

Contribution of the Media-Departments of the States of Germany

Guidelines Net neutrality

Stellungnahme der Medien-Fachressorts der

Länder der Bundesrepublik Deutschland

zu dem Entwurf der Leitlinien des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation vom 06. Juni 2016

I. Einleitung

Die Länder begrüßen, dass das Europäische Parlament und die Europäische Kommission mit der Telecom Single Market Verordnung (im Folgenden „TSM-VO“ genannt) grundlegende Regelungen zum Zugang zum offenen Internet geschaffen haben, die seit April 2016 in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union und der Europäischen Wirtschaftsregion gleichermaßen gelten.

Endnutzer haben nach der TSM-VO das Recht, über ihren Internetzugangsdienst ohne Diskriminierung Informationen und Inhalte abzurufen und zu verbreiten und Anwendungen und Dienste zu nutzen und bereitzustellen. Dabei nimmt die Bedeutung von digitalen Inhalten, Anwendungen und Diensten für die Information und die Meinungsbildung der Bürgerinnen und Bürger stetig zu.

Die Länder betonen daher, dass eine **gleichberechtigte und uneingeschränkte Teilhabe der Bürgerinnen und Bürger am offenen Internet als einem zentralen Medium und zunehmend wichtigen technischen Verbreitungsweg für unsere Informationsgesellschaft von herausragender Bedeutung** ist. Alle Datenpakete im Rahmen der elektronischen Kommunikation müssen unabhängig von Inhalt, Anwendung, Herkunft und Ziel grundsätzlich gleich behandelt werden. Dies ist nicht nur Voraussetzung für Innovation und einen funktionierenden Wettbewerb, sondern auch zentrale Voraussetzung für die Freiheit der Meinungsäußerung, die Informationsfreiheit, die unternehmerische Freiheit und ein hohes Verbraucherschutzniveau in der digitalen Welt. Durch den Zugang zu einem offenen und leistungsstarken Internet und damit zu einer Vielzahl von Medienangeboten und –diensten, zu Plattformen der freien individuellen und öffentlichen Kommunikation und einem nahezu unerschöpflichen Informationsangebot ist das Internet zu einer **wichtigen Säule für Meinungsvielfalt und Meinungsäußerung** geworden.

Die Gleichbehandlung aller Daten sichert freies Wissen, Demokratie und Teilhabe und zwar sowohl für den Endnutzer als Konsument, wie auch für den Endnutzer als Inalteanbieter. Grundsätzlich haben finanzschwache, kleine Anbieter denselben Zugang zum Netz wie große Medienkonzerne. Eine Ungleichbehandlung aufgrund einer Einstufung als Spezialdienst oder dem Abschluss einer vertraglichen Vereinbarung zum Zero-Rating muss ebenso ausgeschlossen sein wie im Zuge des Verkehrsmanagements nach der Einstufung in eine bestimmte Verkehrskategorie.

Die Länder begrüßen insofern das in Artikel 1 TSM-VO festgelegte Ziel der Wahrung der gleichberechtigten und nichtdiskriminierenden Behandlung des Datenverkehrs bei der Bereitstellung von Internetzugangsdiensten und des Schutzes der damit verbundenen Rechte der Endnutzer. Sie begrüßen weiterhin, dass die von dem Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische

Contribution of the Media-Departments of the States of Germany

Kommunikation (GEREK) entworfenen Leitlinien die Vorgaben der TSM-VO konkretisieren und mit Beispielen unterlegen.

Eine effektive Umsetzung der TSM-VO durch die nationalen Regulierungsbehörden und die anderen zuständigen Behörden unter Berücksichtigung konkreter Leitlinien ist erforderlich, um Gefährdungen der Netzneutralität zu begegnen. Eine funktionierende Kommunikation darf nicht durch ökonomische Interessen eingeengt werden.

Die Länder nehmen daher gerne die Gelegenheit zur Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Konsultation wahr. Sie bedauern jedoch, dass der Zeitraum der Konsultation unter Berücksichtigung der Tragweite der Leitlinien und der zu erwartenden Resonanz aller Betroffenen sehr kurz bemessen ist.

II. Generelle Aspekte – Berücksichtigung von Meinungsbildungsrelevanz und Medienvielfalt

Die Länder begrüßen, dass die Leitlinien die in Artikel 3 TSM-VO festgelegten Rechte der Endnutzer und insbesondere den in Artikel 3 (3) TSM-VO beschriebenen Grundsatz der Netzneutralität weiter konkretisieren. Die Länder betonen, dass von diesem Grundsatz weiterhin nur auf Grund von eng definierten Ausnahmen mit objektiv überprüfbaren Kriterien abgewichen werden darf und den Leitlinien insofern eine entscheidende Bedeutung zukommt.

Sie begrüßen, dass die Leitlinien in einigen Punkten die technischen und regulatorischen Anforderungen und Kriterien für die einheitliche Anwendung in allen Mitgliedstaaten vorgeben und damit den nationalen Regulierungsbehörden und anderen zuständigen Behörden als Orientierung bei der Überwachung der Einhaltung der Endnutzerrechte dienen sollen.

Die Länder bedauern jedoch, dass die Leitlinien bei den Rahmenbedingungen zur Sicherung von Netzneutralität den Schwerpunkt auf technische Vorgabengelegt haben und **nicht ausreichend berücksichtigen, ob der Spezialdienst im besonderen öffentlichen Interesse liegt und ob eine besondere Rechtfertigung für die Besserstellung gegeben ist und insbesondere, dass die Verletzung technischer Anforderungen auch schwerwiegende Gefahren und gegebenenfalls irreversible Nachteile für die inhaltliche Vielfalt der Dienste und Anwendungen haben können**. Sie gehen davon aus, dass darüber hinaus Aspekte der Chancengleichheit, Kommunikationsfreiheit und Medienvielfalt und insbesondere die in Ziffer 43. der Leitlinien (im Folgenden „Z“ genannt) aufgeführten Kriterien in der nationalen Umsetzung der Leitlinien berücksichtigt werden können.

Sie bedauern weiterhin, dass nicht nur die TSM-VO, sondern auch die Leitlinien an vielen Stellen auslegungsbedürftig und weit gefasst sind. Insbesondere beim Verkehrsmanagement, bei den Spezialdiensten und beim Zero-Rating besteht trotz der Konkretisierungen durch die Leitlinien die Gefahr, dass das grundlegende Prinzip der Netzneutralität und damit unter anderem die Rechte der Endnutzer aus Artikel 3 (1) TSM-VO durch Ausnutzung von Regelungslücken und Schlupflöchern ausgehöhlt wird.

Die Länder unterstützen das Ziel der TSM-VO, die Endnutzer zu schützen und gleichzeitig das „Ökosystem“ des Internets weiterhin als funktionstüchtigen Innovationsmotor zu gewährleisten

Contribution of the Media-Departments of the States of Germany

(siehe Erwägungsgrund 1 der TSM-VO - im Folgenden „EG“ genannt). Gleichwohl ist die Wahrung von Netzneutralität nicht nur Voraussetzung für Innovation und einen funktionierenden Wettbewerb, sondern auch eine **zentrale Voraussetzung für die Freiheit der Meinungsäußerung, die Informationsfreiheit (Artikel 11 Europäische Grundrechtecharta), die unternehmerische Freiheit (Artikel 16 Europäische Grundrechtecharta) und für ein hohes Verbraucherschutzniveau (Artikel 38 Europäische Grundrechtecharta).**

Die Länder begrüßen, dass nach Ziffer 43. der Leitlinien bei der Überprüfung der kommerziellen und technischen Konditionen von Geschäftsgepflogenheiten die **Auswirkungen auf die Auswahl und Vielfalt von Inhalten und Anwendungen und die freie Meinungsäußerung sowie die Medienvielfalt** berücksichtigt werden müssen.

Die Länder unterstützen die darin dokumentierte Annahme, dass sich das Internet zunehmend zu einem maßgeblichen **Medium und Faktor der Meinungsbildung** entwickelt und damit sowohl der Zugang hierzu als auch die über das Internet verbreiteten Inhalte, Anwendungen und Dienste **im besonderen Maße Einfluss auf die Demokratie bzw. die freiheitlich-demokratische Grundordnung** nehmen können.

Sie fordern, dass die nationalen Regulierungsbehörden und die anderen zuständigen Behörden bei allen Überwachungen, Prüfungen und Berichten (u. A. nach Z 19., 48., 54., 66., 74., 86., 103., 110., 120., 164., 170., 173.) neben den technisch ausgestalteten Kriterien zur Wahrung der gleichberechtigten und nichtdiskriminierenden Behandlung des Datenverkehrs im Internet immer auch diese **besonderen Anforderungen zum Schutz der inhaltlichen Angebotsvielfalt** berücksichtigen müssen (wie z.B. in Z 43. vorgeben).

III. Spezielle Aspekte

1. Andere zuständige Behörden

Die TSM-VO sieht vor, dass neben den nationalen Regulierungsbehörden auch „andere zuständige Behörden“ (Artikel 5 (4) TSM-VO, EG 7) in den Mitgliedsstaaten entsprechende Aufgaben übernehmen und insofern mit Rechten und Pflichten ausgestattet sein können.

Die Länder gehen dabei davon aus, dass mit dem Begriff „Authority“ nicht lediglich „Behörden“ im formalen Sinn gemeint, sondern auch weitere Institutionen, Einrichtungen oder Anstalten erfasst sind, sofern sie nach nationalem Recht mit entsprechenden Befugnissen und Kompetenzen ausgestattet sind.

Sie betonen dies vor dem Hintergrund, dass in einigen europäischen Ländern die nationale Regulierungsbehörde sowohl für technische wie auch inhaltliche Aspekte der Medienregulierung in einer konvergenten Medienwelt zuständig ist (z.B. OFCOM - UK; AGCOM – IT).

Die Länder weisen darauf hin, dass in Deutschland auf Grund des föderalen Systems dem Bund und den Ländern nach dem Grundgesetz jeweils eigene Zuständigkeiten zugewiesen sind. So obliegt der Bundesnetzagentur als nationaler Regulierungsbehörde die Aufgabe der technischen Aufsicht über die Telekommunikationsanbieter. Den Landesmedienanstalten kommt die inhaltliche Aufsicht über

Contribution of the Media-Departments of the States of Germany

den privaten Rundfunk und Telemedien zu (siehe hierzu: <http://www.die-medienanstalten.de/en/profile.html>), während die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der binnenpluralen Gremienaufsicht unterliegen. Die Länder weisen zur Klarstellung darauf hin, dass die Landesmedienanstalten nicht unmittelbar für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zuständig sind. Soweit die nationale Regulierungsbehörde **Aspekte der Wahrung und Förderung von Medienpluralismus (u.a. Z 43.)** zu berücksichtigen hat und damit die Interessen beider Säulen der deutschen dualen Rundfunkordnung berührt sind, wäre auf nationaler Ebene eine **Abstimmung der Bundesnetzagentur sowohl mit den Landesmedienanstalten als auch mit dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk vorzunehmen.**

Die Länder begrüßen daher, dass neben den nationalen Regulierungsbehörden gemäß Artikel 2 g) der Richtlinie über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (zur Definition siehe Fußnote 29 der Leitlinien) auch andere kompetente und zuständige Einrichtungen nach der TSM-VO tätig werden können und sollen (wie u. A. in Z 40., 41., 45., 182. vorgesehen). Daher ist nicht ausgeschlossen, dass in Deutschland nach der verfassungsrechtlichen Kompetenzaufteilung neben der Bundesnetzagentur auch die Landesmedienanstalten in die nationale Umsetzung der TSM-VO eingebunden werden und auf Grund der beiden Säulen der dualen Rundfunkordnung auch die Anliegen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und privaten Rundfunkunternehmen berücksichtigt werden könnten.

Nach Ziffer 78. ff der Leitlinien ist unter anderem als Ausnahme vom Grundsatz des angemessenen Verkehrsmanagements nach Art 3 (3) a) TSM-VO (EG 13) vorgesehen, dass Zugangsanbieter Anordnungen, Maßnahmen oder Entscheidungen umsetzen müssen, die z.B. von mit entsprechenden Befugnissen ausgestatteten Behörden getroffen wurden oder zur Gewährleistung der Einhaltung nationalen Rechtsvorschriften umgesetzt werden müssen. Des Weiteren wird in Artikel 5 (4) TSM-VO (Z 182.) ausdrücklich darauf hingewiesen, dass **auch andere zuständige Behörden nach nationalem Recht Aufgaben im Rahmen der Überwachung und Durchsetzung haben** und diese von den Leitlinien nicht tangiert werden.

Die Länder gehen davon aus, dass hierunter z.B. auch formale wie informelle Maßnahmen von anderen öffentlichen Behörden im Rahmen der Umsetzung des Rundfunkstaatsvertrages (z. B. aus § 59 Absatz 3 und 4 RfStV), des Jugendmedienschutz-Staatsvertrages (z. B. nach § 20 Absatz 1 und 4 JMStV i.V.m. § 59 Absatz 2 bis 4 RfStV unter Berücksichtigung von §§ 7-10 TMG) oder einzelner Landesmediengesetze (z. B. Maßnahmen nach § 15 Absatz 1 i.V.m. § 37 Absatz 3, § 1 Absatz 9 Thüringer Landesmediengesetz (ThürLMG) oder § 88 Abs. 3 S. 2 Landesmediengesetz Nordrhein-Westfalen (LMG NRW)) fallen können. **Sie erwarten daher, dass die Bundesnetzagentur als nationale Regulierungsbehörde in Deutschland insofern nicht nur die Fachkompetenz und Erfahrung der Landesmedienanstalten und deren Organe mit einbeziehen.**

Darüber hinaus regen die Länder an, in Ziffer 182. der Leitlinien die besonderen Anforderungen an die Meinungs-, Informations- und Pressefreiheit, der Medienvielfalt sowie dem chancengleichen und diskriminierungsfreien Zugang zu digitalen Angeboten für Anbieter wie auch Nutzer, die sich aus **Artikel 5 Grundgesetz ergeben, ausdrücklich zu erwähnen.**

2. Rechtsqualität der Leitlinien

Contribution of the Media-Departments of the States of Germany

Die Leitlinien sind gemäß ihrer Ziffer 1. als eine Empfehlung für die nationalen Regulierungsbehörden entworfen. Sie sind soweit möglich von den nationalen Regulierungsbehörden zu berücksichtigen. Nach Erwägungsgrund 19 der TSM-VO sollen die nationalen Regulierungsbehörden den einschlägigen GEREK-Leitlinien weitestgehend Rechnung tragen.

Die Länder sind wegen des verfassungsrechtlich vorgegebenen **Auftrags aus Artikel 5 Grundgesetz** gefordert, die Entwicklung des Zugangs zum und die Angebotsvielfalt im Internet zu beobachten und möglicherweise auftretenden **Tendenzen der Beschränkungen entgegenzuwirken**. Sie gehen daher davon aus, dass in der nationalen Ausführung der TSM-VO über die Leitlinien hinausgehend weitere Aspekte wie z.B. die der Meinungs- und Medienvielfaltssicherung berücksichtigt werden.

3. Unbestimmtheit der Leitlinien – Einzelfallentscheidungen

Die Länder begrüßen, dass die Leitlinien mit technischen und regulatorischen Einzelheiten einen weiteren Beitrag zur einheitlichen Anwendung der TSM-VO in allen Mitgliedstaaten leisten.

Tatsächlich bleiben die Leitlinien jedoch an vielen Stellen unkonkret, sind im Konjunktiv formuliert („...should...“), verwenden unbestimmte Rechtsbegriffe, verweisen pauschal auf die Endnutzerrechte nach Artikel 3 (1) TSM-VO und sehen statt eindeutigen Vorgaben vielfach Einzelfallentscheidungen der jeweiligen nationalen Regulierungsbehörde vor. So weisen die Leitlinien z.B. in Ziffer 37. darauf hin, dass es unterschiedliche Typen von Zero-Rating geben kann und diese unterschiedliche Auswirkungen auf die Rechte der Endnutzer und das offene Internet haben können. Die Leitlinien überlassen die Konsequenzen hieraus jedoch einer Einzelfallentscheidung durch die jeweiligen nationalen Regulierungsbehörden.

Die Länder stellen fest, dass die Leitlinien den nationalen Regulierungsbehörden und den anderen zuständigen Behörden den Spielraum lassen, unter Berücksichtigung der konkreten Umstände und orientiert an den Vorgaben der Leitlinien Einzelfallentscheidungen zu treffen (z.B. case-by-case Entscheidung über die Einstufung als Spezialdienst und der Beurteilung von „Business-Services“ als Unterfall der Spezialdienste in Z 108. und Z 110.).

Die Leitlinien tragen damit zwar dem Umstand Rechnung, dass die **Inhalte, Anwendungen und Dienste im Internet** sowohl in ihrer Anzahl als auch in ihrer Ausgestaltung vielgestaltig, stetig wachsend und in ihrer **Entwicklung dynamisch und unvorhersehbar** sind. Gleichwohl können durch nicht abgestimmte Einzelfallentscheidungen die Transparenz und die Vorhersehbarkeit von Entscheidungen beeinträchtigt werden und in einzelnen Mitgliedstaaten divergierende Umsetzungen entstehen.

Trotz der potentiellen Gefahr eines regulatorischen Flickenteppichs erkennen die Länder jedoch an, dass die **Leitlinien entwicklungs offen, dynamisch und damit zukunftsorientiert** formuliert sind. Die Länder begrüßen, dass dadurch in der Umsetzung nationale Besonderheiten berücksichtigt werden können (wie z.B. auseinanderfallende Kompetenzen der Aufsichtsbehörden). Sie gehen daher davon aus, dass **im Rahmen der nationalen Umsetzung** der Leitlinien z.B. zur Präzisierung von Spezialdiensten und zur Frage des Zero-Rating auch **Vorgaben im Hinblick auf die Sicherung von kommunikativer Chancengleichheit und Medienvielfalt getroffen werden können**.

Contribution of the Media-Departments of the States of Germany

4. Ex-Post Betrachtung

Die Länder **begrüßen grundsätzlich**, dass die Leitlinien keine strengen Vorgaben zur Vorabkontrolle von Internetzugangsanbietern vorsehen, sondern dem **Grundsatz der Ex-Post-Kontrolle** folgen. Die Leitlinien sehen für die Ausübung der nachgelagerten Missbrauchskontrolle Instrumente des Monitorings und des Beschwerdemanagements vor.

Dies ist aus Sicht der Länder jedoch **nicht in allen Regelungsbereichen ausreichend**, um Fehlentwicklungen zu verhindern, die im Zweifel nach einer Etablierung irreversibel sind und die Meinungsvielfalt gefährden.

So legen z.B. Anbieter von Internetzugangsdiensten a priori selbst fest, welche Qualitätsanforderungen objektiv technisch erforderlich sind, um einen Dienst in eine bestimmte Datenverkehrskategorie einzustufen (Z 59.). Die Länder sehen hier insbesondere die Gefahr, dass durch die eigenständige, einseitige Festlegung von Qualitätsmerkmalen (z.B. Verzögerung, Verzögerungsschwankungen, Paketverlust und Bandbreite) durch den Internetzugangspartner ggf. Datenverkehrskategorien geschaffen werden, die auch kommerziell motiviert sind – selbst wenn dies nicht der Hauptgrund sein darf (Artikel 3 (3) zweiter Unterabschnitt; EG 9; Z 65.).

Auch die Einstufung eines Spezialdienstes wird durch den Internetzugangsanbieter selbst vorgenommen (Z 102.) und unterliegt der Überprüfung der nationalen Regulierungsbehörden nur hinsichtlich der objektiv erforderlichen Optimierung zur Sicherung der entsprechenden Qualitätsgarantie (EG 16, Z 101.). Die Leitlinien sind insofern unklar, als in Ziffer 117. und 121. zur Beurteilung von ausreichender Netzkapazität Messungen vor und nach Einführung des Spezialdienstes vorgenommen werden sollen. Die Länder würden es daher **begrüßen**, wenn in Ziffer 112. ff klargestellt würde, dass die **Einführung eines Spezialdienstes bei der nationalen Regulierungsbehörde durch den Internetzugangsanbieter angezeigt werden muss**.

Die Länder **fordern** bei der Bestimmung von Datenverkehrskategorien und Spezialdiensten eine abschließende Festlegung der Kriterien und deren Bewertung in Ziffer 63. und Ziffer 109. der Leitlinien und als Folge einen **abschließenden Katalog von Verkehrskategorien und Spezialdiensten** z.B. unter Verweis auf eine Anlage zu den Leitlinien. Bei einer dynamischen Entwicklung und dem Bedarf nach neuen oder anderen Verkehrskategorien könnte die Anlage angepasst werden.

5. Gegenstand und Geltungsbereich der TSM-VO

Die Länder begrüßen, dass unter dem Begriff des „Endnutzers“ nicht nur Rezipienten erfasst sind, sondern auch Anbieter von Inhalten, Anwendungen und Diensten unter den Schutz der TSM-VO fallen.

Die Länder begrüßen dies im Hinblick auf das Recht des Endnutzers, sich aus allen allgemein zugänglichen Quellen im Internet ungehindert zu unterrichten, Informationen und Inhalte abzurufen und zu verbreiten bzw. Anwendungen und Dienste seiner Wahl zu nutzen. Gleichmaßen betonen

Contribution of the Media-Departments of the States of Germany

die Länder, dass auch Anbieter von Inhalten, Anwendungen und Diensten bei ihren Chancen und Möglichkeiten, den konsumierenden Endnutzer zu erreichen, nicht diskriminiert werden dürfen.

Da der **Endnutzer sowohl der Konsument von Angeboten und Diensten im Internet als auch der Anbieter derselben sein kann**, gelten auch die Regelungen zu den vertraglich möglichen Zero-Rating-Angeboten und Spezialdiensten für alle Endnutzer.

Die Länder sehen hier die **Gefahr eines zweiseitigen Geschäftsmodells** durch die Internetzugangsanbieter. Denn der Konsument zahlt für die Nutzung von Zero-Rating-Angeboten oder Spezialdiensten und der Anbieter für die Einstufung seines Inhalts und Anwendung als Zero-Rating- oder Spezialdienst. Die Länder sehen trotz aller Kriterien und Voraussetzungen, die nach den Leitlinien für zulässige Zero-Rating- und Spezialdienste erfüllt sein müssen, die Gefahr, dass der **Zugang zum offenen Internet weiter marginalisiert wird und die lukrativen Sonderdienste ausgebaut werden**. Eine massive Einschränkung der kommunikativen Chancengleichheit im Internet wäre die Folge. Hier hat das Bundesverfassungsgericht dem deutschen Gesetzgeber wiederholt aufgegeben, die verfassungsrechtlich zugesicherte Kommunikationsfreiheit zu schützen und wirksame Vorkehrungen zum Schutz publizistischer Vielfalt zu treffen. Einmal eingetretene Fehlentwicklungen lassen sich – wenn überhaupt – nur bedingt und nur unter erheblichen Schwierigkeiten korrigieren.

Daher ist aus Sicht der Länder der **Gegenstand und Geltungsbereich der Leitlinien** um die Berücksichtigung von **Informations-, Meinungs- und Medienfreiheit und damit auch um die Sicherung von Angebotsvielfalt und Medienpluralismus zu ergänzen**.

6. Sub-Internetdienste

Die Länder **begrüßen, dass die Leitlinien sogenannte „Sub-Internetdienste“ als nicht zulässig** nach der TSM-VO einstufen.

Sie gehen davon aus, dass die beispielhafte Aufzählung der Verhinderung von Diensten wie VoIP und Videostreaming nicht abschließend ist (Z 17.).

Die Länder gehen weiterhin davon aus, dass kostenfreie Eingangsportale, die einen begrenzten Zugriff auf bestimmte Unternehmensangebote ermöglichen und den Zugang zum offenen Internet von weiteren Bedingungen abhängig machen (Portal von bahn.de oder Log-In-Portale von WiFi-Anbietern) keine Sub-Internetdienste im Sinne der Leitlinien sind. Sie gehen allerdings davon aus, dass **solche Angebote von oder in Kooperation mit Mobilfunk- und Festnetzanbietern wie „free basics“ Sub-Internetdienste im Sinne der Leitlinien sind**.

IV. Geschäftsgepflogenheit – Zero-Rating (Ziffer 28. ff)

Die Länder bedauern, dass die TSM-VO kein grundsätzliches Verbot von Zero-Rating vorsieht. Dies insbesondere, da in **Artikel 3 (2) TSM-VO** und Erwägungsgrund 7 nur die Möglichkeit von

Contribution of the Media-Departments of the States of Germany

Geschäftspraktiken eingeräumt wird, **ohne Zero-Rating Angebote ausdrücklich zu erlauben**. Ein entsprechendes **Verbot wäre sachgerecht** und würde dieser Rechtsunklarheit eindeutig begegnen.

Die Leitlinien gehen insofern über die TSM-VO hinaus und sehen Zero-Rating Angebote als Teil der möglichen Vereinbarungen zwischen Anbietern von Internetzugangsdiensten und Endnutzern (Z 37.) und als Geschäftsgepflogenheit nach Erwägungsgrund 7 als zulässig an. Die Zulässigkeit eines Zero-Rating Angebotes unterliegt dabei der ex-post Kontrolle im Rahmen einer Einzelfallbeurteilung durch die jeweilige nationale Regulierungsbehörde.

Eine solche Einzelfallentscheidung eines jeden von dem jeweiligen Internetzugangsanbieter vorgesehenen Zero-Rating Angebotes durch jede einzelne nationale Regulierungsbehörde ist weder für die Anbieter noch für die Endnutzer vorhersehbar. Es wird vielmehr eine **intransparente und kleinteilige Fallsammlung** geschaffen, die im Zweifel auch zu unterschiedlichen Entscheidungen in den jeweiligen Mitgliedstaaten führt. Die damit unvermeidliche, **divergierende Rechtslage ist nicht sachgerecht** und widerspricht zudem dem Ziel eines harmonisierten Binnenmarktes. Im Ergebnis entsteht ein Flickenteppich an nationalen Entscheidungen.

Der einfache **Verweis auf die Einhaltung von Artikel 3 (1) TSM-VO** und das generelle zu wahrende Recht der Endnutzer auf einen Zugang zum offenen Internet ist nach Ansicht der Länder **zu pauschal** und in einer nachgelagerten Aufsicht durch die Regulierungsbehörden kaum kontrollierbar.

Die Länder fordern hier insbesondere, dass die „anderen zuständigen Behörden“ (EG 7) in die Prüfungen gemäß Ziffer 40. ff aktiv mit einbezogen werden. Durch Zero-Rating-Vereinbarungen verschaffen sich die betreffenden Dienste- und Inhaltenanbieter einen **Wettbewerbsvorteil. Das Grundprinzip der Gleichbehandlung aller Angebote wird auf Basis kommerzieller Marktverhältnisse verletzt**. Der Endnutzer wird seine Nutzung in der Praxis auf Zero-Rating Angebote begrenzen (siehe Z 42.). Dies hat eine **faktische, verfassungsrechtlich unzulässige Behinderung des Zugangs** zu grundsätzlich allen Abschlusspunkten des Internets (siehe EG 4) zur Folge und verletzt somit das Recht nach Artikel 5 Absatz 1 Grundgesetz auf den Zugang zu allgemein zugänglichen Informationsquellen.

Die Länder fordern, dass die in Ziffer 43. der Leitlinien benannten Auswirkungen auf die Auswahl und die Vielfalt von Inhalten und Anwendungen sowie auf die **Meinungsfreiheit und Medienvielfalt** nicht nur berücksichtigt werden müssen, sondern dass eine diesbezügliche **Gefährdung** durch die dafür nach nationalem Recht zuständigen Stellen **positiv ausgeschlossen werden muss**.

Die Länder **begrüßen**, dass die Leitlinien vorgeben, dass Zero-Rating nach Ziffer 32. grundsätzlich **anwendungsgagnostisch** sein soll. Dem scheint jedoch zu widersprechen, dass nach Ziffer 39. der Leitlinien sich Vereinbarungen zum Zero-Rating sowohl auf ganze Verkehrskategorien als auch auf einzelne Anwendungen beziehen können. Das GEREK selber hat schon in seiner Publikation BoR (12) 30 unter Ziffer 2.5.1 festgestellt, dass eine Volumenbegrenzung in Abhängigkeit vom Datentypus eine Abkehr vom Prinzip der Netzneutralität konstituiert. **Keinesfalls darf Zero-Rating jedoch auf einzelne Angebote innerhalb einer Verkehrskategorie anwendbar sein**. Denn dies führt zu einer unmittelbaren Diskriminierung der anderen Angebote innerhalb dieser Verkehrskategorie und widerspricht damit dem Grundprinzip nach Artikel 3 (1) TSM-VO. Die Länder regen diesbezüglich eine Klarstellung an.

Contribution of the Media-Departments of the States of Germany

Die Länder sehen weiterhin kritisch, dass in den Leitlinien vorgesehen ist, dass zeitlimitierte Lock-Angebote für Neukunden die Rechte nach Artikel 3 (1) TSM-VO nicht beeinträchtigen (Z 33.). Sie sehen kritisch, dass die Zeitdauer unbestimmt ist und daher zu einer Umgehung genutzt werden kann und fordern eine konkrete Vorgabe in Ziffer 33.

Die Länder sehen kritisch, dass die Leitlinien nicht streng unterscheiden zwischen den Anforderungen an die Behandlung von einzelnen Anwendungen und die Behandlung von Verkehrskategorien untereinander (Z 45. zweiter bis vierter Bulletpoint „specific application or class of application“). Problematisch aus Sicht der Länder ist auch, dass nach den Leitlinien eine **ungleiche Bepreisung von Anwendungen innerhalb einer Verkehrskategorie** durchaus möglich ist und nur gegebenenfalls einen **Einfluss auf das „Ökosystem des Internets als Innovationsmotor“** hat.

Zero-Rating Angebote haben einen entscheidenden Einfluss auf das Nutzungsverhalten der Endnutzer sowie auf die Chancengleichheit der Anbieter von Inhalten und Anwendungen. Die überwiegende Zahl der Nutzer wird durch diese Geschäftspraxis dazu animiert werden, nur die Inhalte und Anwendungen zu nutzen, die nicht auf ihr Datenvolumen oder den Preis angerechnet werden. Hierdurch wird der Anbieter von Internetzugangsdiensten zu einem Gatekeeper und hat maßgeblichen Einfluss auf das Nutzungsverhalten der Endnutzer. Wenn die Möglichkeit zum Angebot von Zero-Rating Tarifen nicht konsequent restriktiv gehalten wird, besteht die **Gefahr von weitreichenden Folgen für die Angebotsvielfalt und damit auch für Demokratie, Kultur sowie Innovation und Wachstum.**

Die Entwicklungen in den Niederlanden, Slowenien, Indien und den USA zeigen, dass die Geschäftsgepflogenheit des Zero-Ratings (zum Teil auch gepaart mit einem Sub-Internetdienst) tendenziell negative Auswirkungen auf die kommunikative Chancengleichheit und die Vielfalt im Netz hat, weil die Endnutzer ihre Internetzugangsnutzung praktisch auf die Zero-Rating-Angebote begrenzen werden oder rein technisch nur die (kostenlosen, datenanrechnungsfreie) Nutzung von vorausgewählten Angeboten möglich ist.

Die Länder weisen hier auf die schon in Ziffer 36., 39. und 45. dritter Bulletpoint der Leitlinien dokumentierte Gefahr hin, dass Zero-Rating Angebote faktisch die Rechte der Endnutzer beeinträchtigen und wiederholen daher ihre **Forderung, Zero-Rating Angebote ausdrücklich für unzulässig zu erklären.** Die Leitlinien gehen durch die Ermöglichung von Zero-Rating über die TSM-VO hinaus und beschränken im Ergebnis die Freiheit, Informationen zu suchen, zu erhalten und zu übermitteln.

V. Verkehrsmanagement (Ziffer 54. ff)

Voraussetzung für ein angemessenes Verkehrsmanagement ist nach Artikel 3 (3) 2. Unterabsatz TSM-VO, dass Datenverkehrskategorien nur anhand objektiv unterschiedlicher technischer Anforderungen an die Dienstqualität bestimmt werden.

Die Länder bedauern, dass die Leitlinien keine abschließende Definition oder Aufzählung von Verkehrskategorien enthalten. Nach Auffassung der Länder sollten **Abweichungen vom Prinzip der Netzneutralität** im Rahmen eines angemessenen Verkehrsmanagements **nur auf Grund eines**

Contribution of the Media-Departments of the States of Germany

abschließenden Katalogs von eng definierten Ausnahmen mit objektiv überprüfbaren Kriterien zulässig sein. Sie erkennen an, dass Festlegungen von Anforderungen an die technische Qualität eines Dienstes zur Einordnung in eine bestimmte Verkehrskategorie sehr differenziert sein müssen und durch Innovationen beeinflusst werden können. Gleichwohl sehen die Leitlinien in Ziffer 181. eine **Überprüfung und Aktualisierung der Leitlinien im Bedarfsfall** bereits vor.

Die Leitlinien zählen lediglich beispielhaft Kriterien auf, an denen sich die Qualität des Dienstes bemessen lässt, wie z.B. Verzögerung, Verzögerungsschwankungen, Paketverlust, Bandbreite (Z 50., Z 59.). Das birgt die Gefahr einer Ausweitung der Kriterien durch den Internetzugangsanbieter.

Die Länder sehen es **kritisch**, dass die Anbieter von Internetzugangsdiensten die **Verkehrskategorien** nach eigener Einschätzung einrichten und diese **nur einer nachgelagerten Überprüfung durch die nationalen Regulierungsbehörden unterworfen** sind. Denn selbst wenn die Verkehrskategorien nicht auf kommerziellen Erwägungen beruhen dürfen (Art. 3 (3) zweiter Unterabschnitt TSM-VO), ist **zu erwarten**, dass in die Verkehrskategorien, die nach hohen Qualitätsanforderungen gebildet werden, auch die Angebote fallen, die **als ökonomisch wertvolle Spezialdienste einzuordnen** sind. Dies schließt auch Ziffer 72. der Leitlinien nicht eindeutig aus, wonach zwischen Verkehrskategorien (zur Verbesserung des allgemeinen Datenverkehrs) und Spezialdiensten (zur Verbesserung des spezifischen Datenverkehrs) unterschieden werden sollte.

Die Länder **begrüßen** allerdings, dass innerhalb einer Verkehrskategorie die Anwendungen **agnostisch** zu behandeln sind (Z 63. zweiter Bulletpoint).

VI. Spezialdienste (Ziffer 95. ff)

Die TSM-VO lässt Spezialdienste mit optimierten Qualitätsmerkmalen zu, wenn die Optimierung für den Dienst objektiv erforderlich und die Netzkapazität für das offene Internet ausreichend ist.

Die Länder halten weiterhin die **Bedenken** aufrecht, dass eine pauschale **Unterscheidung zwischen Spezialdiensten - ohne restriktive Bewertung des besonderen öffentlichen Interesses und der besonderen Rechtfertigung für die Besserstellung - und dem allgemeinen Internetzugangsdienst** dem Ziel der TSM-VO entgegensteht, das Internet als Innovationsmotor und offene Plattform für die Vernetzung von Endnutzern, also Konsumenten wie Anbietern von Inhalten, Anwendungen und Diensten, zu schützen. Schon das GEREK hat in seinem Report BoR (12) 30 vom 29. Mai 2012 unter Ziffer 2.5.2 **festgestellt, dass Spezialdienste das Best-Effort-Internet beeinträchtigen**, insbesondere in Bezug zu den Minimalanforderungen an die Qualität.

Innerhalb der begrenzten Übertragungskapazitäten am jeweiligen Breitbandanschluss des Endkunden beanspruchen die Spezialdienste eine höhere Übertragungsqualität und treten so in einen Verdrängungswettbewerb mit den übrigen Inhalten, Diensten und Anwendungen des nach dem Best-Effort-Prinzip funktionierenden, offenen Internets. Eine solche **Unterscheidung macht Investitionen in den weiteren Breitbandausbau und das offene Internet wirtschaftlich unattraktiv** und schafft stattdessen Anreize zur Verschlechterung und Diskriminierung aller Inhalte, Anwendungen und Dienste, die keinen Spezialdienst des jeweiligen Internetzugangsanbieters darstellen.

Contribution of the Media-Departments of the States of Germany

Die Länder **fordern**, in den Leitlinien vorzugeben, dass die nationalen Regulierungsbehörden und die anderen nationalen Behörden bei der Prüfung nach Ziffer 109. ff, ob der vom Internetzugangsanbieter angebotene Spezialdienst nicht auch über das offene Internet erbracht werden kann, auch **berücksichtigen**, dass eine **Beeinträchtigung des offenen Internets auch die öffentliche Meinungsbildung beeinträchtigen kann**. Die Länder halten es für geboten, jetzt einen Rahmen zu schaffen und regulierend einzugreifen, bevor in einem rein ökonomisch ausgerichteten Markt von beherrschenden Unternehmen Fakten geschaffen werden.

Die Leitlinien nennen in Ziffer 109. als Beispiele für Spezialdienste VoLTE, lineares IPTV (Fernsehen) (sofern mit spezifischen Qualitätsanforderungen) und Echtzeit-Gesundheitsanwendungen („remote surgery“/Fernchirurgie), bzw. Dienste, die einem öffentlichen Interesse entsprechen, oder neue Dienste für die Maschine-zu-Maschine-Kommunikation (EG 16). Die Länder stellen in Frage, ob linearer IPTV-Rundfunk als Beispiel für einen Spezialdienst (Z 109.) im Sinne des Verordnungsgebers ist. In ihrer technischen Ausgestaltung gleichen IPTV-Angebote eher Kabelfernsehangeboten, denn sie werden auf IP-Basis über geschlossene Netze im Streaming-Modus über den technischen Weg eines DSL-Anschlusses und für eine klar begrenzte Nutzergruppe verbreitet. Vor dem Hintergrund des hohen Bandbreitenbedarfs von IPTV-Angeboten und den zum Teil begrenzten Kapazitäten der aktuell vorhandenen Breitbandnetze besteht hier die reale Gefahr, dass die Kapazität des offenen Internets durch gesondert bezahlte IPTV-Dienste verdrängt wird.

Die Länder gehen davon aus, dass – aufgrund der Anforderungen an die Sicherheit, Integrität und Stabilität der Datenübertragung bei sensiblen Anwendungen wie Telemedizin (Z 109. „**remote surgery**“), **M-2-M-Kommunikation oder auch autonomem Fahren von Fahrzeugen** – die Anbieter solcher Dienste nicht Spezialdienste im Sinne der Leitlinien oder der TSM-VO nutzen würden, sondern eigene, vom offenen Internet logisch oder ggf. auch physikalisch getrennte Netze oder gänzlich andere Technologien. Die Länder weisen darauf hin, dass solche Beispiele daher **als Beleg für die Notwendigkeit von Spezialdiensten untauglich** sind. Die Länder **befürchten** vielmehr, dass als Spezialdienste – entgegen der eigentlichen Intention – eher **Angebote wie Netflix, Spotify, Skype, DailyMotion oder Zattoo** qualifiziert werden.

Die Länder betonen, dass die restriktive Zulassung von Spezialdiensten lediglich dem Zweck dienen darf, einen gerechtfertigten Bedarf an Diensten mit objektiv besonders hohen Qualitätsanforderungen zu befriedigen, und dass die Erbringung dieser Dienste vor allem nicht zulasten der Verfügbarkeit und der allgemeinen Qualität der Internetzugangsdienste erfolgen darf (EG 17).

Die Länder gehen daher davon aus, dass die Leitlinien nicht die Gleichordnung von offenem Internet und Spezialdiensten definieren, sondern von einem **klaren Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten des offenen Best-Effort-Internets gegenüber Spezialdiensten** ausgehen. Eine schleichende Zunahme von Spezialdiensten realisiert aus Sicht der Länder die Gefahr, dass Internetzugangsanbieter aus überwiegend ökonomischen Gesichtspunkten Spezialdienste definieren und damit das offene Internet marginalisieren. Wirtschaftlich starken Endnutzern auf Konsumenten- wie auf Anbieterseite bliebe der Zugang zu praktisch allen Punkten im Internet möglich, weniger potenten Endnutzern nicht. Der **unbeschränkte Ausbau von Spezialdiensten** würde kurz- bis mittelfristig zur **Etablierung eines Zwei-Klassen-Internets** auf Anbieter- und Endnutzerseite führen.

Contribution of the Media-Departments of the States of Germany

Die Länder sehen kritisch, dass die Internetzugangsanbieter a priori Spezialdienste definieren können und nur der Ex-Post-Kontrolle der nationalen Regulierungsbehörden unterliegen (Z 103). Die Länder sehen die **Gefahr**, dass der jeweilige Internetzugangsanbieter über geschickte Begründungen zur objektiven Notwendigkeit wegen hoher Qualitätsansprüche **letztlich doch beliebige Inhalte, Anwendungen und Dienste zu Spezialdiensten erklärt**.

Sie **fordern** daher, dass in Ziffer 105. ff der Leitlinien kargestellt wird, dass die Verifikation eines Dienstes als **Spezialdienst äußerst restriktiv zu handhaben ist** und die Begründung der Internetzugangsanbieter, warum ein spezifischen Qualitätsniveau objektiv erforderlich ist und dieses nicht auch über das offene Internet erreicht werden kann (Z 101.), **streng bewertet** wird.

Die Länder sehen die Gefahr, dass derartige Auslegungsspielräume für neue Einnahmequellen der Internetzugangsanbieter genutzt werden. Die vertragliche Einstufung eines Angebotes als Spezialdienst mit **entsprechender Bepreisung** durch den Internetzugangsanbieter **erschwert den Marktzutritt** für weniger finanzkräftige Anbieter und führt zwangsläufig zu **Wettbewerbsverzerrungen** zugunsten etablierter, transnational agierender Unternehmen und zulasten aufstrebender, kleiner und mittelständischer oder nur regional agierender Anbieter.

Die Länder sehen darin langfristig nicht nur erhebliche Nachteile für die inhaltliche Vielfalt des Internets, sondern vor allem auch eine akute **Gefahr für die Zukunft nichtkommerzieller, unabhängiger Informations- und Kommunikationsangebote**.

VII. Netzkapazität (Ziffer 112. ff)

Die Länder begrüßen, dass Spezialdienste nicht erlaubt sind, die zu Nachteilen bei der Verfügbarkeit oder der allgemeinen Qualität der Internetzugangsdienste führen (Artikel 3 (5) 2. Unterabsatz; EG 17; Z 117.), und nur zusätzlich zu den bereitgestellten Internetzugangsdiensten angeboten werden dürfen.

Die Länder sehen allerdings **kritisch**, dass nach Ziffer 118. der Leitlinien die Kapazität eines Spezialdienstes auf die individuelle Internetkapazität eines Endnutzers angerechnet werden kann, also gerade **nicht zusätzlich zum normalen Internetzugangsdienst** erbracht wird. Lediglich die Information des Kunden nach Artikel 4 (1) c) TSM-VO über die Auswirkungen von Spezialdiensten auf den eigenen Internetzugangsdienst (mit einer minimalen Geschwindigkeit) ist danach ausreichend.

Die Länder sehen hierin die **Gefahr**, dass dem jeweiligen Endnutzer durch Spezialdienste die Bandbreite seines Internetzugangs so eingeschränkt wird, dass eine **Teilhabe an der für die Meinungsbildung relevanten audiovisuellen Mediendiensten im offenen Internet quasi nicht mehr möglich** ist.

Noch gravierender ist dies bei mobilen Internetzugangsdiensten. Aufgrund des begrenzten Datenvolumens in einer Funkzelle müssen Endnutzer damit rechnen, dass der Spezialdienst, den ein anderer Kunde in dieser Funkzelle gebucht hat, die Kapazitäten bis auf eine marginale Mindestbandbreite aufbraucht – selbst wenn dies unvermeidlich, minimal und von kurzer Dauer sein soll (Z 119.)

Contribution of the Media-Departments of the States of Germany

Die Länder sehen kritisch, dass die grundsätzliche Einschätzung darüber, ob eine ausreichende Netzkapazität vorhanden ist, um Spezialdienste anzubieten, bei den Internetzugangsanbietern liegen und nur einer Ex-Post-Kontrolle unterworfen sein soll. Hier begrüßen die Länder die Handlungsoptionen zur Durchsetzung der Artikel 3 und 4 TSM-VO in Ziffer 174. ff der Leitlinien. Sie **fordern** jedoch, dass diese auch **vorsorglich eingesetzt werden**, um die sich dynamisch entwickelnde **Standard-Leistungsfähigkeit** des offenen Internets und damit den freien **Zugang zum „bestmöglichen“ Internet** durch den Endnutzer **sichern** (EG 19 „ausreichende Netzkapazität für die Bereitstellung von diskriminierungsfreien Internetzugangsdiensten von hoher Qualität“, Artikel 5 (1) TSM-VO „kontinuierliche Verfügbarkeit von Internetzugangsdiensten auf einem Qualitätsniveau, dass den Fortschritt der Technik widerspiegelt“, Z 98., Z 100.).

VIII. Monitoring (Ziffer 164. ff)

Die Länder begrüßen, dass nach Ziffer 164. i.V.m. Ziffer 43. der Leitlinien bei der Überprüfung der wirtschaftlichen und technischen Konditionen ein besonderes Augenmerk auf die getroffenen Vereinbarungen und die Marktposition des Anbieters zu legen ist. Insbesondere **begrüßen** die Länder, dass nach Ziffer 43. dritter und vierter Bulletpoint (jeweils erster Unter-Bulletpoint) auch die **Effekte auf die tatsächliche Nutzung und den Umfang und die Vielfalt des Angebotes von Inhalten und Anwendungen sowie möglichen Zugangs- und Zugriffsbeschränkungen zu berücksichtigen sind.**

Außerordentlich **begrüßen** die Länder, dass die Leitlinien in Ziffer 43. letzter Bulletpoint unter Bezugnahme auf die Erwägungsgründe 13 der TSM-VO **bestätigen**, dass eine **potentielle Gefahr für die Meinungsfreiheit und die Medienvielfalt besteht.**

Die Länder weisen hier auf die **besonderen Erfahrungen und Kompetenzen** hin, die die Landesmedienanstalten und ihre Organe bei der **Analyse und Überwachung von Konzentrationstendenzen auf Anbieterseite und der Vielfalt von medialen Angeboten sowohl im linearen Rundfunk als auch im Internet** erworben haben. Die Leitlinien haben diesbezüglich die Vorgaben aus dem Erwägungsgrund 7 der TSM-VO aufgegriffen und in Ziffer 40., 41. und 182. anderen zuständigen Behörden in den Mitgliedstaaten wichtige Aufgaben und somit immanent auch Zuständigkeiten und Kompetenzen zugewiesen.

Die Länder gehen daher davon aus, dass **bei der Prüfung** durch die nationalen Regulierungsbehörden z.B. nach Ziffer 167. letzter Bulletpoint oder Ziffer 173. letzter Bulletpoint insbesondere die **Sachkenntnis** der Landesmedienanstalten bei der Überwachung und **Beurteilung der Gefährdung von Meinungs- und Inhaltevielfalt berücksichtigt** wird.

Um diesem Überwachungsauftrag gerecht zu werden, und u.a. die Vereinbarungen prüfen zu können, gehen die Länder davon aus, dass damit auch die Möglichkeit erfasst und eine Rechtsgrundlage geschaffen wurde, gegenüber den Interzugangsanbietern die Vorlage der entsprechenden Verträge zu verlangen (Z 45.).

Sie gehen davon aus, dass insbesondere die nach § 123 Abs. 2 Telekommunikationsgesetz vorgesehene **Zusammenarbeit** zwischen Bundesnetzagentur und den Landesmedienanstalten bei der Umsetzung der TSM-VO jeweils **umfassend, frühzeitig und kooperativ** erfolgt.

IX. Aufsicht und Durchsetzung (Ziffer 182. ff)

Die Leitlinien weisen in Ziffer 182. darauf hin, dass nach dem jeweiligen nationalen Recht des Mitgliedstaates auch **darüber hinausgehende nationale Regelungen** zur Umsetzung getroffen werden können.

Die Länder begrüßen, dass beispielhaft die Möglichkeiten der nationalen Regulierungsbehörden aufgezählt werden, mit denen die übertragenen Aufgaben durchgeführt und mögliche Maßnahmen durchgesetzt werden sollen.