



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

„Privilegierungen im Internet. Grundlagen, wettbewerbsrechtliche Vorgaben und normative Konsequenzen im Diskurs um die Netzneutralität“

Dissertation vorgelegt von Lorenz W. Jarass

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff

Zweitgutachter: Prof. Dr. Winfried Tilmann

Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

1. Problemaufriss und Untersuchungsgegenstand

Ausgangspunkt der Arbeit ist die Erkenntnis, dass das Internet mittlerweile das bedeutendste Medium aller Zeiten ist. Der Deutsche Bundestag stellte 2013 fest, dass „[e]in leistungsfähiger Zugang zum Internet [...] heute in vielen Lebensbereichen eine wesentliche Voraussetzung für eine gleichberechtigte Teilhabe an den gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Möglichkeiten, die das Internet schafft [, ist].“¹

Die Datenübertragung im Internet erfolgt derzeit nach dem sogenannten Best-Effort-Prinzip. Danach werden Daten bei der Übertragung grundsätzlich gleichbehandelt nach dem Prinzip „wer zuerst kommt, mahlt zuerst“ („first-come, first-served“) übertragen.² Man spricht auch von „Netzneutralität“.

Privilegierungen brechen mit dem Prinzip der Netzneutralität, indem manche Daten gegenüber anderen bevorzugt werden. Unter Privilegierung versteht die Arbeit jede Besserstellung von Diensten im Verhältnis zu ihrer sonst üblichen Behandlung innerhalb des Best-Effort-Internets durch den Internet-Service-Provider des Endnutzers. Privilegierungen können entweder qualitativ als Priorisierung oder Spezialdienst oder quantitativ als Nichtanrechnung auf Datenobergrenzen ausgestaltet werden.

Privilegierungen sind Ausdruck der wettbewerbsverfassten Marktwirtschaft³, weil sie eine Produktdifferenzierung darstellen. Gerade für Zukunftstechnologien wie dem autonomen Fahren innerhalb des neuen 5G-Mobilfunknetzes könnten Privilegierungen sogar zwingend erforderlich sein, um die Funktionsfähigkeit dieser Dienste zu garantieren (sogenannte „Tranchenbildung“).

Privilegierungen im Internet bilden den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit und zwar aus Perspektive des allgemeinen Wettbewerbsrechts. Unter dem allgemeinen Wettbewerbsrecht versteht die Arbeit die Missbrauchskontrolle, das Kartellverbot und das Lauterkeitsrecht. Vielfach wird dabei das allgemeine Wettbewerbsrecht als unzureichender gesetzlicher Rahmen empfunden und ein Tätigwerden des Gesetzgebers gefordert. Dieser Einschätzung spürt die vorliegende Arbeit nach.

Die Arbeit gliedert sich in fünf Teile: Die Einführung als Erster Teil und der Schluss als Fünfter Teil umklammern den Kern der Arbeit. Der Zweite Teil legt die für die weiteren

¹ Siehe dazu Deutscher Bundestag, Neunter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“, Zugang, Struktur und Sicherheit im Netz, BT-Drucks. 17/12541 v. 19.3.2013, S. 19.

² *Ash u.a.*, Network QoS (2009), S. 3. Veranschaulicht werden kann dies durch eine Fahrt auf der Autobahn von Frankfurt nach Mailand: Bei idealen Bedingungen steht man nicht im Stau (insbesondere nicht vor dem Gotthardtunnel), fährt somit immer mit maximaler Geschwindigkeit, muss keinen Ölwechsel vornehmen, wählt immer die richtige und kürzeste Route und hat keinen Unfall. Mithin kommt man unverseht in der kürzest möglichen Zeit in Mailand an. Eine Garantie, dass diese Bedingungen anzutreffen sein werden, kann man jedoch nicht erhalten. Damit verläuft auch eine Autofahrt gemäß „Best-Effort“.

³ Zum Begriff vgl. *Müller-Graff*, EuR 1997, 433 ff.; *Müller-Graff*, Wettbewerbsverfaßte Marktwirtschaft, in: *Müller-Graff/Riedel*, Gemeinsames Verfassungsrecht (1998), S. 53 ff.

beiden Teile notwendigen begrifflichen, technischen, rechtspolitischen und ökonomischen Grundlagen. Der Dritte Teil analysiert Privilegierungen vor dem Hintergrund des allgemeinen Wettbewerbsrechts *de lege lata* und legt dabei den Schwerpunkt auf Art. 102 AEUV und §§ 18 ff. GWB. Im Vierten Teil werden schließlich normative Konsequenzen aus den im Dritten Teil zum allgemeinen Wettbewerbsrecht gefundenen Ergebnissen für Instrumente zur Regulierung von Privilegierungen *de lege ferenda* gezogen.

