

Im Ergebnis zweifelt das Gericht an, ob die aus seiner Sicht verfassungsfeindlichen Äußerungen tatsächlich prägend für den Verein sind.⁵⁴ Auf der anderen Seite legt das BVerwG überzeugend das Gewicht des Aussetzungsinteresses von Compact mit Verweis auf seine Betätigung als Presse- und Medienunternehmen dar: Eine Wiederaufnahme nach erfolgreichem Hauptsachverfahren wäre dem Verein außerordentlich erschwert, weil sich Angestellten, Kunden und Werbepartner unterdessen anderweitig gebunden haben könnten.⁵⁵ Überdies könnten während der Dauer des Hauptsachverfahrens anderweitige, z. B. presse- und medienrechtliche Maßnahmen berechtigten öffentlichen Interessen zur Geltung verhelfen.⁵⁶ Zwar liegt das Ergreifen solcher Maßnahmen außerhalb der Zuständigkeit des Bundesministeriums des Innern; es ist aber nicht daran gehindert, seine Erkenntnisse insbesondere mit den Landesmedienanstalten zu teilen, wobei die Letztentscheidung über die Ergreifung medienrechtlicher Maßnahmen selbstverständlich Sache der staatsfernen Anstalten⁵⁷ ist.

IV. Ausblick auf das Hauptsachverfahren

Das Verbot von Compact hat auch in der juristischen Fachwelt hohe Wellen geschlagen. Auf den ersten Blick steht die Bundesministerin des Innern als Verliererin dar: Das Verbot wurde vorläufig außer Kraft gesetzt und das BVerwG hat an einigen Stellen dem Ministerium zu verstehen gegeben, dass es die Bedeutung der Kommunikationsgrundrechte im Verbotsverfahren klar unterschätzt hat. Immerhin hält aber das BVerwG das Vereinsrecht auch auf als Medienanbieter tätige Vereine für anwendbar. Zudem hat das Gericht festgestellt, dass auch nach Erlass eines Vereinsverbots die Ermittlungen nach § 4 VereinsG fortgeführt werden dürfen, um weitere Beweise vorlegen zu können.⁵⁸ Entsprechend hat es dem Bundesministerium des Innern gestattet, Kopien von beschlagnahmten Be-

weismitteln anzufertigen und sichergestellte Datenträger vor Rückgabe an Compact auszuwerten. Es ist davon auszugehen, dass das Ministerium diese Gelegenheit nutzen wird, um weitere Belege für die Verfassungsfeindlichkeit von Compact zu gewinnen. Ob aber die Beweislage letztlich zum Verbot von Compact führen wird, kann von außen nicht seriös prognostiziert werden.

Bei Lektüre des Beschlusses gewinnt man den Eindruck, das BVerwG wollte sich alle Entscheidungsoptionen für die Hauptsache offenlassen, was angesichts des dynamischen Sachverhalts nachvollziehbar ist. In der Hauptsacheentscheidung wird das Gericht aber auch in eine vertiefte Würdigung der Äußerungen von Compact einsteigen und dabei die aus Art. 5 Abs. 1 GG abgeleiteten Maßstäbe besonders sorgfältig anlegen müssen. Nur so hat das (Vereins-)Recht eine Chance, auf dem demokratiesensiblen Feld der Medien zur Befriedung einer polarisierten Gesellschaft beizutragen.



Dr. Frederik Ferreau

Jahrgang 1983, ist Rechtsanwalt bei CBH Rechtsanwälte in Köln und Habilitand an der Universität zu Köln. Zuvor war er u. a. Referent für Medienpolitik bei der Mediengruppe RTL und wiss. Mitarbeiter am Institut für Medienrecht und Kommunikationsrecht der Universität Köln. Er ist stellv. Mitglied der Medienkommission der Landesanstalt für Medien NRW.

54 BVerwG, 14. 8. 2024 – 6 VR 1/24, K&R 2024, 828 ff., Rn. 42.

55 BVerwG, 14. 8. 2024 – 6 VR 1/24, K&R 2024, 828 ff., Rn. 47.

56 BVerwG, 14. 8. 2024 – 6 VR 1/24, K&R 2024, 828 ff., Rn. 49.

57 Ausf. dazu Ferreau, K&R 2018, 295, 296.

58 BVerwG, 14. 8. 2024 – 6 VR 1/24, K&R 2024, 828 ff., Rn. 49.

Prof. Dr. iur. Christian Koenig, LL.M. (LSE) und wiss. Mitarbeiter Dr. Anton Veidt*

Vertragliche Depriorisierungsklauseln im Visier der Netzneutralität?

Kurz und Knapp

Gegenstand der Abhandlung sind sog. Depriorisierungsklauseln in Internetzugangsdienstverträgen, wonach die Datenverkehre von Nutzern, die einen solchen Tarif abgeschlossen haben, nach Verbrauch eines bestimmten monatlichen Datenvolumens gegenüber den Datenverkehren anderer Nutzer nachrangig übertragen werden. Es wird dargelegt, dass solche Vertragsklauseln mit der allgemeinen Pflicht zur Gleichbehandlung des gesamten Datenverkehrs nach Art. 3 Abs. 3 der VO (EU) 2015/2120 vereinbar sind.

I. Einleitung

Einige Internetzugangsdiensteanbieter („ISPs“) bieten Mobilfunktarife mit sog. Depriorisierungsklauseln an, wonach die Datenverkehre von Nutzern, die einen solchen Tarif abge-

schlossen haben, nach Verbrauch eines vertraglich festgelegten Datenvolumens innerhalb des Abrechnungsmonats gegenüber den Datenverkehren anderer (nicht von der Depriorisierung betroffener) Kunden nachrangig weitergeleitet werden. Die Depriorisierung erfolgt (in der Regel) nur im Ausnahmefall einer Netzüberlastung in der betreffenden Funkzelle. Eine depriorisierte Datenübertragung kann dazu führen, dass insbesondere datenintensive Inhalte, Anwendungen oder Dienste für die Dauer der Netzüberlastung innerhalb der jeweils genutzten Funkzelle eingeschränkt oder verlangsamt zur Verfügung stehen. In ihren technischen Auswirkungen ähnelt die Depriorisierung damit einer typischen Geschwindigkeitsdrosselung nach Verbrauch des vertraglich vorgesehenen Inklusivdatenvolumens.

* Der Beitrag beruht auf einem Rechtsgutachten. Mehr über die Autoren erfahren Sie am Ende des Beitrags.

Mit Blick auf die technische Differenzierung zwischen den Datenverkehren verschiedener Endnutzer widmet sich diese Abhandlung der Frage, ob eine solche Tarifgestaltung bzw. auf dieser Grundlage durchgeführte Verkehrsmanagementmaßnahmen mit Art. 3 Abs. 3 der VO (EU) 2015/2120¹ (im Folgenden: „TSM-VO“) vereinbar sind. Nach der Rechtsprechung des EuGH ergibt sich daraus die „allgemeine Pflicht“ der ISPs, „den gesamten Verkehr gleich zu behandeln“.² Der EuGH hat zudem betont, dass von der allgemeinen Gleichbehandlungspflicht in keinem Fall durch die Geschäftspraxis der Anbieter oder in ihren mit Endnutzern geschlossenen Vereinbarungen abgewichen werden dürfe.³ Ein Verstoß gegen das verkehrsbezogene Gleichbehandlungsgebot könne daher auch nicht mit dem in Art. 3 Abs. 2 TSM-VO anerkannten Grundsatz der Vertragsfreiheit gerechtfertigt werden.⁴ Vielmehr sieht der EuGH Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 TSM-VO (Differenzierung aufgrund der objektiv unterschiedlichen technischen Anforderungen an die Dienstqualität bestimmter Datenverkehrskategorien) und Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 TSM-VO (insbesondere nach lit. c zur Verhinderung und Abmilderung von Netzüberlastungen) als abschließende Kodifikationen der Rechtfertigungsmöglichkeiten an.

II. Auslegungsdirektiven für die Anwendung des Art. 3 Abs. 3 TSM-VO auf vertragliche Vereinbarungen

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist das Gleichbehandlungsgebot zwar nicht durch vertragliche Vereinbarungen im Sinne des Art. 3 Abs. 2 TSM-VO abdingbar. Gleichwohl entfaltet die in Art. 3 Abs. 2 TSM-VO i. V. m. Erwägungsgrund Nr. 7 zur TSM-VO getroffene Wertungsentscheidung des Ordnungsgebers zugunsten der Zulässigkeit bestimmter Vereinbarungen über die gewerblichen und technischen Bedingungen und die Merkmale von Internetzugangsdiensten zwischen Endnutzern und ISPs maßgebende Auslegungsdirektiven für die Vergleichsgruppenbildung in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO und damit für die Reichweite der Tatbestandsseite des Gleichbehandlungsgebots.

1. Unionsprimärrechtliche Grundlagen des Gleichbehandlungstatbestands nach Art. 20 GRCh

Das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO stellt gem. Erwägungsgrund Nr. 8 zur TSM-VO eine besondere Ausprägung des allgemeinen unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes nach Art. 20 GRCh dar, wonach vergleichbare Situationen nicht unterschiedlich und unterschiedliche Situationen nicht gleichbehandelt werden dürfen, es sei denn, eine solche Behandlung ist objektiv gerechtfertigt. Eine tatbestandsmäßige Beeinträchtigung des (allgemeinen) Gleichheitssatzes durch eine Ungleichbehandlung setzt zunächst voraus, dass zwei vergleichbare Sachverhalte vorliegen. Der EuGH verlangt insoweit, „dass die betreffenden Sachverhalte im Hinblick auf alle Merkmale, die sie kennzeichnen, vergleichbar sind.“⁵ Der Vergleich der Sachverhalte muss auf objektiven Umständen beruhen, um das Diskriminierungsverbot nicht seiner Wirksamkeit zu berauben und bedarf eines gemeinsamen Bezugspunktes, eines *tertium comparationis*, der den gemeinsamen Oberbegriff der zu vergleichenden Sachverhalte bildet.⁶ Entscheidend ist nicht die generelle Vergleichbarkeit, sondern die Vergleichbarkeit im Hinblick auf den konkreten Tatbestand.⁷

Als besondere Ausprägung des allgemeinen unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes folgt die Bildung vergleichbarer Sachverhalte gem. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO maßgeb-

lich aus der verordnungsrechtlichen Regelungsmechanik. Diese weist auf Rechtfertigungsebene des Art. 3 Abs. 3 TSM-VO fundamentale Unterschiede zu dem allgemeinen unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz auf. Während im Rahmen von Art. 20 GRCh grundsätzlich alle sachlichen Gründe eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen vermögen, sofern die Differenzierung zwischen vergleichbaren Sachverhalten den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahrt,⁸ kann eine Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO nur unter den besonderen Voraussetzungen der Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 TSM-VO gerechtfertigt werden.

Diese sektorspezifische Verengung der Rechtfertigungsgründe (Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 TSM-VO) entfaltet für die nationale Regulierungspraxis bisher unzureichend reflektierte Vorwirkungen auf die Bildung vergleichbarer Sachverhalte auf der Tatbestandsebene (Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO). Demgegenüber sind die Tatbestandsebene, welche dem sektoral zulässigen Bezugsspektrum (*tertium comparationis*) unter Beachtung des allgemeinen unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes nach Erwägungsgrund Nr. 8 zur TSM-VO verpflichtet bleibt, und die Rechtfertigungsebene – nur letztere unterliegt der sektorspezifischen Verengung durch die Rechtfertigungsgründe nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 TSM-VO – rechtsdogmatisch und folglich in der Anwendung scharf voneinander zu unterscheiden. Diesem systematisch nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 bis 3 TSM-VO i. V. m. Erwägungsgrund Nr. 8 zwingend verordneten differenzierenden Prüfungsaufbau und -spektrum wird in den BERC Guidelines, aber auch in der nationalen Regulierungspraxis, regelmäßig unzureichend Rechnung getragen.

Selbstverständlich sind an die Vergleichbarkeit zweier Sachverhalte sekundärrechtliche Maßstäbe hinsichtlich des sektoral zulässigen Bezugsspektrums bei der Auswahl des geeigneten *tertium comparationis* unter Beachtung des allgemeinen unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes (Erwägungsgrund Nr. 8 zur TSM-VO) anzulegen. Dabei ist darauf zu achten, dass die verengten Rechtfertigungsgründe (Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 TSM-VO) keine – die legitime Vergleichsgruppenbildung anhand des sektoral zulässigen Bezugsspektrums negierenden – Vorwirkungen auf die Bildung vergleichbarer Sachverhalte auf der Tatbestandsebene (Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO) entfalten. Das tatbestandliche *tertium comparationis* muss nur im Einklang mit der gesamten verordnungsrechtlichen Regelungsmechanik und seinem Telos stehen. Eine kohärente Auslegung des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO muss insbesondere gewährleisten, dass nicht zwei – im Lichte des Verordnungszwecks betrachtet – generisch unterschiedliche Sachverhalte aufgrund einer konstruierten und damit scheinbaren Vergleichbarkeit entgegen dem Willen des Ordnungsgebers dem strengen (verengten) Rechtfertigungsregime nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 TSM-VO unter-

1 VO (EU) 2015/2120 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25. 11. 2015 über Maßnahmen zum Zugang zum offenen Internet und zur Änderung der RL 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten sowie der VO (EU) Nr. 531/2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union, ABl. L 310 v. 26. 11. 2015, S. 1–18.

2 EuGH, 15. 9. 2020 – C-807/18 und C-39/19, K&R 2020, 746, Rn. 47 – Telenor Magyarország.

3 EuGH, 15. 9. 2020 – C-807/18 und C-39/19, K&R 2020, 746, Rn. 47 – Telenor Magyarország; EuGH, 2. 9. 2021 – C-34/20, K&R 2021, 639, Rn. 26 – Telekom Deutschland.

4 EuGH, 2. 9. 2021 – C-34/20, K&R 2021, 639, Rn. 26 – Telekom Deutschland.

5 EuGH, 26. 9. 2013 – C-195/12, Rn. 51 – IBV & Cie.

6 Dazu ausführlich Rossi, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 20 GRCh, Rn. 20 ff.

7 Jarass, in: Jarass (Hrsg.), GRCh, 4. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 8.

8 Rossi, in: Calliess/Ruffert (Fn. 6), Art. 20 GRCh, Rn. 26 f.

worfen werden. Dies gilt insbesondere für bestimmte Vereinbarungen über die gewerblichen und technischen Bedingungen und die Merkmale von Internetzugangsdiensten zwischen Endnutzern und ISPs, deren rechtliche Zulässigkeit die TSM-VO grundsätzlich anerkennt.

Mit anderen Worten darf eine scheinbare und damit fehlerhaft gebildete Vergleichbarkeit nicht mit der Folge konstruiert werden, dass – aufgrund eines legitimen *tertium comparationis* (souveräne Endnutzerwahl einer bestimmten Vertrags- und Tarifklasse) und folglich daraus ebenso legitim abgeleitete – tatbestandliche Vergleichbarkeitsdifferenzierungen quasi automatisch unter das verengte Rechtfertigungsregime nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 TSM-VO gezwängt werden und damit praktisch kein Raum mehr für die Vertragsfreiheit bleibt. Damit wäre der Zweck des Art. 3 Abs. 2 TSM-VO i. V. m. Erwägungsgrund Nr. 7 zur TSM-VO konterkariert, die Endnutzersouveränität im Hinblick auf den Preis und das allgemeine – nicht inhalte-, anwendungs- und dienstspezifische – Qualitätsniveau des Internetzugangsdienstes zu bewahren.

2. Zulässigkeit bestimmter Vereinbarungen in Internetzugangsdienstverträgen als systematisch-teleologische Notwendigkeit der TSM-VO

Art. 3 Abs. 2 TSM-VO gibt vor, dass Vereinbarungen zwischen ISPs und Endnutzern über die gewerblichen und technischen Bedingungen und die Merkmale von Internetzugangsdiensten wie Preis, Datenvolumina oder Geschwindigkeit die Ausübung der Endnutzerrechte nach Art. 3 Abs. 1 TSM-VO nicht einschränken dürfen und erkennt damit jedenfalls die grundsätzliche Zulässigkeit differenzierter Preise und Dienstqualitätsparameter sowie von Volumenbeschränkungen ausdrücklich an. Auch in den Erwägungsgründen zur TSM-VO kommt der eindeutige Wille des Ordnungsgebers zum Ausdruck, Vereinbarungen über Preise, Dienstqualitätsparameter und Volumenbeschränkungen in Internetzugangsdienstverträgen zu erlauben. Dies ergibt sich insbesondere aus Erwägungsgrund Nr. 7 zur TSM-VO, der die grundsätzliche Zulässigkeit von Vereinbarungen über die Geschwindigkeit als typischerweise in Internetzugangsdienstverträgen enthaltenen Dienstqualitätsparameter sowie Volumenbeschränkungen ausdrücklich betont.

Darüber hinaus streitet trotz seines hohen Abstraktionsgrades auch das fundamentale Ordnungsziel des Endnutzerschutzes (Erwägungsgründe Nr. 1 und 3 zur TSM-VO) für die grundsätzliche Zulässigkeit von Vereinbarungen über Dienstqualitätsparameter und Volumenbeschränkungen in Internetzugangsdienstverträgen.⁹ Ein zentraler Baustein des Endnutzerschutzes der TSM-VO ist der Schutz und die Gewährleistung der privatautonomen Entscheidungsspielräume der Endnutzer. Nach Erwägungsgrund Nr. 7 zur TSM-VO sollen die nationalen Regulierungsbehörden nur dann einschreiten, wenn die Auswahlmöglichkeit – und damit die Freiheit – der Endnutzer in der Praxis „wesentlich“ eingeschränkt wird und das Recht der Nutzung auf einen freien Internetzugang in „seinem Kern untergraben“ wird. Unterhalb dieser Schwelle soll es den Endnutzern nach diesem Erwägungsgrund „freistehen, mit den Internetzugangsanbietern Tarife mit bestimmten Datenvolumen und bestimmten Geschwindigkeiten des Internetzugangsdienstes zu vereinbaren“. Vereinbarungen, welche Entscheidungsmöglichkeiten der Endnutzer erweitern, deren Interessen „dienen“ und ihre Rechte schützen, sollen dadurch gerade nicht unterbunden werden.

Die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen ist auch mit Blick auf das in Erwägungsgrund Nr. 1 TSM-VO verbürgte Ziel der TSM-

VO geboten, das „Ökosystem“ des Internets in seiner Funktion als Innovationsmotor zu bewahren. Erwägungsgrund Nr. 3 zur TSM-VO vertieft diesen Gedanken dahingehend, dass das Internet sich in den vergangenen Jahrzehnten zu einer offenen Plattform für Innovationen mit niedrigen Zugangsschranken für Endnutzer, Anbieter von Inhalten, Anwendungen und Diensten sowie für ISPs entwickelt habe. Sehr viele Endnutzer seien „jedoch von einer Verkehrsmanagementpraxis betroffen, die Anwendungen oder Dienste blockiert oder verlangsamt.“ Als Gefährdung für die Funktion des Internets als Innovationsmotor wird damit die Durchführung von Verkehrsmanagementmaßnahmen angesehen, die zu einer Blockade oder Degradierung der Dienstqualität einzelner Inhalte, Anwendungen und Dienste führen. Solche Verkehrsmanagementmaßnahmen sollen durch das Gleichbehandlungsgebot nach Art. 3 Abs. 3 TSM-VO (weitgehend) verboten werden. Hingegen sind preislich sowie leistungstechnisch differenzierende Tarifmodelle Ausdruck eines funktionsfähigen Wettbewerbs und damit wohlfahrtsökonomisch erwünscht, weil die Dienstenachfrage durch ein entsprechend ausdifferenziertes Angebot bedarfsgerechter befriedigt werden kann. Vereinbarungen über Preise, Dienstqualitätsparameter und Volumenbeschränkungen sind daher in den Endnutzerrechtenmechanismus des Art. 3 Abs. 1 TSM-VO eingebettet, da diese Vereinbarungen Endnutzern ausweislich von Erwägungsgrund Nr. 7 zur TSM-VO zur Ausübung ihrer Rechte auf Zugang zu und Verbreitung von Informationen und Inhalten sowie auf Nutzung und Bereitstellung von Anwendungen und Diensten ihrer Wahl „dienen“ sollen.¹⁰

Danach sollen gerade diejenigen Vereinbarungen erlaubt bleiben, die – ohne unmittelbar oder mittelbar zwischen verschiedenen Inhalten, Anwendungen und Diensten zu differenzieren – allgemeine Bedingungen und Merkmale des Internetzugangsdienstes regeln und damit lediglich eine freiwillige Einschränkung des eigenen Zugangsrechts darstellen, ohne in den Rechtskreis anderer Endnutzer oder der Inhalte- und Anwendungsanbieter überzugreifen. In diesem Sinne werden nicht nur die ausdrücklich in Art. 3 Abs. 2 TSM-VO aufgeführten Vereinbarungen von der Verordnung als zulässig anerkannt. Art. 3 Abs. 2 TSM-VO ist ausweislich seines eindeutigen Wortlauts nicht abschließend formuliert. Der Ordnungsgeber hat insoweit absichtlich eine entwicklungs offene Ausgestaltung gewählt, welche der kontinuierlichen technischen und ökonomischen Weiterentwicklung der regulierten Märkte Rechnung tragen soll. Es entspricht dieser fundamentalen Entwicklungsoffenheit der TSM-VO, dass auch die Zulässigkeit wertungsgleicher Vereinbarungen in Art. 3 Abs. 2 TSM-VO grundsätzlich anerkannt wird, sofern diese dem Zweck des Art. 3 Abs. 2 TSM-VO i. V. m. Erwägungsgrund Nr. 7 zur TSM-VO dienen, die Endnutzersouveränität im Hinblick auf den Preis und das allgemeine – nicht inhalte-, anwendungs- und dienstspezifische – Qualitätsniveau des Internetzugangsdienstes zu bewahren.

Die Zulässigkeit solcher Vertragsvereinbarungen folgt im Ergebnis dem die Vertragsfreiheit prägenden allgemeinen Rechtsgrundsatz *volenti non fit iniuria* („dem Einwilligenden geschieht kein Unrecht“). Danach geschieht dem Einwilligenden kein Unrecht, soweit er über die verlorene oder eingeschränkte Rechtsposition – also das zur Verfügung stehende Datenvolumen bzw. das gewährleistete Dienstqualitätsniveau – objektiv dispositionsbefugt und hinreichend aufgeklärt worden ist, um freiwillig in die Handlungen eines anderen einwilligen zu kön-

⁹ Mezey/Veidt, K&R 2023, 249, 252; Veidt, Grund und Grenzen einer verursachungsgerechten Regulierung der Breitbandnutzung, 2024, S. 112 f.

¹⁰ Mezey/Veidt, K&R 2023, 249, 252.

nen, also auch subjektiv dispositionsbefugt ist.¹¹ Dieser allgemeine Rechtsgrundsatz liegt der in der ständigen Rechtsprechung des EuGH fortwährend gestärkten Wahlfreiheit des informierten, aufmerksamen und verständigen Verbrauchers¹² zugrunde. Die Verbraucherwahlfreiheit gilt es auch im Rahmen der Auslegung des Art. 3 TSM-VO zu wahren. Die mit ihr einhergehenden wettbewerblichen Substitutionsprozesse sind besonders auf digitalisierten Märkten maßgebliche Treiber der Dynamik des Binnenmarktes und damit der Innovation gerade auch in Richtung von Nachfragepräferenzen zugunsten nachhaltiger, ressourcenschonender Produkte im Netz.

Auch die Zulässigkeit einer Depriorisierungsklausel entspricht gerade dem Sinn und Zweck von Art. 3 Abs. 2 TSM-VO. Eine solche Klausel differenziert nicht nach den übertragenen Inhalten, Anwendungen und Diensten, sondern beschränkt lediglich das eigene Zugangsrecht des Endnutzers nach Verbrauch des monatlichen Inklusivdatenvolumens. Sie ist damit zumindest wertungsgleich mit einer herkömmlichen Vertragsvereinbarung über das monatliche Inklusivdatenvolumen zu behandeln. Im Vergleich wirkt eine Depriorisierung indes sogar unter der Eingriffsschwelle einer Drosselung, da die Beeinträchtigung der Dienstqualität nach Verbrauch des Inklusivdatenvolumens nicht zeitlich und geographisch pauschal, sondern nur im Ausnahmefall einer besonders hohen Netzauslastung in einer betreffenden Funkzelle, also geographisch und zeitlich auf das akut erforderliche Minimum beschränkt, eintritt. Als sogar weniger einschneidende Alternative zu einer Beschränkung des Datenvolumens mit starrer Drosselung nach Verbrauch des monatlichen Inklusivdatenvolumens setzt Art. 3 Abs. 2 TSM-VO die Zulässigkeit einer Depriorisierungsklausel *a maiore ad minus* geradezu rechtlich voraus.

3. Verordnungsrechtlich zulässige Vereinbarungen (Art. 3 Abs. 2 TSM-VO) unter Beachtung der Gleichbehandlungspflicht (Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO)

a) Vereinbarungen nach Art. 3 Abs. 2 TSM-VO im Lichte der verengten Rechtfertigungsgründe nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 TSM-VO

Die Differenzierung zwischen den Datenverkehren verschiedener Nutzer auf Grundlage einer Depriorisierungsklausel kann daher auch mit Blick auf die durch den EuGH betonte „allgemeinen Pflicht“ der ISPs, gem. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO „den gesamten Verkehr gleich zu behandeln“, nicht Anknüpfungspunkt einer tatbestandlichen Ungleichbehandlung sein. Andernfalls könnten die in Art. 3 Abs. 2 TSM-VO als zulässig vorausgesetzten Vereinbarungen aufgrund der Differenzierung zwischen den Datenverkehren verschiedener Endnutzer stets als rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlungen im Sinne des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO angesehen werden. Damit wären nicht nur Depriorisierungsklauseln, sondern auch die ausdrücklich in Art. 3 Abs. 2 TSM-VO und in Erwägungsgrund Nr. 7 zur TSM-VO aufgeführten Vereinbarungen über die Geschwindigkeit und das verfügbare Datenvolumen, nach dessen Verbrauch eine andere Dienstqualität gilt, Ungleichbehandlungen im Sinne des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO. Denn auch bei solchen Vereinbarungen werden die Datenverkehre einiger Endnutzer grundsätzlich (bei Vereinbarungen über die allgemeine Dienstqualität) oder nach Verbrauch des monatlich verfügbaren Datenvolumens gegenüber den Datenverkehren anderer Endnutzer „ungleich“ behandelt.

Die Rechtfertigungsgründe nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 TSM-VO für tatbestandliche Ungleichbehandlungen nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO wurden nicht für Differenzierun-

gen zwischen den Datenverkehren verschiedener Endnutzer aufgrund unterschiedlicher vertraglicher Vereinbarungen oder eines unterschiedlichen individuellen Nutzungsumfangs innerhalb eines Tarifs geschaffen. Vielmehr regeln Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 TSM-VO die Rahmenbedingungen für Differenzierungen zwischen verschiedenen Inhalten, Anwendungen und Diensten. Nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 TSM-VO sind dementsprechend angemessene Verkehrsmanagementmaßnahmen zulässig, die auf objektiv unterschiedlichen technischen Anforderungen an die Dienstqualität bestimmter Datenverkehrskategorien beruhen. Dieses Gebot der Gleichbehandlung vergleichbarer Datenverkehrskategorien wird in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. c TSM-VO fortgeschrieben. Danach ist ein Verstoß gegen das allgemeine Gleichbehandlungsgebot aus Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO im Falle der drohenden oder bereits bestehenden Netzüberlastung gerechtfertigt, sofern „gleichwertige Verkehrsarten gleich behandelt werden“. Diese Wendung ist wertungsgleich zu dem Differenzierungsverbot innerhalb einer Datenverkehrskategorie nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 TSM-VO.¹³ Letztlich kommt es damit beiden Regelungen darauf an, Ungleichbehandlungen einzelner Inhalte, Anwendungen und Dienste innerhalb einer Kategorie zu verhindern.

Gegenstand einer Rechtfertigung nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 TSM-VO können daher von vornherein nur inhalte-, anwendungs- und dienstspezifische Differenzierungen sein, nicht hingegen „Ungleichbehandlungen“ der Datenverkehre verschiedener Endnutzer, da diese nie auf objektiv unterschiedlichen technischen Anforderungen an die Dienstqualität bestimmter Datenverkehrskategorien beruhen. Eine Rechtfertigung nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. c TSM-VO käme für Vereinbarungen, die allgemein die Dienstqualität oder das verfügbare Datenvolumen regeln, zwar grundsätzlich in Betracht. Dabei müssten jedoch die strengen Rechtfertigungsvoraussetzungen eingehalten werden, die – insbesondere mit Blick auf die Anknüpfung an den kontinuierlichen Schwankungen unterliegenden Auslastungszustand des Netzes – konzeptionell nicht auf vertragliche Vereinbarungen passen. Vertragliche Vereinbarungen, die allgemein die Dienstqualität oder das verfügbare Datenvolumen regeln, bzw. auf solchen Vereinbarungen beruhende Verkehrsmanagementmaßnahmen könnten danach nur ausnahmsweise gerechtfertigt werden.

Außerhalb einer solchen ausnahmsweisen Rechtfertigung wären in Art. 3 Abs. 2 TSM-VO als zulässig vorausgesetzte Vereinbarungen bei Annahme einer tatbestandlichen Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 3 TSM-VO. Dies hätte letztlich eine vollständige Überlagerung und Verdrängung von Art. 3 Abs. 2 TSM-VO durch Art. 3 Abs. 3 TSM-VO zur Folge. Die von dem Verordnungsgeber im Lichte der unionsprimärrechtlich gewährleisteten Vertragsfreiheit (Art. 16 GRCh) in Art. 3 Abs. 2 TSM-VO eröffneten Gestaltungsfreiheiten würden durch ein derartiges Verständnis des Gleichbehandlungsgebots aus Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO vollständig ausgehöhlt und somit weitgehend gegenstandslos werden.¹⁴

b) Gewährleistung der Binnenkohärenz des Art. 3 TSM-VO im Rahmen der Bildung vergleichbarer Sachverhalte nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO

Eine Auslegung, die im Ergebnis einzelne Vorschriften aushöhlt und ihres durch den Verordnungsgeber vorgesehenen Anwendungsbereichs beraubt, kann aus regelungssystemati-

11 Mezey/Veidt, K&R 2023, 249, 253.

12 St. Rspr. seit EuGH, 20.2.1979 – C-120/78, Rn. 8 ff. – Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein.

13 Veidt (Fn. 9), S. 90.

14 Mezey/Veidt, K&R 2023, 249, 251 f.

scher Sicht nicht richtig sein. Die norminterne Regelungssystematik des Art. 3 TSM-VO sowie dessen Sinn und Zweck gebieten eine Auslegung des Art. 3 Abs. 3 TSM-VO, welche die Binnenkohärenz zu Art. 3 Abs. 2 TSM-VO gewährleistet. In diesem Sinne darf die Auslegung des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO nicht dazu führen, dass in Art. 3 Abs. 2 TSM-VO als grundsätzlich zulässig vorausgesetzte Vereinbarungen in Internetzugangsdienstverträgen stets dem engen Rechtfertigungsregime nach UAbs. 2 und 3 unterworfen werden und damit letztlich nur im Ausnahmefall erlaubt wären.

Zugleich muss eine solche Auslegung dem Umstand Rechnung tragen, dass Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO den ISPs ausdrücklich vorschreibt, den Datenverkehr „unabhängig von Sender oder Empfänger“ zu behandeln. Vor diesem Hintergrund ist die Frage aufzuwerfen, inwieweit die Datenverkehre verschiedener Nutzer vergleichbare Sachverhalte und damit zulässige tatbestandliche Anknüpfungspunkte für die Feststellung einer Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO bilden können. Nach der Rechtsprechung des VG Köln darf aus dem Wortlaut des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO nicht geschlossen werden, dass eine Differenzierung zwischen den Datenverkehren verschiedener Nutzer stets eine Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO darstellt. Mit Blick auf den potenziellen Widerspruch zu Art. 3 Abs. 2 TSM-VO erfasse Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO vielmehr lediglich Ungleichbehandlungen *bestimmter* Personen in ihrer Eigenschaft als Sender oder Empfänger von Daten, nicht hingegen jedwede Differenzierung zwischen verschiedenen Endnutzern aufgrund vertraglicher Einschränkungen des eigenen Zugangsrechts:

„[...] Denn die Vorschrift des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO, nach der der gesamte Verkehr – im Rahmen des Gleichbehandlungsgebots – unabhängig von Sender und Empfänger zu behandeln ist, dürfte dahingehend zu verstehen sein, dass bei der Erbringung eines Internetzugangsdienstes eine Ungleichbehandlung des Datenverkehrs aus Gründen, die in der Person des Senders oder Empfängers liegen, nicht zulässig ist. Die Beschränkung des Datenverkehrs beim Endkunden aufgrund von Vereinbarungen über Datenvolumina oder Geschwindigkeit folgt jedoch allein aus dem vertraglich vereinbarten Umfang der Nutzung des Internetzugangsdienstes.“¹⁵

Das VG Köln unterscheidet damit zwischen Ungleichbehandlungen des Datenverkehrs aus Gründen, die in der Person des Senders oder Empfängers liegen (Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO), und Beschränkungen des Datenverkehrs beim Endnutzer aufgrund von Vereinbarungen über Datenvolumina oder Geschwindigkeit, die aus dem vertraglich vereinbarten Umfang der Nutzung des Internetzugangsdienstes folgen (keine Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO).

Dieser Unterscheidungsansatz des VG Köln trägt dem norm-systematisch und teleologisch zwingend vorgegebenen Auslegungsgebot Rechnung, dass Vereinbarungen im Sinne des Art. 3 Abs. 2 TSM-VO keine – stets rechtfertigungsbedürftigen – Ungleichbehandlungen gem. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO darstellen, sofern auf diesem Wege lediglich der Endnutzer in eine Einschränkung seines Zugangsrechts einwilligt, also ausschließlich über seine eigene Rechtsposition verfügt, ohne dabei das verordnungsrechtlich gewährleistete Recht anderer Endnutzer oder der Inhalte- und Anwendungsanbieter auf Gleichbehandlung zu beschneiden.

Zugleich wird diese Unterscheidung gerade dem Zweck der Passage „unabhängig von Sender oder Empfänger“ in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO gerecht, durch das grundsätzliche Verbot gezielter Eingriffe in den Datenverkehr einzelner Sender oder Empfänger die (unions-)grundrechtlich gewährleistete Meinungs- und Informationsfreiheit zu schützen.

Dieses Verständnis des VG Köln wurde durch das OVG NRW bestätigt.¹⁶ Dieses definiert die Grenze zulässiger Vereinbarungen nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO durch den Terminus der Anwendungsneutralität. Das Kriterium der Anwendungsneutralität legt auch das BEREC in seinen Guidelines zugrunde und definiert dieses wie folgt: „[...] packets can normally be considered to be treated equally as long as all packets are processed agnostic to sender and receiver, to the content accessed or distributed, and to the application or service used or provided.“¹⁷ Eine positive Ausgestaltung, die maßgebend über den unklaren Normwortlaut des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO hinausgeht, hat der Begriff der Anwendungsneutralität bisher leider noch nicht erfahren. Gleichwohl ist im Wege der negativen Abgrenzung, die sowohl das VG Köln und das OVG NRW als auch das BEREC vornehmen, klar ersichtlich, dass keine Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO vorliegen soll, wenn keine Differenzierung aufgrund der genutzten Inhalte, Anwendungen und Dienste oder *bestimmter* Sender und Empfänger erfolgt. In diesem Sinne folgt aus dem Kriterium der Anwendungsneutralität als negative Grenze des Gleichbehandlungsgebots das bereits mit Blick auf die Binnenkohärenz mit Art. 3 Abs. 2 TSM-VO destillierte Auslegungsergebnis zu Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO, wonach keine tatbestandliche Ungleichbehandlung vorliegt, wenn eine Verkehrsdifferenzierung zwischen verschiedenen Endnutzern ausschließlich auf dem vertraglich vereinbarten Nutzungsumfang gründet. Sofern daraus eine unterschiedliche Behandlung der Datenverkehre verschiedener Endnutzer resultiert, liegen gerade keine vergleichbaren Sachverhalte vor, deren Ungleichbehandlung rechtfertigungsbedürftig wäre.

In der konkreten Anwendung des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO ist diesen systematisch-teleologischen Auslegungsdirektiven Rechnung zu tragen, indem bei der Bestimmung vergleichbarer Sachverhalte berücksichtigt wird, dass das Gleichbehandlungsgebot nur jeweils innerhalb eines Internetzugangsdienstes, mithin nur im Bezugsrahmen von spezifisch vergleichbaren Vertragsverhältnissen zwischen ISPs und Endnutzern, Anwendung findet.¹⁸ Nur durch eine solche Auslegung des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO lässt sich gewährleisten, dass nach Art. 3 Abs. 2 TSM-VO als zulässig anerkannte Vereinbarungen nicht stets auch in den Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 3 TSM-VO fallen und damit nur ausnahmsweise nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 TSM-VO gerechtfertigt wären. Diese Auslegung entspricht zudem dem Ansatz des BEREC, das in Rn. 34 ff. seiner Guidelines im Hinblick auf die Gleichbehandlung des Datenverkehrs stets auf ein konkretes Vertragsverhältnis zwischen ISP und Endnutzer abstellt, nicht hingegen auf unterschiedliche vertragliche Vereinbarungen oder Differenzierungen aufgrund der Datennutzung individueller Endnutzer im Rahmen des vertraglich vereinbarten Nutzungsumfangs. Die Gleichbehandlungspflicht ist damit nicht verletzt, wenn ein ISP mit zwei Endnutzern unterschiedliche Vereinbarungen über die allgemeine Übertragungsqualität getroffen hat und daher für die Datenverkehre beider Kunden unterschiedliche Dienstleistungsparameter Anwendung finden. Auch im Falle identischer Vereinbarungen mit zwei Endnutzern, die an das individuelle Nutzungsverhalten der Endnutzer anknüpfen, liegt keine Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO vor, sofern die Verkehrsdifferen-

¹⁵ VG Köln, 20. 11. 2018 – 1 L 253/18, Rn. 27.

¹⁶ OVG NRW, 19. 7. 2019 – 13 B 1734/18, K&R 2019, 604, Rn. 48, 50.

¹⁷ BEREC Guidelines, Rn. 53.

¹⁸ So dürften auch die obigen Ausführungen des OVG NRW zu verstehen sein; so i. E. schon *Mezey/Veidt*, K&R 2023, 249, 251 f. sowie *Veidt* (Fn. 9), S. 114.

zierung auf dem jeweils unterschiedlichen Nutzungsverhalten zweier Endnutzer gründet.

Diese Auslegung des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO steht auch im Einklang mit der Zero-Rating-Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen *Telenor Magyarország*¹⁹ und *Telekom Deutschland*.²⁰ In dem Urteil *Telenor Magyarország* hat sich der EuGH mit den Zero-Rating-Tarifen „MyChat“ und „MyMusic“ der Telenor Magyarország beschäftigt. Diese Tarife sahen vor, dass die Partneranwendungen auch nach Verbrauch des Datenvolumens ohne Einschränkungen genutzt werden konnten, während die Internetgeschwindigkeit beim Abrufen der Inhalte, Anwendungen und Dienste nicht am Zero-Rating teilnehmender Anbieter erheblich gedrosselt wurde.²¹ Auf diese Datenverkehrsdifferenzierung aufgrund der Nutzung bestimmter Inhalte, Anwendungen und Dienste („mit denen der Datenverkehr im Zusammenhang mit der Nutzung bestimmter Anwendungen und Dienste blockiert oder verlangsamt wird“) hat der EuGH die Annahme einer Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO gestützt.²²

In ihrer Anordnung zur Zero-Rating-Option „StreamOn“ der Deutschen Telekom hatte die BNetzA noch die Ansicht vertreten, dass eine Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO auch aus einer Differenzierung zwischen den Datenverkehren verschiedener Endnutzer resultiere:

„[...] Der Verkehr wird danach in zweifacher Weise differenziert: zum einen danach, welche Anwendungen oder Dienste genutzt oder bereitgestellt werden (Video oder andere Dienste), zum anderen innerhalb von Videoverkehren danach, ob der Kunde mit Tarif L Magenta-Eins-Kunde ist oder nicht (also nach der Art des Empfängers und/oder seines Endgeräts). Eine Differenzierung nach diesen Kriterien ist jedoch grundsätzlich nicht zulässig.“²³

Diese Sichtweise wurde im Anschluss weder durch das VG Köln noch das OVG NRW bestätigt.²⁴ Auch der EuGH hat in der Rechtssache *Telekom Deutschland* eine Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO ausschließlich auf eine Verkehrsdifferenzierung anhand der übertragenen Inhalte, Anwendungen und Dienste gestützt. Im Rahmen der Tarifoption StreamOn der Deutschen Telekom wurden nach Ausschöpfen des monatlich verfügbaren Inklusivdatenvolumens zwar auch die Partneranwendungen geschwindigkeitsgedrosselt, sodass nicht auf technischer, sondern nur auf der Ebene der Abrechnung zwischen verschiedenen Anwendungen differenziert wurde. Der Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO ergebe sich bei solchen Zero-Rating-Tarifen gleichwohl bereits „aus dem Wesen einer solchen Tarifoption wegen des daraus resultierenden Anreizes“ zur Mehrnutzung der Partnerinhalte gegenüber nicht vom Zero-Rating erfassten Inhalten und „besteh[e] unabhängig davon fort, ob die Möglichkeit besteht, nach der Ausschöpfung des Basistarifs die von den Partnern des Internetzugangsanbieters bereitgestellten Inhalte frei abzurufen.“²⁵ Sofern Vereinbarungen hingegen lediglich den Nutzungsumfang der Endnutzer allgemein einschränken, ohne zwischen den übertragenen Inhalten, Anwendungen und Diensten zu differenzieren, folgt daraus auch im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH schon keine tatbestandsmäßige Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO.

c) Zudem: Datenverkehre von Endnutzern innerhalb desselben Tarifs kein Anknüpfungspunkt für eine Ungleichbehandlung

Auch die Differenzierung zwischen Datenverkehren innerhalb desselben Tarifs (im Falle einer Netzüberlastung) stellt keinen zulässigen Anknüpfungspunkt für eine Ungleichbehandlung

nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO dar. Eine solche Verkehrsunterscheidung ist den in Art. 3 Abs. 2 TSM-VO als zulässig anerkannten Vereinbarungen ebenfalls immanent. Gerade im Falle eines Tarifs mit Volumenbeschränkung entscheiden sich die betreffenden Kunden dafür, dass sich die jeweils verfügbare Dienstqualität an ihrem individuellen Nutzungsverhalten ausrichten soll. Innerhalb eines solchen Tarifs ist eine „Gleichbehandlung“ der Datenverkehre verschiedener Endnutzer mit jeweils individuellen Nutzungsprofilen nicht möglich. Eine solche Vergleichsgruppenbildung würde damit ebenfalls in einer weitgehenden Unzulässigkeit herkömmlicher Vereinbarungen über das Datenvolumen resultieren und den tatbestandlichen Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO normativ inkohärent gegenüber der Regelung in Art. 3 Abs. 2 TSM-VO ausweiten.

Schon vor diesem Hintergrund können Datenverkehre der Endnutzer innerhalb eines Tarifs keine tatbestandliche Vergleichsgruppe nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO bilden. Vielmehr steht gerade der unterschiedliche Nutzungsumfang individueller Endnutzer einer Sachverhaltsvergleichbarkeit im Sinne des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO entgegen. Denn dieser in der Vereinbarung über das Datenvolumen vertraglich definierte unterschiedliche Nutzungsumfang ist das nach Art. 3 Abs. 2 TSM-VO zu belastende Tertium zur Unterscheidung zwischen individuellen Endnutzern auch gerade innerhalb eines Tarifs mit der Folge, dass unterschiedliche Vergleichsgruppen festzustellen sind, die tatbestandlich gar nicht gleichbehandelt werden dürfen. Erwägungsgrund Nr. 8 zur TSM-VO bekräftigt dieses auf dem allgemeinen unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 20 GRCh) beruhende Rechtsaxiom erfreulicherweise besonders deutlich für die sektorspezifische Anwendung, in der rechtsstaatlich allgemeingültige Axiome zuweilen vom technischen Dickicht sowie der regulatorischen Komplexität verdeckt zu werden Gefahr laufen.

III. Rechtliche Zulässigkeit einer Depriorisierungsklausel nach Art. 3 Abs. 3 TSM-VO

Eine Depriorisierungsklausel und darauf beruhende Verkehrsmanagementmaßnahmen verstoßen nicht gegen Art. 3 Abs. 3 TSM-VO. Verträge mit Depriorisierungsklauseln knüpfen eine Verkehrsdifferenzierung einerseits an das individuelle Nutzungsverhalten in einem konkreten Abrechnungsintervall und andererseits an die Netzauslastung innerhalb der betreffenden Funkzelle an. Die Anknüpfung an den objektiven Umstand der Netzauslastung in der betreffenden Funkzelle ist dabei eine zusätzliche Bedingung, in die der Endnutzer im Rahmen seiner Dispositionsbefugnis über sein Zugangsrecht vertraglich eingewilligt hat. Demnach liegt auch bei Verträgen mit Depriorisierungsklauseln im Falle identischer Vereinbarungen mit zwei Endnutzern schon keine Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO vor, da die Verkehrsdifferenzierung auf einem jeweils individuellen Nutzungsverhalten i. V. m. einer Einwilligung in eine Beschränkung des Zugangsrechts im Falle der besonders hohen Netzauslastung gründet,

19 EuGH, 15. 9. 2020 – C-807/18 und C-39/19, K&R 2020, 746 ff.

20 EuGH, 2. 9. 2021 – C-34/20, K&R 2021, 639 ff.

21 EuGH, 15. 9. 2020 – C-807/18 und C-39/19, K&R 2020, 746, Rn. 10 f. – Telenor Magyarország.

22 EuGH, 15. 9. 2020 – C-807/18 und C-39/19, K&R 2020, 746, Rn. 51 – Telenor Magyarország.

23 Bundesnetzagentur, Anordnung nach § 126 Abs. 2 TKG [a. F.] zu StreamOn v. 15. 12. 2017, S. 17 f.

24 VG Köln, 20. 11. 2018 – 1 L 253/18, BeckRS 2018, 29563, Rn. 28; OVG NRW, 19. 7. 2019 – 13 B 1734/18, K&R 2019, 604.

25 EuGH, 2. 9. 2021 – C-34/20, K&R 2021, 639, Rn. 31 – Telekom Deutschland.

die einer Vergleichbarkeit der Datenverkehre verschiedener Endnutzer (innerhalb des Tarifs) entgegensteht. Die Depriorisierung erfolgt auf Grundlage der Klausel anwendungsneutral und steht damit im Einklang mit den Vorgaben des BEREC und der Rechtsprechung.

Mangels tatbestandlicher Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO dürfen insbesondere die Rechtfertigungsvoraussetzungen nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. c TSM-VO nicht mehr angewandt werden. Insbesondere dürfen diese Rechtfertigungsvoraussetzungen nicht aufgrund einer alleine auf Tatbestandsebene der Gleichbehandlung – zusätzlich zu dem nutzersubjektiven Verbrauch des Inklusivdatenvolumens – aufgestellten, den Depriorisierungseintritt einschränkenden objektiven Bedingung einer Netzüberlastung in der betreffenden Funkzelle herangezogen werden. Eine technisch-semantiche Verwendung gleicher Begriffe (Netzüberlastung) sowohl auf der Tatbestands- als auch auf der Rechtfertigungsebene darf nicht dazu verleiten, einen Ungleichbehandlungstatbestand zu unterstellen, um dann sogleich auf die Rechtfertigungsvoraussetzungen nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. c TSM-VO abzustellen.

IV. Fazit

Im Rahmen von Depriorisierungsklauseln verfügen Endnutzer über eine etwaige Einschränkung ihrer Dienstqualität durch eine Depriorisierung gegenüber anderen Endnutzern zulässigerweise im Rahmen ihrer verordnungsrechtlich garantierten

vertraglichen Dispositionsbefugnis, etwa indem sie zusätzlich zu dem subjektiven Volumenverbrauch noch die objektive, den Depriorisierungseintritt einschränkende Bedingung einer Netzüberlastung in der betreffenden Funkzelle in einem akut begrenzten Zeitraum an einem bestimmten Ort, also anwendungsneutral zu ihren Gunsten, mit ihrem ISP vereinbaren. Diese Vereinbarung schließt schon auf der Tatbestandsebene eine Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 TSM-VO aus.



Prof. Dr. Christian Koenig

Jahrgang 1961, ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) und Mitglied der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn. Seine Veröffentlichungen, Forschungsprojekte sowie Gutachtertätigkeiten konzentrieren sich schwerpunktmäßig auf das EU-Wettbewerbsrecht und das Regulierungsrecht.



Dr. Anton Veidt

ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn und Rechtsreferendar am Landgericht Bonn. Sein Forschungsschwerpunkt ist das Telekommunikationsrecht. Daneben beschäftigt er sich mit dem Deutschen und Europäischen Verwaltungsrecht, dem Energiewirtschaftsrecht und dem EU-Wettbewerbsrecht.

RA Hon.-Prof. Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU)*

Länderreport Österreich

Kurz und Knapp

Der Berichtszeitraum umfasst die Umstellung auf ein digitales Grundbuchsarchiv, die höchstrichterliche Definition einer Video-Sharing-Plattform und die urheberrechtlichen Grenzen der Verwendung einer bekannten Kinderbuchfigur im politischen Meinungskampf ebenso wie die neueste datenschutzrechtliche Spruchpraxis.

I. E-Commerce-Recht – Grundrechtskonformes digitales Grundbuchsarchiv

Die Grundbuchs-Novelle 2024¹ hat einer Verurteilung der Republik Österreich vor dem EGMR wegen Verletzung von Art. 8 EMRK abgeholfen,² indem aus grundrechtlichen Motiven eine beschränkte Einsicht in die elektronisch verfügbare Urkundensammlung gesetzlich festgeschrieben wurde.

§ 6b GUG³ erweitert die Möglichkeit einer Einsichtsbeschränkung, um den Schutz des Privat- und Familienlebens zu gewährleisten. So kann eine Person, deren private Daten in einer Urkunde enthalten sind, die in die Urkundensammlung des Grundbuchs aufgenommen wurde oder werden soll, gem. § 6b Abs. 1 GUG künftig einen Antrag auf eine beschränkte Einsicht stellen. Dies bedeutet, dass grundsätzlich nur eine bereinigte Fassung der Urkunde, aus der die privaten Daten entfernt wurden, eingesehen werden darf. Der Gesetzgeber legt in § 6b Abs. 3 GUG fest, dass unter Bereinigung im

Regelfall die Schwärzung dieser Daten zu verstehen ist. Die gewünschte bereinigte Fassung ist dem Antrag anzuschließen.

Der Antrag muss ein berechtigtes Interesse i. S. v. § 6b Abs. 2 GUG darlegen und ist ausdrücklich gem. § 6b Abs. 1 GUG gebührenfrei.

Weiterhin sieht der Gesetzgeber in § 6b Abs. 6 GUG die Möglichkeit einer teilweisen Stattgabe des Antrags vor. Wurde dem Antrag stattgegeben, ist die Einsicht grundsätzlich nur noch in die bereinigte⁴ Urkunde zulässig. Allerdings ist es möglich, Einsicht in die unbereinigte Urkunde zu erhalten, wenn ein überwiegendes rechtliches Interesse glaubhaft gemacht wird. Vor einer solchen Entscheidung muss die Person, die die Einsichtsbeschränkung beantragt hat, nach § 6b Abs. 7 GUG jedenfalls angehört werden. Die Einräumung einer schriftlichen Stellungnahme ist dafür ausreichend und dürfte wohl den Praxisfall darstellen.

* Mehr über den Autor erfahren Sie am Ende des Beitrags.

1 ÖBGBl. I 91/2024, in Kraft getreten am 1.9.2024.

2 EGMR, 6.4.2021 – 5434/17; Thiele, jusIT 2021/63, 171 – Liebscher gg Österreich.

3 Bundesgesetz vom 27.11.1980 über die Umstellung des Grundbuchs auf automationsunterstützte Datenverarbeitung und die Änderung des Grundbuchgesetzes und des Gerichtskommissärsgesetzes (Grundbuchumstellungsgesetz – GUG), BGBl. 550/1980 i. d. F. BGBl. I 91/2024 (mehr-fach nov).

4 D.h. die teilanonymisierte („geschwärzte“) oder überhaupt gekürzte Ausfertigung (Teilausfertigung).