

C-34120

1676

Beglaubigte Abschrift



Verwaltungsgericht Köln

Beschluss

9 K 4632/18

Eingetragen in das Register des Gerichtshofes unter der Nr. 1140658	
Luxemburg, den	24. 01. 2020
Fax/E-mail:	<i>[Signature]</i>
eingegangen am:	24. 01. 20
Der Kanzler, im Auftrag Daniel Dittert Referatsleiter	

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

der Telekom Deutschland GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, Landgrabenweg 151, 53227 Bonn,

Klägerin,

Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte Noerr LLP, Charlottenstraße 57, 10117 Berlin,

gegen

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, vertreten durch den Präsidenten, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,  
Gz.: JpM B 1913,

Beklagte,

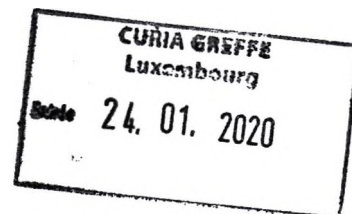
wegen Telekommunikationsrechts

hat die 9. Kammer des Verwaltungsgerichts Köln  
am 20. Januar 2020  
durch

die Vorsitzende Richterin am Verwaltungsgericht Delfs,  
den Richter am Verwaltungsgericht Dr. Engels und  
die Richterin Dück

beschlossen:

Das Verfahren wird ausgesetzt.



Es wird gemäß Art. 267 AEUV eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu folgenden Fragen eingeholt:

1. a) Ist Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EU) Nr. 2015/2120 in einem Fall, in dem ein Mobilfunktarif, der für den mobilen Datenverkehr ein monatliches Inklusivdatenvolumen vorsieht, nach dessen Verbrauch eine Drosselung der Übertragungsgeschwindigkeit erfolgt, um eine kostenlose Tarifoption erweitert werden kann, aufgrund derer bestimmte Dienste von so genannten Contentpartnern des Telekommunikationsunternehmens genutzt werden können, ohne dass das durch die Nutzung dieser Dienste verbrauchte Datenvolumen auf das monatliche Inklusivdatenvolumen des Mobilfunktarifs angerechnet wird, der Endkunde dabei allerdings in eine Bandbreitenlimitierung auf maximal 1,7 Mbit/s für Videostreaming unabhängig davon einwilligt, ob es sich um Videostreaming von Contentpartnern oder sonstigen Anbietern handelt, dahingehend auszulegen, dass Vereinbarungen über die Merkmale von Internetzugangsdiensten im Sinne des Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EU) Nr. 2015/2120 den Anforderungen des Art. 3 Abs. 3 der Verordnung (EU) Nr. 2015/2120 genügen müssen?

b) Falls Frage 1 a) zu bejahen ist: Ist Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 der Verordnung (EU) Nr. 2015/2120 dahingehend auszulegen, dass in einer Situation wie der im vorliegenden Fall in Rede stehenden die Bandbreitenlimitierung als eine Verlangsamung einer Dienstekategorie anzusehen ist?

c) Falls Frage 1 b) zu bejahen ist: Ist der Begriff der drohenden Netzüberlastung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. c) der Verordnung (EU) Nr. 2015/2120 dahingehend auszulegen, dass dieser lediglich (drohende) außergewöhnliche oder vorübergehende Netzüberlastungen erfasst?

d) Falls Frage 1 b) zu bejahen ist: Ist Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. c) der Verordnung (EU) Nr. 2015/2120 dahingehend auszulegen, dass in einer Situation wie der im vorliegenden Verfahren in Rede stehenden das Gebot der Gleichbehandlung gleichwertiger Verkehrsarten einer Bandbreitenlimitierung entgegensteht, die lediglich im Falle einer Zubuchoption, nicht aber im Falle sonstiger Mobilfunktarife zur Anwendung gelangt und zudem nur für Videostreaming gilt?

e) Falls Frage 1 b) zu bejahen ist: Ist Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 der Verordnung (EU) Nr. 2015/2120 dahingehend auszulegen, dass in einer Situation wie der im vorliegenden Verfahren in Rede stehenden eine Bandbreitenlimitierung, deren Geltung von der Buchung der Zubuchoption abhängig ist und die der Endkunde überdies jederzeit für bis zu 24 Stunden deaktivieren kann, der Anforderung genügt, dass eine Dienstekategorie nur solange verlangsamt werden darf, wie es erforderlich ist, um die Zwecke des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. a) bis c) der Verordnung (EU) Nr. 2015/2120 zu erreichen?

2. a) Falls Frage 1 b) zu verneinen ist: Ist Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 Satz 2 der Verordnung (EU) Nr. 2015/2120 dahingehend auszulegen, dass in einer Situation wie der im vorliegenden Verfahren in Rede stehenden die Bandbreitenlimitierung lediglich für Videostreaming auf objektiv unterschiedlichen technischen Anforderungen an die Dienstqualität bestimmter Datenverkehrskategorien beruht?

b) Falls Frage 2 a) zu bejahen ist: Ist Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 Satz 3 der Verordnung (EU) Nr. 2015/2120 dahingehend auszulegen, dass eine Identifizierung des auf Videostreaming entfallenden Datenverkehrs anhand von IP-Adressen, Protokollen, URLs und SNIs sowie im Wege des so genannten Pattern-Matching, bei dem bestimmte Header-Informationen mit den für Videostreaming typischen Werten abgeglichen werden, eine Überwachung des konkreten Inhalts des Verkehrs darstellt?

3. Falls Frage 1 a) zu verneinen ist: Ist Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 2015/2120 dahingehend auszulegen, dass in einer Situation wie der im vorliegenden Verfahren in Rede stehenden eine Bandbreitenlimitierung lediglich für Videostreaming das Recht der Endnutzer im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 2015/2120 einschränkt?

## **G r ü n d e**

Die Klägerin ist eine Tochtergesellschaft eines Telekommunikationsunternehmens. Sie bietet für die Endkunden ihrer Mobilfunktarife „MagentaMobil“ seit dem 19. April 2017 die kostenlose Zubuchoption „StreamOn“ (ursprünglich in den Varianten „StreamOn Music“, „StreamOn Music&Video“, „MagentaEINS StreamOn Music“ und „MagentaEINS StreamOn Music&Video“) an. Bei einer Buchung von „StreamOn“

wird das auf Audio- und Videostreaming so genannter Contentpartner der Klägerin entfallende Datenvolumen nicht auf das mit dem jeweiligen Mobilfunktarif vertraglich vereinbarte Inklusivdatenvolumen für die Nutzung der per Mobilfunk bereitgestellten Internetverbindung angerechnet (so genanntes Zero-Rating), mit dessen Verbrauch die Übertragungsgeschwindigkeit generell reduziert wird. Die „Allgemeine[n] Bedingungen für die Teilnahme von Partnern am Zero-Rating-Angebot der Telekom Deutschland GmbH“ regeln die rechtlichen Beziehungen zwischen der Klägerin und den Contentpartnern. Danach sind Voraussetzung für die Teilnahme am Zero-Rating als Contentpartner im Wesentlichen die Erfüllung von im Einzelnen durch die Klägerin vorgegebenen technischen Voraussetzungen sowie der Abschluss eines Vertrages; ein Entgelt verlangt die Klägerin von den Contentpartnern nicht. Ausweislich Ziffer 6.2 der Allgemeinen Bedingungen für die Teilnahme von Partnern am Zero-Rating-Angebot der Telekom Deutschland GmbH vereinbaren die Contentpartner und die Klägerin überdies gemeinsam die spezifischen technischen Angaben, die der Contentpartner bereitstellt, um die relevanten Inhalte für die Klägerin unterscheidbar zu machen und ihre Verarbeitung zu ermöglichen: „Geeignete technische Angaben können aus IP-Adressen und/oder Protokollen und/oder URLs und/oder SNIs (für HTTPS) und/oder die zur HTTPS-Verschlüsselung verwendeten Public Keys (falls zutreffend) und/oder technischen Angaben, die vom Content-Partner oder seinem externen Service-Provider (z.B. CDN-Provider) verwendet werden, um den Kunden die Relevanten Inhalte zur Verfügung zu stellen, bestehen.“

Allgemeine Bedingungen für die Teilnahme von  
Partnern am Zero-Rating-Angebot der Telekom  
Deutschland GmbH, Stand: April 2017, S. 3.

Im Falle von „StreamOn Music&Video“ willigt der Endkunde ausweislich Ziffer 6.7 lit. b) der „Preisliste Zubuchoptionen Mobilfunk (Privatkunden)“ der Klägerin,

Preisliste Zubuchoptionen Mobilfunk (Privatkunden),  
Stand: 19. April 2017, S. 10 f.,

des Weiteren in eine Bandbreitenlimitierung auf maximal 1,7 Mbit/s für Videostreaming unabhängig davon ein, ob es sich um Videostreaming von Contentpartnern oder sonstigen Anbietern handelt. Um den betreffenden Datenverkehr vom übrigen Datenverkehr unterscheiden zu können, vereinbart die Klägerin – nach eigenen

Angaben – mit ihren Partnerunternehmen ebenfalls Unterscheidungskriterien, wobei IP-Adressen, Protokolle, URIs und SNIs in Betracht kommen. Im Übrigen identifiziert sie den auf Videostreaming entfallenden Datenverkehr im Wege des so genannten Pattern-Matching, bei dem die Klägerin bestimmte Header-Informationen mit den für Videostreaming typischen Werten abgleicht.

Der Endkunde kann die Zubuchoption und demzufolge auch die Bandbreitenlimitierung jederzeit deaktivieren und reaktivieren, um unter Anrechnung auf sein Inklusivdatenvolumen wieder eine maximale Übertragungsqualität auch für Videostreaming zu ermöglichen. Erfolgt innerhalb von 24 Stunden keine Reaktivierung durch den Kunden, stellt die Klägerin automatisiert die Standardeinstellungen (Nichtanrechnung auf das Inklusivdatenvolumen und Bandbreitenlimitierung) wieder her.

Siehe zum Ganzen auch *Gerpott*, K&R 2017, 677 (677 f., 679 ff.).

Im Falle von „MagentaEINS StreamOn Music&Video“ erfolgt eine Bandbreitenlimitierung hingegen nicht. „MagentaEINS StreamOn Music&Video“ unterscheidet sich von „StreamOn Music&Video“ dadurch, dass diese Zubuchoption nur dann zu einem Mobilfunktarif hinzugebucht werden kann, wenn dieser Mobilfunktarif mit einem Festnetzтарif einschließlich diesbezüglichem Internetzugangsdienst kombiniert ist.

Sämtliche Zubuchoptionen können jederzeit ohne Einhaltung einer Frist gekündigt werden.

