

RTR-GmbH, Mariahilfer Straße 77-79, 1060 Wien

Herrn Thomas Lohninger

RSON 68/2014-2 WF/GG/UP

Wien, am 17. Februar 2015

Anfrage: Antworten der österreichischen Internetanbieter in der BEREC Studie zu Verkehrsmanagement-Maßnahmen im Hinblick auf Netzneutralität (BoR (12) 30)

Sehr geehrter Herr Lohninger,

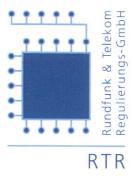
bezugnehmend auf Ihre Anfrage vom 20.12.2014 übermitteln wir Ihnen gemäß § 4 Auskunftspflichtgesetz den diesbezüglichen Bescheid.

Mit freundlichen Grüßen

i. A. Dr. Wolfgang Feiel Leiter Recht

> RUNDFUNK UND TELEKOM REGULIERUNGS-GMBH

> A-1060 Wien, Mariahilfer Straße 77–79
> Tel: +43 1 5 8 0 5 8 - 0
> Fax: +43 1 5 8 0 5 8 - 9 1 9 1
> E - Mail: rtr@rtr.at
> h ttp://www.rtr.at
> FN 208312t HG Wien
> DVR: 0956732 Austria
> UID-Nr.: ATU 4 3 7 7 3 0 0 1



#### **Bescheid**

### Spruch

Der Antrag des Auskunftswerbers Thomas Lohninger, Molkereistraße 10, 1020 Wien, vom 20.12.2014 "um Übermittlung der Antworten der österreichischen Internetanbieter im Rahmen der Studie 'A view of traffic management and other practices resulting in restrictions to the open Internet in Europe' des Gremiums der Europäischen Regulierungsbehörden (GE-REC/BEREC), für welche Sie die Erhebung vorgenommen haben", wird gemäß § 1 Abs 1 Auskunftspflichtgesetz abgewiesen.

# Festgestellter Sachverhalt

Mit E-Mail vom 20.12.2014 beantragte der Auskunftswerber die Übermittlung der Antworten der österreichischen Internetanbieter im Rahmen der GEREK-Studie "A view of traffic management and other practices resulting in restrictions to the open Internet in Europe". Der Auskunftswerber verwies im Rahmen seines Antrages auch auf die Beauskunftung jener Daten durch die (deutsche) Bundesnetzagentur als "Präzedenzfall".

Für den Fall einer vollständigen oder teilweisen Nichterteilung der Auskunft (zB Verweigerung) beantragte der Auskunftswerber die Ausstellung eines Bescheides gem § 4 Auskunftspflichtgesetz.

Die Studie "A view of traffic management and other practices resulting in restrictions to the open Internet in Europe" wurde Anfang des Jahres 2012 durch die Europäische Kommission in Zusammenarbeit mit dem Gremium der Europäischen Regulierungsbehörden durchgeführt. In diesem Zusammenhang wurde – basierend auf Art 5 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG in der geltenden Fassung – durch die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) ein Fragebogen an österreichische Festnetz- und Mobilfunkbetreiber übermittelt. Die Antworten der Betreiber wurden durch die RTR-GmbH an die Europäische Kommission und an das GEREK übermittelt. In weiterer Folge wurde die Studie "A view of traffic management and other practices resulting in restrictions to the open Internet in Europe" Mitte des Jahres 2012 durch GEREK unter BoR(12)30 veröffentlicht (http://berec.europa.eu/eng/document register/subject matter/berec/reports/45-berec-

<u>findings-on-traffic-management-practices-in-europe</u>). Die Studie enthält Statistiken auf aggregierter Datenbasis von 266 Festnetzbetreibern und 115 Mobilfunkbetreibern in Europa. Die befragten Betreiber sind in der Studie zwar namentlich genannt (dort Annex 1), aber deren konkret übermittelte Auskünfte oder Daten sind nicht im Einzelnen ausgewiesen.

## Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Schreiben des Antragswerbers sowie dem Akt der RTR-GmbH zu RINT 13/2011, in welchem die Antworten der Internetanbieter dokumentiert wurden. Der Inhalt der genannten GEREK-Studie erschließt sich aus oben angeführtem Link.

## Rechtliche Beurteilung

Gemäß § 1 Abs 1 Auskunftspflichtgesetz haben die Organe des Bundes sowie die Organe der durch die Bundesgesetzgebung zu regelnden Selbstverwaltung über Angelegenheiten ihres Wirkungsbereiches Auskünfte zu erteilen, soweit eine gesetzliche Verschwiegenheitspflicht dem nicht entgegensteht.

Wird eine Auskunft nicht erteilt, so ist auf Antrag des Auskunftswerbers hierüber ein Bescheid zu erlassen (§ 4 Auskunftspflichtgesetz). Als Verfahrensordnung, nach der der Bescheid zu erlassen ist, gilt das AVG, sofern nicht für die Sache, in der Auskunft erteilt wird, ein anderes Verfahrensgesetz anzuwenden ist.

Die Regulierungsbehörde RTR-GmbH – sie ist funktional ein Organ des Bundes – unterliegt in zweifacher Weise einer gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht iSd § 1 Abs 1 AuskunftspflichtG: Gemäß Art 20 Abs 3 B-VG sind (unter anderem) alle mit Aufgaben der Bundesverwaltung betrauten Organe, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, zur Verschwiegenheit über alle ihnen ausschließlich aus ihrer amtlichen Tätigkeit bekannt gewordenen Tatsachen verpflichtet, deren Geheimhaltung im überwiegenden Interesse der Parteien geboten ist (Amtsverschwiegenheit).