Nachfolgend werden die Ergebnisse der einzelnen Teile zusammengefasst.

2. Wesentliche Ergebnisse

Wesentliche Ergebnisse zu Teil 2 Grundlagen

Privilegierungen sind das Gegenstück zur Blockade und Drosselung von Daten und ermöglichen dadurch eine differenzierte Datenübertragung. Sie stellen eine Abkehr von der bisherigen Netzneutralität dar. Internet-Service-Provider könnten Dienste aus ökonomischen Gründen privilegieren, weil sie entweder Endnutzer oder Diensteanbieter bepreisen könnten.

Netzneutralität meint im Kern die Gleichbehandlung aller Daten im Internet sowie deren Ungleichbehandlung, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Ein sachlicher Grund ist jedenfalls dann gegeben, wenn durch die Ungleichbehandlung die Funktionsfähigkeit des Internets gewährleistet wird. Darüber hinaus können je nach zugrunde gelegtem Verständnis weitere sachliche Gründe vorliegen. Danach bemisst sich auch das Verhältnis von Netzneutralität und Privilegierungen.

Die Einführung von Privilegierungen mag zwar wohlfahrtsökonomisch nicht geboten sein, so ist sie aber aus der Perspektive der privaten Wirtschaftsakteure Internet-Service-Provider marktwirtschaftlich rational nachvollziehbar und solange mit der wettbewerbsverfassten Marktwirtschaft⁴ systemstimmig, wie Privilegierungen dem allgemeinen Wettbewerbsrecht *de lege lata* entsprechen. Die weltweit kontrovers geführte Debatte zur Netzneutralität ruft zunehmend den Normgeber auf den Plan. Ob dies im Hinblick auf Privilegierungen gerechtfertigt ist, hängt maßgeblich von der Rechtslage nach dem allgemeinen Wettbewerbsrecht *de lege lata* ab. Selbst wenn es zu einer sektorspezifischen Regulierung *de lege ferenda* käme, so ist es äußerst unwahrscheinlich, dass Privilegierungen einzelner Dienste, im Gegensatz zur gezielten Drosselung oder Blockade, *per se* untersagt würden. Das zeigt nunmehr auch die Verordnung 2015/2120/EU Offenes-Internet.⁵ Eine Verzahnung sektorspezifischer Regulierung und allgemeinem Wettbewerbsrecht hinsichtlich Privilegierungen ist naheliegender.

⁴ Zum Begriff vgl. Müller-Graff, EuR 1997, 433 ff.; Müller-Graff, Wettbewerbsverfaßte Marktwirtschaft, in: Müller-Graff/Riedel, Gemeinsames Verfassungsrecht (1998), S. 53 ff.

⁵ Verordnung 2015/2120/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen zum Zugang zum offenen Internet und zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG, ABl. EU Nr. L 310/1 v. 26.11.2015.

Wesentliche Ergebnisse zu Teil 3 Allgemeines Wettbewerbsrecht de lege lata

Wesentliche Untersuchungsfrage der Arbeit war, ob und wenn ja wie Privilegierungspraktiken von der Missbrauchskontrolle erfasst werden.

Innerhalb der Marktabgrenzung war zunächst danach zu fragen, welche Märkte überhaupt betroffen sind. Zunächst ist der gemeinhin bekannte Internetzugangsmarkt betroffen. Auf diesem begehren Endnutzer vom Internet-Service-Provider Zugang zum Internet. Dieser Markt kann ausgehend vom Bedarfsmarktkonzept weiter in einen stationären und in einen mobilen Internetzugangsmarkt unterteilt werden. Ob dabei die einzelnen Zugangstechnologien untereinander substituierbar sind, bemisst sich am Endnutzererlebnis.