Mit Bescheid vom 15. Dezember 2017 erließ die Bundesnetzagentur den streitgegenständlichen Bescheid, dessen Tenor unter Ziffer 1 regelt:

„1. a) Es wird festgestellt, dass die Telekom Deutschland GmbH durch die Reduzierung der Datenübertragungsrate für Videostreams auf bis zu – d.h. maximal – 1,7 Mbit/s (Bandbreitenreduzierung) in der Zubuchoption „StreamOn“ in den Tarifen MagentaMobil L, MagentaMobil L Plus, MagentaMobil L Premium und MagentaMobil L Plus Premium gegen Art. 3 Abs. 3 TSM-Verordnung verstößt. Des Weiteren wird festgestellt, dass die Voraussetzungen für eine nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2

oder UAbs. 3 lit. a bis lit. c zulässige Verkehrsmanagementmaßnahme nicht erfüllt sind.

b) Der Telekom Deutschland GmbH wird untersagt, in der Zubuchoption „StreamOn“ in den Tarifen MagentaMobil L, MagentaMobil L Plus, MagentaMobil L Premium und MagentaMobil L Plus Premium die Datenübertragungsrate für Videostreams auf bis zu – d.h. maximal – 1,7 Mbit/s zu reduzieren (Bandbreitenreduzierung)

c) Der Telekom Deutschland GmbH wird untersagt, Klauseln, die eine der Untersagung unter 1.b) widersprechende Reduzierung der Datenübertragungsrate vorsehen, sowohl in Verträgen mit Inhalteanbietern als auch in Verträgen mit Kunden, die die Zubuchoption StreamOn buchen, zu verwenden.“

Den durch die Klägerin gegen diesen Bescheid eingelegten Widerspruch wies die Bundesnetzagentur mit Widerspruchsbescheid vom 8. Juni 2018 als unbegründet zurück. Am 22. Juni 2018 hat die Klägerin Klage erhoben, mit der sie die Aufhebung des Bescheids vom 15. Dezember 2017 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8. Juni 2018 erstrebt. Ihren Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung dieser Klage hat das Verwaltungsgericht Köln mit Beschluss vom 20. November 2018 abgelehnt (1 L 253/18). Die dagegen gerichtete Beschwerde hat das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen mit Beschluss vom 12. Juli 2019 zurückgewiesen (13 B 1734/18).

Die Klägerin ist unter näherer Darlegung im Einzelnen der Auffassung, dass Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 alleiniger Prüfungsmaßstab im Hinblick auf die mit der Zubuchoption einhergehende Bandbreitenlimitierung sei. Endnutzerrechte im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2015/2120 würden nicht verletzt, weswegen die Bandbreitenlimitierung zulässig sei. Nichts anderes ergebe sich, wenn – was die Klägerin für unzutreffend hält – auch Art. 3 Abs. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 als Prüfungsmaßstab herangezogen werde. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 der Verordnung (EU) 2015/2120 normiere schon keinen Grundsatz umfassender Gleichbehandlung. Jedenfalls sei die Bandbreitenlimitierung als Verkehrsmanagementmaßnahme im Sinne des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 Satz 1 der Verordnung (EU) 2015/2120 zulässig. Eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes sowie des

Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Sinne des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 Satz 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 sei nicht gegeben. Auch werde in Übereinstimmung mit Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 Satz 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 nicht der Inhalt des Datenverkehrs überwacht und auch das Gebot der zeitlichen Erforderlichkeit werde gewahrt. Im Übrigen handele es sich bei der Bandbreitenlimitierung um eine zulässige Datenkomprimierung im Sinne des 11. Erwägungsgrundes der Verordnung (EU) 2015/2120.

Die Beklagte tritt dem Vorbringen der Klägerin entgegen.

## II.

Der Rechtsstreit ist auszusetzen. Gemäß Art. 267 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) ist eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu den im Beschlusstenor formulierten Fragen einzuholen.

1. Für die rechtliche Beurteilung der auf Aufhebung des Bescheids vom 15. Dezember 2017 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8. Juni 2018 gerichteten Anfechtungsklage sind die Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes (TKG) vom 22. Juni 2004 (BGBl. I S. 1190), das zum Zeitpunkt des Widerspruchsbescheides der Bundesnetzagentur vom 23. November 2018 zuletzt durch das Gesetz vom 1. Juni 2017 (BGBl. I S. 1354) geändert worden war, sowie die Vorschriften der Verordnung (EU) Nr. 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 maßgeblich. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage im Falle einer auch vorliegend erhobenen Anfechtungsklage derjenige des Erlasses der letzten behördlichen Entscheidung.

Zuletzt im Anwendungsbereich des Telekommunikationsgesetzes etwa BVerwG, Urteil vom 30. Mai 2018 – 6 C 4.17 –, juris (Rn. 13).

Den hiernach maßgeblichen rechtlichen Rahmen des Rechtsstreits bilden die folgenden Vorschriften des nationalen Rechts:

§ 126 TKG in der maßgeblichen Fassung lautet:

(1) Stellt die Bundesnetzagentur fest, dass ein Unternehmen seine Verpflichtungen nach diesem Gesetz, auf Grund dieses Gesetzes, nach der Verordnung (EU) Nr. 531/2012 oder nach der Verordnung (EU) 2015/2120 nicht erfüllt, fordert sie das Unternehmen zur Stellungnahme und Abhilfe auf. Sie setzt dem Unternehmen für die Abhilfe eine Frist.

(2) Kommt das Unternehmen innerhalb der gesetzten Frist seinen Verpflichtungen nicht nach, kann die Bundesnetzagentur die zur Einhaltung der Verpflichtung erforderlichen Maßnahmen anordnen. Hierbei ist dem Unternehmen eine angemessene Frist zu setzen, um den Maßnahmen entsprechen zu können.

[...]

2. Die Vorlagefragen sind entscheidungserheblich und bedürfen einer Klärung durch den Gerichtshof der Europäischen Union.

Ob die als Anfechtungsklage gemäß § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO zulässige Klage begründet ist, hängt davon ab, ob die Klägerin ihre Verpflichtungen nach der Verordnung (EU) 2015/2120 nicht erfüllt.

a) Rechtsgrundlage des Bescheides der Bundesnetzagentur vom 15. Dezember 2017 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8. Juni 2018 ist § 126 TKG.

b) Es ist nicht ernstlich zweifelhaft, dass die Bundesnetzagentur die formellen Vorgaben des § 126 TKG gewahrt hat.

c) Maßgeblich für die materielle Rechtmäßigkeit des Bescheides der Bundesnetzagentur vom 15. Dezember 2017 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8.



Juni 2018 ist, ob die Klägerin ihre Verpflichtungen nach der Verordnung (EU) 2015/2120 nicht erfüllt.

Art. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 lautet:

(1) Endnutzer haben das Recht, über ihren Internetzugangsdienst, unabhängig vom Standort des Endnutzers oder des Anbieters und unabhängig von Standort, Ursprung oder Bestimmungsort der Informationen, Inhalte, Anwendungen oder Dienste, Informationen und Inhalte abzurufen und zu verbreiten, Anwendungen und Dienste zu nutzen und bereitzustellen und Endgeräte ihrer Wahl zu nutzen.

Dieser Absatz lässt das Unionsrecht und das mit dem Unionsrecht im Einklang stehende nationale Recht in Bezug auf die Rechtmäßigkeit von Inhalten, Anwendungen oder Diensten unberührt.

(2) Vereinbarungen zwischen Anbietern von Internetzugangsdiensten und Endnutzern über die gewerblichen und technischen Bedingungen und die Merkmale von Internetzugangsdiensten wie Preis, Datenvolumina oder Geschwindigkeit sowie die Geschäftspraxis der Anbieter von Internetzugangsdiensten dürfen die Ausübung der Rechte der Endnutzer gemäß Absatz 1 nicht einschränken.

(3) Anbieter von Internetzugangsdiensten behandeln den gesamten Verkehr bei der Erbringung von Internetzugangsdiensten gleich, 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.

Unterabsatz 1 hindert die Anbieter von Internetzugangsdiensten nicht daran, angemessene Verkehrsmanagementmaßnahmen anzuwenden. Damit derartige Maßnahmen als angemessen gelten, müssen sie transparent, nichtdiskriminierend und verhältnismäßig sein und dürfen nicht auf kommerziellen Erwägungen, sondern auf objektiv unterschiedlichen technischen Anforderungen an die Dienstqualität bestimmter Datenverkehrskategorien beruhen. Mit diesen Maßnahmen darf nicht der konkre-

te Inhalt überwacht werden, und sie dürfen nicht länger als erforderlich aufrechterhalten werden.

Anbieter von Internetzugangsdiensten wenden keine Verkehrsmanagementmaßnahmen an, die über die Maßnahmen gemäß Unterabsatz 2 hinausgehen; insbesondere dürfen sie nicht bestimmte Inhalte, Anwendungen oder Dienste – oder bestimmte Kategorien von diesen – blockieren, verlangsamen, verändern, einschränken, stören, verschlechtern oder diskriminieren, außer soweit und solange es erforderlich ist, um

a) Gesetzgebungsakten der Union oder mit dem Unionsrecht im Einklang stehenden nationalen Rechtsvorschriften, denen der Internetzugangsanbieter unterliegt, oder mit dem Unionsrecht im Einklang stehenden Maßnahmen zur Umsetzung dieser Gesetzgebungsakte der Union oder dieser nationalen Rechtsvorschriften zu entsprechen, einschließlich Verfügungen von Gerichten oder Behörden, die über die entsprechenden Befugnisse verfügen;

b) die Integrität und Sicherheit des Netzes, der über dieses Netz erbrachten Dienste und der Endgeräte der Endnutzer zu wahren;

c) eine drohende Netzüberlastung zu verhindern oder die Auswirkungen einer außergewöhnlichen oder vorübergehenden Netzüberlastung abzumildern, sofern gleichwertige Verkehrsarten gleich behandelt werden.

[...]

aa) Nach Auffassung des Gerichts sprechen gewichtige Gründe dafür, dass die Klägerin ihre Verpflichtungen nach der Verordnung (EU) 2015/2120 nicht erfüllt.

Dem liegt die Annahme zugrunde, dass die in Ziffer 6.7 lit. b) der „Preisliste Zubuchoptionen Mobilfunk (Privatkunden)“ der Klägerin enthaltene Regelung betreffend die Bandbreitenlimitierung auf maximal 1,7 Mbit/s für Videostreaming eine von Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 erfasste Vereinbarung zwischen Anbietern von Internetzugangsdiensten und Endnutzern über die gewerblichen und techni-

schen Bedingungen und die Merkmale von Internetzugangsdiensten wie Preis, Datenvolumina oder Geschwindigkeit sowie die Geschäftspraxis der Anbieter von Internetzugangsdiensten im Sinne des Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 ist. Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 kann zumindest mittelbar entnommen werden, dass entsprechende Vereinbarungen grundsätzlich auch Absprachen über Datenvolumina oder Geschwindigkeit enthalten dürfen. Dies folgt auch aus dem 7. Erwägungsgrund der Verordnung (EU) 2015/2120, wonach es Endnutzern nach der Vorstellung des Unionsgesetzgebers zur Ausübung ihrer Rechte auf Zugang zu und Verbreitung von Informationen und Inhalten sowie auf Nutzung und Bereitstellung von Anwendungen und Diensten ihrer Wahl ausdrücklich freistehen soll, mit den Internetzugangsanbietern Tarife mit bestimmten Datenvolumen und bestimmten Geschwindigkeiten des Internetzugangsdienstes zu vereinbaren.

Dazu auch OVG NRW, Beschluss vom 12. Juli 2019 – 13 B 1734/18 –, juris (Rn. 45); siehe ferner *Fetzer*, MMR 2017, 579 (581) mit dem Hinweis, bei so genannten Traffic-Shaping-Maßnahmen handele es sich um die vertragliche Vereinbarung einer „technischen Bedingung“ i.S.d. Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120.

