

Adrian Raass

Netzneutralität – Entstehung des Gesetzesartikels und erste Einordnung

Seit 2021 kennt auch die Schweiz eine Gesetzesbestimmung zur Netzneutralität. In diesem Beitrag wird erläutert, was der Begriff der Netzneutralität beinhaltet, weshalb strikte Netzneutralität nirgends gefordert wird, wie der (inzwischen aufgehobene) Erlass in den USA und die Verordnung der EU die Bestimmung in der Schweiz beeinflusst haben und wie der Gesetzes- und die Verordnungsartikel in der Schweiz entstanden und einzuordnen sind.

Beitragsart: Beiträge
Region: Schweiz
Rechtsgebiete: LegalTech

Zitiervorschlag: Adrian Raass, Netzneutralität – Entstehung des Gesetzesartikels und erste Einordnung, in: Jusletter IT 16. Dezember 2021

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Begriff der Netzneutralität
3. Nichtdiskriminierung und Datenverkehrsmanagement
4. Entstehung der Gesetzesbestimmung
 - 4.1. Einflüsse aus dem Ausland
 - 4.1.1. USA
 - 4.1.2. Europäische Union
 - 4.2. Schweiz
 - 4.2.1. Die Fernmeldeberichte des Bundesrats, der Verhaltenskodex und erste parlamentarische Vorstösse
 - 4.2.2. Vom Vorentwurf zum Gesetzesartikel
 - 4.2.3. Vom Gesetzesartikel zur Verordnung
5. Eine erste Einordnung
6. Schlussbemerkungen

1. Einleitung¹

[1] 2005 antwortete der damalige CEO von AT&T auf die Frage, wie besorgt er wegen der neuen Dienstanbieter wie Google und andere sei: *«How do you think they're going to get to customers? Through a broadband pipe. Cable companies have them. We have them. Now what they would like to do is use my pipes free, but I ain't going to let them do that because we have spent this capital and we have to have a return on it. So there's going to have to be some mechanism for these people who use these pipes to pay for the portion they're using. Why should they be allowed to use my pipes?»*²

[2] 2011 kündigte die niederländische Telekommunikationsanbieterin KPN an, dass sie künftig für die Nutzung von Whatsapp und anderen Gratis-Messenger- und -Sprachdienste ein Entgelt verlangen würde. KPN hatte festgestellt, dass ihr Umsatz mit SMS-Diensten dramatisch eingebrochen war, weil Nutzerinnen und Nutzer vermehrt auf Whatsapp und andere Gratisdienste auswichen.³

[3] An diesen und anderen Ereignissen entzündete sich die Diskussion um die so genannte Netzneutralität. Der Ausgang der Diskussionen ist bekannt: Fast überall auf der Welt gibt es heute Gesetzesbestimmungen, welche die Netzneutralität gewährleisten sollen. In der Folge wird erläutert, was der Begriff der Netzneutralität beinhaltet, weshalb strikte Netzneutralität nirgends gefordert wird, welche Bestimmungen es in den USA gab, welche es in der EU gibt und wie die Bestimmungen in der Schweiz entstanden und einzuordnen sind.

¹ Die Redaktion ist der Meinung, dass dieser Beitrag signifikante Überschneidungen mit jenem von Pascal Favrod-Coune, *Net(work) Neutrality in Switzerland: Where Do We Stand?*, in: Jusletter IT 23. Mai 2019, enthält. Sie entschloss sich für eine Publikation, weil der vorliegende Aufsatz dennoch eine anderweitige Einordnung macht, indem er die Entstehungsgeschichte, Hintergrund sowie Einflüsse aus dem Ausland beschreibt, auf aktuelle Ereignisse eingeht und auf unterschiedliche Interpretationen hinweist.

² Zitat entnommen der Website von arsTechnica (<https://arstechnica.com/uncategorized/2005/10/5498-2/>); alle Internetlinks wurden im Juni 2021 geprüft.

³ Vgl. ROSLYN LAYTON, *Net neutrality in the Netherlands: Dutch solution or Dutch disease? 24th European Regional Conference of the International Telecommunications Society (ITS): «Technology, Investment and Uncertainty»*, Florence, Italy, 20th-23rd October, 2013 (<https://www.econstor.eu/bitstream/10419/88488/1/774036370.pdf>).

2. Begriff der Netzneutralität

«Netzneutralität bezeichnet das Prinzip, wonach alle Daten beim Transport durch das Internet gleich behandelt werden, unabhängig von Senderin und Sender, Empfängerin und Empfänger, Dienst, Anwendung oder Inhalt. Sie will also vor diskriminierenden Eingriffen in den Datenverkehr schützen.»⁴

[4] TIM WU, welcher den Begriff Netzneutralität prägte, nannte sein Anliegen denn auch ein «*network anti-discrimination regime*», welches den Nutzern das Recht einräumen sollte, Endgeräte ihrer Wahl einzusetzen sowie Internetinhalte ihrer Wahl abzurufen und innovativen Anbietern diese Geräte und Inhalte zu liefern.⁵ Er illustrierte sein Anliegen mit folgenden zwei Fällen:

- Hush-a-Phone: Das Unternehmen Hush-A-Phone verkaufte in den 1950er Jahren ein kleines Gerät, welches auf den Telefonhörer geschraubt werden konnte und sowohl die Gesprächsqualität verbesserte als auch gewährleistete, dass das Gespräch nicht von Dritten mitgehört werden konnte. Das Telekommunikationsunternehmen AT&T verklagte Hush-a-Phone und brachte unter Berufung auf telekommunikationsrechtliche Grundlagen vor, dass es das alleinige Recht hätte, alle Telefongeräte und damit verbundene Anlagen zu liefern. Das Gericht befand indessen, dass AT&T solche Geräte zu dulden hätte, da es den Geräten und Netzen des Telekommunikationsunternehmens keinen Schaden zufügen würde.⁶
- Carterfone: Das Carterfone war ein von Thomas F. Carter in den 1950er Jahren erfundenes Telefongerät, welches ans Netzwerk von AT&T angeschlossen werden konnte. AT&T war damals Telekommunikationsmonopolistin in den USA und zugleich einzige Geräteelieferantin. AT&T wehrte sich, gestützt auf einen Erlass der Federal Communications Commission (FCC, Telekomregulierungsbehörde der USA), gegen den Gebrauch des Carterfone. 1968 hob die FCC ihren Erlass in der sogenannten Carterfone-Entscheidung auf und erlaubte den Gebrauch des Carterfone und anderer Geräte, sofern diese dem Telekommunikationssystem nicht schaden würden.⁷

[5] Diese Ereignisse können freilich unterschiedlich interpretiert werden. Laut Wu hatte AT&T ein «Supermonopol», welches sie mittels Diskriminierung konkurrierender Anbieter – eben z.B. von Telefongeräten – zu schützen versuchte.⁸ Gemäss Nigro waren es jedoch nicht mehr

⁴ BAKOM, Netzneutralität. Bericht zur Arbeitsgruppe. 23. Oktober 2014, S. 4 (vgl. <https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/digital-und-internet/internet/netzneutralitaet.html>).

⁵ TIM WU, Network Neutrality, Broadband Discrimination, *Journal of Telecommunications and High Technology Law* 2, 2003, S. 142 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=388863&download=yes).

⁶ Vgl. *Hush-A-Phone Corp. v. United States* (https://en.wikipedia.org/wiki/Hush-A-Phone_Corp._v._United_States).

⁷ Vgl. *Carterfone* (<https://en.wikipedia.org/wiki/Carterfone>).

⁸ Vgl. TIM WU, Antitrust via Rulemaking: Competition Catalysts. 2017, S. 8 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3058114): «AT&T, in the 1960s, enjoyed a super-monopoly that encompassed multiple, adjoining markets, including local telephony, long-distance, handsets, and various associated services. The services were tied—one could not buy local service without also getting an AT&T telephone. Seeking to promote competition in the sale of handsets, the FCC required that AT&T create a standardized wall-jack into which any telephone could be plugged, regardless of whether it was produced by the Bell system. (...) Most scholars agree (...), that the standardized jack—a separation rule— was one of the most successful competition catalysts. Over time, it not only yielded more competition in telephone handsets, but led to increased innovation in the attachment market, which had been carefully controlled by AT&T. The years after the adoption of the standardized jack yielded technologies including the answering machine, fax machine, and the home modem, among other inventions.»

zeitgemässe Regulierungen, welche den Marktzutritt konkurrierender Anbieter während längerer Zeit verhindert hätten.⁹

[6] Es erstaunt deshalb nicht, dass sich die Meinungen über die voraussichtlichen Wirkungen einer Regulierung, welche die Netzneutralität gewährleisten soll, diametral entgegenstehen. Während die Regulierungsbefürworter meinen, nur eine Regulierung könnte weiterhin für einen Wettbewerb der Internetdienste und Innovationen im Internet sorgen, sind die Gegner einer solchen Regulierung der Auffassung, dass der Wettbewerb der Internetzugangsanbieter ein offenes Internet garantiere und eine Regulierung die Innovationskraft des Internets gefährden würde.¹⁰

3. Nichtdiskriminierung und Datenverkehrsmanagement

[7] Die Diskussion um die Netzneutralität ist also im weitesten Sinn eine Debatte um (Nicht) Diskriminierung. Diese Debatte ist nicht neu, sie wurde und wird immer wieder insbesondere im Zusammenhang mit so genannten wesentlichen Infrastrukturen geführt. *«At its broadest, the net neutrality debate in the United States and around the world is a reincarnation of an age-old debate about the duties of firms that supply infrastructure services essential to the economy, or—in the old common law phrase—firms «affected with the public interest.» In the nineteenth century, trains and canals were the focus of this debate; in the twentieth century, it was the telephone and the electric systems; and in the twenty-first century, the Internet has seized center stage.»*¹¹ Die Forderung lautete immer, dass der Zugang zu solchen Infrastrukturen zu nichtdiskriminierenden Bedingungen möglich sein müsse.¹²

[8] Nichtdiskriminierung heisst indes nicht, alles gleich behandeln, sondern Gleiches gleich und Ungleiches ungleich. Wu hat denn auch erkannt, dass es legitime Gründe gibt, um zwischen Internetdiensten zu differenzieren. *«Overall, there is a need to strike a balance between legitimate interests in discriminating against certain uses, and reasons that are suspect either due to irrationality or because of costs not internalized by the broadband operator.»*¹³

⁹ Vgl. BARRY NIGRO, Remarks at the IBA Competition and Communications Law Conference in Milan. June 11, 2018 (<https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-assistant-attorney-general-barry-nigro-delivers-remarks-iba-competition-and>): *«(...) AT&T had the assistance of FCC regulation, using a tariff filed with the FCC in 1957 to prohibit interconnection of non-AT&T equipment like the Carterfone. So AT&T was able to employ an FCC tariff to block the Carterfone. Carter eventually turned to legal action. He filed suit in federal court in 1965, but that case was dismissed. So nearly a decade after first attempting to bring his invention to market, in 1966 the industry regulator, the FCC, undertook an inquiry into the effect of its own rules. Two and a half years later, the FCC issued its famous 1968 Carterfone decision, insisting that AT&T permit the attachment of devices like Mr. Carter's to the telephone network. (...) The Carterfone decision is rightly celebrated for opening up the monopoly telephone system to innovative new equipment. But consider that it took Tom Carter three years to win that result through a proceeding at the FCC, eleven years after the tariff was filed. Do you see what I mean about regulatory lag? Think about all the inventors and innovators who were not so persistent and who just never bothered in the decades prior. Even as Carterfone demonstrates the benefits of regulation when it produces a competitive result, it also exemplifies its pitfalls.»*

¹⁰ Vgl. z.B. die unterschiedlichen Auffassungen der Netzbetreiber und der Regulierungsbefürworter im eingangs erwähnten Bericht des BAKOM (Fn. 4), S. 26ff. und an anderen Stellen.

¹¹ ROBIN S. LEE UND TIM WU, Subsidizing Creativity through Network Design: Zero-Pricing and Net Neutrality. *Journal of Economic Perspectives* 23/3, 2009, S. 63 (<https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jep.23.3.61>), S. 74. Vgl. auch CHRISTOPHER T. MARSDEN, Network Neutrality. From Policy to Law to Regulation. Manchester University Press, 2017, S. 17f. (<https://library.oapen.org/handle/20.500.12657/31900>).