Die Untersuchung identifiziert aber noch ein zweiten relevanten Markt für Privilegierungen: Den Endnutzerzugangsmarkt. Auf diesem begehren die Diensteanbieter nun in umgekehrter Richtung Zugang zu den Endnutzern. Es handelt sich um einen eigenen Markt, der erst durch Privilegierungen entsteht. Dieser Perspektivenwechsel ist entscheidend für die weitere Untersuchung. Verfügt nämlich der Endnutzer nur über einen Internetzugang, so ist er nur über diesen einen Zugang für den Diensteanbieter erreichbar. Dieser eine Zugang bildet dann einen Markt. Plakativ ausgedrückt: „Ein Netz, ein Markt“.⁶ Verfügt der Endnutzer hingegen über mehrere Internetzugänge, so stellt sich auch hier die Frage nach der Substituierbarkeit dieser Zugänge untereinander. Besonders praxisrelevant ist dabei, ob ein Mobilfunkzugang einen leitungsgebundenen Zugang substituieren kann. Denn viele Endnutzer verfügen über beide Zugänge. Eine solche Substitutionsbeziehung ist nach dem Ergebnis der Untersuchung jedoch abzulehnen. Die im Mobilfunk üblichen Datenobergrenzen führen zu einem deutlich anderen Endnutzererlebnis.

Ob ein Internet-Service-Provider auf den dargestellten Märkten nun marktbeherrschend ist, bemisst sich mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs danach, ob er sich unabhängig von seinen Wettbewerbern verhalten kann.

Auf dem Internetzugangsmarkt ist nach dem Ergebnis der Untersuchung kein Internet-Service-Provider marktbeherrschend, weshalb auf diesem Markt Privilegierungspraktiken dem Zugriff der Missbrauchskontrolle entzogen sind.

Auf dem Endnutzerzugangsmarkt hingegen wird regelmäßig eine marktbeherrschende Stellung des Internet-Service-Providers auszumachen sein. Ausgangspunkt dieser Erwägung ist obige Marktabgrenzung: ein Netz, ein Markt. Diese führt zu einem 100%igen Marktanteil des Internet-Service-Providers gegenüber dem Diensteanbieter. Aufgrund eines 100%igen Marktanteils kann zwar mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs die Marktbeherrschung widerlegbar vermutet werden.⁷ Aber vorliegend sind die Besonderheiten eines zweiseitigen Marktes zu berücksichtigen. Der Internet-Service-Provider ist der Intermediär zwischen Endnutzer und Diensteanbieter. Zu fragen ist deshalb, ob die eine Marktseite die Macht des Intermediäres gegenüber der anderen Marktseite begrenzen kann, was gegen eine marktbeherrschende Stellung spräche. Die Endnutzer könnten die Macht des Internet-Service-Providers gegenüber den Diensteanbietern durch einen drohenden Anbieterwechsel begrenzen. Hiergegen spricht aber, dass zum einen die Bereitschaft der Endnutzer, ihren Internet-Service-Provider zu wechseln, generell äußerst begrenzt ist. Die Europäische

⁶ *Schlauri*, Network Neutrality (2010), S. 203.

⁷ EuGH, Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76 – Hoffmann-La Roche, Slg. 1979, 461, Rn. 41; EuG, Urt. v. 25.6.2010, Rs. T-66/01 – Imperial Chemical Industries, Slg. 2010, II-2631, Rn. 256; EuG, Urt. v. 29.3.2012, Rs. T-336/07 – Telefónica, Slg. 3/2012, Rn. 149.

Kommission spricht deshalb auch von trägen Endnutzer.⁸ Zum anderen wird der Endnutzer aufgrund geringerer Transaktionskosten eher den Wechsel seines Diensteanbieters vorziehen.

Im Ergebnis unterliegen deshalb nur Verhaltensweisen auf dem Endnutzerzugangsmarkt der Missbrauchskontrolle.

Aufgrund der marktbeherrschenden Stellung der Internet-Service-Provider auf dem Endnutzerzugangsmarkt dürfen ihre Privilegierungspraktiken dort nicht missbräuchlich nach Art. 102 AEUV, § 18 ff. GWB sein. Denn nicht die Marktbeherrschung selbst, sondern nur deren Missbrauch in Form der Behinderung oder Ausbeutung ist verboten.

Strukturell ist zwischen dem Zugang zu einer Privilegierung und den Konditionen für eine Privilegierung zu unterscheiden. Der Diensteanbieter hat nur unter sehr engen Voraussetzungen einen Anspruch darauf, dass sein Dienst privilegiert übertragen wird, nämlich dann, wenn die Privilegierung zur Realisierung des Dienstes unentbehrlich ist. Die bloß bessere Übertragung des Dienstes genügt hierfür nicht. Eröffnet hingegen der Internet-Service-Provider den Zugang zur Privilegierung, dann müssen die geforderten Konditionen diskriminierungsfrei sein.

Das Ergebnis zu Privilegierungen im Regime der Missbrauchskontrolle lässt sich deshalb wie folgt zusammenfassen: Auf dem Internetzugangsmarkt unterliegen Verhaltensweisen der Internet-Service-Provider nicht der Missbrauchskontrolle, da kein Internet-Service-Provider marktbeherrschend ist. Auf dem Endnutzerzugangsmarkt hingegen dürfen Privilegierungen nicht missbräuchlich sein. Die Diensteanbieter werden deshalb durch die Missbrauchskontrolle geschützt.

Wesentliche Ergebnisse zu Teil 4 Normative Konsequenzen de lege ferenda

Der Vierte Teil fragt nach den Schlussfolgerungen, die aus diesem Ergebnis hinsichtlich der vielfältigen Regulierungsbestrebungen und der bereits erfolgten Regulierungen zu ziehen sind.

Wesentliches Ergebnis der Untersuchung ist: Zum jetzigen Zeitpunkt besteht kein Regulierungsbedarf. Das allgemeine Wettbewerbsrecht ist ein tauglicher Maßstab für Privilegierungen, weil es auf dem Endnutzerzugangsmarkt missbräuchliche Privilegierungen unterbindet. Privilegierungen fügen sich als Produktdifferenzierung in das System der wettbewerbsverfassten Marktwirtschaft ein. Diese ist durch eine dezentrale Marktsteuerung durch die Marktteilnehmer selbst im Wege des *von Hayek'schen* Entdeckungsverfahrens⁹ gekennzeichnet. Um dieses Entdeckungsverfahren nicht zu stören, ist das allgemeine Wettbewerbsrecht so ausgestaltet, dass es nur im Einzelfall ex post eingreift.

Nur ausnahmsweise darf deshalb in Märkte zur Systemgewährleistung regulativ eingegriffen werden. Dies ist der Fall, wenn ein Marktversagen droht. Ein Anzeichen für eine solche Gefahr kann eine signifikante Anzahl anhängiger Verfahren vor den Wettbewerbsbehörden

⁸ Europäische Kommission, Eurobarometer 396 (2013), S. 114 ff.

⁹ *von Hayek*, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren (1968).

sein. Das ist bei Privilegierungen aber bisher nicht der Fall und das obwohl das Thema Netzneutralität von den Wettbewerbsbehörden sehr genau verfolgt wird.¹⁰

Entgegen der hier vertretenen Auffassung hat sich der Europäische Gesetzgeber dennoch zum Erlass der Verordnung Offenes-Internet im Jahr 2015 entschieden, welche auch Privilegierungen erfasst. Es stellt sich deshalb die Frage nach dem Verhältnis des allgemeinen Wettbewerbsrechts zur Verordnung Offenes-Internet.

Die Verordnung Offenes-Internet regelt das Ob von Privilegierungen. Einerseits verbietet sie Privilegierungen einzelner Dienste innerhalb des offenen Internets. Andererseits erklärt die Verordnung unter gewissen Voraussetzungen Privilegierungen außerhalb des offenen Internets für zulässig.

Für die Zukunft ist zudem Folgendes zu berücksichtigen: Gerade im Telekommunikationssektor sind Regulierungsregime einer fortwährenden Überprüfung und Änderung unterworfen. Das verdeutlicht die derzeit wieder stattfindende Überarbeitung der Telekommunikationsrichtlinien in der EU und die grundlegende Reform der Netzneutralitätsregeln in den USA – bereits die dritte Reform innerhalb von nur sieben Jahren. Sollte es deshalb zu einer Änderung der Verordnung Offenes-Internet kommen, so würde diese ihren Ausgangspunkt wieder bei der Rechtslage nach dem allgemeinen Wettbewerbsrecht nehmen. Im Ergebnis greifen deshalb das allgemeine Wettbewerbsrecht und die Verordnung Offenes-Internet ineinander. Dies entspricht auch der Linie des Gerichtshofs, wonach die Missbrauchskontrolle im Telekommunikationssektor nicht aufgrund einer sektorspezifischen Regulierung verdrängt wird, solange die Regulierungsadressaten noch einen Handlungsspielraum haben.¹¹ Damit verbleibt es, jetzt und in der Zukunft, bei der hohen Direktionskraft des allgemeinen Wettbewerbsrechts für Privilegierungen im Internet.

¹⁰ Siehe beispielsweise die von der Europäischen Kommission in Auftrag gegebene Studie *Zero-rating practices in broadband markets* (2017) abrufbar unter <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0217687enn.pdf> (letzter Zugriff 12.03.2018).

¹¹ EuG, Urt. v. 10.4.2008, Rs. T-271/03 – Deutsche Telekom/Kommission, Slg. 2008, II-477, Rn. 263 ff.