Es spricht allerdings Vieles dafür, dass Vereinbarungen im Sinne des Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 an den Vorgaben des Art. 3 Abs. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 zu messen sind. Das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen hat diesbezüglich ausgeführt, dass die Auffassung der Klägerin, die in Ziffer 6.7 lit. b) ihrer „Preisliste Zubuchoptionen Mobilfunk (Privatkunden)“ enthaltene Bandbreitenlimitierung sei zwischen ihr und ihren Endkunden vertraglich vereinbart und unterfalle damit ausschließlich Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120, nicht durchgreife, da Art. 3 Abs. 2 und 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 keine einander ausschließende Anwendungsbereiche in dem Sinne enthielten, dass Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EU) 2015/2120 umfassend die Zulässigkeit vertraglicher Vereinbarungen zwischen Internetzugangsanbietern und ihren Endkunden regele, während Art. 3 Abs. 3 Verordnung (EU) 2015/2120 nur auf die dann noch verbleibenden vertraglich nicht vereinbarten einseitigen Maßnahmen der Internetzugangsanbieter abziele.

OVG NRW, Beschluss vom 12. Juli 2019 – 13 B  
1734/18 –, juris (Rn. 28 ff.).

Ausgehend von der Annahme, dass Vereinbarungen im Sinne des Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 an den Vorgaben des Art. 3 Abs. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 zu messen sind, spricht auch Vieles dafür, dass eine Vereinbarung, die eine Bandbreitenlimitierung auf maximal 1,7 Mbit/s für Videostreaming zum Gegenstand hat, gegen Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 der Verordnung (EU) 2015/2120 verstößt. Nach dem Obergerverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen sind die Begriffe „Diskriminierung“, „Beschränkung“ oder „Störung“ als nähere Konkretisierung des allgemeinen Gebots zur Gleichbehandlung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 Satz 1 der Verordnung (EU) 2015/2120 zu verstehen. Zugleich würden mit den Begriffen „Sender“, „Empfänger“, „Inhalte“, „Anwendungen“, „Dienste“ oder „Endgeräte“ bestimmte Anknüpfungspunkte für eine Ungleichbehandlung ausdrücklich für unzulässig erklärt.

OVG NRW, Beschluss vom 12. Juli 2019 – 13 B  
1734/18 –, juris (Rn. 57).

Deswegen liege eine Ungleichbehandlung im Falle einer Vereinbarung, die eine Bandbreitenlimitierung auf maximal 1,7 Mbit/s für Videostreaming zum Gegenstand habe, insoweit vor, als mit der Bandbreitenlimitierung für Videostreaming gegenüber anderen Diensten und Anwendungen eine gewillkürte technische Unterscheidung nach der Art der genutzten beziehungsweise bereitgestellten Anwendungen oder Dienste vorgenommen werde.

OVG NRW, Beschluss vom 12. Juli 2019 – 13 B  
1734/18 –, juris (Rn. 59).

Dagegen spreche weder der 9. Erwägungsgrund der Verordnung, der allein der Erläuterung der in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 geregelten Voraussetzungen für angemessene Verkehrsmanagementmaßnahmen, die trotz einer etwaigen Ungleichbehandlung des Datenverkehrs in systematischer Ausnahme zu Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 Verordnung (EU) 2015/2120 zulässig bleiben sollen, diene, noch der 11. Erwägungsgrund der Verordnung, der die Datenkomprimierung, die ei-

ne Verringerung des Datenvolumens zur Folge habe, nicht aber eine Reduzierung der Datenübertragungsrate betreffe.

OVG NRW, Beschluss vom 12. Juli 2019 – 13 B  
1734/18 –, juris (Rn. 60 ff.).

Nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen ist eine Vereinbarung, die eine Bandbreitenlimitierung auf maximal 1,7 Mbit/s für Videostreaming zum Gegenstand hat, auch nicht als zulässiges Verkehrsmanagement im Sinne des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 Satz 1 der Verordnung (EU) 2015/2120 anzusehen.

OVG NRW, Beschluss vom 12. Juli 2019 – 13 B  
1734/18 –, juris (Rn. 63).

Es sei – so die Begründung – nicht hinreichend, dass die Bandbreitenlimitierung im Hinblick auf die datenintensive Nutzung von Videostreaming zu einer Schonung der zur Verfügung stehenden Übertragungskapazitäten im Mobilfunknetz beitragen möge. Erforderlich sei vielmehr, dass die Bandbreitenlimitierung auf objektiven Anforderungen an die technische Qualität der in Anspruch genommenen Anwendungen beziehungsweise des in Anspruch genommenen Dienstes beruhe und dem Ziel diene, die Gesamtqualität und das Nutzererlebnis für Videostreaming zu optimieren. Das sei aber hier schon deshalb nicht der Fall, weil die Begrenzung der Bandbreite objektiv zu einer Verschlechterung der Gesamtqualität und des Nutzererlebnisses führe. Im Übrigen genüge die Bandbreitenlimitierung auch dem weiteren Erfordernis nicht, gleichartigen Verkehr gleich zu behandeln. Denn die Bandbreitenlimitierung treffe Videostreaming nicht schlechthin, sondern nur in der aktiv geschalteten Zubuchoption, obwohl sich die technischen Anforderungen für Videostreaming insoweit nicht von denjenigen für Videostreaming per Mobilfunknetz außerhalb dieser Zubuchoption unterscheiden.

OVG NRW, Beschluss vom 12. Juli 2019 – 13 B  
1734/18 –, juris (Rn. 66 ff.).

Schließlich liegen ausgehend von der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen auch nicht die Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 3

UAbs. 3 (EU) 2015/2120 vor. Eine Vereinbarung, die eine Bandbreitenlimitierung auf maximal 1,7 Mbit/s für Videostreaming zum Gegenstand habe, diene – so das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen – nicht dazu, eine außergewöhnliche oder vorübergehende Netzüberlastung abzumildern beziehungsweise eine drohende außergewöhnliche oder vorübergehende Netzüberlastung zu vermeiden. Sie begrenze vielmehr den erst mit der Tarifoption selbst verursachten Datenverkehr zur Schonung der vorhandenen Übertragungskapazitäten des Mobilfunknetzes. Hinzukomme, dass die Bandbreitenlimitierung für Videostreaming nur in der aktivierten Zubuchoption vorgesehen sei und damit auch nicht die gemäß Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. c) der Verordnung (EU) 2015/2120 erforderliche Voraussetzung erfülle, gleichwertige Verkehrsarten gleich zu behandeln.

OVG NRW, Beschluss vom 12. Juli 2019 – 13 B  
1734/18 –, juris (Rn. 73 ff.).

Unter Zugrundelegung dieser Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen spricht Überwiegendes dafür, dass die Klägerin ihre Verpflichtungen nach der Verordnung (EU) 2015/2120 nicht erfüllt.

bb) Dass die Klägerin ihre Verpflichtungen nach der Verordnung (EU) 2015/2120 nicht erfüllt, hält das Gericht allerdings nicht für so offenkundig, dass auf eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof im Wege der Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV verzichtet werden könnte. Insbesondere sind auch noch keine Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes in den Rechtssachen C-807/18 und C-39/19 ergangen, die Vorabentscheidungsersuchen ebenfalls zu den Vorschriften der Verordnung (EU) 2015/2120 betreffen; zudem erwartet das Gericht nicht, dass in den betreffenden Rechtssachen eine abschließende Klärung der vorliegend relevanten Vorlagefragen erfolgt.

(1) Das Gericht vermag zunächst nicht vernünftigerweise ohne Zweifel zu beantworten, ob Vereinbarungen zwischen Anbietern von Internetzugangsdiensten und Endnutzern im Sinne des Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 nicht nur an Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2015/2120, sondern auch an den Vorgaben des Art. 3 Abs. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 zu messen sind (Vorlagefrage 1. a)).

(a) Das Gericht hält die diesbezüglichen Ausführungen des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen grundsätzlich für überzeugend. Auch die hier einschlägigen Leitlinien des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK),

BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules vom 30. August 2016, BoR (16) 127,

sind nach Auffassung des Gerichts dahingehend zu verstehen, dass sie von einer Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 ausgehen.

BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules vom 30. August 2016, BoR (16) 127: „19. Article 3 comprises measures intended to safeguard open internet access, covering the rights of the end-users of IAS, and obligations and permitted practices for the ISPs: [...] Article 3(2) sets limits on the contractual conditions which may be applied to IAS and the commercial practices of ISPs providing IAS, and requires that these should not limit exercise of the end-user rights set out in paragraph 1. When assessing commercial practices, Article 3(3) should also be taken into account; [...].“

Zwar nimmt insbesondere Ziffer 19. der betreffenden Leitlinien einerseits auf die Begriffe „contractual conditions“ und „commercial practices“ Bezug, im Zusammenhang mit dem Verweis auf Art. 3 Abs. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 findet sich andererseits der Begriff „contractual conditions“ nicht mehr. An anderen Stellen kommt in den Leitlinien des GEREK indes deutlich zum Ausdruck, dass auch Vereinbarungen im Sinne des Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 an den Maßgaben des Art. 3 Abs. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 zu messen sind.

BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules vom 30. August 2016, BoR (16) 127: „37. When assessing agreements or commercial practices, NRAs should also take Article 3(3) into account [...]. 41. A zero-rating offer where all applications are blocked (or slowed down) once the data cap is reached except for the zero-rated application(s) would infringe

Article 3(3) first (and third) subparagraph (see paragraph 55). 55. In case of agreements or practices involving technical discrimination, this would constitute unequal treatment which would not be compatible with Article 3(3). [...]"

Die Leitlinien des GEREK sind für das Gericht bei der Auslegung der Durchführungsverordnung (EU) 2016/2286 allerdings nicht bindend. Sie dienen allein dazu, einen Beitrag zu einer einheitlichen Anwendung der Verordnung durch die nationalen Regulierungsbehörden zu leisten. Dies bedeutet nicht, dass sie bei der Auslegung der Verordnung gänzlich außer Betracht zu bleiben hätten. Sie können vielmehr eine nützliche Anregung für die Auslegung der Verordnung darstellen. Insbesondere indizieren sie eine unionsweit einheitliche Verwaltungspraxis der nationalen Regulierungsbehörden, weil diese nach Maßgabe von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1211/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Einrichtung des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation und des Büros beziehungsweise der Nachfolgeregelung in Art. 4 Abs. 4 der Verordnung (EU) Nr. 2018/1971 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Einrichtung des Gremiums europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation und der Agentur zur Unterstützung des GEREK, zur Änderung der Verordnung (EU) 2015/2120 und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1211/2009 den Leitlinien des GEREK „weitestgehend“ Rechnung zu tragen haben.

Dazu auch OVG NRW, Beschluss vom 12. Juli 2019  
– 13 B 1734/18 –, juris (Rn. 21 ff.).

(b) Im Gegensatz zur Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen und wohl auch zu den Leitlinien des GEREK werden Art. 3 Abs. 2 und 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 allerdings auch unterschiedliche Regelungsbereiche dergestalt zugeordnet, dass sich so genanntes Traffic-Shaping auf Grund von vertraglichen Vereinbarungen ausschließlich an Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 messen lassen muss. Der Wortlaut des Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 – so die Begründung – verweise nur auf Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2015/2120, nicht aber auf Art. 3 Abs. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120. Mit Blick auf den Wortlaut ließe sich hinzufügen, dass auch der Begriff „behandeln“ im Sinne des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 der Verordnung (EU) 2015/2120 kei-



ne terminologische Nähe zum Begriff der Vereinbarungen im Sinne des Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 erkennen lässt.

