

CHRISTIAN KOENIG / ANTON VEIDT

# Netzneutralität auf IP-Interconnectionsebene?

Anwendungsbereichsgrenzen der Open Internet Regulation

Netzzusammenschaltung

Nach der Auffassung des BEREC (Body of European Regulators for Electronic Communications) können die nationalen Regulierungsbehörden bei der Anwendung der VO (EU) 2015/2120 (Open Internet Regulation – OIR) auch die Praxis der Internetzugangsdiensteanbieter auf Ebene der Netzzusammenschaltung (IP-Interconnection) berücksichtigen und auf dieser Grundlage Verhaltenspflichten zur Durchsetzung der „Netzneutralität“ auferlegen. Der Beitrag legt unter Berücksichtigung der Argumente des BEREC dar, dass IP-Interconnection nicht vom regulatorischen Anwendungsbereich der OIR um-

fasst ist. Vielmehr entsprach es bei Erlass der OIR dem klaren Willen des Unionsgesetzgebers, die Interconnectionsebene grundsätzlich den allgemeinen tk-rechtlichen Vorschriften und dem allgemeinen Wettbewerbsrecht zu überlassen. Die allgemeinen wettbewerbs- bzw. regulierungsrechtlichen Eingriffsvoraussetzungen dürfen nicht durch auf die OIR gestützte – kompetenzüberschreitende – Maßnahmen der nationalen Regulierungsbehörden unterlaufen werden.

Lesedauer: 24 Minuten

## I. Einleitung

VO (EU) 2015/2120<sup>1</sup> (Open Internet Regulation – OIR) reguliert die Bereitstellung von Internetzugangsdiensten und schützt die Endnutzer in diesem Zusammenhang insbesondere vor „diskriminierenden“ Verkehrsmanagementmaßnahmen der Internetzugangsdiensteanbieter („ISPs“). Ausweislich seiner erstmals im Jahr 2016 veröffentlichten „Guidelines on the Implementation of the Open Internet Regulation“ (BoR (22) 81, „BEREC Guidelines“) geht der BEREC (Body of European Regulators for Electronic Communications) davon aus, dass das Verhalten von ISPs auf der vorgelagerten Ebene der Netzzusammenschaltung (IP-Interconnection) ebenfalls von dem regulatorischen Anwendungsbereich der OIR erfasst sei.<sup>2</sup>

Diese Auffassung hat der BEREC jüngst in seinem „Report on the IP Interconnection ecosystem“ (BoR (24) 177) erneut bekräftigt. Danach sollen auch Handlungen von ISPs gegenüber Inhalte- und Anwendungsanbietern (CAPs) und Anbietern von Content-Delivery Networks<sup>3</sup> an den Übergabepunkten in das Zielnetz des ISP der OIR unterfallen, wenn diese eine Beeinträchtigung des offenen Internetzugangs der Endnutzer bewirken, zB indem sie die Qualität spezifischer vom Endnutzer in Anspruch genommener Inhalte, Anwendungen und Dienste verschlechtern (sog. Umgehungshandlungen iRd Interconnection).<sup>4</sup> Mitunter wird in der Literatur auch argumentiert, dass „Netzzugangsgebühren“ für CAPs grundsätzlich gegen den „Grundsatz der Netzneutralität“ verstoßen könnten.<sup>5</sup>

Aus regulatorischer Perspektive fristet die Zusammenschaltungsebene seit vielen Jahren ein Schattendasein. Lediglich vereinzelte Dispute über die Zusammenschaltungskonditionen – insbesondere zwischen ISPs und CAPs – vermochten regelmäßig ohne regulatorische Intervention gelöst werden.<sup>6</sup>

Aufgrund des politischen Diskurses über eine Beteiligung großer CAPs an den Netzausbaukosten der europäischen Netzbetreiber („Fair Share“-Debatte)<sup>7</sup> und der Streitigkeit zwischen der Deutschen Telekom und Meta über die Vergütung für die Nutzung von Transit-/Peeringkapazitäten<sup>8</sup> scheint der Interconnection-Markt wieder an regulatorischer Brisanz zu gewinnen. Vor diesem Hintergrund widmet sich dieser Beitrag der Frage, ob die nationalen Regulierungsbehörden den ISPs im Einklang mit der Auffassung des BEREC tatsächlich auf Grundlage der allgemeinen Eingriffsermächtigung in Art. 5 Abs. 1 OIR Verhaltenspflichten auf Interconnectionsebene auferlegen und auf diesem Wege deren Interconnection-Beziehungen zu bestimmten CAPs regulieren dürfen. Dies wäre nur der Fall, wenn diese (Vor-)Leistungsebene dem sachlichen Anwendungsbereich der OIR unterfallen würde und nicht dem allgemeinen Wettbewerbsrecht und der allgemeinen TK-Regulierung nach der RL (EU) 2018/1972<sup>9</sup> (EKEK) bzw. dem TKG vorbehalten wäre.

## II. Beschränkung des Anwendungsbereichs auf die Bereitstellung von Internetzugangsdiensten für Endnutzer

### 1. „Internetzugangsdienste“ und „Endnutzer“ iSd OIR

Ausweislich von Art. 1 Abs. 1 OIR erstreckt sich der Anwendungsbereich der Verordnung nur auf den Datenverkehr iRd Bereitstellung von Internetzugangsdiensten (Art. 2 Nr. 2 OIR) und die damit verbundenen Rechte der Endnutzer:<sup>10</sup> „In dieser Verordnung werden gemeinsame Regeln zur Wahrung der gleichberechtigten und nichtdiskriminierenden Behandlung des Verkehrs bei der Bereitstellung von Internetzugangsdiensten und der damit verbundenen Rechte der Endnutzer festgelegt.“

Ein Internetzugangsdienst ist „ein öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienst, der unabhängig von der verwendeten Netztechnologie und den verwendeten Endgeräten Zugang zum Internet und somit Verbindungen zu praktisch allen Abschlusspunkten des Internets bietet“ (Art. 2 Nr. 2 OIR).

<sup>1</sup> 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, 1–18).

<sup>2</sup> BEREC Guidelines, Rn. 6.