Des Weiteren gebietet § 125 Telekommunikationsgesetz (TKG) 2003 idgF, dass die RTR-GmbH ihr bekannt gewordene Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse insbesondere nach Maßgabe des Datenschutzgesetzes zu wahren hat. Dabei obliegt die Qualifizierung einer Tatsache als Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis der Regulierungsbehörde, die dabei auch eine Abwägung der Interessen des Berechtigten an der Geheimhaltung einerseits und den Interessen Dritter an deren Offenlegung andererseits vorzunehmen hat.

Als Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse gelten Tatsachen kommerzieller oder technischer Art, die nur einem eng begrenzten, im Wesentlichen geschlossenen Personenkreis bekannt und für andere nicht oder nur schwer zugänglich sind. Der Berechtigte muss an der Geheimhaltung jedenfalls ein schutzwürdiges wirtschaftliches und objektiv berechtigtes Interesse haben (EB RV 128, XX.GP).

Sowohl Art 20 Abs 3 B-VG als auch § 125 TKG 2003 – sowie das durch § 125 Abs 1 TKG 2003 verwiesene Datenschutzgesetz in seinem § 1 – zwingen demnach die um Auskunft angerufene Behörde zur Abwägung zwischen den Interessen des Auskunftswerbers auf Erteilung der ersuchten Auskunft einerseits und den Interessen der an der GEREK-Studie Aus-

kunft erteilt habenden Unternehmen an Wahrung deren Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse andererseits.

Die österreichischen Internetanbieter hatten im Rahmen der Studie "A view of traffic management and other practices resulting in restrictions to the open Internet in Europe" folgende Fragen zu beauskunften:

- If you offer specialized services, how does this affect the Internet access traffic on the same access? (description of the measure; objective; method of implementation (if applicable); number of subscribers having a subscription where this measure is implemented; how is the user informed; can the user activate/deactivate the measure? How?)
- Different priority levels within Internet access traffic P2P file sharing is blocked/throttled; VoIP is blocked/throttled; other specific kind of traffic (port, protocol, application, usage, etc) is blocked/throttled; specific application/content provider (e.g. website or VoIP provider) is blocked/throttled; specific type of over-the-top traffic given preferential treatment (e.g. specific content/application and/or specific application/content provider)? (description of the measure; objective; method of implementation, (if applicable); number of subscribers having a subscription where this measure is implemented; how is the user informed; can the user activate/deactivate the measure? How?)
- Total number of subscribers to packages that include a fixed/mobile access to the Internet?
- What kind of application-agnostic traffic management technique is used for e.g. congestion management?
- What technologies (e.g. DPI) are used in the network to differentiate between packets?
- Where are these techniques implemented in the network? (e.g. close to interconnection points)
- Are there some plans for implementing additional traffic management practices in the future?

Wie die aufgelisteten Fragen zeigen, waren diese sehr detailliert durch die Internetanbieter zu beantworten und es waren auch genaue Tatsachen und Erkenntnisse kommerzieller (zB Fragen zur Anzahl der Kunden von unterschiedlichen Produkten) oder technischer Art (zB zum Netzwerk-Management), die bloß einer bestimmten und begrenzten Zahl von Personen bekannt sind, nicht über diesen Kreis hinausdringen sollen und an deren Geheimhaltung ein wirtschaftliches Interesse besteht, bekanntzugeben.

Eine öffentliche Bekanntgabe der Daten (Antworten) der österreichischen Internetanbieter (auch an den Auskunftswerber) könnte zu einem wettbewerblichen Nachteil für jene Unternehmen führen, die sich an der Beantwortung der Fragen beteiligt haben. Dabei wurde seitens der bescheiderlassenden Behörde freilich auch der Umstand gewürdigt, dass die von den Befragten gegebenen Antworten bereits längere Zeit zurückliegen.

Im Rahmen der Betreiberabfrage aus dem Jahr 2012 waren auch und insbesondere technische Sachverhalte bekannt zu geben, die nach Auffassung der RTR-GmbH bis in die Gegenwart Geltung haben und (immer noch) zu den technologischen Grundlagen des Netzwerkmanagements der Betreiber zählen. Die RTR-GmbH bewertet dieses Interesse der Betreiber an der Geheimhaltung ihrer technischen Grundalgen als hoch. Dies gilt umso mehr, als auch zukünftig geplante Maßnahmen und eingesetzte Technologien hiervon eingeschlossen sind.

Dem gegenüber macht der Auskunftswerber in seinem Antrag keine (besonderen) Interessen geltend, die an jene der Betreiber heranreichen.

Daher fällt die oben beschriebene, vorzunehmende Interessensabwägung zu Gunsten der Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Betreiber aus.

Daran ändert auch der Bezug des Auskunftswerbers auf den "Präzedenzfall" der Beauskunftung der Daten durch die (deutsche) Bundesnetzagentur (gemeint offenbar: betreffend deutsche Betreiber) auch dann nichts, wenn die Behauptung des Auskunftswerbers zutreffen würde: Ein bloßer Hinweis, in welcher Weise ausländische Behörden Auskünfte nach deren Rechtsvorschriften erteilten, ist für den Vollzug des österreichischen AuskunftspflichtG ohne Einfluss.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Im Übrigen ist auch darauf hinzuweisen, dass auch von Seiten des Gremiums der Europäischen Regulierungsbehörden eine Veröffentlichung der Antworten der Internetanbieter abgelehnt wurde.

### Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht den Parteien dieses Verfahrens das Rechtsmittel der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen, wobei eine Eingabegebühr in der Höhe von Euro 30,- zu entrichten ist (BGBI II 490/2013). Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides bei der RTR-GmbH einzubringen.

Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH Wien, am 16.02.2015

Mag. Johannes Gungl Geschäftsführer Fachbereich Telekommunikation und Post