In systematischer Hinsicht – so die weitere Argumentation – regelt Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2015/2120 grundsätzliche Endnutzerrechte, Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 im Wesentlichen die Befugnis zu privatautonomen Vereinbarungen und Art. 3 Abs. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 unilaterale Pflichten und Rechte von Internetzugangsanbietern, die keiner einvernehmlichen Vereinbarung mit einem Endnutzer bedürften. Dem laufe eine Heranziehung der Vorgaben des Art. 3 Abs. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit auch von Vereinbarungen im Sinne des Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 zuwider. Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 gestatte ferner ausdrücklich Vereinbarungen über die gewerblichen und technischen Bedingungen eines Internetzugangsdienstes. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 verbiete hingegen alle Verkehrsmanagementmaßnahmen aus „kommerziellen Erwägungen“. Seien Vereinbarungen im Sinne des Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 an den Vorgaben auch des Art. 3 Abs. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 zu messen, führe dies zu dem widersinnigen Ergebnis, dass Endnutzer und Internetzugangsanbieter zwar einen Vertrag über eine gewerbliche Bedingung eines Internetzugangs abschließen dürften, es aber nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 unzulässig wäre, zur Umsetzung der vertraglichen Vereinbarung eine entsprechende Verkehrsmanagementmaßnahme durchzuführen. Ein solches Ergebnis werde verhindert, indem Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 als alleiniger Rechtmäßigkeitsmaßstab für vertragliche Vereinbarungen herangezogen und Art. 3 Abs. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 als Rechtmäßigkeitsmaßstab für unilaterale Maßnahmen von Internetzugangsanbietern verstanden werde. Eine solche Auslegung stehe auch im Einklang mit Sinn und Zweck der der Verordnung (EU) 2015/2120, in deren Zentrum der Schutz des Endnutzers und seiner Rechte stehe.

Zum Ganzen *Fetzer*, MMR 2017, 579 (582 f.).

Im Hinblick auf die unterschiedlichen Sichtweisen zum Verhältnis der Regelungsbe-  
reiche des Art. 3 Abs. 2 und 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 bedarf nach Auffas-  
sung des Gerichts der Klärung, ob Vereinbarungen im Sinne des Art. 3 Abs. 2 der

Verordnung (EU) 2015/2120 an den Anforderungen des Art. 3 Abs. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 zu messen sind.

(2) Sofern Vereinbarungen im Sinne des Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 an den Vorgaben des Art. 3 Abs. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 zu messen sind, ist nach Auffassung des Gerichts im Folgenden zuvörderst klärungsbedürftig, ob sich in einer Situation wie der im vorliegenden Fall in Rede stehenden die Bandbreitenlimitierung als Verlangsamung einer Dienstekategorie im Sinne des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 erweist, die nur unter den in dieser Vorschrift genannten Voraussetzungen zulässig ist (Vorlagefrage 1. b)).

(a) Dies beruht auf folgenden Grundannahmen:

(aa) Unter der Voraussetzung, dass auch Vereinbarungen im Sinne des Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 an den Vorgaben des Art. 3 Abs. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 zu messen sind, hält es das Gericht insoweit zunächst für offensichtlich, dass die Bandbreitenlimitierung auf maximal 1,7 Mbit/s für Videostreaming eine Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 der Verordnung (EU) 2015/2120 darstellt. Denn ersichtlich wird insoweit nicht im Sinne des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 der Verordnung (EU) 2015/2120 der gesamte Verkehr bei der Erbringung von Internetzugangsdiensten gleich behandelt.

(bb) Des Weiteren können nach Auffassung des Gerichts vernünftigerweise keine Zweifel daran bestehen, dass Ungleichbehandlungen im Sinne des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 der Verordnung (EU) 2015/2120 nur nach Maßgabe des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 gerechtfertigt werden können. Ausweislich des 8. Erwägungsgrundes der Verordnung (EU) 2015/2120 sollen bei der Bereitstellung der Internetzugangsdienste Anbieter dieser Dienste den gesamten Datenverkehr ohne Diskriminierung, Beschränkung oder Störung, ungeachtet des Senders, des Empfängers, des Inhalts, der Anwendung, des Dienstes oder des Endgeräts, gleich behandeln. Entsprechend den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts und der ständigen Rechtsprechung sollen vergleichbare Situationen nicht unterschiedlich und unterschiedliche Situationen nicht gleich behandelt werden, es sei denn, eine solche Behandlung ist objektiv gerechtfertigt.

Eine solche Rechtfertigung kommt ersichtlich nur unter den Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 in Betracht.

Siehe auch BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules vom 30. August 2016, BoR (16) 127: „51. In assessing whether an ISP complies with this principle, NRAs should apply a two-step assessment: In a first step, they should assess whether all traffic is treated equally. In a second step, they should assess whether situations are comparable or different and whether there are objective grounds which could justify a different treatment of different situations (under Article 3(3) second subparagraph [...]). [...] 57. In assessing whether an ISP complies with the principle of equal treatment set out in Article 3(3) first subparagraph, NRAs should take into account whether a measure is a reasonable traffic management measure. The principle of equal treatment of traffic does not prevent ISPs from implementing reasonable traffic management measures in compliance with Article 3(3) second subparagraph.“

Zwar verweist der 8. Erwägungsgrund der Verordnung (EU) 2015/2120 im Zusammenhang mit dem Verbot von Ungleichbehandlungen im Sinne des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 der Verordnung (EU) 2015/2120 auf allgemeine Grundsätze des Unionsrechts und die ständige Rechtsprechung. Das Gericht geht indes davon aus, dass eine objektive Rechtfertigung im Sinne des 8. Erwägungsgrundes ausschließlich unter den in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 genannten Voraussetzungen möglich ist. Denn jede andere Auslegung des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 der Verordnung (EU) 2015/2120 liefe der erkennbaren Regelungssystematik des Art. 3 Abs. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 zuwider.

(cc) Das Gericht hält es im Anschluss daran auch nicht für zweifelhaft, dass Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 vorrangig gegenüber Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 zu prüfen ist.

Siehe auch BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules vom 30. August 2016, BoR (16) 127: „74. Article 3(3) third subparagraph clarifies that, under Ar-

ticle 3(3) second subparagraph, inter alia, the following traffic management measures are prohibited: blocking, slowing down, alteration, restriction, interference with, degradation, and discrimination between specific content, applications or services, or specific categories thereof. [...] 76. Article 3(3), third subparagraph contains two aspects: a prohibition for ISPs to apply traffic management measures going beyond reasonable traffic management measures; [...] 77. In order to safeguard the open Internet, Article 3(3) third subparagraph describes traffic management practices that are prohibited, unless under specific exception. [...] 91. Due to the requirement that exceptional traffic management can only be applied as necessary, and only for as long as necessary, NRAs should consider that in cases when application-agnostic congestion management (i.e. congestion management which is not targeting specific applications or categories thereof) is not sufficient, congestion can be dealt with according to Article 3(3) (c).“

Denn die Vorschrift statuiert ausweislich ihres Wortlauts ein grundsätzliches Verbot solcher Verkehrsmanagementmaßnahmen, die über eine angemessene Verkehrsmanagementpraxis im Sinne von Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 hinausgehen,

siehe dazu auch BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules vom 30. August 2016, BoR (16) 127: „91. Due to the requirement that exceptional traffic management can only be applied as necessary, and only for as long as necessary, NRAs should consider that in cases when application-agnostic congestion management (i.e. congestion management which is not targeting specific applications or categories thereof) is not sufficient, congestion can be dealt with according to Article 3(3) (c). [...] 92. Congestion management can be done on a general basis, independent of applications. NRAs should consider whether such types of congestion management would be sufficient and equally effective to manage congestion, in light of the principle of proportionality. [...]“,

und nennt dabei ausdrücklich die Verlangsamung von Dienstekategorien als Maßnahme, die den Anbietern von Internetzugangsdiensten untersagt ist, sofern nicht die

Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. a) bis c) der Verordnung (EU) 2015/2120 vorliegen.

Siehe dazu auch BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules vom 30. August 2016, BoR (16) 127: „55. In case of agreements or practices involving technical discrimination, this would constitute unequal treatment which would not be compatible with Article 3(3). This holds in particular for the following examples: A practice where an ISP blocks, slows down, restricts, interferes with, degrades or discriminates access to specific content, one or more applications (or categories thereof), except when justified by reference to the exceptions of Article 3(3) third subparagraph. [...]“.

(b) Ausgehend von diesen Grundannahmen ist im vorliegenden Fall nach Auffassung des Gerichts der Verordnung (EU) 2015/2120 allerdings nicht mit hinreichender Klarheit zu entnehmen, ob in einer Situation wie der im vorliegenden Verfahren in Rede stehenden die Bandbreitenlimitierung als Verlangsamung einer Dienstekategorie im Sinne des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 zu qualifizieren ist.

Das Gericht vermag bereits nicht vernünftigerweise ohne Zweifel davon auszugehen, dass eine Bandbreitenlimitierung, die ausschließlich für Videostreaming gilt, eine Dienstekategorie im Sinne des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 („specific content, applications or services, or specific categories thereof“, „des contenus, des applications ou des services spécifiques ou des catégories spécifiques de contenus, d'applications ou de services“) betrifft. Der Begriff der Dienstekategorie ist nicht in Art. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 bestimmt. Zudem enthalten Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 Satz 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 und Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit c) der Verordnung (EU) 2015/2120 mit den Begriffen der bestimmten Datenverkehrskategorien einerseits und der gleichwertigen Verkehrsarten andererseits weitere Begriffe. Diese sind ihrerseits nicht in Art. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 bestimmt und tragen zudem zum Verständnis des Begriffs der Dienstekategorie nichts bei; denn insoweit finden in den sprachlich verbindlichen Fassungen der Verordnung (EU) 2015/2120 teilweise mit dem Begriff der Dienstekategorie deckungsgleiche Begriffe Verwendung („specific categories of traffic“, „certaines catégories spécifiques de trafic“, „equivalent categories of traffic“, „les catégories équivalentes de trafic“).

Auch wenn nach Auffassung des Gerichts Überwiegendes dafür spricht, dass angesichts der Nennung der Begriffe „bestimmte Inhalte, Anwendungen oder Dienste“ und „bestimmte Kategorien von diesen“ in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 eine lediglich für Videostreaming geltende Bandbreitenlimitierung in den Anwendungsbereich der Vorschrift fällt, folgt ausweislich des 11. Erwägungsgrundes der Verordnung (EU) 2015/2120 aus Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 allerdings kein Verbot nichtdiskriminierender Datenkomprimierungstechniken, mit denen die Größe einer Datei ohne irgendeine Veränderung des Inhalts reduziert wird. Zwar spricht nach Auffassung des Gerichts Überwiegendes dafür, dass es sich in einer Situation wie der im vorliegenden Verfahren in Rede stehenden bei der Bandbreitenlimitierung nicht um eine nichtdiskriminierende Datenkomprimierungstechnik in diesem Sinne handelt, da nach dem 11. Erwägungsgrund der Verordnung (EU) 2015/2120 eine solche Datenkomprimierung eine effizientere Nutzung knapper Ressourcen ermöglichen und dem Interesse der Endnutzer dienen soll, indem das Datenvolumen verringert, die Geschwindigkeit erhöht und das Nutzererlebnis bei der Nutzung der betreffenden Inhalte, Anwendungen oder Dienste verbessert wird. Diese Voraussetzungen sind nach Auffassung des Gerichts in einer Situation wie der im vorliegenden Fall in Rede stehenden mit Blick auf die Bandbreitenlimitierung nicht gegeben.

Nichtsdestotrotz macht der 11. Erwägungsgrund der Verordnung (EU) 2015/2120 aber deutlich, dass Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 nicht sämtlichen Maßnahmen der Anbieter von Internetzugangsdiensten entgegensteht, die auf eine effizientere Nutzung knapper Ressourcen gerichtet sind. Aufgrund dieses Umstandes kann das Gericht zumindest nicht vernünftigerweise ohne Zweifel davon ausgehen, dass in einer Situation wie der im vorliegenden Verfahren in Rede stehenden die Bandbreitenlimitierung eine Verlangsamung einer Dienstekategorie im Sinne des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 darstellt. Folglich bedarf es nach Auffassung des Gerichts der Klärung, ob die Bandbreitenlimitierung als Verlangsamung einer Dienstekategorie im Sinne des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 anzusehen ist.

(3) Darüber hinaus besteht nach Auffassung des Gerichts im Hinblick auf das Verständnis der Vorgaben des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. c) der Verordnung (EU) 2015/2120 in mehrfacher Hinsicht Klärungsbedarf.

Dies gilt zunächst für die Frage, ob Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. c) der Verordnung (EU) 2015/2120 dahingehend auszulegen ist, dass in einer Situation wie der im vorliegenden Fall in Rede stehenden die Bandbreitenlimitierung gegen das Gebot verstößt, dass die Verlangsamung einer Dienstekategorie nur zulässig ist, um eine drohende Netzüberlastung zu verhindern oder die Auswirkungen einer außergewöhnlichen oder vorübergehenden Netzüberlastung abzumildern, sofern gleichwertige Verkehrsarten gleich behandelt werden (Vorlagefrage 1. c)).

Nach dem 11. Erwägungsgrund der Verordnung (EU) 2015/2120 unterliegen Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. a) bis c) der Verordnung (EU) 2015/2120 einer strengen Auslegung und strengen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit. Bestimmte Inhalte, Anwendungen und Dienste, wie auch bestimmte Kategorien derselben, sollen geschützt werden wegen der negativen Auswirkungen, die eine Blockierung oder andere, nicht unter die begründeten Ausnahmen fallende Beschränkungsmaßnahmen auf die Wahl der Endnutzer und die Innovation haben. Ausgehend davon spricht nach Auffassung des Gerichts Überwiegendes dafür, dass in einer Situation wie der im vorliegenden Fall in Rede stehenden die Bandbreitenlimitierung die Anforderungen des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. c) der Verordnung (EU) 2015/2120 nicht erfüllt. Ausweislich des 15. Erwägungsgrundes der Verordnung (EU) 2015/2120 ermöglicht Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. c) der Verordnung (EU) 2015/2120 nämlich erforderliche Maßnahmen, um eine drohende Netzüberlastung zu vermeiden, d. h. in Situationen, in denen sich die Überlastung abzeichnet, und zur Milderung der Auswirkungen einer Netzüberlastung, sofern diese Netzüberlastung nur zeitweilig oder unter außergewöhnlichen Umständen auftritt. Eine zeitweilige Überlastung ist danach so zu verstehen, dass sie sich auf spezielle Situationen von kurzer Dauer bezieht, in denen ein plötzlicher Anstieg der Zahl der Nutzer über die Zahl der regelmäßigen Nutzer hinaus oder ein plötzlicher Anstieg der Nachfrage nach einzelnen Inhalten, Anwendungen oder Diensten die Übertragungskapazität einiger Netzkomponenten übersteigt und den Rest des Netzes schwerfälliger reagieren lässt. Eine außergewöhnliche Überlastung ist nach dem 15. Erwägungsgrund der Verordnung (EU) 2015/2120 ferner so zu

verstehen, dass sie sich auf unvorhersehbare und unvermeidbare Situationen der Überlastung bezieht. Mögliche Gründe für diese Situationen sind danach etwa technisches Versagen – wie ein Diensteausfall aufgrund beschädigter Kabel oder anderer beschädigter Infrastrukturkomponenten, unerwartete Änderungen bei der Verkehrslenkung oder eine erhebliche Zunahme des Netzverkehrs aufgrund von Notsituationen oder andere außerhalb der Kontrolle des Internetzugangsanbieters liegende Situationen.

Die hier im Falle der Zubuchoption für Videostreaming geltende Bandbreitenlimitierung genügt diesen Vorgaben nach Auffassung des Gerichts bereits deswegen nicht, weil diese nicht lediglich im Falle zeitweiliger oder außergewöhnlicher Umstände zur Anwendung gelangt. Die Bandbreitenlimitierung erfolgt ausweislich der Angaben der Klägerin vielmehr, weil die vorhandenen Netzkapazitäten eine dauerhafte, unlimitierte Nutzung von Videostreaming nur bis zu einer Bandbreite von maximal 1,7 Mbit/s erlauben sollen. Unabhängig davon, ob aufgrund eines derart pauschalen Vorbringens überhaupt von einer drohenden Netzüberlastung ausgegangen werden kann, sind diesbezüglich jedenfalls weder zeitweilige, noch außergewöhnliche Umstände im Sinne des 15. Erwägungsgrundes der Verordnung (EU) 2015/2120 erkennbar.

Allerdings vermag das Gericht nicht vernünftigerweise ohne Zweifel davon auszugehen, dass der Begriff der drohenden Netzüberlastung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. c) der Verordnung (EU) 2015/2120 nur eine zeitweilige oder außergewöhnliche drohende Netzüberlastung betrifft.

Dazu BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules vom 30. August 2016, BoR (16) 127: „89. Recital 15 focuses on exceptional and temporary network congestion; thus, actions for preventing impending network congestion only apply to cases of such congestion.“

Denn der Wortlaut des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. c) der Verordnung (EU) 2015/2120 nennt die drohende Netzüberlastung einerseits und die Auswirkungen einer außergewöhnlichen oder vorübergehenden Netzüberlastung andererseits. Klärungsbedürftig ist nach Auffassung des Gerichts daher, ob sich die Adjektive „außergewöhnlich“ und „vorübergehend“ auch auf den Begriff der drohenden Netzüberlastung beziehen.



Hierfür spricht nach Auffassung des Gerichts, dass der 15. Erwägungsgrund der Verordnung (EU) 2015/2120 zusammenfassend über angemessene Verkehrsmanagementmaßnahmen hinausgehende Verkehrsmanagementmaßnahmen für zulässig erachtet, „um den Auswirkungen einer zeitweiligen oder außergewöhnlichen Netzüberlastung vorzubeugen oder sie zu mildern“. Augenscheinlich fallen danach drohende Netzüberlastungen nur dann in den Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. c.) der Verordnung (EU) 2015/2120, wenn diese außergewöhnlich oder vorübergehend sind. Als nicht aussagekräftig erweist sich demgegenüber, dass ausweislich des 15. Erwägungsgrundes der Verordnung (EU) 2015/2120 im Falle wiederkehrender und länger dauernder Fälle von Netzüberlastungen, bei denen es sich weder um außergewöhnliche noch um zeitweilige Überlastungen handelt, nicht auf die Ausnahme des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. c) der Verordnung (EU) 2015/2120 zurückgegriffen werden können soll, sondern diese vielmehr im Wege einer Erweiterung der Netzkapazität angegangen werden sollen. Der Hinweis auf eine Erweiterung der Netzkapazität erfolgt nach dem Verständnis des Gerichts lediglich in Abgrenzung zu außergewöhnlichen und zeitweiligen Überlastungen und ist demgemäß der Frage nachgelagert, ob auch der Begriff der drohenden Netzüberlastung lediglich außergewöhnliche und vorübergehende Situationen betrifft.

Trotz der Anhaltspunkte, die der 15. Erwägungsgrund der Verordnung (EU) 2015/2120 für die Auslegung der Vorschrift liefert, hält das Gericht den Wortlaut des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. c) der Verordnung (EU) 2015/2120 nicht für eindeutig. Ohne vorherige Klärung durch den Europäischen Gerichtshof sieht sich das Gericht daher an einer Auslegung dahingehend gehindert, dass die Vorschrift lediglich (drohende) außergewöhnliche oder vorübergehende Netzüberlastungen erfasst.

(4) In diesem Zusammenhang vermag das Gericht ebenfalls nicht abschließend zu beantworten, ob in einer Situation wie der im vorliegenden Fall in Rede stehenden die Bandbreitenlimitierung insoweit gegen Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. c) der Verordnung (EU) 2015/2120 verstößt, als gleichwertige Verkehrsarten nicht gleich behandelt werden (Vorlagefrage 1. d)).

Nach Auffassung des Gerichts spricht insoweit Überwiegendes dafür, dass schon die Geltung der Bandbreitenlimitierung in einer Situation wie der im vorliegenden Verfahren in Rede stehenden lediglich im Falle der Zubuchoption „StreamON Music&Video“, nicht aber im Übrigen und insbesondere nicht im Falle der Zubuchoption „MagentaEins StreamOn Music&Video“ eine Ungleichbehandlung gleichwertiger Verkehrsarten darstellt. Denn die Bandbreitenlimitierung für Videostreaming gilt nicht für alle Endkunden; demzufolge werden nicht nur gleichwertige, sondern vielmehr gleiche Verkehrsarten ungleich behandelt. Hinzu kommt, dass eine im Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. c) der Verordnung (EU) 2015/2120 relevante Ungleichbehandlung gleichwertiger Verkehrsarten nach Auffassung des Gerichts auch darin zu sehen ist, dass in einer Situation wie der im vorliegenden Verfahren in Rede stehenden die Bandbreitenlimitierung lediglich für Videostreaming gilt.

Allerdings ist – wie gezeigt – (auch) der Begriff der gleichwertigen Verkehrsarten („equivalent categories of traffic“, „les catégories équivalentes de trafic“) nicht in Art. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 bestimmt. Zudem stimmt der Begriff nicht mit demjenigen der bestimmten Datenverkehrskategorien im Sinne des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 Satz 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 überein, obschon in den sprachlich verbindlichen Fassungen der Verordnung (EU) 2015/2120 teilweise deckungsgleiche Begriffe Verwendung finden („specific categories of traffic“, „certaines catégories spécifiques de trafic“, „equivalent categories of traffic“, „les catégories équivalentes de trafic“). Schließlich unterscheidet sich der Begriff terminologisch von demjenigen der Dienstekategorie im Sinne des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120.

Abgesehen davon kann nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. c) der Verordnung (EU) 2015/2120 eine Verlangsamung einer Dienstekategorie zulässig sein, „soweit“ sie erforderlich ist, um eine drohende Netzüberlastung zu verhindern oder die Auswirkungen einer außergewöhnlichen oder vorübergehenden Netzüberlastung abzumildern. Ferner nimmt der 15. Erwägungsgrund der Verordnung (EU) 2015/2120 auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Bezug und hält es insoweit für erforderlich, dass auf Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. c) der Verordnung (EU) 2015/2120 gestützte Verkehrsmanagementmaßnahmen gleichartige Verkehrskategorien gleich behandeln. Dies macht es dem Gericht unmöglich, vernünftigerweise ohne Zweifel zu entschei-

den, ob in Fällen wie dem vorliegenden die Geltung der Bandbreitenlimitierung ausschließlich im Falle einer Zubuchoption gegen Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. c) der Verordnung (EU) 2015/2120 verstößt. Auch wenn dafür nach Auffassung des Gerichts wenig spricht, könnte namentlich die Bezugnahme auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit es nahelegen, dass im Falle der Verlangsamung einer Dienstekategorie gleichwertige (und auch gleiche) Verkehrsarten gerade nicht gleich behandelt werden müssen, sofern schon durch eine teilweise Verlangsamung einer Dienstekategorie eine drohende Netzüberlastung verhindert werden kann.

Siehe dazu auch BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules vom 30. August 2016, BoR (16) 127: „91. [...] Furthermore, in such cases, equivalent categories of traffic must be treated equally. Any throttling action should be limited to the section of the network where congestion occurs, if feasible.“

Ob Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. c) der Verordnung (EU) 2015/2120 ein dahingehendes Verständnis zulässt, bedarf folglich der Klärung. Nur unter der Voraussetzung, dass sich eine teilweise Verlangsamung im vorstehenden Sinne als zulässig erweist, käme es im Übrigen überhaupt darauf an, ob die Geltung der Bandbreitenlimitierung lediglich für die Zubuchoption „StreamOn Music&Video“, namentlich aber nicht für die Zubuchoption „MagentaEins StreamOn Music&Video“ in zulässiger Weise auf den Umstand zurückgeführt werden kann, dass es – wie die Klägerin meint – im Falle der Zubuchoption „MagentaEins StreamOn Music&Video“ aufgrund des vorhandenen Festnetzanschlusses vorhersehbar sei, dass das Videostreaming teilweise nicht über das Mobilfunknetz erfolgen werde.

(5) Eine abschließende Würdigung des vorliegenden Falles ist dem Gericht auch im Hinblick auf die Vorgabe des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. c) der Verordnung (EU) 2015/2120 nicht möglich, dass eine Verlangsamung einer Dienstekategorie zulässig sein kann, „solange“ sie erforderlich ist, um eine drohende Netzüberlastung zu verhindern oder die Auswirkungen einer außergewöhnlichen oder vorübergehenden Netzüberlastung abzumildern (Vorlagefrage 1. e)).

Dazu BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality

Rules vom 30. August 2016, BoR (16) 127: „79. The three exceptions set out in Article 3(3) third subparagraph have as common preconditions that the traffic management measure has to be necessary for the achievement of the respective exception (“except as necessary”) and that it may be applied “only for as long as necessary”. These requirements follow from the principle of proportionality. Moreover, as exceptions, they should be interpreted in a strict manner.“

Nach Auffassung des Gerichts spricht auch insoweit Überwiegendes dafür, dass die zeitliche Vorgabe des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. c) der Verordnung (EU) 2015/2120 nicht schon dann gewahrt wird, wenn in einer Situation wie der im vorliegenden Verfahren in Rede stehenden die Bandbreitenlimitierung grundsätzlich dauerhaft gilt, sie allerdings zum einen von der Buchung der Zubuchoption abhängig ist und der Endkunde sie zum anderen deaktivieren und reaktivieren kann.

Siehe auch *Kühling*, K&R Editorial 11/2017.

Denn nach dem Verständnis des Gerichts wird eine dauerhafte Bandbreitenlimitierung erkennbar dem Normzweck des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 nicht gerecht, der ausweislich des 15. Erwägungsgrundes der Verordnung (EU) 2015/2120 den Betreibern von Internetzugangsdiensten nicht die Möglichkeit bieten soll, das allgemeine Verbot der Blockierung, Verlangsamung, Veränderung, Beschränkung, Störung, Schädigung oder Diskriminierung bestimmter Inhalte, Anwendungen oder Dienste oder bestimmter Kategorien derselben zu umgehen.

Mit Blick auf Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 auch BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules vom 30. August 2016, BoR (16) 127: „73. This does not prevent, per se, a trigger function to be implemented and in place (but with the traffic management measure not yet effective) on an ongoing basis inasmuch as the traffic management measure only becomes effective in times of necessity. Necessity can materialise several times, or even regularly, over a given period of time. However, where traffic management measures are in effect on a permanent or recurring basis, their necessity might be questionable and NRAs should, in such scenarios, consider whether the traffic management mea-

asures can still be qualified as reasonable within the meaning of Article 3(3) second subparagraph.

Indes enthalten die Erwägungsgründe der Verordnung (EU) 2015/2120 keine Konkretisierung der Vorgabe, dass Maßnahmen im Sinne des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 nur zulässig sind, „solange“ sie zur Erreichung eines der in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. a) bis c) der Verordnung (EU) 2015/2120 genannten Ziele notwendig sind. Auch wenn nach Auffassung des Gerichts keine überzeugenden Gründe dafür sprechen, kann zumindest nicht vernünftigerweise ohne Zweifel davon ausgegangen werden, dass in einer Situation wie der im vorliegenden Verfahren in Rede stehenden, die Anforderung des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 schon dadurch gewahrt wird, dass die Bandbreitenlimitierung erst durch die Buchung der Zubuchoption zur Anwendung gelangt und überdies der Endkunde die Zubuchoption jederzeit deaktivieren und reaktivieren kann.

Vor diesem Hintergrund sieht das Gericht auch bezüglich des Verständnisses der zeitlichen Vorgabe des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. c) der Verordnung (EU) 2015/2120 Klärungsbedarf.

(6) Für den Fall, dass in einer Situation wie der im vorliegenden Verfahren in Rede stehenden die Bandbreitenlimitierung nicht gegen Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 verstößt, bedarf nach Auffassung des Gerichts über die Vorlagefragen 1 b) bis e) hinaus der Klärung, ob diese sich als zulässige Verkehrsmanagementmaßnahme im Sinne des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 erweist.

(a) Auch im Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 geht das Gericht dabei von bestimmten Grundannahmen aus:

(aa) Das Gericht hält es zunächst nicht gesondert für klärungsbedürftig, ob in einer Situation wie der im vorliegenden Verfahren in Rede stehenden die Bandbreitenlimitierung, die lediglich im Falle einer Zubuchoption, nicht aber im Übrigen zur Anwendung gelangt, der Anforderung des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 Satz 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 genügt, wonach Verkehrsmanagementmaßnahmen nichtdiskriminierend sein müssen. Ausweislich des 9. Erwägungsgrundes der Verordnung (EU)

2015/2120 sollen nämlich differenzierende Maßnahmen gleichartigen Verkehr gleich behandeln.

Siehe auch BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules vom 30. August 2016, BoR (16) 127: „60. When considering whether a traffic management measure is non-discriminatory, NRAs should consider the following: [...] Similar situations in terms of similar technical QoS requirements should receive similar treatment; Different situations in terms of objectively different technical QoS requirements can be treated in different ways if such treatment is objectively justified; [...]“.

Vor dem Hintergrund, dass die Anforderung, wonach Verkehrsmanagementmaßnahmen nichtdiskriminierend sein müssen, damit umschrieben wird, dass gleichartiger Verkehr gleich zu behandeln ist, stimmt diese Anforderung nach Auffassung des Gerichts mit derjenigen des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. c) der Verordnung (EU) 2015/2120 überein, wonach gleichwertige Verkehrsarten gleich zu behandeln sind. Da das Verständnis dieser Anforderung bereits den Gegenstand von Vorlagefrage 1. d) bildet, bedarf es nach Auffassung des Gerichts keiner eigenständigen Klärung, ob in einer Situation wie der im vorliegenden Verfahren in Rede stehenden die Bandbreitenlimitierung dem Gebot der Nichtdiskriminierung gemäß Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 Satz 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 genügt. Vielmehr erwartet das Gericht, dass dahingehender Klärungsbedarf nach Beantwortung von Vorlagefrage 1. d) nicht mehr besteht.

(bb) Ebenso wenig hält das Gericht es für gesondert klärungsbedürftig, ob die Bandbreitenlimitierung mit der Maßgabe des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 Satz 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 vereinbar ist, wonach Verkehrsmanagementmaßnahmen nicht länger als erforderlich aufrechterhalten werden dürfen.

Dazu BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules vom 30. August 2016, BoR (16) 127: „72. BEREC understands this term as relating to the proportionality of reasonable traffic management measures in terms of duration, in parallel to the explicit precondition “*shall be proportionate*” which relates to

their proportionality in terms of scope (type and proportion of traffic affected, impact on the rest of traffic, equal treatment of comparable situations etc.).“

Denn das Gericht hält es für offensichtlich, dass diese Maßgabe des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 Satz 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 inhaltlich mit derjenigen des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 übereinstimmt, wonach die dort genannten Maßnahmen nur ergriffen werden dürfen, solange sie erforderlich sind, um die in der Vorschrift genannten Ziele zu erreichen. Da das Verständnis von Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 schon Gegenstand von Vorlagefrage 1. e) ist, bedarf es nach Auffassung des Gerichts diesbezüglich ebenfalls keiner gesonderten Klärung, ob in einer Situation wie der im vorliegenden Verfahren in Rede stehenden die Bandbreitenlimitierung der Anforderung des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 Satz 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 genügt. Vielmehr erwartet das Gericht, dass nach Beantwortung von Vorlagefrage 1. e) auch insoweit kein Klärungsbedarf mehr besteht.

(b) Ausgehend von diesen Grundannahmen vermag das Gericht im Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 demgegenüber nicht abschließend zu beurteilen, ob in einer Situation wie der im vorliegenden Verfahren in Rede stehenden die Bandbreitenlimitierung der Anforderung des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 Satz 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 genügt, dass Verkehrsmanagementmaßnahmen auf objektiv unterschiedlichen technischen Anforderungen an die Dienstqualität bestimmter Datenverkehrskategorien beruhen müssen (Vorlagefrage 2. a)).

Ausweislich des 9. Erwägungsgrundes der Verordnung (EU) 2015/2120 können Internetzugangsanbieter zur Optimierung der Gesamtübermittlungsqualität Verkehrsmanagementmaßnahmen anwenden, bei denen zwischen objektiv verschiedenen Verkehrskategorien unterschieden wird. Um die Gesamtqualität und das Nutzererlebnis zu optimieren, soll danach jede derartige Differenzierung nur auf der Grundlage objektiv verschiedener Anforderungen an die technische Qualität der Dienste (beispielsweise in Bezug auf Verzögerung, Verzögerungsschwankung, Paketverlust und Bandbreite) bei bestimmten Verkehrskategorien, nicht aber auf Grundlage kommerzieller Erwägungen zulässig sein. Erklärtes Ziel eines angemessenen Verkehrs-

managements ist es, zu einer effizienten Nutzung der Netzressourcen und zur Optimierung der Gesamtübermittlungsqualität entsprechend den objektiv unterschiedlichen Anforderungen an die technische Qualität der Dienste bei speziellen Verkehrskategorien und somit den übermittelten Inhalten, Anwendungen und Diensten beizutragen.

Siehe dazu auch BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules vom 30. August 2016, BoR (16) 127: „62. In assessing whether a traffic management measure is reasonable, NRAs should assess the justification put forward by the ISP. In order to be considered to be reasonable, a traffic management measure has to be based on objectively different technical QoS requirements of specific categories of traffic. Examples for technical QoS requirements are latency, jitter, packet loss, and bandwidth. 63. Traffic categories should typically be defined based on QoS requirements, whereby a traffic category will contain a flow of packets from applications with similar requirements. Therefore, if ISPs implement different technical QoS requirements of specific categories of traffic, this should be done objectively by basing them on the sensitivity to QoS requirements of the applications (e.g. latency, jitter, packet loss, and bandwidth). For example, such a category may consist of real-time applications requiring a short time delay between sender and receiver. [...] 66. Based on this, reasonable traffic management may be applied to differentiate between objectively different “*categories of traffic*”, for example by reference to an application layer protocol or generic application types (such as file sharing, VoIP or instant messaging), only in so far as: the application layer protocol or generic application types require objectively different technical QoS; applications with equivalent QoS requirements are handled agnostically in the same traffic category; and justifications are specific to the objectives that are pursued by implementing traffic management measures based on different categories of traffic.

Dies zugrunde gelegt, spricht nach Auffassung des Gerichts Überwiegendes dafür, dass in einer Situation wie der im vorliegenden Fall in Rede stehenden die Bandbreitenlimitierung nicht auf objektiv unterschiedlichen technischen Anforderungen an die Dienstqualität bestimmter Datenverkehrskategorien im Sinne des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 beruht. Denn in tatsächlicher Hinsicht un-



terscheiden sich die Anforderungen des Videostreamings in Bezug auf Verzögerung, Verzögerungsschwankung, Paketverlust und Bandbreite nicht von der Datenübertragung für die Nutzung anderer Anwendungen oder Dienste. Videostreaming unterscheidet sich von der Datenübertragung für die Nutzung anderer Anwendungen oder Dienste lediglich dadurch, dass regelmäßig die so genannte Adaptive Bitrate Technologie zur Anwendung gelangt.

Siehe auch Ziffer 7.2 der „Allgemeine[n] Bedingungen für die Teilnahme von Partnern am Zero-Rating-Angebot der Telekom Deutschland GmbH“: Der Content Partner stellt Video-Inhalte über das Mobilfunknetz der TDG unter Verwendung von Adaptive Bitrate Technologie bereit, wobei erwartet wird, dass sich die Bandbreite der Auslieferung an die verfügbaren Kapazitäten der Datenverbindung und/oder andere Parameter oder anderweitig vom Mobilfunknetz der TDG vorgegeben, anpasst.

Nach Auffassung des Gerichts handelt es sich dabei allerdings nicht um eine objektiv unterschiedliche technische Anforderung an die Dienstqualität bestimmter Datenverkehrskategorien im Sinne des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 Satz 2 der Verordnung (EU) 2015/2120. Gleiches gilt im Hinblick auf den Umstand, dass es sich – wie die Klägerin geltend macht – bei Videostreaming um eine potenziell bandbreitenintensive Anwendung handelt. Allein dies genügt nach Ansicht des Gerichts nicht der Maßgabe, dass jede Verkehrsmanagementmaßnahme auf objektiv unterschiedlichen technischen Anforderungen an die Dienstqualität bestimmter Datenverkehrskategorien beruhen muss.

Dass eine Bandbreitenlimitierung für Videostreaming nicht auf objektiv unterschiedlichen technischen Anforderungen an die Dienstqualität bestimmter Datenverkehrskategorien im Sinne des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 Satz 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 beruht, zeigt sich nach Auffassung des Gericht im Übrigen auch daran, dass die Bandbreitenlimitierung lediglich im Falle einer Zubuchoption, nicht aber im Übrigen zur Anwendung gelangt und zudem der Endkunde die Zubuchoption jederzeit deaktivieren und reaktivieren kann.

Gleichwohl vermag das Gericht dies nicht vernünftigerweise ohne Zweifel abschließend zu beurteilen. Dies folgt zum einen daraus, dass – wie gezeigt – (auch) der Be-

griff der bestimmten Datenverkehrskategorie („specific categories of traffic“, „certaines catégories spécifiques de trafic“) nicht in Art. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 bestimmt ist. Zudem stimmt der Begriff nicht mit demjenigen der gleichwertigen Verkehrsarten im Sinne des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. c) der Verordnung (EU) 2015/2120 überein, obschon die sprachlich verbindlichen Fassungen der Verordnung (EU) 2015/2120 teilweise deckungsgleiche Begriffe verwenden („specific categories of traffic“, „certaines catégories spécifiques de trafic“, „equivalent categories of traffic“, „les catégories équivalentes de trafic“). Überdies unterscheidet sich der Begriff terminologisch von demjenigen der Dienstekategorie im Sinne des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120.

Hinzu kommt, dass der 9. Erwägungsgrund der Verordnung (EU) 2015/2120 die Maßgabe des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 Satz 2 der Verordnung (EU) 2015/2120, dass Verkehrsmanagementmaßnahmen auf objektiv verschiedenen Anforderungen an die technische Qualität der Dienste beruhen müssen, lediglich beispielhaft umschreibt. Auch aus diesem Grund vermag das Gericht nicht abschließend zu dem Ergebnis zu gelangen, dass in einer Situation wie der im vorliegenden Verfahren in Rede stehenden die Bandbreitenlimitierung nicht auf objektiv unterschiedlichen technischen Anforderungen an die Dienstqualität bestimmter Datenverkehrskategorien im Sinne des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 beruht.

Der Inhalt des Begriffs der objektiv unterschiedlichen technischen Anforderungen kann auch nicht deswegen als hinreichend geklärt angesehen werden, weil ausweislich des 9. Erwägungsgrundes der Verordnung (EU) 2015/2120 die Internetzugangsanbieter zur Optimierung der Gesamtübermittlungsqualität Verkehrsmanagementmaßnahmen anwenden dürfen; gleichlautend formuliert der 9. Erwägungsgrund der Verordnung (EU) 2015/2120, dass Verkehrsmanagementmaßnahmen die Gesamtqualität und das Nutzererlebnis optimieren sollen. Dies gibt nach Auffassung des Gerichts für sich genommen nämlich keinen Aufschluss darüber, wie die Anforderung des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 Satz 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 auszulegen ist, dass Verkehrsmanagementmaßnahmen auf objektiv unterschiedlichen technischen Anforderungen an die Dienstqualität bestimmter Datenverkehrskategorien beruhen müssen. Der 9. Erwägungsgrund der Verordnung (EU) 2015/2120 stellt selbst einen Bezug zu dieser Anforderung lediglich dergestalt her, dass es danach Ziel ei-

nes angemessenen Verkehrsmanagements ist, „zu einer effizienten Nutzung der Netzressourcen und zur Optimierung der Gesamtübermittlungsqualität entsprechend den objektiv unterschiedlichen Anforderungen an die technische Qualität der Dienste bei speziellen Verkehrskategorien und somit den übermittelten Inhalten, Anwendungen und Diensten beizutragen“. Auch unter Rückgriff auf den 9. Erwägungsgrund der Verordnung (EU) 2015/2120 lässt sich folglich der Inhalt des Begriffs der objektiv unterschiedlichen technischen Anforderungen nicht mit hinreichender Deutlichkeit bestimmen.

Nach alledem erweist sich als klärungsbedürftig, ob in einer Situation wie der im vorliegenden Verfahren in Rede stehenden die Bandbreitenlimitierung der Anforderung des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 Satz 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 genügt, dass Verkehrsmanagementmaßnahmen auf objektiv unterschiedlichen technischen Anforderungen an die Dienstqualität bestimmter Datenverkehrskategorien beruhen müssen.

(7) Damit in unmittelbarem Zusammenhang steht überdies die Frage, ob in einer Situation wie der im vorliegenden Verfahren in Rede stehenden die Bandbreitenlimitierung mit Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 Satz 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 vereinbar ist, wonach mit Verkehrsmanagementmaßnahmen nicht der konkrete Inhalt des Datenverkehrs überwacht werden darf (Vorlagefrage 2. b)).

Art. 2 der Richtlinie (EU) 2015/2120 enthält keine diesbezügliche Begriffsbestimmung. Der 10. Erwägungsgrund der Verordnung (EU) 2015/2120 führt lediglich aus, dass ein angemessenes Verkehrsmanagement keine Techniken zur Überwachung spezifischer Inhalte des Datenverkehrs erfordert, der über den Internetzugangsdienst übertragen wird.

Weitergehend BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules vom 30. August 2016, BoR (16) 127: „70. Conversely, traffic management measures that monitor aspects other than the specific content, i.e. the generic content, should be deemed to be allowed. Monitoring techniques used by ISPs which rely on the information contained in the IP packet header, and transport layer protocol header (e.g. TCP) may be deemed to be generic content, as opposed to the

specific content provided by end-users themselves  
(such as text, pictures and video).

Dem Gericht fehlen demnach hinreichende Anhaltspunkte für eine Konkretisierung des Regelungsgehalts von Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 Satz 3 der Verordnung (EU) 2015/2120. Aus diesem Grund vermag das Gericht nicht vernünftigerweise ohne Zweifel zu entscheiden, ob in einer Situation wie der im vorliegenden Verfahren in Rede stehenden die Bandbreitenlimitierung mit einer unzulässigen Überwachung des konkreten Datenverkehrs einhergeht, sofern zur Identifizierung des das Video-streaming betreffenden Datenverkehrs technische Angaben aus IP-Adressen und/oder Protokollen und/oder URLs und/oder SNIs (für HTTPS) und/oder die zur HTTPS-Verschlüsselung verwendeten Public Keys (falls zutreffend) und/oder technischen Angaben, die vom Anbietern oder deren Service-Provider verwendet werden, genutzt werden.

Verneinend *Gerpott*, K&R 2017, 677 (682).

(8) Über den mit den Vorlagefragen 1. a) bis e) und 2. a) und b) zum Ausdruck gebrachten Klärungsbedarf sieht sich das Gericht an einer abschließenden Entscheidung des vorliegenden Falles auch noch in anderer Hinsicht gehindert. Sollte in einer Situation wie der im vorliegenden Verfahren in Rede stehenden die Bandbreitenlimitierung lediglich an Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120, nicht aber an den Vorgaben des Art. 3 Abs. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 zu messen sein, bedarf nach Auffassung des Gerichts nämlich der Klärung, ob die Bandbreitenlimitierung die Rechte der Endnutzer gemäß Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2015/2120 verletzt (Vorlagefrage 3). Danach haben Endnutzer das Recht, über ihren Internetzugangsdienst, unabhängig vom Standort des Endnutzers oder des Anbieters und unabhängig von Standort, Ursprung oder Bestimmungsort der Informationen, Inhalte, Anwendungen oder Dienste, Informationen und Inhalte abzurufen und zu verbreiten, Anwendungen und Dienste zu nutzen und bereitzustellen und Endgeräte ihrer Wahl zu nutzen.

(a) Das Gericht hält die Frage, ob in einer Situation wie der im vorliegenden Verfahren in Rede stehenden die Bandbreitenlimitierung als Einschränkung von Endnutzerrechten im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2015/2120 zu qualifizieren

ist, auf der Grundlage der Leitlinien des GEREK zunächst nicht für hinreichend geklärt. Diese enthalten zwar den Hinweis, dass bestimmte technische Gegebenheiten gegen Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2015/2120 verstoßen.

BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules vom 30. August 2016, BoR (16) 127: „34. With regard to characteristics of IAS, agreeing on tariffs for specific data volumes and speeds of the IAS would not represent a limitation of the exercise of the end-users' rights (ref. Recital 7). Moreover, BEREC considers that end-users' rights are likely to be unaffected, at least in the case that data volume and speed characteristics are applied in an application-agnostic way (applying equally to all applications). 35. Examples of commercial practices which are likely to be acceptable would include: application-agnostic offers where an end-user gets uncapped access to the internet (and not just for certain applications) during a limited period of time, e.g. during night-time or at weekends (when the network is less busy); the ability for an end-user to access the ISP's customer services when their data cap is reached in order to purchase access to additional data. 37. When assessing agreements or commercial practices, NRAs should also take Article 3(3) into account given that, typically, infringements of Article 3(3) (e.g. technical practices, such as blocking access to applications or types of applications) will limit the exercise of the end-users' rights, and constitute an infringement of Articles 3(2) and 3(1). [...] 49. A basic principle of the Regulation relates to traffic management and is the obligation on ISPs to treat all traffic equally when providing IAS. Typically, infringements of this principle which are not justified according to Article 3(3) would also constitute an infringement of the end-user rights set out in Article 3(1).“

Nach Auffassung des Gerichts lässt sich daraus allerdings zumindest nicht mit abschließender Gewissheit herleiten, dass gerade eine Bandbreitenlimitierung Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2015/2120 verletzt.

Gleiches gilt im Hinblick auf die – in den Vorschriften der Verordnung (EU) 2015/2120 überdies nicht ausdrücklich angelegte – Annahme der Leitlinien des GEREK, dass eine Verletzung von Art. 3 Abs. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 zu-

gleich einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2015/2120 bedeuten kann.

Siehe dazu auch BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules vom 30. August 2016, BoR (16) 127: „45. When assessing whether an ISP limits the exercise of rights of end-users, NRAs should consider to what extent end-users' choice is restricted by the agreed commercial and technical conditions or the commercial practices of the ISP. It is not the case that every factor affecting end-users' choices should necessarily be considered to limit the exercise of end-users' rights under Article 3(1). The Regulation also foresees intervention in case such restrictions result in choice being materially reduced, but also in other cases that could qualify as a limitation of the exercise of the end-users' rights under Article 3(1).“

(b) Ausgehend davon vermag das Gericht die Frage, ob in einer Situation wie der im vorliegenden Verfahren in Rede stehenden die Bandbreitenlimitierung als Einschränkung von Endnutzerrechten im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2015/2120 zu qualifizieren ist, auch nicht deswegen ohne Vorlage an den Europäischen Gerichtshof zu beantworten, weil vereinzelt bereits die Zubuchoption als solche vor dem Hintergrund kritisiert wird, dass die Endkunden dazu gedrängt würden, die Dienste der so genannten Contentpartner zu nutzen.

Deskriptiv *Gerpott*, K&R 2017, 677 (681); aus der Perspektive der Contentpartner dazu auch *Fetzer*, MMR 2017, 579 (580 f.).

Denn insbesondere nach den Leitlinien des GEREK sind so genannte Zero-Rating-Angebote nicht per se unvereinbar mit Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2015/2120.

Siehe BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules vom 30. August 2016, BoR (16) 127: „42. The ISP could either apply or offer zero-rating to an entire category of applications (e.g. all video or all music streaming applications) or only to certain applications thereof (e.g. its own services, one specific social media application, the most popular video or music applications). In the latter case, an end-user is not

prevented from using other music applications. However, the zero price applied to the data traffic of the zero-rated music application (and the fact that the data traffic of the zero-rated music application does not count towards any data cap in place on the IAS) creates an economic incentive to use that music application instead of competing ones. The effects of such a practice applied to a specific application are more likely to “undermine the essence of the end-users’ rights” or lead to circumstances where “end-users’ choice is materially reduced in practice” (Recital 7) than when it is applied to an entire category of applications. [...] 46. In light of the aforementioned considerations, BEREC considers that a comprehensive assessment of such commercial and technical conditions may be required, taking into account in particular: the goals of the Regulation and whether the relevant agreements and/or commercial practices circumvent these general aims; the market positions of the ISPs and CAPs involved - a limitation of the exercise of end-user rights is more likely to arise where an ISP or a CAP has a ‘strong’ market position (all else being equal) compared to a situation where the ISP or CAP has a ‘weak’ market position. The market positions should be analysed in line with competition law principles; [...]“

Sofern der diskriminierungsfreie Zugang zum Zero-Rating für Inhalteanbieter gewährleistet und für das Zero-Rating von Inhalteanbietern auch kein gesondertes Entgelt erhoben wird, werden entsprechende Angebote im Allgemeinen auch abseits der Leitlinien des GEREK für zulässig erachtet.

Zum Ganzen *Fetzer*, MMR 2017, 579 (580 f.); ferner *Gerpott*, K&R 2017, 677 (682).

(c) Schließlich ist allerdings zumindest nicht abschließend geklärt, ob in einer Situation wie der im vorliegenden Verfahren in Rede stehenden gerade die Bandbreitenlimitierung als eine Einschränkung von Endnutzerrechten im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2015/2120 anzusehen ist. Der diesbezügliche Diskussionsstand lässt sich wie folgt zusammenfassen: Für maßgeblich wird die konkrete Ausgestaltung des so genannten Traffic-Shapings erachtet. Sofern – wie hier – Endnutzer das Traffic-Shaping (in Kombination mit dem Zero-Rating) deaktivieren und reaktivieren können, wird die Bandbreitenlimitierung nicht als Verletzung von Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2015/2120 angesehen, da – so die Begründung – die Endnut-

zer privatautonom entscheiden könnten, wie sie ihren Internetzugang nutzen; werde den Kunden eine zusätzliche Option an die Hand gegeben und seien sie alleinige Herren dieser Entscheidung, spreche dies nicht für die Einschränkung ihrer Wahlfreiheit, sondern für eine Erweiterung ihrer Handlungsoptionen.

*Fetzer, MMR 2017, 579 (581); allgemein auch BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules vom 30. August 2016, BoR (16) 127: „45. When assessing whether an ISP limits the exercise of rights of end-users, NRAs should consider to what extent end-users' choice is restricted by the agreed commercial and technical conditions or the commercial practices of the ISP. It is not the case that every factor affecting end-users' choices should necessarily be considered to limit the exercise of end-users' rights under Article 3(1). The Regulation also foresees intervention in case such restrictions result in choice being materially reduced, but also in other cases that could qualify as a limitation of the exercise of the end-users' rights under Article 3(1). 46. In light of the aforementioned considerations, BEREC considers that a comprehensive assessment of such commercial and technical conditions may be required, taking into account in particular: the goals of the Regulation and whether the relevant agreements and/or commercial practices circumvent these general aims; the market positions of the ISPs and CAPs involved - a limitation of the exercise of end-user rights is more likely to arise where an ISP or a CAP has a 'strong' market position (all else being equal) compared to a situation where the ISP or CAP has a 'weak' market position. The market positions should be analysed in line with competition law principles; the effects on consumer and business customer end-user rights, which encompasses an assessment of inter alia: whether there is an effect on the range and diversity of content and applications which consumer end-users may use and, if so, whether the range and diversity of applications which end-users can choose from is reduced in practice; whether the end-user is incentivised to use, for example, certain applications; whether the IAS subscription contains characteristics which materially reduce end-user choice (see in more detail in paragraph 48).“*

Im Hinblick auf die Inhalteanbieter wird allerdings auch darauf hingewiesen, dass das so genannte Traffic-Shaping grundsätzlich zu einer Beschränkung der Rechte von



Inhalteanbietern führen könne, da sie ihre Angebote nicht mehr in der maximal technisch möglichen Qualität zu allen Endkunden verbreiten könnten. Jedoch soll Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2015/2120 Inhalteanbietern keinen Anspruch gegenüber den Internetzugangsanbietern darauf gewähren, dass ihre Inhalte in bestmöglicher Qualität bei jedem Endnutzer ankommen.

*Fetzer, MMR 2017, 579 (581 f.).*

Mit Blick auf diesen Diskussionsstand vermag das Gericht die Frage, ob Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2015/2120 in einer Situation wie der im vorliegenden Verfahren in Rede stehenden die Bandbreitenlimitierung als Einschränkung von Endnutzerrechten im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2015/2120 zu qualifizieren ist, nicht vernünftigerweise ohne Zweifel zu beantworten.

Der Wortlaut der Vorschrift und die Erwägungsgründe der Verordnung (EU) 2015/2120 geben im Hinblick auf die Überlegung nichts her, dass eine Verletzung der Rechte von Endnutzern deswegen auszuschließen ist, weil deren Handlungsoptionen in einer Situation wie der im vorliegenden Verfahren in Rede stehenden durch die Zubuchoption erweitert werde. Gleiches gilt für die Frage nach einer Verletzung von Rechten der Inhalteanbieter dadurch, dass sie ihre Angebote nicht mehr in der maximal technisch möglichen Qualität zu allen Endkunden verbreiten können. Dass Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2015/2120 gerade auf den Internetzugangsdienst der Endnutzer („ihren“) Bezug nimmt, erlaubt ebenfalls keine abschließende Beantwortung der Vorlagefrage, da sich daraus keine Rückschlüsse auf eine etwaige Rechtsposition der Inhalteanbieter ziehen lassen. Zudem ist in der Diskussion über das so genannte Traffic-Shaping – soweit ersichtlich – bislang unberücksichtigt geblieben, dass in der vorliegend in Rede stehenden Situation eine Ungleichbehandlung von Anbietern von Videostreamindiensten und anderen Inhalteanbietern stattfindet.

Vor diesem Hintergrund bedarf nach Auffassung des Gerichts der Klärung durch den Europäischen Gerichtshof, ob in einer Situation wie der im vorliegenden Verfahren in Rede stehenden die Bandbreitenlimitierung als Einschränkung von Endnutzerrechten im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2015/2120 zu qualifizieren ist.

cc) Die Vorlagefragen sind auch entscheidungserheblich. Von ihrer Beantwortung hängt ab, ob die Klägerin ihre Verpflichtungen nach der Verordnung (EU) 2015/2120 nicht erfüllt. Die Rechtmäßigkeit von Ziffer 1a) bis c) Bescheides der Bundesnetzagentur vom 15. Dezember 2017 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8. Juni 2018 vermag das Gericht mithin erst nach Beantwortung der Vorlagefragen zu beurteilen.

Dies gilt auch im Hinblick auf Vorlagefrage 3. Zwar hat die Bundesnetzagentur die Ziffer 1a) bis c) Bescheides der Bundesnetzagentur vom 15. Dezember 2017 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8. Juni 2018 nicht maßgeblich darauf gestützt, dass die im Falle von „StreamOn Music&Video“ geltende Bandbreitenlimitierung die Rechte der Endnutzer gemäß Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2015/2120 verletzt; vielmehr hat die Bundesnetzagentur dies offen gelassen unter Hinweis darauf, dass jedenfalls ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 gegeben sei. Es ist vor diesem Hintergrund nicht auszuschließen, dass die Bundesnetzagentur das ihr im Anwendungsbereich des § 126 Abs. 2 TKG zustehende Ermessen gemäß § 114 Satz 2 VwGO im verwaltungsgerichtlichen Verfahren dahingehend ergänzt, dass Ziffer 1a) bis c) Bescheides der Bundesnetzagentur vom 15. Dezember 2017 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8. Juni 2018 auf eine Verletzung der Rechte der Endnutzer gemäß Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2015/2120 gestützt werden, sofern sich nach Beantwortung der übrigen Vorlagefragen durch den Europäischen Gerichtshof herausstellen sollte, dass ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 der Verordnung (EU) 2015/2120 nicht vorliegt, eine Verletzung der Rechte der Endnutzer gemäß Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2015/2120 hingegen zu bejahen ist.

Das Gericht vermag nicht zu erkennen, dass der 7. Erwägungsgrund der Verordnung (EU) 2015/2120 die Bundesnetzagentur daran hindern könnte. Danach sind die nationalen Regulierungsbehörden und die anderen zuständigen Behörden befugt, gegen Vereinbarungen oder Geschäftsgepflogenheiten vorzugehen, die aufgrund ihrer Tragweite zu Situationen führen, in denen die Auswahlmöglichkeit der Endnutzer in der Praxis wesentlich eingeschränkt wird. Dass der 7. Erwägungsgrund die Bundesnetzagentur daran hindert, Ziffer 1a) bis c) Bescheides der Bundesnetzagentur vom 15. Dezember 2017 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8. Juni 2018

nachträglich auf eine Verletzung der Rechte der Endnutzer gemäß Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2015/2120 zu stützen, ist nicht derart offensichtlich, dass sich auch Vorlagefrage 3 als nicht entscheidungserheblich erweist.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar.

D e l f s

D r. E n g e l s

D ü c k



Beglaubigt  
Öker  
VG-Beschäftigte als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle