

Stellungnahme von ARD und ZDF im Nachgang zum Workshop der BNetzA zu den Regelungen der Netzneutralität in der TSM-Verordnung am 12.02.2016 in Bonn

ARD und ZDF bedanken sich für die Möglichkeit der Stellungnahme. Aus Sicht von ARD und ZDF ist Netzneutralität eine Grundvoraussetzung für die Sicherung von inhaltlicher und kultureller Vielfalt sowie der Gewährleistung von freiem Zugang zu meinungsbildenden audiovisuellen Inhalten. Nicht zuletzt deshalb kommt BEREC und den nationalen Regulierungsbehörden eine wichtige Rolle zu, die Bestimmungen der Telecom Single Market-Verordnung für die Regulierungspraxis zu konkretisieren, zu operationalisieren und zu überwachen. Aus diesem Grunde sollten im Hinblick auf die Ausgestaltung der Leitlinien durch BEREC sowie die darauf basierende spätere Überwachungs- und Durchsetzungstätigkeit der Nationalen Regulierungsbehörden aus Sicht von ARD und ZDF die folgenden grundlegenden Prinzipien berücksichtigt und sichergestellt werden:

- **Verhinderung des Blockierens bestimmter Inhalte bzw. des Einsatzes diskriminierender Praktiken gegen bestimmte Inhalte auf der Grundlage kommerzieller Interessen;**
- **Verankerung der anerkannten Prinzipien des Traffic-Managements auf der Grundlage des Best-Effort-Internet und Sicherstellung, dass gleichartige Typen vom Datenverkehr gleich behandelt werden im Hinblick auf Eingriffsmaßnahmen. Dies bedeutet Vorrang von applikations- bzw. anwendungsagnostischen Verfahren vor einem klassenbasierten Netzwerkmanagement. Dieses darf nur in notwendigen und verhältnismäßigen Fällen zur Anwendung kommen;**
- **Sicherstellung, dass das Angebot von Spezialdiensten nicht die Qualität und Verfügbarkeit von Internetzugangsdiensten behindert. Hieraus folgt die Notwendigkeit der Festlegung von dynamisierten Mindestqualitätsanforderungen für das Best-Effort-Internet sowie die (listenmäßige) Festlegung, welche Spezialdienste auf dieser Grundlage möglich und zulässig sind;**
- **Sicherstellung, dass klare und nachvollziehbare Transparenzvorgaben und -mechanismen zur Überwachung der Geschäftstätigkeit von Internet-Service-Providern im Hinblick auf das Verkehrsmanagement, der Notwendigkeit von Spezialdiensten sowie von Geschäftspraktiken vorhanden sind. Gleiches gilt für das Vorhandensein effektiver Sanktionsmechanismen.**

Vertragsfreiheit und Netzneutralität

Die Verordnung schränkt in Art. 3 Abs. 2 die Vertragsfreiheit bezüglich Vereinbarungen von Endkunden und Inhalteanbietern mit Internetzugangsanbietern ein, um die in Art. 3 Abs. 1 normierten materiellen Bestimmungen durchzusetzen.

Die schwierige Frage, wann vertragliche Vereinbarungen konkret die normierten Rechte des Endnutzers verletzen, wird zunächst durch die Erwägungsgründe 6 und 7 der Verordnung näher eingegrenzt. Erwägungsgrund 6 formuliert ein Diskriminierungsverbot und betont die Hoheit der Mitgliedsstaaten für die Beurteilungen einzelner Inhalte und Dienste. Erwägungsgrund 7 nennt als unzulässige vertragliche Vereinbarungen exemplarisch solche, „die aufgrund ihrer Tragweite zu Situationen führen, in denen die Auswahlmöglichkeit der Endnutzer in der Praxis wesentlich eingeschränkt wird“.

Zur Systematisierung erscheint es aus Sicht von ARD und ZDF geboten, bei der Beurteilung zunächst zwischen Vereinbarungen mit Konsumenten (sog. Consumer-Tiering) auf der einen und Dienste- und Inhalteanbietern (sog. Access-Tiering) auf der anderen Seite zu differenzieren. Wie in einem neueren Aufsatz in der juristischen Literatur nachgewiesen wurde (Borznikov, K&R 2015, 703ff.), entstehen deutlich unterschiedliche Auswirkungen auf die kommunikative Chancengleichheit und die verfassungsrechtlich gebotene Vielfaltssicherung.

Vereinbarungen zwischen Internetzugangsanbietern und Konsumenten (ohne Beteiligung der Dienste- und Inhalteanbieter) sind häufig unkritisch und bereits heute gelebte Praxis, z.B. bei der Vereinbarung bestimmter Volumengrenzen oder sonstiger allgemeiner Konditionen hinsichtlich des Internetzugangs insgesamt. Auch die Zubuchung einer Dienstqualität oder sog. „zero-rating“-Angebote können dann zulässig sein, wenn sie sich auf eine allgemeine Dienstekategorie beziehen und nicht auf der anderen Seite durch spiegelbildliche Vereinbarungen mit Inhalteanbietern zu einer Diskriminierung führen. Ein aktuell diskutiertes Beispiel im Bereich Mobilfunk ist das Angebot „binge-on“ in den USA. Dort werden die Streams von 24 Anbietern audiovisueller Inhalte nicht auf das ansonsten begrenzte Datenvolumen angerechnet. Ein solches Angebot wäre nach der Verordnung nicht per se unzulässig, vorausgesetzt der Zugang zu diesem Paket steht sämtlichen Inhalteanbietern offen, ohne dass diese zusätzliche Vereinbarungen mit dem Internetzugangsanbieter schließen müssen. Dies ist bei diesem Beispiel aus den USA unbekannt und zeigt, dass zur Beurteilung der Geschäftsmodelle Transparenz von entscheidender Bedeutung ist.

Vereinbarungen zwischen Dienste- und Inhalteanbietern mit Internetzugangsanbietern sind dagegen generell problematisch, soweit sie nicht eng abgegrenzte Spezialdienste (s.u.) umfassen. Solche Vereinbarungen bezüglich bestimmter Inhalte, seien es garantierte Qualitäten oder „zero-rating“-Angebote, führen fast zwangsläufig zu Einschränkungen bei den Aus-

wahlmöglichkeiten der Konsumenten und würden daher gegen Art. 3 Abs. 2 in Verbindung mit Erwägungsgrund 7 der Verordnung verstoßen. Entsprechende Vereinbarungen würden dazu führen, dass bestimmte Inhalteanbieter bei der Verbreitung Wettbewerbsvorteile genießen. Dies lässt sich bereits heute bei den „zero-rating“ Angeboten im Bereich des Musikstreamings beobachten. Sie dürften daher regelmäßig unzulässig sein, da im Sinne des Erwägungsgrunds 7 der Verordnung die Auswahlmöglichkeiten des Konsumenten eingeschränkt werden. Denn das Geschäftsmodell des Access-Tiering basiert gerade darauf, einzelnen Diensten einen Vorteil zu verschaffen (vgl. Bortnikov a.a.O.), nur so ergeben sie kommerziell für Inhalteanbieter Sinn.

Gerade im Bereich der audiovisuellen Medien sind Gesetzgeber und Regulatoren entsprechend der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zur positiven Rundfunkordnung aufgefordert, eine Inhalteverbreitung, die sich am Ziel der Vielfaltssicherung orientiert, sicherzustellen. Erwägungsgrund 6 öffnet die Auslegung der Verordnung gerade für Besonderheiten der jeweiligen nationalen Gesetzgebung.

ARD und ZDF fordern daher die zuständigen Regulatoren auf, Access-Tiering-Vereinbarungen streng zu prüfen und sie bei Einschränkungen der Inhaltevielfalt und kommunikativen Chancengleichheit zu untersagen.

Verkehrsmanagement

Maßnahmen des Verkehrsmanagements sollen einer effizienten Nutzung der Netzressourcen dienen und die Gesamtübertragungsqualität insgesamt verbessern. Dabei kann es im Einzelfall zu Priorisierungen bestimmter Dienstklassen (z.B. Video) kommen, um Konsumentenwünschen (z.B. nach ruckelfreiem Video) entgegenzukommen.

Entsprechende Maßnahmen werden durch die Verordnung in Art. 3 Unterabsatz 2 für zulässig erachtet, soweit sie im Einzelfall – z.B. wegen einer drohenden Netzüberlastung – erforderlich sind. Eine Bevorzugung einzelner Dienste oder Inhalte oder gar die Blockierung oder Verlangsamung anderer Dienste und Inhalte sind ausdrücklich verboten.

Internetdiensteanbieter verweisen bei ihren Maßnahmen zum Netzmanagement auf Geschäftsgeheimnisse und verweigern damit umfassende Transparenz. ARD und ZDF fordern die zuständigen Regulatoren deshalb auf, die gesetzlichen Kontrollbefugnisse zu nutzen und die Einhaltung dieser Vorschriften zu überwachen.

Durch strikte Beschränkung des Access-Tiering (s.o.) werden Anreize, entsprechende Diskriminierungen aus kommerziellen Interessen vorzunehmen, von vornherein vermieden.

Spezialdienste

Nach Art. 3 Abs. 5 Unterabsatz 2 der Verordnung dürfen Spezialdienste nur zusätzlich zum Internetzugang angeboten werden, sofern für diesen ausreichend Netzkapazität vorhanden ist. Hierdurch soll eine Verschlechterung des Internetzugangs zum Vergleich zum Status Quo verhindert werden.

Aus Art. 4 Abs. 1 der Verordnung ergibt sich zudem, dass Internetzugangsanbieter die Qualität des Internetzugangs entsprechend dem „technologischen Fortschritt“ kontinuierlich erhöhen müssen, um eine relative Verschlechterung des Internetzugangs im Verhältnis zu Spezialdiensten, die in Art. 3 Abs. 5 der Verordnung geregelt werden, zu verhindern. Zu diesem Zweck dürfen die nationalen Regulierungsbehörden einzelnen oder allen Internetzugangsanbietern u. a. „Mindestqualitätsanforderungen“ auferlegen. Dieser Ansatz ist aus Sicht von ARD und ZDF grundsätzlich begrüßenswert, da damit verhindert werden kann, dass künftig die Kapazität von Internetzugängen nicht weiter ausgebaut und dadurch angesichts der allgemein erwarteten wachsenden Nachfrage nach Bandbreite und Geschwindigkeit Internetzugänge im Verhältnis zu Spezialdiensten unattraktiver werden. Durch die sehr weite Formulierung des Art. 3 Abs. 5 der Verordnung bleibt jedoch offen, welcher konkrete Referenzpunkt bei der Beurteilung durch die nationalen Regulierungsbehörden herangezogen werden soll, ob ein angemessener Ausbau des Internetzugangs entsprechend dem technologischen Fortschritt erfolgt. Insoweit wäre hier aus Sicht von ARD und ZDF ein möglicher Ansatz zur Konkretisierung einer Parallelwertung zur Universaldienstrichtlinie vorzunehmen. In der Anlage 5 der Universaldienstrichtlinie findet sich als Referenzpunkt für die Einordnung als Universaldienstleistung „[...] ob bestimmte Dienste der Mehrheit der Verbraucher zur Verfügung stehen und von ihr genutzt werden und ob die Nichtverfügbarkeit oder Nichtnutzung durch die Minderheit der Verbraucher zu einer gesellschaftlichen Ausgrenzung führt“. Insoweit könnte hier ein Anhaltspunkt für die Ausgestaltung der Leitlinien durch BEREK darin bestehen, dass ein ausreichender Ausbau des Internetzugangs nur dann angenommen werden kann, wenn der Internetzugang eines Endkunden eine Qualität aufweist, die der Mehrheit aller Endkunden zur Verfügung steht und von ihr genutzt wird und die Nichtverfügbarkeit zu einer gesellschaftlichen Ausgrenzung führen kann. Hierbei ist ein dynamisierter Maßstab hinsichtlich der Grundkapazität bzw. Grundlast des offenen Internet zugrunde zu legen.

Hinsichtlich der Zulässigkeit von Spezialdiensten lässt der Verordnungstext in § 3 Abs. 5 ebenfalls offen, nach welchen Kriterien die Notwendigkeit einer bestimmten Übertragungsqualität ermittelt wird. In dieser Hinsicht erhält der Verordnungstext keine präzise Bezugnahme auf technische Parameter, sondern lediglich die Regelung, dass die Regulierungsbe-

hörden nicht näher in der Verordnung definierte „Mindestqualitätsanforderungen“ festlegen sollen, von denen die Zulässigkeit des Einsatzes von Spezialdiensten abhängen soll. Ausgehend von der Gesetzgebungshistorie spricht viel dafür, dass die Spezialdienste sich dadurch auszeichnen sollen, dass sie eine Übertragungsqualität gewährleisten, die aus technischer Sicht im Hinblick auf „jitter“, „latency“, „package loss“ konkretisiert werden kann. Dies müsste auch in den entsprechenden Leitlinien seinen Niederschlag finden. So könnte etwa im Rahmen einer sog. White-List eine Festlegung erfolgen, wo aus technischen Gründen bei Erfüllung bestimmter Parameter für die Gesamtkapazität des offenen Internet das Angebot von Spezialdiensten notwendig und zulässig ist. Die Festlegung dieser Parameter muss ex ante und nicht ex post erfolgen.


Des Weiteren lässt der Verordnungstext offen, ob Spezialdienste nur für bestimmte Verkehrskategorien – wie etwa Voice-over-IP – diskriminierungsfrei allen Anbietern einer Verkehrskategorie angeboten werden dürfen oder ob sie auch auf Angebote einzelner Anbieter zugeschnitten sein dürfen, wie beispielsweise etwa Skype. Eine strikte Beschränkung des Access Tierings (s.o.) würde auch hier für Klarheit sorgen.

Sollten Spezialdienste nur für bestimmte Verkehrskategorien zugelassen werden, so müsste auch dies in den Leitlinien festgelegt werden.

Leipzig/Mainz, 29.02.2016



Honorarprofessor Dr. Jens-Ole Schröder
Vorsitzender der Juristischen Kommission der ARD



Peter Weber
Justitiar des ZDF