<sup>3</sup> Im Folgenden wird ausschließlich auf CAPs als Interconnectionpartner abgestellt.

<sup>4</sup> Vgl. BEREC Report on the IP Interconnection ecosystem, BoR (24) 177, S. 39 unter Verweis auf bestimmte Interconnection-Streitigkeiten unter Beteiligung der Deutschen Telekom.

<sup>5</sup> Wieworra/Kroon, Netzentgelte auf dem Prüfstand, 22.12.2023, S. 31 f.

<sup>6</sup> Vgl. Neumann/Wieworra/Baischew/Kroon, Wettbewerbsverhältnisse auf den Transit- und Peeringmärkten, S. 77 ff.

<sup>7</sup> Hierzu im Überblick Huber MMR 2023, 43.

<sup>8</sup> Vgl. hierzu das erstinstanzliche Urteil: LG Köln Ur. v. 14.5.2024 – 33 O 178/23.

<sup>9</sup> RL (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.12.2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, ABl. L 321 v. 17.12.2018, 36–214.

<sup>10</sup> Vgl. auch Erwägungsgrund 1 OIR.

Die Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs der regulatorischen Pflichten der OIR auf die Bereitstellung von Internetzugangsdiensten wird in den einzelnen Netzneutralitätsvorgaben des Art. 3 OIR bekräftigt. Die zugangsbezogene Netzneutralität nach Art. 3 Abs. 1 OIR regelt ausdrücklich nur die Zugangsgewährung für Endnutzer „über ihren Internetzugangsdienst“. In diesem Rahmen (nämlich „bei der Erbringung von Internetzugangsdiensten“) müssen die ISPs gem. Art. 3 Abs. 3 OIR den gesamten Verkehr gleichbehandeln. Einzige Ausnahme von dieser ausdrücklichen Anwendungsbereichsbeschränkung auf Internetzugangsdienste ist die in Art. 3 Abs. 5 OIR geregelte Einrichtung von Spezialdiensten, also Diensten, die keine Internetzugangsdienste sind (Art. 3 Abs. 5 UAbs. 1 OIR), aber auf einer physisch identischen Infrastruktur mit diesen erbracht werden.

Außerhalb der Einrichtung von Spezialdiensten bildet die unmittelbare Verknüpfung der Datenübertragung mit der „Bereitstellung von Internetzugangsdiensten“ die fundamentale Voraussetzung für die Anwendbarkeit der OIR.

Endnutzer sind ausweislich der Verordnungsvorschriften sowie der Erwägungsgründe<sup>11</sup> die Schutzsubjekte der OIR. Zur Bestimmung des Endnutzerbegriffs iSd OIR sind die Vorschriften und Erwägungsgründe des EKEK heranzuziehen, der zwar hinsichtlich des spezifischen Regelungsgehalts der OIR hinter dieser zurückstehen muss (Art. 1 Abs. 3 lit. d EKEK), aber im Hinblick auf die Definition tk-rechtsspezifischer Begriffe sowie deren Bedeutung iRd harmonisierten TK-Regulierung allgemeingültige Direktiven beinhaltet und dessen Begriffsbestimmungen daher gem. Art. 2 S. 1 OIR Anwendung finden.<sup>12</sup> Unter dem Begriff Endnutzer sind nach Art. 2 Nr. 14 EKEK diejenigen Nutzer zu verstehen, die weder öffentliche elektronische Kommunikationsnetze noch öffentlich zugängliche elektronische Kommunikationsdienste bereitstellen. Nutzer werden gem. Art. 2 Nr. 13 EKEK definiert als natürliche oder juristische Personen, die einen öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienst in Anspruch nehmen oder beantragen.

Entgegen der Unterscheidung zwischen „Endnutzern“ und „Anbietern von Inhalten, Anwendungen und Diensten“ in Erwägungsgrund 3 OIR umfasst der Endnutzerbegriff der OIR sowohl Konsumenten als auch Unternehmen, wie insbesondere CAPs, und zwar unter der Voraussetzung, dass diese über den Internetzugangsdienst eines ISP an das Internet angeschlossen sind.<sup>13</sup> Insoweit spiegelt der persönliche Schutzzumfang (Endnutzer) den sachlichen Anwendungsbereich (Bereitstellung von Internetzugangsdiensten) der OIR.

Im Vordergrund steht daher die Regulierung der Zugangs-ISPs, also insbesondere der Zugangs- und Aggregationsnetze. Auch auf Kernnetzebene agierende ISPs sind indes an die Verordnungsvorgaben gebunden, wenn sie zugleich gegenüber Endnutzern Internetzugangsdienste erbringen und soweit sie damit die ununterbrochene Funktionsherrschaft über den Kommunikationsprozess netzebenenübergreifend innehaben.<sup>14</sup> Dann dienen nämlich alle Netzebenen funktional der Bereitstellung von Internetzugangsdiensten und unterfallen dem dienstbezogenen – und eben nicht netzbezogenen<sup>15</sup> – Anwendungsbereich der OIR.<sup>16</sup> (Reine) Transitdienste, die eine vollständige Up- und Downstream-Konnektivität gewährleisten und u.a. der Datenübermittlung in ein Ziel-Netz über zwischengeschaltete Netze dienen, sind mangels direktem Endnutzerbezug hingegen nicht von der OIR umfasst.

## 2. Zusammenschaltungsebene vom Verordnungswortlaut und -zweck nicht erfasst

Es entspricht der ganz hA in der Literatur, dass Vereinbarungen über IP-Interconnection (über Peering oder Transit) und die auf

dieser Grundlage erbrachten Dienste vom regulatorischen Anwendungsbereich der OIR ausgenommen sind.<sup>17</sup>

Auf IP-Interconnectionsebene werden keine Internetzugangsdienste iSd Definition des Art. 2 Nr. 2 OIR bereitgestellt.<sup>18</sup> Vielmehr handelt es sich um einen kommerziell verhandelten, exklusive Eigentumsrechte betreffenden Datenaustausch aufgrund einer gemeinsamen physischen Verbindung zwischen zwei Netzen.<sup>19</sup>

Freilich hat dieser Datenaustausch auf IP-Interconnectionsebene auch eine öffentliche Funktion, nämlich die Kommunikation zwischen praktisch allen Endpunkten des Internets zu ermöglichen und dadurch mittelbar auch die Endnutzerrechte zu stärken. Die Bestimmung der auszutauschenden bzw. weiterzuleitenden Daten obliegt indes allein den beteiligten Zusammenschaltungspartnern. IP-Interconnection ist damit iSd systematisch in der OIR, insbesondere in Art. 3 OIR, klargestellten Endnutzerbezugs weder öffentlich zugänglich, noch bietet sie Zugang zu praktisch allen Abschlusspunkten des Internets.

CAPs, die sich mit ISPs zusammenschließen, sind vor diesem Hintergrund auch funktional keine Endnutzer iSd OIR.<sup>20</sup> Nach dem funktionalen Endnutzerbegriff der OIR knüpft die Stellung als Endnutzer nämlich stets an die Inanspruchnahme eines Internetzugangsdienstes an. Freilich sind CAPs auf verschiedene Arten an das Internet angebunden und kontrahieren mit den ISPs mitunter auch iRv Internetzugangsdiensten. Nur insoweit sind CAPs unmittelbare Schutzsubjekte der OIR. Eine Vereinbarung über eine Zusammenschaltung zwischen einem CAP und einem ISP stellt hingegen keinen Internetzugangsdienst iSv Art. 2 Nr. 1 OIR dar, sodass CAPs in diesem Rahmen keine nach Art. 3 OIR geschützten Endnutzer sind.

Vereinbarungen auf Interconnectionsebene und auf dieser Grundlage erbrachte IP-Datentransportleistungen als notwendige Voraussetzung von Online-Geschäftsmodellen bilden auch keinen Bestandteil der gegenüber den Endnutzern eines ISP erbrachten Internetzugangsdienstes. Hintergrund der Regulierung der Bereitstellung von Internetzugangsdiensten durch die OIR ist zunächst nämlich die dabei entstehende Konkurrenz zwischen verschiedenen Inhalten, Anwendungen und Diensten bzw. deren Anbietern um die Übertragungskapazitäten inner-

<sup>11</sup> Vgl. Erwägungsgrund 1 OIR: „Mit der Verordnung sollen die Endnutzer geschützt ... werden“.

<sup>12</sup> Art. 2 S. 1 OIR verweist zwar auf die Begriffsbestimmungen der RL 2002/21/EG; seit dem 21.12.2018 ist dies jedoch als Verweis auf die Begriffsbestimmungen des EKEK zu lesen (Art. 125 EKEK).

<sup>13</sup> EuGH MMR 2020, 829 Rn. 37 – Telenor Magyarország; vgl. auch BEREC Guidelines, Rn. 4.

<sup>14</sup> So wohl auch Osing, Die Netzneutralität im Binnenmarkt, 2017, S. 86.

<sup>15</sup> Fetzer, Effektive Vielfaltssicherung im Internet (Netzneutralität), 2015, S. 39.

<sup>16</sup> Veidt, Grund und Grenzen einer verursachungsgerechten Regulierung der Breitbandnutzung, 2024, S. 85.

<sup>17</sup> Fetzer/Scherer/Graulich, TKG/Paschke, 3. Aufl. 2021, EU-NNVO Rn. 166, 208; Mertens, IP-interconnection, charging mechanisms and net neutrality: a perspective from BEREC, S. 10; Osing, Die Netzneutralität im Binnenmarkt, 2017, S. 80, 85; Scheurle/Mayen, TKG/Klement, 3. Aufl. 2018, EU-NNVO Rn. 86; Veidt, Grund und Grenzen einer verursachungsgerechten Regulierung der Breitbandnutzung, 2024, S. 85 f.; s. zudem BNetzA, Netzneutralität in Deutschland, Jahresbericht 2021/2022, Rn. 22.

<sup>18</sup> Leupold/Wiebe/Glossner, IT-Recht/Korte, 4. Aufl. 2021, Teil 8.4 Rn. 8.

<sup>19</sup> Den Begriff „Zusammenschaltung“ definiert Art. 2 Nr. 28 EKEK als „Sonderfall des Zugangs, der zwischen Betreibern öffentlicher Netze hergestellt wird, und zwar mittels der physischen und logischen Verbindung öffentlicher elektronischer Kommunikationsnetze, die von demselben oder einem anderen Unternehmen genutzt werden, um Nutzern eines Unternehmens die Kommunikation mit Nutzern desselben oder eines anderen Unternehmens oder den Zugang zu den von einem anderen Unternehmen angebotenen Diensten zu ermöglichen, soweit solche Dienste von den beteiligten Parteien oder von anderen Parteien, die Zugang zum Netz haben, erbracht werden“.

<sup>20</sup> Säcker/Körber, TKG/TTDSG/Mengering, 4. Aufl. 2022, NNVO Art. 1 Rn. 4.

halb eines Netzes. Zweck der OIR ist es gerade nicht, in diesen vorgelagerten Wettbewerb gestalterisch zu intervenieren. Vielmehr bezweckt die OIR, diesen vorgelagerten Wettbewerb iSd Autonomie der Endnutzer zu übersetzen. Endnutzer sollen außerhalb des zur Steigerung der Gesamtübermittlungsqualität objektiv Notwendigen (Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 OIR) und des zur Erhaltung der Funktionalität des Netzes Unerlässlichen (Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 OIR) unabhängig von Allokationsentscheidungen der ISPs oder der Zahlungsbereitschaft einzelner CAPs für eine priorisierte Datenübertragung lediglich nach ihren individuellen Präferenzen zwischen den konkurrierenden Inhalten, Anwendungen und Diensten entscheiden können.

Diese Entscheidungsfreiheit der Endnutzer im Hinblick auf die Nutzung bestimmter Inhalte, Anwendungen und Dienste soll nach dem Sinn und Zweck der OIR nicht durch kommerziell motivierte Allokationstendenzen der ISPs unterlaufen werden. Anwendungsvoraussetzung der OIR ist daher stets die ununterbrochene technische oder vertragliche Funktionsherrschaft eines ISP über die Datenübertragung bis zu den Netzabschlusspunkten beim jeweiligen Endnutzer, aufgrund derer der ISP die Kapazitätsallokation und weitere Übertragungsmodalitäten für verschiedene Inhalte, Anwendungen und Dienste beeinflussen kann.

Gerade diese Funktionsherrschaft des ISP und die damit – zumindest abstrakt – einhergehende Missbrauchsgefahr rechtfertigt aus Sicht des Ordnungsgebers die Auferlegung ausdifferenzierter Verhaltenspflichten für die Internetzugangsdienstleistung. Auf der Interconnectionsebene fehlt den ISPs diese alleinige Funktionsherrschaft über die Datenübertragung, da diese stets auf Grundlage individueller Zusammenschaltungsvereinbarungen mit anderen ISPs und CAPs erfolgt. Hierbei obliegt dem Absender (also dem CAP) die maßgebende Entscheidung darüber, auf welchen Routen, also über welche Anbieter bzw. Zusammenschaltungspunkte, er seinen Datenverkehr in das Ziel-Netz übermittelt.

Gerade aufgrund der asymmetrischen Entwicklung des Internets von einem nutzerzentrierten Internet mit dem Austausch symmetrischer Datenströme zwischen Netzbetreibern hin zu einem Verteilnetz für die kommerziellen Inhalte und Anwendungen großer CAPs (mit etwa 70% des globalen Internetverkehrs) wird die Entscheidung des Ordnungsgebers, ISPs zu Adressaten einseitiger Neutralitätsverpflichtungen zur Wahrung des offenen Internets zu machen, stark in Frage gestellt, da nunmehr nicht die ISPs, sondern vielmehr die CAPs ihre Marktmacht zulasten von ISPs, aber auch den Endnutzern missbrauchen können. Diese Entwicklungen in den betreffenden Märkten seit Inkrafttreten der OIR sprechen somit zusätzlich gegen eine – über den Normwortlaut hinausgehende, quasi rechtsfortbildende – Anwendungsbereichserweiterung der OIR auf die Zusammenschaltungspraxis der ISPs durch das BEREC bzw. die nationalen Regulierungsbehörden.

Auch der BEREC betont in seinen Guidelines, dass Zusammenschaltungsdienste keine Internetzugangsdienste iSd OIR darstellen und CAPs iRv Zusammenschaltungsvereinbarungen nicht als Endnutzer agieren: „CAPs are protected as end-users under the Regulation in so far as CAPs use an IAS to reach other end-users. However, some CAPs may also operate their own networks and, as part of that, have interconnection agreements with ISPs; the provision of interconnection is a distinct

service from the provision of IAS.“<sup>21</sup> Die normative Anwendungsbereichsbeschränkung nach Art. 1 Abs. 1 OIR scheint damit auch der BEREC grundsätzlich anzuerkennen. In seinem „Report on the IP Interconnection ecosystem“ (BoR (24) 177) bekräftigt der BEREC daher ebenfalls, dass „sich die OIR ausschließlich auf die Bereitstellung von IAS für Endnutzer [konzentriert]“.<sup>22</sup>

Art. 3 Abs. 2 OIR weitet den Anwendungsbereich der Verordnung ebenfalls nicht auf die Interconnectionsebene aus. Nach dem eindeutigen Wortlaut gilt die Vorschrift nur für Vereinbarungen zwischen ISPs und Endnutzern über den Internetzugang, somit nicht für Vereinbarungen zwischen ISPs und CAPs auf Interconnectionsebene. Aus einem Umkehrschluss zu Art. 3 Abs. 2 OIR, der iVm Erwägungsgrund 7 OIR nur Vereinbarungen zwischen ISPs und Endnutzern für ausdrücklich zulässig erklärt, kann auch nicht geschlossen werden, dass die OIR Entgeltvereinbarungen zwischen ISPs und CAPs auf Interconnectionsebene iSe Null-Preis-Regel verbietet.<sup>23</sup> Nicht ausdrücklich für unzulässig erklärte Verhaltensweisen sind vielmehr iRd allgemeinen Vertragsfreiheit weiterhin erlaubt.

Auch die Begriffe „Geschäftspraxis“ in Art. 3 Abs. 2 OIR bzw. „Geschäftsgepflogenheiten“ in Erwägungsgrund 7 OIR haben unmittelbaren Endnutzerbezug und umfassen in Abgrenzung zur „Vereinbarung“ unilaterale Maßnahmen der ISPs iRd Bereitstellung von Internetzugangsdiensten. Zur Geschäftspraxis kann nach der Rechtsprechung des EuGH u.a. „das Verhalten eines Anbieters von Internetzugangsdiensten gehören, das darin besteht, seinen potenziellen Kunden Varianten oder Kombinationen dieser Dienste anzubieten, um ihren jeweiligen Erwartungen und Präferenzen gerecht zu werden und ggf. mit jedem von ihnen eine individuelle Vereinbarung zu schließen, mit der möglichen Folge, dass je nach diesen Erwartungen und Präferenzen eine mehr oder weniger große Zahl von Vereinbarungen mit gleichem oder ähnlichem Inhalt zustande kommt.“<sup>24</sup>

### 3. Zwischenergebnis

Verhaltensweisen der ISPs auf Interconnectionsebene sind nach dem klaren Verordnungswortlaut nicht von dem sachlichen Anwendungsbereich der OIR umfasst. CAPs sind in ihrer Eigenschaft als (potenzielle) Interconnectionspartner der ISPs auch keine Endnutzer iSd OIR. Die Anwendungsbereichsbeschränkung auf die Bereitstellung von Internetzugangsdiensten und die damit einhergehende Ausklammerung der Interconnectionsebene durch die OIR entspricht dem Sinn und Zweck der Verordnung, (nur) iRd ununterbrochenen technischen oder vertraglichen Funktionsherrschaft eines ISP über den Datentransport normative Verhaltenspflichten zur Wahrung der Netzneutralität aufzuerlegen. Jenseits dieser Funktionsherrschaft (nämlich auf Interconnectionsebene) soll die OIR gerade keine Anwendung finden.

## III. Mittelbare Auswirkungen auf Endnutzer führen nicht zur Anwendbarkeit

### 1. Ansatz des BEREC: Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 1 OIR

Ausweislich seiner Guidelines hält der BEREC die Verhaltensweisen von ISPs auf Interconnectionsebene iRd Überwachungskompetenz der nationalen Regulierungsbehörden gleichwohl für berücksichtigungsfähig, soweit sie die Ausübung der Endnutzerrechte gem. Art. 3 Abs. 1 OIR einschränken können, etwa wenn die Zusammenschaltung in einer Weise erfolgt, die darauf abzielt, die Verordnung zu umgehen: „NRAs may take into account the interconnection policies and practices of ISPs in so far

<sup>21</sup> BEREC Guidelines, Rn. 5.

<sup>22</sup> BEREC Report on the IP Interconnection ecosystem, BoR (24) 177, S. 38.

<sup>23</sup> Jarass, Privilegierungen im Internet, 2019, S. 333; Veidt, Grund und Grenzen einer verursachungsgerechten Regulierung der Breitbandnutzung, 2024, S. 117.

<sup>24</sup> EuGH MMR 2020, 829 Rn. 35 – Telenor Magyarorszá.

as they have the effect of limiting the exercise of end-user rights under Article 3(1). For example, this may be relevant in some cases, such as if the interconnection is implemented in a way which seeks to circumvent the Regulation.”<sup>25</sup>

Aus Art. 3 Abs. 1 OIR folgt das Gebot der zugangsbezogenen Netzneutralität. Endnutzer haben danach das Recht, über das Internet nach ihrer Wahl Daten abzurufen und zu verbreiten sowie die hierdurch generierten Anwendungen und Dienste zu nutzen und bereitzustellen. Der Zugang muss dabei unabhängig davon möglich sein, wo sich die am Kommunikationsvorgang Beteiligten befinden und wo „Standort, Ursprung oder Bestimmungsort der Information, Inhalte, Anwendungen oder Dienste“ liegen.

Die Gebotenheit der Berücksichtigung der Zusammenschaltungspraxis der ISPs iRd Durchsetzung der OIR-Vorgaben begründet der BEREC zunächst damit, dass die Gewährleistung eines offenen Internets das Hauptziel der OIR sei. Die Wirksamkeit dieses Ziels und damit der OIR wäre gefährdet, wenn die nationalen Regulierungsbehörden die Interconnectionsebene nicht berücksichtigen dürften.<sup>26</sup> Aus dem allgemeinen Verordnungsziel zur Gewährleistung eines „offenen“ Internets<sup>27</sup> kann jedoch nicht pauschal darauf geschlossen werden, dass danach eine Berücksichtigung der Zusammenschaltungspraxis der ISPs durch die nationalen Regulierungsbehörden angezeigt ist. Es handelt sich insoweit lediglich um eine floskelartige Formulierung in den ersten Erwägungsgründen, die keinen normativen Anknüpfungspunkt in den Verordnungsvorgaben aufweist und insbesondere nicht legaldefiniert wird.

Auch der Umstand, dass als Gefahr für das offene Internet in Erwägungsgrund 3 OIR die Verkehrsmanagementpraxis der ISPs – und gerade nicht deren Zusammenschaltungspraxis – genannt wird, spricht gegen die Schlussfolgerung des BEREC, nämlich von dieser gänzlich unbestimmten Formulierung in den Erwägungsgründen auf eine Anwendungsbereichserweiterung entgegen dem ausdrücklichen Normwortlaut der Art. 1 Abs. 1 und Art. 3 OIR zu folgern.

Der BEREC argumentiert zudem, dass die OIR die nationalen Regulierungsbehörden wiederholt auffordere, sich vor Versuchen zu hüten, die Bestimmungen dieser Verordnung zum Schutz des offenen Internetzugangs zu umgehen.<sup>28</sup> Auch dieser Hinweis auf die in den Erwägungsgründen zur OIR formulierten Umgehungsverbote stützt keine Erweiterung des normativen Anwendungsbereichs der Verordnung auf Verhaltensweisen in den Interconnectionmärkten. Die in den Erwägungsgründen 7, 15 und 16 OIR bekräftigten Umgehungsverbote weisen keinen unmittelbaren Bezug zu dem Verhalten der ISPs auf Interconnectionsebene auf, sondern sind lediglich Ausdruck des allgemeinen unionsrechtlichen Auslegungsgebots der praktischen Wirksamkeit (effet utile), das ebenfalls keine Betrachtung der Zusammenschaltungspraxis der ISPs gebietet (s. unter III.2.).

Der BEREC weist darüber hinaus darauf hin, dass die OIR ISPs dazu auffordere, die Konnektivität zu allen zugänglichen Endpunkten des Internets nicht einzuschränken.<sup>29</sup> Dies ergebe sich aus Erwägungsgrund 4 OIR: „Ein Internetzugangsdienst bietet unabhängig von den vom Endnutzer verwendeten Netztechnologien und Endgeräten den Zugang zum Internet und somit grundsätzlich zu all seinen Abschlusspunkten. Es ist jedoch möglich, dass aus nicht von den Internetzugangsanbietern zu vertretenden Gründen bestimmte Abschlusspunkte des Internets nicht immer zugänglich sind. Daher sollte gelten, dass ein Anbieter seiner Verpflichtung im Zusammenhang mit der Bereitstellung eines Internetzugangsdienstes im Sinne dieser Verordnung nachgekommen ist, wenn der betreffende Dienst eine An-

bindung an nahezu alle Abschlusspunkte des Internets bereitstellt. Daher sollten die Internetzugangsanbieter die Anbindung an keinen zugänglichen Abschlusspunkt des Internets beschränken.“

Vor dem Hintergrund, dass Praktiken der ISPs auf Interconnectionsebene (zB selektive Routingstrategien und/oder künstlich hergestellte Knappheit, etwa durch Verzicht auf Kapazitätserweiterung auf überlasteten Strecken und/oder durch Verringerung oder Begrenzung der Anzahl von Zusammenschaltungen), auf identischen Anreizen beruhen und zu identischen Ergebnissen führen könnten wie die Ungleichbehandlung von Datenpaketen im Netz des ISP, müssten die nationalen Regulierungsbehörden nach Ansicht des BEREC zur Gewährleistung der Wirksamkeit der OIR befugt sein, auch in solchen Situationen einzugreifen.<sup>30</sup>

## 2. Regulatorischer Ansatz der OIR: IP-Interconnection unterliegt den allgemeinen tk-rechtlichen Vorschriften und dem allgemeinen Wettbewerbsrecht

Freilich vermögen bestimmte Praktiken der ISPs auf Interconnectionsebene, insbesondere auch die Umsetzung von – durch Erwägungsgrund 4 OIR ausdrücklich untersagte – Beschränkungen der Anbindung des Internetzugangsdienstes auf bestimmte Abschlusspunkte des Internets, aufgrund ihrer tatsächlichen und damit für den Endnutzer mitunter fühlbaren Auswirkungen die Qualität und den Gewährleistungsumfang der durch Art. 3 Abs. 1 OIR geschützten Zugangsgewährung zu tangieren. Der BEREC verkennt jedoch, dass auch die Sicherstellung der Endnutzerrechte des Art. 3 Abs. 1 OIR nur iRd durch Art. 1 Abs. 1 OIR abschließend bestimmten Anwendungsbereichs der Regulierung – also ausschließlich bei der Bereitstellung von Internetzugangsdiensten – verpflichtend ist.

Es entspricht angesichts dieser ausdrücklichen Anwendungsbereichsbeschränkung und mit Blick auf die fehlende Erwähnung der IP-Interconnection in der OIR dem klaren Willen des seinerzeitigen Verordnungsgebers, die der durch die OIR ausdifferenziert regulierten Bereitstellung von Internetzugangsdiensten vorgelagerte Interconnectionsebene grundsätzlich der allgemeinen Vertrags- und Verhandlungsautonomie der dort agierenden Akteure zu überlassen, die lediglich in den Bestimmungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts und der allgemeinen regulatorischen Vorgaben für den TK-Sektor nach dem EKEK bzw. dessen jeweils nationalen Umsetzungs-vorschriften ihre Grenzen findet.

Vor diesem Hintergrund birgt die Nichtberücksichtigung der Praktiken von ISPs auf Interconnectionsebene keine Gefahr für die praktische Wirksamkeit der OIR. Nach dem in der ausdrücklichen Anwendungsbereichsbeschränkung nach Art. 1 Abs. 1 OIR verbürgten Willen des Verordnungsgebers reichen nämlich die den Behörden nach dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bzw. der allgemeinen TK-Regulierung verliehenen (ex post und ex ante) Markteingriffsbefugnisse aus, um einer Entwertung der zugangsbezogenen Netzneutralität nach Art. 3 Abs. 1 OIR vorzubeugen oder abzuwehren.

<sup>25</sup> BEREC Guidelines, Rn. 6; s. hierzu ebenfalls BEREC Report on the IP Interconnection ecosystem, BoR (24) 177, S. 38; BEREC Opinion for the evaluation of the application of the Open Internet Regulation, BoR (22) 163, S. 6; BEREC Report on the outcome of the public consultation on the draft BEREC Guidelines on the Implementation of the Open Internet Regulation, BoR (22) 80, S. 14.

<sup>26</sup> BEREC Report on the IP Interconnection ecosystem, BoR (24) 177, S. 38.

<sup>27</sup> Erwägungsgrund 1 und 3 OIR.

<sup>28</sup> BEREC Report on the IP Interconnection ecosystem, BoR (24) 177, S. 38.

<sup>29</sup> BEREC Report on the IP Interconnection ecosystem, BoR (24) 177, S. 38 f.

<sup>30</sup> BEREC Report on the IP Interconnection ecosystem, BoR (24) 177, S. 39.

Insbesondere besteht nach Art. 60 EKEK eine Pflicht für Betreiber öffentlicher elektronischer Kommunikationsnetze, über Zusammenschaltungen zu verhandeln. Auf Grundlage der Art. 60 und 61 EKEK wurde in § 21 Abs. 1 Nr. 1 TKG die Befugnis der BNetzA aufgenommen, Unternehmen, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren, zu verpflichten, ihre TK-Netze mit denen anderer Unternehmen zusammenzuschalten, soweit dies erforderlich ist, um die durchgehende Konnektivität und die Bereitstellung von Diensten sowie deren Interoperabilität zu gewährleisten.

Diese dezidierten Pflichten und regulierungsbehördlichen Befugnisse im Hinblick auf die Zusammenschaltungen zwischen Netzbetreibern sichern den Zugang der Endnutzer zu den Inhalten, Anwendungen und Diensten der CAPs auf Interconnectionsebene hinreichend ab. Diese Regulierungsmechanik fundiert auf dem ökonomischen Regulierungsaxiom, dass der vorgelagerte Vorleistungsregulierungsgrad grundsätzlich ausreichen soll, um die hiervon bezweckten Wohlfahrtseffekte auf die nachgelagerten Endnutzermärkte zu transportieren. Diesem im EKEK anerkannten Regulierungsaxiom folgt auch die OIR, indem deren Verordnungsvorgaben nicht auf die Zusammenschaltungspraxis der ISPs anwendbar sind.

Insofern verbietet sich mit Blick auf den allgemeinen unionsrechtlichen Auslegungsgrundsatz *effet utile* die isolierte Betrachtung eines Rechtsakts – hier der OIR –, wenn dieser in ein regulatorisches Regelungssystem verschiedener primär- und sekundärrechtlicher Normen eingebettet ist, die sich in ihrem Anwendungsbereich und ihrer Wirkungsweise ergänzen und auf diesem Wege gemeinsam die Verwirklichung der regulatorischen Ziele (insbesondere des Endnutzerschutzes) gewährleisten. Nur iRd Bereitstellung von Internetzugangsdiensten sieht der Unionsgesetzgeber in der technischen bzw. vertraglichen Funktionsherrschaft der ISPs über den Datentransport eine solch gravierende abstrakte Gefahr für die Endnutzerrechte, dass er die normative Auferlegung ausdifferenzierter Verhaltenspflichten nach Art. 3 OIR – ohne Zwischenschaltung der nationalen Regulierungsbehörden als Pflichtengeber – für gerechtfertigt erachtet. Außerhalb dieses beschränkten regulatorischen Anwendungsbereichs der OIR gelten hingegen die allgemeinen wettbewerbs- bzw. regulierungsrechtlichen Eingriffsmaßstäbe, an denen sich behördliche Marktinterventionen auf Interconnectionsebene stets messen lassen müssen.

Diese allgemeinen wettbewerbs- bzw. regulierungsrechtlichen Eingriffsmaßstäbe dürfen nicht durch auf Art. 3 Abs. 1 OIR gestützte Maßnahmen der nationalen Regulierungsbehörden unterlaufen werden, die angesichts der inhaltlichen Unbestimmtheit dieser Regelung stets Gefahr laufen würden, die normativ zumindest in gewissem Umfang vorgeprägte Marktregulierung im Hinblick auf die Interconnectionsebene weitestgehend dem gerichtlich nur schwer überprüfbaren Ermessen der nationalen Regulierungsbehörden zu unterwerfen.

Auch in der Gesetzeshistorie kommt klar zum Ausdruck, dass die Interconnectionsebene nicht von dem Pflichtenprogramm der OIR erfasst werden sollte. Schon dem ursprünglichen Kom-

missionsentwurf lagen die Erkenntnisse des BEREC Reports „An assessment of IP interconnection in the context of Net Neutrality“ v. 6.12.2012 (BoR (12) 130) zugrunde, wonach Praktiken der ISPs auf Interconnectionsebene keine Gefahr für die Netzneutralität darstellten: „The best-effort principle is reflected in today's interconnection agreements across IP-networks taking the form of transit and peering agreements generally causing no disruptions of net neutrality in IP interconnection. Nowadays, QoS differentiation potentially leading to deviations from net neutrality typically occurs only within the ISP's network providing connectivity to the user and therefore is not reflected in interconnection agreements across networks at the network layer. ... Potential violations of net neutrality such as blocking and throttling of traffic typically occur in the Eyeball ISP's network and therefore are not reflected in IP interconnection.“<sup>31</sup>

Der BEREC wies zudem auf die bereits bestehende Möglichkeit hin, den Unternehmen Zusammenschaltungsverpflichtungen aufzuerlegen. Insbesondere angesichts des Wettbewerbsdrucks auf den Internetzugangsmärkten ging der BEREC allerdings von funktionierenden Interconnectionmärkten aus, die keiner signifikanten regulatorischen Intervention bedurften: „The current Regulatory Framework foresees that NRAs can impose an obligation to interconnect on a non-discriminatory basis (Art. 5 AD). ... The market has developed very well so far without any significant regulatory intervention. ... Disruptions in IP-interconnection due to disputes between ISPs potentially lead to a situation where not all destination of the Internet may be reached. However such instances have been few and have to date been solved in a relatively short time without regulatory intervention – also due to the competitive pressure of end-users at the retail level. ... Any measure could potentially be harmful, so it should be carefully considered.“<sup>32</sup>

Die Regulierung der IP-Interconnection hat vor diesem Hintergrund im gesamten Gesetzgebungsverfahren quasi keine Rolle gespielt. Folgerichtig schaffte es selbst die zwischenzeitlich vorgeschlagene Berichtspflicht des BEREC über die Entwicklung der Interconnectionmärkte (Art. 19 Abs. 1 lit. f des Kommissionsentwurfs<sup>33</sup>) nicht in die finale Verfassung der OIR.

#### IV. Keine kompetenzüberschreitende Anwendungsbereichserweiterung durch BEREC oder nationalen Regulierungsbehörden

Die ausdrückliche Anwendungsbereichsbeschränkung auf die Bereitstellung von Internetzugangsdiensten gegenüber Endnutzern nach Art. 1 Abs. 1 OIR verbietet jegliche Erweiterungen dieses Anwendungsbereichs durch den BEREC oder die nationalen Regulierungsbehörden. Die unional in den BEREC eingebundenen nationalen Regulierungsbehörden sind im Wege des unmittelbaren indirekten Verordnungsvollzugs<sup>34</sup> zwar beauftragt, die unbestimmten Rechtsbegriffe der OIR auszulegen bzw. zu konkretisieren und im Lichte der konkreten nationalen Marktgegebenheiten anzuwenden.

Hierbei unterliegen die nationalen Regulierungsbehörden als funktionale Unionsorgane jedoch dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und damit den sekundärrechtlich gezogenen Anwendungsgrenzen der Verordnung. Nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung wird die Union nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig, die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben (Art. 5 Abs. 2 S. 1 EUV). Jedes Organ handelt nach Maßgabe der ihm in den Verträgen zugewiesenen Befugnisse nach den Verfahren, Bedingungen und Zielen, die in den Verträgen festgelegt sind (Art. 13 Abs. 2 EUV).

<sup>31</sup> BEREC Report, An assessment of IP interconnection in the context of Net Neutrality, BoR (12) 130, S. 59.

<sup>32</sup> BEREC Report, An assessment of IP interconnection in the context of Net Neutrality, BoR (12) 130, S. 61.

<sup>33</sup> Vorschlag für eine VO des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen zum europäischen Binnenmarkt der elektronischen Kommunikation und zur Verwirklichung des vernetzten Kontinents und zur Änderung der Richtlinien 2002/20/EG, 2002/21/EG und 2002/22/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 1211/2009 und (EU) Nr. 531/2012, KOM(2013) 627 endgültig, 2013/0309 (COD). Eine typische „Gesetzesbezeichnung“ existiert nicht.

<sup>34</sup> Scheurle/Mayen, TKG/Klement, 3. Aufl. 2018, EU-NNVO Rn. 111.

Dieser Grundsatz ist eine maßgebliche Auslegungsmaxime für die Primärrechtskonformität der Anwendung des sekundären Unionsrechts und verbietet auch den nationalen Regulierungsbehörden in ihrer Eigenschaft als funktionale Unionsorgane, ihre aus der primärrechtlichen Binnenmarktkompetenz (Art. 114 Abs. 1 AEUV) abgeleitete sekundärrechtliche Anwendungskompetenz über die ausdrücklich übertragenen Anwendungsfelder hinweg auszudehnen. Insbesondere zur Schaffung neuer Anwendungsfelder sind die nationalen Regulierungsbehörden nicht ermächtigt.

Vor diesem Hintergrund werden die regulierungsbehördlichen Eingriffsbefugnisse und -voraussetzungen in den einzelnen Verordnungsvorschriften abschließend definiert. Der Ordnungsgeber hat in den Erwägungsgründen zur OIR Konkretisierungsdirektiven zu den Eingriffsschwellen der besonders unbestimmt gefassten Vorgaben für zulässige Vereinbarungen zwischen ISPs und Endnutzern nach Art. 3 Abs. 2 OIR und die Einrichtung von Spezialdiensten nach Art. 3 Abs. 5 OIR formuliert (Erwägungsgrund 7, 16 und 17 OIR). Dadurch werden die regulierungsbehördlichen Anwendungsbefugnisse insoweit zumindest einer gewissen Auslegungssteuerung unterworfen. Diese Ausführungen in den Erwägungsgründen verdeutlichen, dass der Ordnungsgeber mitunter durchaus die Notwendigkeit erkannt hat, die regulierungsbehördlichen Eingriffsbefugnisse angesichts der unbestimmt formulierten Verordnungsvorgaben in den Erwägungsgründen näher zu konkretisieren und dadurch faktisch einzudämmen.

Eine Erweiterung der Eingriffsbefugnis der nationalen Regulierungsbehörden entgegen dem Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 OIR ohne entsprechende Konkretisierungen der Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen im Verordnungstext würde diesem eindeutigen Anliegen des Ordnungsgebers widersprechen.

Auch der BEREC hat keine Befugnis, den normativen Anwendungsbereich der OIR im Rahmen seiner Guidelines über den gesetzlichen Wortlaut hinausgehend zu erweitern und zusätzliche Regulierungsaufgaben zu begründen. Vielmehr dienen die BEREC Guidelines ausschließlich als rechtlich unverbindliche Auslegungshilfe für die nationalen Regulierungsbehörden und die regulierten Unternehmen. Auf diesem Wege sollen die BEREC Guidelines eine kohärente Anwendung der OIR in der gesamten EU gewährleisten.

In der Literatur wird die kompetenzüberschreitende Anwendungsbereichserweiterung der OIR auf die Interconnectionsebene iRd BEREC Guidelines mitunter scharf kritisiert: „Die GEREK-Leitlinien zur Aufsicht und zur Durchsetzung der EU-NNVO empfehlen NRAs zwar auch die vom restlichen TK-Rechtsrahmen nicht regulierte Interkonnektion-Praxis der ISPs in die Betrachtung der Netzneutralität einzubeziehen, soweit hierdurch indirekt auch die in Art. 3 EU-NNVO geschützten Endnutzerrechte eingeschränkt werden können. Hierdurch soll unterbunden werden, dass die Ziele der TK-Regulierung außerhalb der regulierten Märkte umgangen werden. Das geht über den Wortlaut des Anwendungsbereichs klar hinaus und GEREK würde damit statt seine Befugnisse zu konkretisieren jenseits der eingeräumten Befugnisse eine zusätzliche Aufgabe begründen. Eine derartige Kompetenz-Kompetenz steht GEREK als bloßem Verwaltungsverbund jedoch nicht zu.“<sup>35</sup>

## V. Fazit

Eine Anwendungsbereichserweiterung der OIR auf die Regulierung von IP-Interconnection, wie sie der BEREC in seiner Guidelines vertritt, steht im Widerspruch zu dem Wortlaut, Sinn und Zweck und der Gesetzeshistorie der OIR. Es entspricht angesichts der ausdrücklichen Anwendungsbereichsbeschränkung vielmehr dem klaren Willen des Ordnungsgebers, die Interconnectionsebene grundsätzlich der allgemeinen TK-Regulierung und dem allgemeinen Wettbewerbsrecht zu überlassen. Die allgemeinen wettbewerbs- bzw. regulierungsrechtlichen Eingriffsvoraussetzungen dürfen nicht durch auf Art. 3 Abs. 1 OIR gestützte – kompetenzüberschreitende – Maßnahmen der nationalen Regulierungsbehörden unterlaufen werden.

### Schnell gelesen ...

- Vereinbarungen auf Ebene der Netzzusammenschaltung (IP-Interconnection) und die auf dieser Grundlage erbrachten Dienste sind nach dem Verordnungswortlaut und -zweck vom regulatorischen Anwendungsbereich der OIR ausgenommen.
- Es entspricht angesichts der ausdrücklichen Anwendungsbereichsbeschränkung der OIR auf die Bereitstellung von Internetzugangsdiensten dem klaren Willen des Ordnungsgebers, die Interconnectionsebene grundsätzlich der allgemeinen TK-Regulierung und dem allgemeinen Wettbewerbsrecht zu überlassen.
- Die allgemeinen wettbewerbs- bzw. regulierungsrechtlichen Eingriffsvoraussetzungen dürfen nicht durch auf die OIR gestützte Maßnahmen der nationalen Regulierungsbehörden unterlaufen werden.
- Die nationalen Regulierungsbehörden unterliegen bei der Anwendung der OIR als funktionale Unionsorgane dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung.
- Danach haben weder BEREC noch die nationalen Regulierungsbehörden die Befugnis, die aus der primärrechtlichen Binnenmarktkompetenz abgeleitete sekundärrechtliche Anwendungskompetenz über die ausdrücklich übertragenen Anwendungsfelder hinweg – auf die Interconnectionsebene – auszudehnen.



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



Dr. Anton Veidt ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am ZEI und Rechtsreferendar am LG Bonn.

Der Beitrag beruht auf einem Rechtsgutachten.

35 Fetzer/Scherer/Graulich, TKG/Paschke, 3. Aufl. 2021, EU-NNVO Rn. 166.