¹² Vgl. z.B. MARSDEN (Fn. 11), S. 19: *«Common carriage is not a flat rate for all packets, or necessarily a flat rate for all packets of a certain size. It is a non-discrimination bargain.»*

¹³ Wu, Network Neutrality, (Fn. 5), S. 151.

[9] Werden Datenpakete im Internet übermittelt, müssen sie sich die Transportkapazitäten teilen. Deshalb können wie z.B. im Strassen- oder Schienennetz Staus entstehen. «*As these packets travel across networks, they contend with other packets for network resources. Contention can occur at any point where two or more packets can compete for a resource at the same time – for example, at a network switch where traffic from multiple input ports is forwarded to a common output port.*»¹⁴ Solche (kurzfristigen) Staus treten bei der Übermittlung von grossen Datenpaketen quasi mit Sicherheit auf und lassen sich auch mit zusätzlichen Netzkapazitäten nicht gänzlich vermeiden.¹⁵

[10] Bei der Datenübermittlung handelt es sich um einen stochastischen Prozess. Eine anschauliche Darstellung findet sich bei Marcus: «*From the perspective of the mathematics of queuing theory, a waiting line for an IP hop is not very different from a waiting line for a ski lift. The waiting time is a function of the average number of skiers who show up per unit time, and the degree to which their arrivals occur in bursts, in comparison with the carrying capacity (think of bandwidth) of the lift. This delay is highly variable.*»¹⁶

[11] Ein Ausbau der Netzwerkkapazitäten hilft somit, Staus zu verringern, kann diese wegen der erwähnten stochastischen Eigenschaften der Datenübermittlung aber nie ganz ausschliessen. Welches Datenpaket während der Übermittlung wie behandelt wird, ist – Eingriffe der Netzbetreiber ausgeschlossen – deshalb eine Frage von Wahrscheinlichkeiten. Also ist es grundsätzlich verfehlt zu erwarten, dass alle Datenpakete gleichbehandelt werden. Man kann allenfalls fordern, dass alle Datenpakete mit derselben Wahrscheinlichkeit ungleich behandelt werden. Weil aber die Belastung der Übermittlungskapazitäten von Augenblick zu Augenblick ändern kann, existiert keine gesicherte Basis, auf welcher geschlossen werden könnte, dass irgendein Datenpaket gegenüber einem anderen Datenpaket diskriminiert worden wäre.¹⁷

[12] «*In a network of diverse applications, first come first served is not the appropriate rule; the greatest good for the greatest number is superior. This insight is the fundamental basis of network quality of service.*»¹⁸ Deshalb sind «*[n]etworks (...) generally engineered with the goal of providing each application class with the particular type of service it requires. For example, the Wi-Fi Quality of Service standard, IEEE 802.11e, defines four service classes: Best effort (ordinary service), Voice, Video, and Background (...).*»¹⁹ Auch moderne Mobilfunknetze verfügen über so genannte «bearer»²⁰, wel-

¹⁴ BITAG, Differentiated Treatment of Internet Traffic. Oktober 2015, S. 1 (<https://www.bitag.org/report-differentiated-treatment-of-internet-traffic.php>).

¹⁵ BITAG (Fn. 14), S. iii: «*When TCP [Transmission Control Protocol; das dominierende Übermittlungsprotokoll im Internet] transfers a large file, such as video content or a large web page, it practically guarantees that it will create recurring momentary congestion at some point in its network path. This effect exists by design, and it cannot necessarily be eliminated by increasing capacity. Given the same traffic load, however, the severity of the momentary congestion should decrease with increased capacity.*» GEDDES meint sogar, dass zusätzliche Kapazität das Problem verschärfe, da das im Internet vorherrschende TCP/IP Protokoll für viel geringere Datenvolumina sowie ein anderes Verhalten von Datenraten gemacht sei, als wir sie heute antreffen würden. Vgl. MARTIN GEDDES, How far can the Internet scale? Blogbeitrag vom 19. April 2015 (<http://www.martingeddes.com/how-far-can-the-internet-scale/>).

¹⁶ SCOTT MARCUS, Network Neutrality Revisited: Challenges and Responses in the EU and in the US. Study for the IMCO Committee. Directorate General for Internal Policies, Brüssel 2014, S. 25 (<https://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201411/20141117ATT93465/20141117ATT93465EN.pdf>).

¹⁷ Mit GEDDES (Fn. 15), S. 7: «*[T]here is no objective non-discriminatory baseline against which to compare the supposed discriminatory outcome.*»

¹⁸ RICHARD BENNETT, Arrested Development, American Enterprise Institute, Dezember 2015, S. 21 (<http://www.aei.org/publication/arrested-development-how-policy-failure-impairs-internet-progress/>).

¹⁹ BENNETT (Fn. 18), S. 10.

²⁰ «*An EPS [Enhanced Packet System] bearer is a connection set up between a user equipment and an interface linking a PDN GW [Packet Data Network Gateway] to an external network, and is identified by three characteristics: the user*

che es erlauben, den Datenverkehr in neun Klassen zu unterscheiden, jede definiert nach Priorität, Paketverlustrate (packet loss) und Paketverzögerung (packet delay in Millisekunden).²¹

QCI	Bearer Type	Priority	Packet Delay	Packet Loss	Example
1	GBR	2	100 ms	10 ⁻²	VoIP call
2		4	150 ms		Video call
3		3	50 ms	10 ⁻³	Online Gaming (Real Time)
4		5	300 ms		Video streaming
5	Non-GBR	1	100 ms	10 ⁻⁶	IMS Signaling
6		6	300 ms		Video, TCP based services e.g. email, chat, ftp etc
7		7	100 ms		Voice, Video, Interactive gaming
8		8	300 ms	10 ⁻⁶	Video, TCP based services e.g. email, chat, ftp etc
9		9			

Abbildung 1: BITAG (Fn. 14), S. 19

[13] Eine Differenzierung des Datenverkehrs ist somit bereits in den Standards enthalten, d.h. sie war von Beginn weg Teil der Internet-Architektur. In der Diskussion um die Netzneutralität geht es also darum, «[w]elche Eingriffe erlaubt oder verboten sein sollen, und welche Ausnahmen es dabei geben soll (...).»²²

4. Entstehung der Gesetzesbestimmung

4.1. Einflüsse aus dem Ausland

4.1.1. USA

[14] «Die öffentliche Diskussion über Netzneutralität hat 2003 in den USA begonnen und wurde weltweit aufgenommen.»²³ Die FCC der USA erliess im Zusammenhang mit Fragen der Netzneutralität bereits 2005 ein «Policy Statement», welches die so genannten vier Verbraucherefreiheiten einführt, nämlich

- i. freier Zugriff auf Internetinhalte,
- ii. freie Verwendung von Anwendungen und Diensten,
- iii. freier Anschluss beliebiger Geräte an das Internet sowie
- iv. Wettbewerb zwischen den jeweils vorhandenen Netzbetreibern, Anwendungsanbietern und Inhaltenanbietern.²⁴

[15] Gestützt auf dieses Policy Statement verbot die FCC einem kleinen Telekommunikationsunternehmen – Madison River Communications – das Blockieren von VoIP-Diensten. 2008 woll-

equipment at one end; the PDN GW interface at the other end; and a QoS profile that identifies the performance objectives associated with the traffic.» BITAG (Fn. 14), S. 19.

²¹ BENNETT (Fn. 18), S. 15ff.

²² BAKOM (Fn. 4), S. 4.

²³ BAKOM (Fn. 4), S. 4.

²⁴ Vgl. dazu etwa S. SCHLAURI, Net Neutrality: Netzneutralität als neues Regulierungsprinzip des Telekommunikationsrechts. Zürich, 2010, S. 223 (<https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/36715/>).

te die FCC auch der Netzbetreiberin Comcast das Blockieren gewisser Dienste (Peer-to-Peer-Verbindungen) verbieten. Comcast focht die Verfügung der FCC indes mit Erfolg an (mangelnde Zuständigkeit der FCC).

[16] 2010 erliess die FCC einen so genannten «Report and Order In the Matter of Preserving the Open Internet», worin sie Blockieren und Diskriminieren von legalen Internetinhalten vorbehältlich «reasonable network management» untersagte. Auch dieser Erlass hatte nicht lange Bestand. Er wurde von den Netzbetreibern mit Erfolg angefochten.

[17] 2015 nahm die FCC einen neuen Anlauf und erliess so genannte «bright line rules».²⁵

- i. «*no blocking*»: Legale Inhalte, Applikationen, Dienste oder Geräte, welche dem Netz keinen Schaden zufügen, durften nicht blockiert werden, allerdings «subject to reasonable network management».
- ii. «*no throttling*»: Ebenso das Drosseln oder sonstwie Entwerten legaler Inhalte, Applikationen etc. wurde verboten, wiederum «subject to reasonable network management».
- iii. «*no paid prioritization*»: Verboten wurde auch bezahlte Priorisierung, d.h. die entgeltliche Bevorzugung gewisser Internetinhalte, Applikationen oder Geräte.
- iv. Zudem erliess sie einen so genannten «*catch-all standard*», der alles Unzulässige erfassen sollte, was die ersten drei Verbote nicht erfassen würden. Ein Internetzugangsanbieter durfte damit nicht «*unreasonably interfere with or unreasonably disadvantage*» die Möglichkeit des Endnutzers auf legale Inhalte, Applikationen und Dienste zuzugreifen sowie Geräte auszuwählen und die Möglichkeit der Dienst- und Applikationsanbieter, solche Dienste, Applikationen oder auch Geräte anzubieten. Alles wiederum «subject to reasonable network management».
- v. Ferner wurde von den Netzbetreibern Transparenz bezüglich deren Netzwerkmanagement gefordert.

[18] Als Netzwerkmanagementpraktik wurde eine Massnahme bezeichnet, welche primär aus technischen Gründen notwendig sei, aber keine anderen Geschäftsgründe hätte. Als «reasonable» wurde eine Praktik bezeichnet, «*if it is primarily used for and tailored to achieving a legitimate network management purpose, taking into account the particular network architecture and technology of the broadband Internet access service.*»²⁶ Diesen Grundsatz wollte die FCC fallweise (case-by-case) präzisieren. Immerhin gab sie folgende Leitlinien mit: «*[B]roadband providers may implement network management practices that are primarily used for, and tailored to, ensuring network security and integrity, including by addressing traffic that is harmful to the network, such as traffic that constitutes a denial-of-service attack on specific network infrastructure elements. Likewise, broadband providers may also implement network management practices that are primarily used for, and tailored to, addressing traffic that is unwanted by end users. Further (...) network management practices that alleviate congestion without regard to the source, destination, content, application, or service are also more likely to be considered reasonable network management practices in the context of this exception.*»²⁷

²⁵ FCC, In the Matter of Protecting and Promoting the Open Internet. REPORT AND ORDER ON REMAND, DECLARATORY RULING, AND ORDER, 26. Februar 2015 (FCC 2015; <https://www.fcc.gov/document/protecting-and-promoting-open-internet-nprm>).

²⁶ FCC 2015 (Fn 25), S. 11.

²⁷ FCC 2015 (Fn 25), S. 101f.

[19] Nachdem die US-Präsidentschaft von den Demokraten zu den Republikanern gewechselt hatte, hob die FCC diese Regeln im Dezember 2017 wieder auf, mit unter anderem der Begründung: *«Because of the paucity of concrete evidence of harms to the openness of the Internet, the Title II Order and its proponents have heavily relied on purely speculative threats. We do not believe hypothetical harms, unsupported by empirical data, economic theory, or even recent anecdotes, provide a basis for public-utility regulation of ISPs.»*²⁸

[20] Zurzeit wird gerichtlich ausgefochten, ob die Aufhebung des Regelwerks rechtens war. Ob die FCC nach dem erneuten Wechsel der Präsidentschaft von den Republikanern zu den Demokraten die Regeln wieder in Kraft setzen wird, ist zum aktuellen Zeitpunkt unklar.

[21] Verletzungen der Netzneutralität durch die Netzbetreiber in den USA werden zwar immer wieder behauptet.²⁹ Ob es sich dabei aber tatsächlich um ungerechtfertigte Eingriffe in den Datenverkehr handelt, wurde von den Behörden nicht näher untersucht.

