



Digitale Gesellschaft e. V.
Singerstraße 109
10179 Berlin

(030) 97894230

info@digitalegesellschaft.de
www.digitalegesellschaft.de

Berlin, den 29. Februar 2016

**Schriftliche Stellungnahme des Digitale Gesellschaft e.V.
zum Workshop zu den Regelungen zur Netzneutralität in
der Telecom Single Market-Verordnung**

1. Netzneutralität und Vertragsfreiheit (Art. 3 Abs. 1 und 2) und andere Grundsatzaspekte

1.1 Welche konkreten Vereinbarungen zwischen Anbietern von Internetzugangsanbietern bzw Geschäftspraktiken sehen Sie als kompatibel bzw nicht kompatibel mit der Verordnung an?

Reine „**Surf Only**“ Angebote (Dienste, die lediglich das Surfen im WWW ermöglichen und andere Internetanwendungen wie etwa FTP, VoIP oder E-Mail nicht zulassen) **sind mit der Verordnung nicht vereinbar.**

Werden „Surf Only“ Angebote als Internetzugangsdienst i.S.d. Art. 2 Nr. 2 aufgefasst, so verstoßen sie gegen das in Art. 3 Abs. 1 garantierte Recht der Endnutzer, über ihren Internetzugangsdienst unabhängig vom Ursprung der Informationen, Inhalte, Anwendungen oder Dienste, Informationen und Inhalte abrufen und verbreiten zu dürfen. Aus diesem Grund können „Surf Only“ Angebote auch nicht als Vereinbarungen i.S.d. Art 3 Abs. 2 verstanden werden, da derartige Vereinbarungen die Rechte aus Art. 3 Abs. 1 nicht einschränken dürfen. Ebenso verbietet sich die Einordnung von „Surf Only“ Angeboten als Spezialdienste i.S.d. Art. 3 Abs. 5, da die Beschränkung auf bloßes Surfen im WWW nicht – wie in der Norm vorausgesetzt – erforderlich ist, um den Anforderungen der Inhalte, Anwendungen und Dienste an ein bestimmtes Qualitätsniveau zu genügen.

Aus den gleichen Gründen stehen **Angebote, bei denen der Internetzugang eingeschränkt ist** (z.B. Ausschluss von VoIP, Instant Messaging), **nicht im Einklang mit der Verordnung.**

Zudem können solche Angebote auch nicht als Variante des Verkehrsmanagements i.S.d. Art. 3 Abs. 3, Unterabsätze 2 und 3 begriffen werden. Anders als von Art. 3 Abs. 3 Unterabsatz 2 verlangt, beruhen Angebote mit eingeschränktem Internetzugang nicht auf „objektiv unterschiedlichen technischen Anforderungen an die Dienstqualität bestimmter Datenverkehrskategorien“. Als Verkehrsmanagementmaßnahmen i.S.d. Art. 3 Abs. 3 Unterabsatz 2 scheiden sie ebenfalls aus. Wie die Wendung „außer soweit und solange es erforderlich ist“ verdeutlicht, kann es sich hier lediglich um zeitlich befristete und inhaltlich begrenzte Maßnahmen handeln, während bei den in Rede stehenden Angeboten der Internetzugang dauerhaft beschränkt ist.

Auch **Zero Rating Angebote widersprechen den Regelungen der Verordnung**. Zwar erlaubt Art. 3 Abs. 2 grundsätzlich Vereinbarungen zwischen Anbietern von Internetzugangsdiensten und Endnutzern über die gewerblichen und technischen Bedingungen und die Merkmale von Internetzugangsdiensten wie u.a. Datenvolumina; diese Vereinbarungen dürfen zugleich jedoch nicht die Rechte der Endnutzer gemäß Art. 3 Abs. 1 einschränken.

Tatsächlich verkürzen Zero Rating Angebote jedoch das in Art. 3 Abs. 1 garantierte Recht der Endnutzer, Informationen und Inhalte abzurufen und zu verbreiten sowie Anwendungen oder Dienste zu nutzen und bereitzustellen. Während der Zero Rating Dienst auch nach Ausschöpfen des Datenvolumens noch in voller Geschwindigkeit nutzbar ist, werden alle anderen Dienste und Anwendungen so stark gedrosselt, dass sie praktisch nicht mehr nutzbar sind. Wie das Landgericht Potsdam mit Urteil vom 14. Januar 2016¹ entschied, kommt eine Drosselung der Übertragungsrate auf 56 KBit/s einer Reduzierung der Internetnutzung „auf 'null' gleich“. Die Wahlfreiheit gerade auf Seiten des Konsumenten-Endnutzers wird demnach auf den Zero Rating Dienst reduziert und damit im Verhältnis zu anderen Diensten und Anwendungen faktisch ausgeschlossen.

