. Im Folgenden wird zuerst die überragende Bedeutung des Preismechanismus auch für das Internet erläutert (1.1 und 1.2). Anschließend wird dargestellt, unter welchen Bedingungen ein staatlicher Eingriff in die Preisbildung notwendig und vorteilhaft sein kann (2.1) und wie dieser gestaltet sein sollte (2.2). Unter Berücksichtigung der Theorie der Plattformmärkte wird ausgearbeitet (3.1 bis 3.6), ob in den fünf Szenarien des nicht-netzneutralen-Verhaltens ein solcher staatlicher Eingriff angezeigt wäre. Die gewonnenen Erkenntnisse werden auf den Verordnungsentwurf nach § 41a TKG angewandt.

#### 1.1 Präferenzen, Knappheit und Preise

Der Preismechanismus ist das konstituierende Element einer Marktwirtschaft. Preise sind Indikatoren für die Knappheit und bilden sich dezentral und unabhängig von staatlicher Beeinflussung als Ergebnis des Zusammenspiels von Angebot und Nachfrage. Der dezentrale Aspekt garantiert dabei, dass das vorhandene, teils weit gestreute Wissen optimal berücksichtigt wird. Eine zentrale Preissetzungsinstanz wäre dazu gar nicht in der Lage.

Preise, die Knappheiten und Präferenzen korrekt wiedergeben, sind das beste Instrument zur optimalen Allokation von knappen Ressourcen. Sie vermeiden damit Verschwendung.

Staatliche Eingriffe in die Preisbildung sind allerdings nicht pauschal abzulehnen. Dort, wo der Preismechanismus nicht angemessen funktioniert, kann staatliches Handeln dazu beitragen, Fehlentwicklungen zu korrigieren. Klassische Beispiele dafür sind die Existenz von externen Effekten, die nicht in die Preisbildung einfließen oder Monopol- oder Kartellstrukturen, die zu einer Verzerrung der Angebotsstruktur und damit zu suboptimalem Preisen führen.

**Die Netzneutralität** ist ein weitgehender staatlicher Eingriff in die Preisbildung. Die Verpflichtung, alle elektronischen Datenströme, unabhängig von Inhalt, Anwendung, Dienst, Gerät, Absender oder Empfänger, gleich zu behandeln, **verhindert die freie Preisbildung**. Dies erfolgt entweder

- direkt über das Verbot für ISP, von CSP (unterschiedliche) Preise für die Terminierung von Datenströmen zu verlangen, oder
- indirekt über die Nivellierung von Präferenzen durch das Verbot, Datenströme im Internet unterschiedlich zu behandeln bzw. managed service anzubieten.

#### 1.2 Präferenzen, Knappheit und Preise im Internet

**Das Internet ist kein öffentliches Gut.** Sämtliche technischen Teilkomponenten, die insgesamt „das Internet“ ausmachen, sind im privaten Eigentum und wurden – soweit sie nicht auf nunmehr privatisierte, ehemalige Staatsunternehmen zurückgehen – durch Investitionen privater Wirtschaftsakteure überhaupt erst ermöglicht. Dass diese Investoren solche Investitionen nur dann tätigen (und tätigen werden), wenn sie positive Renditeerwartungen hegen, ist selbstverständlich. Diese Renditeerwartungen bilden sich wiederum aus dem Verhältnis der Investitionskosten zu den



Einnahmen.

Das rasante Wachstum des Internetverkehrs hat darüber hinaus ein zusätzliches Element der Knappheit privater Güter hervorgebracht. Zu den Hauptgeschäftszeiten erreichen die Breitbandnetze ihre Kapazitätsgrenze. **Angesichts solcher Knappheit bilden sich Allokationsprobleme. Die „neutrale“ Behandlung unterschiedlicher Datenströme bedeutet daher eine gigantische Ineffizienz.**

Dies hat zum einen technische Gründe: während die Qualität einiger Netzanwendungen (VoIP oder IP-TV) stark unter Kapazitätsengpässen leidet, bleiben solche Engpässe bei anderen Anwendungen (Email) oft gar unbemerkt. Zum anderen bewerten Nutzer die Möglichkeit, Dienstleistungen in uneingeschränkter Qualität beanspruchen zu können, durchaus unterschiedlich.

Eine **Netzneutralität**, die auf eine starre Gleichbehandlung von Datenströmen besteht, **ignoriert** diese **Unterschiede in Technik und Präferenzen** und führt über die suboptimale Ressourcenallokation zu erheblichen Wohlfahrtsverlusten. Sogar auf Pareto-Verbesserung wird verzichtet, wenn etwa VoIP-Verkehr nicht prioritär gegenüber Email-Verkehr behandelt werden darf, obwohl mit einer solchen prioritären Behandlung die VoIP-Nutzer besser gestellt werden, ohne dass Email-Nutzer Nachteile erfahren.<sup>41 42</sup>

Eine Alternative zum „preislosen Verwalten“ von Knappheiten ist, diese Knappheiten gänzlich abzuschaffen. Erreichbar wäre dies, wenn Netzbetreiber ihre Breitbandnetze umfangreich ausbauen würden um Kapazitätsengpässe immer und überall zu vermeiden. In diesem Fall droht aber die Gefahr des **„overprovisioning“**. Das ständige Vorhalten sehr teurer Kapazitäten, die nur unzureichend genutzt werden **geht mit Wohlfahrtsverlusten einher**.<sup>43</sup>

Die marktüblichen Preismechanismen für den Zugang zum Internet sind relativ grob. Tatsächlich dominieren endkundenfinanzierte Entgelte („user pays“) den Markt. Der Beitrag von CSP über „content pays-Modelle“ ist gering. 17 % der Internetumsätze entfallen auf ISP, CSP ziehen 62 % der Umsätze auf sich.<sup>44</sup>

Sinnvoll wären daher differenziertere Preismechanismen, die in der Lage sind, unterschiedliche Präferenzen genauer zu identifizieren und eine etwaige vorhandene Zahlungsbereitschaft abzuschöpfen. Regeln zur Netzneutralität, die solche Preismechanismen verhindern, dürften den Breitbandausbau erschweren.

Angesichts knapper Netzkapazitäten wären auf Endkundenebene neben einer Breitbanddifferenzierung auch Volumenobergrenzen (Datencaps) sinnvoll, da die derzeit üblichen flat rates seitens des Kunden keinerlei Anreiz zu Einschränkungen des Datenverkehrs mit sich bringen. Ohne solche Tarife ist der Netzausbau nur finanzierbar, wenn Wenignutzer zu einer Quersubvention von Vielnutzern gezwungen werden können.

Auch eine Beteiligung der CSD an den Kosten der Breitbandnutzung bzw. -ausbau erscheint sinnvoll. Schließlich haben die CSD ein Eigeninteresse daran, Endkunden über ausreichende Netzkapazitäten in angemessener Qualität zu erreichen. Eine solche Kostenbeteiligung durch CSD übersteigt im Übrigen die Dimension einer reinen statischen Umverteilung zugunsten von ISP, da

---

<sup>41</sup> Pareto-Verbesserungen sind offensichtliche Wohlfahrtsbesserungen: Sie beinhalten einer Besserungstellung für mindestens ein Individuum, ohne dass andere Individuen dabei schlechter gestellt werden.

<sup>42</sup> Bei einer bevorzugten Behandlung von VoIP-Verkehr gegenüber Email-Verkehr findet eine „Bepreisung“ letztlich auch dann statt, wenn der ISP dafür keine zusätzlichen Entgelte verlangt.

<sup>43</sup> So auch Monopolkommission (2011), Tz. 190.

<sup>44</sup> Friederiszick et al. (2011).

sie aufgrund von Priorisierungsabkommen mit Qualitätssteigerungen einhergehen kann und dadurch dynamische Aspekte hat, indem sie die Wahrscheinlichkeit von Ausbauinvestitionen erhöht.

**Zusammengefasst:** Trotz Unterschieden in Technik und Wertschätzung lässt die Netzneutralität eine differenzierte Behandlung oder gar Bepreisung von Datenströmen nicht zu. Damit sind zweierlei Nachteile verbunden:

(1) Qualitätsdifferenzierung und unterschiedliche Preise sind hilfreich beim Management von Knappheit. Der erzwungene Verzicht darauf durch die Festschreibung von Netzneutralitätsregeln führt zu Ineffizienzen und Wohlfahrtsverlusten.

(2) Qualitätsdifferenzierung und unterschiedliche Preise sind hilfreich beim Ausbau von Breitbandkapazitäten. Differenziertere Tarifstrukturen für Endkunden und Diensteanbieter (CSD) erlauben die Identifizierung von Präferenzen und bilden eine Finanzierungsquelle für den Ausbau.

## 2.Ordnungspolitische Kriterien für einen Eingriff in die Preisbildung

Netzneutralitätsregeln sind schwere hoheitliche Eingriffe in die Preisbildung. Eingriffe an sich können – der Bedeutung des Preismechanismus zum Trotz – durchaus notwendig sein. Im Folgenden wird auf die beiden wichtigsten Gründe näher eingegangen, welche aus Sicht der Ordnungspolitik einen hoheitlichen Eingriff in die freie Preisbildung begründen können: wettbewerbliche Probleme und Externalitäten.

### 2.1 Wettbewerbliche Gründe

Die Vorteile des Preismechanismus kommen nur dann zum Tragen, wenn sich Preise am Markt frei bilden und sie frei von Monopolmacht zur Stande kommen. Nur dann entstehen unverzerrte Preise, die die tatsächlichen Kostenstrukturen widerspiegeln. In allen anderen Fällen sind wohlfahrtsreduzierende „Monopolrenditen“ möglich, die mit zu hohen Preisen bei einem zu geringen Angebot verbunden sind. Es ist daher ordnungspolitisch geboten, den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu unterbinden bzw. zu verhindern.

Regulatorisch stehen dafür im Wesentlichen zwei Instrumente zur Verfügung. Zum einen kann mit dem allgemeinen Wettbewerbs- und Kartellrecht gegen den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorgegangen werden. Zum anderen sind sektorspezifische ex-ante Regeln möglich. Das allgemeine Wettbewerbs- und Kartellrecht wird in der Regel ex-post angewandt; d.h. die bereits eingetretenen Verhaltensweisen einzelner Akteure werden auf Zulässigkeit geprüft. Sektorspezifische ex-ante Regeln stellen einen schwerwiegenderen Eingriff dar: Sie erfolgen auf Grundlage der Überzeugung, dass ein wettbewerbsschädigendes Verhalten einzelner Akteure auftreten wird. Die betroffenen Wirtschaftsakteure werden demnach bereits vorab in ihrem Verhalten eingeschränkt, bevor es überhaupt zu einem (angeblichen) wettbewerbsschädigenden Verhalten kommen kann.