4.1.2. Europäische Union

[22] Die Diskussion um die Netzneutralität wurde bald weltweit geführt. Bereits 2006 publizierte die OECD einen Bericht zur Netzneutralität.³⁰ Darin kam sie unter anderem zum Schluss, dass *«[t]he debate over network neutrality should not necessarily be about whether packet structuring for quality of service should be allowed. Rather the debate should focus on how consumers should be safeguarded from anti-competitive behaviour, whether consumers maintain their ability to choose their own services and if consumers can determine which packets receive prioritised transmission.»* Deshalb ist *«[t]he level of competition in the broadband market (...) the most important determinant of whether regulators need to implement safeguards against anti-competitive traffic prioritisation.»*³¹

[23] In ihrer Erklärung zur Netzneutralität von 2009 ging die EU-Kommission einen Schritt weiter: *«Die Kommission misst der Erhaltung des offenen und neutralen Charakters des Internet hohe Bedeutung bei und trägt dem Willen der Mitgesetzgeber umfassend Rechnung, jetzt die Netzneutralität als politisches Ziel und als von den nationalen Regulierungsbehörden zu fördernden Regulierungsgrundsatz festzuschreiben (...). Die Kommission wird (...) in ihrem jährlichen Fortschrittsbericht an das Europäische Parlament und den Rat besonderes Gewicht darauf legen, wie die Netzfreiheiten der europäischen Bürger geschützt werden. In der Zwischenzeit wird die Kommission die Auswirkungen der Entwicklungen des Markts und der Technik auf die Netzfreiheiten beobachten und dem Europäischen Parlament und dem Rat bis Ende 2010 darüber berichten, ob zusätzliche Leitlinien erforderlich sind, und sie wird ihre bestehenden wettbewerbsrechtlichen Befugnisse nutzen, um etwaige wettbewerbswidrige Praktiken abzustellen.»*³²

²⁸ FCC, Restoring Internet Freedom. DECLARATORY RULING, REPORT AND ORDER, AND ORDER. 4. Januar 2018, Rz. 116 (FCC 2018; <https://www.fcc.gov/document/fcc-releases-restoring-internet-freedom-order>).

²⁹ Vgl. z.B. ISPs Are Violating the Old Net Neutrality Rules (<https://potsandpansbyccg.com/2019/02/13/isps-are-violating-the-old-net-neutrality-rules/>).

³⁰ OECD, Network Neutrality: A Policy Overview. Working Party on Telecommunication and Information Services Policies. 27. April 2006 (DSTI/ICCP/TISP(2006)4).

³¹ OECD (Fn. 30), S. 3.

³² Amtsblatt der Europäischen Union vom 18.12.2009 L 337, S. 69 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/De/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0140>).

[24] Im Juni 2010 leitete die EU-Kommission eine Konsultation zur Netzneutralität ein.³³ Die Konsultation ergab eine nahezu einhellige Zustimmung zur Erhaltung eines offenen Internets. Allerdings wurden mehrheitlich keine weiteren Vorschriften gefordert, aber es bestand die Erwartung, dass zusätzliche Leitlinien notwendig werden könnten.³⁴ 2012 veröffentlichte die EU-Kommission gemeinsam mit der GEREK³⁵ einen Bericht zu den Verkehrsmanagementpraktiken der Netzbetreiber.³⁶ Der Bericht zeigte, dass Drosselungen und Blockierungen von Internetverkehr nicht selten waren (vgl. die nachfolgende Grafik aus dem Bericht), wobei keine Aussagen darüber gemacht wurden, ob es sich bei diesen Verkehrsmanagementmassnahmen um «reasonable traffic management» handelte oder nicht.

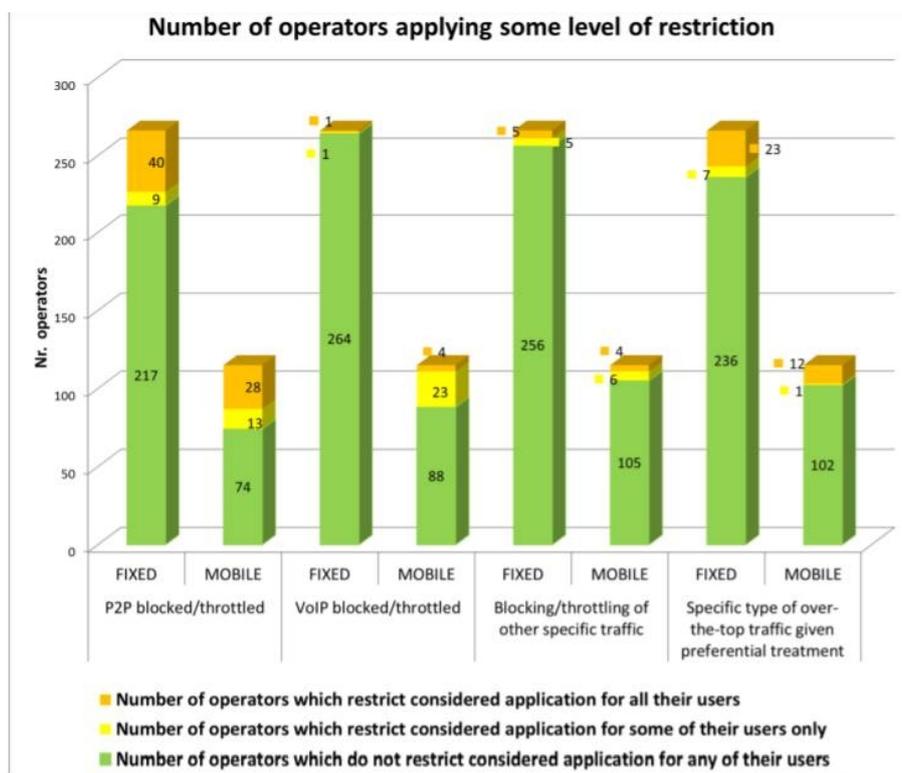


Abbildung 2: GEREK (Fn. 36), S. 15

[25] Im September 2013 präsentierte die EU-Kommission einen Vorschlag für eine so genannte «single market regulation for electronic communications», welcher unter anderem auch Be-

³³ Europäische Kommission. Digitale Agenda: Kommission beginnt Konsultation über Netzneutralität (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_10_860).

³⁴ Europäische Kommission. Digitale Agenda: Konsultation ergibt nahezu einhellige Zustimmung zur Erhaltung eines offenen Internet (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_10_1482). Vgl. auch die Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Offenes Internet und Netzneutralität in Europa. 19.4.2011, KOM(2011) 222 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0222&from=EN>).

³⁵ GEREK = Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (englisch: Body of European Regulators for Electronic Communications, BEREC). Das GEREK besteht aus Vertretern der jeweiligen nationalen Regulierungsbehörden der EU-Mitglieder.

³⁶ BEREC, A view of traffic management and other practices resulting in restrictions to the open Internet in Europe, 29. Mai 2012 (https://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/reports/45-berec-findings-on-traffic-management-practices-in-europe).

stimmungen zur Netzneutralität enthielt.³⁷ Dieser Vorschlag erfuhr noch einige Änderungen. Schliesslich resultierte die Verordnung 2015/2120 über – unter anderen Massnahmen zum Zugang zum offenen Internet (auch als Verordnung zur Netzneutralität, VO-NN, bezeichnet).³⁸ Der Inhalt dieser Verordnung ist den Erlassen der FCC von 2010 und 2015 sehr ähnlich.³⁹ In der Tat scheint die EU-Verordnung stark durch die Vorarbeiten der FCC inspiriert.

[26] Am 30. August 2016 publizierte die GEREK die ersten Leitlinien zur Umsetzung dieser Verordnung.⁴⁰ Am 11. Juni 2020 veröffentlichte sie eine aktualisierte Fassung.⁴¹

[27] Als Grundsatz statuiert die VO-NN in Art. 3 Abs. 1, dass Endnutzer (natürliche Personen und Unternehmen, auch CAP [Content and Application Provider]) das Recht haben über ihren Internetzugangsdienst Inhalte, Anwendungen oder Dienste, Informationen und Inhalte abzurufen und zu verbreiten, Anwendungen und Dienste zu nutzen und bereitzustellen und Endgeräte ihrer Wahl zu verwenden.

[28] Die Internetzugangsanbieter (ISP, Internet Service Provider) sind gemäss Art. 3 Abs. 2 VO-NN aber frei mit den Endnutzern Verträge über kommerzielle und technische Konditionen des Internetzugangs abzuschliessen, solange diese Konditionen die eben beschriebenen Rechte der Endnutzer nicht beschränken.

[29] Nach Auffassung der ISP, aber auch der Behörden, war damit die (umstrittene) Praxis des sogenannten Zero ratings, d.h. das Nicht-Anrechnen des Datenverbrauchs für einzelne oder mehrere Dienste an ein allfällig vertraglich beschränktes Datenvolumen (Datencap), grundsätzlich erlaubt. Zero rating und ähnliche Praktiken beurteilten die Regulierungsbehörden im Einzelfall aufgrund einer Kriterienliste, welche unter anderem die Marktpositionen der betroffenen ISP und CAP sowie die Auswirkungen auf die Dienstvielfalt enthält.⁴²

[30] Art. 3 Abs. 3 VO-NN sieht allerdings vor, dass die ISP den gesamten Datenverkehr gleich behandeln müssen, ohne Diskriminierung, Beschränkung oder Störung, sowie unabhängig von

³⁷ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down measures concerning the European single market for electronic communications and to achieve a Connected Continent, and amending Directives 2002/20/EC, 2002/21/EC and 2002/22/EC and Regulations (EC) No 1211/2009 and (EU) No 531/2012 (Regulation of the European Parliament and of the Council laying down measures concerning the European single market for electronic communications and to achieve a CoNetzneutralitätected Continent – COM(2013) 627 | Shaping Europe's digital future (europa.eu). Artikel 21ff.

³⁸ Verordnung (EU) 2015/2120 vom 25. November 2015 über Maßnahmen zum Zugang zum offenen Internet und zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten sowie der Verordnung (EU) Nr. 531/2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R2120>).

³⁹ Vgl. dazu auch BEN SCOTT et al., Landmark EU and US Net Neutrality Decisions: How Might Pending Decisions Impact Internet Fragmentation? Global Commission on Internet Governance Paper Series: no. 18, July 2015, S. 6. (<https://www.cigionline.org/sites/default/files/no18.pdf>). A.M. Pascal FAVROD-COUNE, Net(work) Neutrality in Switzerland: Where Do We Stand?, in: Jusletter IT 23. Mai 2019, S. 7, Rz. 30 (https://jusletter-it.weblaw.ch/issues/2019/23-Mai-2019/net%28work%29-neutrality_e77206f491.html__ONCE&login=false), welcher von einem «completely different approach» spricht. Es ist allerdings gut erkennbar, dass die VO-NN die vier Freiheiten verankert, welche im Policy Statement der FCC von 2005 enthalten sind. FAVROD-COUNE erwähnt dieses Statement in seinem Aufsatz nicht.

⁴⁰ BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/regulatory_best_practices/guidelines/6160-berec-guidelines-on-the-implementation-by-national-regulators-of-european-net-neutrality-rules.

⁴¹ BEREC Guidelines on the Implementation of the Open Internet Regulation https://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/regulatory_best_practices/guidelines/9277-berec-guidelines-on-the-implementation-of-the-open-internet-regulation.

⁴² Vgl. dazu die Randziffern 40 bis 48 der BEREC Guidelines on the Implementation of the Open Internet Regulation (Fn. 41).

Sender und Empfänger, den Inhalten, den Anwendungen oder Diensten oder den verwendeten Endgeräten.

[31] Zwar ist nach derselben Bestimmung so genanntes «reasonable traffic management» erlaubt. Dieses muss aber transparent, nicht-diskriminierend, verhältnismässig, auf objektiv unterschiedlichen Qualitätsanforderungen eines Dienstes oder einer Applikation beruhen und darf nicht von kommerziellen Überlegungen geleitet sein. Priorisierung gegen Entgelt ist somit unzulässig, sofern die Priorisierung nicht wirklich notwendig ist und nicht auf ganze Dienstkategorien wie z.B. Echtzeitkommunikation angewendet wird.

[32] Andere Eingriffe in den Datenverkehr sind nur dann zulässig, wenn es Rechtsvorschriften, Gerichts- und andere autorisierte Behörden verlangen, oder wenn ein Eingriff zur Wahrung der Integrität und Sicherheit des Netzes, von Diensten und Endgeräten notwendig ist, oder wenn damit eine drohende Netzwerküberlastung verhindert oder eine aktuelle Überlastung gemildert werden kann. Allerdings muss es sich dabei um aussergewöhnliche und bloss zeitweilig auftretende Netzüberlastungen handeln, ansonsten vom ISP eine Erweiterung der Netzkapazität erwartet wird.

[33] Am 15. September 2020 urteilte der Europäische Gerichtshof (EuGH), dass die Anbieter von der Bestimmung in Art. 3 Abs. 3 VO-NN in keinem Fall abweichen dürfen, d.h. dass Art. 3 Abs. 2 VO-NN dem nachfolgenden Absatz der Verordnung nicht vorgeht. Und da «angemessene Verkehrsmanagementmassnahmen» gemäss Art. 3 Abs. 3 VO-NN nicht auf kommerziellen Überlegungen beruhen dürfen, sei zero rating mit der VO-NN unvereinbar, denn dieses beruhe gerade auf kommerziellen Überlegungen.⁴³ Am 2. September 2021 bestätigte der EuGH diese Auffassung in drei weiteren Urteilen, welche bestimmte Varianten des zero ratings betrafen.⁴⁴

[34] ISP dürfen indes so genannte Spezialdienste anbieten, gemäss Art. 3 Abs. 5 VO-NN allerdings nur, wenn

- diese Dienste tatsächlich – aus technischen Gründen – ein bestimmtes Qualitätsniveau erfordern. Es ist somit unzulässig, bestimmte Dienste generell zu priorisieren und damit vergleichbare Dienste zu benachteiligen. Als Beispiele für Spezialdienste werden insbesondere zeitsensible Dienste wie IP Sprachtelefonie (VoIP, VoLTE), IP TV und Telemedizin genannt. Angebote für Geschäftskunden, welche eine bestimmte Qualität der Datenübertragung garantieren, werden einer Prüfung im Einzelfall unterzogen.
- die Kapazität des Netzes ausreichend ist, um die Spezialdienste zusätzlich zu den anderen Internetzugangsdiensten zu erbringen und die Spezialdienste nicht zu Nachteilen bei der allgemeinen Qualität der Internetzugangsdienste führen. Die Leitlinien der GEREK stellen klar, dass diese Bedingungen nicht verletzt sind, wenn es technisch unmöglich ist, Spezialdienste ohne Verschlechterung der Qualität der anderen Internetzugangsdienste zu erbrin-

⁴³ Vgl. das Urteil des EuGH vom 15. September 2020, Telenor Magyarorszá, C807/18 und C39/19 (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=231042&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1>).

⁴⁴ Vgl. die Pressemitteilung des EuGH vom 2. September 2021 «Nulltarif-Optionen verstoßen gegen die Verordnung über den Zugang zum offenen Internet» und die Verweise dort (<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-09/cp210145de.pdf>). Hier ging es unter anderen um die Sache «StreamOn». Die Deutsche Telekom bot unter anderem die Option «StreamOn Music&Video» an, ein zero rating Angebot, bei welchem der Endkunde vertraglich einwilligte, dass die Bandbreite beim Videostreaming auf maximal 1.7 MBs reduziert wird. Die BNetzA erachtete ein derartiges «traffic shaping» als unzulässig. Wie erwähnt qualifizierte der EuGH bereits zero rating als mit der VO-NN unvereinbar.

gen, sofern der Endnutzer hierüber informiert ist und die vereinbarten Geschwindigkeiten erreichen kann.

[35] Die ISP haben in ihren Verträgen eine Vielzahl von Angaben zu machen, welche der Transparenz dienen (Art. 4 VO-NN). So z.B. über maximale, minimale und normalerweise zur Verfügung stehende Geschwindigkeiten im Festnetz, aber auch über die Auswirkungen von Traffic Management Massnahmen.

[36] Die Behörden könnten unzulässige Traffic Management Massnahmen, Spezialdienste oder andere Verhaltensweisen der ISP verbieten und gegebenenfalls sanktionieren (Art. 5 und 6 VO-NN).

[37] Gestützt auf die Berichte der Mitgliedstaaten verfasst die GEREK jährlich einen Überblick zur Umsetzung der VO-NN in den Mitgliedstaaten. Aus der aktuellsten Publikation⁴⁵ ist ersichtlich, dass zero rating in fast allen Mitgliedstaaten ein Thema war, wobei diese Praktik je nach Ausgestaltung als zulässig oder unzulässig erachtet wurde. Nach den neusten Urteilen des EuGH (vgl. oben) wird zero rating in Zukunft voraussichtlich generell unzulässig sein. Relativ häufig – in 11 Mitgliedstaaten – wurde auch das Blockieren bestimmter Internet-«Ports» untersucht, wobei dieses Blockieren meist aus Sicherheitsüberlegungen – Abwehr von Spam und Malware – gerechtfertigt wurde. Geprüft wurden auch Angebote sogenannter Spezialdienste wie IPTV, die gemäss VO-NN zulässig sind.

[38] Ein Bericht des Vereinigten Königreichs⁴⁶ zeigt, dass Verkehrsmanagementmassnahmen allesamt «reasonable», also angemessen zu sein scheinen (nach ursprünglicher Auffassung umfasste das meist auch zero rating) und auch die Spezialdienste zu keinen Klagen Anlass gaben. Spezialdienste werden insbesondere im Zusammenhang mit neuen Anwendungen, welche durch den Ausbau der 5G-Mobilfunktechnologie ermöglicht werden, diskutiert. Dazu das Ofcom: «*[W]e have not been able to identify a case study or a situation where the current rules would present a realistic challenge to the introduction of new 5G services.*»⁴⁷ Auch die Berichte des französischen Regulators⁴⁸ (ARCEP) und des deutschen Regulators⁴⁹ (Bundesnetzagentur, BNetzA) zeigen, dass es kaum Verletzungen der VO-NN gab. Vorzuschreiben, wie es der Mobilfunkanbieter O2 in Deutschland tat, dass die Kunden ihren Internetzugang nur mit Smartphones, Tablets und anderen mobilen Geräten nutzen dürfen, wurde in erster Instanz freilich als unzulässig qualifiziert, denn die VO-NN räumt den Verbrauchern ausdrücklich das Recht ein, über ihren Internetzugangsdienst Endgeräte ihrer Wahl zu nutzen. Das Verfahren ist indes hängig, denn das Urteil wurde angefochten.⁵⁰

[39] Abgesehen von der Praxis des zero rating, welche nun aber höchstrichterlich als grundsätzlich unzulässig erklärt wurde, scheint die Diskussion um die Netzneutralität, welche zeitweilig

⁴⁵ BEREC Report on the implementation of Regulation (EU) 2015/2120 and BEREC Open Internet Guidelines 2021, 30. September 2021.

⁴⁶ OFCOM, Monitoring compliance with the EU Open Internet Regulation. 8. Juli 2020 (https://www.ofcom.org.uk/___data/assets/pdf_file/0033/197709/net-neutrality-report-2020.pdf)

⁴⁷ OFCOM (Fn. 46) S. 15, Rz. 3.34.

⁴⁸ ARCEP, L'état d'internet en France. Edition 2020 (https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/rapport-etat-internet_edition-2020_250620.pdf).

⁴⁹ BUNDESNETZAGENTUR, Netzneutralität in Deutschland. Jahresbericht 2019/2020 (https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Netzneutralitaet/Jahresberichte/jahresberichte-node.html).

⁵⁰ Vgl. Neues Urteil zur Endgerätefreiheit, 19. März 2021 (<https://www.infosat.de/entertainment/neues-urteil-zur-endger-tefreiheit>).

sehr heftig, ja emotional, geführt wurde, zumindest in der EU an Brisanz verloren zu haben. Ob dies der VO-NN geschuldet ist oder ob Netzneutralität bloss ein Scheinproblem ist, wie die ISP immer vorgetragen haben⁵¹, sei hier dahingestellt.

4.2. Schweiz

4.2.1. Die Fernmeldeberichte des Bundesrats, der Verhaltenskodex und erste parlamentarische Vorstösse

[40] Der Bundesrat griff das Thema erstmals in seinem Bericht «Evaluation des Fernmeldemarkts» vom 17. September 2010 auf.⁵² Darin kommt er zum Schluss, dass in der Schweiz keine offensichtlichen Verletzungen der Netzneutralität ersichtlich sind und er die Situation weiter beobachten und gegebenenfalls handeln will. Im Ergänzungsbericht vom 28. März 2012 äusserte sich der Bundesrat dahingehend, dass er über eine allgemeine Informationspflicht der Netzbetreiberinnen in Bezug auf ihre Verbreitungspraxis, aber auch über die Einführung eines Nichtdiskriminierungsgebots nachdenken will.

[41] Am 30. Mai 2012 fragte Nationalrat Balthasar Glättli den Bundesrat, ob dieser bereit sei, die Netzneutralität auch in der Schweiz zu sichern.⁵³ Glättli wies dabei darauf hin, dass die Niederlande im Mai 2012 als erstes Land in Europa die Netzneutralität gesetzlich verankert hatte. In ihrer Antwort verwies die damalige Bundesrätin Leuthard auf die geplante Revision des Fernmeldegesetzes, welche auch die Frage der Netzneutralität aufnehmen werde. Weiter legte sich die Bundesrätin nicht fest.⁵⁴

[42] Am 14. Dezember 2012 doppelte Glättli mit einer Motion nach.⁵⁵ Damit wollte er den Bundesrat beauftragen, in der geplanten Teilrevision des Fernmeldegesetzes die Netzneutralität gesetzlich zu verankern, um einen transparenten und diskriminierungsfreien Datentransfer über das Internet zu gewährleisten. Die Netzneutralität müsse als Grundbaustein der Informations- und Meinungsfreiheit explizit festgehalten werden und Fest- wie Mobilnetz betreffen.

[43] Der Bundesrat beantragte am 13. Februar 2013 die Ablehnung der Motion, denn er gedenke im Rahmen der geplanten Vernehmlassung für eine Teilrevision des Fernmeldegesetzes Vorschläge auch zum Thema Netzneutralität zu machen. Er wolle sich aber nicht bereits festlegen, welche Massnahmen er für angemessen erachte. Diese Begründung verfiel im Nationalrat nicht, denn dieser nahm die Motion am 17. Juni 2014 mit recht grossem Mehr (111 gegen 61 Stimmen) und ohne vorangehende Diskussion an.⁵⁶

⁵¹ Vgl. z.B. die Argumentation der ISP im erwähnten Bericht des BAKOM zur Netzneutralität (Fn. 4).

⁵² Die Berichte des Bundesrats zur Evaluation des Fernmeldemarktes von 2010, 2012 und 2014 können alle unter folgender Adresse abgerufen werden: <https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/das-bakom/organisation/rechtliche-grundlagen/bundesratsgeschaefte/fernmeldebericht-2014.html>.

⁵³ 12.5198 Frage: Netzneutralität auch in der Schweiz sichern <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20125198>.

⁵⁴ Votum Leuthard, AB 2012 N 863 (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=25195>).

⁵⁵ 12.4212: Fernmeldegesetz. Gesetzliche Festschreibung der Netzneutralität <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20124212>.

⁵⁶ AB 2014 N 1135 (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=29332>).

[44] Am 7. November 2014 kündigten⁵⁷ die grossen Telekomunternehmen sowie der Verband Suissedigital einen Verhaltenskodex zur Netzneutralität⁵⁸ an. Darin versprachen sie, dass alle Nutzer Inhalte, Dienste, Anwendungen, Hard- und Software nach ihrer Wahl verwenden könnten. Keine Dienste oder Anwendungen würden gesperrt. Die Informations- und Meinungsäusserungsfreiheit werde nicht eingeschränkt. Ein Netzwerkmanagement zur Qualitätssicherung und für auf den Kunden zugeschnittene Angebote werde indes weiterhin betrieben. Bei einer mutmasslichen Verletzung des Verhaltenskodexes durch den Anbieter würden Nutzer künftig eine Schlichtungsstelle anrufen können, der unabhängige Experten angehören sollten. Die Reaktionen auf diese Ankündigung waren verhalten⁵⁹ bis ablehnend (es wurde von «Irreführung» gesprochen)⁶⁰.

[45] Am 19. November 2014 veröffentlichte der Bundesrat einen weiteren Fernmeldebericht, worin er vorschlug bezüglich Netzneutralität Transparenzregeln einzuführen.⁶¹ Für eine weitergehende Regelung sah er keinen Bedarf, denn es gäbe keine Anhaltspunkte für Verletzungen der Netzneutralität. Zudem sollten technisch notwendige und ökonomisch sinnvolle Differenzierungen bei der Erbringung von Fernmeldediensten möglich sein und nicht durch unnötige regulatorische Eingriffe gefährdet werden. Der Fernmeldebericht von 2014 war Startschuss zur Anpassung des Fernmeldegesetzes.⁶²

[46] Die vom Bundesrat in Aussicht gestellten Transparenzregeln überzeugten den Ständerat, welcher die zuvor vom Nationalrat angenommene Motion Glättli am 16. März 2015 ablehnte (mit 26 gegen 17 Stimmen).⁶³ Der Mehrheitssprecher der vorberatenden Kommission, Ständerat Imoberdorf, wies darauf hin, dass der Bundesrat bereits Transparenzvorschriften plane und weitere Vorschriften auf formell-gesetzlicher Stufe bei Bedarf allenfalls in einer späteren Phase erlassen werden könnten. In der Schweiz gäbe es zurzeit keine konkreten Problemfelder, keine Anzeichen von Verletzungen der Netzneutralität und damit keinen dringenden Handlungsbedarf für eine verpflichtende Regulierung oder für die Einführung spezifischer Regelungen zur Netzneutralität. Zudem sei nicht klar, wie eine solche Regelung auszugestalten wäre. Es bestehe die Gefahr, dass durch eine nationale Regulierung der Wettbewerb verzerrt und dadurch die Entstehung neuer Technologien und Geschäftsfelder gebremst würde. Es sei deshalb angezeigt, vorerst die internationalen Entwicklungen, insbesondere in der EU und den USA, zu beobachten. Zuletzt wies Imoberdorf auf die Verhaltensrichtlinien der Branche zur Netzneutralität vom

⁵⁷ Netzneutralität: ICT-Unternehmen garantieren offenes Internet (<https://www.suissedigital.ch/suissedigital/medien/detail/netzneutralitaet-ict-unternehmen-garantieren-offenes-internet/>).

⁵⁸ Netzneutralität: Verhaltensrichtlinien (https://www.suissedigital.ch/fileadmin/user_upload/suissedigital/public/de/medienmitteilungen/2014/Verhaltenskodex_Netzneutralitaet.pdf).

⁵⁹ NZZ vom 9. November 2014, Netzneutralität, die ich meine (<https://www.nzz.ch/schweiz/netzneutralitaet-die-ich-meine-1.18421671>).

⁶⁰ DIGITALE GESELLSCHAFT, Verhaltenskodex der Internet-Provider: Grobe Verletzungen der Netzneutralität vorgehen, 7. November 2014 (<https://www.digitale-gesellschaft.ch/2014/11/07/verhaltenskodex-der-internet-provider-grobe-verletzungen-der-netzneutralitaet-vorgesehen/>).

⁶¹ Vgl. Fernmeldebericht 2014 (Fn. 52), S. 46.

⁶² Vgl. Pressemitteilung des BAKOM, Die Dynamik des Fernmeldemarkts erfordert zeitgemässe Rechtsgrundlagen, 19. November 2014 (<https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/das-bakom/medieninformationen/medienmitteilungen.msg-id-55293.html>).

⁶³ AB 2015 S 198 (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=32246>).

November 2014 hin.⁶⁴ In ihrem Votum meinte auch Bundesrätin Leuthard, sie sei froh, dass es eine freiwillige Regulierung geben würde, auf welche sich verschiedene Netzbetreiber geeinigt hätten. Solche freiwilligen Branchenvereinbarungen brächten einen gewissen Rechtsschutz für die Konsumentinnen und Konsumenten mit sich.⁶⁵

[47] Der Minderheitensprecher, Ständerat Janiak, machte freilich Handlungsbedarf aus, denn auch der Bundesrat anerkenne mit den von ihm angestrebten Transparenzbestimmungen einen gewissen Handlungsbedarf. Zudem

- müssten innovative Schweizer KMU damit rechnen, dass ihr Zugang zu den Kunden eingeschränkt und dass die grosse ausländische Konkurrenz bevorzugt werde;
- würden die Angebote der Telekomanbieter ohne Netzneutralität noch unübersichtlicher, sodass der Vergleich von Preisen und Leistungen für die Nutzer noch schwieriger sei;
- sei nicht tolerierbar, wenn Telekomanbieter bestimmen könnten, zu welchen Dienstleistungen und Informationen im Internet Bürgerinnen und Bürger Zugang hätten;
- drohe ohne Sicherstellung der Netzneutralität ein Zweiklasseninternet, das die Bildung von Medienoligopolen begünstige. Nur noch zahlungskräftige Grossunternehmen könnten dann sicherstellen, dass ihre Inhalte in konkurrenzfähiger Qualität bei den Internetnutzern ankommen würden.⁶⁶

[48] Die Mehrheit der Ständerätinnen und Ständerate lehnten die Motion wie erwähnt indes ab.

4.2.2. Vom Vorentwurf zum Gesetzesartikel

[49] Am 11. Dezember 2015 schickte der Bundesrat einen Vorentwurf für eine Änderung des Fernmeldegesetzes (VE-FMG) in die Vernehmlassung.⁶⁷ Wie angekündigt wollte der Bundesrat auf weitergehende Regelungen zur Netzneutralität verzichten, aber zusätzliche Transparenzpflichten einführen. Zu diesem Zweck sah er in Art. 12a Abs. 2 VE-FMG vor, dass FDA öffentlich darüber informieren müssen, wenn sie Informationen bei der Übertragung technisch oder wirtschaftlich unterschiedlich behandeln. Damit sollten Informationsmängel behoben werden, welche unter dem Stichwort «Netzneutralität» diskutiert würden, denn die Kundinnen und Kunden wüssten nicht, welche Einschränkungen und Differenzierungen die FDA bei der Übertragung von Informationen anwenden würden. Durch eine solche Informationspflicht würde die bestehende Informationsasymmetrie zwischen Kunden und Anbieterin verringert und der Wettbewerb verstärkt.⁶⁸

⁶⁴ Vgl. Votum Imoberdorf, AB 2015 S 196 (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=32246#votum2>).

⁶⁵ Vgl. Votum Leuthard, AB 2015 S 198 (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=32246#votum8>).

⁶⁶ Vgl. Votum Janiak, AB 2015 S 197.

⁶⁷ Teilrevision des Fernmeldegesetzes (FMG): Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens, September 2016 (<https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/das-bakom/organisation/rechtliche-grundlagen/vernehmlassungen/vernehmlassung-zur-teilrevision-des-fmg-stellungnahmen.html>).

⁶⁸ Vgl. Erläuterungsbericht zur Änderung des Fernmeldegesetzes vom 11. Dezember 2015, S. 48 (<https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/das-bakom/organisation/rechtliche-grundlagen/vernehmlassungen/vernehmlassung-zur-teilrevision-des-fmg-stellungnahmen.html>).

[50] In der Vernehmlassung wurde diese Neuerung unterschiedlich bewertet. Einige Teilnehmer begrüßten, dass sich der Vorentwurf auf eine Informationspflicht beschränkte. Andere, insbesondere die Telekomanbieter und Wirtschaftsverbände meinten, die bestehende Selbstregulierung genüge. Nochmals andere, insbesondere die Konsumentenschutzorganisationen und Parteien aus dem linken Politspektrum wünschten weitergehende Regelungen zur Netzneutralität.⁶⁹

[51] Der Bundesrat blieb allerdings bei seinem Vorschlag – es handle sich um einen ausgewogenen Kompromiss⁷⁰ und übernahm Art. 12a Abs. 2 seines Vorentwurfs auch in den Revisionsentwurf vom 6. September 2017.⁷¹ Die Begründung lautete gleich wie im Erläuterungsbericht zum Vorentwurf.

[52] Die vorberatende Kommission des Nationalrats (Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen des Nationalrats; KVF-N) liess am 3. Juli 2018 indes verlauten, dass sie die Ansicht des Bundesrats nicht teile und weitergehende Regelungen zur Netzneutralität notwendig seien. Die Fernmeldedienstanbieterinnen sollten verpflichtet werden, den Endkunden die Netzneutralität zu gewährleisten und damit Inhalte und Daten bei der fernmeldetechnischen Übertragung gleich zu behandeln.⁷²

[53] Der politische Druck, solche Regelungen einzuführen, hatte in der Zwischenzeit zugenommen. So hatte Nationalrat Claude Bégli bereits am 16. Juni 2017 eine weitere Motion zwecks Festschreibung der Netzneutralität im FMG eingereicht.⁷³ Am 1. März 2018 wollte Nationalrat Mathias Reynard (und 26 Mitunterzeichnende) mittels parlamentarischer Initiative die Gewährleistung des freien, universellen, gleichen und diskriminierungsfreien Zugangs zu allen offenen digitalen Netzen in der Bundesverfassung festschreiben.⁷⁴ Am 16. März 2018 reichte auch Nationalrat Beat Flach eine Motion zum Thema ein.⁷⁵ Beat Flach (und 12 Mitunterzeichnende) wollten ein Anliegen aus der Jugendsession 2017 aufnehmen und die Netzneutralität ebenfalls gesetzlich verankern.

[54] Anlässlich der von der KVF-N im November 2017 durchgeführten Anhörungen zur Änderung des Fernmeldegesetzes hatte zudem die Digitale Gesellschaft eine gemeinnützige Organisation, die sich für Grund-, Menschen- sowie Konsumentenrechte im Internet einsetzt einen konkreten Gesetzesartikel zur Netzneutralität vorgestellt.⁷⁶ Demnach hätten die Anbieter

⁶⁹ Vgl. Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens (Fn. 67).

⁷⁰ Vgl. Botschaft zur Revision des Fernmeldegesetzes vom 6. September 2017, BBl 2017 6559ff.; 6601 (<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2017/6559.pdf>).

⁷¹ Vgl. Art. 12a Abs. 2 des Entwurfs vom 6. September 2017 (<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2017/6705.pdf>).

⁷² Vgl. Medienmitteilung der KVF-N vom 3. Juli 2018 «FMG-Revision: Netzneutralität soll im Gesetz verankert werden» (<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-kvf-n-2018-07-03.aspx>).

⁷³ 17.3591 Motion: Netzneutralität. Bewahren der ursprünglichen Lebendigkeit des Internets (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20173591>). Der Bundesrat lehnte die Motion ab (Stellungnahme vom 23. August 2017), da er Transparenzpflichten als ausreichend erachtete. Die Motion wurde im Juni 2019 zurückgezogen.

⁷⁴ 18.407 Parlamentarische Initiative: Netzneutralität in der Verfassung verankern (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20180407>). Die parlamentarische Initiative wurde im März 2019 zurückgezogen.

⁷⁵ 18.3349 Motion: Gewährleistung der Netzneutralität (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20183349>). Am 9. Mai 2018 beantragte der Bundesrat die Ablehnung der Motion, da er Transparenzpflichten als ausreichend erachtet. Die Motion wurde im Juni 2020 abgeschrieben.

⁷⁶ DIGITALE GESELLSCHAFT. Revision Fernmeldegesetz. Netzneutralität dient den Konsumenten und der Wirtschaft (<https://www.digitale-gesellschaft.ch/2017/11/06/netzneutralitaet-dient-den-konsumenten-und-der-wirtschaft-revision-fernmeldegesetz/>).

rinnen von Internetzugängen die Netzneutralität zu gewährleisten, wobei Netzneutralität als «[d]iskriminierungsfreie Übertragung von Informationen im Internet, insbesondere in technischer oder geschäftlicher Hinsicht und namentlich bezüglich Sender, Empfänger, Inhalt, Dienst, Dienstklassen, Datentyp, Protokoll, Anwendung, Hard- oder Software (Best-Effort-Prinzip)» definiert wurde. Abweichungen von der Netzneutralität sollten nur zulässig sein, «um

- a. einer gesetzlichen Vorschrift oder Gerichtsentscheidung Genüge zu tun,
- b. die Integrität oder Sicherheit des Netzes, seiner Dienste oder der Endgeräte des Internetnutzers zu gewährleisten;
- c. einer ausdrücklichen Aufforderung des Internetkunden nachzukommen, vorausgesetzt, dass dieser die Aufforderung frei und ohne (auch finanzielle) Beeinflussung durch die Anbieterin von Internetzugang oder deren Geschäftspartner geäußert hat; oder
- d. temporäre Auswirkungen von aussergewöhnlichen Fällen von Netzwerküberlastung durch anwendungsunspezifische Massnahmen zu verhindern (Verkehrsmanagement). Dabei sind gleiche Arten von Datenverkehr auch gleich zu behandeln.»