Ausweislich des Erwägungsgrundes 7 der Verordnung, welcher sich auf Art. 3 Abs. 2 bezieht, sollen die Regulierungsbehörden in der Lage sein, gerade gegen solche Geschäftsgepflogenheiten vorzugehen, durch welche die Auswahlmöglichkeit der Endnutzer in der Praxis wesentlich eingeschränkt wird. Gerade dies ist nach dem zuvor Gesagten bei Zero Rating Angeboten stets der Fall. Des Weiteren können Zero Rating Angebote auch nicht als Maßnahmen des Verkehrsmanagements i.S.d. Art. 3 Abs. 3 Unterabsatz 2 verstanden werden, da sie nicht auf objektiv unterschiedlichen technischen Anforderungen an die Dienstqualität bestimmter Datenverkehrskategorien beruhen. Mangels Einschlägigkeit der in Art. 3 Abs. 3 Unterabsatz 3 lit. a) – c) genannten Fallgruppen, kommt auch eine Einordnung als weitergehendes Verkehrsmanagement nicht in Betracht.

2. Fragen zum Thema „angemessenes Verkehrsmanagement“

2.1 Was kennzeichnet aus Ihrer Sicht angemessenes Verkehrsmanagement i.S.d. Verordnung und was sind Beispiele dafür?

Wie aus Art. 3 Abs. 3 Unterabsatz 2 explizit hervorgeht, müssen Maßnahmen des

1 http://zap.vzbv.de/be0fe8e7-fe1d-41b4-ac53-7344d570facf/E_Plus-Datenvolumen-LG_Potsdam2016-01-14-AZ_2_O_148_14.pdf

Verkehrsmanagements transparent, nichtdiskriminierend und verhältnismäßig sein, um als angemessen zu gelten. Die Verhältnismäßigkeit setzt unter anderem voraus, dass die Maßnahme erforderlich ist. Dies ist wiederum nur dann der Fall, wenn die Maßnahme das relativ mildeste Mittel zum Zwecke des Verkehrsmanagements darstellt. Bei Maßnahmen des Verkehrsmanagements muss daher zunächst stets auf Mittel zurückgegriffen werden, die den freien Datenfluss möglichst wenig einschränken. Erst wenn diese nicht mehr effektiv sind, können stärker einschränkende Mittel zum Einsatz kommen. Konkret folgt daraus etwa, dass Datenkomprimierung grundsätzlich vor Datenpriorisierung anzuwenden ist.

Ferner verlangt Art. 3 Abs. 3 Unterabsatz 2, dass Maßnahmen des Verkehrsmanagements auf objektiv unterschiedlichen Anforderungen an die Dienstqualität bestimmter Datenverkehrskategorien beruhen müssen. Verkehrsmanagement kann daher nur dann zulässig sein, wenn die konkrete, unmittelbare Gefahr besteht, dass bestimmte Datenverkehrskategorien ohne Verkehrsmanagement nicht mehr in einer Geschwindigkeit übermittelt werden können, die für die Dienstqualität erforderlich ist. Dies könnte in Fällen außergewöhnlicher Netzauslastung für zeitkritische Dienste wie Videostreaming, VoIP oder Online-Gaming zutreffen, die gegenüber weniger zeitkritischen Diensten wie E-Mail priorisiert werden.

Da Maßnahmen des Verkehrsmanagements gemäß Art. 3 Abs. 3 Unterabsatz 2 auch nichtdiskriminierend sein müssen, müssen sie stets identisch auf alle Inhalte, Dienste und Anwendungen einer Datenverkehrskategorie angewendet werden.

Mit der Anforderung, dass Verkehrsmanagementmaßnahmen transparent sein müssen, verlangt Art. 3 Abs. 3 Unterabsatz 2 überdies, dass die Anbieter von Internetzugängen sowohl die jeweilige Netzauslastung als auch Art, Dauer und Auswirkungen der ergriffenen Maßnahmen in nachvollziehbarer Weise dokumentieren müssen.

2.2 Können Sie anhand konkreter Beispiele erläutern, was aus Ihrer Sicht unter den folgenden Formulierungen in Art. 3 Abs. 3 Unterabsatz 2 zu verstehen ist:

- „nicht auf kommerziellen Erwägungen“

Anders als etwa bei den Begriffen „gewerblich“ und „geschäftsmäßig“ besteht nach unserem Kenntnisstand keine allgemeine juristische Definition des Begriffs

„kommerziell“. Entsprechend dem allgemeinen Sprachgebrauch interpretieren wir daher alle Erwägungen als „kommerziell“, die darauf gerichtet sind, die Attraktivität des jeweiligen Zugangsdienstes für Verbraucher zu erhöhen und den Unternehmensumsatz zu steigern. Dies trifft im Ergebnis für jede Priorisierung des Datenverkehrs zu, da sie stets mit dem Ziel eingesetzt wird, den Zugangsdienst zu optimieren und seine Attraktivität für Verbraucher durch eine einwandfreie Funktion zu erhöhen. In diesem Zusammenhang muss auch Erwägungsgrund 9 in den Blick genommen werden, der deutlich sagt, dass Priorisierungen nie aufgrund kommerzieller Erwägungen, sondern nur (also ausschließlich) wegen der technischen Anforderungen an die Dienstqualität vorgenommen werden dürfen. Da, wie soeben dargestellt, Priorisierungen nie frei von kommerziellen Erwägungen sind, bedeutet dies faktisch ein Verbot von Verkehrsmanagementmaßnahmen.

- „objektiv unterschiedliche technische Anforderungen“

Aus unserer Sicht sind mit dieser Wendung die technischen Parameter der Übertragung (Volumen, Latenz, Jitter) gemeint, die erfüllt sein müssen, damit der Endnutzer den jeweiligen Dienst in mittlerer Art und Güte in Anspruch nehmen kann. Es kommt also nicht darauf an, ein optimales Nutzungserlebnis herzustellen, sondern lediglich eines, das durchschnittlichen Erwartungen entspricht.

- „bestimmte Datenverkehrskategorien“

Mit dem Begriff sind nach unserer Auffassung nicht einzelne Dienste gemeint, sondern vielmehr unterschiedliche Typen von Datenverkehren, die sich im Hinblick auf ihren zeitkritischen Charakter von anderen Verkehren unterscheiden. Dies dürften vor allem Videostreaming, VoIP und Online-Gaming sein.

2.3 Was folgt aus dieser Formulierung in Art. 3 Abs. 3 Unterabsatz 2 in Verbindung mit Recital 9? Wie verhält sich dies zu der Anforderung, den gesamten Verkehr bei der Erbringung von Internetzugangsdiensten ohne Diskriminierung gleich zu behandeln (Art. 3 Abs. 3 Unterabsatz 1), und wie sehen Sie den Zusammenhang zu den Endnutzerrechten (Art. 3 Abs. 1)?

Zunächst verdeutlicht Art. 3 Abs. 3 Unterabsatz 2, dass Maßnahmen des Verkehrsmanagements unter den dort genannten Voraussetzungen (siehe Antworten unter 2.1 und 2.2) nicht als diskriminierend im Sinne des Unterabsatzes 1 anzusehen sind. Da der Absatz 3 dem Absatz 1 nachgeordnet ist, spricht seine systematische

Stellung dafür, dass solche Maßnahmen des Verkehrsmanagement als Ausnahme vom und nicht als Verstoß gegen den Grundsatz aus Absatz 1 anzusehen sind.

Wie oben bereits unter 2.2 dargelegt, folgt aus der Formulierung „**nur** auf der Grundlage objektiv verschiedener Anforderungen an die technische Qualität der Dienste“, dass Verkehrsmanagementmaßnahmen nie aufgrund kommerzieller Erwägungen vorgenommen werden dürfen. Die Verwendung des Wortes „nur“ verdeutlicht, dass neben den objektiv verschiedenen Anforderungen an die technische Qualität der Dienste keinerlei andere Gründe für das Ergreifen von Verkehrsmanagementmaßnahmen eine Rolle gespielt haben dürfen. Nach unserer Ansicht sind solche Maßnahmen jedoch niemals frei von kommerziellen Erwägungen, da es dem Anbieter eines Internetzugangsdienstes stets zumindest auch darum gehen wird, die Attraktivität des Zugangsdienstes für seine Kunden zu erhöhen.

3. Fragen zum Thema „darüber hinausgehendes Verkehrsmanagement“

3.1 Erläutern Sie bitte anhand konkreter Beispiele, was aus Ihrer Sicht unter Verkehrsmanagementmaßnahmen i.S.v. Art. 3 Abs. 3 Unterabsatz 3 zu verstehen ist und wann diese notwendig sind.

Die im Rahmen von Art. 3 Abs. 3 Unterabsatz 3 erlaubten Maßnahmen werden dort beispielhaft („insbesondere“) aufgezählt. Wie sich aus Erwägungsgrund 11 ergibt, erfasst die Vorschrift nicht Kompressionsverfahren, mit denen kein Datenverlust verbunden ist. Umgekehrt kann daraus geschlossen werden, dass Art. 3 Abs. 3 Unterabsatz 2 ausschließlich derartige Datenkompressionsverfahren sowie die Priorisierung bestimmter Datenverkehrskategorien erfasst. Alle darüber hinausgehenden Maßnahmen des Verkehrsmanagements unterliegen hingegen dem Regime von Art. 3 Abs. 3 Unterabsatz 3.

3.2. Wie sehen Sie den Zusammenhang zwischen diesen Verkehrsmanagementmaßnahmen und der diskriminierungsfreien Gleichbehandlung des gesamten Verkehrs (Art. 3 Abs. 3 Unterabsatz 1) bzw. den Endnutzerrechten (Art. 3 Abs. 1)?

Die in Art. 3 Abs. 3 Unterabsatz 3 angesprochenen Maßnahmen des Verkehrsmanagements stellen nach dem Text der Verordnung jedenfalls dann keinen

Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot und die Endnutzerrechte dar, wenn sie ausschließlich in den abschließend unter Buchstaben a) – c) aufgeführten Fällen ergriffen werden. Dies ergibt sich vor allem aus der systematischen Stellung von Art. 3 Abs. 3 Unterabsatz 3 im Verhältnis zu Art. Abs. 1 und Abs. 3 Unterabsatz 1.

3.3 Was kennzeichnet aus Ihrer Sicht die folgenden Begriffe?

- „drohende Netzüberlastung“

Eine drohende Netzüberlastung setzt aus unserer Sicht zunächst im Mindesten eine Situation voraus, in der das Netz bereits voll ausgelastet ist. Des Weiteren muss sich aus historischen Daten ergeben, dass eine darüber hinausgehende Beanspruchung des Netzes zeitlich unmittelbar bevorsteht. Dies könnte beispielsweise der Fall sein, wenn ein Sport- oder Medienereignis von besonderem gesamtgesellschaftlichen Interesse stattfinden in Kürze wird und deshalb erfahrungsgemäß mit einer Überbeanspruchung der Netzwerkkapazitäten zu rechnen ist.

- „außergewöhnliche oder vorübergehende Netzüberlastungen“

Aus der Formulierung ist zunächst zu entnehmen, dass Netzüberlastungen im Sinne der Vorschrift seltene und zeitlich begrenzte Ausnahmen darstellen. Mithin lässt sich daraus für den Netzbetreiber der Imperativ ableiten, stets für so ausreichende Kapazitäten zu sorgen, dass eine Netzüberlastung im Normalfall nicht eintritt und gegebenenfalls nur von kurzer Dauer ist. Aus unserer Sicht kann es sich bei einer „außergewöhnlichen“ Netzüberlastung zudem nur um einen Fall handeln, in dem die Überlastung unvorhersehbar und trotz entsprechender Vorsorge unvermeidbar war. Dies könnte etwa dann der Fall sein, wenn Kabel oder andere Hardwarekomponenten aus Gründen beschädigt werden, die außerhalb der Einfluss- und Organisationssphäre des Netzbetreibers liegen.

- „gleichwertige Verkehrsarten“

Vor dem Hintergrund von Erwägungsgrund 15, in dem der Begriff „Verkehrskategorien“ offenbar synonym mit dem Begriff „Verkehrsarten“ verwendet wird, verstehen wir unter „Verkehrsarten“ die Datenverkehrskategorien, von denen auch in Art. 3 Abs. 3 Unterabsatz 2 die Rede ist. Es handelt sich dabei also um verschiedene Typen von Datenverkehren, die sich vor allem in Hinblick auf ihren zeitkritischen Charakter von weniger zeitkritischen Datenverkehren unterscheiden. Gleichwertig wären demnach Verkehrsarten, die jeweils denselben zeitkritischen Charakter aufweisen.

4. Fragen zum Thema „Spezialdienste“ (Art. 3 Abs. 5)

4.1 Erläutern Sie anhand konkreter Beispiele, wann bzw. weshalb eine Optimierung erforderlich ist.

Nach dem Text der Verordnung muss die Optimierung „erforderlich“ sein, „um den Anforderungen der Inhalte, Anwendungen und Dienste an ein spezifisches Qualitätsniveau zu genügen“ (vgl. Art. 3 Abs. 5 Unterabsatz 1). Aus unserer Sicht folgt aus der Formulierung „erforderlich“, dass es ohne Spezialdienst nicht möglich ist, den Anforderungen an ein spezifisches Qualitätsniveau zu genügen. Solange und soweit diesen Anforderungen also auch bei einer Übermittlung über das offene Internet genügt werden kann, dürfen die Inhalte, Anwendungen und Dienste demnach nicht als Spezialdienst angeboten werden.

4.2 Wann ist die Netzkapazität für Spezialdienste ausreichend, um sie zusätzlich zu erbringen?

Wie sich unmittelbar aus Art. 3 Abs. 5 Unterabsatz 2 ergibt, darf das Angebot von Spezialdiensten „nicht zu Nachteilen bei der Verfügbarkeit oder der allgemeinen Qualität der Internetzugangsdienste für Endnutzer führen“.

Damit benennt die Verordnung zugleich den Maßstab für die Dimensionierung der Netzkapazität. Das Angebot von Spezialdiensten darf demnach nicht zu Situationen führen, in denen regelmäßig Netzüberlastungen drohen oder außergewöhnliche Netzüberlastungen i.S.d. Art. 3 Abs. 3 Unterabsatz 3 eintreten. Gleiches gilt auch für Verkehrsmanagementmaßnahmen i.S.d. Art. 3 Abs. 3 Unterabsatz 2: Wie oben unter 2.1 dargelegt, dürfen solche Verkehrsmanagementmaßnahmen nicht auf kommerziellen Erwägungen beruhen. Da das Angebot von Spezialdiensten stets auf kommerziellen Erwägungen beruht, kann es keinen tauglichen Grund darstellen, um Verkehrsmanagementmaßnahmen zu ergreifen.

4.3 Werden Internetzugangsdienste und Spezialdienste über getrennte bzw. gemeinsam genutzte Netzkapazitäten realisiert?

Auch wenn die Verordnung diese Frage nicht explizit regelt, so lässt sich aus ihr gleichwohl mittelbar entnehmen, dass lediglich eine logische und keine physikalische Trennung der Kapazitäten verlangt wird. Die Vorgabe in Art. 3 Abs. 5 Unterabsatz 2,

wonach die Netzwerkkapazität ausreichen muss, um Spezialdienste neben Internetzugangsdiensten anzubieten, ist nur dann sinnvoll, wenn beide Dienste über dieselbe physikalische Infrastruktur abgewickelt werden. In Fällen, in denen die Infrastrukturen für beide Dienste physikalisch separiert sind, könnte sich nach unserem Verständnis gar keine Beeinträchtigung der Internetzugangsdienste durch Spezialdienste ergeben.

4.4 Wann sind Spezialdienste nicht als Ersatz für Internetzugangsdienste im Sinne der Verordnung anzusehen? Was wären aus Ihrer Sicht entsprechende Beispiele?

Sobald Inhalte, Anwendungen oder Dienste des offenen Internet, sei es einzeln oder als Teil eines Bundles, im Wege eines Spezialdienstes angeboten werden, fungiert der Spezialdienst nach unserem Verständnis als Ersatz für einen Internetzugangsdienst. Das gilt sowohl dann, wenn die entsprechenden Inhalte, Anwendungen oder Dienste parallel im offenen Internet verfügbar bleiben als auch dann, wenn sie exklusiv auf einen Spezialdienst ausgelagert werden. Umgekehrt liegt ein zulässiger Spezialdienst nach unserer Auffassung nur dann vor, wenn Inhalte, Anwendungen oder Dienste spezifisch für das Angebot über einen Spezialdienst entwickelt werden und eine Übermittlung über das offene Internet aufgrund der konkreten technischen Anforderungen nicht möglich wäre.

4.5 Wie lässt sich sicherstellen, dass die Verfügbarkeit oder die allgemeine Qualität der Internetzugangsdienste nicht beeinträchtigt wird bzw. ab wann läge eine solche Beeinträchtigung vor?

Sicherstellen lässt sich dies zunächst durch einen konsequenten Kapazitätsausbau. Wollen Netzbetreiber Spezialdienste anbieten, so müssen sie die Kapazität ihres Netzes zunächst um den aufgrund des Spezialdienstes erwarteten Bandbreitenbedarf aufstocken. Des Weiteren muss der Kapazitätsanteil, den Spezialdienste maximal in Anspruch nehmen können, a priori auf einen Wert beschränkt sein, der die Funktion von Internetzugangsdiensten selbst dann unberührt lässt, wenn diese voll ausgelastet sind. Im Übrigen verweisen wir auf die Ausführungen unter 4.2.