

CHRISTIAN KOENIG / EVELINE VISBECK

Verursachungsgerechte Kostenverteilung der keineswegs neutralen „Google-Effekte“

Keine regulatorische Kostenexternalisierung durch falsch verstandene Netzneutralität

Telekommunikations- und Medienrecht

Der Verdrängungs- und Kostenwettbewerb und die Sättigung der Endkundenmärkte für Breitband-, Festnetz- und mobile Telefonieprodukte lenken die Wachstumsstrategien der Anbieter besonders auf die Märkte, deren Produkte auf das mobile Internet aufsetzen. Gleichzeitig steigen die Ansprüche an Übertragungsgeschwindigkeiten und das Datenvolumen, sodass für die gesamte Volkswirtschaft signifikante Investitionen in die Netze geleistet werden müssen. Die Asymmetrie zwischen dem stetig steigenden Verkehrsaufkommen sowie dem daraus resultierenden Investitionsbedarf einerseits und

der andererseits mit dieser Entwicklung nicht schritthaltenden Zahlungsbereitschaft der Endkunden stellt die Netzbetreiber vor ein Problem.

Die Entwicklungspotenziale der vielschichtigen Wertschöpfungsebenen des Internet werden in der Asymmetrie zwischen Einnahmequellen und Kostenfaktoren gefangen gehalten. Das Politikum der Netzneutralität verstärkt das Asymmetriedilemma der Netzinvestoren. Dieses Politikum wird zudem durch Verschwörungstheorien über die Diskriminierung und das Ausspähen von Inhalten verzerrt.

I. Regulatorische Internalisierung als verursachungsgerechter Neutralitätsansatz in Bezug auf Netzlast- und Investitionskosten

Vor dem Hintergrund, dass Google für etwa 6% des Internetverkehrsaufkommens mitverantwortlich ist und Inhalteanbieter wie Amazon und eBay stetig neue, bandbreitenintensive Dienste entwickeln, scheint die Forderung nach einer konsequenten Kosteninternalisierung der zu Lasten von Drittnutzern und Netzbetreibern auftretenden externen negativen „Google-Effekte“ nachvollziehbar.¹ Die in dem politisch aufgeladenen Reizwort

der „Netzneutralität“ gefangene Auseinandersetzung soll hier nicht nachgezeichnet werden; auf erläuternde Darstellungen wird verwiesen.² Vorliegend soll vielmehr die Frage beantwortet werden, ob Betreiber von Internet-Transportnetzen regulatorisch verpflichtet werden können, allen Datenpaketen die gleiche Priorität innerhalb ihres Netzes zuzuordnen, und ob Preis- und Qualitätsdifferenzierungen, etwa (vertragliche) Nutzungsbeschränkungen oder die Priorisierung bestimmter Anwendungen, beim Datentransport untersagt werden dürfen. Die von der *US Federal Communications Commission (FCC)* am 21.12.2010 erlassene Rahmenverordnung zur Festschreibung der Netzneutralität, wonach eine „unangemessene Unterscheidung“ zwischen Datenpaketen beim Transfer legitimen Netzverkehrs nicht gestattet sein soll, wird die Abhandlung begleiten.

Im Falle einer regulatorischen Verpflichtung zur pauschalen, undifferenzierten Netzneutralität würden alle Datenübertragun-

¹ A.T. Kearney, Studie „A Viable Future Model for the Internet“, insb. S. 5, 6.

² Berger-Kögler/Kind, MMR-Aktuell 2010, 302773; dies., N&R Beilage 4/2010, 2; Koenig/Fechtnner, K&R 2011, 73; Bullinger, Netzneutralität, Aktueller Begriff 015/10, Deutscher Bundestag (Wissenschaftliche Dienste).

gen unabhängig von Inhalt und Herkunft streng formal gleich bepreist. Sind dagegen die Netzbetreiber nicht zur regulatorisch undifferenzierten Netzneutralität verpflichtet, könnten sie in „Premiumverträgen“ gegen ein Zusatzentgelt den bevorzugten Transport bestimmter Inhalte und Dienste anbieten³ und so die Verkehrsflüsse in Abhängigkeit der Vertragsbeziehungen mit Inhalteanbietern bzw. Endkunden priorisieren.

Netzmanagementmaßnahmen lassen sich preislich einerseits zwischen Netzbetreibern und Endkunden abbilden, andererseits sind Entgeltendifferenzierungen zwischen Netzbetreibern und Inhalteanbietern denkbar. Aus ökonomischer Sicht dienen beide Maßnahmen demselben Zweck, nämlich der verursachungsgerechten Internalisierung der negativen Netznutzungseffekte. Beide Modelle schreiben demjenigen die wirtschaftliche Nutzung des Gutes zu, der die höchste Wertschöpfungskraft besitzt, letzteres ausgedrückt in der höchsten – proportional zur Verursachung von Netzlasteffekten und Netzinvestitionskosten justierten – Zahlungsbereitschaft. Mittels eines Priority Pricing können sich Endkunden bzw. Inhalteanbieter den vorrangigen Transport im Falle der Netzauslastung erkaufen. Endkunden könnten einen entsprechenden Premiumvertrag als Annex zu ihrem bestehenden Internetnutzungsvertrag mit dem Netzbetreiber schließen. Komplexer ist der Fall, wenn Endkunden keine Vertragsbeziehung zum Netzbetreiber unterhalten und Zugang zum Internet über einen alternativen Internetdiensteanbieter (ISP) erhalten, der nicht über ein eigenes Netz verfügt und etwa als bloßer Reseller tätig ist. Nach der Zugangskonzeption des TKG⁴ müssten in diesem Falle entsprechende Zusagen auch über Verträge mit dem ISP vereinbart werden können, denn die Zugangsgewährungspflicht auf Vorleistungsebene verpflichtet den Netzbetreiber zur Bereitstellung eines funktionalen und effektiven Zugangs, der Zugangspetenten weitestgehend das Angebot aus „einer Hand“ ermöglicht.⁵ Aus Gründen der Plan- und Realisierbarkeit effektiven Netzmanagements muss sich der ISP gleichzeitig beim Netzbetreiber „rückversichern“. Denkbar sind solche Zusagen als Annex zur derzeitigen Zugangsgewährungspflicht bzw. durch das Angebot verschiedener Verträge mit unterschiedlichen Anwendungsparametern auf Vorleistungsebene.

Konzeptionell kann das erhöhte Entgelt an qualitative oder quantitative Bezugspunkte anknüpfen, sodass hiermit entweder eine Datenmenge pro Zeiteinheit oder eine bestimmte Art der Anwendung⁶ zugesichert wird. Die Wahl der Güteklasse obliegt dabei einzig dem Endkunden. Dieser trifft auf transparenter Angebotsgrundlage, die universaldienstregulatorisch zu gewährleisten ist, seine Entscheidung anhand seines individuellen Bedarfs und seiner eigenen Wertschätzung der Dienste.⁷ Die differenzierte Bepreisung nach Maßgabe unterschiedlicher Qualitäten schließt bei freier Wahlmöglichkeit des Kunden unter den Bedingungen universaldienstregulatorischer Gewährleistungen (insbesondere zur Vermeidung von „digital divide“) und der Transparenz jedwede, auch verschleierte Diskriminierung aus.⁸ Vergleichbar wären diese differenzierten Tarife mit der Preisgestaltung vor Einführung der Flatrate. Auch hier wurden die verschiedenen Zugangsgeschwindigkeiten von VDSL, ADSL und einem Internetzugang über ein Modem unterschiedlich bepreist. In den Mobilfunkmärkten verknüpfen bereits einige Anbieter ihre günstigen Flatrate-Tarife mit einer Geschwindigkeitsdrosselung der Übertragungsrates des Nutzers, sofern dieser ein bestimmtes Datenvolumen überschritten hat.⁹

Bandbreitenzusicherungen sind ebenfalls über Premiumverträge zwischen Netzbetreibern und Inhalteanbietern denkbar. Hier besteht die Besonderheit, dass Inhalteanbieter grundsätzlich nicht für den Transport ihrer Inhalte zahlen. Ihre Tätigkeit fokussiert sich auf die inhaltliche Ebene der Wertschöpfung, der (spä-

tere) Transport und Zugriff auf ihre Anwendungen und Dienste wird stets von den Endkunden initialisiert. Die Finanzstärke einiger Inhalteanbieter macht Investitionspartnerschaften mit Netzbetreibern für Netzbetreiber reizvoll. In Premiumpartnerschaften kann zudem zu qualitativen und quantitativen Kriterien auch an subjektive Aspekte angeknüpft werden. Beispielsweise könnte der Netzbetreiber für jedes Marktsegment einem bestimmten Inhalteanbieter eine bevorzugte Behandlung zusichern. Dessen Dienst würde im Gegensatz zu den anderen Diensten mit bevorzugter Geschwindigkeit übertragen. Dann müssten freilich sowohl die sektorspezifischen TK-Diskriminierungsverbote als auch die allgemeinen Kartell- und Missbrauchsverbote auf Hab-Acht-Stellung gebracht werden.

II. Der Regulierungsrahmen

Ein explizites gesetzliches Verbot von Priorisierungen oder Verlangsamungen der Datenpakete besteht in Europa (bislang) nicht.

1. Nationale Vorgaben

Ein Gebot undifferenzierter Netzneutralität folgt insbesondere nicht aus den tk-rechtlichen Schutzvorschriften der Zugangsregulierung. Zugang i.S.d. § 3 Nr. 32 TKG soll nach den §§ 16–26 TKG zueinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen die gleichberechtigte Erbringung von TK-Diensten ermöglichen.¹⁰ TK-Dienste sind nach § 3 Nr. 24 TKG jedoch nur solche Dienste, die in der Übertragung von Signalen bestehen, sog. Transportdienste. Nach den §§ 27–39 TKG und der sektorspezifischen Missbrauchsaufsicht nach § 42 TKG dürfen TK-Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht verfügen (§ 3 Nr. 4 i.V.m. § 11 Abs. 1 Satz 3–5 TKG), Wettbewerber Leistungen nicht zu wirtschaftlich ungünstigeren Bedingungen anbieten als die Konditionen, die sie der eigenen Sparte gewähren. Verfügt das Unternehmen über beträchtliche Marktmacht, so darf es nach § 28 Abs. 1 TKG seine Vormachtstellung nicht bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten missbrauchen. Einer Regulierung unterliegen nach dem Primat der Vorleistungsregulierung Endkundenentgelte nur, sofern Maßnahmen auf Vorleistungsebene nicht zur Disziplinierung ausreichen (Art. 17 Abs. 1 lit. b) UDRL).¹¹ Auch das Missbrauchsverbot des § 42 TKG¹² steht Preis- und Qualitätsdifferenzierungen nicht entgegen: Sofern die Einschränkung der Netzneutralität zu Gunsten des Netzwerkmanagements anhand qualifizierter Qualitätsparameter die gerechte Verteilung der Bandbreiten auf alle Endkunden sicherstellt, besteht ein sachlicher Grund i.S.d. § 42 Abs. 1 Satz 2 TKG.¹³ Im Lichte dieser tk-gesetzlichen Vorgaben plant die BNetzA derzeit keine spezifischen Regulierungsmaßnahmen zur Netzneu-

³ Schreyl/Frevert, MMR 2010, 596, 597.

⁴ Piepenbrock/Attendorf, in: BeckTKG-Komm., 3. Aufl. 2006, § 21 Rdnr. 42–63.

⁵ Piepenbrock/Attendorf (o. FuBn. 4), § 21 Rdnr. 210 ff.

⁶ Bestimmte Datei- oder Übertragungsformate, etwa reine Datenkommunikation oder P2P-Anwendungen.

⁷ Berger-Kögler/Kind, MMR-Aktuell 2010, 302773.

⁸ So stellt die Wahl des Konsumenten zwischen der ersten und zweiten Klasse bei Flug- und Bahnreisen, ebenso wie die Entscheidung zur – höher bepreisten – Postsendungsbeförderung per Express, keine Diskriminierung dar, sondern ist lediglich Ausdruck seiner individuellen Wertschätzung.

⁹ Etwa sieht Internet-Pack von congstar oder O2 eine Reduzierung auf GPRS-Bandbreite ab einer monatlichen Datennutzung von über 200 MB vor.

¹⁰ Piepenbrock/Attendorf/Schuster/Wittern, in: BeckTKG-Komm. (o. FuBn. 4), § 3 Rdnr. 46.

¹¹ RL 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.11.2009 zur Änderung der RL 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (UDRL), ABl. EU Nr. L 337 v. 8.12.2009, S. 11 ff.