Die Netzwerkökonomie zeigt auf, unter welchen Voraussetzungen solche Eingriffe für Netzinfrastrukturen sinnvoll sein können. Dabei spielt die Theorie „monopolistischer bottlenecks“

eine entscheidende Rolle, welche auf dem „Konzept der Marktzutrittsschranken“ von Stigler aus dem Jahr 1968 aufbaut.<sup>45</sup> Nach diesem Konzept stellen die Produktionskosten, welche ein potentieller Marktneuling bei Markteintritt zu tragen hat, eine Markteintrittsbarriere dar, da der eingesessene Marktakteur diese Kosten nicht länger zu tragen hat. Größenvorteile (zunehmende Skaleneffekte) gelten nach dieser Sichtweise nicht als Barriere für einen Markteintritt.<sup>46</sup>

Gleichzeitig stellt das Konzept der wesentlichen Einrichtung („Essential facility doctrine“), welches seinen Ursprung im amerikanischen Wettbewerbsrecht hat, eine Grundlage dar, um zu bestimmen, ob ein Eingriff notwendig ist<sup>47</sup>. Eine Einrichtung gilt als wesentlich, wenn sie (1) für Wettbewerber unabdingbar ist um den Endkunden zu erreichen und ihm somit seine Produkte bzw. Dienstleistungen bereitzustellen, und (2) nicht „mit angemessenen Mitteln“ duplizierbar ist.<sup>48</sup>

Die Unabdingbarkeit einer Einrichtung bedeutet, dass keine Substitute zu dieser existieren, auf die potentielle Wettbewerber zurückgreifen könnten, um Zugang zum Endkundenmarkt zu bekommen. Eine Duplikation der Einrichtung ist zudem ökonomisch, aufgrund von Subadditivität der Kosten, nicht wünschenswert. Dies liegt daran, dass es kostengünstiger ist, ein Produkt von einem Unternehmen herstellen zu lassen, als wenn die gleiche Menge von zwei oder mehr Anbietern bereitgestellt wird. In diesem Fall spricht man auch vom Vorliegen eines „natürlichen Monopols“.<sup>49</sup> Bestehen Substitute zu einer Einrichtung, kann ein Eingriff nicht länger gerechtfertigt werden: der Wettbewerb zwischen diesen Substituten verhindert nämlich, dass unangreifbare Marktmacht entsteht.

Die Existenz eines „natürlichen Monopols“ ist allerdings nur eine notwendige, oft aber keine hinreichende Begründung für einen Eingriff. Denn ist ein potentieller Konkurrent in der Lage, glaubhaft damit zu „drohen“, in den Markt einzutreten, dann kann er das eingesessene Unternehmen „disziplinieren“, wettbewerbslich zu agieren.<sup>50</sup> In diesem Fall sind Eingriffe nicht notwendig. Sie wären sogar kontraproduktiv, da sie Investitionsanreize verzerren und unnötige Bürokratiekosten schaffen.<sup>51</sup>

Ist die Drohung, eine Alternativeinrichtung zu der des Monopolisten zu schaffen, allerdings nicht glaubhaft oder nur mit einer großen Zeitverzögerung möglich, können Eingriffe vertretbar und wünschenswert sein, da das marktbeherrschende Unternehmen ansonsten Monopolpreise erheben und durchsetzen kann. Es stellt sich damit unweigerlich die Frage, wann eine Markteintrittsdrohung eines potentiellen Wettbewerbers „glaubhaft“ ist. Nach dem Konzept der „Beständigkeit natürlicher Monopole“ gilt ein Markt als potentiell „angreifbar“, wenn (1) freier Marktzutritt generell möglich ist und (2) keine irreversiblen Kosten (sunk costs) vorliegen.<sup>52</sup> Freier Marktzutritt meint hierbei, dass ein Marktneuling „ohne Zeitverlust Zugang zur gleichen kostengünstigsten Technologie“ des marktbeherrschenden Unternehmens hat. Sunk costs liegen immer dann vor, wenn die zum Markteintritt notwendigen Investitionen bei einem möglichen Marktaustritt nicht „weiter verwendet“ werden können. Das eingesessene Unternehmen hat in

---

<sup>45</sup> Stigler, G.J., (1968).

<sup>46</sup> Knieps, G. (2008).

<sup>47</sup> Das Prinzip der wesentlichen Einrichtung wurde erstmals 1912 bei einer Entscheidung des Obersten Gerichtshofs der USA angewandt (224 U.S. 383 (1912)).

<sup>48</sup> Knieps, G. (2008), S.103.

<sup>49</sup> Idem, S.25.

<sup>50</sup> Siehe zur näheren Erläuterung des „Konzepts der angreifbaren Märkte“ auch: Baumol, Panzar und Willig (1982).

<sup>51</sup> Knieps, G. (2008), S.32-33.

<sup>52</sup> Panzar, J.C., Willig, R.D. (1977).

diesem Fall zudem geringere „entscheidungsrelevante“ Kosten als der potentielle Marktneuling.<sup>53</sup>

Folgerichtig ist bei Vorliegen eines natürlichen Monopols in Kombination mit irreversiblen Kosten und einem nicht freien Marktzutritt von der Beständigkeit eines einzigen eingesessenen Unternehmens auszugehen, da es in diesem Fall weder aktiven noch potentiellen Wettbewerb gibt. Damit ist von einer stabilen, netzwerkspezifischen Marktmacht auszugehen und ein hoheitlicher Eingriff legitim.

Wichtig ist jedoch, dass Eingriffe sich auf den monopolistische bottleneck beschränken, also lediglich die für den Markteintritt wesentliche Einrichtung umfassen. Es sollte demnach keine „Ende-zu-Ende“-Regulierung stattfinden, bei der vor- bzw. nachgelagerte Märkte ebenfalls reguliert werden.<sup>54</sup>

Damit ist aus ordnungspolitischer Sicht ein hoheitlicher Eingriff bei Netzinfrastruktureinrichtungen allein bei Vorhandensein eines natürlichen Monopolisten, irreversiblen Kosten und nicht freiem Markteintritt notwendig und hinreichend begründbar.

Welche Form ein gerechtfertigter Eingriff annehmen sollte, ist im Einzelfall zu prüfen. Bei großen wettbewerblichen Problemen besteht die Gefahr, dass das allgemeine Wettbewerbsrecht als Instrument der Ex-post-Kontrolle zu schwach ist, um der sektorspezifischen Marktmacht zu begegnen. Das Wettbewerbsrecht verursacht oft „Zeitverzögerungen“ und sieht – anders als bei der sektorspezifischen ex-ante Regulierung – nicht vor, dass betroffene Unternehmen detaillierte Kostennachweise erbringen müssen.<sup>55</sup> Ersteres kann dann zur Folge haben, dass ein Wettbewerber dazu gezwungen ist, aus dem Markt auszutreten bzw. mögliche Markteintritte aufgrund bestehender Unsicherheiten nicht vollzogen werden. Letzteres birgt eine Informationsasymmetrie zu Lasten der Wettbewerbsbehörde in sich, die das eingesessene Unternehmen zu seinem Vorteil nutzen kann.<sup>56</sup>

Ob die erwähnten Kriterien, die einen regulativen Eingriff rechtfertigen, weiterhin vorliegen, sollte regelmäßig überprüft werden. Auch ein regulierter Markt kann mit der Zeit ausreichend wettbewerbliche Strukturen entwickeln, so dass ein vormals sinnvoller Eingriff von Seiten des Regulierers nicht länger notwendig ist. Technologischer Wandel kann ebenfalls dazu führen, dass eine ehemals als monopolistisches bottleneck deklarierte Einrichtung nicht länger als solche anzusehen ist und somit die Zugangsregulierung entfallen kann. Dies ist insbesondere auf den Telekommunikationsmärkten der Fall, da diese im Vergleich zu anderen Netzsektoren (Bahn- und Stromnetze) durch häufige Technologiewechsel charakterisiert sind.<sup>57</sup>

## 2.2 Externalitäten

Externalitäten sind positive oder auch negative Auswirkungen einer Entscheidung, die bei der Entscheidungsfindung jedoch keine Berücksichtigung finden. Es besteht folglich einen Unterschied zwischen sozialen und privaten Kosten oder Nutzen. Wegen diesem Unterschied zwischen privaten und sozialen Kosten (oder Nutzen) funktioniert der Preismechanismus in unvollkommener Weise und kommt es zu einer Fehlallokation von Ressourcen. Mittels hoheitlicher

---

<sup>53</sup> Knieps, G. (2008), S.30-31.

<sup>54</sup> Idem, S.96.

<sup>55</sup> Gabelmann, A. (2001).

<sup>56</sup> Idem.

<sup>57</sup> Knieps, G. (2008), S.97.

Eingriffe (Steuern, Ge- oder auch Verbote) kann versucht werden, diese Allokation zu optimieren und die Externalität zu internalisieren.

**Zusammengefasst:** Wettbewerbliche Probleme und die Existenz von Externalitäten können hoheitliche Eingriffe in die Preisbildung rechtfertigen. Regulierungswürdige wettbewerbliche Probleme liegen erst dann vor, wenn ein unangreifbares, natürliches Monopol vorliegt.

### 3. Netzneutralität: Regulierungseingriff notwendig?

Im Folgenden wird geprüft, inwieweit durch nicht-netzneutrales Verhalten regulierungswürdige Situationen entstehen können. Am Beispiel der fünf relevanten Szenarien für ein solches nicht-netzneutrales Verhalten wird geprüft, ob diese Verhalten mit wettbewerblichen Problemen und/oder Externalitäten einhergehen, welche einen Eingriff rechtfertigen. Zuerst wird jedoch auf die Theorie der zweiseitigen Märkte eingegangen, da diese für die Analyse der wettbewerblichen Situation des Internetmarktes zentral ist.

#### 3.1 Theorie der zweiseitigen Märkte

Das Internet als Plattform ermöglicht das Aufeinandertreffen von Anbietern von Inhalten oder Anwendungen (CSP) und Nutzern, die diese Inhalte und Anwendungen nachfragen. Der ISP stellt die Verbindung zwischen beiden Seiten her, indem er seinen Endkunden Zugang zum Internet und somit zum Angebot der CSP verschafft. Gleichzeitig gibt er den CSP die Möglichkeit, die Endkunden des ISP zu erreichen. Der ISP agiert also als Plattform, die CSP und Endkunden des ISP zusammenbringt.

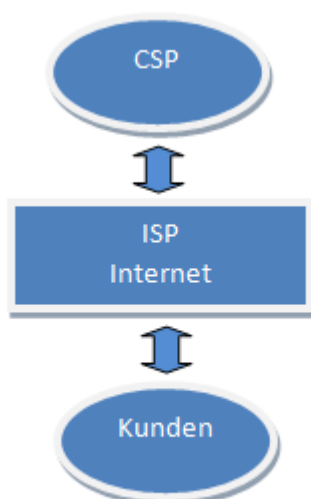


Abbildung 1: Zweiseitige Märkte

Das Internetzugangsangebot eines ISP dient für Internetnutzer und CSP als zentrale Vermittlungsstelle für den schnellen und unkomplizierten Austausch von Daten. Durch den internationalen Charakter des Internets können Transaktionskosten (etwa für Recherche und Kommunikation) so stark reduziert werden. Dies macht die Teilnahme an der Plattform für beide Seiten vorteilhaft.

Generell ist die Bereitstellung dieser Plattform für den ISP mit Kosten verbunden, da er die zu Grunde liegende Infrastruktur zur Datenübertragung, etwa Leitungen zum Endkunden, vorhalten muss. Um die Kosten für die Aufrechterhaltung und den Ausbau seiner Plattform

und der zu Grunde liegenden Infrastruktur zu decken, kann der ISP für den Zugang zur Plattform sowohl von den Kunden, als auch von den CSP ein Entgelt verlangen. Bei der Preissetzung gegenüber den CSP

und Kunden sind jedoch Netzwerkeffekte und das unterschiedliche Nachfrageverhalten beider Gruppen relevant.<sup>58</sup>

Die Teilnahme der CSP und deren Zahlungsbereitschaft für den Zugang zur Plattform hängt nämlich davon ab, wie viele Endkunden des ISP sie über die Plattform erreichen können. Umgekehrt hängt die Teilnahme der Endkunden davon ab, wie viele und welche CSP auf der Plattform zu finden sind. Zwischen den zwei Seiten der Plattform herrscht also eine symbiotische Beziehung. Hier wird das „Henne-Ei-Problem“ deutlich: Die eine Seite wird nicht ohne die andere Seite partizipieren und umgekehrt<sup>59</sup>.

So ist es für den ISP lohnenswert, die Preise für die Endkunden niedrig zu halten und dadurch möglichst viele Kunden zur Teilnahme an der Plattform zu bewegen<sup>60</sup>. Denn eine größere Kundenzahl führt neben steigendem Umsatz für den ISP auch dazu, dass die Plattform für die CSP attraktiver wird. In dieser Konstellation zahlen die CSP einen relativ höheren Preis für den Zugang zur Plattform als die Kunden des ISP.

Vergleichbar ist dies mit einem Shoppingcenter, in dem Kunden und Verkäufer von Waren aufeinandertreffen. Der Eigentümer des Shoppingcenters stellt die Verkaufsfläche zur Verfügung, die Verkäufer anmieten können. Die Erlöse aus der Vermietung von Verkaufsflächen hängen wiederum davon ab, wie viele mögliche Kunden erreicht werden können. Um möglichst viele Kunden in das Shoppingcenter zu locken und dieses somit für Verkäufer attraktiv zu machen, verlangt der Eigentümer des Shoppingcenters von den Kunden nur einen sehr geringen oder gar keinen Zugangspreis. Hier zahlen die Verkäufer einen höheren Preis für die Präsenz im Shoppingcenter als die Kunden.

Die Preissetzung ist auf einem zweiseitigen Plattformmarkt von einer Interdependenz verschiedener Faktoren geprägt. Die Preisstruktur auf zweiseitigen Plattformmärkten wie dem Internet bedeutet jedoch nicht, dass die CSP ihrerseits einen Verlust aus der Teilnahme an der Plattform erleiden müssen weil sie einen höheren Preis an den ISP zahlen als die Endkunden. Die CSP finanzieren sich regelmäßig über Werbeschaltung und Produktpreise, sodass sie selbst unterschiedliche Effekte bei der Preissetzung gegenüber Werbepartnern und Endkunden beachten müssen. Diese Effekte beeinflussen wiederum die Zahlungsbereitschaft gegenüber dem ISP. Der ISP muss seinerseits – um seinen Kunden ein großes Portfolio an CSP bieten zu können – dafür sorgen, dass die CSP mit ihm zusammenarbeiten. Somit hat der ISP keinen Anreiz, allzu hohe Entgelte von den CSP zu verlangen.

### 3.2 Blocking

Blockiert ein ISP bestimmte Inhalte oder Dienste ergibt sich aus wettbewerblicher Sicht daraus nur dann eine Eingriffsnotwendigkeit, wenn dieser ISP ein nicht angreifbarer natürlicher Monopolist ist. Entscheidend ist dabei lediglich die Marktmacht gegenüber Endkunden. Sind diese in der Lage bei Unzufriedenheit bezüglich der Blocking-Praxis eines ISP zu einem Wettbewerber zu wechseln, dann diszipliniert diese Möglichkeit den ISP bereits ex-ante.<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> Siehe auch BEREC (2012b), S. 38 ff.

<sup>59</sup> Rochet (2002), S. 1.

<sup>60</sup> Vgl. Evans (2009), S. 6.

<sup>61</sup> Ähnlich auch Berger-Kögler und Kruse (2011).

Die Besonderheiten zweiseitiger Märkte schränken – sofern Wechselmöglichkeiten beim Endkunden bestehen – die Anreize des ISP zusätzlich ein, Inhalte oder Dienste zu blocken. Blockieren ISP, müssen sie nämlich mit Kündigungen seitens der Endkunden rechnen, was sie als ISP im Ergebnis wiederum weniger attraktiv macht für andere CSP.<sup>62</sup>

Diese Analyse gilt im Übrigen unabhängig davon, ob die blockierten Dienste im Wettbewerb zu eigenen Dienste des ISP stehen oder nicht. So ist das Blockieren durch ISP von Diensten wie Skype aus wettbewerblicher Sicht nur dann problematisch, wenn der ISP aufgrund eines beständigen Monopols Endkunden dazu zwingen kann, dieses Verhalten hinzunehmen. In allen anderen Fällen muss der ISP als Folge der Sperrung mit Kündigungen seitens seiner Endkunden rechnen. Er führt die Sperrung folglich nur dann durch, wenn der damit verbundene Nutzen höher ist als die Kosten. Bei fehlender Marktmacht der ISP auf den Endkundenmärkten entscheiden folglich der Wettbewerb und die Präferenzen der Endkunden darüber, ob und in welcher Form Blocking durchgeführt wird. Dabei ist eine Fülle von Kombinationen denkbar: Manche Endkunden legen Wert darauf, sämtliche Dienste des Internets uneingeschränkt in Anspruch nehmen zu können, während Andere sich für einen Internetzugang mit eingeschränktem Dienstangebot entscheiden, das aufgrund geringerer Datenströme zu einem geringeren Preis bezogen werden kann.

**Zusammengefasst:** Blockiert ein ISP bestimmte Inhalte oder Dienste des Internets, ergibt sich daraus aus wettbewerblicher Sicht nur dann ein ordnungspolitisch notwendiger Eingriff, wenn der ISP über eine unangreifbare Macht im Endkundenmarkt für den Internetzugang verfügt. In allen anderen Fällen regelt der Wettbewerb um die Endkunden das Blocking-Verhalten von ISP.

### 3.3 Produktdifferenzierung und Preisdiskriminierung von ISP gegenüber CSP

Die Produktdifferenzierung seitens ISP gegenüber CSP manifestiert sich in der Regel darin, dass der ISP für die schnellere oder qualitativ hochwertigere Durchleitung der Datenströme eines CSP ein zusätzliches Entgelt verlangt. Dieses „pay for priority“-Szenario provoziert am meisten Widerspruch von Befürwortern der Netzneutralität.

Im Folgenden prüfen wir, ob „pay for priority“ regulierungswürdig ist.

**Aus wettbewerblicher Sicht:** Zu prüfen ist insbesondere, ob die ISP über sogenannte Terminierungsmonopole verfügen. Tatsächlich kann ein CSP seine Dienstleistungen nur dann den Endkunden jedes einzelnen ISP anbieten, wenn der ISP ihm Zugang zu seinem Netz gewährt. In einer statischen Betrachtung verfügt damit jeder ISP per Definition über das Zugangsmonopol zu seinen Endkunden. Aus dieser Tatsache zwangsläufig die Notwendigkeit regulierend einzugreifen abzuleiten, ist aber verfehlt.<sup>63</sup>

Ob eine regulierungswürdige Marktmacht des ISP vorliegt, hängt von folgenden Faktoren ab:

<sup>62</sup> Ebenfalls kritisch zu den Blocking-Anreizen von ISP: Dewenter (2007).

<sup>63</sup> Eine solche Regulierungsnotwendigkeit bejahend: Wagner, C., Die Telekom benachteiligt andere Anbieter im Internet, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 15.05.2013, S. 19.

- die Wirkungsmechanismen zweiseitiger Märkte,
- die Nachfragesubstituierbarkeit für den Internetzugang seitens der Endkunden,
- die Nachfragesubstituierbarkeit für Dienstleistungen der CSP seitens der ISP.

Im Folgenden unterscheiden wir drei Szenarien:

### **Szenario 1**

Die oben beschriebene Funktionsweise der zweiseitigen Märkte diszipliniert die ISP und verringert ihre Verhandlungsmacht. Besonders deutlich wird dies bei Betrachtung der Beziehung zwischen ISP und großen, sehr beliebten CSP. Die überwiegende Zahl der Endkunden jedes einzelnen ISP dürfte nicht bereit sein, auf die Dienste solcher CSP zu verzichten. ISP sind damit de facto gezwungen, die Datenströme dieser CSP in der von den Endkunden gewünschten Qualität durchzuleiten. Andernfalls müssten sie mit umfangreichen Verlusten bei ihrem Kundenstamm rechnen, was die Attraktivität des ISP für andere CSP wiederum verringert. Angesichts dieser Wirkungen ist nicht ausgeschlossen, dass bedeutende CSP sogar in der Lage sind, für die Datendurchleitung ein Entgelt vom ISP zu verlangen. Solange Substitute für die Dienstleistungen dieser CSP nicht vorliegen, ist eine Nachfragesubstituierbarkeit seitens der ISP für Dienstleistungen großer CSP nicht gegeben.<sup>64</sup>

### **Szenario 2**

Anders verhält es sich bei Verhandlungen zwischen ISP und kleineren CSP. Hier dürften ISP eher in der Lage sein, Zahlungen seitens der CSP für die Datenzustellung durchzusetzen. Auch hier stellt sich anschließend die Frage nach der Nachfragesubstituierbarkeit der Endkunden. Eine hohe Substituierbarkeit bedeutet letztlich eine hohe Wertschätzung seitens der Endkunden für die CSP-Dienste. Zwar stärkt dies die Verhandlungsmacht des ISP gegenüber dem CSP. Korrigierend wirkt aber die Drohung des CSP bei überhöhten Entgelten auf eine Vertragsbeziehung mit dem betroffenen ISP gänzlich zu verzichten. In diesem Fall muss auch der ISP mit erheblichen Mindereinnahmen rechnen, die sich sowohl aus der Kündigung seitens der Endkunden ergeben, wie auch aus einer sinkenden Attraktivität gegenüber anderen CSP.

### **Szenario 3**

Bei einer geringen Nachfragesubstituierbarkeit liegt eine geringe Wertschätzung der Endkunden für CSP-Dienstleistungen vor. In diesem Fall muss der ISP zwar die Kündigungen durch Endkunden – und die sich dem anschließende sinkende Attraktivität gegenüber anderen CSP – nicht fürchten. Es erscheint aber fraglich, ob in diesem Szenario tatsächlich eine hohe Zahlungsbereitschaft oder gar –Zahlungsmöglichkeit beim CSP gegeben ist. Die Missbrauchsgefahr seitens des ISP erscheint daher gering.

Vor dem Hintergrund dieser Erläuterungen erscheint auch die gelegentlich geäußerte Gefahr einer Übertragung der Marktmacht oder einer Beschleunigung der Marktkonzentration<sup>65</sup> alles andere als zwingend. Zum einen ist höchst fraglich, ob Marktmacht des IPS überhaupt vorliegt; zum anderen stehen sämtliche Wettbewerbsstrategien allen ISP zur Verfügung, auch den kleineren und lokalen.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> In diesem Szenario stellt sich eher die Frage nach der Marktmacht des betreffenden CSP.

<sup>65</sup> Danach würden ISP mit überhöhten, von CSP entrichteten Entgelten die Endkundentarife quersubventionieren und so andere ISP aus dem Markt drängen. Krämer et al. (2012) beschreiben diesen „Waterbed-effect“ mit weiteren Verweisen.

<sup>66</sup> Fetzer und Schweitzer (2012), S. 30.



**Externalitäten:** Regelmäßig wird argumentiert, dass die Produktdifferenzierung und Preisdiskriminierung von ISP gegenüber CSP eine negative Externalität erzeugt.<sup>67</sup> Dem Argument nach leidet die Innovationskraft des Internets, wenn ISP von CSP Entgelte für die (schnellere oder qualitativ hochwertige) Durchleitung von Daten verlangen. Kleine, Start-up CSP würden über diese monetären Mittel gar nicht verfügen; dementsprechend wären sie nicht in der Lage, Endkunden zu erreichen. Dies gehe mit negativen Externalitäten in Form von Wohlfahrtsverlusten einher, da die Angebotsvielfalt für Verbraucher sinkt. Regulierung sei daher notwendig, um zu garantieren, dass ISP den Verkehr aller CSP ohne zusätzliche Entgelte durchleiten müssen.

Diese Argumentation berücksichtigt jedoch nicht die folgende Tatsache: Auch ISP haben ein Interesse daran, neue Technologien und Ideen zu fördern. Angesichts der Dynamik der zweiseitigen Märkte ist es für ISP sehr wichtig, ein großes, differenziertes Anwendungsportfolio anzubieten. Nur so können sie Kunden gewinnen und/oder halten. Denkbar ist daher, dass ISP aus Eigeninteresse Sondervereinbarungen mit Start-up-CSP abschließen, die den anfänglichen Unsicherheiten und den begrenzten Mitteln der Start-ups Rechnung tragen.

### 3.3.1 Ausflug: Content Delivery Networks

Dass die Produktdifferenzierung durch ISP gegenüber CSP auf eine reale Nachfrage zurückgeht, beweist die bereits heute übliche Inanspruchnahme der Dienste sogenannter Content Delivery Networks (CDN). CDN sind lokale Server, die zwischen CPS und Endkunde aufgestellt sind. Sie funktionieren als Zwischenspeicher und optimieren durch den verkürzten Abstand zum Endkunden die Qualität der Datenübertragung. Die verkürzten Datenübertragungszeiten verbessern die „Quality of Experience“ und stärken somit die Zahlungsbereitschaft der Kunden und die Kundenloyalität. Eine Fülle von CDN bietet bereits heute auch in Deutschland CSP diese Dienste an.

Im Ergebnis bieten CDN damit eine vergleichbare Dienstleistung wie das „pay for priority“ der ISP an.

**Zusammengefasst:** Wenn ISP von CSP Entgelte für die Durchleitung von Datenströmen verlangen („Pay for Priority“), führt dies nicht zwangsläufig zu einer Regulierungsnotwendigkeit. Die Besonderheiten zweiseitiger Märkte sowie Nachfragesubstitutionseffekte dürften in den meisten Fällen die Etablierung einer ISP-Marktmacht – und damit die Notwendigkeit eines regulierenden Eingriffs – verhindern. Auch eine Eingriffsnotwendigkeit aus dem Grund zwanghafter negativer Externalitäten liegt nicht vor.

---

<sup>67</sup> Vgl. Van Schewick (2007) und Dewenter, Jaschinski und Wiese (2009), S. 77-78.

### 3.4 Managed Services

Bei managed services bietet der ISP letztlich seinen Endkunden eine Zusatzleistung auf dem eigenen Netzwerk an und verbindet dies i.d.R. mit der Garantie einer bestimmten Mindestqualität.

Ob ein nicht-netzneutrales Verhalten vorliegt, hängt zuallererst davon ab, wie man das „Netz“ definiert. Trennt man nicht zwischen dem „offenen Internet“ und dem „eigenen Netz eines ISP“ ist offensichtlich, dass managed services eben nicht-netzneutral sind. Die managed services werden schließlich dem Verkehr auf den offenen Netzen gegenüber bevorzugt behandelt. Trennt man zwischen beiden Netzen, agiert der ISP im „offenen Internet“ nicht notwendigerweise nicht-neutral. Daraus wird ersichtlich, dass managed services zur Umgehung einer eventuellen gesetzlichen Netzneutralitätspflicht im „offenen Internet“ eingesetzt werden können.

Ein regulierungswürdiges Problem liegt allerdings nicht zwangsläufig vor.

Erstens haben ISP zwar Anreize, möglichst viel „offenen Verkehr“ in managed services zu verwandeln, da für letztere Dienste zusätzliche Entgelte erhoben werden können. Ob dies gelingt, hängt von der Nachfrage der Endkunden ab. Ein Regulierungsbedarf besteht nur, wenn der ISP dem Endkunden aufgrund seiner ausreichenden Marktmacht solche managed services aufzwingen kann.<sup>68</sup>

Zweitens kann nicht ausgeschlossen werden, dass managed services künftig zu Lasten des Best-Effort im offenen Internet gehen. Eine Regulierungsnotwendigkeit ist auch hier aber kritisch zu sehen. Zum einen steht es Endkunden offen, den ISP zu wechseln, wenn sie sich nicht für managed services interessieren und eine Beeinträchtigung des offenen Internet nicht hinnehmen wollen.<sup>69</sup> Zum anderen könnte eine frühzeitige Einführung einer Mindestqualität für das offene Internet kontraproduktiv wirken, da dadurch Anreize für die ISP geschaffen werden, das Best-Effort-Prinzip lediglich auf dem Niveau der Mindestqualität zu garantieren.<sup>70</sup>

**Zusammengefasst:** Das Angebot managed services führt nicht zwangsläufig zu einer Eingriffsnotwendigkeit. Die Besonderheiten zweiseitiger Märkte sowie Nachfragesubstitutionseffekte dürften in den meisten Fällen die Etablierung einer ISP-Marktmacht – und damit die Notwendigkeit eines regulierenden Eingriffs – verhindern. Die frühzeitige Einführung einer Mindestqualität für das offene Internet kann kontraproduktiv wirken.

### 3.5 Produktdifferenzierung gegenüber Endkunden

Bei der Produktdifferenzierung gegenüber Endkunden dürfte das Tarifmodell eines „Datencaps“ mit sich anschließender Drosselung der Geschwindigkeit besonders an Relevanz gewinnen. Diese Tarifierung würde die heute weit verbreitete Quersubvention von Vielnutzern durch Wenignutzer ein Ende setzen.<sup>71</sup> Flatrates können die Wahrscheinlichkeit von negativen Externalitäten erhöhen:

---

<sup>68</sup> Vor diesem Hintergrund wird auch zu prüfen sein, ob der marktmächtige Netzbetreiber seinen Konkurrenten als Regulierungsmaßnahme ein Vorleistungsangebot für managed services zu regulierten Preisen anbieten muss.

<sup>69</sup> Die Wechselmöglichkeit hin zu virtuellen ISP wäre freilich ausgeschlossen, da Engpässe im Konzentrationsnetz auch nach dem Wechsel zu einem solchen ISP auftreten.

<sup>70</sup> Siehe Bundesnetzagentur (2013), S. 11.

<sup>71</sup> In der Annahme, dass Grenzkosten aufgrund des Entstehens von Kapazitätsengpässen größer null sind.

Dadurch dass die intensivere Nutzung des Netzes für jeden einzelnen Nutzer nicht mit Zusatzkosten verbunden ist, internalisiert er die potentiellen Kosten nicht, die mit der Überbeanspruchung des Netzes für andere Nutzer verbunden sind. Aus einer Allokationssicht ist eine solche Produktdifferenzierung nichts anderes als eine genauere Abbildung der Präferenzen der Kunden. Dies führt zu Effizienzsteigerungen.

Datencaps sind stricto sensu kein Verstoß gegen die Netzneutralität, da alle Datenströme gleich behandelt werden.

Aus wettbewerblicher Sicht ist eine Produktdifferenzierung nur dann problematisch, wenn der anbietende ISP über eine ausreichende Marktmacht verfügt. In diesem Fall diktiert der ISP den Kunden seine Präferenzen, nicht umgekehrt.

**Zusammengefasst:** Produktdifferenzierung von ISP gegenüber Endkunden (etwa Datencaps mit anschließender Drosselung) sind ordnungspolitisch unproblematisch, solange der ISP nicht über eine beherrschenden Marktmacht verfügt. Darüber hinaus stellen sie stricto sensu keinen Verstoß gegen die Netzneutralität dar.

### 3.6 Preisdiskriminierung gegenüber Endkunden

Einige ISP sind vertikal integrierte Unternehmen, d.h. sie bieten Endkunden sowohl einen Internetzugang als auch einzelne Dienste und Anwendungen auf den eigenen Netzen an. Eine regelmäßig kritisierte Form des nicht netzneutralen Handels bestünde darin, als ISP solche Datenströme, die auf eigene Dienste und Anwendungen zurückgehen, gegenüber Datenströmen fremder Dienste und Anwendungen bevorzugt zu behandeln.<sup>72</sup>

Bei einer solchen, bevorzugten Behandlung liegt nicht per Definition eine Eingriffsnotwendigkeit vor. Entscheidend ist vielmehr die Frage, ob der Missbrauch einer beherrschenden Marktmacht vorliegt. Unumstritten dürfte angesichts des breiten Angebots konkurrierender Dienste und Anwendungen sein, dass der fragliche ISP auf dem Markt der Anwendungen oder Dienste gerade nicht über eine Marktmacht verfügt. Aufgrund einer Betrachtung des Anwendungsmarktes liegt eine Eingriffsnotwendigkeit demnach nicht vor.

Zu prüfen ist demnach, ob der vertikal integrierte ISP auf dem vorgelagerten Markt (für den Breitbandzugang) eine beherrschende Marktmacht innehat. In diesem Fall wäre ein Eingriff dann gerechtfertigt, wenn ISP die Monopolstellung auf dem vorgelagerten Markt auf den nachgelagerten Markt (für Anwendungen) ausdehnen können. Eine solche Marktmacht auf dem vorgelagerten Markt läge etwa dann vor, wenn Endkunden bei der Auswahl des ISP keine echten Wahlmöglichkeiten haben oder wenn die Kündigung des Breitbandvertrags nur unter Inkaufnahme sehr langer Fristen möglich wäre.

**Zusammengefasst:** Gegen die bevorzugte Behandlung von eigenen Diensten durch vertikal integrierte ISP muss dann vorgegangen werden, wenn eine beherrschende Marktmacht vorliegt. Relevant dafür dürfte in der Regel der vorgelagerte Markt für den Breitbandzugang für Endkunden sein.

---

<sup>72</sup> Etwa indem diese Datenströme nicht auf bestehende Datenkontingente angerechnet werden.

### 3.7 Netzneutralität in den USA: Ein Beispiel für Deutschland und die EU?

Wie die obige Analyse deutlich macht, sind die Fragen ob Marktmacht auf dem Endkundenmarkt vorliegt und ob die Mechanismen der zweiseitigen Märkte greifen, für die Notwendigkeit eines Eingriffs entscheidend.

Vor diesem Hintergrund verdient die gesetzliche Einführung einer Netzneutralität in den USA eine besondere Behandlung. Tatsächlich unterscheidet sich die TK-Regulierung in den USA grundlegend von derjenigen der EU und damit auch Deutschlands. Die hierzulande gängige Regulierungspraxis des „local unbundling“ (letzte Meile) ist in den USA weitgehend unbekannt. In der Praxis beschränkt dies die Wahlmöglichkeiten für Breitband-Endkunden in den USA: Regelmäßig steht nur ein klassischer DSL-Anbieter und/oder ein Kabel-Anbieter zur Verfügung (Monopol/Duopol). In den USA ist die Marktmacht des ISP damit wesentlich höher als in der EU.

Hierzulande kann der Endkunde als Folge des „unbundling“ in der Regel zwischen einer Fülle von Breitbandanbietern wählen.

Als Folge der eingeschränkten Wettbewerbssituation in den USA ist die Disziplinierungsfunktion des zweiseitigen Plattformmarktes, etwa durch Netzwerkeffekte, geringer als in der EU. In einer monopolistischen bzw. duopolistischen ISP-Struktur können Internetnutzer auf Grund mangelnder Alternativen nicht beliebig ihren ISP wechseln. Den ISP drohen somit keine Umsatzverluste durch das „Abwandern“ von Kunden.

Auch wenn aus diesen Tatsachen kein logischer Zwang einer gesetzlich vorgeschriebenen Netzneutralität in den USA abgeleitet werden kann, deuten – anders als in der EU – viele Faktoren darauf hin, dass die dortige Regelung durchaus vertretbar sein kann.<sup>73</sup>

### 3.8 Fazit

Bei keinem der fünf relevanten, nicht-netzneutralen Verhaltensweisen der ISP

- Blocking
- Produktdifferenzierung und Preisdiskriminierung von ISP gegenüber CSP
- managed services
- Produktdifferenzierung gegenüber Endkunden
- Preisdiskriminierung gegenüber Endkunden

ist eine zwangsläufige ordnungspolitische Regulierungs- oder Eingriffsnotwendigkeit gegeben.

Eine Regulierungs- oder Eingriffsnotwendigkeit ergibt sich für sämtliche Szenarien dann, wenn eine unangreifbare Macht des ISP auf dem Endkundenmarkt für den Internetzugang vorliegt.

---

<sup>73</sup> Siehe auch Monopolkommission (2011), Tz. 183 und 221.

## KAPITEL 3: NETZNEUTRALITÄT JURISTISCH ANALYSIERT – AKTUELLE BESTIMMUNGEN ÜBER DIE NETZNEUTRALITÄT

Auch wenn die Betreiber von Breitbandnetzen bisher weder durch EU-Recht noch durch deutsches Recht explizit zur Gewährleistung von Netzneutralität verpflichtet werden, wird die Netzneutralität in gewissem Umfang durch die Grundrechte, das Telekommunikationsrecht und das allgemeine Wettbewerbsrecht geschützt.

### 1. Grundrechte

In der Debatte über die Netzneutralität spielen auch grundrechtliche Fragestellungen eine Rolle. Erlässt der Gesetzgeber weitreichende Regeln zur Gewährleistung von Netzneutralität, beschränkt er die unternehmerische Freiheit von allen ISP und das Eigentumsrecht von ISP, die Eigentümer der Netzinfrastruktur sind (Kapitel 1.2.1).<sup>74</sup> Andererseits kann sich in Abwesenheit solcher Regeln die Notwendigkeit ergeben, Internetnutzer vor diskriminierende Maßnahmen von ISP zu schützen, die das Fernmeldegeheimnis, die Meinungsfreiheit sowie die Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme beschränken. Zum Teil wird aus den Grundrechten sogar ein Anspruch auf Netzneutralität abgeleitet (Kapitel 1.2.4). Die Regulierung muss also sicherstellen, dass die Grundrechte von ISP und Internetnutzern in einen gerechten Ausgleich gebracht werden.<sup>75</sup>

#### 1.1 Grundrechte der ISP

##### 1.1.1 Unternehmerische Freiheit/Freiheit der Berufsausübung

Die unternehmerische Freiheit bzw. die Berufsausübung werden geschützt von Art. 16 der EU-Grundrechtecharta (GRCh) und Art. 12 Grundgesetz (GG). Zur unternehmerischen Freiheit gehört auch die Vertragsfreiheit, also das Recht, seinen Vertragspartner frei zu wählen und die Vertragsinhalte selbst zu bestimmen.<sup>76</sup> Sie umfasst das Recht zur Festlegung von Art, Qualität und Preis der angebotenen Güter oder Leistungen.<sup>77</sup> Gesetzliche Regeln, die das „Geschäftsmodell Best-Effort“ verbindlich festlegen, stellen einen Eingriff dar.<sup>78</sup>

##### 1.1.2 Eigentumsrecht

Das Eigentum wird geschützt von Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), Art. 17 GRCh und Art. 14 GG. Die Eigentumsgarantie gewährt auch das Recht, das Eigentum zu nutzen.<sup>79</sup> ISP, die Eigentümer der Netzinfrastruktur sind, werden in ihrem Nutzungsrecht beschränkt, wenn sie zur Datenübertragung nach dem Best-Effort-Prinzip verpflichtet werden.<sup>80</sup>

---

<sup>74</sup> Vgl. Gersdorf, Ordnungspolitische Perspektiven Nr. 15, Juli 2012, Netzneutralität: Regulierungsbedarf?, S. 4 f.

<sup>75</sup> Mengerling in: Säcker, Telekommunikationsgesetz, 3. Aufl. 2013, § 41a Rn 48.

<sup>76</sup> Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 16 Rn 9.

<sup>77</sup> Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 12. Aufl. 2012, Art. 12 Rn 10.

<sup>78</sup> Fetzer/Peitz/Schweitzer, Ökonomische und juristische Grundlagen der Netzneutralität, S. 23.

<sup>79</sup> Karpenstein/Mayer, EMRK Kommentar, 2012, Art. 1 ZP I Rn 31; Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 17 Rn 13; Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 12. Aufl. 2012, Art. 14 Rn 18.

<sup>80</sup> Fetzer/Peitz/Schweitzer, Ökonomische und juristische Grundlagen der Netzneutralität, S. 23.

## 1.2 Grundrechte der Internetnutzer

### 1.2.1 Fernmeldegeheimnis

Das Fernmeldegeheimnis wird geschützt von Art. 8 EMRK, Art. 7 GRCh und Art. 10 GG. Das Fernmeldegeheimnis schützt vermittelte Kommunikation, also Mitteilungen, die einem Dritten zur Übermittlung an den Empfänger übergeben werden,<sup>81</sup> bzw. die „unkörperliche Übermittlung von Informationen an individuelle Empfänger mit Hilfe des Telekommunikationsverkehrs“<sup>82</sup>. Es erfasst somit auch das Internet.<sup>83</sup>

Art. 10 GG enthält nicht nur ein Abwehrrecht gegenüber dem Staat, sondern auch eine Schutzpflicht für den Staat, sodass er im Rahmen seiner Zuständigkeit die Vertraulichkeit des Fernmeldewesens gegenüber privaten Einrichtungen, die Informationen übermitteln, schützen muss.<sup>84</sup>

Ein Eingriff liegt in der Kenntnisnahme des Inhalts der Kommunikation oder der Kommunikationsdaten.<sup>85</sup>

Der geringste Eingriff liegt in einer Differenzierung nur aufgrund der Header-Informationen.

Es ist auch möglich, Datenpakete durch Algorithmen auf bestimmte Muster durchsuchen zu lassen. Dies stößt auf „datenschutzrechtliche Vorbehalte“, weil nicht allein nach dem Inhalt des Headers über den Transport entschieden werden kann, sondern auch der eigentliche Inhalt ausgelesen werden kann.<sup>86</sup>

Am schwersten wiegt eine Filterung nach dem Inhalt der Datenpakete. Zumindest im Kernbereich der privaten Lebensgestaltung, der von der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG erfasst wird, ist eine Überwachung der Telekommunikation ausgeschlossen.<sup>87</sup>

Anders als bei Art. 10 GG wird im EMRK-Recht auch die Verhinderung und Verzögerung von Kommunikation als Grundrechtseingriff angesehen.<sup>88</sup> Diese Wertung soll auch auf Art. 7 GRCh übertragen werden können.<sup>89</sup> Anders als im deutschen Recht tritt im EU-Recht das Fernmeldegeheimnis hinter dem Schutz personenbezogener Daten zurück.<sup>90</sup>

Einfachgesetzlich wird das Fernmeldegeheimnis in Deutschland zum einen über § 88 Abs. 2 TKG geschützt. Danach ist jeder Diensteanbieter zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses verpflichtet. Zum anderen wird es nach § 206 Strafgesetzbuch geschützt.

---

<sup>81</sup> Zu Art. 8 EMRK und Art. 7 GRCh: Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 7 Rn 44 und 47; Bernsdorff, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2011, Art. 7 Rn 24; Tettinger/Stern, Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, Art. 7 Rn 42.

<sup>82</sup> Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 12. Aufl. 2012, Art. 10 Rn 5.

<sup>83</sup> EGMR, Copland, Nr. 62617/00 vom 3. April 2007=EuGRZ 2007, S. 415; BVerfGE 120, 274 (307), Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 12. Aufl. 2012, Art. 10 Rn 5.

<sup>84</sup> Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 7 Rn 44, 51; Hufen, Staatsrecht II Grundrechte, 3. Aufl. 2011, § 17 Rn 17; Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 28. Aufl. 2012 Rn 827.

<sup>85</sup> Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 7 Rn 49; Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 12. Aufl. 2012, Art. 10 Rn 11.

<sup>86</sup> BT-Drs. 17/8536 (Enquete-Kommission zur Netzneutralität) vom 2. Februar 2012, S. 12, s. dort auch Fn 23 zum Sondervotum der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN.

<sup>87</sup> BVerfGE 113, 348 (391 f.).

<sup>88</sup> Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 7 Rn 50.

<sup>89</sup> Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 7 Rn 50.

<sup>90</sup> Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 8 Rn 4.

### 1.2.2 Meinungsfreiheit

Die Meinungs- und Informationsfreiheit wird geschützt von Art. 10 EMRK, Art. 11 Abs. 1 GRCh und Art. 5 Abs. 1 S. 1 Halbsatz 1 GG. Meinungen sind vor allem Werturteile, Informationen vor allem Tatsachenbehauptungen<sup>91</sup>. Im deutschen Recht fallen Tatsachenbehauptungen jedenfalls dann unter den Begriff der Meinung, wenn sie „Voraussetzung für die Bildung von Meinungen sind“.<sup>92</sup>

Wie das Fernmeldegeheimnis enthält die Meinungsfreiheit nicht nur ein Abwehrrecht gegenüber dem Staat, sondern auch eine Schutzpflicht des Staates.<sup>93</sup> Privatrechtliche Verträge sind grundrechtskonform auszulegen.<sup>94</sup> Ein Eingriff liegt vor, wenn die Meinungs- und Informationsfreiheit faktisch in erheblicher Weise behindert wird.<sup>95</sup>

Im deutschen Recht tritt die Meinungsfreiheit hinter dem Fernmeldegeheimnis zurück, „soweit der Eingriff in der staatlichen Wahrnehmung und gegebenenfalls Verarbeitung der mit Mitteln der Telekommunikation geäußerten Meinungen liegt“.<sup>96</sup> Im Bereich der EU-Grundrechtecharta wird eine Parallelanwendung vertreten.<sup>97</sup>

### 1.2.3 Recht auf informationelle Selbstbestimmung/Schutz personenbezogener Daten

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wird von Art. 8 EMRK geschützt. Der Schutz personenbezogener Daten ist ebenfalls in Art. 8 GRCh verankert. Nach Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht sind Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und der Schutz von informationstechnischen Systemen.<sup>98</sup> Der Schutzbereich umfasst personenbezogene bzw. persönliche Daten.<sup>99</sup>

Ein Eingriff liegt in jeder Erhebung, Speicherung, Verwendung, Sperrung, Löschung oder Weitergabe von Daten.<sup>100</sup>

Anders als im EU-Recht tritt im deutschen Recht das Recht auf informationelle Selbstbestimmung hinter dem Fernmeldegeheimnis zurück, „soweit sich die Schutzbereiche überschneiden“.<sup>101</sup>

### 1.2.4 Grundrechtlicher Anspruch auf Netzneutralität

Die Frage nach dem Bestehen eines grundrechtlichen Anspruchs auf Gewährleistung von Netzneutralität wird unterschiedlich beantwortet.<sup>102</sup> Zum Teil wird eine verfassungsrechtliche

---

<sup>91</sup> Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 11 Rn 7; Bernsdorff in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2011, Art. 11 Rn 12 f.

<sup>92</sup> BVerfGE 94, 1 (7) mit Verweis auf BVerfGE 61, 1 (8).

<sup>93</sup> Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 11 Rn 4; Pünder in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, § 16.2 Rn 19.

<sup>94</sup> Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 11 Rn 4; Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 12. Aufl. 2012, Art. 5 Rn 12.

<sup>95</sup> Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 11 Rn 36; Calliess/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 11 GRCh Rn 27; Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 12. Aufl. 2012, Art. 5 Rn 9.

<sup>96</sup> BVerfGE 113, 348 (364).

<sup>97</sup> Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 7 Rn 46.

<sup>98</sup> Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 12. Aufl. 2012, Art. 2 Rn 37; Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Grundgesetz Kommentar, 12. Aufl. 2011, Art. 2 Rn 26 und 30d.

<sup>99</sup> Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 8 Rn 5 f.; Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 12. Aufl. 2012, Art. 2 Rn 43.

<sup>100</sup> Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 8 Rn 8; Calliess/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 8 Rn 12; Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 12. Aufl. 2012, Art. 2 Rn 53.

<sup>101</sup> BVerfGE 113, 348 (364); Murswiek in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 2 Rn 138.

Verpflichtung von ISP zur Netzneutralität generell abgelehnt<sup>103</sup> Andere folgern aus Art. 5, 87f GG eine Verpflichtung des Gesetzgebers, „Gefährdungen für eine freie und offene Internetkommunikation entgegenzutreten“, da das Internet heute zur kommunikativen Grundversorgung gehöre.<sup>104</sup> Auch wird Netzneutralität als „grundlegendes Prinzip des Internetverfassungsrechts“ angesehen.<sup>105</sup>

## 2. Telekommunikationsrecht

### 2.1 EU-Telekommunikationsrecht

Der 2009 überarbeitete TK-Rechtsrahmen der EU „soll zur Erhaltung des offenen und neutralen Charakters des Internets beitragen“.<sup>106</sup> Der Begriff Netzneutralität wird darin nicht legaldefiniert.

Art. 8 Abs. 4 lit. g der Rahmenrichtlinie (RRL)<sup>107</sup> verpflichtet die nationalen Regulierungsbehörden, die Interessen der Bürger der Europäischen Union zu fördern, indem sie unter anderem die Endnutzer in die Lage versetzen, Informationen abzurufen und zu verbreiten oder beliebige Anwendungen oder Dienste zu benutzen. Laut Kommission wird mit dieser Vorschrift Netzneutralität als politisches Ziel im EU-Recht verankert.<sup>108</sup>

Transparenz ist laut EU-Kommission ein wesentlicher Aspekt der Netzneutralität.<sup>109</sup> Die Universaldienstrichtlinie (URL)<sup>110</sup> enthält deshalb einige Transparenzvorschriften. So müssen Anbieter von Zugängen zu öffentlichen Kommunikationsnetzen und/oder öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdiensten Verbrauchern und auf Verlangen anderen Endnutzern im Vertrag u.a. Informationen über Einschränkungen im Hinblick auf den Zugang zu und/oder die Nutzung von Diensten oder Anwendungen sowie das angebotene Mindestniveau der Dienstqualität zur Verfügung stellen (Art. 20 Abs. 1 lit. b). Außerdem müssen diese Anbieter die Standardbedingungen für den Zugang zu ihren Diensten und deren Nutzung veröffentlichen (Art. 21 Abs. 1 URL). Die nationalen Regulierungsbehörden können gegenüber Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze „Mindestanforderung an die Dienstqualität“ festlegen, um eine Behinderung oder Verlangsamung des Datenverkehrs oder eine Verschlechterung der Dienste zu verhindern (Art. 22 Abs. 3 UAbs. 1 URL).

---

<sup>102</sup> Vgl. Mengerling in: Säcker, Telekommunikationsgesetz, 3. Aufl. 2013, § 41a Rn 40 ff.

<sup>103</sup> Körber in: Leible, Innovation und Recht im Internet, 2012, S. 41 (42); Gersdorf, Ordnungspolitische Perspektiven Nr. 15, Juli 2011, Netzneutralität: Regulierungsbedarf?, S. 4 f.

<sup>104</sup> Holznagel, K&R 2010, S. 95 (99); vgl. Koreng, CR 11/2009, S. 758 (760).

<sup>105</sup> Mayer in: Kloepfer, Netzneutralität in der Informationsgesellschaft, S. 81 (84).

<sup>106</sup> Mitteilung KOM(2011) 222 der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Offenes Internet und Netzneutralität in Europa vom 19. April 2011, S. 6.

<sup>107</sup> Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie).

<sup>108</sup> Erklärung der Kommission zur Netzneutralität, Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, der Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung und der Richtlinie 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, Anhang.

<sup>109</sup> Mitteilung KOM(2011) 222 der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Offenes Internet und Netzneutralität in Europa vom 19. April 2011, S. 9.

<sup>110</sup> Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie).



## 2.2 Das deutsche Telekommunikationsgesetz

Das Telekommunikationsgesetz (TKG) wurde im Jahr 2012 aufgrund des neuen TK-Rechtsrahmens der EU geändert.<sup>111</sup> Eine Legaldefinition des Begriffs Netzneutralität fehlt auch im deutschen Recht. Regulierungsziele sind nun auch die Wahrung der Nutzer-, insbesondere der Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation und die Wahrung des Fernmeldegeheimnisses. Die Bundesnetzagentur fördert die Möglichkeit der Endnutzer, Informationen abzurufen und zu verbreiten oder Anwendungen und Dienste ihrer Wahl zu nutzen (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG).

Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten müssen dem Verbraucher und auf Verlangen anderen Endnutzern im Vertrag u.a. Informationen über die Art und die wichtigsten technischen Leistungsdaten der angebotenen Telekommunikationsdienste zur Verfügung stellen (§ 43a Abs. 1 Nr. 2 TKG). Dazu gehören insbesondere Informationen über alle Einschränkungen im Hinblick auf den Zugang zu und die Nutzung von Diensten und Anwendungen (§ 43a Abs. 2 Nr. 2 TKG) sowie über das angebotene Mindestniveau der Dienstqualität (§ 43a Abs. 2 Nr. 3 TKG). Unabhängig von einem einzelnen Vertrag kann das Bundeswirtschaftsministerium Anbieter öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste und Anbieter öffentlicher Telekommunikationsdienste durch Rechtsverordnung zur Veröffentlichung von Informationen u.a. über die Dienstqualität verpflichten (§ 45n Abs. 2 Nr. 4 TKG). Auch können sie auf diese Weise verpflichtet werden, ihre Kunden 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). Außerdem kann die Bundesnetzagentur in einer Technischen Richtlinie Einzelheiten über die Mindestanforderungen an die Dienstqualität durch Verfügung festlegen (§ 41a Abs. 2 TKG). Mit der Normierung von § 41a Abs. 1 TKG, der die Bundesregierung zum Erlass einer Netzneutralitätsverordnung ermächtigt, ging der deutsche Gesetzgeber dagegen über die Vorgaben des TK-Rahmens der EU hinaus.<sup>112</sup>

## 3. Wettbewerbsrecht

### 3.1 EU-Wettbewerbsrecht

Unternehmen dürfen keine Vereinbarungen schließen, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen können und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken, insbesondere die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden (Art. 101 lit. d AEUV). Auch dürfen Unternehmen eine beherrschende Stellung auf dem Binnenmarkt oder einem wesentlichen Teil desselben nicht missbrauchen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen (Art. 102 S. 1 AEUV). Missbrauch kann insbesondere darin bestehen, dass gegenüber Handelspartnern bei gleichwertigen Leistungen unterschiedliche

---

<sup>111</sup> Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Regelungen vom 3. Mai 2012, BGBl. 2012 Teil I Nr. 19 vom 9. Mai 2012, S. 958.

<sup>112</sup> Dazu Müller-Terpitz, K&R 2012, S. 476 (479 ff.); Süddeutsche Zeitung, 15. November 2011, S. 15.

Bedingungen angewandt werden, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden (Art. 102 S. 2 lit. c AEUV).

### 3.2 Deutsches Wettbewerbsrecht

Das TKG enthält Vorschriften über die besondere Missbrauchsaufsicht. So ist es u.a. Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetzen mit beträchtlicher Marktmacht verboten, ihre Stellung missbräuchlich auszunutzen (§ 42 TKG). § 42 TKG ist einschlägig, wenn nach §§ 10 und 11 TKG das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht festgestellt wurde.<sup>113</sup>

Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sind verboten (§ 1 GWB). Auch ist die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen verboten (§ 19 Abs. 1 GWB).

### 3.3 Sperren, Drosseln oder Zugangsverweigerung in vertikalen Verbindungen

Zentral für die wettbewerbsrechtliche Prüfung vertikaler Verbindungen zwischen ISP und CSP ist die Bestimmung des relevanten Marktes. Nicht abschließend geklärt ist bisher, ob dabei auf die Erreichbarkeit bestimmter Endkunden des ISP oder die Erreichbarkeit einer ausreichend großen Anzahl von Endkunden abzustellen ist.<sup>114</sup>

Soll ein bestimmter Endkunde erreicht werden, müsste aufgrund des Terminierungsmonopols des ISP sein Netz als relevanter Markt festgelegt werden; so wie bei der Mobilfunkterminierung und laut Bundesgerichtshof auch bei Pay-TV das Netz jedes Anbieters als ein Markt betrachtet wird.<sup>115</sup>

Genügt es dagegen, eine ausreichend hohe Zahl beliebiger Endkunden zu erreichen, kann der Markt weiter bestimmt werden, sodass ein einzelner ISP nicht als Monopolist einzustufen ist.<sup>116</sup>

## 4. Rundfunkrecht

Nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG wird die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk gewährleistet. Die Rundfunkfreiheit enthält zum einen ein Abwehrrecht gegenüber dem Staat. Daneben enthält sie für den Gesetzgeber den „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“.<sup>117</sup>

Obwohl das ursprüngliche Argument der Frequenzknappheit wegen der Entwicklung des Internets an Bedeutung verliert, gilt dieser Auftrag laut Bundesverfassungsgericht fort.<sup>118</sup> Die Rundfunkordnung müsse weiterhin aufgrund der herausgehobenen Stellung des Rundfunks

---

<sup>113</sup> Zur Abgrenzung § 42 TKG und §§ 19, 20 GWB s. Scheurle/Mayen, TKG Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 42 Rn 158 ff.

<sup>114</sup> Ausführlich zu dieser Frage und mit weiteren Nachweisen: Fetzer/Schweitzer, Wettbewerbs- und medienrechtliche Aspekte von Netzneutralität, S. 41 f. Siehe auch in der vorliegenden Studie Seite 18.

<sup>115</sup> Fetzer/Schweitzer, Wettbewerbs- und medienrechtliche Aspekte von Netzneutralität, S. 41. Bejahend: Christoph Wagner, Die Telekom benachteiligt andere Anbieter im Internet, FAZ, 15. Mai 2013, S. 19.

<sup>116</sup> Fetzer/Schweitzer, Wettbewerbs- und medienrechtliche Aspekte von Netzneutralität, S. 41.

<sup>117</sup> BVerfGE 119 (181) vom 2. Mai 2007=Entscheidung über Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag mit Verweis auf weitere Rechtsprechung.

<sup>118</sup> BVerfGE 119 (181) mit Verweis auf BVerfGE 57 (295) vom 24. März 1981=Rundfunkentscheidung.

gesetzlich ausgestaltet werden, die sich aus seiner Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft ergebe.<sup>119</sup>

Deshalb müssen private Anbieter von Plattformen mit Fernseh- und Hörfunkprogrammen nach dem Rundfunkstaatsvertrag (RStV) einen Teil der Übertragungskapazitäten für bestimmte Rundfunkprogramme (u.a. gebührenfinanzierte Programme) reservieren (sog. „Must-Carry“-Regel, § 52b RStV) und diese zu angemessenen Bedingungen übertragen (§ 52d S. 2 RStV). Anbieter von Programmen und vergleichbaren Telemedien dürfen durch die Ausgestaltung der Entgelte und Tarife nicht unbillig behindert oder gegenüber Wettbewerbern ohne sachlichen Grund benachteiligt werden (§ 52d S. 1 RStV).

Da das Internet bisher für die klassischen Rundfunkangebote nur einen ergänzenden Übertragungsweg darstellt, muss dort keine umfassende Verfügbarkeit sichergestellt werden; entsprechend gilt die „Must-Carry“-Regel für Anbieter von Plattformen in offenen Netzen (Internet, UMTS oder vergleichbare Netze) nur, soweit sie dort über eine marktbeherrschende Stellung verfügen (§ 52 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 RStV).<sup>120</sup> Ob ein Plattformanbieter über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, wird „in entsprechender Anwendung von § 19 GWB“ entschieden (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 Plattformsatzung<sup>121</sup>).

Noch ist allerdings nicht geklärt, ob ISP überhaupt als Plattformanbieter angesehen werden können.<sup>122</sup> Anbieter einer Plattform ist, wer auf digitalen Übertragungskapazitäten oder digitalen Datenströmen Rundfunk oder an die Allgemeinheit gerichtete Telemedien mit dem Ziel zusammenfasst, diese Angebote als Gesamtangebot zugänglich zu machen, oder wer über die Auswahl für die Zusammenfassung entscheidet (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 RStV). Bei weiter Auslegung der zweiten Alternative dieser Vorschrift könnten ISP erfasst werden, wenn diese durch das Angebot verschiedener Qualitätsdienstklassen beeinflussen, welche Angebote bei ihren Kunden ankommen.<sup>123</sup> Bei einer solchen Auslegung wäre es rundfunkrechtlich problematisch, wenn ISP durch die Einführung von Qualitätsdienstklassen die Verfügbarkeit von Rundfunkangeboten einschränken oder Rundfunkangebote Dritter gegenüber eigenen Angeboten benachteiligen.<sup>124125</sup>

---

<sup>119</sup> BVerfGE 119 (181) mit Verweis auf weitere Rechtsprechung.

<sup>120</sup> Fetzer/Schweitzer, Wettbewerbs- und medienrechtliche Aspekte von Netzneutralität, S. 67.

<sup>121</sup> Satzung über die Zugangsfreiheit zu digitalen Diensten und zur Plattformregulierung gemäß § 53 Rundfunkstaatsvertrag vom 4. März 2009.

<sup>122</sup> Holznagel/Ricke, DuD 2011, S. 611 (615).

<sup>123</sup> Holznagel/Ricke, DuD 2011, S. 611 (615).

<sup>124</sup> Fetzer/Schweitzer, Wettbewerbs- und medienrechtliche Aspekte von Netzneutralität, S. 72 f. und 75.

<sup>125</sup> Diese Gefahren sind bisher nur theoretischer Natur, da in erster Linie P2P-Dienste in Mobilfunk- und Festnetzen sowie VoIP-Angebote in Mobilfunknetzen blockiert oder verzögert werden, s. BEREC (2012c), S. 8.

## KAPITEL 4: DER ENTWURF DES BUNDESWIRTSCHAFTSMINISTERIUMS ZUR NETZNEUTRALITÄTSVERORDNUNG NACH § 41a TKG

### 4.1 Ordnungspolitische Bewertung

Aus ordnungspolitischer Sicht ist die Netzneutralitätsverordnung abzulehnen.

Zwar können mit nicht-netzneutralen Verhalten der ISP durchaus Probleme verbunden sein, die ein hoheitliches Eingreifen in die unternehmerische Freiheit erforderlich machen. Die möglicherweise auftretenden Probleme lassen sich jedoch – so sie tatsächlich auftreten – mit dem allgemeinen Wettbewerbsrecht lösen.

Ob eine Eingriffsnotwendigkeit tatsächlich vorliegt, bedarf nämlich zuerst einer Prüfung darüber, ob in der aktuellen Wettbewerbssituation eine nicht-angreifbare Marktmacht eines ISP vorliegt.

Hier schließt sich die Frage an, welche Mittel geeigneter sind um die daraus resultierenden Marktverzerrungen aufzuheben. Das allgemeine Wettbewerbsrecht hat gegenüber der Verordnung zur Netzneutralität zwei Vorteile:

- Das allgemeine Wettbewerbsrecht kommt erst dann zum Tragen, wenn festgestellt wird, dass der Wettbewerb eine Beeinträchtigung erfährt. Die Netzneutralitätsverordnung dagegen greift pauschal mittels Ge- und Verbote ein, völlig losgelöst von der Frage, ob die konkrete Marktkonstellation diese Eingriffe erfordert.
- Das allgemeine Wettbewerbsrecht richtet sich nur an Unternehmen mit beherrschender Marktmacht. Die Netzneutralitätsverordnung erfasst hingegen pauschal (symmetrisch) alle ISP. Dies ist aus ordnungspolitischer Sicht völlig unverhältnismäßig.

Im Ergebnis ist die Netzneutralitätsverordnung ein unverhältnismäßiger Eingriff in die unternehmerische Freiheit der ISP und auch der CSP. Gleichzeitig hat sie eine wohlfahrtssenkende Wirkung. Die Eintrittswahrscheinlichkeit notwendiger Investitionen und für alle Marktteilnehmer vorteilhafte Geschäftsmodelle werden ohne Grund verhindert oder erschwert. Die Netzneutralitätsverordnung ist überflüssig in Anbetracht der bestehenden Möglichkeiten des allgemeinen Wettbewerbsrechts, sowohl auf deutscher (GWB) wie auch auf europäischer Ebene (AEUV).

### 4.2 Rechtmäßigkeit zusätzlicher Bestimmungen über die Netzneutralität

Die Bundesregierung kann „bei Bedarf“<sup>126</sup> durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundestages und des Bundesrates „die grundsätzlichen Anforderungen an eine diskriminierungsfreie Datenübermittlung und den diskriminierungsfreien Zugang zu Inhalten und Anwendungen fest[...]legen“ (§ 41a Abs. 1 Hs. 1 TKG). Dabei muss sie die europäischen Vorgaben sowie die Ziele und Grundsätze des § 2 TKG berücksichtigen (§ 41a Abs. 1 Hs. 2 TKG). Ziel der Rechtsverordnung ist die Verhinderung einer „willkürliche[n] Verschlechterung von Diensten und eine[r] ungerechtfertigte[n] Behinderung oder Verlangsamung des Datenverkehrs in den Netzen“ (§ 41a Abs. 1 Hs. 1 TKG).

---

<sup>126</sup> BT-Drs. 17/7521 vom 26. Oktober 2011, S. 112.

Die Vorschrift enthält somit noch keine unmittelbaren gesetzlichen Verpflichtungen.<sup>127</sup> Die Bundesregierung hat nach § 41a Abs.1 TKG die Möglichkeit, Diskriminierungsverbote unabhängig von der Marktmacht eines ISP festzuschreiben. Diese können zugunsten von Wettbewerbern des ISP auf horizontaler Ebene und zugunsten von CSP auf einer vertikal nachgelagerten Ebene wirken.<sup>128</sup>

Es fehlen aber auch Vorgaben, wann die Bundesregierung tätig werden soll und wie der Begriff der Netzneutralität inhaltlich auszugestalten ist. Deshalb kommt der Bundesregierung grundsätzlich ein „weitreichender Ermessensspielraum“ zu.<sup>129</sup> Im Rahmen der letzten TKG-Novelle wurde die Netzneutralität als Regulierungsziel in § 2 TKG aufgenommen (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 S. 2 TKG). Da die Bundesregierung diese somit im Rahmen von § 41a TKG zu beachten hat, trifft sie allerdings eine Pflicht zum Tätigwerden, wenn „ernsthafte Gefahren für die Netzneutralität drohen“, die nicht mithilfe der bestehenden Rechtsvorschriften abgewendet werden können.<sup>130</sup> Auf der anderen Seite ist sie erst zur „Ingebrauchnahme“ der Verordnungsermächtigung befugt, wenn ansonsten geschützte Interessen gefährdet sind, da eine Regelung der Netzneutralität in Grundrechte eingreift.<sup>131</sup>

Fraglich ist somit, ob die Grundrechtseingriffe der geplanten Netzneutralitätsverordnung (NNVO) gerechtfertigt werden können. Diese erlaubt Qualitätsdienstklassen, Volumentarife und u.U. auch managed services, soweit das Best-Effort-Prinzip nicht beeinträchtigt wird.<sup>132</sup> Auch dürfen eigene Inhalte oder Anwendungen nicht bevorzugt zugänglich gemacht werden und Inhalte oder Anwendungen bestimmter Drittanbieter nicht gegen Entgelt bevorzugt zugänglich gemacht werden (§ 2 Abs. 1 und 2 NNVO). Diese Einschränkungen greifen in die verfassungsrechtlich geschützte Berufsfreiheit ein.<sup>133</sup>

Der Gesetzgeber möchte mit der NNVO sicherstellen, „dass der Best-Effort-Ansatz des Internets als Grundlage der Netzneutralität erhalten bleibt“, sodass unterschiedliche Dienste- oder Inhalteklassen „nur zur Sicherstellung der Netzintegrität, der Sicherheit und Effizienzsteigerung von Diensten und Netzen sowie für zeitkritische Dienste“ bevorzugt werden dürfen.<sup>134</sup> Die Eingriffe sind erforderlich, wenn kein milderes und dennoch gleich geeignetes Mittel ersichtlich ist. In der EU wird der Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten derzeit wirksam über Zugangsverpflichtungen und das allgemeine Wettbewerbsrecht geschützt, sodass die geplanten Eingriffe als nicht erforderlich anzusehen sind.<sup>135</sup>

---

<sup>127</sup> Nolden in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 41a Rn 2.

<sup>128</sup> Fetzter/Schweitzer, Wettbewerbs- und medienrechtliche Aspekte von Netzneutralität, S. 78.

<sup>129</sup> Mengerling in: Säcker, Telekommunikationsgesetz, 3. Aufl. 2013, § 41a Rn 25.

<sup>130</sup> Mengerling in: Säcker, Telekommunikationsgesetz, 3. Aufl. 2013, § 41a Rn 22 und 28.

<sup>131</sup> Mengerling in: Säcker, Telekommunikationsgesetz, 3. Aufl. 2013, § 41a Rn 27.

<sup>132</sup> <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/II/informationpapier-entwurf-netzneutralitaetsverordnung,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>, zuletzt abgerufen am 10. Juli 2013.

<sup>133</sup> S. Kapitel 1.1.1 Unternehmerische Freiheit/Freiheit der Berufsausübung.

<sup>134</sup> <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/V/verordnungsentwurf-netzneutralitaet,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>, zuletzt abgerufen am 10. Juli 2013, S. 7.

<sup>135</sup> So auch BMWi, Zweiter Fachdialog zur Netzneutralität, 9. Mai 2012, „Sechs Thesen zum Wettbewerbs- und Medienrecht“, These 4; BMWi, Fünfter Nationaler IT-Gipfel, „Netzneutralität – 11 Thesen für eine gesellschaftspolitische Diskussion“, 7. Dezember 2010, These 2; Körber in: Leible, Innovation und Recht im Internet, 2012, S. 41 (61); a. A. Mayer in: Kloepfer, Netzneutralität in der Informationsgesellschaft, S. 81 (107).

## **POLITIKEMPFEHLUNG**

„Gute“ regulatorische Eingriffe versuchen, ideale Marktergebnisse, die sich aufgrund von Imperfektionen gerade nicht bilden, möglichst exakt nachzubilden.

Wenn immer möglich, sollte Regulierung zuerst diese Imperfektionen mit minimalem Eingriff zu beheben versuchen, um die Marktkräfte zu stärken und eine tiefgreifende Regulierung zu vermeiden.

Wir empfehlen daher, auf tiefgreifende gesetzliche Vorschriften wie die nun vom BMWi vorgelegte Netzneutralitätsverordnung gänzlich zu verzichten und stattdessen die Instrumente des allgemeinen Wettbewerbsrechts anzuwenden.

Überlegenswert ist darüber hinaus, ob eine Stärkung der Marktkräfte notwendig ist; etwa indem ISP (gemäß § 43a und § 45n TKG) ihren Endkunden vor Vertragsabschluss in standardisierter Form über netzneutralitätsrelevante Vertragsaspekte (z.B. Datenlimits, tatsächliche Download- oder Uploadgeschwindigkeit, mögliche Einschränkungen der Geschwindigkeiten durch managed services etc.) informieren.

## LITERATURVERZEICHNIS

- AT Kearney (2010). Internet value chain economics. <http://www.atkearney.com/index.php/Publications/internet-value-chain-economics.html>
- Baumol, Panzar und Willig (1982), Contestable Markets and the Theory of Industry Structure, New York: Harcourt Brace Jovanovich, Inc.
- Bedner, M. (2009): Rechtmäßigkeit der „Deep Packet Inspection“, Projektgruppe verfassungsverträgliche Technikgestaltung (provet), Universität Kassel <http://kobra.bibliothek.uni-kassel.de/bitstream/urn:nbn:de:hebis:34-2009113031192/5/BednerDeepPacketInspection.pdf> zugegriffen am 01.07.2013
- BEREC (2010), BEREC response to the European Commission's consultation on the open Internet and net neutrality in Europe, BoR (10) 42 vom 30. September 2010
- BEREC (2012 a), An assessment of IP-interconnection in the context of Net Neutrality, BoR(12) 130 vom 6.12.2012
- BEREC (2012 b), Differentiation practices and related competition issues in the scope of net neutrality, BoR(12) 132 vom 26.11.2012
- BEREC (2012), Guidelines for quality of services in the scope of net neutrality, BoR (12) 131 vom 26. November 2012
- BEREC (2012c), A view of traffic management and other practices resulting in restrictions to the open Internet in Europe, BoR(12) 30, 29. Juni 2012, S. 8.
- Berger-Kögler, B. und Kruse, J. (2011), Net neutrality regulation of the internet?, International Journal of Management and Network Economics, Vol. 2, No. 1, 2011
- Bundesnetzagentur (2013), Bericht der Bundesnetzagentur vom 14. Juni 2013 zur Tarifänderung der Deutschen Telekom AG für Internetzugänge vom 2. Mai 2013
- Calliess/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 4. Aufl. 2011, C.H. Beck, München
- Daly, A. (2010), Regulatory approaches to net neutrality in Europe and beyond, Presented at the 1st PhD seminar of the International Telecommunications Society, hosted by the Centre for Communication, Media and Information Technologies, Aalborg University in Copenhagen 11-12 September 2010, siehe [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1675744](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1675744), (letzter Abruf am 26.06.2013).
- Dewenter, R. (2007): Netzneutralität, Diskussionspapier Nr. 74, Dezember 2007, Helmut-Schmidt-Universität, Hamburg
- Dewenter, R.; Jaschinski T. und Wiese, N. (2009), Wettbewerbliche Auswirkungen eines nichtneutralen Internets, in: Kruse, J. und Dewenter, R., Wettbewerbsprobleme im Internet, Nomos, 2009

Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, De Gruyter Recht, Berlin

Evans, D. (2009); Two-Sided Market Definition, ABA Section of Antitrust Law, MARKET DEFINITION IN ANTITRUST: THEORY AND CASE STUDIES, Forthcoming. [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1396751](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1396751) zugegriffen am 05.07.2013

Fetzer, T. und Schweitzer, H. (2012); Wettbewerbs- und medienrechtliche Aspekte von Netzneutralität, Impulsstudie im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, September 2012

Fetzer, T., Peitz, M., Schweitzer, H. (2012), Ökonomische und juristische Grundlagen der Netzneutralität, Impulsstudie im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie

Friederiszick, H.W., Kałużny, J., Kohnz, S. und Röller, L. (2011). Assessment of a sustainable Internet model for the near future. ESMT White Paper No. WP-11-01.

Gabelmann, A. (2001), Monopolistische bottlenecks versus wettbewerbsfähige Bereiche im Telekommunikationssektor, Institut für Verkehrswissenschaft. und Regionalpolitik, Universität Freiburg, S.19-20.

Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, C.H. Beck, München

Gersdorf, H. (2011), Netzneutralität: Regulierungsbedarf?, DICE Ordnungspolitische Perspektiven, No. 15, ISBN 978-3-86304-615-6

Holznapel, Netzneutralität als Aufgabe der Vielfaltsicherung, K&R 2010, S. 95

Holznapel/Ricke, Sicherung der Netzneutralität – Wechselseitige Auffangordnung von Rundfunk- und Telekommunikationsrecht, DuD 2011, S. 611

Hufen, Staatsrecht II Grundrechte, 3. Aufl. 2011, C.H. Beck, München

Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union Kommentar, 2. Aufl. 2013, C.H. Beck München

Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 12. Aufl. 2012, C.H. Beck, München

Karpenstein/Mayer, EMRK Kommentar, 2012, C.H. Beck, München

Kloepfer, Netzneutralität in der Informationsgesellschaft, 2011, Duncker und Humblot, Berlin

Knieps, G. (2007), Netzökonomie, Grundlagen – Strategien – Wettbewerbspolitik, Gabler, 1. Auflage, Wiesbaden

Knieps, G. (2008), Wettbewerbsökonomie: Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik, 3. Auflage, Springer, S. 18-19.

Korreng, Meinungsmarkt und Netzneutralität – Kommunikationsgrundrechtliche Aspekte des diskriminierungsfreien Netzzugangs, CR 11/2009, S. 758



Krämer, J.; Wiewiorra, L. und Weinhardt C. (2012), Net Neutrality: A Progress Report, Telecommunications Policy, Forthcoming, September 2012

Leible, Innovation und Recht im Internet, 2012, Boorberg, Stuttgart

Lyons, Daniel A. (2012) The Impact of Data Caps and other forms of usage based pricing for broadband access, Working Paper no. 12-27, Mercatus Center at George Mason University

Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2011, Nomos, Baden-Baden

Monopolkommission (2011), Telekommunikation 2011: Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern, Sondergutachten 61

Müller-Terpitz, Reizthema Netzneutralität – nach der Novelle ist vor der Novelle?, K&R 2012, S. 476

Panzar, J.C., Willig, R.D. (1977), Free Entry and the Sustainability of Natural Monopoly, Bell Journal of Economics, 8, S. 5.

Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 28. Aufl. 2012, C.F. Müller, Heidelberg

Pigou, A. (1952), The Economics of Welfare, MacMillan, 4. Ed., London

Rochet, J.-C., Tirole, J.(2002), Platform Competition in Two-Sided Markets, <http://neeo.univ-tlse1.fr/25/1/platform.pdf>, zugegriffen am 12.07.2013

Sachs, Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl. 2011, C.H. Beck, München

Säcker, Telekommunikationsgesetz, 3. Aufl. 2013, Deutscher Fachverlag GmbH, Fachmedien Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main

Scheurle/Mayen, TKG Kommentar, 2. Aufl. 2008, C.H. Beck, München

Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Grundgesetz Kommentar, 12. Aufl. 2011, Heymanns, Köln

Stigler, J. (1968), Barriers to Entry, Economics of Scale and Firm Size, in George J. Stigler, The Organization of Industry. Homewood, IL: Irwin.

Tettinger/Stern, Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, C.H. Beck, München

Van Schewick, B. (2007), Towards an Economic Framework for Network Neutrality Regulation, Journal on Telecommunications and High Technology Law, 5, 32-392.

### **Die Autoren**

Anne-Kathrin BARAN ist wissenschaftliche Referentin im Fachbereich Telekommunikation des Centrums für Europäische Politik.

Philipp ECKHARDT ist wissenschaftlicher Referent im Fachbereich Telekommunikation des Centrums für Europäische Politik.

Ariane KIESOW ist wissenschaftliche Referentin im Fachbereich Telekommunikation des Centrums für Europäische Politik.

Dr. Bert VAN ROOSEBEKE leitet den Fachbereich Telekommunikation des Centrums für Europäische Politik.

### **Centrum für Europäische Politik**

Das Centrum für Europäische Politik (CEP) in Freiburg ist der europapolitische Think Tank der gemeinnützigen Stiftung Ordnungspolitik. Es ist ein unabhängiges Kompetenzzentrum zur Recherche, Analyse und Bewertung von EU-Politik.