[55] Die Digitale Gesellschaft schlug zudem Regeln vor, welche den Internetnutzern eine freie Routerwahl ermöglichen würde. Auch eine kostenfreie direkte Interkonnektion (Peering) zwischen den Netzen wurde gewünscht.

[56] Die KVF-N unterbreitete dem Nationalrat schliesslich den folgenden Gesetzesartikel:

Art. 12e Offenes Internet

¹ Die Anbieterinnen von Zugang zum Internet übertragen Informationen, ohne dabei zwischen Sendern, Empfängern, Inhalten, Diensten, Dienstklassen, Protokollen, Anwendungen, Programmen oder Endgeräten technisch oder wirtschaftlich zu unterscheiden.

² Sie dürfen Informationen unterschiedlich übertragen, wenn dies erforderlich ist, um:

- a. eine gesetzliche Vorschrift oder einen Gerichtsentscheid zu befolgen;
- b. die Integrität oder Sicherheit des Netzes, der über dieses Netz erbrachten Dienste oder der angeschlossenen Endgeräte zu gewährleisten;
- c. einer ausdrücklichen Aufforderung der Kundin oder des Kunden nachzukommen; oder
- d. vorübergehende und aussergewöhnliche Netzwerküberlastungen zu bekämpfen. Dabei sind gleiche Arten von Datenverkehr gleich zu behandeln.

³ Behandeln sie Informationen bei der Übertragung technisch oder wirtschaftlich unterschiedlich, so müssen sie die Kundinnen und Kunden sowie öffentlich darüber informieren.

[57] Die vom Bundesrat vorgeschlagene Transparenzregel in Art. 12a Abs. 2 E-FMG wurde somit in Art. 12e Abs. 3 E-FMG übernommen. Infolgedessen wurde Art. 12a Abs. 2 gestrichen.

[58] Die KVF-N wollte sicherstellen, dass der Kunde die «Entscheidungshoheit» hat.⁷⁷ So meinte Nationalrat Hurter: «Wir haben in der Kommission gesagt, (...), der Kunde muss besser aktiv eingebunden werden. Neu ist es so, dass mit diesem Antrag der Kommissionsmehrheit der Konsument selber entscheiden kann, wie unterschiedlich, also mit welcher Priorität, Informationen übertragen werden sollen.»⁷⁸

[59] Einige Votanten wollten ganz generell «den Endkunden die Netzneutralität gewährleisten und damit Inhalte und Daten bei der fernmeldetechnischen Übertragung gleich (...) behandeln.»⁷⁹ Andere, z.B. Nationalrat Grossen, wiesen bereits darauf hin, wie die Bestimmung ihres Erachtens zu interpretieren sei: «So sind beispielsweise gezielte Bevorzugungen wie das Zero-Rating möglich. Das sind Angebote, bei denen z. B. eine App gezielt preislich oder technisch bevorzugt wird, indem die Daten dieses bestimmten Angebots z. B. nicht in die verrechnete Datenmenge eingerechnet werden. Durch diese Praxis wird der Marktzugang für neue Anbieter erschwert oder gar verunmöglicht, was den Wettbewerb einschränkt und die Innovation hemmt. Aus all diesen Gründen muss die Netzneutralität oder eben das offene Internet aus unserer Sicht in diesem Gesetz geregelt werden.»⁸⁰ Er meinte dann allerdings, dass der Artikel allenfalls noch zu präzisieren sei, wobei dies dem Ständerat überlassen werden könne.⁸¹

[60] Nach Ansicht von Bundesrätin Leuthard war die vom Nationalrat vorgeschlagene Regelung sehr restriktiv: «Mit ihrem Antrag will die Kommissionsmehrheit nun im internationalen Vergleich sehr weitgehende Regelungen einführen. So erlaubt es das Gleichbehandlungsgebot der EU den Anbietern von Internetzugängen, zumindest unter bestimmten Voraussetzungen, etwa ein eigenes Fernsehangebot und ähnliche Dienste bei der Übertragung im Netz zu bevorzugen und für sie ein sogenanntes Netzmanagement zu betreiben; dies, um die (...) Qualitätserfordernisse sicherzustellen. Die entsprechenden Massnahmen sind in der EU auch gegen den Willen von Kundinnen und Kunden zulässig. Diese Erlaubnis analog zum EU-Recht sieht der Mehrheitsantrag Ihrer Kommission aber nicht vor. Er ist also weit strenger als die Regeln unserer Nachbarländer.»⁸²

[61] Artikel 12e E-FMG wurde vom Nationalrat trotzdem mit 185 gegen 5 Stimmen angenommen.

[62] Die vorberatende Kommission des Ständerats (KVF-S) war der Ansicht, dass die vom Nationalrat eingebrachte Regelung flexibler ausgestaltet werden solle, insbesondere im Hinblick auf Spezialdienste und zukünftige Technologien.⁸³ Sie beauftragte deshalb das BAKOM mit zu-

⁷⁷ Vgl. dazu das Votum von Nationalrätin Rickli: «Ich glaube, es ist entscheidend, festzuhalten, dass der Konsument entscheiden soll, was er wo konsumiert im Rahmen seines Abonnements, das er beim jeweiligen Telekommunikationsanbieter gekauft hat. (...) So, wie wir es in Artikel 12e formuliert haben, ist es eben der Konsument, der die Entscheidungshoheit hat.» AB 2018 N 1712 (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=44450>).

⁷⁸ Votum Hurter, AB 2018 N 1694 (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=44442>).

⁷⁹ Votum Burkart, AB 2018 N 1712 (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=44450>).

⁸⁰ Votum Grossen, AB 2018 N 1713 (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=44450>).

⁸¹ Vgl. Votum Grossen, AB 2018 N 1714 (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=44450>).

⁸² Votum Leuthard, AB 2018 N 1714 (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=44450>).

⁸³ Vgl. die Medienmitteilung der KVF-S vom 26. Oktober 2018 «Fernmeldegesetz: Auch die KVF des Ständerates spricht sich gegen eine Ausweitung der Zugangsregulierung aus» (<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-kvf-s-2018-10-26.aspx>) sowie Medienmitteilung der KVF-S vom 13. November 2018 «Flexible Regelung zur Netzneutralität» (<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/2018/mm-kvf-s-2018-11-13.aspx>).

sätzlichen Abklärungen. In seinem Bericht wies das BAKOM insbesondere darauf hin, dass im Vergleich zu den in der EU geltenden Bestimmungen die Regelung des Nationalrats weit gehe, da keine Ausnahmen für Spezialdienste vorgesehen seien. Eine rigide Anwendung der Netzneutralität ohne Ausnahmen für Spezialdienste berge die Gefahr der Behinderung zukünftiger Dienste (das BAKOM verwies diesbezüglich auf 5G).⁸⁴

[63] Die KVF-S ergänzte Art. 12e E-FMG deshalb wie folgt:

Abs. 2^{bis}

Sie dürfen neben dem Zugang zum Internet über denselben Anschluss andere Dienste anbieten, die keinen Zugang zum Internet bieten und für bestimmte Inhalte, Anwendungen oder Dienste optimiert sind, wenn

- a. die Optimierung erforderlich ist, um die Qualitätsanforderungen der Kundinnen und Kunden an diese Inhalte, Anwendungen oder Dienste zu erfüllen,*
- b. die Netzkapazität ausreicht, um sie zusätzlich zu den bereitgestellten Internetzugangsdiensten zu erbringen,*
- c. die anderen Dienste nicht als Ersatz für Internetzugangsdienste nutzbar sind oder angeboten werden, und*
- d. die anderen Dienste nicht die Verfügbarkeit oder die allgemeine Qualität der Internetzugangsdienste für Kundinnen und Kunden verschlechtern.*

[64] Ständerat Janiak nannte diese Regelung «*sozusagen einen Kompromiss zwischen Bundesrat und Nationalrat*».⁸⁵ Die KVF-S habe sich mit dem Thema eingehend auseinandergesetzt und «*bei der Verwaltung einen Zusatzbericht zur Netzneutralität und zu den Spezialdiensten eingeholt. Spezialdienste werden definiert als andere Dienste, die keinen Zugang zum Internet bieten und für bestimmte Inhalte, Anwendungen oder Dienste optimiert sind. (...) Ausnahmen für Spezialdienste sollen es erlauben, der Kundschaft über dieselbe physische Verbindung, also denselben Anschluss, neben dem Zugang zum Internet auch noch bestimmte weitere Dienste anzubieten, etwa eigene TV-Dienste von einer definierten Qualität. (...) Hauptbeispiele für solche Dienste sind Sprachtelefonie über Mobilfunk der vierten Generation und gewisse Fernsehdienste, also IPTV, das heisst Internet Protocol Television. Mit IPTV ist das eigene TV-Angebot einer Anbieterin des Zugangs zum Internet gemeint, zum Beispiel Swisscom TV. Nicht gemeint sind andere TV-Angebote, die ohne spezielle Vorkehrungen über das Internet respektive den Internetanschluss geliefert werden: Netflix, Zattoo, Apple TV, Swisscom TV Air. Für ein stabiles Fernsehbild kann eine bestimmte Qualität der Übertragung im Netz nötig sein. Dafür müssen die Daten im Netz Vorfahrt haben, wie man sagt. Auch Dienste des Staates, Feuerwehr, Polizei, benötigen wegen der Dringlichkeit und den Qualitätserfordernissen eine garantierte Vorfahrt. Gleich könnte es sich künftig beim Thema vernetzte Mobilität und selbstfahrende Autos verhalten. Das Netzmanagement wird daher immer wichtiger. Mit dem Aufkommen von 5G ist laut Bakom damit zu rechnen, dass sich die Fragestellung der Spezialdienste weiterentwickeln wird, da die Übertragungsbandbreite auf ver-*

⁸⁴ Vgl. BAKOM, Netzneutralität und Spezialdienste, Bericht an die KVF-S vom 8. November 2018 (<https://www.parlament.ch/centers/documents/de/kvf-s-17-058-zusatzbericht-netzneutralitaet-2018-11-06-d.pdf>).

⁸⁵ *Votum Janiak*, AB 2018 S 823 (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=44722>).

schiedene Dienste aufgeteilt werden wird. Ihre Kommission ist zum Schluss gekommen, dass die bloße Transparenzvorschrift gemäss Bundesrat nicht genügt, dass aber eine strenge Regulierung der Netzneutralität ohne Ausnahme für Spezialdienste die Gefahr der Behinderung künftiger Anwendungen in sich birgt.»⁸⁶

[65] Bundesrätin Leuthard wies darauf hin, dass es zwar gar keiner Regelung der Netzneutralität bedürfe, weil es in diesem Bereich kein Problem geben würde, allerdings sei die von der KVF-S vorgesehene Regelung «jetzt zumindest EU-kompatibel.»⁸⁷

[66] Die Bestimmung wurde daraufhin diskussionslos angenommen.

[67] Der vorberatenden Kommission des Nationalrats schien diese Formulierung indes zu kompliziert. Sie verlangte eine inhaltlich zwar identische, aber einfachere Formulierung.⁸⁸ Zusammen mit ihrem Bericht «Netzneutralität inkl. Spezialdienste»⁸⁹ lieferte die Verwaltung einen Vorschlag für eine einfachere Bestimmung, welche von der Kommission einstimmig angenommen wurde.

Abs. 2^{bis}

Sie dürfen neben dem Zugang zum Internet über denselben Anschluss andere Dienste anbieten, die für bestimmte Inhalte, Anwendungen oder Dienste optimiert sein müssen, um die Qualitätsanforderungen der Kundinnen und Kunden zu erfüllen. Die anderen Dienste dürfen nicht als Ersatz für Internetzugangsdienste nutzbar sein oder angeboten werden, und sie dürfen nicht die Qualität der Internetzugangsdienste verschlechtern.

[68] In der Schlussredaktion wurde Absatz 2bis zu Absatz 3 des Artikels 12e.

4.2.3. Vom Gesetzesartikel zur Verordnung

[69] Während der Bundesrat den Verordnungsentwurf zu Artikel 12e vorbereitete, reichte Nationalrat Béglé ein Postulat ein, wonach sicherzustellen sei, dass die Mobilfunkgeneration 5G die Netzneutralität nicht gefährde.⁹⁰ 5G würde es nämlich ermöglichen, das Netzwerk in Segmente aufzutrennen (so genanntes «network slicing») und es den Mobilfunkbetreibern erlauben, den Zugang zum Netzwerk benutzerdefiniert auszugestalten, was gegen die Netzneutralität verstossen könnte. Der Bundesrat beantragte die Ablehnung des Postulats und meinte, dass sowohl die bestehenden Regeln der EU als auch der neue Artikel 12e FMG das «network slicing» zulassen

⁸⁶ Votum Janiak, AB 2018 S 831 (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=44722>).

⁸⁷ Votum Leuthard, AB 2018 S 831 (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=44722>).

⁸⁸ Vgl. Medienmitteilung der KVF-N vom 11. Februar 2019, Fernmeldegesetz: Kommission schlägt in Differenzvereinbarung mehrere Präzisierungen vor (<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-kvf-n-2019-02-11.aspx>). A.M. PASCAL FAVROD-COUNE (Fn. 39) Rz. 18 (https://jusletter-it.weblaw.ch/issues/2019/23-Mai-2019/net%28work%29-neutrality_e77206f491.html__ONCE&login=false), welcher die Version der KVF-N als strikter bezeichnet. Allerdings war der ausdrückliche Wille der KVF-N, dass ihre Version zwar einfacher, aber identisch mit jener des Ständerats sein solle.

⁸⁹ Vgl. BAKOM, Netzneutralität inkl. Spezialdienste, Bericht an die KVF-N vom 11. Februar 2019 (<https://www.parlament.ch/centers/documents/de/kvf-n-17-058-netzneutralitaet-spezialdienste-d.pdf>).

⁹⁰ Vgl. Postulat Béglé (19.3878), 5G darf die Netzneutralität nicht gefährden (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20193878>).

würden, jedenfalls gäbe es noch keine konkreten Anwendungsfälle von 5G, welche gegen die Netzneutralität verstossen würden. Der Bundesrat sehe deshalb die Vereinbarkeit von «network slicing» und Netzneutralität momentan als gegeben an. Das Postulat wurde von den Räten indes nicht behandelt, sondern abgeschrieben, weil Nationalrat Beglé Ende 2019 aus dem Parlament ausschied.

[70] Am 6. Dezember 2019 schickte das UVEK einen Verordnungsentwurf (E-FDV) in die Vernehmlassung.⁹¹ Darin wurden einzig die Bestimmungen in Absatz 2 von Art. 12e FMG präzisiert, d.h. der Entwurf schwieg sich zu den Absätzen 1 und 4, aber auch zu Absatz 3, d.h. den Spezialdiensten, aus. Im Erläuternden Bericht gab es keine Erklärung zu diesem «Schweigen».

[71] Während Art.10f Abs. 1 E-FDV den Gesetzesartikel in Art. 12e Abs. 2 Bst. a FMG sozusagen wiederholte, wonach Abweichungen vom Gleichbehandlungsprinzip infolge gerichtlicher Anordnung oder einer Gesetzesvorschrift zulässig sind, bestimmte Art. 10f Abs. 2 E-FDV, dass solche Abweichungen zur Sicherstellung der Integrität und Sicherheit des Netzes (Art. 12e Abs. 2 Bst. b nFMG) nur zulässig sein sollten, wenn das Sicherheitsrisiko grosse mögliche Auswirkungen haben würde und zudem mit grosser Wahrscheinlichkeit eintreten würde.

[72] Abweichungen vom Gleichbehandlungsgrundsatz auf ausdrückliche Aufforderung des Kunden (Art. 12e Abs. 3 Bst. c FMG) sollten gemäss Art. 10f Abs. 3 E-FDV dann erlaubt sein, wenn das Angebot vom Kunden nicht standardmässig über die allgemeinen Geschäftsbedingungen akzeptiert würde. Gemäss Erläuterndem Bericht⁹² dürften die ISP den Kundinnen und Kunden diese unterschiedliche Übertragung des Internetverkehrs nicht in einem untrennbaren Bündel zusammen mit der Auswahl des jeweiligen Angebots aufzwingen.

[73] Massnahmen zur Bekämpfung vorübergehender und aussergewöhnlicher Netzwerküberlastungen (Art. 12e Abs. 2 Bst. d FMG) sollten gemäss Art. 10f Abs. 4 E-FDV zulässig sein, wenn die Netzwerküberlastung seltener als monatlich auftreten würde, denn nur dies sei aussergewöhnlich. Im Erläuternden Bericht wurde dazu ausgeführt, dass gewöhnliche, also häufig auftretende Netzwerküberlastungen nicht durch unterschiedliche Übertragung unterschiedlicher Informationen bekämpft werden sollten, sondern durch eine Erhöhung der Kapazität des Netzes.

[74] Die definitive Verordnung⁹³ wurde am 18. November 2020 veröffentlicht. Sie enthielt nur noch die Absätze 1 und 3 des Verordnungsentwurfs. Offenbar war die Branche mit ihrer Auffassung durchgedrungen, wonach Massnahmen zur Sicherstellung der Integrität und Sicherheit des Netzes auch bei mittleren Risiken notwendig seien, d.h. dass die Massnahmen nicht derart eng gefasst werden dürften.⁹⁴ Zudem erachtete es die Branche als nicht nachvollziehbar, weshalb eine Netzüberlastung nur dann aussergewöhnlich sein solle, wenn sie seltener als monatlich auftrete.

⁹¹ Vgl. die Pressemitteilung «Vernehmlassung zur Revision der Verordnungen zum Fernmeldegesetz eröffnet» vom 6. Dezember 2019 (<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-77397.html>). Der Entwurf findet sich unter folgendem Link: [https://www.bakom.admin.ch/dam/bakom/de/dokumente/bakom/das_bakom/rechtliche_grundlagen/Vernehmlassungen/revision-der-verordnung-zu-fmg/verordnung-ueber-fernmeldedienst-1.pdf.download.pdf/Verordnung%20%C3%BCber%20Fermmeldedienste%20\(FDV\).pdf](https://www.bakom.admin.ch/dam/bakom/de/dokumente/bakom/das_bakom/rechtliche_grundlagen/Vernehmlassungen/revision-der-verordnung-zu-fmg/verordnung-ueber-fernmeldedienst-1.pdf.download.pdf/Verordnung%20%C3%BCber%20Fermmeldedienste%20(FDV).pdf).

⁹² Vgl. Revision der Verordnungen zum FMG. Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens vom 6. Dezember 2019 (https://www.bakom.admin.ch/dam/bakom/de/dokumente/bakom/das_bakom/rechtliche_grundlagen/Vernehmlassungen/revision-der-verordnung-zu-fmg/verordnung-ueber-fernmeldedienste-7.pdf.download.pdf/Erl%C3%A4uternder%20Bericht.pdf).

⁹³ Verordnung über Fernmeldedienste (FDV; <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2007/166/de>).

⁹⁴ Vgl. Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens vom Oktober 2020, S. 7 (https://www.bakom.admin.ch/dam/bakom/de/dokumente/bakom/das_bakom/rechtliche_grundlagen/Vernehmlassungen/Vernehmlassung-FMG-2020/ergebnisbericht.pdf.download.pdf/Ergebnisbericht_de.pdf).

[75] Art. 10f FDV lautet somit wie folgt:

¹ *Jede Anbieterin von Internetzugängen darf nach Artikel 12e Absatz 2 Buchstabe a FMG Informationen unterschiedlich übertragen, wenn dies erforderlich ist, um eine gesetzliche Vorschrift oder einen Gerichtsentscheid, der sie rechtlich bindet, zu befolgen.*

² *Die Aufforderung der Kundin oder des Kunden an die Anbieterin nach Artikel 12e Absatz 2 Buchstabe c FMG darf nicht standardmässig Gegenstand eines Angebots sein, das die Kundin oder der Kunde über die allgemeinen Geschäftsbedingungen oder über das Standardangebot akzeptiert.*

[76] Der Erläuternde Bericht zur Revision der Verordnungen zum FMG⁹⁵ präzisiert zu Absatz 2, dass der Kunde die Möglichkeit haben soll, vom Grundsatz der unterschiedslosen Übertragung allen Internetverkehrs abzuweichen. Er soll aber nicht durch ein Standardangebot dazu gedrängt werden. Darum müssten Angebote für Internetzugang standardmässig ohne die Abweichung vom Grundsatz der unterschiedslosen Übertragung angeboten werden. Eine Option, die von diesem Grundsatz abweichen würde, dürfe den Kundinnen und Kunden nicht in einem untrennbaren Bündel zusammen mit der Auswahl des jeweiligen Angebots aufgezwungen werden. Solche Optionen dürften auch nicht besonders hervorgehoben werden, um Kundinnen und Kunden dazu zu verleiten, sie auszuwählen. Sie dürfen also nicht z.B. die Option auf einem roten Hintergrund präsentieren gegenüber einem Grundangebot ohne farbigen Hintergrund.

[77] Obwohl die Verordnung nun keine Bestimmung mehr enthält, welche die zulässigen Massnahmen zur Bekämpfung vorübergehender und aussergewöhnlicher Netzwerküberlastungen präzisiert, wird im Erläuternden Bericht festgehalten, dass Massnahmen gegen Netzüberlastung, die mangels aktueller Netzüberlastung in der Praxis selten zur Anwendung kommen, unproblematisch sind. Das könnten zum Beispiel Regeln zur Handhabung der Datenpakete bei zu hohem Datenaufkommen sein, die zwar ständig eingerichtet sind, aber nur bei tatsächlich zu hohem Datenaufkommen in die Handhabung der Datenpakete eingreifen würden. Hingegen seien gewöhnliche, also häufig auftretende Netzwerküberlastungen nicht durch unterschiedliche Übertragung unterschiedlicher Informationen zu bekämpfen, sondern durch eine Erhöhung der Kapazität des Netzes.

[78] Der Erläuternde Bericht stellt zudem klar, dass die Regeln zum offenen Internet nur für die Übertragung im Internet selbst gelten. An den Endpunkten der Datenübertragung ausgeübte Massnahmen – wie zum Beispiel die Aushandlung der Datenübertragungsrates zwischen den beiden Endpunkten in einer TCP-Verbindung (also in den Endgeräten wie Mobilfunkgeräte und Desktops) – sind nicht von diesen Regeln betroffen, weil sie in den Endpunkten und damit ausserhalb des Internetzugangs erfolgen.

⁹⁵ Erläuternder Bericht zur Revision der Verordnungen zum FMG vom 26. Oktober 2020, S. 15f. (<https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/das-bakom/organisation/rechtliche-grundlagen/bundesgesetze/fmg-revision-2017/revision-fmg-verordnungen.html>).

5. Eine erste Einordnung

[79] Praxis zu den neuen Bestimmungen gibt es zum aktuellen Zeitpunkt keine.⁹⁶ Es lässt sich indes feststellen, dass die Schweizer Bestimmungen jenen der EU nachempfunden sind.⁹⁷ Bei der Interpretation von Gesetz und Verordnung werden sich die Behörden also voraussichtlich stark an der EU-Praxis orientieren. Wie weiter oben ausgeführt, ist diese Praxis bis anhin nicht besonders reichhaltig.

[80] Alle dem Autor bekannten Jurisdiktionen, welche Bestimmungen zur Netzneutralität erlassen haben, haben darin die ersten drei «Verbraucherfreiheiten» aufgenommen, welche die US-FCC bereits 2005 propagiert hatte, nämlich den freien Zugriff auf Internetinhalte, die freie Verwendung von Anwendungen und Diensten sowie den freien Anschluss beliebiger Geräte an das Internet. Im Detail gibt es allerdings Unterschiede. So spricht Art. 3 Abs. 3 der VO-NN von der Pflicht der ISP, den gesamten Verkehr bei der Erbringung von Internetzugangsdiensten gleich zu behandeln, ohne Diskriminierung, Beschränkung oder Störung, sowie unabhängig von Sender und Empfänger, den abgerufenen oder verbreiteten Inhalten, den genutzten oder bereitgestellten Anwendungen oder Diensten oder den verwendeten Endgeräten. Laut Art. 12e Abs. 1 FMG gilt diese Pflicht für Schweizer ISP zusätzlich für Dienstklassen, Protokolle und Programme. Inwieweit damit materiell ein Unterschied zur Verordnung der EU geschaffen wird, sei hier dahingestellt, d.h. muss erst die Praxis zeigen.

[81] Die vierte Verbraucherfreiheit, der Wettbewerb zwischen den Anbietern, wird andernorts, insbesondere durch das Kartellrecht, geschützt. An dieser Stelle ist anzumerken, dass die Bestimmungen zur Netzneutralität im Gegensatz zu jenen des Kartellrechts keinerlei Wettbewerbsbeschränkung, -verzerrung oder Marktmacht voraussetzen. Das ist bemerkenswert, wird von einem funktionierenden Wettbewerb doch erwartet, dass er alle Verhaltensweisen, welche sich nicht zum Vorteil der Endnutzer erweisen, eliminiert, indem nämlich Nutzer zu Anbietern wechseln, die solche unerwünschten Verhaltensweisen nicht praktizieren. Diese Sichtweise, insbesondere der ISP⁹⁸, hat sich offensichtlich nicht durchgesetzt, denn die Bestimmungen zur Netzneutralität verlangen nirgends beträchtliche oder erhebliche Marktmacht als Eingreifvoraussetzung.

[82] Überall finden sich indes Ausnahmestimmungen, welche ein «reasonable network management» erlauben sollen. Als «reasonable» (angemessen) gilt generell eine Massnahme, welche primär aus technischen Gründen notwendig ist, aber keine anderen Geschäftsgründe hat. Inwieweit dies ein taugliches Abgrenzungskriterium ist, wird sich zeigen müssen. So wird z.B. Malware nicht nur aus technischen Gründen blockiert, sondern auch um das Kundenerlebnis zu optimieren, also letztlich aus Geschäftsinteresse.

[83] Dies führt zu einer doch etwas speziellen Ausnahmestimmung im Schweizer Regelwerk zur Netzneutralität. Vom Grundsatz der Gleichbehandlung aller Datenströme (Art. 12e Abs. 1 FMG) darf nämlich auf ausdrückliche Aufforderung der Kundin oder des Kunden abgewichen

⁹⁶ Offenbar hat sich aber die Digitale Gesellschaft beim BAKOM über ihres Erachtens unzulässige zero-rating Angebote von Sunrise und Salt beklagt. Vgl. DIGITALE GESELLSCHAFT. Durchbruch im Ausland, Nachsicht in der Schweiz, Blogbeitrag vom 19. Mai 2021 (<https://www.digitale-gesellschaft.ch/2021/05/19/durchbruch-im-ausland-nachsicht-in-der-schweiz-zero-rating-angebote-sind-verschwunden-ausser-bei-sunrise/?s=03>). Eine offizielle Stellungnahme oder eine Verfügung des BAKOM gibt es dazu nicht.

⁹⁷ So z.B. auch FAVROD-COUNE (Fn.39). Von Europakompatibilität sprach auch Bundesrätin Leuthard anlässlich der parlamentarischen Beratungen (vgl. oben, Fn. 87).

⁹⁸ Vgl. etwa die Gemeinsame Stellungnahme von Orange, Sunrise, Swisscable, Swisscom und upc cablecom in BAKOM, Netzneutralität (Fn. 4), S. 40ff.

werden (Art. 12e Abs. 2 Bst. c FMG). Implizit könnte ein derartiges Recht auch in der EU-Verordnung zur Netzneutralität enthalten sein, da die ISP frei sind, mit den Endnutzern Verträge über kommerzielle und technische Konditionen des Internetzugangs abzuschliessen, solange diese Konditionen die Rechte der Endnutzer, im Wesentlichen die oben genannten drei Verbrauchere Freiheiten, nicht beschränken. Insbesondere nachdem nun der EuGH diese Bestimmung sehr restriktiv interpretiert hat (vgl. oben, 4.1.2), ist zu vermuten, dass die Ausnahmebestimmung in Art. 12e Abs. 2 Bst. c FMG etwas mehr Spielraum lässt. Zwar müssen ISP Angebote für Internetzugang standardmässig ohne die Abweichung vom Grundsatz der unterschiedslosen Übertragung machen,⁹⁹ sie dürfen aber durchaus Produkte entwickeln, welche nicht alle via Internet erreichbaren Dienste und Applikationen gleich behandeln. Die Kundschaft muss freilich z.B. im Verkaufsgespräch über diese spezielle Produktausprägung aufgeklärt werden, so dass sie eine bewusste Wahl treffen kann, nämlich das Produkt zu kaufen oder nicht zu kaufen. Der Ausdruck «Aufforderung» in besagter Bestimmung kann nicht heissen, dass Produkte, welche den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht einhalten, erst dann entwickelt werden dürfen, wenn die Kundin oder der Kunde einen entsprechenden Wunsch geäussert hat. Denn der Kundschaft ist in aller Regel nicht bekannt, was technisch alles machbar ist. Sie darüber aufzuklären und marktreife Produkte zu entwickeln, ist Aufgabe der ISP. Es war ausdrücklicher Wille des Gesetzgebers, dass die Kundin und der Kunde, nicht der ISP, darüber entscheiden sollte, worauf in welcher Form zugegriffen werden kann.¹⁰⁰ Aber es ist Aufgabe der ISP, der Kundin und dem Kunden zu zeigen, was möglich ist.

[84] Die Bestimmung zu den Spezialdiensten (Art. 12e Abs. 3 FMG) ist fast identisch mit Art. 3 Abs. 5 VO-NN. Als Beispiele solcher Dienste werden meist IP-Telefonie und Live-Fernsehübertragungen, aber auch chirurgische Eingriffe via Internet (Telemedizin) genannt.¹⁰¹ Der Fantasie sollten hier keine Grenzen gesetzt werden, denn diese Bestimmung soll Innovationen fördern.¹⁰² Dabei sind freilich gewisse Einschränkungen zu beachten. So dürfen Spezialdienste erstens nicht als Ersatz für Internetzugangsdienste nutzbar sein oder angeboten werden. Diese Bestimmung ist zumindest bei den genannten Beispielen unproblematisch. Spezialdienste dürfen allerdings nicht die Qualität der Internetzugangsdienste verschlechtern. In seinem Bericht an die KVF-N schreibt das BAKOM hierzu, dass die Kapazität einer Anschlussleitung für eine gleichzeitige Nutzung des Internetzugangs und eines nicht dem Internet zugehörigen Spezialdienstes ausreichen müsse, andernfalls der Spezialdienst nicht zur Verfügung gestellt werden dürfe.¹⁰³ Wie diese Aussage genau zu verstehen ist, bleibt unklar. Jeder Dienst, also auch ein Spezialdienst, beansprucht immer eine gewisse Bandbreite. Deshalb würde die Aussage des BAKOM letztendlich bedeuten, dass die ISP Spezialdienste nur anbieten dürfen, wenn die Bandbreite, welche sie der Kundschaft verkaufen, immer unter der tatsächlichen Kapazität des Internetanschlusses liegt. Da die Kapazität des Internetanschlusses bei fast jedem Hausanschluss unterschiedlich ist, wäre dies ein kaum zu überwindendes Hindernis. Kommt hinzu, dass zumindest in Einpersonenhaushalten kaum gleichzeitig Youtube – ein Internetdienst – und Live-TV eines Telekomanbieters – meist ein

⁹⁹ Vgl. Erläuternder Bericht (Fn. 95), S. 16.

¹⁰⁰ Vgl. oben, Text zu und in Fn. 77 und Fn. 78.

¹⁰¹ Vgl. etwa BEREC Guidelines on the Implementation of the Open Internet Regulation (Fn. 41), insbesondere Rz. 113, aber auch den Bericht des BAKOM zu Spezialdiensten (Fn. 84).

¹⁰² Vgl. dazu das Votum Janiak (Fn. 86) sowie den Bericht des BAKOM zu Spezialdiensten (Fn. 84).

¹⁰³ Vgl. Bericht des BAKOM zu Netzneutralität inkl. Spezialdienste (Fn. 89), S. 3.

Spezialdienst – geschaut wird, also kein Konkurrenzverhältnis besteht. Aber selbst in Mehrpersonenhaushalten, wo unterschiedliche Internetdienste und vielleicht ein Spezialdienst gleichzeitig konsumiert werden, dürfte die Bandbreite mittlerweile – d.h. beim immer weiter fortschreitenden Kapazitätsausbau – derart gross sein, dass kein Qualitätsunterschied zu bemerken ist, gleich ob nun der Spezialdienst in Anspruch genommen wird oder nicht. Bei der Frage, was denn genau gemeint ist, könnte die EU-Verordnung zur Netzneutralität helfen, denn dort ist von «allgemeiner Qualität» die Rede (Art. 3 Abs. 5 zweiter Absatz VO-NN). In ihren Leitlinien führt die GEREK dazu aus, dass kein Verstoß gegen diese Vorschrift vorliegt, wenn die Aktivierung des Spezialdienstes nur den Internetzugang des Nutzers betrifft, sich also nicht auf die Zugänge anderer Nutzer auswirkt.¹⁰⁴

[85] Behandeln ISP Informationen bei der Übertragung technisch oder wirtschaftlich unterschiedlich, müssen sie die Kundinnen und Kunden öffentlich darüber informieren (Art. 12e Abs. 4 FMG). Z.B. Swisscom ist dieser Pflicht nachgekommen und hat auf ihrer Webseite erklärt, dass sie das eigene Fernsehangebot, blue TV, sowie IP-Telefonie (VoIP, VoLTE) priorisiert, allerdings nur dann, wenn es ansonsten zu Engpässen kommen würde.¹⁰⁵

6. Schlussbemerkungen

[86] Das Schweizer Parlament hat die Bestimmungen zur Netzneutralität mit grossem Mehr befürwortet. Die Schweizer Regeln sind jenen der EU zumindest ähnlich. Demgegenüber haben die USA solche Bestimmungen zwar als erste eingeführt, allerdings bereits wieder abgeschafft, denn die Behörden sind der Auffassung, dass es weder genügend Empirie noch eine überzeugende Theorie gibt, welche solche Regeln rechtfertigen würden. Sollten die USA – nun unter neuer Präsidentschaft – diese Regeln nicht wieder in Kraft setzen, wird gleichsam an einem natürlichen Experiment beobachtet werden können, ob sie, wie in der Debatte oft vorgetragen, Innovationen tatsächlich behindern.

[87] Mittlerweile hat sich die Debatte allerdings etwas weg von der Netzneutralität hin zur «Plattformneutralität» verschoben. Im Fokus stehen aktuell nicht mehr die Netzbetreiber, sondern die grossen Plattformbetreiber wie Google, Facebook, Amazon und Apple. Ihnen wird teilweise Diskriminierung Dritter oder auch unangemessene Geschäftsbedingungen vorgeworfen. Weltweit sind Regulierungsbestrebungen im Gange, welche die grossen Plattformen zu fairem und nicht-diskriminierendem Verhalten bewegen sollen.¹⁰⁶ Im Unterschied zur Regulierung der Netzneutralität sollen die grossen Plattformen Regulierungen aber nur unterliegen, wenn sie marktmächtig sind.¹⁰⁷ Nichtsdestotrotz scheinen die Träger der digitalen Wirtschaft mit einer zunehmenden

¹⁰⁴ Vgl. Leitlinien der GEREK (Fn. 41), S. 35, Rz. 122.

¹⁰⁵ Vgl. Swisscom, Umsetzung Artikel 12e Abs. 4 Fernmeldegesetz (SR 784.10) (<https://www.swisscom.ch/content/dam/assets/b2c/products/datenschutz/offenes-internet-de.pdf>).

¹⁰⁶ Stellvertretend seien hier die Bestrebungen der EU zum Erlass eines Gesetzes über digitale Märkte erwähnt (https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_de), welches faire und offene digitale Märkte garantieren soll.

¹⁰⁷ Der Entwurf für ein Gesetz über digitale Märkte (vgl. Fn. 106) spricht in diesem Zusammenhang von «gatekeeper», also ähnlich Marktbeherrschung. Im neuen § 19a des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) wird von «überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb» gesprochen. Zudem werden in § 20 GWB Abhängigkeitsverhältnisse (relative Marktmacht) nicht mehr nur im Zusammenhang mit kleinen und mittleren Unternehmen, sondern generell erfasst (vgl. <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/>).

«common carrier»-Regulierung rechnen zu müssen. Ob dies der Dynamik des Bereichs zuträglich ist, wird sich weisen müssen.

ADRIAN RAASS ist Senior Regulatory Manager bei Swisscom. Ich danke Stefan Gilgen, Thomas Grob und Christoph Kummer für ihre wertvollen Hinweise. Allfällige Fehler sind allein mir zuzuschreiben.