¹² § 42 TKG findet nach h.M. neben Vorschriften über die missbräuchliche Entgeltgestaltung Anwendung; Holzmagell/Enaux/Nienhaus, Telekommunikationsrecht, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 338.

¹³ Schreyl/Frevert (o. FuBn. 3), S. 598.

tralität.¹⁴ Nach Auffassung des *Präsidenten der BNetzA* ist zu differenzieren: Während einerseits Differenzierungen zwischen verschiedenen Kundengruppen auf Grund ihrer wohlfahrtssteigernden Effekte im Wirtschaftsleben vernünftig sind, muss andererseits gesichert sein, dass ausreichender Wettbewerb herrscht und ein Anbieterwechsel bei Blockaden und Qualitätsabsenkungen nicht behindert wird. Dazu sind nach Auffassung des *Präsidenten* (derzeit) keine gesetzlichen Regelungen erforderlich. Vielmehr könne wirksamer Wettbewerb zur Gewährleistung der Netzneutralität beitragen, was sich bereits im Bereich der Internettelefonie gezeigt habe.

2. Europäische Regulierungsvorgaben

Der unionsrechtliche Regulierungsrahmen¹⁵ setzt zur Gewährleistung der Netzneutralität auf Transparenz. Nach den Art. 20, 21 UDRL hat der Netzbetreiber für ein „angemessenes“ Level an Verbraucherschutz über das Mindestniveau der angebotenen Dienstqualität ebenso wie über Änderungen bzw. Einschränkungen bei der Nutzung von Diensten umfassend und in leicht verständlicher Form zu informieren. Ebenso kann er nach Art. 21 Abs. 1 und 3 lit. c) UDRL zu weiteren Informationen und Mindestqualitäten verpflichtet werden.¹⁶ So lässt sich eine Verlangsamung des Datenverkehrs über Festlegungen einer verbindlichen Minimal-Bandbreite bestimmter Dienste oder der maximal hinnehmbaren Verzögerungen in der Sprachtelefonie vermeiden. Im Gegensatz zu Transparenzverpflichtungen können Mindestqualitätsvoraussetzungen nur einem marktbeherrschenden Unternehmen auferlegt werden,¹⁷ wenn und soweit sektorspezifisches TK-Recht und allgemeines Wettbewerbsrecht nicht ausreichen, um der durch die marktbeherrschende Stellung bedingten Störung des Qualitätswettbewerbs wirksam zu begegnen.

Den mangelnden Bedarf an weiteren Regeln zur Netzneutralität bestätigen die Ergebnisse der von der *EU-Kommission* durchgeführten Konsultation.¹⁸

¹⁴ Matthias Kurth, Interview in der *WirtschaftsWoche* v. 10.5.2010, S. 9.

¹⁵ TK-Review v. 18.12.2009, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/JOHTML.do?uri=OJ:L:2009:337:SOM:EN:HTML>.

¹⁶ Art. 22 Abs. 3 RL 2009/136/EG; durch die Verbindlichkeit der Mindestvoraussetzungen erhofft man sich eine Vermeidung der Verschlechterung der Dienste.

¹⁷ Berger-Kögler/Kind, MMR-Aktuell 2010, 302773; zu den SMP-Verpflichtungen allgemein Holzmagel/Enaux/Nienhaus (o. Fußn. 12), Rdnr. 211.

¹⁸ *EU-Kommission*, Report on the public consultation on "The open internet and net neutrality in Europe", 9.11.2010, http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecom/doc/library/public_consult/net_neutrality/report.pdf.

¹⁹ Schuster/Ruhle, in: BeckTKG-Komm. (o. Fußn. 4), § 28 Rdnr. 84 ff.

²⁰ RL 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 7.3.2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie – ZRL), ABl. EG Nr. L 108 v. 24.4.2002, S. 7 ff.

²¹ Hiervon sind auf Grund der Umstellung zur regionalen Marktabgrenzung – Art. 8 Abs. 5 Nr. e RRL – zukünftig mehr Unternehmen potenziell betroffen als bislang.

²² FCC-Order – Preserving the Open Internet Broadband Industry Practices (im Folgenden "Order"), GN Doc. No. 09-191, CC Doc. No. 07 52, Adopted: December 21, 2010, Released: December 23, 2010; der neue Rechtsrahmen ist abrufbar unter: <http://www.scribd.com/doc/45847960/FCC-10-201A1>.

²³ Rdnr. 22 der Order.

²⁴ Dazu Spies/Ufer, MMR 2010, 13, 14 sowie Spies, MMR-Aktuell 2011, 313008.

²⁵ Zur Transparenz als primärer Sicherung der „Offenheit des Internet“ in Form der Entscheidungsfreiheit der Konsumenten und der Entwicklung neuer Dienste, Rdnr. 5, 56 der Order.

²⁶ Die Blockierungs- und Diskriminierungsverbote finden auf Grund der größeren Auswahlmöglichkeiten der Verbraucher in den Mobilfunk-Endkundenmärkten keine bzw. nur eingeschränkte Anwendung auf mobile Internetanbieter; FCC acts to preserve Internet freedom and openness, p. 4, http://www.fcc.gov/Daily_Releases/Daily_Business/2010/db1221/DOC-303745A1.pdf.

²⁷ *Open Internet NPRM*, 24 FCC Red at 13112-15, Paras 133-41.

²⁸ Rdnr. 84 der Order.

²⁹ "We will develop the scope of network management on a case-by-case basis", Rdnr. 83 der Order.

³⁰ Rdnr. 85, 86 der Order.

³¹ Rdnr. 91 der Order.

3. Folgen für die Entgeltgestaltung

Grundsätzlich kommt gegenüber Premiumdiensten im Breitbandmarkt lediglich eine ex post-Missbrauchskontrolle in Betracht. Danach sind insbesondere zu niedrige Entgelte untersagt, die auf Grund der Konnektivität der Vorleistungs- und Endkundenentgelte für Wettbewerber besonders problematisch sind (Preis-Kosten-Schere).¹⁹ Im Vergleich zur Vergangenheit sind höhere Endkundenentgelte dagegen auf Grund des Primats der Vorleistungsregulierung nach Art. 17 Abs. 1 lit. b) UDRL grundsätzlich unkritisch, soweit Maßnahmen auf Vorleistungsebene zur wettbewerblichen bzw. regulatorisch wettbewerbssanalogenen Disziplinierung der marktbeherrschenden Anbieter zum Schutz der Verbraucher ausreichen. Insbesondere sofern Unternehmen für die Übertragung großer Datenmengen ein zusätzlicher Aufwand entsteht (Aspekte der Netzsicherheit und -stabilität), können diese den zusätzlichen Aufwand in einem erhöhten Endkundenentgelt abbilden. Eine Festlegung von Mindestqualitäten nach Art. 22 Abs. 3 UDRL oder eine Verpflichtung zur Orientierung an den Kosten (Art. 13 Abs. 1 ZRL²⁰) i.R.e. ex ante-Kontrolle der Entgelte kann als ultima ratio lediglich marktmächtigen Unternehmen auferlegt werden.²¹

III. US-amerikanische Regulierungspraxis und Entscheidung der FCC

In den USA hat die Aufsichtsbehörde kürzlich wesentliche Aussagen zur Neutralität des Netzes getroffen.²² Die FCC möchte mit der Order die effiziente Nutzung neuer Breitbanddienste durch die Endnutzer sicherstellen²³ und eine klare Regelung in Bezug auf die diversen Behinderungen in der Vergangenheit erreichen.²⁴ Die Order zur Netzneutralität besteht aus drei Grundregeln: dem Transparenzgebot, das Betreiber von Breitband-Internetzugängen zur Offenlegung ihrer Netzverwaltung verpflichtet,²⁵ sowie dem Blockierungs- und Diskriminierungsverbot,²⁶ wobei ein vernünftiges Netzmanagement möglich sein muss.

1. Netzmanagementmaßnahmen

In Fortführung ihrer Open Internet NPRM-Regeln zum „reasonable network management“²⁷ deklariert die FCC in den Rdnr. 80 ff. der Order Netzmanagementmaßnahmen angemessen, die einen legitimen Zweck mit geeigneten und angemessenen Mitteln verfolgen. Beispielhaft nennt sie die Aufrechterhaltung der Sicherheit und Integrität des Netzes, die Implementierung von Vorkehrungen gegen von Endkunden unerwünschte Inhalte oder Dienste sowie die Reduzierung und Abschwächung von Überlastungen des Netzes und entsprechendem „Datenstau“. Einer strikten Definition der „reasonable network management practices“ erteilt die FCC ebenso wie einer Genehmigungspflicht für Netzwerkmanagementpraktiken eine Absage.²⁸ Die Rechtmäßigkeit von Netzwerkmanagementpraktiken soll bei Streitigkeiten im Einzelfall geklärt werden,²⁹ was den individuellen Gegebenheiten und der Weiterentwicklung der Netze Rechnung tragen soll.³⁰ „Reasonable“ können Netzmanagementmaßnahmen nach den Rdnr. 91 ff. etwa aus Gründen der Netzüberlastung sein. Als legitime Netzwerkmanagementabsichten nennt die FCC beispielhaft Vorkehrungen gegen „heavy user“, die Verkehrsstaus verursachen und zu einem „crowding out“ aller Nutzer führen.³¹

2. Entgeltimplikationen

Fraglich ist, ob das Verbot der „unreasonable discrimination“ im Internetverkehr beinhaltet, dass Netzbetreiber Diensteanbietern oder Endkunden nicht verschiedene Tarife für unterschiedliche Zugangsgeschwindigkeiten zu bestimmten Inhalten anbieten dürfen.

Der Einbeziehung von Netzmanagementtechniken in die Entgeltgestaltung gegenüber Endkunden steht die FCC unkritisch gegenüber, denn bei transparenter Gestaltung sieht die FCC in der Eröffnung einer Wahlmöglichkeit seitens der Endkunden keine Diskriminierung.³² Sofern die unterschiedliche Bepreisung der Endkunden nicht an spezielle Anwendungen oder Dienste, sondern etwa an Bandbreite oder Datenvolumen anknüpft, beeinträchtigen anwendungsunabhängige differenzierte Behandlungen keine Endkundenentscheidungen bezüglich der Inhalte oder Anwendungen.³³ Allerdings besteht eine Informationsoffenlegungspflicht im Hinblick auf die „commercial terms“.³⁴

Gegenüber Inhaltenanbietern untersagt Punkt 3 der Order den Netzbetreibern eine „unreasonable discrimination“. Entgegen der Überzeugung des Commissioners *Clyburn* und des Vorsitzenden *Genachowski* verbietet die Order jedoch nicht per se die unterschiedliche Behandlung von Diensten oder Anwendungen. „Discrimination“ ist nicht als Synonym für wettbewerbsfeindliches Verhalten zu verstehen,³⁵ die Maßnahme muss zusätzlich im Einzelfall als „unreasonable“ einzustufen sein. Vereinbarungen entgeltbedingter direkter oder indirekter Verkehrsstrom-Priorisierungen zwischen Netzbetreiber und Dritten („pay for priority“) verstoßen gegen die „non-discrimination rule“, sofern der Breitbandanbieter im Einzelfall nicht nachweisen kann, dass diese durch Netzmanagementmaßnahmen gerechtfertigt sind.³⁶ Werden Netzmanagementmaßnahmen etwa durch Kapazitätsengpässe nötig, ist jedoch hinzunehmen, dass bestimmte Anwendungen nicht mehr verfügbar sind („blocking“).³⁷

Da die FCC keine Aussage trifft, nach welchen Kriterien im Fall kapazitätsbedingter Netzengpässe die Auswahl zu erfolgen hat, können Netzbetreiber sowohl Inhaltenanbietern als auch Endkunden gegen ein zusätzliches Entgelt den vorrangigen Datentransport zusichern.

3. Anfechtung der FCC-Order

Die FCC-Order wurde mittlerweile von *Verizon* und *Metro PCS* unter Begründung der Willkürlichkeit der Regeln, des Ermessensmissbrauchs und der Kompetenzüberschreitung der FCC angefochten. Die Unternehmen stützen sich dabei auf die Entscheidung in *Comcast v. FCC et al*, *U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit*, No. 08-1291, bei dem das Gericht der FCC Vorgaben zum Netzmanagement mangels Rechtsgrundlage untersagt hatte. Der *U.S. Court of Appeals for the District of Columbia* hat die Klage jedoch als verfrüht abgewiesen, da die 60-Tage Anfechtungsfrist erst mit Veröffentlichung der Rules im Federal Register zu laufen beginne.³⁸

Unter Berufung auf die mangelnde Kompetenz der FCC wurde ebenfalls das Verfahren einer „joint resolution of disapproval“ des Congressional Review Act (Sec. 801 PL 104 121) eingeleitet, in dem die FCC-Order mit Zustimmung beider Kammern des *US-Kongresses* – unter dem Veto des Präsidenten – aufgehoben werden kann; das *Repräsentantenhaus* hat einen entsprechenden Beschluss bereits verabschiedet.³⁹

IV. Amerikanischer Regulierungsrahmen und Europäische Vorleistungsregulierung

Eine Einordnung der FCC-Order muss in ihrem regulatorischen Zusammenhang erfolgen. In den USA sollte der Telecommunications Act 1996 (TCA)⁴⁰ die faktischen lokalen Monopole des *Bell-Systems*⁴¹ aufbrechen, indem diesen im Gegenzug zur Netzöffnung der Ferngesprächsmarkt geöffnet wurde;⁴² die mit der Privatisierung verbundenen Probleme des Aufbruchs kompletter Marktstrukturen eines staatlichen Monopols stellten sich im Gegensatz zu Europa jedoch nicht. So sind etwa die Netzelemente, zu denen nach Sec. 251 (c) (3) TCA 1996 entbündelter Zugang zu gewähren

ist, nicht normiert, sondern es ist von der amerikanischen Regulierungsbehörde zu prüfen, zu welchen Netzwerkelementen der Zugang „notwendig“ ist und ob entsprechende Zugangsverweigerungen die Zugangspetenten „beeinträchtigen“.⁴³ Das komplizierte Netzentbündlungsregime auf Vorleistungsebene war jedoch wenig erfolgreich und begründete einen Netzinvestitionsrückgang der nationalen Champions, sodass sich die FCC auf Anregung des *Supreme Court* 2003 in ihrer „Triennial Review“ local-competition order (TRO) für einen grundsätzlichen Kurswechsel entschied, mit dem sie „line sharing“ abschaffte und zu einem großen Teil von Entbündelungsverpflichtungen für „fiber to the home (FTTH)“-Netze absah.⁴⁴ Die US-amerikanische Regulierung verzichtet heute weitgehend auf eine ex ante-Regulierung und beschränkt sich auf sparsame ex post-Eingriffe in Streitfällen, was auch ihrem privatwirtschaftlichen Ansatz weitestgehender unternehmerischer Freiheit entspricht.⁴⁵

Im Vergleich zu der US-amerikanischen Situation besteht in Europa ein dichtes und konsistentes Rechtsgefüge, das nicht durch Einzelfallentscheidungen gewachsen ist, sondern der europarechtlich genormten, systemimmanenten Logik von Marktdefinition, ökonomisch fundierter Marktanalyse und Regulierungsverfügungen, den Remedies, folgt. In dem dreistufigen Regulierungsverfahren wird zunächst der sachliche und räumliche Markt abgegrenzt. Dabei kommen für eine Regulierung unter Berücksichtigung der europäischen Empfehlungen und Leitlinien nach Art. 15 Rahmenrichtlinie (RRL)⁴⁶ die Märkte in Betracht, die durch beträchtliche und anhaltende strukturelle Störungen gekennzeichnet sind, denen auch langfristig nicht mit dem allgemeinen Wettbewerbsrecht begegnet werden kann.⁴⁷

Danach überprüft die Marktanalyse, ob auf diesem Markt wirksamer Wettbewerb herrscht (Art. 14, 16 RRL). Ist dies nicht der Fall, da ein oder mehrere Unternehmen auf dem Markt marktmächtig sind (Art. 14 Abs. 2 Unterabs. 1 RRL), können diese sog. „SMP-Unternehmen“ von der Regulierungsbehörde in einem zweiten Schritt zu weitergehenden Maßnahmen verpflichtet werden. Diese reichen von bloßen Transparenz- über Zugangsverpflichtungen zu einer komplexen ex ante-Entgeltregulierung durch die Regulierungsbehörde (Art. 8 Abs. 2 i.V.m. Art. 9–13 ZRL). Das dreistufige Verfahren und die regelmäßigen Regulierungszyklen sichern die gleichmäßige und kohärente Ausräumung regulatorischer Defizite.

³² Rdnr. 71 der Order.

³³ Rdnr. 73, 221 der Order: „...because it does not interfere with end users' choices...“

³⁴ Rdnr. 56 der Order.

³⁵ Rdnr. 85 der Order.

³⁶ Nach Rdnr. 76 der Order werden „pay for priority“-Vereinbarungen jedoch regelmäßig nicht ihre Vereinbarkeit mit dem „no unreasonable discrimination“-Standard nachweisen können.

³⁷ Rdnr. 66 der Order.

³⁸ *MetroPCS et al v. FCC et al*, No. 11-1016; *Verizon v. FCC*, No. 11-1014.

³⁹ <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/D?d112:37:/list/bss/d112HJ.lst:>

⁴⁰ Telecommunications Act of 1996, P.L. No. 104-104, 110 Stat. 56 (1996).

⁴¹ Zur amerikanischen Marktentwicklung vgl. *Neuhaus*, Regulierung in Deutschland und den USA, S. 139.

⁴² *Geppert/Ruhle/Schuster*, Hdb. Recht und Praxis der Telekommunikation, Rdnr. 1503.

⁴³ Sog. Necessary and Impair Test, vgl. 47 U.S.C. § 25 251 (d) (2); *Baumann*, K&R 2005, 219.

⁴⁴ Review of the Section 251 Unbundling Obligations of Incumbent Local Exchange Carriers, Implementation of the Local Competition Provisions of the Telecommunications Act of 1996, Deployment of Wireline Services Offering Advanced Telecommunications Capability, CC Doc. o. 01-338, Report and Order on Remand and Further Notice of Proposed Rulemaking, v. 21.8.2003.

⁴⁵ Rdnr. 74 der Order: „...not fetter“ the free market with unnecessary regulation.“

⁴⁶ RL 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 7.3.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie – RRL), ABl. EG Nr. L 108/33 v. 24.4.2002.

⁴⁷ Sog. Drei-Kriterien-Test, § 10 Abs. 2 TKG.

V. Fazit

Der FCC-Order entsprechender Regelungen bedarf es in der EU mangels vergleichbarer Ausgangslage nicht. Regelungspunkte zwei und drei der FCC-Order werden durch die Vorleistungsregulierung abgefangen: Da sich „Diskriminierungen“ – unterschiedliche Behandlungen der Datenpakete – im Ergebnis regelmäßig schon in unterschiedlichen Vorleistungsentgelthöhen niederschlagen, fangen die detaillierten Entgeltzusammensetzungsvorgaben des Art. 13 ZRL die Netzmanagementproblematik in Europa bereits grundsätzlich ausreichend ab. So können in Deutschland SMP-Unternehmen nach § 31 Abs. 2 TKG sowohl gegenüber Wettbewerbern auf Vorleistungsebene als auch – unter Beachtung des Primats der Vorleistungsregulierung – nach § 39 Abs. 1 i.V.m. § 31 Abs. 2 TKG auf Endkundenebene verpflichtet werden, ihr Angebot zu kostenbasierten Entgelten anzubieten. Entgeltdifferenzierungen muss dann der Nachweis zu Grunde liegen, dass ein – im Vergleich zum Universaldienststandard – schnellerer Datentransport tatsächlich mit höheren Kosten auf der Grundlage des KeL-Maßstabs verbunden ist (etwa aus Gründen der Netzstabilität). Auf Qualitätsdifferenzierungen gegenüber Endkunden kann ebenfalls durch die Festlegung von Mindestqualitäten reagiert werden (Art. 22 Abs. 2 UDRL).

Mit Blick auf die zunehmende Bandbreitenintensität der Dienste und deren exzessive Nutzung sollten zur wirksamen Internalisierung der (negativen) externen Effekte der Netznutzung in Zukunft auch weitere methodische Anpassungen – ggf. auch Paradigmenwechsel – hinsichtlich der Maßstäbe der Kostenorientierung der Entgelte vorgenommen werden, zumal in paketvermittelnden Netzen nicht die in Anspruch genommenen Netzelemente, sondern die Bandbreite im Netzpeak maßgeblicher Kostentreiber ist. Regulierungsrecht ist eben mehr als die konditionale Schaltung zwischen vergangenheitsbezogenen Tatbeständen und vorab definierten Rechtsfolgen!



Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M (LSE)
ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn.



Eveline Visbeck, LL.M. (MERNI)
ist Rechtsreferendarin und MERNI-Fellow am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn.