

Virtuelle Kommunikationsnetze

OTT-Kommunikationsdienste und das europäische Regulierungsregime

Martin Johann Gruszczuk

Virtuelle Kommunikationsnetze
OTT-Kommunikationsdienste und das europäische
Regulierungsregime

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Westfälischen Wil-
helms-Universität zu Münster

VORGELEGT VON
AUS

MARTIN JOHANN GRUSZCZYK
LEVERKUSEN

2020

Erstgutachter:

Zweitgutachter:

Dekan:

Tag der mündlichen Prüfung:

Prof. Dr. Holznagel

Prof. Dr. Hoeren

Prof. Dr. Casper

20.10.2020

Martin Johann Gruszczyk

Virtuelle Kommunikationsnetze



Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

Reihe III

Band 46

Martin Johann Gruszczyk

Virtuelle Kommunikationsnetze

OTT-Kommunikationsdienste und das europäische Regulierungsregime

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

herausgegeben von der Universitäts- und Landesbibliothek Münster

<http://www.ulb.uni-muenster.de>



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <https://www.dnb.de> abrufbar.

Dieses Buch steht gleichzeitig in einer elektronischen Version über den Publikations- und Archivierungsserver der WWU Münster zur Verfügung.

<https://www.ulb.uni-muenster.de/wissenschaftliche-schriften>

Martin Johann Gruszczyk

„Virtuelle Kommunikationsnetze. OTT-Kommunikationsdienste und das europäische Regulierungsregime“

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster, Reihe III, Band 46

Verlag readbox unipress in der readbox publishing GmbH, Dortmund

www.readbox.net/unipress

Zugl.: Diss. Universität Münster, 2020

Dieses Werk ist unter der Creative-Commons-Lizenz vom Typ 'CC BY-NC-ND 4.0 International' lizenziert: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

Von dieser Lizenz ausgenommen sind Abbildungen, welche sich nicht im Besitz des Autors oder der ULB Münster befinden.



ISBN 978-3-8405-0248-4

(Druckausgabe)

URN urn:nbn:de:hbz:6-09049630457

(elektronische Version)

direkt zur Online-Version:

© 2021 Martin Johann Gruszczyk

Satz: Martin Johann Gruszczyk

Umschlag: ULB Münster



Danksagung

An dieser Stelle möchte ich all jenen danken, die zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Prof. Dr. Bernd Holznagel für die enorme Unterstützung bei der Umsetzung meiner Arbeit. Ebenso möchte ich Prof. Dr. Thomas Hoeren danken, der meine Dissertation als Zweitgutachter betreut hat.

Außerdem möchte ich meinen Kolleginnen und guten Freundinnen Lisa Schultze und Ulrike Jürschik meinen Dank aussprechen. Sie haben mich auf meinem Weg stets mit Anregungen, produktiven Gesprächen und lieben Worten begleitet.

Zu guter Letzt gilt mein Dank auch meiner Frau Sabine Jürschik. Sie hat mich mit unendlicher Geduld, hilfreichen Ratschlägen und ihrem besonderen Blick für Stärken und Schwächen meiner Argumentation unterstützt und so meine Arbeit geprägt.

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	I
Abkürzungsverzeichnis.....	XIX
A. Einleitung	1
B. Hauptteil	7
I. Was sind OTT-Dienste?.....	7
1. Begriffsbestimmung und Definition.....	7
2. Funktionsweise.....	12
a) Datenübertragung über das offene Internet.....	13
b) Die verschiedenen Funktionsmodelle der OTT- Kommunikationsdienste.....	13
(1) P2P-Modelle	14
(2) Server-Client-Modell.....	14
c) Content-Delivery-Networks.....	15
3. Der typische OTT-Kommunikationsdienst.....	15
4. Auswirkung auf die Märkte	16
5. Ergebnis.....	19
II. Der verfassungsrechtliche und EU-primärrechtliche Rahmen für die Regulierung	20
1. Anwendbarkeit der Grundrechte auf OTT- Kommunikationsanbieter	21
2. Grundversorgung mit Kommunikation	24
3. Die Staatszielbestimmungen	25
4. Allgemeiner Gleichheitssatz	25
5. Das Fernmeldegeheimnis und der Schutz der Kommunikation von Dienstnutzern	28
6. Schutz der personenbezogenen Daten von Dienstnutzern durch den Staat	31

7. Meinungsfreiheit als Schutzrecht der OTT-Kommunikationsdienste	33
8. Die Berufsfreiheit als Schutzrecht der OTT-Kommunikationsdienste	34
9. Die Eigentumsfreiheit als Schutzrecht der OTT-Kommunikationsanbieter	36
10. Besonderheiten im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung	39
11. Zusammenfassung und Ergebnis.....	41
III. Der europäische Telekommunikationsrechtsrahmen und OTT	43
1. Erfasste der alte europäische Rechtsrahmen OTT-Dienste?.....	44
a) Auslegung des Begriffs „elektronische Kommunikationsdienste“	46
(1) Dienst.....	46
(2) Gewöhnlich gegen Entgelt	47
(3) Überwiegen der Signalübertragung	48
b) Konsequenzen	51
2. Analyse des neuen europäischen Rechtsrahmens	51
a) Europäischer Kodex für elektronische Kommunikation.....	52
(1) OTT-Kommunikationsdienste als elektronische Kommunikationsdienste	52
(a) OTT-Kommunikation als interpersonelle Kommunikationsdienste	54
(b) Nummerngebundene und nummernunabhängige Kommunikationsdienste	58
(c) OTT-Kommunikation als Signalübertragung.....	59
(d) OTT-Kommunikationsdienste als virtuelle Kommunikationsnetze	60
(e) Ergebnis	60
(2) Die Regulierung von OTT-Diensten im Kodex	61
(a) Allgemeingenehmigung	61

(b) Auskunftersuchen und Informationsbereitstellung.....	64
(c) Sicherheit und Integrität.....	65
(d) Zugang zu Netzen und Diensten/Interoperabilität.....	67
i. Einführung.....	67
ii. Interoperabilitätsverpflichtung.....	68
(e) Marktregulierung.....	72
i. Überblick.....	72
ii. Der OTT-Kommunikationssektor als Markt.....	74
iii. Regulierungsbedürftigkeit der OTT-Kommunikationsmärkte.....	79
iv. OTT-Kommunikationsdienste als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht.....	85
v. Regulierungsmaßnahmen für OTT-Kommunikationsdienste.....	89
vi. Konsequenzen für die OTT-Kommunikationsdienste.....	91
(f) Endnutzerrechte.....	92
i. Überblick.....	92
ii. Diskriminierungsverbot.....	93
iii. Partielle Vollharmonisierung.....	93
iv. Informationspflichten.....	95
v. Transparenz- und Veröffentlichungspflichten.....	102
vi. Vertragslaufzeit und Kündigung.....	103
vii. Rechte beim Anbieterwechsel.....	104
viii. Angebotspakete.....	105
ix. Notrufverpflichtung und Pflicht zur Verbreitung öffentlicher Warnungen.....	105
x. Schutz von Menschen mit Behinderungen.....	106
xi. Auskunftsdienste und Teilnehmerverzeichnisse....	106
xii. Zusätzliche Dienstmerkmale.....	106

xiii. Konsequenzen für die OTT-Kommunikationsdienste	107
(3) Zusammenfassung und Einordnung	108
b) E-Privacy-Verordnung	109
(1) Anwendungsbereich	110
(2) Vertraulichkeit elektronischer Kommunikation.....	111
(3) Verarbeitung von Kommunikationsdaten	112
(a) Erlaubnis für die Verarbeitung von Kommunikationsdaten.....	113
(b) Speicherung und Löschung von Kommunikationsdaten.....	116
(c) Schutz der Informationen auf Endeinrichtungen.....	117
(d) Einwilligung.....	119
(4) Privacy by Design	121
(5) Endnutzerrechte	123
(a) Anzeige und Unterdrückung von Rufnummern.....	123
(b) Sperrung eingehender Anrufe.....	123
(c) Ungebetene Kommunikation	124
(6) Sicherheit.....	124
(7) Zusammenfassung und Einordnung	125
c) DSGVO	126
(1) Recht auf Datenübertragbarkeit	127
(2) Konsequenzen für OTT-Kommunikationsdienste	128
IV. Bewertung des neuen Telekommunikationsrechtsrahmens – wie sollte die Regulierung der Zukunft aussehen	132
1. Sinn und Unsinn des abgestuften Regulierungskonzepts des EKEK.....	132
a) Ungleichbehandlung von nummernunabhängigen und nummernabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten	133

b) Rechtfertigungsgründe	133
(1) Teilhabe am öffentlich gesicherten, interoperablen Ökosystem.....	133
(2) Mögliche unbenannte Gründe.....	135
c) Ergebnis.....	136
2. Allgemeingenehmigung und OTT.....	139
3. Marktregulierung und OTT	142
a) Zugangsregulierung	143
b) Endnutzermarktregulierung	144
4. Interoperabilität	147
5. Notrufverpflichtung.....	153
6. Kundenschutz und OTT.....	155
a) Informationspflichten	158
b) Weitere Verbraucherschutznormen	161
c) Fazit.....	163
7. Nummern- und Datenportabilität.....	163
8. Fernmeldegeheimnis	166
9. Kommunikationsspezifischer Datenschutz als Sonderproblem ...	167
10. OTT und die öffentliche Sicherheit	170
11. Ergebnis.....	171
V. Auswirkungen auf das nationale Recht: Reicht das TMG?	172
1. Umsetzung einer Richtlinie in nationales Recht.....	172
2. Das richtige Gesetz für die Regulierung von OTT- Kommunikationsdiensten.....	174
3. Neufassung des TKG	175
a) Begriffsbestimmung	176
b) Allgemeingenehmigung.....	179
c) Marktregulierung	180
d) Interoperabilität	187

e) Kundenschutz	190
f) Fernmeldegeheimnis und kommunikationsspezifischer Datenschutz	200
g) OTT und öffentliche Sicherheit	203
(1) Europarechtlich bedingte Regelungen	203
(2) National bedingte Regelungen	204
h) Ergebnis	212
C. Fazit und Ausblick	213

Literaturverzeichnis

- Abelshausen, Werner Deutsche Wirtschaftsgeschichte seit 1945, 2. Auflage 2004.
- Albrecht, Jan-Philipp Das neue EU-Datenschutzrecht – von der Richtlinie zur Verordnung, CR 2016, S. 88.
- Allouët, Anne-Marie /
Le Franc, Sylvie /
Marques, Marie-Noémie /
Rossi, Luisa Achieving a Level Playing Field between the Players of the Internet Value Chain, Digiworld Economic Journal, Nr. 93, 1. Q. 2014, S. 99.
- Arndt, Hans-Wolfgang /
Fetzer, Thomas /
Scherer, Joachim Telekommunikationsgesetz – Kommentar, 2. Auflage 2015.
- Art. 29-
Datenschutzgruppe WP 242, Guidelines on the right to data portability.
- Art. 29-
Datenschutzgruppe WP 247, Opinion 01/2017 on the Proposed Regulation for the ePrivacy Regulation, 2002/58/EC.
- Auer-Reinsdorff, Astrid /
Conrad, Isabell (Hrsg.) Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 2. Auflage 2016.
- Autorité des la concurrence /
Bundeskartellamt Competition Law and Data, 2016.
- Badura, Peter Staatsrecht – Systematische Erläuterung des Grundgesetzes, 7. Auflage 2018.
- Bär, Wolfgang Telekommunikationsüberwachung und andere verdeckte Ermittlungsmaßnahmen – Gesetzliche Neuregelungen zum 1.1.2008, MMR 2008, S. 215.
- Bamberger, Heinz Georg /
Roth, Herbert /
Hau, Wolfgang /
Poseck, Roman (Hrsg.) BeckOK BGB, 49. Edition 2019.

Becker, Leo	Entwickler: Facebook kann WhatsApp-Chats einsehen – trotz Ende-zu-Ende-Verschlüsselung, heise online 2018.
Bertschek, Irene / Briglauer, Wolfgang / Hüschelrath, Kai / Krämer, Jan / Frübing, Stefan / Kesler, Reinhold / Saam, Marianne	Metastudie zum Fachdialog Ordnungsrahmen für die Digitale Wirtschaft, Zentrum für europäische Wirtschaftsforschung, 2016.
Bleich, Holger	Bosse der Fasern – Die Infrastruktur des Internet, c't 7/2005, S. 8893.
Body of European Regulators for Electronic Communications	Report on OTT-Services, BoR (16) 35.
Body of European Regulators for Electronic Communications	Opinion on the Review of the EU Electronic Communications Regulatory Framework, BoR (15) 206.
Borchardt, Knut	Grundriß der deutschen Wirtschaftsgeschichte, 2. Aufl. 1985.
Briegleb, Volker	MWC: Carrier vs. Internetkonzerne - Netzbetreiber fordern ein „Level Playing Field“, heise online 2015, abrufbar unter: https://www.heise.de/newsticker/meldung/MWC-Carrier-vs-Internetkonzerne-Netzbetreiber-fordern-ein-Level-Playing-Field-2562493.html .
Britz, Gabriele	Der allgemeine Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des BVerfG – Anforderungen an die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen durch Gesetz, NJW 2014, 346.
Brüggemann, Sebastian	Das Recht auf Datenportabilität, DSRITB 2017 S. 1.

Bulowski, Stefan	Regulierung von Internetkommunikationsdiensten – Zur Anwendbarkeit des Telekommunikationsrechts auf Voice over IP, Instant Messaging und E-Mail-Dienste, 2019.
Bundeskartellamt	Digitale Ökonomie – Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz, Hintergrundpapier 2015.
Bundeskartellamt	Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren des Bundeskartellamtes, Hintergrundpapier 2017.
Bundesministerium für Wirtschaft und Energie	Weissbuch Digitale Plattformen – Digitale Ordnungspolitik für Wachstum, Innovation, Wettbewerb und Teilhabe, 2017.
Bundesministerium für Wirtschaft und Energie / Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur	Eckpunkte zur TK-Novelle 2019, 2019.
Bundesministerium für Wirtschaft und Energie	Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft – Bericht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, 2019.
Bundesministerium für Wirtschaft und Energie	Entwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz), 2020.
Bundesnetzagentur	Konsultationsentwurf zur Anrufzustellung auf der Vorleistungsebene in einzelnen Mobilfunknetzen – Markt Nr. 2 der Märkteempfehlung 2014 – BK 1-14/002, S. 65.

Bundesnetzagentur	Konferenzband: Klassische Telekommunikationsnetzbetreiber und die Rolle der OTT-Anbieter, 2015.
Brown, Neil	An assessment of the proportionality of regulation of 'over the top' communications services under Europe's common regulatory framework for electronic communications networks and services, Computer Law & Security Review 30, 2014, S. 362.
Callies, Christian / Ruffert, Matthias (Hrsg.)	EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 5. Auflage 2016.
Cornils, Matthias	Staatliche Infrastrukturverantwortung und kontingente Markt Voraussetzungen – Unter besonderer Berücksichtigung des Universaldienstes für Telekommunikationsdienstleistungen, AÖR 131, 2006, S. 378.
Czajkowski, Nico / Müller-ter Jung, Marco	Datenfinanzierte Premiumdienste und Fernabsatzrecht, CR 2018, S. 157.
Dauses, Manfred / Ludwigs, Markus	Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 46. Ergänzungslieferung 2019.
Dehmel, Susanne / Hullen, Nils	Auf dem Weg zu einem zukunftsfähigen Datenschutz in Europa? - Konkrete Auswirkungen der DS-GVO auf Wirtschaft, Unternehmen und Verbraucher, ZD 2013, S. 147.
Dewenter, Ralf / Lüth, Hendrik	Datenhandel und Plattformen, Gutachten im Rahmen des ABIDA-Projekts, 2018.
Dewenter, Ralf	Digitale Ökonomie: Herausforderungen für die Wettbewerbspolitik, Wirtschaftsdienst 2016, Heft 4, S. 236.

Di Fabio, Udo	Grundrechtsgeltung in digitalen Systemen, 2016.
Dorner, Michael	Big Data und „Dateneigentum“ – Grundfragen des modernen Daten- und Informationshandels, C&R 2014, S. 617.
Ehlers, Dirk / Fehling, Michael / Punder, Hermann (Hrsg.)	Besonderes Verwaltungsrecht, Band I: Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Auflage 2012.
Ehmann, Eugen / Selmayr, Martin	DS-GVO, Datenschutzgrundverordnung – Kommentar, 2. Auflage 2018.
Eising, Rainer	Liberalisierung und Europäisierung – die regulative Reform der Elektrizitätsversorgung in Großbritannien, der Europäischen Gemeinschaft und der Bundesrepublik Deutschland; 2000.
Engeler, Malte / Felber, Wolfram	Entwurf der ePrivacy-VO aus Perspektive der aufsichtsbehördlichen Praxis – Reguliert der Entwurf an der technischen Realität vorbei?, ZD 2017, S. 251.
Eßer, Martin / Kramer, Philipp / von Lewinski, Kai	Auernhammer, DSGVO, BDSG – Datenschutzgrundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz und Nebengesetze, Kommentar, 2. Auflage 2015.
European Regulators Group for Electronic Communications	ERG Common Position on VoIP, 2007.
Europäische Kommission	Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, Abl. EU L 295/79, 2014.

Europäische Kommission	SYNOPSIS REPORT on the public consultation on the evaluation and review of the regulatory framework for electronic communications, 2016.
Europäische Kommission	Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem EU-Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste, Mitteilung der Kommission, Abl. EU C 159/01, 2018.
Europäische Kommission	Report of the independent High Level Group on fake news and online disinformation, 2018.
Ezrachi, Ariel / Stucke, Maurice	Virtual Competition – The Promises and Perils of the Algorithm-driven Economy, 2016.
Fehling, Michael / Ruffert, Matthias (Hrsg.)	Regulierungsrecht, 2010.
Fetzer, Thomas	Die Bedeutung von OTT-Diensten für die Telekommunikationsregulierung, Zentrum für europäische Wirtschaftsforschung, Discussion Paper No. 16-057, 2016.
Fetzer, Thomas / Peitz, Martin / Schweitzer, Heike	Impulsstudie - „Ökonomische und juristische Grundlagen der Netzneutralität“, Studienreihe: Netzneutralität – Handlungsbedarf und -optionen des Staates im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, 2011.
Junqué de Fortuny, Enric / Martens, David / Provost, Foster	Predictive Modelling with Big Data: Is Bigger Really Better?, Big Data, Vol. 1 Nr. 4, Dezember 2013, S. 215.
Frier, Sarah	Facebook Scans the Photos and Links You Send on Messenger, Bloomberg 2018.
Gabriel, Sigmar	Unsere politischen Konsequenzen aus der Google-Debatte, FAZ 2014, S. 5.

- Gasser, Urs Interoperability in the Digital Ecosystem, Berkman Research Publication No. 2015-13, 2015.
- Geppert, Martin / Schütz, Raimund (Hrsg.) Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013.
- Gersdorf, Hubertus Telekommunikationsrechtliche Einordnung von OTT-Diensten am Beispiel von Gmail, K&R 2/2016, S. 91.
- Godlovitch, Illsa / van Gorp, Nicolai / Hausemer, Pierre / Vassileva, Iglia / Womersley, Richard / Batura, Olga Support for the preparation of the impact assessment accompanying the review of the regulatory framework for e-communications, study prepared for the European Commission, 2016.
- Gola, Peter (Hrsg.) Datenschutz-Grundverordnung VO (EU) 2016/679 – Kommentar, 2. Auflage 2018.
- Grabitz, Eberhard / Hilf, Meinhard / Nettesheim, Martin (Hrsg.) Das Recht der Europäischen Union, Band 1 – EUV/AEUV, 66. Ergänzungslieferung 2019.
- Graef, Inge Mandating portability and interoperability in online social networks: regulatory and competition law issues in the European Union, Telecommunications Policy 39, 6.7.2015, Nr. 6, S. 502.
- Grünwald, Andreas / Nüßing, Christoph Kommunikation over the Top – Regulierung für Skype, WhatsApp oder Gmail?, MMR 2016, S. 91.
- Hanloser, Stefan Geräte-Identifizierung im Spannungsfeld von DSGVO, TMG und ePrivacy-VO, ZD 2018, S. 213.
- Hecker, Jan Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht – öffentlich-rechtliche Probleme staatlicher Wirtschaftskorrekturen zur Steigerung der Funktionsfähigkeit des Marktes, Jus publicum 172, 2007.

Henseler-Unger, Iris	Die Regulierung von Netzindustrien in Europa – am Beispiel der Telekommunikation, Wirtschaftsdienst 2010 Sonderheft, S. 13.
Hoeren, Thomas	Virenscreening und Spamfilter – Rechtliche Möglichkeiten im Kampf gegen Viren, Spams & Co, NJW 2004, S. 3513.
Hoeren, Thomas / Sieber, Ulrich / Holznagel, Bernd (Hrsg.)	Handbuch Multimedia-Recht – Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, 47. Ergänzungslieferung 2018.
Hoffmann, Felix	Studie: WhatsApp überholt SMS, Computer Bild 2013.
Hoffmann-Riem, Wolfgang	Informationelle Selbstbestimmung in der Informationsgesellschaft – Auf dem Wege zu einem neuen Konzept des Datenschutzes, AöR 1998, S. 513.
Holznagel, Bernd	Konvergenz der Medien - Herausforderungen an das Recht, NJW 2002, S. 2351.
Holznagel, Bernd (Hrsg.)	20 Jahre Verantwortung für Netze – Bestandsaufnahme und Perspektiven, 2018.
Hornung, Gerrit	Eine Datenschutz-Grundverordnung für Europa? – Licht und Schatten im Kommissionsentwurf vom 25.1.2012, ZD 2012, S. 99.
Immenga, Ulrich / Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.)	Wettbewerbsrecht, Band 1: EU, 5. Auflage 2012.
Irle, Ben Martin	Convergence of Communications – Implications for Regulating Market Entry, Materialien zur interdisziplinären Medienforschung Band 62, 2009.
Jarass, Hans	Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Kommentar, 3. Auflage 2016.

Jarass, Hans	Die Gewährleistung der unternehmerischen Freiheit in der Grundrechtecharta, EuGRZ 2011, S. 360.
Jarass, Hans	Die verfassungsrechtliche Stellung der Post- und TK-Unternehmen, MMR 2009, 223.
Jentzsch, Nicola	Marktmacht in der Datenökonomie begrenzen – Aktuelle Herausforderungen der Wettbewerbsaufsicht in der Digitalwirtschaft, Stiftung Neue Verantwortung, 2018.
Jülicher, Tim / Röttgen, Charlotte / v. Schönfeld, Max	Das Recht auf Datenübertragbarkeit - Ein datenschutzrechtliches Novum, ZD 2016, S. 358.
Kerber, Wolfgang / Schweitzer, Heike	Interoperability in the Digital Economy, LMU München, 2017.
Kiparski, Gerd	Der Europäische Telekommunikations-Kodex – Ein neuer Rechtsrahmen für die elektronische Kommunikation, CR 2019, S. 179.
Kipker, Dennis-Kenji / Voskamp, Friederike	Datenschutz in sozialen Netzwerken nach der Datenschutzgrundverordnung, DuD 2012, S. 737.
Klatt, Matthias / Meister, Moritz	Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – Ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus, JuS 2014, S. 193.
Kloepfer, Michael	Privatsphäre im Fadenkreuz staatlicher Überwachung?, K&R 2001, S. 545.
Kluth, Winfried	Beweiserhebung und Beweiswürdigung durch das Bundesverfassungsgericht, NJW 1999, 3513.
Knieps, Günter	Wettbewerbsökonomik – Regulierungstheorie, Industrieökonomik, Wettbewerbspolitik, 2008.

Knieps, Günter	Netzevolutorik und die Dynamik des Wettbewerbs im zukünftigen All-IP-Internet; Wirtschaftsdienst 2016, Heft 4, S. 246.
Koch, Alexander / Neumann, Andreas	Einführung in das Telekommunikationsrecht, 2. Auflage 2013.
Körber, Thorsten	Konzeptionelle Erfassung digitaler Plattformen und adäquate Regulierungsstrategien, ZUM 2017, S. 93.
Körber, Thorsten / Kühling, Jürgen (Hrsg.)	Regulierung – Wettbewerb – Innovation, Schriften der Wissenschaftlichen Vereinigung für das gesamte Regulierungsrecht, Band 3, Baden-Baden, 2017.
Krämer, Jan / Wohlfarth, Michael	Regulating Over-the-Top Service Providers in Two-Sided Content Markets: Insights from the Economic Literature, Digiworld Economic Journal, no. 99, 2015, S. 71.
Krämer, Jan	Herausforderungen bei der Bestimmung von Marktmacht in digitalen Märkten, Wirtschaftsdienst 2016, Heft 4, S. 231.
Kremer, Sascha	Datenschutz bei Entwicklung und Nutzung von Apps für Smart Devices, CR 2012, S. 438.
Kubicek, Herbert	Das integrierte Fernmeldenetz der Bundespost – staatliche Investitionspolitik mit vielen Unbekannten, Sozialwissenschaftliche Informationen 1988, S. 227.
Kühling, Jürgen	Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften – Typologie Wirtschaftsverwaltungsrecht Wirtschaftsverfassungsrecht, Energie- und Infrastrukturrecht Band 4, 2004.

Kühling, Jürgen / Buchner, Benedikt (Hrsg.)	Datenschutz-Grundverordnung/BDSG – Kommentar, 2. Auflage 2018.
Kühling, Jürgen / Schall, Tobias	WhatsApp, Skype und Co. – OTT-Kommunikationsdienste im Spiegel des geltenden Telekommunikationsrechts, CR 10/2015, S. 641.
Kühling, Jürgen / Schall, Tobias	E-Mail-Dienste sind Telekommunikationsdienste i.S.d. § 3 Nr. 24 TKG – Warum OTT-Kommunikationsdienste sehr wohl TK-Dienste sein können, CR 2016, S. 185.
Kühling, Jürgen / Martini, Mario	Die Datenschutz-Grundverordnung: Revolution oder Evolution im europäischen und deutschen Datenschutzrecht?, EuZW 2016, S. 448.
Kuneva, Meglena	Keynote Speech – Roundtable on Online Data Collection, Targeting and Profiling, SPEECH/09/156, 31.3.2009.
Kurose, James / Ross, Keith	Computernetzwerke, Der Top-Down-Ansatz, 5. Auflage 2012.
Kutscha, Martin / Thomé, Sarah	Grundrechtsschutz im Internet, Internet und Recht 12, 2013.
LaRouche, Pierre / Van Overwalle, Geertrui	Interoperability standards, patents and competition policy, TILEC Discussion Paper, DP 2014-050, 2014.
Laxton, William	The End of Netzneutrality, 2006 Duke L. & Tech. Rev. 15.
Lerche, Peter	Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven, AöR 90, 1965, S. 341.
Maier, Natalie / Schaller, Fabian	ePrivacy-VO – alle Risiken der elektronischen Kommunikation gebannt? Entwurf ohne datenschutzrechtliche Regelungen für P2P-Kommunikationsdienste; ZD 2017, S. 373.

- v. Mangoldt, Hermann / Klein, Friedrich / Starck, Christian (Hrsg.) Grundgesetz – Kommentar, 7. Auflage 2018.
- Martínez, Jorge Pérez / Barroso, Zoraida Frías / Valderrama, Carlos González / Calle, Silvia Serrano / González-Calero, Francisco A Level Playing Field for the digital Ecosystem, herausgegeben von Fundación Telefónica und Editorial Ariel, 2016.
- Martini, Mario / von Zimmermann, Georg E-Mail und integrierte VoIP-Services: Telekommunikationsdienste i.S.d. § 3 Nr. 24 TKG?, CR 2007, S. 427.
- Masing, Johannes Herausforderungen des Datenschutzes, NJW 2012, S. 2305.
- Maunz, Theodor / Dürig, Günter (Bgr.) Grundgesetz – Kommentar, 85. Ergänzungslieferung 2018.
- Meletiadou, Anastasia Moderne Instant Messaging Systeme als Plattform für sicherheitskritische kollaborative Anwendungen, Universität Koblenz – Landau, 2010.
- Meyer, Jürgen (Hrsg.) Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Auflage 2014.
- Monopolkommission Telekommunikation 2013: Vielfalt auf den Märkten erhalten, Sondergutachten 66, 2013.
- Monopolkommission Telekommunikation 2015: Märkte im Wandel, Sondergutachten 73, 2015.
- Motta, Massimo Competition Policy: Theory and Practice, 12. Auflage 2009
- Müller-Broich, Jan Telemediengesetz, 2012.

Nebel, Maxi / Richter, Philipp	Datenschutz bei Internetdiensten nach der DSGVO - Vergleich der deutschen Rechtslage mit dem Kommissionsentwurf, ZD 2012, S. 407.
Nett, Lorenz / Stumpf, Ulrich	Symmetrische Regulierung: Möglichkeiten und Grenzen im neuen EU-Rechtsrahmen, WIK-Diskussionbeitrag Nr. 350, 2011.
Neumann, Andreas	Der Kommissionsvorschlag für einen europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation – Geplante Änderungen im Bereich der Marktregulierung, N&R 2016, S. 262.
Office of Communications (Ofcom)	Regulation of VoIP Services: Access to the Emergency Services - Consultation, 26. Juli 2007.
Office of Communications (Ofcom)	Regulation of VoIP Services: Statement and publication of statutory notifications under section 48(1) of the Communications Act 2003 modifying General Conditions 14 and 18, 29. März 2007.
Paal, Boris / Hennemann, Moritz	Big Data im Recht – Wettbewerbs- und daten(schutz)rechtliche Herausforderungen, NJW 2017, S. 1697.
Paal, Boris / Pauly, Daniel (Hrsg.)	Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, 2. Auflage 2018.
Papier, Hans-Jürgen	Wirtschaftsordnung und Grundgesetz, APuZ 13/2007.
Pechstein, Matthias / Nowak, Carsten / Häde, Ulrich	Frankfurter Kommentar zu EUV, GRCh und AEUV, 2017.
Peitz, Martin / Schweitzer, Heike / Valetti, Tommaso	Market Definition, Market Power and Regulatory Interaction in Electronic Communications Markets, CERRE Study, 2014.

Pielow, Johann-Christian	Grundstrukturen öffentlicher Versorgung – Vorgaben des Europäischen Gemeinschaftsrechts sowie des französischen und des deutschen Rechts unter besonderen Berücksichtigung der Elektrizitätswirtschaft.
Pinho, Adriano / Vargens, Jose	(de)Regulation of VoIP in telecom industry: Some Principles and Concepts, 2005.
Potthoff, Katharina	Telekommunikationsrecht und Verbraucherschutz, 2014.
Prosser, Tony	Theorising Utility Regulation, MLR 1999, Heft 62, S. 196.
Raabe, Oliver / Dinger, Jochen / Hartenstein, Hannes	Telekommunikationsdienste in Next-Generation-Networks am Beispiel von Peer-to-Peer-Overlay-Systemen; K&R Beihefter 1/2007, S. 1.
Rieß, Joachim	Regulierung und Datenschutz im europäischen Telekommunikationsrecht – ein Rechtsvergleich, DUD-Fachbeiträge, 1996.
Roßnagel, Alexander	Das Recht auf (tele-)kommunikative Selbstbestimmung, KJ 1990, S. 267.
Roßnagel, Alexander / Kroschwald, Steffen	Was wird aus der Datenschutzgrundverordnung? - Die Entschließung des Europäischen Parlaments über ein Verhandlungsdokument, ZD 2014, S. 495.
Roßnagel, Alexander / Richter, Philipp / Nebel, Maxi	Besserer Internetdatenschutz für Europa – Vorschläge zur Spezifizierung der DS-GVO, ZD 2013, S. 103.
Ruthig, Josef / Storr, Stefan	Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Auflage 2015.
Sachverständigenrat für Verbraucherfragen	Gutachten: Digitale Souveränität, Berlin, 2017.

Säcker, Franz Jürgen	Freiheit durch Wettbewerb, Wettbewerb durch Regulierung, ZNER 2004, Heft 2, S. 98.
Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.)	Telekommunikationsgesetz – Kommentar, 3. Auflage 2013.
Salje, Peter	Marktbeherrschung auf Telekommunikationsmärkten, K&R 1998, S. 331.
Schanz, Peter	Die Datenschutz-Grundverordnung – Beginn einer neuen Zeitrechnung im Datenschutzrecht, NJW 2016, S. 1841.
Schanz, Peter / Wolff, Heinrich Amadeus	Das neue Datenschutzrecht, Datenschutz-Grundverordnung und Bundesdatenschutzgesetz in der Praxis, 2017.
Schiff, Aaron	Open and closed systems of two-sided networks, Information Economics and Policy, 15, 2003, S. 425 ff.
Scherer Prof. Dr. Joachim / Feiler Dr. Lukas / Heinickel Caroline / Lutz Dr. Holger	„Digitaler Kodex“ – Zum Änderungsbedarf des Rechtsrahmens aufgrund der Konvergenz, Studie im Auftrag der Aktionslinie Hessen-IT des Hessischen Ministeriums für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Landesentwicklung, 2015.
Scherer, Joachim / Heinickel, Caroline	Ein Kodex für den digitalen Binnenmarkt – Vorschlag der EU-Kommission für eine Reform des Rechts der elektronischen Kommunikation, MMR 2017, S. 71.
Scherer, Joachim / Heckmann, Dirk / Heinickel, Caroline / Kiparski, Gerd / Ufer, Fredereic	Stellungnahme der DGRI zum Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (COM[2016]590 final), CR 2017, S. 197.
Scheurle, Klaus-Dieter / Mayen, Thomas (Hrsg.)	Telekommunikationsgesetz – Kommentar, 3. Auflage 2018.

- Schliesky, Utz /
Hoffmann, Christian /
Luch, Annika / Schulz,
Sönke / Borchers, Kim
- Schutzpflichten und Drittwirkung im Internet –
Das Grundgesetz im digitalen Zeitalter, DIVSI-
Perspektiven 1, 2014.
- Schmidt, Marek
- Die Regulierung der privatisierten Telekommuni-
kations- und Versorgungswirtschaft in Großbri-
tannien, Rabels Zeitschrift für ausländisches und
internationales Privatrecht 1994, Heft 58, S. 636.
- Schmidt, Reiner /
Wollenschläger, Ferdinand
(Hrsg.)
- Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht,
4. Auflage 2016.
- Schmidt-Preuß, Matthias /
Körper, Thorsten (Hrsg.)
- Regulierung und Gemeinwohl, Schriften der
Wissenschaftlichen Vereinigung für das ge-
samte Regulierungsrecht Band 2, 2016.
- Schmitz, Peter
- Inhalt und Gestaltung von Telekommunikati-
onsverträgen, MMR 2001, S. 150.
- Schoch, Friedrich (Hrsg.)
- Besonderes Verwaltungsrecht, 2018.
- Schulte, Martin /
Kloos, Joachim (Hrsg.)
- Handbuch Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2016.
- Schumacher, Pascal
- OTT-Dienste und Telekommunikationsrecht –
Einordnung der neuen Dienste im Kontext der
TK-Regulierung, K&R 2015, S. 771.
- Schuster, Fabian
- E-Mail-Dienste als Telekommunikationsdienste? –
Warum OTT-Dienste keine TK-Dienste sein kön-
nen, CR 2016, S. 173.
- Schwedisches Amt für
Post und Telekommunika-
tion (PTS)
- Which services and networks are subject to the
Electronic Communications Act?, 2009.
- Shortall, Tony
- Determining the Scope of the Regulatory Frame-
work, 4 Eur. Networks L. & Reg. Q. 2016, S. 118.

Simitis, Spiros / Hornung, Gerrit / Spiecker genannt Döhmann, Indra	Datenschutzrecht – DSGVO mit BDSG, 2019.
Spindler, Gerald / Schuster, Fabian (Hrsg.)	Recht der elektronischen Medien – Kommentar, 3. Auflage 2015.
Spindler, Gerald / Schmitz, Peter (Hrsg.)	Telemediengesetz – mit Netzwerkdurchsetzungsgesetz: Kommentar, 2. Auflage 2018.
Ständige Deputation des Deutschen Juristentages	Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages Stuttgart 2006 Band II/2: Sitzungsberichte: Diskussion und Beschlussfassung, 2007.
Stern, Klaus	Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, 1994.
Stern, Klaus	Die Schutzfunktion der Grundrechte: Eine juristische Entdeckung, DÖV 2010, 241.
Stern, Klaus / Sachs, Michael (Hrsg.)	Europäische Grundrechte-Charta (GRCh) – Kommentar, 2016.
Strubel, Michael	Anwendungsbereich des Rechts auf Datenübertragbarkeit, Auslegung des Art. 20 DS-GVO unter Berücksichtigung der Guidelines der Art. 29-Datenschutzgruppe, ZD 2017, S. 355.
Sydow, Gernot (Hrsg.)	Europäische Datenschutzgrundverordnung – Handkommentar, 2. Auflage 2018.
Szczekalla, Peter	Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002.
Thyri, Peter	Over the Top-Dienste im Internet – Neue Herausforderungen für Wettbewerbs- und Regulierungsrecht, Medien und Recht 2014, S. 227.
Trute, Hans-Heinrich	Der Schutz personenbezogener Informationen in der Informationsgesellschaft?, JZ 17/1998, S. 822.

Van Gorp, Nicolai / Batura, Olga	Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy, Study for the ECON Comitee, 2015.
Verband der Internetwirtschaft eV.	Hintergrundpapier: Zur regulatorischen Einordnung und Behandlung von sog. Over the Top-Diensten (OTT), 2016.
Weigert, Martin	Bye Bye SMS, Zeit 2013.
Wendt, Rudolf	Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot: zur maßstabsetzenden Kraft der Grundrechte in der Übermaßprüfung, AöR 104, 1979, S. 414.
Wissenschaftlicher Arbeitskreis für Regulierungsfragen	Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten, 2016.
Wissenschaftliche Dienste des Bundestags	Regulierung von Messengerdiensten – Datenportabilität und Interoperabilität, WD 10 - 3000 - 060/16, Dezember 2016.

Abkürzungsverzeichnis

BnetzA	Bundesnetzagentur
CDN	Content Delivery Network
DSGVO	Datenschutzgrundverordnung
EKEK	Europäischer Kodex für elektronische Kommunikation
EKEK-E	Entwurf eines Europäischen Kodex' für elektronische Kommunikation
E-Privacy-RL	Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation
E-Privacy-VO	Verordnung über den Datenschutz in der elektronischen Kommunikation
EUV	Vertrag über die Europäische Union
GEREK	Gremium Europäischer Regulierungsstellen für Elektronische Kommission
GRCh	Europäische Grundrechtecharta
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
ISDN	Integrated Services Digital Network
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
RStV	Rundfunkstaatsvertrag
TK-Anbieter	Telekommunikationsanbieter
TKG	Telekommunikationsgesetz
TMG	Telemediengesetz
VG	Verwaltungsgericht

A. Einleitung

„Die nunmehr im Werden begriffene Informations- und Wissensgesellschaft hat die technisch, insbesondere elektronisch, gestützte Kommunikation in fast allen Lebensbereichen zum unabdingbaren und potentiell grenzenlosen Modus der Kommunikation werden lassen.“¹

Was sich für Wolfgang Hoffman-Riem schon 1998, also vor über zwanzig Jahren, abzeichnete, ist heute mehr denn je Realität: Elektronische Kommunikation – das heißt der Kontakt zu unseren Mitmenschen auf elektronischem Weg – ist aus unserem Alltag nicht mehr weg zu denken. Keine Stunde vergeht, in der wir nicht Kurznachrichten versenden, telefonieren oder im Internet surfen. Elektronische Kommunikation ist Grundvoraussetzung geworden für die Ausübung wichtiger Grundrechte: Wir nutzen Suchmaschinen im Rahmen unserer Informationsfreiheit; wir äußern unsere Meinung in den sozialen Medien; Kunst, Wissenschaft und Kultur finden wir im Internet.² Und was wir Bürger der Informations- und Wissensgesellschaft uns dabei selten vor Augen führen: All das geschieht über ein einheitliches Mobilfunk- oder Festnetz. Das ist für uns so selbstverständlich, dass es belustigend wirkt, wenn im Jahr 1990 noch Angst vor einem „ISDN-Flop“ herrschte.³ Dieses „Integrated Services Digital Network“, das die Deutsche Bundespost TELEKOM damals plante⁴, war der erste Schritt in einer Geschichte der Konvergenz der Kommunikationsnetze und –dienste.⁵ Der Begriff der „Konvergenz“ ist hier in seinem technologischen Sinn zu verstehen: Er meint den Prozess des Zusammenwachsens verschiedener, zunächst unterschiedlicher Kommunikationstechnologien, an dessen Ende ein einheitlicher technologischer Standard steht.⁶ Ursprünglich galt der Grundsatz „Ein Netz, ein Dienst“. Über das Telefonnetz konnte man telefonieren, über Fernseekabel TV-Programme empfangen und über UKW Radio hören. Heute lautet der Grundsatz: „Ein Netz, alle Dienste“: Wir können über das Datennetz der Internetzu-

¹ Hoffmann-Riem, AöR 1998, S. 513 (514).

² So schon eindringlich Roßnagel, KJ 1990, S. 267 (272).

³ Roßnagel, KJ 1990, S. 267 (268, Fn. 9); Kubicek, Sozialwissenschaftliche Informationen 1988, S. 227 ff.

⁴ Vgl. dazu Konzeption der Bundesregierung zur Neuordnung des Telekommunikationsmarktes, BT-Drs. 11/2855.

⁵ Vgl. Darstellung bei Roßnagel, KJ 1990, S. 267 (267 ff.).

⁶ Dazu ausführlich: Irle, Convergence of Communications, S. 18 ff.

gangsanbieter telefonieren, Filme schauen und auf Podcasts zugreifen. Damit empfangen wir nicht nur verschiedene Kommunikationsdienste, wie Telefonie und Kurznachrichten, über das gleiche Netz, sondern auch unterschiedliche Inhaltsdienste, wie Videostreaming und elektronische Presse.⁷ Das wurde durch die Digitalisierung der Signalübertragung – Daten werden in „Nullen und Einsen“ und nicht mehr in analogen Signalen übertragen – möglich.⁸ Der Weg ist jedoch noch nicht zu Ende. Er führt weiter zum All-IP-Netz, also hin zur einheitlichen Übertragung aller Daten im gleichen Paketformat: Im Internet-Protokoll. Technische Unterschiede zwischen Telekommunikationsdiensten und Inhaltsdiensten verwischen damit nahezu vollständig.

Diese Entwicklung hatte eine interessante Konsequenz für den Wirtschaftssektor der Kommunikation: Die klassischen Telekommunikationsanbieter haben Konkurrenz von „außerhalb“ bekommen. Anbieter, die sich nicht damit aufhalten, selbst Telekommunikationsnetze zu betreiben, sondern ihr Kommunikationsangebot über das Internet – und damit die Netze anderer – übertragen lassen. Diese sogenannten Over-the-Top-Dienste (OTT-Dienste) prägen die Art, wie wir kommunizieren, immer stärker. Jeder hat von WhatsApp und Co. zumindest gehört, viele nutzen diese Kommunikationsdienste parallel zu oder sogar anstatt klassischer Telekommunikation wie etwa der SMS. Das wäre vielleicht unproblematisch, wenn nicht der Kommunikationssektor von einer Vielzahl spezieller gesetzlicher Regelungen eingehegt wäre. Sie erlauben es beispielsweise den Aufsichtsbehörden, bestimmte Telekommunikationsanbieter dazu zu zwingen, sich zusammenschalten, oder sie schaffen eigene Verbraucherschutzstandards. Dieses sektorspezifische Regulierungsrecht soll einerseits einen funktionsfähigen Wettbewerb auf einem/dem früher durch staatliche Monopole geprägten Markt schaffen. Andererseits dient es aber auch Allgemeininteressen wie dem Daten- und dem Verbraucherschutz.

Das Regulierungsrecht hat den Schritt der Konvergenz der Telekommunikationsdienste bislang jedoch nicht mitvollzogen: OTT-Kommunikationsdienste blieben von den Belastungen durch die Gesetze frei.⁹ Das führte zu einigem Unmut bei den klassischen Anbietern, rief aber auch Verbraucher- und Daten-

⁷ Aus der technologischen folgt damit eine Konvergenz der Medien, Überblick dazu bei *Holznagel*, NJW 2002, S. 2351 (2351 ff.).

⁸ Zu den technischen Grundlagen: *Irle*, *Convergence of Communications*, S. 23 ff.

⁹ Vergleiche Überblick bei *Verband der Internetwirtschaft*, Hintergrundpapier OTT, S. 3 f.

schützer auf den Plan.¹⁰ Während die einen aufgrund des verstärkten Wettbewerbs durch die neue Konkurrenz ihre eigene Regulierung als „unfair“ empfanden, fürchteten die anderen, die Schutzlücken, die sich für Verbraucher auftäten, seien zu groß. Von einer vollständigen Deregulierung bis hin zu einer unterschiedslosen Regulierung aller Dienstetypen wurde alles gefordert.

In diese aufgeheizte Gemengelage stößt nun der Europäische Kodex für elektronische Kommunikation¹¹: Er ist am 11. Dezember 2018 in Kraft getreten und muss bis zum 21. Dezember 2020 in nationales Recht umgesetzt werden. Diese Richtlinie der Europäischen Union soll das sektorspezifische Regulierungsrecht fit für die Zukunft machen. Aber gelingt das auch? Wird der Kodex der fortlaufenden Konvergenz der Kommunikationsdienste gerecht oder ebnet der Europäische Gesetzgeber bestehende Unterschiede vielleicht unbesehen und zu weitgehend ein? Antworten auf diese Fragen sind nicht nur für den deutschen Gesetzgeber von Bedeutung, wenn er vor der Aufgabe steht, den Kodex in nationales Recht umzusetzen. Auch wenn es um die Evaluierung und Fortentwicklung des europäischen Rechts durch den EuGH und den Europäischen Gesetzgeber selbst geht, stellen sie sich.

Bisher sind einige Studien und wissenschaftliche Aufsätze zur Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten erschienen, die auf eher beschränktem Raum einen Überblick über die in der Wissenschaft diskutierten Fragen geben und im Vorfeld des Gesetzgebungsprozesses zum Europäischen Kodex für elektronische Kommunikation Vorschläge und Handlungsanweisungen formulieren. Das nun vorliegende Gesetzeswerk hat vor allem oberflächliche und eher überblicksartige Aufmerksamkeit erfahren, ohne dass noch einmal eine Bewertung mit Blick auf OTT-Kommunikationsdienste vorgenommen wurde. Eine Ausnahme ist die Dissertation von Stefan Bulowski, „Regulierung von Internetkommunikationsdiensten“, die Anfang 2019 erschienen ist und sich mit der Anwendbarkeit des Telekommunikationsrechtsrahmens auf OTT-Kommunikationsdienste beschäftigt. Bulowski behandelt die Neuerungen des Europäischen Kodex für elektronische Kommunikation jedoch nur in Ausblicken und konzentriert sich im Kern auf die Rechtslage nach dem deutschen TKG vor etwaigen Änderungen durch den Kodex. So nimmt besonders großen Raum in seiner

¹⁰ Vgl. nur *Europäische Kommission*, Synopsis Report on the public consultation on the evaluation and review of the regulatory framework for electronic communications.

¹¹ ABl. der Europäischen Union v. 17.12.2018, L 321/36.

Arbeit die Diskussion ein, ob OTT-Kommunikationsdienste bereits nach alter Rechtslage hätten reguliert werden können und müssen. Neben dem Werk von Bulowski besteht deshalb ausreichend Raum für meine Arbeit, die sich ganz zentral mit dem Europäischen Kodex für elektronische Kommunikation befassen und insbesondere auch Konsequenzen für die nationale Umsetzung dieser Richtlinie ziehen soll.

Ich lasse mich in meiner Auseinandersetzung mit dem Thema von der übergeordneten Forschungsfrage leiten, wie eine telekommunikationsrechtliche Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten aussehen muss. Diese zentrale Forschungsfrage lässt sich in einem zweiten Schritten in vier untergeordnete Forschungsfragen aufspalten:

1. Müssen OTT-Kommunikationsdienste reguliert werden?
2. In welchem Umfang erfasst das neue europäische Regulierungsregime OTT-Kommunikationsdienste?
3. Ist das europäische Regulierungsregime in dieser Hinsicht aus rechtlicher Sicht zufriedenstellend?
4. Wie könnte eine primärrechts- und verfassungskonforme Umsetzung in nationales Recht aussehen?

Ich nehme mit der Formulierung der Forschungsfragen eine wichtige Einschränkung vor: In dieser Arbeit geht es um OTT-*Kommunikationsdienste*. Damit greife ich mir den telekommunikationsrechtlich relevanten Anteil aus der heterogenen Masse der OTT-Dienste heraus. Denn unter dem Begriff des OTT-Diensts lassen sich so gut wie alle Inhaltsangebote fassen, die über das offene Internet erbracht werden. Dienste wie zum Beispiel Suchmaschinen oder Videoplattformen spielen eine ebenso große, wenn nicht sogar größere Rolle in der digitalen Wirtschaft als OTT-Kommunikationsdienste. Auch bei diesen Angeboten könnte man über eine rechtliche Regulierung nachdenken. Sie sind jedoch nicht Gegenstand der sektorspezifischen Regulierung der elektronischen Kommunikation, die mein Ausgangspunkt ist. Es ließen sich daher nur bedingt gemeinsame Systematiken und rechtliche Strukturen für die unterschiedlichen Regulierungsformen finden. Stattdessen würde jeder dieser Dienste eine völlig eigenständige Analyse und Bewertung unterschiedlicher Rechtsrahmen erfordern. Ich beschränke mich daher auf OTT-Kommunikationsdienste.

Mit meinen Antworten auf die Forschungsfragen ziele ich einerseits darauf ab, zu einer Beurteilung über die Primärrechts- und Verfassungskonformität sowie die rechtspolitische Sinnhaftigkeit der neuen Rechtslage zu kommen. Andererseits will ich auch konkreten Handlungsanweisungen an den nationalen Gesetzgeber erarbeiten, der zur Umsetzung des Europäischen Kodexes für elektronische Kommunikation verpflichtet ist. Um zu diesen Zielen zu gelangen, bediene ich mich der Methoden der Rechtsdogmatik, nähere mich also den für OTT-Kommunikationsdienste relevanten Normen des Europäischen Kodex' für elektronische Kommunikation mit Hilfe der klassischen vier Auslegungsmethoden. Viele Aspekte meiner Arbeit berühren jedoch auch wirtschaftswissenschaftliche Fragen, insbesondere im Feld der Wettbewerbsökonomik. Insoweit bemühe ich mich um ein disziplinübergreifendes Vorgehen und untersuche, wie die ökonomischen Aussagen für das Recht fruchtbar gemacht werden können. Beide Ansätze müssen selbstredend auf einer umfangreichen Literaturrecherche aufbauen, die sowohl rechtswissenschaftliche, als auch wirtschaftswissenschaftliche Arbeiten umfasst. Diese Recherche muss in den Kernbereichen meiner Arbeit erschöpfend sein, kommt jedoch bei den eher am Rand stehenden Fragen nicht um eine gewisse Auswahl herum.

Aus diesen Vorüberlegungen hat sich für meine Arbeit folgendes Vorgehen ergeben: Im ersten Abschnitt des Hauptteils setze ich mich mit dem Begriff des OTT-Kommunikationsdiensts auseinander. Ich stelle eine Definition als Ausgangspunkt für den weiteren Gang der Arbeit auf, erläutere die Funktionsweise der Dienste im Überblick und betrachte die wirtschaftlichen Auswirkungen auf die Telekommunikationsmärkte. Im zweiten Abschnitt beschäftige ich mich mit dem verfassungsrechtlichen Rahmen des Regulierungsrechts auf der einen und der Bedeutung der Verfassung für OTT-Kommunikationsdienste auf der anderen Seite. In dem Abschnitt gehe ich der Frage nach, ob eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten besteht. Ich kann grundlegende Anforderungen an den regulierenden Gesetzgeber aus der Verfassung ableiten, die mir Hinweise für den weiteren Verlauf der Arbeit geben. Im vierten Abschnitt folgt dann die Auseinandersetzung mit dem europäischen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation. Das umfasst ganz zentral den Europäischen Kodex für elektronische Kommunikation, darf aber den Entwurf einer E-Privacy-Verordnung und die Europäische Datenschutzgrundverordnung nicht aussparen. Ich untersuche diese Gesetzeswerke im Hinblick

auf Normen, die künftig für OTT-Kommunikationsdienste Relevanz entfalten können und prüfe ihre Anwendbarkeit und ihre Reichweite in diesem Zusammenhang. Nachdem ich mir auf diese Weise ein Bild vom nun geltenden Rechtsrahmen verschafft habe, nehme ich im fünften Abschnitt, auf Grundlage meiner Erkenntnisse zum verfassungsrechtlichen Rahmen der Regulierung, eine rechtliche und rechtspolitische Bewertung vor. Dabei werde ich aufzeigen, dass der Europäische Kodex aus meiner Sicht strukturelle Probleme aufweist und in Teilen gegen Grundrechte verstößt. Trotz dieses Ergebnisses erarbeite ich schließlich im sechsten Abschnitt konkrete Vorschläge für die Umsetzung des Kodexes in das nationale, einfache Recht. Das erscheint mir deshalb konsequent, weil mir einerseits auch andere Ergebnisse zu den Grundrechtsverstößen vertretbar erscheinen und weil andererseits der nationale Gesetzgeber sich nicht einfach über Europäisches Recht hinwegsetzen kann, solange es nicht gerichtlich für nichtig erklärt wurde.

B. Hauptteil

I. Was sind OTT-Dienste?

Im Zentrum dieser Arbeit stehen die sogenannten Over-the-Top-Dienste des Internets. Genauer: Es geht um OTT-Dienste, die zur Individualkommunikation genutzt werden. Bevor in die Tiefen der rechtlichen Problemstellungen eingetaucht werden kann, lohnt es sich, einige Grundlagen zu erläutern.

1. Begriffsbestimmung und Definition

Es ist nämlich nicht immer klar, was unter dem Begriff *OTT-Dienst* genau zu verstehen ist, obwohl die Bezeichnung mittlerweile in aller Munde ist. Für die rechtliche Einordnung und Behandlung von Sachverhalten müssen diese jedoch auch sprachlich präzise erfasst sein, nur so wird eine überzeugende Subsumtion möglich.

Das Kürzel *OTT*, also *Over-The-Top*, bezieht sich zunächst auf den Vorgang der Datenübertragung, der mit der Erbringung des Dienstes einhergeht. Dieser wird nämlich nicht nur über eine eigene Infrastruktur erbracht, sondern auch über die Netzinfrastruktur der Internetaccessprovider.¹² Die OTT-Diensteanbieter schwimmen sozusagen auf der Oberfläche des Datenstroms der Internetzugangsanbieter mit. Auf diesem technischen Vorgang setzt die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) auf, wenn sie OTT-Dienste darüber bestimmt, was sie nicht sind: Spezialdienste.¹³ OTT-Dienste nutzen keine spezialisierten Netzwerkkapazitäten, die anderen Diensteanbietern nicht ebenfalls zur Verfügung ständen.¹⁴ Daraus lässt sich auch eine positive Definition ableiten, wie der Ansatz des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für Elektronische Kommunikation (GEREK) zeigt: OTT-Dienste sind Inhalte, Dienste oder Applikationen, die dem Endnutzer über das offene Internet erbracht werden.¹⁵ Entscheidend bei beiden Begriffsbestimmungen ist folgendes: Sie legen das Augenmerk auf die Umstände der Datenübertragung bei

¹² Vgl. *Krämer/Wohlfarth*, DEJ 99, S. 72 (73); *Wissenschaftliche Dienste des Bundestages*, WD 10 - 3000 - 060/16, S. 6 f.

¹³ *OECD*, *The Development of Fixed Broadband Networks* (2015), S. 30.

¹⁴ *OECD*, *The Development of Fixed Broadband Networks* (2015), S. 30.

¹⁵ *BEREC*, *Report on OTT Services*, BoR (16) 35, Januar 2016, S. 14.

der Dienstleistung, knüpfen also nicht an inhaltlichen Aspekten an. Dadurch werden die Definitionen sehr weit und erfassen die meisten Inhalteanbieter im Internet.

Das GEREK versucht dem Problem der ausufernden Definition zu begegnen, indem es OTT-Dienste in einem zweiten Schritt in drei Kategorien auf aufschlüsselt: OTT-0, OTT-1 und OTT-2.¹⁶ OTT-0 sind alle OTT-Dienste, die sich als elektronische Kommunikationsdienste im Sinne der Rahmenrichtlinie für elektronische Kommunikation¹⁷ einordnen lassen.¹⁸ Das heißt, es müssen Dienste sein, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen bestehen: Ein Beispiel ist die IP-Telefonie klassischer Telekommunikationsanbieter (TK-Anbieter). OTT-1 sind Dienste, die zwar nicht als elektronische Kommunikationsdienste eingestuft werden können, jedoch potentiell mit diesen in Konkurrenz treten.¹⁹ Damit sind Kurznachrichtendienstleister wie WhatsApp und Co. gemeint. OTT-2 umfasst schließlich alle OTT-Dienste, die nicht in die ersten beiden Kategorien fallen.²⁰

Die Wahl der Kategorien zeigt deutlich, dass das GEREK die OTT-Dienste naturgemäß aus telekommunikationsrechtlicher Perspektive in den Blick nimmt. Letztendlich dürfte nämlich die OTT-2-Gruppe die größte Kategorie darstellen: Erfasst sind audiovisuelle Mediendienste ebenso wie Suchmaschinen oder E-Commerce. Für diese Arbeit vor allem relevant sind dagegen die OTT-0- und OTT-1-Dienste, also die IP-Telefonie-Dienste und Instantmessenger des Internets. Denn ihr Einfluss auf den Telekommunikationssektor ist es, der den Auslöser für diese Arbeit gibt. Dabei weist der wissenschaftliche Arbeitskreis für Regulierungsfragen an der Bundesnetzagentur (WAR) zu Recht darauf hin, dass die Unterscheidung zwischen OTT-0 und OTT-1 nur dann relevant ist, wenn man OTT-1-Dienste nicht als Telekommunikation klassifiziert.²¹ Letztendlich geht es in beiden Kategorien um Individualkommunikation, während dieser Aspekt bei OTT-2-Diensten fehlt. OTT-2-Dienste stehen daher mit Diensten der ersten beiden Kategorien nicht in einem horizontalen, sondern in einem vertikalen Konkurrenzver-

¹⁶ *BEREC*, Report on OTT Services, BoR (16) 35, Januar 2016, S. 15.

¹⁷ Richtlinie 2002/21/EC.

¹⁸ *BEREC*, Report on OTT Services, BoR (16) 35, Januar 2016, S. 15.

¹⁹ *BEREC*, Report on OTT Services, BoR (16) 35, Januar 2016, S. 15.

²⁰ *BEREC*, Report on OTT Services, BoR (16) 35, Januar 2016, S. 15.

²¹ WAR, Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten, S. 3.

hältnis.²² Das heißt, dass sie zwar grundsätzlich Wettbewerbsdruck aufeinander ausüben, dass OTT-2-Dienste aber nicht direkt auf die Nutzer von Kommunikationsdiensten ausgerichtet sind – vielmehr können OTT-2-Dienste die Attraktivität der vorgelagerten Anbieter, insbesondere des Netzbetreibers, sogar noch erhöhen, wenn mit der Nutzung der vorgelagerten Dienste auch ein verstärkter Zugriff auf OTT-2-Dienste möglich ist.²³ OTT-0 und OTT-1 können daher in Abgrenzung zu OTT-2 auch unter den Oberbegriff der OTT-Dienste der Kommunikation gestellt werden.²⁴ Da die Definition des GEREK jedoch als Ausgangspunkt (OTT-0) an den rechtlichen Vorgaben der Rahmenrichtlinie für elektronische Kommunikation anknüpft, nimmt sie eine rechtliche Unterscheidung zwischen den Diensten unhinterfragt hin. Für diese Arbeit ist jedoch entscheidend, das Phänomen der OTT-Kommunikationsdienste vollständig zu erfassen. Die rechtlichen Bedingungen, die dann an dieses gesellschaftliche und wirtschaftliche Phänomen geknüpft werden, möchte ich gerade bewerten. In diesem Kontext wäre es daher widersprüchlich, die Definition des zentralen Begriffs an den bereits vorhandenen rechtlichen Rahmen zu knüpfen.

Krämer/Wohlfarth schlagen im Gegensatz zum GEREK einen ökonomischen Ansatz vor, um OTT-Dienste voneinander abzugrenzen. Sie ziehen drei unterschiedliche Faktoren zur Bestimmung der OTT-Dienste heran:

1. Hat der Dienst ein einseitiges oder ein mehrseitiges Marktmodell gewählt;
2. Ist der OTT-Dienst eher substitutiv oder komplementär zum Geschäftsmodell der Telekommunikationsnetzbetreiber;
3. Welche Anforderungen stellt der Dienst an die Infrastruktur der Telekommunikationsnetzbetreiber?²⁵

Für den Gegenstand dieser Arbeit, also OTT-Dienste der Kommunikation, hat der zweite Faktor die stärkste Aussagekraft. Denn OTT-Dienste der Kommunikation schicken sich an, klassische Telekommunikationsdienste zu substituie-

²² So auch *Fetzer*, ZEW Discussion Paper 16-057, S. 9; *WAR*, Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten, S. 2.

²³ Vgl. Darstellung bei *Fetzer*, ZEW Discussion Paper 16-057, S. 9; *WAR*, Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten, S. 2.

²⁴ So auch *Kühling* in: *Körper/Kühling*, Regulierung – Wettbewerb – Innovation, S. 168 f.

²⁵ So instruiert: *Krämer/Wohlfarth*, DEJ 99, S. 72 (73 f.).

ren.²⁶ Auch der Ansatz von Krämer/Wohlfarth benennt jedoch nicht konkret, was OTT-Kommunikationsdienste ausmacht. Stattdessen soll er den vollständigen OTT-Markt abbilden. Die Fragestellung dieser Arbeit ist allerdings enger, deshalb ist auch eine genauere Definition notwendig.

Die dargestellten Ansätze sind also nicht geeignet, um als Definition für eine Bewertung des Regulierungsregimes zu dienen. Aus ihren Gemeinsamkeiten lassen sich jedoch zwei zentrale Eigenschaften herleiten, die zusammen eine Definition der OTT-Kommunikationsdienste ergeben: Es handelt sich um Dienste, die

1. Individualkommunikation ermöglichen²⁷, das heißt mit klassischen Telekommunikationsdiensten in einem Substitutionsverhältnis stehen und
2. dabei nicht ausschließlich eigene Telekommunikationsinfrastruktur verwenden²⁸, das heißt vorwiegend über das offene Internet erbracht werden²⁹.

Oder kurz und griffig: *Dienste der Individualkommunikation, die nicht ausschließlich über eine eigene physische Infrastruktur erbracht werden.* Durch den Aspekt der Individualkommunikation – damit ist gemeint, dass die Nutzer vor dem Kommunikationsvorgang entscheiden, mit wem sie kommunizieren wollen – können OTT-Kommunikationsdienste von den medialen Angeboten des Internets abgegrenzt werden. Die Website einer Zeitung oder ein Blogeintrag richten sich an eine vorher nicht festgelegte, also potentiell unbegrenzte, Anzahl von Empfängern und fallen daher nicht unter die hier vorgeschlagene Definition. Die Voraussetzung, dass sie nicht ausschließlich über eine eigene physische Infrastruktur erbracht werden, dient dazu, OTT-Kommunikationsdienste von klassischen Telekommunikationsdiensten abzugrenzen. Der Begriff

²⁶ Vgl. dazu Peitz/Schweitzer/Valetti, CERRE Study 2014, S. 14 ff.; Godlovitch/van Gorp/Hausemer/Vassileva/Womersley/Batura, Support Impact Assessment, Teil 1, S. 26 und Teil 2, S. 239 ff.; Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam, Meta-studie Digitale Wirtschaft, S. 99 ff.

²⁷ So auch Bulowski, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 35; Kühling/Schall, CR 10/2015, S. 641 (642 f.); WAR, Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten, S. 4.

²⁸ So auch Krämer/Wohlfarth, DEJ 99, S. 72 f.; Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam, Metastudie Digitale Wirtschaft, S. 88 f.

²⁹ So auch Grünwald/Nüßing, MMR 2016, S. 91 (92), Brown, CLSR 30, S. 357 (358); Thyri, Medien und Recht 2014, 227 (227).

„eigene“ ist dabei nicht nur so zu verstehen, dass die OTT-Kommunikationsdienste die Infrastruktur nicht selbst betreiben dürfen. Vielmehr kommt es zusätzlich darauf an, dass sie noch nicht einmal eine rechtliche Kontrolle über die genutzte Infrastruktur ausüben, also nicht auf die technische Qualität der Kommunikation Einfluss nehmen können.³⁰ Damit sind sogenannte Reseller, also Anbieter, die Telekommunikationsdienste bei Netzbetreibern ein- und dann weiterverkaufen,³¹ nicht von der Definition der OTT-Kommunikationsdienste erfasst. Denn Reseller haben vertraglichen Einfluss auf die Qualität der Kommunikation.³² Letztendlich betreiben die OTT-Kommunikationsdienste damit keine physischen, sondern virtuelle Netzwerke aus ihren Nutzern und deren personenbezogenen Daten.³³ Wichtig ist darüber hinaus auch die Einschränkung, dass die Dienste „nicht ausschließlich“ über eigene Infrastruktur erbracht werden dürfen: Das heißt umgekehrt, dass sie zumindest teilweise über ein eigenes Netz übertragen werden können. Mit diesem Aspekt der Definition möchte ich verhindern, dass Anbieter herausfallen, die sogenannte Content Delivery Networks verwenden, also ihren Datenstrom zunächst über ein eigenes Netz leiten und dann räumlich näher am Empfänger erst in das offene Internet einspeisen.³⁴ Denn die entsprechenden Anbieter erlangen nur eine ganz rudimentäre Form der Kontrolle über die Datenübertragung. Diese Praxis ist bei OTT-Kommunikationsdiensten derzeit nicht verbreitet, das könnte sich jederzeit ändern.

Die hier vorgeschlagene Definition ist damit bestimmt genug, um eine juristische Auseinandersetzung zu ermöglichen. Die Dienste, die unter den Begriff fallen, bleiben auch ähnlich genug, um potentiell eine einheitliche regulatorische Kategorie zu bilden: Das Merkmal der Individualkommunikation gibt den Diensten eine klare Identität, mit der der Nutzer bestimmte Erwartungen verknüpft. Sie stechen damit aus der Masse der OTT-Angebote des Internets heraus.

³⁰ Zum Aspekt der rechtlichen Kontrolle in der alten Rechtslage des TKG: *Gersdorf*, K&R 2/2016, S. 91 (96 f.).

³¹ Vgl. dazu insbesondere *Gersdorf*, K&R 2/2016, S. 91 (96 f.).

³² *Gersdorf*, K&R 2/2016, S. 91 (96 f.).

³³ Vgl. *Krämer/Wohlfarth*, DEJ 99, S. 71 (76).

³⁴ Vgl. *Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam*, Metastudie Digitale Wirtschaft, S. 89; So geht z.B. Netflix vor.

2. Funktionsweise

Um nachvollziehen zu können, wo Ähnlichkeiten zu den klassischen Telekommunikationsdiensten liegen und welche Aspekte der Telekommunikationsregulierung vielleicht gerade nicht auf OTT-Dienste passen, braucht es ein zumindest grundlegendes Verständnis ihrer Funktionsweise.

Die Begriffsbestimmung der OTT-Dienste enthält bereits einen ersten Hinweis: Sie werden über das offene Internet erbracht und benötigen daher keine eigene Telekommunikationsinfrastruktur. Aus informationstechnischer Sicht bewegen sich die Dienste auf der Anwendungsebene.³⁵ Dort bilden sie mittels ihres jeweiligen Funktionsmodells logische – das heißt in Abgrenzung zu physischen Netzen, virtuelle – Netze zwischen den Nutzern, um eine direkte Interaktion zwischen Empfänger und Versender zu ermöglichen.³⁶ Dabei kommen sowohl standardisierte, als auch nicht offengelegte Anwendungsprotokolle zum Einsatz.³⁷ Standardisierte Protokolle ermöglichen zum Beispiel E-maildiensten Interoperabilität, während die Nutzer von Diensten wie WhatsApp oder Skype, die proprietäre Protokolle nutzen, nur untereinander kommunizieren können.³⁸

Die ersten OTT-Kommunikationsdienste in heutiger Form traten Mitte der 1990er Jahre auf.³⁹ Ihr bekanntester Vertreter in dieser Anfangszeit war der Dienst ICQ, der sich zeitweise großer Beliebtheit erfreute und dem Siegeszug der heutigen OTT-Kommunikationsdienste den Weg ebnete.⁴⁰ Diese Dienste lassen sich in der Regel einem von zwei Modellen zuordnen: Dem Player-to-Player-Modell (P2P) und seiner Unterformen oder dem Server-Client-Modell.⁴¹

³⁵ Raabe/Dinger/Hartenstein, K&R Beihefter 1/2007, S. 1 (5); Kühling/Schall, CR 10/2015, 641 (643).

³⁶ Raabe/Dinger/Hartenstein, K&R Beihefter 1/2007, S. 1 (3).

³⁷ Kühling/Schall, CR 10/2015, 641 (644).

³⁸ Vgl. auch Kühling/Schall, CR 10/2015, 641 (644).

³⁹ Meletiadou, Moderne Instant Messaging Systeme als Plattform für sicherheitskritische kollaborative Anwendungen 2010, S. 14.

⁴⁰ Vgl. Meletiadou, Moderne Instant Messaging Systeme als Plattform für sicherheitskritische kollaborative Anwendungen 2010, S. 26.

⁴¹ Kühling/Schall, CR 10/2015, S. 641 (644); Scherer/Feiler/Heinickel/Lutz, Digitaler Kodex, S. 16; Meletiadou, Moderne Instant Messaging Systeme als Plattform für sicherheitskritische kollaborative Anwendungen 2010, S. 14.

a) Datenübertragung über das offene Internet

Das Internet setzt sich aus vielen Einzelnetzen verschiedener Internetaccessprovider zusammen, die untereinander Übertragungsvereinbarungen (sogenannte Peeringvereinbarungen) getroffen haben.⁴² Zu versendende Dateien werden in Datenpakete aufgespalten und reisen nach dem „Best-Effort-Prinzip“ über die Netze: Das heißt, sie werden ohne Ansehung des Inhalts über den im jeweiligen Moment schnellsten Weg geschickt.⁴³ Das Empfangsgerät setzt die Datenpakete dann wieder zusammen. Diese Form der Kommunikation ist die Grundlage der OTT-Dienste, deren gesamtes Angebot mittels der Datenpakete erbracht wird.

b) Die verschiedenen Funktionsmodelle der OTT-Kommunikationsdienste

Die grundlegende Architektur der OTT-Kommunikationsdienste ist zunächst einmal unabhängig vom Übertragungsmodell meist gleich: Der Nutzer registriert sich beim Anbieter und legt ein Profil an, mit dem der Anbieter ihn identifizieren kann.⁴⁴ Meldet sich der Nutzer dann an – geht er also „online“, fragt der sogenannte Präsenzserver des Anbieters die für den Verbindungsaufbau notwendigen Daten beim Nutzer ab, also vornehmlich die IP-Adresse und die Portnummer.⁴⁵ Außerdem wird auch die Kontaktliste des Nutzers an den Präsenzserver übertragen, der nun abgleicht, ob und welche der Kontakte gerade selbst „online“ sind.⁴⁶ Die entsprechenden Informationen inklusive der jeweiligen IP-Adressen und Portnummern werden dann an den Nutzer zurück übermittelt, damit dieser eine Kommunikationsverbindung mit den jeweiligen Kontakten herstellen kann.⁴⁷ Wie genau diese Kommunikationsverbindung aussieht, unterscheidet sich nun von Dienst zu Dienst. Hier kommen die verschie-

⁴² *Bleich, c't 7/2005, S. 8893.*

⁴³ *Laxton, 2006 Duke L. & Tech. Rev. 15, 3 (2006); Nolden, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, § 41 a Rn. 6, 7.*

⁴⁴ *Meletiadou, Moderne Instant Messaging Systeme als Plattform für sicherheitskritische kollaborative Anwendungen 2010, S. 26 f.*

⁴⁵ *Meletiadou, Moderne Instant Messaging Systeme als Plattform für sicherheitskritische kollaborative Anwendungen 2010, S. 26 f.*

⁴⁶ *Meletiadou, Moderne Instant Messaging Systeme als Plattform für sicherheitskritische kollaborative Anwendungen 2010, S. 27.*

⁴⁷ *Meletiadou, Moderne Instant Messaging Systeme als Plattform für sicherheitskritische kollaborative Anwendungen 2010, S. 27.*

denen Kommunikationsprotokolle – standardisiert oder proprietär – und die unterschiedlichen Übertragungsmodelle – P2P oder Server-Client⁴⁸ – ins Spiel.

(1) P2P-Modelle

Die P2P-Modelle werden mittlerweile nur noch selten verwendet.⁴⁹ Sie erfordern lediglich, dass der Nutzer die Anwendung des Anbieters – meist in Form einer Applikation bzw. „App“ – auf seinem Endgerät installiert.⁵⁰ Die Anwendungen auf den Endgeräten nehmen dann selbstständig über das offene Internet Kontakt untereinander auf, entweder ganz ohne dass der Server des Anbieters involviert wäre – allerdings müssen die Kontaktdaten des jeweiligen Empfängers dafür bekannt sein – oder so, dass der Server lediglich eine Hilfs- oder Adressfunktion übernimmt – dann handelt es sich um sogenanntes „Brokered P2P“.⁵¹ Eine weitere Möglichkeit ist das „hybride P2P“, hier besteht kein zentraler Server, sondern eine Vielzahl von sogenannten „Super Nodes“ – das sind Nutzer, die zu übergeordneten Knotenpunkten gemacht werden –, die jeweils eigene Netze von Nutzern miteinander koordinieren.⁵² Die P2P-Modelle sind jedoch weitestgehend von den Server-Client-Modellen abgelöst worden.

(2) Server-Client-Modell

Bei Diensten, die nach dem Server-Client-Modell arbeiten, lassen sich zwei zentrale Aspekte identifizieren: Auf der einen Seite steht auch hier die meist vom Anbieter gelieferte Software, die auf dem Endgerät des Kunden installiert wird. Auf der anderen Seite steht ein Server des Anbieters, der die Anwendung mit den notwendigen Daten versorgt, um den Dienst zu erbringen.⁵³ Diese Daten können zum Beispiel Videodaten sein, die es der Anwendung ermöglichen, Videoclips abzuspielen, oder auch die Nachrichten eines Kommunikationspart-

⁴⁸ Vgl dazu grundlegend *Kurose/Ross*, Computernetzwerke, S. 111 f.

⁴⁹ *Schumacher*, K&R 2015, S. 771 (773).

⁵⁰ *Raabe/Dinger/Hartenstein*, K&R Beihefter 1/2007, S. 1 (3 f.).

⁵¹ *Meletiadou*, Moderne Instant Messaging Systeme als Plattform für sicherheitskritische kollaborative Anwendungen 2010, S. 32; *Schumacher*, K&R 2015, S. 771 (773); vgl. auch vereinfachte Darstellung bei *Grünwald/Nüßing*, MMR 2016, S. 91 (92).

⁵² *Raabe/Dinger/Hartenstein*, K&R Beihefter 1/2007, S. 1 (3); *Meletiadou*, Moderne Instant Messaging Systeme als Plattform für sicherheitskritische kollaborative Anwendungen 2010, S. 32.

⁵³ Dazu *Meletiadou*, Moderne Instant Messaging Systeme als Plattform für sicherheitskritische kollaborative Anwendungen 2010, S. 31.; *Kurose/Ross*, Computernetzwerke, S. 33; *Schumacher*, K&R 2015, S. 771 (773); vgl. auch vereinfachte Darstellung bei *Grünwald/Nüßing*, MMR 2016, S. 91 (92).

ners, die auf dem Server zwischengespeichert werden.⁵⁴ Die Anwendungen auf den Endgeräten kommunizieren also nicht untereinander, sondern jeweils ausschließlich mit dem Anbieterserver, der so einen Knotenpunkt zwischen den Kommunikationspartnern bildet. Im Kommunikationsbereich halten die Server häufig konstante Verbindungen zu den Nutzern und gegebenenfalls zu anderen Servern aufrecht und bilden so virtuelle Netze innerhalb des Netzwerks der Accessprovider.⁵⁵

c) Content-Delivery-Networks

Eine gewisse Abkehr vom Prinzip der Kommunikation über das offene Internet stellen die sogenannten „Content-Delivery-Networks“ (CDN) dar. Das sind eigene Telekommunikationsnetzwerke der OTT-Diensteanbieter, die es ermöglichen sollen, die Daten für den Nutzer räumlich näher an dessen Endgeräten ins offene Internet einzuspeisen.⁵⁶ Dies ist insbesondere bei Videodateien wichtig, da hier schon geringe Qualitätsverluste zu einer spürbaren Verschlechterung der Erfahrung beim Nutzer führen. Diese Qualitätsverluste sind für die meisten OTT-Kommunikationsdienste nur in einem geringeren Maße relevant, da sie in der Datenübertragung sparsamer sind – eine Ausnahme dürfte höchstens die Videotelefonie bilden. Im Kommunikationssektor haben sich CDN daher noch nicht verbreitet. Auch bei dem Einsatz von Content-Delivery-Networks legen die Datenpakete allerdings den letzten Teil der Strecke zum Endgerät über das offene Internet zurück. Insoweit ist also keine Neubewertung der OTT-Definition erforderlich (s. schon o. unter I. 1.).

3. Der typische OTT-Kommunikationsdienst

Sowohl die Begriffsbestimmung als auch die Erläuterung der verschiedenen technischen Funktionsweisen treffen zunächst nur allgemeine Feststellungen zu den OTT-Kommunikationsdiensten. In der Praxis hat sich aber eine bestimmte Form des OTT-Kommunikationsdienst als derzeit typisch herausgestellt: Dabei handelt es um Dienste, die über eine App auf dem Smartphone

⁵⁴ *Meletiadou*, Moderne Instant Messaging Systeme als Plattform für sicherheitskritische kollaborative Anwendungen 2010, S. 31; vgl. auch *Grünwald/Nüßing*, MMR 2016, 91 (92 f.).

⁵⁵ *Kühling/Schall*, CR 10/2015, 641 (644).

⁵⁶ *Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam*, Metastudie Digitale Wirtschaft, S. 89.

genutzt werden⁵⁷, keinen Zugriff auf den nationalen Nummernplan haben⁵⁸ und ein nicht monetäres Geschäftsmodell verfolgen⁵⁹ – das heißt, sie sind nicht auf einen Geldpreis ausgerichtet, sondern finanzieren sich über Werbung und die Erhebung personenbezogener Daten ihrer Nutzer. Dabei handelt es sich allerdings lediglich um eine Momentaufnahme, die mit Vorsicht zu behandeln ist: Die stets rasante Entwicklung der digitalen Märkte kann sie in kurzen Zeiträumen obsolet werden lassen.

4. Auswirkung auf die Märkte

Die Märkte für elektronische Kommunikation stellen ein auch aus ökonomischer Sicht komplexes Gebilde dar.⁶⁰ Diese Märkte sind durch drei entscheidende Merkmale geprägt: Sie weisen sowohl direkte als auch indirekte externe Effekte (auch: Netzwerkeffekte) auf; sie zeigen komplementäre Beziehungen zwischen Diensten und Zugangsprodukten; sie setzen sich aus Anbietern mit teilweise sehr unterschiedlichen Geschäftsmodellen zusammen.⁶¹

Im Kommunikationssektor spielen sogenannte positive Netzwerkeffekte eine besonders zentrale Rolle.⁶² Mit dem Begriff „Netzwerkeffekt“ ist gemeint, dass der Nutzen eines Guts oder Dienstes mit zunehmender Nutzerzahl immer weiter steigt.⁶³ Bei elektronischen Kommunikationsnetzen und Diensten liegt ihre Existenz auf der Hand: Für einen Nutzer ist ein Kommunikationsangebot umso attraktiver, je mehr andere Nutzer er darüber erreichen kann. Diese direkten Netzwerkeffekte stehen bei klassischen Telekommunikationsanbietern im Vordergrund. Bei OTT-Kommunikationsdiensten können noch indirekte Netzwerkeffekte hinzutreten.⁶⁴ Das heißt, dass der Wert des virtuellen Netzwerks durch

⁵⁷ Vgl. nur WhatsApp, Telegram, Threema.

⁵⁸ Atypisch in dieser Hinsicht z.B. Skype Out.

⁵⁹ Vgl. nur Telegram, Threema, in Europa auch WhatsApp, für das Hauptangebot auch Skype.

⁶⁰ Ein Überblick über den Aufbau des Kommunikationsmarkts verschafft *Peitz/Schweitzer/Valetti*, CERRE Study 2014, S. 21 ff.; vgl. auch *Van Gorp/Batura*, Econ Study 2015, S. 17 ff.; *Martinéz/Barroso/Valderrama/Calle/González-Calero*, A Level Playing Field for the digital Ecosystem, S. 10 ff.; *Wissenschaftliche Dienste des Bundestags*, WD 10 - 3000 - 060/16, S. 4 ff.

⁶¹ *Peitz/Schweitzer/Valetti*, CERRE Study 2014, S. 25; *Homann* in: Bundesnetzagentur, Konferenzband OTT, S. 8.

⁶² Vgl. *Motta*, Competition Policy, S. 82 ff.

⁶³ Dazu *Motta*, Competition Policy, S. 82.

⁶⁴ *Krämer/Wohlfarth*, DEJ 99, S. 71 (78); *Graef*, Telecommunications Policy 39, Nr. 6, S. 502 (503 f.).

die Anzahl der verknüpften Endnutzer nicht nur für sie selbst steigt – dann direkter Netzwerkeffekt –, sondern dass auch eine etwaige andere Seite des vom Dienst gebildeten Markts, das sind beispielsweise Werbetreibende, von hohen Nutzerzahlen profitieren – dann indirekter Netzwerkeffekt.⁶⁵ Diese Netzwerkeffekte können zu einer sehr hohen Kundenbindung führen, da Nutzer vor neuen Kommunikationsangeboten zurückscheuen, wenn über diese kaum jemand erreicht werden kann.⁶⁶ Diese Auswirkung kann bis hin zu einer „Fesselung“ der Nutzer an ihren Anbieter führen – dem sogenannten Lock-In-Effekt.⁶⁷ Netzwerkeffekte können es Neueinsteigern auf den Kommunikationsmärkten deshalb erschweren, Fuß zu fassen.

Unter komplementären Beziehungen ist zu verstehen, dass Diensteanbieter wie OTT-Kommunikationsdienste einerseits den Wert eines Internetanschlusses steigern – Nutzer sind eher bereit, sich einen Internetanschluss zuzulegen, wenn sie darüber eine Vielzahl von Diensten abrufen können –, andererseits die Diensteanbieter ohne den Internetanschluss ihre Kunden nicht erreichen und damit überhaupt keinen Wert besitzen würden.⁶⁸

OTT-Dienste sind eine disruptive Innovation.⁶⁹ Das heißt, dass es sich bei ihnen nicht um eine schrittweise Fortentwicklung bestehender Produkte und Dienstleistungen handelt, wie bei herkömmlichen Innovationen, sondern, dass sie ihre Vorgänger vollständig verdrängen.⁷⁰ Ihre Vorgänger, das sind im Bereich der Individualkommunikation die klassischen Telekommunikationsdienste – insbesondere Sprachtelefonie und SMS. Und tatsächlich zeigen Studien, dass die letzten Jahre einen starken Anstieg der Nutzung von OTT-Kommunikationsdiensten verzeichnen, während die Nutzung von klassischen Telekommunikationsdiensten rückläufig ist:⁷¹ Die über OTT-Dienste abgewickelten Gesprächsminuten im Rahmen der Sprachtelefonie haben sich seit 2011 nahezu verdoppelt, während

⁶⁵ Vgl. Krämer/Wohlfarth, DEJ 99, S. 71 (78).

⁶⁶ Dazu Motta, Competition Policy, S. 83 f.

⁶⁷ Motta, Competition Policy, S. 83 f.

⁶⁸ Peitz/Schweitzer/Valetti, CERRE Study 2014, S. 25 f.

⁶⁹ So etwa Monopolkommission, Sondergutachten 73, Rn. 150; Homann in: Bundesnetzagentur, Konferenzband OTT, S. 7.

⁷⁰ Monopolkommission, Sondergutachten 73, Rn. 150.

⁷¹ Vgl. ausführlich: Peitz/Schweitzer/Valetti, CERRE Study 2014, S. 14 ff.; Godlovitch/van Gorp/Hausemer/Vassileva/Womersley/Batura, Support Impact Assessment, Teil 1, S. 26 und Teil 2, S. 239 ff.; Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam, Metastudie Digitale Wirtschaft, S. 99 ff.

die Anzahl der Gesprächsminuten in klassischer Telekommunikation stagnierend bis rückläufig sind.⁷² Die Anzahl der versendeten Kurznachrichten per OTT-Anbieter hat die Anzahl der versendeten SMS bereits 2013 überflügelt.⁷³ Ein Moment, der auch in den Medien als Wendepunkt im Kommunikationsverhalten unserer Gesellschaft empfunden wurde.⁷⁴ Ein Grund für diesen Erfolg liegt darin, dass OTT-Anbieter ihre Dienste dem Nutzer häufig sehr günstig oder sogar unentgeltlich anbieten. Stattdessen „zahlt“ der Kunde in der Regel mit seinen persönlichen Daten und seiner Aufmerksamkeit für Werbepartner des OTT-Dienstleisters.⁷⁵

Die klassischen Telekommunikationsanbieter sehen sich deshalb unter Druck.⁷⁶ Ihr Geschäftsmodell steht den Null-Preis-Geschäftsmodellen diametral gegenüber. Denn es basierte bisher auf den monetären Einkünften aus Sprachtelefonie- und SMS-Angeboten. Ihr Umsatz in diesen Sparten schrumpft seit dem Aufkommen der OTT-Kommunikation immer weiter.⁷⁷ Das hatte bisher zwei Konsequenzen: Die Telekommunikationsnetzbetreiber versuchen einerseits die OTT-Anbieter, die ja über ihre Netze abgerufen werden, zur Zahlung einer Transportgebühr zu bewegen, oder drohen, die entsprechenden Datenpakete zu blockieren oder zu verlangsamen – das mündete in der hitzig geführten Debatte um die Netzneutralität.⁷⁸ Andererseits fordern sie, dass OTT-Dienste in das Regulierungssystem des Telekommunikationsrechts aufgenommen werden müssen, da ansonsten ein – ihrer Ansicht nach ungerechtes – Ungleichgewicht, also kein „Level-Playing-Field“, auf den Kommunikationsmärkten bestehe.⁷⁹

⁷² *Monopolkommission*, Sondergutachten 73, Rn. 161 ff.

⁷³ *Monopolkommission*, Sondergutachten 73, Rn. 162 (Daten von VATM/Dialog Consult).

⁷⁴ Statt vieler: *Weigert*, Bye bye SMS, Zeit 2013; *Hoffmann*, Studie: WhatsApp überholt SMS; Computer Bild 2013.

⁷⁵ *WAR*, Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten, S. 2; OTT-Geschäftsmodell 2 wie beschrieben bei: *Van Gorp/Batura*, Econ Study 2015, S. 21 f.; vgl. auch Überblick bei *Schweitzer* in: *Körper/Kühling*, Regulierung – Wettbewerb – Innovation, S. 272 ff.

⁷⁶ Vgl. *Van Gorp/Batura*, Econ Study 2015, S. 18; *Crane* in: Bundesnetzagentur, Konferenzband OTT, S. 5.

⁷⁷ *Monopolkommission*, Sondergutachten 73, Rn. 160.

⁷⁸ Überblick dazu bei *Beckmann/Müller* in: *Hoeren/Sieber/Holznapel*, Multimediarecht, Teil 10: Kartellrecht, Rn. 9 ff.

⁷⁹ So z.B. im Auftrag von Telefonica: *Martinéz/Barroso/Valderrama/Calle/González-Calero*, A Level Playing Field for the digital Ecosystem; vgl. auch *Briegleb*, MWC: Carrier vs. Inter- netkonzerne - Netzbetreiber fordern ein „Level Playing Field“, heise online 2015.

Allerdings sind die Ansichten dazu, ob OTT-Dienste wirklich eine Konkurrenz zu den klassischen Telekommunikationsdiensten darstellen, gemischt.⁸⁰

Wie stark der Einfluss der OTT-Dienste auf die Telekommunikationsmärkte wirklich ist, lässt sich derzeit nur schwer bestimmen. Da sie bisher noch nicht unter das Regime der Kommunikationsregulierung gefasst wurden⁸¹, bestand für die Regulierungsbehörden keine Möglichkeit, Auskünfte von den OTT-Anbietern einzufordern, an denen eine Analyse ansetzen könnte. Andererseits wurden die OTT-Dienste bei den Märkteempfehlungen der europäischen Kommission immerhin erwähnt.⁸²

5. Ergebnis

Für den Fortgang dieser Arbeit ist unter dem Begriff „OTT-Kommunikationsdienst“ ein Dienst zu verstehen, der Individualkommunikation, nicht ausschließlich über eine eigene physische Infrastruktur erbringt. In ihrer technischen Funktionsweise unterscheiden sich diese OTT-Kommunikationsdienste stark: Sie lassen sich grob in P2P-Modelle und Server-Client-Modelle einteilen; zentrale technische Gemeinsamkeit ist aber, dass sie per Best-Effort-Prinzip über das offene Internet übertragen werden. Ihre Präsenz auf den Kommunikationsmärkten ist dagegen einheitlich spürbar: Die klassischen Telekommunikationsanbieter stehen unter wirtschaftlichen Druck – nicht zu Letzt, weil viele OTT-Kommunikationsdienste daten- oder werbeabhängige und damit Null-Preis-Geschäftsmodelle verfolgen.

⁸⁰ Ablehnend: *Grünwald/Nüssing*, MMR 2016, 91 (96); *Shortall*, ENLR 2, 2016, S. 118 (118 f.).

⁸¹ Erstmals durch das VG Köln, 11.11.2015, Az. 21 K 450/15.

⁸² *Europäische Kommission*, Märkteempfehlung TK 2014, ErwGr. 10 und Fn. 2.

II. Der verfassungsrechtliche und EU-primärrechtliche Rahmen für die Regulierung

Ein in der Diskussion um die Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten häufig angebrachtes Schlagwort ist das – fehlende – Level Playing Field auf den Kommunikationsmärkten. Insbesondere Anbieter klassischer Telekommunikationsdienste tragen vor, dass die Anwendung des Regulierungsregimes auf sie, jedoch nicht auf ihre OTT-Konkurrenz, ungerecht sei. In dieser Argumentation schwingt der Gedanke mit, der Gesetzgeber sei zu einer bestimmten Regulierung verpflichtet. Eine solche Pflicht könnte sich nur aus dem Verfassungsrecht ergeben.

Im nun folgenden Kapitel II werde ich daher untersuchen, ob die Europäische Grundrechtecharta und das deutsche Grundgesetz für die Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten konkrete Anforderungen aufstellen. Ob und wie also OTT-Kommunikationsdienste reguliert werden müssen. Sowohl die Grundrechte des Grundgesetzes als auch der Europäischen Grundrechtecharta können bei der Bewertung des kommunikationssektorspezifischen Regulierungsrechts eine Rolle spielen: Nach aktueller Rechtsprechung des BVerfG hängt das davon ab, wie viel Handlungsspielraum der Europäische dem nationalen Gesetzgeber gelassen hat.⁸³ Bei zwingendem und vollharmonisiertem Europäischen Recht genießen die Europäischen Grundrechte Vorrang.⁸⁴ Bleibt dem nationalen Gesetzgeber ein Umsetzungsspielraum, wendet das BVerfG die Grundrechte des Grundgesetzes in der Regel vorrangig an.⁸⁵

Die deutschen Grundrechte binden gemäß Art. 1 Abs. 3 GG sowohl den Gesetzgeber, als auch die Verwaltung – unter anderem in Gestalt der Regulierungsbehörden. Die Europäische Grundrechtecharta (GRCh) erlangt durch Art. 6 Abs. 1 EUV Bindungswirkung und richtet sich gemäß Art. 51 GRCh sowohl an die Organe und Einrichtungen der Union als auch an die Mitgliedsstaaten, soweit sie Recht der Union durchführen. Die Grundrechte verschaffen den Anbietern von OTT-Kommunikation also gegebenenfalls Abwehrrechte gegen die Regulierung durch den Gesetzgeber. Andererseits können sich aus den Grundrechten und

⁸³ BVerfG, Bschr. v. 6.11.2019, Az. 1 BvR 16/13, Rn. 42 ff.; BVerfG, Bschr. v. 6.11.2019, Az. 1 BvR 276/17, Rn. 33 ff.

⁸⁴ BVerfG, Bschr. v. 6.11.2019, Az. 1 BvR 276/17, Rn. 33 ff.

⁸⁵ BVerfG, Bschr. v. 6.11.2019, Az. 1 BvR 16/13, Rn. 42 ff.

aus anderen Aspekten der Verfassung auch rechtliche Positionen – zum Beispiel in Form staatlicher Schutzpflichten, die insbesondere die Endnutzer schützen – ergeben, die den Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Regulierungsregimes stärken. Für den Kommunikationssektor sind insbesondere der Allgemeine Gleichheitssatz, das Fernmeldegeheimnis, die informationelle Selbstbestimmung, die Berufsfreiheit und die Eigentumsfreiheit relevant. Daneben spielen die Staatszielbestimmungen, Art. 87 f GG und das Verhältnismäßigkeitsprinzip als allgemeiner Prüfmaßstab eine wichtige Rolle. Sie werden im Folgenden untersucht. Am Anfang jedes Unterabschnitts steht ein Überblick über das herrschende rechtliche Verständnis des jeweils behandelten Verfassungsrechts. Es folgt ein Absatz zur europäischen Grundrechtecharta, soweit sie vergleichbare Regelungen enthält. Zu Schluss stelle ich die Konsequenzen für das Regulierungsrecht im Allgemeinen und die Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten im Besonderen dar.

1. Anwendbarkeit der Grundrechte auf OTT-Kommunikationsanbieter

Bei den Anbietern von OTT-Kommunikationsdiensten handelt es sich in aller Regel um Unternehmen, also juristischen Personen. Dank Art. 19 Abs. 3 GG kommen auch juristische Personen in den Genuss des Grundrechtsschutzes, wenn diese Rechte ihrem Wesen nach auf juristische Personen anwendbar sind. Wie diese wesensgemäße Anwendbarkeit zu bestimmen ist, ist allerdings umstritten.

Das BVerfG spricht davon, dass ein Durchgriff auf die hinter der juristischen Person stehenden natürlichen Personen möglich sein muss: Die Bildung und Betätigung der juristischen Person muss Ausdruck der freien Entfaltung der natürlichen Personen sein und eine Anwendung der Grundrechte deshalb sinnvoll und notwendig erscheinen.⁸⁶ So möchte das Gericht den Zusammenhang mit dem individuellen Freiheitsschutz wahren.⁸⁷ In der Literatur findet man dagegen einige Stimmen, die einen anderen Ansatz befürworten: Aus dem Wortlaut des Art. 19 Abs. 3 GG, der gerade nicht von einem Durchgriff auf natürliche Personen spricht, lasse sich ableiten, dass die juristische Person in einer vergleich-

⁸⁶ Dazu BVerfGE 21, 362 (368 f.); 68, 193 (205 f.); 106, 28 (42).

⁸⁷ Vgl. BVerfGE 21, 362 (368 f.); 61, 82 (101); 106, 28 (42 f.).

baren grundrechtlichen Gefahrenlage sein muss, wie eine natürliche Person.⁸⁸ In den meisten Fällen kommen beide Ansätze zu den gleichen Ergebnissen.

Wenn es um die Regulierung eines Wirtschaftssektors wie des Telekommunikationssektors geht, bestehen allerdings Besonderheiten: Gerade TK-Anbieter können als große Kapitalgesellschaften, deren Anleger teilweise wieder selbst juristische Personen sind, eine große Distanz zu dem im Sinne des BVerfG zu schützenden individuellen Freiheitsraum aufweisen.⁸⁹ Dies könnte, folgt man der Argumentation des BVerfG zu der Notwendigkeit führen, Grundrechtsschutz nur von Fall zu Fall anzusetzen, während es mit dem Ansatz der vergleichbaren Gefahrenlage wohl einfacher sein dürfte, OTT-Kommunikationsdienste in den Schutzbereich der Grundrechte zu fassen. In der Praxis der Rechtsprechung lässt sich jedoch die Tendenz beobachten, dass solche Zweifelsfälle nicht auf der Schutzbereichsebene geklärt werden, sondern für juristische Personen mit großer Entfernung zur individuellen Freiheitssphäre eine Abschwächung des Grundrechtsschutzes auf Rechtfertigungsebene angenommen wird.⁹⁰ Sprich: Die Gerichte setzen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung die Belange des Unternehmens niedriger an, als sie es mit einer natürlichen Person getan hätten.⁹¹ Teilweise nehmen sie eine ähnliche Sozialbindung für juristische Personen an, wie es eigentlich nur die Eigentumsfreiheit des Art. 14 GG vorsieht.⁹² Damit ist gemeint, dass die jeweiligen Unternehmen Einschränkungen ihrer Berufsfreiheit und anderer Grundrechte aus dem Grund hinnehmen müssen, dass ihre Dienstleistung von Relevanz für die Allgemeinheit ist. Der Ansatz der Rechtsprechung dürfte dazu führen, dass sich OTT-Kommunikationsanbieter in der Regel auf bestimmte Grundrechte berufen können, dem Gesetzgeber jedoch eine höhere Eingriffsintensität zu gestanden wird, als es bei der Regulierung von natürlichen Personen der Fall gewesen wäre. Diese Lösung erzielt einen Kompromiss zwischen einem möglichst großen Schutzzumfang der Grundrechte und einer Berücksichtigung der Gemeinwohlbezogenheit der Regulie-

⁸⁸ Vgl. *Huber*, in: Magoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 19, Rn. 205 ff.; kritisch *Remmert*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, GG Art. 19 Abs. 3. Rn. 27 ff.

⁸⁹ Vgl. allgemein für große Kapitalgesellschaften *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 4, Rn. 70.

⁹⁰ Vgl. BVerfGE 106, 28 (42).

⁹¹ So z.B. schon BVerfGE 50, 290 (339 ff.).

⁹² Vgl. *Lepsius*, in Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 4, Rn. 72.

nung, die die Position des Gesetzgebers stärkt. Sie erscheint deshalb sachgerecht.

Sowohl bei einigen TK-Konzernen als auch bei OTT-Kommunikationsanbietern tritt darüber hinaus noch hinzu, dass die Inhaber häufig keine deutschen oder EU-Bürger sind⁹³, bzw. der Sitz des Unternehmens außerhalb der EU liegt⁹⁴, Art. 19 Abs. 3 GG den Grundrechtsschutz aber nur inländischen juristischen Personen gewährt. So sind z.B. die bekannten OTT-Kommunikationsanbieter WhatsApp und Skype in der Hand der US-amerikanischen Unternehmen Facebook bzw. Microsoft.

In der Europäischen Grundrechtecharta fehlt eine dem Art. 19 Abs. 3 GG vergleichbare Regelung. Das bedeutet jedoch nicht, dass juristischen Personen kein europäischer Grundrechtsschutz zukommt, denn der Schutz der Grundrechtecharta soll weder hinter dem bereits vor dem Erlass der Charta durch den EuGH erreichten Niveau⁹⁵ noch gemäß Art. 52 Abs. 3 GRCh hinter der EMRK zurückstehen. Sowohl in der Rechtsprechung des EuGH als auch in der EMRK ist ein Grundrechtsschutz für juristische Personen anerkannt.⁹⁶ Es muss bei jedem Grundrecht einzeln durch Auslegung ermittelt werden, ob es auch auf juristische Personen Anwendung finden soll.⁹⁷ Die für OTT-Kommunikationsanbieter besonders relevanten Grundrechte, wie die Berufs- und die unternehmerische Freiheit, das Eigentumsrecht oder auch die Meinungsfreiheit wurden vom EuGH bereits auf juristische Personen des Privatrechts angewendet.⁹⁸ OTT-Kommunikationsanbieter werden sich also auf diese Grundrechte berufen können, wenn sie regulatorischen Eingriffen ausgesetzt sind.

⁹³ Problematisierend *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 4, Rn. 70.

⁹⁴ BVerfG NVwZ 2008, S. 670 (671).

⁹⁵ Vgl. *Borowsky*, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 51, Rn. 35; *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 19 Abs. 3, Rn. 328.

⁹⁶ *Borowsky*, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 51, Rn. 35; *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 19 Abs. 3, Rn. 328.

⁹⁷ *Remmert*, in: Maunz/Düring, Grundgesetz-Kommentar, GG art. 19 Abs. 3, Rn. 21a.

⁹⁸ Vgl. nur EuGH, Slg. 1974, 491 ff. (Berufsfreiheit); Slg. 1994, I-5555 (5581) (Eigentumsfreiheit); EuGH, Slg. 1984, 19 ff. (Presse- und Meinungsfreiheit).

2. Grundversorgung mit Kommunikation

Der 1994 in das Grundgesetz eingefügte Art. 87f GG⁹⁹ fordert vom Bund, dass er ein flächendeckendes und ausreichendes Angebot an Telekommunikationsdienstleistungen gewährleistet. Damit stellt das Grundgesetz Mindestanforderungen qualitativer und quantitativer Art auf.¹⁰⁰ Art. 87f GG stellt zwar eine Grundsatzentscheidung für die Privatisierung des Telekommunikationssektors dar, bindet ihn jedoch gleichzeitig an Ziele der Daseinsvorsorge und ist damit ein Ausdruck der Sozialpflichtigkeit des Wettbewerbs in diesem Sektor.¹⁰¹ Diese Anforderungen bleiben jedoch auf verfassungsebene sehr unbestimmt und erfordern eine Umsetzung auf einfachgesetzlicher Ebene.¹⁰² Ohne konkretere Vorgaben kann man vom Gesetzgeber lediglich verlangen, ein gewisses Mindestmaß nicht zu unterschreiten¹⁰³, so dass sich keine – gar einklagbaren – Pflichten aus der Norm ableiten lassen.¹⁰⁴ Interessant könnte diese Norm mit Blick auf OTT-Kommunikationsdienste aber dann werden, wenn es dazu kommen sollte, dass die klassischen Telekommunikationsdienste irgendwann komplett vom Markt der Individualkommunikation verdrängt werden und beispielsweise ausschließlich für die Bereitstellung des Zugangs zum Internet zuständig wären. In einer solchen Konstellation wäre es vorstellbar, dass der Gesetzgeber aus Art. 87f GG gezwungen wäre, eine Grundversorgung mit OTT-Kommunikationsdiensten für die gesamte Bevölkerung sicherzustellen. Voraussetzung wäre zunächst – neben der wohl eher noch in ferner Zukunft liegenden vollständigen Verdrängung klassischer Telekommunikation –, dass OTT-Kommunikationsdienste unter den verfassungsrechtlichen Begriff der Telekommunikation subsumiert werden können. Als der ältere Begriff des Fernmeldewesens durch

⁹⁹ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 30. 8. 1994, BGBl. I S. 2245.

¹⁰⁰ *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 4, Rn. 95; *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung der Netzwirtschaften, S. 590 f.; vgl. auch Begründung des Gesetzentwurfs; BT-Drucks. 12/6717, S. 5.

¹⁰¹ Vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs BT-Drucks. 12/6717, S. 1, 3, 4; so auch *Möstl*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 87f, Rn. 2; *Jarass*, MMR 2009, 223 (224); *Cornils*, AÖR 131 (2006), S. 378 (378 ff.); BVerfGE 108, 370 (392 ff.).

¹⁰² So auch *Möstl*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 87f, Rn. 2.

¹⁰³ Dazu ausführlich *Möstl*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 87f, Rn. 64.

¹⁰⁴ Vgl. *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 4, Rn. 95; *Möstl*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 87f, Rn. 63; *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung der Netzwirtschaften, S. 593 ff.

„Telekommunikation“ ersetzt wurde, war keine inhaltliche Änderung gewollt.¹⁰⁵ Daher ist unter dem verfassungsrechtlichen Begriff jede nichtkörperliche Nachrichtenübermittlung mit technischen Mitteln zu verstehen.¹⁰⁶ Diese Formulierung ist offener als es beispielsweise die Begriffsbestimmung in § 3 Nr. 24 TKG und ermöglicht ohne weiteres eine technologieneutrale Auslegung. Jedenfalls kann schon vom Wortlaut der Norm ausgehend nicht ausschließlich die physische Infrastrukturebene gemeint sein, wenn die Art. 87 f GG von Dienstleistungen „im Bereich der Telekommunikation“ spricht.¹⁰⁷ In Anbetracht des ungebremsten Bedeutungszuwachses der OTT-Kommunikationsdienste im Gegensatz zu klassischen Telekommunikationsdiensten, ist hier künftig daher tatsächlich eine Neubewertung der Gewährleistungsverantwortung des Staates notwendig. Von einer Sicherstellung nur noch des Internetzugangs, bis hin zu einer Mindestversorgung mit OTT-Kommunikation ist in Zukunft alles denkbar.

3. Die Staatszielbestimmungen

Aus den Staatszielbestimmungen des Grundgesetzes, wie dem Sozialstaats- und dem Rechtsstaatsprinzip, lassen sich kaum konkrete Handlungsanweisungen ableiten – sie können aber gesetzgeberisches Handeln rechtfertigen oder mitgestalten.¹⁰⁸ Dementsprechend haben sie auch für das Regulierungsrecht eine Bedeutung: In der Regel werden sie bestimmte gemeinwohlfördernde Ziele, die der Gesetzgeber für den Wirtschaftssektor festschreibt, unterstreichen. So unterstützt etwa das Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG das Leitbild des sozialpflichtigen Wettbewerbs, der dem Regulierungsrecht in Deutschland, aber auch in Europa, zugrunde liegt.¹⁰⁹

4. Allgemeiner Gleichheitssatz

Aus Art. 3 GG ergibt sich der allgemeine Gleichheitssatz. Er verbietet eine ungerichtfertigte Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem bzw. eine unge-

¹⁰⁵ Begründung des Gesetzesentwurfs zur Änderung des Grundgesetzes, BT-Drucks. 12/7269, S. 4.

¹⁰⁶ Möstl, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 87f, Rn. 31; Gersdorf, in: Mangoldt/Klein/Starck, Art. 87f, Rn. 12.

¹⁰⁷ So auch Kühling, Sektorspezifische Regulierung der Netzwirtschaften, S. 588.

¹⁰⁸ Ausführliche Herleitung bei Lerche, AöR 90 (1965), S. 341 (341 ff.); vgl. auch Darstellung bei Lepsius, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 4, Rn. 96 ff.; Kühling, Sektorspezifische Regulierung der Netzwirtschaften, S. 465 f.

¹⁰⁹ So auch Lepsius, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 4, Rn. 98.

rechtfertigte Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem.¹¹⁰ Um einen Verstoß gegen dieses Grundrecht festzustellen, müssen Vergleichsgruppen gebildet werden, innerhalb derer Ungleichbehandlungen einen vernünftigen Grund zur Rechtfertigung voraussetzen.¹¹¹ Im Regulierungsrecht unterscheidet man zusätzlich zu klassischen Ungleichbehandlungen zwischen zwei besonderen Formen: Es kann zu sektorspezifischer und zu regelungsspezifischer Ungleichbehandlungen kommen.¹¹² Eine sektorspezifische Ungleichbehandlung liegt dann vor, wenn der Gesetzgeber Wirtschaftssektoren oder Märkte innerhalb dieser Sektoren voneinander abgrenzt und unterschiedlichen Regelungen unterwirft.¹¹³ Im Telekommunikationssektor wird z.B. eine Untergliederung in mehrere kleinere Märkte vorgenommen, etwa in die Märkte für Anrufzustellung oder für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung.¹¹⁴ Geht es dagegen um die Auswahl der regulatorischen Instrumente innerhalb des jeweiligen Wirtschaftssektors, kann eine regelungsspezifische Ungleichbehandlung vorliegen.¹¹⁵ Auch in diesen Spezialfällen sind Ungleichbehandlungen rechtfertigungsbedürftig.

Das BVerfG hat einen fließenden Kontrollmaßstab für den allgemeinen Gleichheitssatz entwickelt: Auf der untersten Stufe gilt ein bloßes Willkürverbot, der Gesetzgeber muss also lediglich einen sachlichen Grund für die Ungleichbehandlung vorweisen können.¹¹⁶ Sobald es sich jedoch um eine verfassungsrechtlich schwerwiegende Ungleichbehandlung handelt – das heißt, sobald Personen oder Personengruppen aufgrund personenbezogener Merkmale ungleich behandelt werden oder ein Ungleichgewicht zwischen Personen oder Personengruppen als Folge der Differenzierung droht oder die Ungleichbehandlung die Ausübung von Freiheitsrechten in besonderen Maße erschwert – verschärft das Gericht den Kontrollmaßstab bis hin zum Verhältnismäßigkeits-

¹¹⁰ Vgl. auch vertiefend *Kirchhof*, in: Maunz/Düring, Grundgesetz-Kommentar, Art. 3 Abs. 1, Rn. 73.

¹¹¹ Vgl. *Kirchhof*, in: Maunz/Düring, Grundgesetz-Kommentar, Art. 3 Abs. 1, Rn. 265; *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 4, Rn. 64.; *Britz*, NJW 2014, 346 (346).

¹¹² So zu Recht *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 4, Rn. 64.

¹¹³ *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 4, Rn. 64.

¹¹⁴ Vgl. *Europäische Kommission*, Märkteempfehlung TK 2014.

¹¹⁵ *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 4, Rn. 64.

¹¹⁶ Vgl. nur BVerfGE 1, 14 (52); 1, 264 (275 f.).

grundsatz.¹¹⁷ Das leitet das Gericht unter anderem aus dem Umstand ab, das Art. 3 GG mit der Formulierung „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich“ gerade Personen vor ungerechtfertigten Differenzierungen schützen will.¹¹⁸ Aber auch im Feld unterhalb der scharfen Verhältnismäßigkeitskontrolle aber oberhalb von Ungleichbehandlungen mit nur geringem Gewicht geht das BVerfG mittlerweile von einer intensiveren Kontrolldichte aus, als dem bloßen Willkürverbot.¹¹⁹ Es stellt sich bei der Prüfung einer Ungleichbehandlung nun die Frage, ob Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen könnten.¹²⁰

Im Regulierungsrecht wird in der Regel keine personenbezogene Ungleichbehandlung vorliegen, da Wirtschaftsregulierung vor allem an ökonomischen und nicht an personenbezogenen Kriterien anknüpft.¹²¹ Dennoch kann der Gleichheitssatz auch im Regulierungsrecht eine gewichtige Grenze für gesetzgeberisches Handeln sein: Zwar verleiht der Kontrollmaßstab dem Gesetzgeber oft einen weiten Gestaltungsspielraum, dennoch müssen die regulatorischen Differenzierungen auf tatsächlich nachweisbare ökonomische und soziale Faktoren gestützt werden können.¹²²

Auf europäischer Ebene findet sich mit Art. 20 GRCh ebenfalls ein allgemeiner Gleichheitssatz.¹²³ Dieser Artikel verpflichtet zunächst als Rechtsanwendungs- und Rechtssetzungsgleichheit die Union und ihre Stellen.¹²⁴ Es kann jedoch gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh auch die Mitgliedsstaaten betreffen, sobald diese Unionsrecht anwenden. Auch ein Verstoß gegen Art. 20 GRCh setzt voraus, dass vergleichbare Sachverhalte unterschiedlich bzw. unterschiedliche Sachverhalte

¹¹⁷ Vgl. BVerfGE 75, 108 (157); 88, 87 (96); 95, 267 (316); 121, 317 (369); BVerfGE 129, 49 (69); 130, 131 (142); instruiert auch die Darstellung bei *Kirchhof*, in: Maunz/Düring, Grundgesetz-Kommentar, Art. 3 Abs. 1, Rn. 264 ff.; *Britz*, NJW 2014, 346 (347).

¹¹⁸ So BVerfGE 88, 87 (96); BVerfGE 95, 267 (316); BVerfGE 121, 317 (369).

¹¹⁹ *Britz*, NJW 2014, 346 (347 ff.).

¹²⁰ BVerfGE 129, 49 (69); 130, 240 (253); vgl. auch Darstellung bei *Britz*, NJW 2014, 346 (348 f.).

¹²¹ So auch *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 4, Rn. 67.

¹²² So zu Recht *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 4, Rn. 65.

¹²³ Vgl. EuGH, C-127/07, Slg.2008, I-9895 Rn. 39; *Wollenschläger*, in: Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 3, Rn. 21.

¹²⁴ *Jarass*, EU-Grundrechte-Charta, Art. 20, Rn. 3; *Hölscheidt*, in: Meyer, Charta der Europäischen Grundrechte, Art. 20, Rn. 17.

gleich behandelt werden.¹²⁵ Im Bereich der Wirtschaft ist dem EuGH zu folge Vergleichbarkeit gegeben, wenn die Wirtschaftsteilnehmer vergleichbare Güter, sprich austauschbare Produkte¹²⁶, vertreiben.¹²⁷ Der Grundrechtsträger muss neben der Vergleichbarkeit außerdem auch eine Beeinträchtigung geltend machen.¹²⁸ Der Prüfungsmaßstab, den der EuGH bei einer Ungleichbehandlung anlegt, ist von vornherein strenger, als das im deutschen Recht oft der Fall ist: Die Ungleichbehandlung muss auf einem objektiven und angemessenen Kriterium beruhen, das heißt im Zusammenhang mit einem rechtlich zulässigen Ziel stehen, und die sie muss in einem angemessenem Verhältnis zum verfolgten Ziel stehen.¹²⁹ Damit wählt der EuGH stets einen Ansatz, der der strengsten Ausprägung der Gleichheitskontrolle im deutschen Recht vergleichbar ist.

5. Das Fernmeldegeheimnis und der Schutz der Kommunikation von Dienstnutzern

Das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 Abs. 1 GG ist naturgemäß von besonderer Bedeutung für den Kommunikationssektor. Wie bei den meisten Grundrechten dient es zunächst dem Schutz des Individuums: Das BVerfG betont stets den Bezug zur freien Entfaltung der Persönlichkeit und zur Menschenwürde, der sich im Schutz von Meinungs- und Gedankenaustausch vor fremden Blicken ausdrückt.¹³⁰ Damit normiert das Fernmeldegeheimnis ein Grundrecht kommunikativer Selbstbestimmung.¹³¹ Es schützt insbesondere nicht nur die Vertraulichkeit der Inhalte der Kommunikation, sondern auch aller ihrer Umstände.¹³² Das ist auf den digitalen Märkten, in denen die bei der Nutzung von Kommunikationsdiensten anfallenden Daten einen hohen wirtschaftlichen Wert haben (s. schon o. unter I. 4.), von besonderer Bedeutung. In Abgrenzung zum Brief-

¹²⁵ EuGH, C-217/91, Slg. 1993, I-3923 Rn. 37; C-306/93, Slg. 1994, I-5555 Rn. 30; C-21/10, Slg. 2011, I-6769 Rn. 47 m. w. N.; kritisch: *Sachs*, in: Stern/Sachs, Europäische Grundrechte-Charta, Art. 20 Rn. 16 ff.

¹²⁶ Vgl. EuGH, C-117/76, Slg. 1977, 1753 Rn.7; C-124/76, Slg. 1977, 1795 Rn.14 und 17.

¹²⁷ EuGH, C-463/12, Urt. v. 5.3.2015, Rn. 33.

¹²⁸ EuGH, C-462/99, Slg. 2003, I-5197 Rn. 115; C-127/07, Slg. 2008, I-09895 Rn. 39.

¹²⁹ Vgl. EuGH, C-127/07, Slg. 2008, I-09895 Rn. 47; vgl. auch Herleitung bei *Sachs*, in: Stern/Sachs, Europäische Grundrechte-Charta, Art. 20 Rn. 22 ff.

¹³⁰ Vgl. nur BVerfGE 67, 157 (171); 106, 28 (35); 110, 33 (53).

¹³¹ So zu Recht *Durner*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 10 Rn. 42; vgl. auch *Roßnagel*, KJ 1990, S. 267 ff.

¹³² St. Rspr., vgl. nur BVerfGE 115, 166 (183); *Durner*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 10 Rn. 60.

und Postgeheimnisses erfasst das Fernmeldegeheimnis die unkörperliche Übermittlung von Informationen mittels Telekommunikation an individuelle Empfänger.¹³³ Der Schutzbereich des Grundrechts zielt damit auf Individualkommunikation in Abgrenzung zur medialen Massenkommunikation, in der der Kommunizierende die Vertraulichkeit selbst aufgibt.¹³⁴ Daneben stellt das Fernmeldegeheimnis jedoch auch eine objektive Werteentscheidung für die Freiheit des Gedankenaustausches dar.¹³⁵ Aus diesem objektiven Gehalt ebenso wie aus dem Menschenwürdebezug des Grundrechts ergibt sich ein Schutzauftrag an den Staat.¹³⁶ Denn die objektive Werteentscheidung des Art. 10 GG würde leerlaufen, wenn es keinen sicheren Kommunikationsraum mehr für die Grundrechtsberechtigten geben würde, er also niemals vertraulich kommunizieren könnte. Die Gefahren für diesen Kommunikationsraum gehen heute nicht mehr ausschließlich vom Staat, sondern gerade auch von privaten Kommunikationsanbietern aus. Deshalb darf der Staat nicht untätig bleiben.

Dieselbe Zielrichtung wie Art. 10 GG verfolgt auch Art. 7 GRCh, der unter anderem die Achtung der Vertraulichkeit der Kommunikation festschreibt. Das Grundrecht schützt die Vertraulichkeit von Mitteilungen, die individual, also nicht an die Öffentlichkeit gerichtet, sind und durch Dritte vermittelt werden.¹³⁷ Auch im Rahmen dieser Norm werden dem Gesetzgeber die Schutzpflichten auferlegt, die sich im nationalen Recht aus Art. 10 GG ergeben.¹³⁸

Die Schutzpflichten sowohl aus Art. 10 GG als auch aus Art. 7 GRCh zwingen den Gesetzgeber auch zum Handeln gegenüber OTT-Kommunikationsdiensten: Die Kommunikation des Individuums ist deshalb besonders schutzbedürftig, weil sie im Rahmen des Kommunikationsvorgangs spezifischen Gefahren ausgesetzt

¹³³ BVerfGE 67, 157 (172); 106, 28 (35 f.); 115, 166 (182); 120, 274 (306 f.).

¹³⁴ Vgl. BVerfGE 115, 166 (182); *Durner*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 10, Rn. 51.

¹³⁵ Vgl. BVerfGE 107, 299 (328); dazu auch *Durner*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 10, Rn.2.; *Gusy*, in: Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 10, Rn. 64 a.

¹³⁶ BVerfGE 106, 28 (39); *Durner*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 10, Rn. 112 ff.; allgemein zu grundrechtlichen Schutzpflichten schon *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, S. 951 ff.; *Badura*, Staatsrecht, C., S. 133 ff.

¹³⁷ *Jarass*, EU-Grundrechte-Charta, Art. 7, Rn. 6.

¹³⁸ *Jarass*, EU-Grundrechte-Charta, Art. 7, Rn. 32 f.; *Weber*, in: Stern/Sachs, Europäische Grundrechte-Charta, Art. 7, Rn. 7; *Wolff*, in: Frankfurter Kommentar zu EUV, GRCh und AEUV, Art. 7 GRCh, Rn. 30 ff.

ist.¹³⁹ Da der Kommunikationsteilnehmer auf die Vermittlungsleistung eines Dritten angewiesen ist, kann er nur beschränkt Einfluss auf den Nachrichtenverkehr nehmen und wird von Geheimnispreisgabe bedroht.¹⁴⁰ Diese Gefahrenlage besteht unabhängig davon, welche Technik für den Nachrichtenverkehr verwendet wird¹⁴¹, sondern liegt vielmehr im Kontrollverlust des Kommunikationsteilnehmers an seinen Gedanken und Meinungen. Jede Form unkörperlicher, elektronischer Kommunikation muss deshalb vom Fernmeldegeheimnis erfasst werden.¹⁴² Auch bei OTT-Kommunikationsdiensten – unabhängig davon, ob es sich um Sprachtelefonie oder Kurznachrichtendienste handelt – findet die Kommunikation unkörperlich statt und gibt der Nutzer seine Nachrichten aus der Hand. Die typische Gefahrenlage besteht also und OTT-Kommunikation muss dem Fernmeldegeheimnis unterliegen.¹⁴³ Wenn das Fernmeldegeheimnis in der Folge einen Schutzauftrag an den Gesetzgeber erteilt, dann müssen notwendigerweise auch OTT-Kommunikationsdienste von den entsprechenden Regelungen erfasst sein. Ein vollständiger Verzicht auf die Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten ist damit aus primär- und verfassungsrechtlicher Sicht ausgeschlossen.¹⁴⁴ Vor diesem Hintergrund ist eine Herausnahme der OTT-Kommunikationsdienste aus dem Anwendungsbereich bestimmter Normen des Telekommunikationsrechtsrahmens – insbesondere natürlich § 88 TKG – rechtfertigungsbedürftig.¹⁴⁵ Darüber hinaus gehend ergeben sich jedoch keine konkreten Anforderungen aus den staatlichen Schutzpflichten im Hinblick auf das „Wie“ der Regulierung: Während die abwehrrechtliche Dimension der Grundrechte ein konkretes Tun oder Unterlassen vom Staat fordert, bleiben die

¹³⁹ *Durner*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 10, Rn. 43; *Gusy*, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Kommentar, Art. 10, Rn. 23; für GRCh, *Jarass*, EU-Grundrechte-Charta, Art. 7, Rn. 6.

¹⁴⁰ Dazu BVerfGE 115, 166 (182); *Roßnagel*, KJ 1990, S. 267 (272).

¹⁴¹ Vgl. BVerfGE 115, 166 (182); für Art. 7 GRCh, *Weber*, in: Stern/Sachs, Europäische Grundrechte-Charta, Art. 7, Rn. 51.

¹⁴² Vgl. z.B. für E-Mail, BVerfGE 113, 348 (383); dazu auch *Durner*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 10, Rn. 82 f.

¹⁴³ So auch *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S.94 ff.; *Gersdorf*, in: Körber/Kühling, Regulierung – Wettbewerb – Innovation, S. 208 ff.; allgemein für Individualkommunikation im Internet, *Gusy*, in: Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 10, Rn. 63. *WAR*, Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten, S. 14 f.

¹⁴⁴ So auch *Gersdorf*, in: Körber/Kühling, Regulierung – Wettbewerb – Innovation, S. 208 ff.

¹⁴⁵ So auch *Gersdorf*, in: Körber/Kühling, Regulierung – Wettbewerb – Innovation, S. 208 ff.

Schutzpflichten unbestimmt.¹⁴⁶ Das ergibt sich aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung und aus dem Demokratieprinzip: Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, bestehende Schutzpflichten auszugestalten.¹⁴⁷

6. Schutz der personenbezogenen Daten von Dienstnutzern durch den Staat

Wie bereits angesprochen (s.o. unter I. 4., und II. 3.) sind personenbezogene Daten für die digitalen Märkte von großer wirtschaftlicher Bedeutung. Mit dem großen Interesse der Wettbewerber an dieser „Ressource“ gehen Gefahren für die Nutzer einher: Insbesondere das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wird regelmäßig betroffen sein.¹⁴⁸ Dieses ungeschriebene Grundrecht, das sich aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG ergibt, schützt den Einzelnen in seinem Recht, selbst zu bestimmen, was mit den eigenen personenbezogenen Daten geschieht.¹⁴⁹ Personenbezogene Daten, das sind alle Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren Person.¹⁵⁰ Die Feststellung des BVerfG in diesem Zusammenhang, es gäbe im Zeitalter automatisierter Datenverarbeitung kein belangloses Datum mehr¹⁵¹ hat sich mit Blick auf algorithmen- und KI-gesteuerte Datenauswertung bewahrheitet. Die umfassende Profilbildung, die möglich geworden ist, droht Menschen in bloße Datenobjekte – in durchleuchtete Karteikarten – zu verwandeln.¹⁵² Der Menschenwürdegehalt, den Art. 1 Abs. 1 GG einbringt, tritt damit immer deutlicher hervor.¹⁵³ Zwar hat das BVerfG das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ursprünglich als Abwehrrecht gegen den Staat entwickelt¹⁵⁴, die aktuellen Gefahren für den

¹⁴⁶ *Schliesky/Hoffmann/Luch/Schulz/Borchers*, Schutzpflichten und Drittwirkung im Internet, S. 48 f.

¹⁴⁷ BVerfG, NJW 1996, S. 651 (652).

¹⁴⁸ Vgl. dazu *Di Fabio*, in: Maunz/Düring, Grundgesetz-Kommentar, Art. 2, Rn. 173.

¹⁴⁹ St. Rspr., vgl. BVerfGE 65, 1 (43); 78, 77 (84); 84, 192 (194); 92, 191 (197); 96, 171 (181); 101, 106 (121).

¹⁵⁰ *Di Fabio*, in: Maunz/Düring, Grundgesetz-Kommentar, Art. 2, Rn. 175.

¹⁵¹ So schon BVerfGE 65, 1 (45).

¹⁵² So auch *Schliesky/Hoffmann/Luch/Schulz/Borchers*, Schutzpflichten und Drittwirkung im Internet, S. 138.

¹⁵³ *Schliesky/Hoffmann/Luch/Schulz/Borchers*, Schutzpflichten und Drittwirkung im Internet, S. 138.

¹⁵⁴ BVerfGE 65, 1; *Hoffmann-Riem*, AöR 1998, S. 513 (524).

Einzelnen gehen jedoch von den privaten Teilnehmern der digitalen Märkte aus.¹⁵⁵ Daraus ergibt sich, dass der Staat dem Einzelnen einen Raum „zur kommunikativen Selbstentfaltung“¹⁵⁶ schaffen muss, wenn das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nicht vor dem Hintergrund der technischen Entwicklungen völlig ausgehöhlt und bedeutungslos werden soll.¹⁵⁷ Hinzu kommt, dass der Staat die Gefahren, die von Privaten ausgehen, noch verstärkt hat, als er die Herrschaft über die Kommunikationsinfrastruktur aus der Hand gegeben hat; ihn trifft eine gewisse Folgeverantwortung.¹⁵⁸ Wie beim Fernmeldegeheimnis ergibt sich daher auch hier ein Schutzauftrag an den Staat.¹⁵⁹ Mit Rücksicht auf die bei Kommunikationsdiensten besondere Gefahrenlage für die informationelle Selbstbestimmung der Teilnehmer¹⁶⁰ – es fallen automatisch und technisch notwendig eine Vielzahl von Informationen an, vom Standort des Teilnehmers über die Spezifikationen seines Empfangsgeräts bis hin zum Inhalt der Kommunikation – hat der Gesetzgeber daher auch *telekommunikationsspezifisches Datenschutzrecht* als Teil der sektorspezifischen Regulierung geschaffen.

Die Europäische Grundrechtecharta stellt personenbezogene Daten anders als das Grundgesetz über Art. 8 GRCh ausdrücklich unter Schutz. Daneben enthält Art. 16 Abs. 1 AEUV ebenfalls ein Recht auf Datenschutz. Da dieses anders als Art. 8 GRCh keine Schrankenbestimmungen enthält, ist ausschließlich Art. 8 GRCh zur Grundrechtsprüfung heranzuziehen, um Widersprüche zu vermeiden.¹⁶¹ Wie in der deutschen Rechtstradition, ergibt sich aus diesem Grundrecht die Pflicht des Europäischen Gesetzgebers, die personenbezogenen Daten

¹⁵⁵ So zu Recht schon *Hoffmann-Riem*, AÖR 1998, S. 513 (524); *Trute*, JZ 17/1998, S. 822 (823); *Masing*, NJW 2012, S. 2305 (2306).

¹⁵⁶ So treffend *Hoffmann-Riem*, AÖR 1998, S. 513 (523); ähnlich *Trute*, JZ 17/1998, S. 822 (825 f.).

¹⁵⁷ So *Hoffmann-Riem*, AÖR 1998, S. 513 (523); dazu auch *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 2, Rn. 190.

¹⁵⁸ *Hoffmann-Riem*, AÖR 1998, S. 513 (525).

¹⁵⁹ *Gersdorf*, in: Körper/Kühling, Regulierung – Wettbewerb – Innovation, S. 208 ff.; *Kutscha/Thomé*, Grundrechtsschutz im Internet, S. 46 f.; *Hoffmann-Riem*, AÖR 1998, S. 513 (523); *Trute*, JZ 17/1998, S. 822 (825 f.).

¹⁶⁰ Vgl. dazu *Scherer/Feiler/Heinickel/Lutz*, Digitaler Kodex, S. 14.

¹⁶¹ *Kühling/Raab*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Einführung, Rn. 35; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 8 GRCh, Rn. 3.

Einzelner auch vor Privaten zu schützen.¹⁶² Darauf deutet schon der Wortlaut des Art. 8 GRCh hin, der vom „Recht auf Schutz personenbezogener Daten“ spricht.¹⁶³

Ebenso wie beim Fernmeldegeheimnis ergibt sich die Gefahrenlage für die personenbezogenen Daten der Kommunikationsteilnehmer nicht aus dem technischen Modus der Nachrichtenübermittlung, sondern daraus, dass sie gezwungen sind, dem Anbieter eine automatische Datenerhebung zu erlauben. Damit richtet sich der staatliche Schutzauftrag gerade auch gegen OTT-Kommunikationsdienste, die derzeit oft sogar noch datenintensiver sind, als klassische Telekommunikationsdienste. Denn ihr Geschäftsmodell basiert häufig nicht mehr auf Geldleistungen, sondern auf der Erhebung und Auswertung personenbezogener Daten (s. o. unter I. 4.). Das heißt, dass OTT-Kommunikationsdienste vom telekommunikationsspezifischen Datenschutz erfasst werden müssen.¹⁶⁴ Wie beim Fernmeldegeheimnis bleiben dem Gesetzgeber die darüber hinaus gehenden Entscheidungen zur Art und Weise der Regulierung überlassen.

7. Meinungsfreiheit als Schutzrecht der OTT-Kommunikationsdienste

Art. 5 Abs. 1 GG sichert dem Grundrechtsberechtigten zu, seine Meinung frei zu äußern und zu verbreiten. Von diesem Wortlaut allein ausgehend, könnte man Kommunikationsdiensten eine besondere verfassungsrechtliche Rolle als Verbreitungsmedium für individuelle Meinungen zubilligen, die sie besonders schutzbedürftig gegenüber dem Staat machen könnte. Als subjektives Recht des Einzelnen verleiht die Meinungsfreiheit jedoch gerade nicht den Anspruch auf die Bereitstellung geeigneter Mittel zur Meinungsverbreitung durch den Staat.¹⁶⁵ OTT-Kommunikationsdienste können die Meinungsfreiheit also nicht für sich selbst gegen eine staatliche Regulierung in Stellung bringen.

¹⁶² EuGH C-131/12; *Jarass*, Europäische Grundrechte Charta, Art. 8, Rn. 10; *Wolff*, in: Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Art. 8 GRCh, Rn. 15 ff.; *Streinz/Michl*, EuZW 2011, S. 384 (387).

¹⁶³ *Jarass*, Europäische Grundrechte Charta, Art. 8, Rn. 10.

¹⁶⁴ So auch *Gersdorf*, in: Körber/Kühling, Regulierung – Wettbewerb – Innovation, S. 208 ff.

¹⁶⁵ *Badura*, Staatsrecht, S. 236; *Starck/Paulus*, in: Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 5, Rn. 96.

8. Die Berufsfreiheit als Schutzrecht der OTT-Kommunikationsdienste

Bei der Berufsfreiheit nach Art. 12 GG handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG um ein einheitliches Grundrecht und nicht – wie der Wortlaut vermuten lassen könnte – um jeweils ein Grundrecht der Berufswahl- und der Berufsausübungsfreiheit.¹⁶⁶ Art. 12 GG schützt damit das Recht des einzelnen, einen Beruf zu wählen und diesen dann auch selbstbestimmt auszuüben. Aufgrund des so geschaffenen, sehr weiten Schutzbereichs lässt sich die Berufsfreiheit in eine Vielzahl von „Unterfreiheiten“ aufteilen: Das umfasst zum Beispiel die Freiheit unternehmerischer Betätigung¹⁶⁷, den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen¹⁶⁸ oder auch die Wettbewerbsfreiheit¹⁶⁹.

Die Wettbewerbsfreiheit ist für das Problem der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten der entscheidende Schutzgehalt der Berufsfreiheit: Sie schützt das Recht, sich in Konkurrenz zu anderen Anbietern bzw. Nachfragern auf einen Markt zu begeben.¹⁷⁰ Die Wettbewerbsfreiheit ist bei der Frage nach der Regulierung bestimmter Wirtschaftssektoren deshalb von besonderer Bedeutung, weil der Gesetzgeber den regulierten Markt gerade nicht dem freien Spiel des Wettbewerbs überlässt, sondern bestimmte Wettbewerbsbedingungen diktiert. Wichtig ist allerdings, dass die Wettbewerbsfreiheit nicht über den Abwehrgehalt der Berufsfreiheit hinausgeht, denn sie ist bloßer Reflex aus den Wirtschaftsfreiheiten der einzelnen Teilnehmer am Wettbewerb.¹⁷¹ Sie bietet daher weder Konkurrenzschutz¹⁷², noch einen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb¹⁷³, noch kann eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Öffnung von staatlichen Monopolen aus ihr hergeleitet werden¹⁷⁴. Dagegen lässt sich die Wettbewerbsfreiheit sehr wohl gegen Regelungen ins Feld führen, die den Zugang zu bestimmten Berufen reglementieren – im Rahmen der Telekommunikationsre-

¹⁶⁶ Vgl. nur BVerfGE 7, 377; 33, 303; 92, 140 (151); 101, 331 (347).

¹⁶⁷ BVerfGE 50, 290.

¹⁶⁸ BVerfG, NVwZ 2006, 1041, 1042.

¹⁶⁹ BVerfGE 32, 311.

¹⁷⁰ BVerfGE 32, 311 (317); 46, 120 (137); 53, 135 (143 f.); 105, 252 (265); 106, 275 (298 f.); so auch *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 2, Rn. 117.

¹⁷¹ Vgl. *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 4, Rn. 48; *Manssen*, in: Magoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 12, Rn. 70.

¹⁷² BVerfGE 34, 252 (256); 55, 261 (269); 93, 362 (370); 94, 372 (395).

¹⁷³ BVerfGE 24, 236 (252); 105, 252 (265).

¹⁷⁴ Vgl. dazu *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 4, Rn. 49.

gulierung sind das z. B. Regeln zur Allgemeingenehmigung.¹⁷⁵ Auch der freie Markt selbst als Institution und in Abgrenzung zu einem regulierten Markt kann von der Wettbewerbsfreiheit erfasst werden.¹⁷⁶ Sollen also Wettbewerber wie die OTT-Kommunikationsdienste, die bisher – zumindest faktisch – nicht in das Umfeld des Telekommunikationssektors gefallen sind, nun reguliert werden, greift die Wettbewerbsfreiheit als Teil der Berufsfreiheit.

Ein dem Art. 12 GG entsprechende Grundrecht besteht auf europäischer Ebene in Art. 15 GRCh. Es schützt ebenfalls als einheitliches Grundrecht die Berufsausübung.¹⁷⁷ Daneben enthält die Europäische Grundrechtecharta jedoch auch ein eigenständiges Grundrecht der Unternehmerischen Freiheit in Art. 16 GRCh. Dieses Grundrecht schützt die freie Berufsausübung der Unternehmer¹⁷⁸ und erfasst damit besser den in dieser Arbeit untersuchten Sachverhalt. Denn OTT-Kommunikationsdienste werden als Unternehmen und nicht als Privatpersonen auf den Kommunikationsmärkten tätig. Art. 16 GRCh dient unter anderem dem Grundsatz des freien Wettbewerbs¹⁷⁹, so dass ein Recht, das der im Rahmen von Art. 12 GG angesprochenen Wettbewerbsfreiheit vergleichbar ist, hier seinen Platz findet.

Der Eingriffscharakter von Regulierungsnormen in den Schutzbereich dieser Grundrechte ist nicht immer eindeutig: Oft schafft und sichert das Regulierungsrecht erst bestimmte individuelle Freiheiten in einem Wirtschaftssektor, der von vornherein an Gemeinwohlziele gebunden ist.¹⁸⁰ Deutlichstes Beispiel dafür ist die Auflösung eines staatlichen Monopols, wie es im TK-Sektor bestanden hat. Erst durch Art. 87f GG und des auf dessen Grundlage ergangene Regulierungsrecht wird die Betätigung der Berufsfreiheit im TK-Bereich überhaupt möglich. Insofern kann den Staat sogar eine Schutzpflicht aus der Wettbewerbsfreiheit treffen, gegen Marktmachtkonzentrationen und die Monopolisierung

¹⁷⁵ BVerfGE 115, 276 (300 ff.).

¹⁷⁶ So *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 2, Rn. 116.

¹⁷⁷ *Jarass*, Europäische Grundrechte Charta, Art. 15, Rn. 6.

¹⁷⁸ EuG, T-52/09, Slg. 2011, II-8133 Rn. 89

¹⁷⁹ Dazu *Jarass*, Europäische Grundrechte Charta, Art. 16, Rn. 1 und 2, vertiefend in: *Jarass*, EuGRZ 2011, 360.

¹⁸⁰ Dazu *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 4, Rn. 52.

dieser Märkte vorzugehen.¹⁸¹ Auf dieser Grundlage besteht z. B. das Kartellrecht. Regulierungsrecht ist deshalb häufig eher mit den aus der Eigentumsfreiheit aus Art. 14 GG bekannten Inhalts- und Schrankenbestimmungen, denn mit klassischen Eingriffsgesetzen vergleichbar.¹⁸² Die vielen Gemeinwohlbelange, die der Gesetzgeber hier als legitimen Zweck anbringen kann, machen die Berufsfreiheit in den regulierten Wirtschaftssektoren zu einem eher schwachen Grundrecht.¹⁸³ OTT-Kommunikationsdienste können sich daher zwar auf Art. 12 GG berufen, dem Gesetzgeber kommen jedoch trotzdem umfassende Eingriffsbefugnisse zu. Damit stellt Art. 12 GG auch kaum Anforderungen an die Art und Weise der Regulierung.

9. Die Eigentumsfreiheit als Schutzrecht der OTT-Kommunikationsanbieter

Die Eigentumsfreiheit nach Art. 14 GG nimmt eine Sonderposition im System der Grundrechte ein: Es handelt sich um ein sogenanntes normgeprägtes Grundrecht und erlegt dem Gesetzgeber auf, einen Ausgleich zwischen dem Grundsatz der Privatnützigkeit des Eigentums und seiner Sozialpflichtigkeit (Art. 14 Abs. 2 GG) zu finden.¹⁸⁴ Das Eigentum ist dann privatnützig, wenn der Eigentümer es als Grundlage privater Initiative und in eigenverantwortlichem privaten Interesse verwenden kann.¹⁸⁵ Der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff ist nicht etwa auf den bürgerlich-rechtlichen Begriff, wie er sich zum Beispiel in § 903 BGB findet, beschränkt.¹⁸⁶ Vielmehr ist der Schutzbereich des Art. 14 GG eröffnet, sobald der Gesetzgeber eine Rechtsposition schafft, die dem Einzelnen einen individuellen Gestaltungsspielraum bietet und ihm eine privatnützige Letztentscheidungsbefugnis verschafft, die mit der klassischen Eigentumsposition vergleichbar ist.¹⁸⁷ Insgesamt ist dieses Grundrecht damit

¹⁸¹ *Di Fabio*, Grundrechtsgeltung in digitalen Systemen, S.82; *ders.*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 2, Rn. 125; allgemein für Schutzpflichten aus Art. 12 GG vgl. BVerfGE 81, 242.

¹⁸² Vgl. dazu *Hecker*, Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht, S. 187 ff.

¹⁸³ *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 4, Rn. 53.

¹⁸⁴ St. Rspr., vgl. nur BVerfGE 91, 294 (308); dazu auch *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 14, Rn. 148.

¹⁸⁵ BVerfGE 100, 226 (241).

¹⁸⁶ Vgl. BVerfGE 58, 300 (335); BVerfGE 95, 267 (300).

¹⁸⁷ So BVerfGE 83, 201 (209); 95, 267 (300); 112, 93 (107); 115, 97 (110 f.); 131, 66 (79).

stark von der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber abhängig.¹⁸⁸ Bei dieser Ausgestaltung durch sogenannte Inhalts- und Schrankenbestimmungen kann der Gesetzgeber jedoch nicht schrankenlos vorgehen, sondern er muss verfassungsmäßige Grundsätze wie die Verhältnismäßigkeit wahren.¹⁸⁹

Auch die Europäische Grundrechtecharta schützt das Eigentum: Art. 17 GRCh zählt zu den drei zentralen Wirtschaftsgrundrechten des Europäischen Primärrechts.¹⁹⁰ Anders als Art. 14 GG wird das geistige Eigentum über Art. 17 Abs. 2 GRCh ausdrücklich erfasst. Darüber hinaus fallen alle „vermögenswerte[n] Rechte, aus denen sich im Hinblick auf die Rechtsordnung eine gesicherte Rechtsposition ergibt, die eine selbstständige Ausübung dieser Rechte durch und zu Gunsten ihres Inhabers ermöglicht“¹⁹¹ in den Schutzbereich des Grundrechts. Damit bietet es mindestens genauso umfangreichen Schutz, wie Art. 14 GG.

Gerade im Telekommunikationssektor betreffen die Regulierungsnormen in vielfältiger Weise den Schutzbereich der Eigentumsfreiheit.¹⁹² Zentral sind zum Beispiel die verschiedenen Zugangsverpflichtungen der §§ 16 TKG ff. Der Gesetzgeber schränkt etwa mit der Verpflichtung des § 21 TKG dem Telekommunikationsnetzbereiter einen Teil seiner Verfügungshoheit über die Netzinfrastruktur ein, indem er ihn zwingt, Konkurrenten an den eigenen Draht zu lassen.¹⁹³ In der Regel wird es sich bei Regulierungsnormen aber nicht um klassische Eingriffe in das Grundrecht, sondern um die angesprochenen Inhalts- und Schrankenbestimmungen handeln.¹⁹⁴ Denn das Regulierungsrecht gestaltet die Eigentumsposition erst aus und schafft sie in manchen Fällen sogar erst neu. Gesetzgeberische Maßnahmen stellen sich daher meist als „Neu- oder Umprägungen des Eigentumsrechts“ dar.¹⁹⁵ Und auch die Anforderungen an eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung dieser inhaltlichen Ausgestaltung des Eigen-

¹⁸⁸ Dazu *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 14, Rn. 148 ff.; *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, §4, Rn. 54.

¹⁸⁹ St. Rspr., vgl. BVerfGE 14, 263 (278); 18, 121 (132); 25, 112 (117); 74, 203 (214); 102, 1 (17).

¹⁹⁰ So auch *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 14, Rn. 94; *Jarass*, Europäische Grundrechte Charta, Art. 14, Rn. 2.

¹⁹¹ EuGH, Rs. C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28, Rn. 34.

¹⁹² So auch *Lepsius* in Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, §4, Rn. 54.

¹⁹³ Vgl. *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung der Netzwirtschaften, S. 486.

¹⁹⁴ *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 4, Rn. 54; für die Zugangsverpflichtung auch *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung der Netzwirtschaften, S. 487.

¹⁹⁵ So treffend *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, §4, Rn. 61.

tums können meist nicht hoch angesetzt werden: Nur in den seltensten Fällen wird dem Eigentümer die Verfügungshoheit über sein Eigentum komplett entzogen und auch die Privatnützigkeit des Eigentums bleibt dem Eigentümer erhalten.¹⁹⁶ Vielmehr spielen die sozialen Bezüge des Eigentums, wie sie Art. 14 Abs. 2 GG normiert, im Regulierungsrecht eine große Rolle.¹⁹⁷ Denn das Regulierungsrecht verfolgt eine Vielzahl von gemeinnützigen Zielen, von denen Verbraucherschutz und die Versorgung der Bevölkerung mit einer wichtigen Dienstleistung nur zwei unter Vielen darstellen. Und mit einer erhöhten sozialen Funktion des Eigentums – wenn also die Privatnützigkeit des Eigentums in den Hintergrund tritt – sinkt auch der effektive verfassungsrechtliche Schutz vor Beschränkungen dieses Grundrechts.¹⁹⁸

Es stellt sich allerdings die Frage, inwiefern die Erwägungen zur Eigentumsfreiheit sich überhaupt auf die Anbieter von OTT-Kommunikationsdiensten übertragen lassen. Diese betreiben gerade keine eigene Netzinfrastruktur. Die ausdifferenzierte Zugangsregulierung des TKG als Eingriff in den Art. 14 GG knüpft jedoch am Telekommunikationsnetz an¹⁹⁹, so dass OTT-Kommunikationsdienste derzeit höchstens passiv als Begünstigte betroffen sein können. Sollte der EKEK das ändern, beispielsweise durch eine Interoperabilitätsverpflichtung, muss in einem zweiten Schritt überlegt werden, ob das „virtuelle Kommunikationsnetz“ der OTT-Kommunikationsdienste, das sich aus der Vielzahl auf unterschiedlichsten Endgeräten installierten Clients und den Servern des Anbieters zusammensetzt, ebenfalls eine geschützte Rechtsposition im Rahmen der Eigentumsfreiheit darstellt. Auch wird diskutiert, ob es sich bei den gesammelten Nutzerdaten gegebenenfalls um eine knappe Ressource handelt, zu der marktmächtige Unternehmen ihren Konkurrenten Zugang gewähren sollten²⁰⁰, im Umkehrschluss könnte dann auch die Eigentumsfreiheit betroffen sein.

¹⁹⁶ So auch *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 4, Rn. 55; für die Zugangsregulierung auch *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung der Netzwirtschaften, S. 487 f.

¹⁹⁷ *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 4, Rn. 61; *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung der Netzwirtschaften, S. 488 ff; *Papier*, APuZ 13/2007, S. 5 f.

¹⁹⁸ St. Rspr., vgl. nur BVerfGE 50, 290 (340); BVerfGE 102, 1 (15).

¹⁹⁹ Vgl. nur § 18 und § 21 TKG.

²⁰⁰ Vgl. nur *Krämer/Wohlfarth*, DEJ 99, S. 71 (76 f.); *Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam*, Metastudie Digitale Wirtschaft, S. 128 f.; *Gabriel*, Unsere politischen Konsequenzen aus der Google-Debatte, 2014, S. 5.

Allerdings müsste für das „virtuelle Kommunikationsnetz“ erst noch eine rechtlich abgesicherte Position durch den Gesetzgeber geschaffen werden – derzeit wird es vom Recht als eigenständiges Objekt überhaupt nicht erfasst. Es lässt sich eine gewisse Parallele zum Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ziehen: Diese Rechtsposition setzt sich lediglich als Reflex aus einer Summe von ihrerseits durch die Eigentumsfreiheit geschützten Bestandteilen zusammen, ohne dass die Rechtsordnung die Zusammenfassung als eigenes Objekt anerkennt.²⁰¹ Es wäre daher denkbar, das „virtuelle Kommunikationsnetz“ der OTT-Kommunikationsanbieter auf ähnliche Weise zu schützen.

Über die Nutzerdaten, die bei Verwendung des OTT-Kommunikationsdienstes anfallen, hat der Anbieter dagegen keine individuelle Letztentscheidungs Gewalt: Zwar liegen die Daten grundsätzlich in seinem Hoheitsbereich, aber zumindest bei personenbezogenen Daten räumt das Datenschutzrecht dem Nutzer in vielen Fällen ein Recht auf Löschung ein und schafft so eine geteilte Hoheitssphäre.²⁰² Nach derzeitiger Rechtslage spielt die Eigentumsfreiheit also keine wichtige Rolle, wenn es um die Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten geht. Dies ließe sich jedoch durch den Gesetzgeber leicht ändern. Letztendlich würde dann aber auch hier wieder gelten: Die Sozialbindung des Eigentums auf der einen und die verfolgten Gemeinwohlziele auf der anderen Seite verleihen dem Gesetzgeber einen großen Handlungsspielraum. Art. 14 GG stellt damit keine konkreten Forderungen an das Regulierungsrecht.

10. Besonderheiten im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung

Im Regulierungsrecht im Allgemeinen und damit auch bei der Telekommunikationsregulierung im Speziellen haben sich einige Besonderheiten herausgebildet, wenn es um die Verhältnismäßigkeit staatlicher Maßnahmen geht.²⁰³ Zunächst lässt sich beobachten, dass insbesondere bei der Kontrolle der Geeignetheit und der Erforderlichkeit der eingesetzten Mittel durch die Rechtsprechung ein betont rationaler Ansatz gewählt wird.²⁰⁴ Das heißt, dass die Rechtmäßigkeit einer Regelung häufig von der Beibringung wirtschaftlicher und sozialer Tat-

²⁰¹ St. Rspr., vgl. nur BVerGE 51, 193 (221); BVerfGE 66, 116 (145); BVerfGE 105, 252 (278).

²⁰² Vgl. z.B. Art. 17 der EU-Datenschutzgrundverordnung.

²⁰³ Vgl. ausführliche Darstellung bei *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 4, Rn. 74 ff.

²⁰⁴ Ähnlich *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 4, Rn. 80.

sachen und weniger von der Antwort auf reine Rechtsfragen abhängt.²⁰⁵ Dies ergibt sich daraus, dass die Wirtschaftsregulierung in großen Umfang auf Prognosen beruht: Hier nimmt sich das BVerfG bei der Überprüfung der Angemessenheit die Kontrolldichte oft zurück und betont den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers.²⁰⁶ Es überprüft dann vor allem, ob der Gesetzgeber seine Prognoseentscheidung auf eine nachvollziehbare Tatsachengrundlage gestellt hat.²⁰⁷

Aber auch außerhalb der Prognosespielräume trägt die Rechtsprechung dem Umstand Rechnung, dass es bei der regulatorischen Gestaltung von Wirtschaftssektoren weniger um den individuellen Grundrechtsschutz geht und mehr um die Ausbalancierung von teilweise widerstreitenden Interessen und Zielen, die häufig – als Beispiele seien Kundenschutz und Versorgungssicherheit genannt – alle Gemeinwohlbezug haben.²⁰⁸ Ein eindeutiges Abwägungsergebnis im Sinne des Vorrangs eines Rechtsguts gegenüber einem anderen ist daher oft nicht gegeben.²⁰⁹ Dass diese Unsicherheit auf der Ebene des Verhältnismäßigkeitsprinzip gelöst wird, ergibt Sinn: Das Prinzip dient dazu, Konflikte zwischen widerstreitenden verfassungsimmanenten Zielen rational aufzulösen.²¹⁰

Im Kern verliert also die Abwägung im Rahmen der Angemessenheitsprüfung (auch Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) an Bedeutung und das Gewicht der Prüfung von Geeignetheit und Erforderlichkeit wächst.²¹¹ Mit dem Fokus der Rechtsprechung auf die Frage, ob der Gesetzgeber oder die jeweilige Regulierungsbehörde den Sachverhalt ausreichend ausermittelt hat, entsteht eine interessante Parallele zur US-amerikanischen Gerichtskontrolle im Regulierungsrecht, die traditionell diesen Schwerpunkt legt.²¹² In dieser Entwicklung ist aber auch kein der deutschen Verfassung fremdes Prinzip zu sehen, das uns sozusagen von Europa aufgezwungen wird. Vielmehr treten die individualschützenden Grundrechte in den regulierten Wirtschaftssektoren nur konsequent

²⁰⁵ Vgl. *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 4, Rn. 74.

²⁰⁶ Vgl. BVerfGE 50, 290 (336 ff.); 87, 363 (373); 110, 274 (293); näher *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 4, Rn. 75.

²⁰⁷ Vgl. dazu *Kluth*, NJW 1999, 3513 (3515 f.).

²⁰⁸ Ähnlich auch *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 4, Rn. 75 f.

²⁰⁹ Vgl. dazu ausführlich *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 4, Rn. 76 ff insbes. 79.

²¹⁰ *Klatt/Meister*, JuS 2014, S. 193 (194); so schon *Wendt*, AöR 104 (1979), S. 414 (449 f.).

²¹¹ *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 4, Rn. 79.

²¹² Ähnlich *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 4, Rn. 81; vgl. auch *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 1, 27 f., 46 f. 58 f.

zurück und die ausdifferenzierten „Kompetenz-, Organisations- und Verfahrensnormen der Verfassung“ treten in den Vordergrund.²¹³

11. Zusammenfassung und Ergebnis

Die Betrachtung der einzelnen Grundrechte aber auch die allgemeinen verfassungsrechtlichen Erwägungen zeigen, dass die Anforderungen an das Regulierungsrecht eher „kompetentiell, verfahrensrechtlich und organisationsrechtlich“ determiniert sind.²¹⁴ Damit ist gemeint, dass eine rechtliche Kontrolle im Kern darauf beschränkt ist, ob der Gesetzgeber seinen weiten Prognosespielraum überschritten hat, ob er alle relevanten Belange in seine Entscheidung miteinbezogen hat und ob die nötigen Schutzvorkehrungen bestehen, um überwiegenden Gemeinwohlinteressen im Einzelfall zum Durchbruch zu verhelfen. Im Ergebnis ist der Schutz der Grundrechte gegen regulierende Eingriffe für den einzelnen Telekommunikations- oder OTT-Kommunikationsanbieter daher eher niedrig einzustufen – spiegelbildlich stellt die Verfassung auch nur geringe Mindestanforderungen an das Regulierungsregime des jeweiligen Sektors.²¹⁵ Diese Mindestanforderungen ergeben sich einerseits aus dem Allgemeinen Gleichheitssatz: Bei einem unterschiedlichen Anwendungsbereich von Regulierungsnormen muss der Gesetzgeber Gründe von ausreichendem Gewicht vorweisen können, um die jeweilige Ungleichbehandlung rechtfertigen zu können. Andererseits bestehen auch staatliche Schutzpflichten – allen voran aus dem Fernmeldegeheimnis und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung – die den Handlungsspielraum des Gesetzgebers zu einem gewissen Grad einschränken. So macht das Fernmeldegeheimnis deutlich, dass der Inhalt der Kommunikation besonders geschützt werden muss und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung verlangt, dass dem Grundrechtsberechtigten zumindest ein gewisser Grad an Selbstbestimmung verbleibt. Im Rahmen dieser Mindestanforderungen – jedoch auch nur dort – besteht für den Gesetzgeber eine Pflicht zur Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten.

Da der Wirtschaftssektor der elektronischen Kommunikation ein Feld darstellt, in dem unterschiedliche Allgemeininteressen aufeinanderstoßen, ist ein solcher

²¹³ So zu Recht *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 4, Rn. 104 f.

²¹⁴ So zu Recht *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 4, Rn. 88.

²¹⁵ Vgl. *Durner*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 10, Rn. 115; *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 4, Rn. 87 ff.

weiter Gestaltungsspielraum auch sachgerecht: Der demokratische Prozess ist besser dazu geeignet, den Ausgleich zwischen widerstreitenden Interessen von ähnlichem Rang herzustellen, als das Recht. Es wird nun in den nächsten Kapiteln zu untersuchen sein, welche Abwägungsentscheidung der Europäische Gesetzgeber getroffen hat und ob er dabei die Anforderungen aus dem Allgemeinen Gleichheitssatz und aus den staatlichen Schutzpflichten gewahrt hat.

III. Der europäische Telekommunikationsrechtsrahmen und OTT

Die nationale Telekommunikationsregulierung ist stark europarechtlich geprägt. Es waren europäische Richtlinien, die zur Öffnung nationaler Monopole führten und den Weg zu einem regulatorisch gesicherten Wettbewerb ebneten – oder wenigstens zu einem Zustand, der Wettbewerbsverhältnissen so nahe wie möglich kommt (sogenannter „Als-Ob-Wettbewerb“). Bis zum Erlass des EKEK durchdrang ein ganzes Richtlinienpaket den Telekommunikationssektor: Den Kern bildeten vier Richtlinien, namentlich die Rahmenrichtlinie²¹⁶, die Zugangsrichtlinie²¹⁷, die Genehmigungsrichtlinie²¹⁸ und die Universaldienstrichtlinie²¹⁹. Um den besonderen Gefahren der elektronischen Kommunikation im Hinblick auf den Datenschutz zu begegnen, schuf der Europäische Gesetzgeber außerdem die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (E-Privacy-RL).²²⁰ Der EKEK ersetzt das Paket der zentralen vier Richtlinien mit dem Ziel der Modernisierung und Vereinfachung des Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation.²²¹ Dabei hat der Europäische Gesetzgeber viele bereits in den ursprünglichen Richtlinien bestehende Normen mit nur geringen Änderungen in den EKEK aufgenommen. Im Zuge des Erlasses der Datenschutzgrundverordnung²²² (DSGVO) sollte außerdem auch die E-Privacy-RL durch eine Verordnung zum Datenschutz in der elektronischen Kommunikation (E-Privacy-VO) geschaffen werden. Dazu liegt Stand jetzt jedoch nur ein Entwurf vor, der sich im Gesetzgebungsverfahren befindet.²²³ Die Ausgangsfrage dieses Kapitels ist: In welchem Maße erfasst dieser neue Rechtsrahmen OTT-Kommunikationsdienste? Um eine Grundlage für das Verständnis der neuen Regelungen zu schaffen möchte ich zunächst einen Überblick über den Status von OTT-Kommunikationsdiensten in der alten Rechtslage geben, bevor das Augenmerk dann auf dem

²¹⁶ Richtlinie 2002/21/EG, ABl. L 108, 24.4.2002, S. 33.

²¹⁷ Richtlinie 2002/19/EG, ABl. L 108, 24.4.2002, S. 7.

²¹⁸ Richtlinie 2002/20/EG, ABl. L 108, 24.4.2002, S. 21.

²¹⁹ Richtlinie 2002/22/EG, ABl. L 108, 24.4.2002, S. 51.

²²⁰ Richtlinie 2002/58/EG, ABl. L 201, 31.7.2002, S. 37.

²²¹ ErwGr. 4 EKEK.

²²² Verordnung, EU/2016/679, ABl. L 119, 4.5.2016, S. 1.

²²³ Verfahren 2017/0003/COD inkl. Vorschlag der Kommission v. 10.1.2017, COM (2017), 10 final.

EKEK, dem Entwurf der E-Privacy-VO und der Regelung der Datenmitnahme in der DSGVO liegt.

1. Erfasste der alte europäische Rechtsrahmen OTT-Dienste?

Viele der Forderungen nach einer Modernisierung des Telekommunikationsrechtsrahmens und einer Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten fußen auf der Prämisse, dass eine solche Regulierung bisher nicht stattgefunden hat.²²⁴ Tatsächlich war jedoch umstritten, ob OTT-Kommunikationsdienste dem Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation unterfallen. In Deutschland wurde die Diskussion durch ein Gerichtsurteil des VG Köln angestoßen, in dem es mit GMail einen rein webgestützter Email-Anbieter als Telekommunikationsdienst im Sinne des § 3 Nr. 24 TKG eingestuft hat.²²⁵ Dieses Urteil erging noch zur alten Rechtslage. Die dogmatische Herleitung des Ergebnisses des VG Köln und auch die Gegenargumente können jedoch Hinweise für das Verständnis des EKEK bieten: Inwiefern greift der Europäische Gesetzgeber Bedenken gegen die Einstufung von OTT-Kommunikationsdiensten als elektronische Kommunikation auf? Inwieweit macht er sich sogar die Argumentation des VG-Köln zu Eigen?

Im besagten Urteil musste sich das Gericht mit einem ersten vorsichtigen Schritt hin zur Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten durch die Bundesnetzagentur auseinandersetzen: Die deutsche Regulierungsbehörde für den Telekommunikationssektor forderte den Web-Mail-Anbieter GMail auf, der Meldepflicht nach § 6 TKG nachzukommen. Diese Norm schreibt vor, dass „wer gewerblich öffentliche Telekommunikationsnetze betreibt oder gewerblich öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste erbringt, [...] die Aufnahme, Änderung und Beendigung seiner Tätigkeit sowie Änderungen seiner Firma bei der Bundesnetzagentur unverzüglich melden (muss)“. Damit gab die Behörde zu verstehen, dass sie GMail als gewerblich erbrachten, öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdienst ansieht.

²²⁴ Vgl. nur *Fetzer*, ZEW Discussion Paper 16-057, S. 6; *Allouet/Le Franc/Marques/Rossi*, *Digi-world Economic Journal*, Nr. 93, 1. Q. 2014, S. 99 (99 f.); *Peitz/Schweitzer/Valetti*, CERRE Study 2014, S. 40.

²²⁵ VG Köln, Urteil v. 11.11.2015, Az. 21 K 450/15.

Dieser Ansicht hatte sich 2015 das VG Köln angeschlossen.²²⁶ Das OVG Münster in nächster Instanz hat diese Frage dem EuGH vorgelegt.²²⁷ Bereits das VG Köln hätte sich allerdings im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens an den EuGH wenden müssen, da es für die Beantwortung der Rechtsfragen auf die Auslegung europäischen Rechts ankam und die Frage in der Rechtsprechung des EuGH noch nicht hinreichend geklärt war.²²⁸ Der EuGH hat schließlich entschieden, dass internetbasierte E-maildienste keine elektronischen Kommunikationsdienste im Sinne der Rahmenrichtlinie sind.²²⁹

Für die Anwendung der regulatorischen Normen des europäischen Telekommunikationsrechtsrahmens und auch des nationalen Telekommunikationsgesetzes, war Voraussetzung, dass ein elektronischer Kommunikationsdienst im Sinne des Art. 2 der Rahmenrichtlinie bzw. ein Telekommunikationsdienst im Sinne des § 3 Nr. 24 TKG vorliegt. Daran knüpfen Normen wie die Meldepflicht oder auch die sektorspezifischen Kunden- und Datenschutzverpflichtungen an. Dabei stellt § 3 Nr. 24 TKG eine Umsetzung des Art. 2 der Rahmenrichtlinie in nationales Recht dar²³⁰: Dieser definierte elektronische Kommunikationsdienste als „gewöhnlich gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen, einschließlich Telekommunikations- und Übertragungsdienste in Rundfunknetzen, jedoch ausgenommen Dienste, die Inhalte über elektronische Kommunikationsnetze und -dienste anbieten oder eine redaktionelle Kontrolle über sie ausüben; nicht dazu gehören die Dienste der Informationsgesellschaft im Sinne von Artikel 1 der Richtlinie 98/34/EG, die nicht ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen“. Das TKG definiert Telekommunikationsdienste daran anknüpfend als „in der Regel gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, einschließlich Übertragungsdienste in Rundfunknetzen“. Die Ausnahme für Dienste der Informationsgesellschaft aus der europäischen Vorlage findet

²²⁶ VG Köln, Urteil v. 11.11.2015, Az. 21 K 450/15.

²²⁷ Vgl. Pressemitteilung des OVG Münster vom 26.2.2018, abrufbar unter http://www.ovg.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilungen/05_180226/index.php.

²²⁸ So auch *Kühling/Schall*, CR 2016, S. 185 (198); *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 50.

²²⁹ EuGH, Urt. v. 13.06.2019, Az. C-193/18.

²³⁰ BT-Drs. 15/2316, S. 58.

sich auf nationaler Ebene in § 1 Abs. 1 TMG: Dort wird der Anwendungsbereich des TMG für elektronische Informations- und Kommunikationsdienste eröffnet, „soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 des Telekommunikationsgesetzes, die ganz in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 25 des Telekommunikationsgesetzes oder Rundfunk nach § 2 des Rundfunkstaatsvertrages sind“.

Der entscheidende Passus war in der europäischen, wie der nationalen Version im Kern gleich: Es musste sich um einen (1) Dienst handeln, der (2) gewöhnlich gegen Entgelt erbracht wird und (3) ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Kommunikationsnetze besteht. Abzugrenzen waren diese elektronischen Kommunikations- oder Telekommunikationsdienste von Inhaltsanbietern und Diensten, die eine redaktionelle Kontrolle über diese Inhalte ausüben. Das fand sich bei Art. 2 der Rahmenrichtlinie als negatives Tatbestandsmerkmal in der Norm selbst, während es sich auf bundesnationaler Ebene aus dem Zusammenhang mit § 1 TMG und § 2 Nr. 1 RStV ergibt. Es geht also darum, Dienste zu erfassen, die Kommunikation anbieten, aber nicht Inhalte.²³¹

a) Auslegung des Begriffs „elektronische Kommunikationsdienste“

Um herauszuarbeiten, ob OTT-Kommunikationsdienste vom alten Rechtsrahmen erfasst wurden, muss die Definition des elektronischen Kommunikationsdienstes bzw. Telekommunikationsdienstes Merkmal für Merkmal ausgelegt werden.

(1) Dienst

Der Begriff „Dienst“ wurde sowohl in der Rahmenrichtlinie als auch im TKG vorausgesetzt und nicht definiert. Gerade im Telekommunikationsbereich ist jedoch schwer zu erfassen, was dieser Begriff eigentlich ausdrücken soll.²³² So gibt es z.B. neben dem Festnetz für Telefonie auch einen Telefondienst, der dann das eigentliche Telefonieren erfasst. Das ergibt sich schon aus der Legaldefinition des Art. 2 der Rahmenrichtlinie bzw. § 3 Nr. 24 TKG selbst, die es zur

²³¹ So auch *Kühling/Schall*, CR 10/2015, S. 641 (645); *Schütz*, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG Kommentar, § 3 Rn. 79.

²³² Zum Dienstbegriff ausführlich *Kühling/Schall*, CR 10/2015, S. 641 (645 ff.); *Martini/Zimmermann*, CR 2007, S. 427 (428 ff.).

Voraussetzung macht, dass ein Dienst über ein Telekommunikationsnetz übertragen wird, aber sich gerade nicht auf den Betrieb dieses Telekommunikationsnetzes beschränkt.²³³ Aus diesen Überlegungen heraus lässt sich ableiten, dass der Begriff „Dienst“ hier losgelöst von technischen Vorgängen zu betrachten ist, vielmehr kommt es auf die Nachfrage am Markt an.²³⁴ Kann der jeweilige Vorgang potentiell eigenständig am Markt angeboten werden?

(2) Gewöhnlich gegen Entgelt

Das Merkmal „gewöhnlich gegen Entgelt“ lässt sich in zwei Aspekte untergliedern: Es muss einerseits geklärt werden, was überhaupt unter „Entgelt“ zu verstehen ist und außerdem wann der Dienst gewöhnlich gegen Entgelt erbracht wird.

Speziell mit Blick auf die OTT-Kommunikationsdienste, die in aller Häufigkeit nicht gegen Geld erbracht werden, stellt sich als die Frage, ob der Begriff des Entgelts tatsächlich eine monetäre Gegenleistung voraussetzt und ob eine wirtschaftliche Gegenleistung vom Nutzer selbst kommen muss oder sie auch von einer dritten Partei erbracht werden kann. Das Verständnis dieses Begriffes ging bereits vor dem Erlass des EKEK dahin, dass nicht nur monetäre Gegenleistungen gemeint sein können, sondern es vor allem darauf ankommt, ob der Dienst als kommerziell eingestuft werden kann.²³⁵ OTT-Kommunikationsdienste könnte nicht finanziert werden und würde nicht auf die gleiche Weise erbracht werden, wenn es nicht die Aufmerksamkeit der Nutzers für etwaige Werbung Dritter oder deren personenbezogenen Daten gäbe, die in aggregierter Form ebenfalls einen großen Wert für Dritte haben (dazu II. 2.). Der Nutzer zahlt also durchaus – mit Aufmerksamkeit und mit Daten – und darin liegt auch ein wirtschaftlicher

²³³ So auch *Koch/Neumann*, Einführung in das Telekommunikationsrecht, Rn. 54 ff.

²³⁴ *Kühling/Schall*, CR 10/2015, S. 641 (645 ff.); *Martini/Zimmermann*, CR 2007, S. 427 (428 ff.); sehr ausführlicher Überblick bei *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 60.

²³⁵ EuGH, 12. 7. 2001 – C-157/99, Slg. 2001, I-5473, Rn. 58; EuGH, 11. 9. 2007 – C-76/05, Slg. 2007, I-6849, Rn. 38; *Kühling/Schall*, CR 10/2015, S. 641 (647 f.); *Schumacher*, K&R 2015, S. 771 (774 f.); *Kremer*, CR 2012, S. 438 (440 f.); *PTS*, Which services and networks are subject to the Electronic Communications Act, S. 20; *Raabe/Dinger/Hartenstein*, K&R Beihefter 1/2007, S. 1 (5 f.); kritisch aber *Schuster*, CR 2016, S. 173 (182 f.); *Grünwald/Nüßing*, MMR 2016, S. 91 (93 f.).

Wert.²³⁶ Dieser Wert realisiert sich dann darin, dass Dritte bereit sind, ihrerseits dem Diensteanbieter ein Entgelt zu zahlen. Unabhängig davon, ob OTT-Kommunikationsdienste Einkommen über Dritte generieren oder die Nutzerdaten selbst auswerten und verkaufen, lassen sie sich jedenfalls als kommerziell einstufen.²³⁷ Die europäische Kommission hat dementsprechend im Fall Facebook/WhatsApp (2014) im Bereich „Kommunikationsdienste für Endkunden“ und „Dienste für die soziale Vernetzung“ den Markt auch inklusive der unentgeltlichen Seite eingegrenzt.²³⁸ Auch in den neueren Bestrebungen zum Digitalen Kundenschutz wird dieses Verständnis deutlich.²³⁹ Auf nationaler Ebene wurden dagegen traditionell ausschließlich die über entgeltliche Austauschbeziehungen geprägten Parteien als Bestandteile des Markts herangezogen.²⁴⁰ Hier ist jedoch in neuerer Zeit ein Umdenken zu beobachten.²⁴¹ Im Ergebnis lässt sich daher die Ansicht, dass Entgelt einen Geldfluss von Nutzer zu Kommunikationsdiensteanbieter voraussetzt, nicht halten.²⁴² Vielmehr muss es darauf ankommen, ob der Nutzer für den Diensteanbieter einen wirtschaftlichen Mehrwert bedeutet. Dies ist bei OTT-Kommunikationsdiensten, die entweder Gewinn aus den nutzergenerierten Daten ziehen oder sich über die Aufmerksamkeit der Nutzer für Werbung finanzieren, also derzeit fast allen OTT-Kommunikationsdiensten, gegeben. Damit waren OTT-Kommunikationsdienste als entgeltliche Dienste einzustufen.

(3) Überwiegen der Signalübertragung

Dieses Merkmal stellte das Hauptproblem dar: Trotz der Absicht, eine möglichst technologie neutrale Regelung zu schaffen, setzte die Legaldefinition doch an

²³⁶ So auch *Fetzer*, ZEW Discussion Paper 16-057, S. 35 f.; *WAR*, Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten, S. 6; *Dorner*, CR 2014, S. 617 (618); *Paal/Hennemann*, NJW 2017, S. 1697 (1698).

²³⁷ Ebenso *Kühling/Schall*, CR 10/2015, S. 641 (647 f.); *Schumacher*, K&R 2015, S. 771 (774 f.).

²³⁸ *Europäische Kommission*, 3.10.2014, M.7217, Facebook/WhatsApp.

²³⁹ Vgl. dazu die Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 11.4.2018 zum „New Deal for Consumers“, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3041_en.htm.

²⁴⁰ Vgl. zuletzt OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.01.2015, VI Kart 1/14, NZKart 2015, 148, dazu auch *BKartA*, Digitale Ökonomie, S. 15.

²⁴¹ Vgl. *BKartA*, Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren des Bundeskartellamtes, v. 19.12.2017, in dem personenbezogene Daten der Nutzer von Facebook als wirtschaftlicher Faktor anerkannt wurden.

²⁴² So auch *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 62 ff.

der Art an, wie der Dienst erbracht wird.²⁴³ Es gab verschiedene Ansätze, was unter dem Bestehen in einer Signalübertragung zu verstehen ist:

Aus rein technischer Sicht überträgt nicht der OTT-Kommunikationsdienstleister die Datenpakete des Kommunikationsvorgangs, sondern das ist Aufgabe des Internetzugangsanbieters, der das eigentliche Kommunikationsnetz betreibt.²⁴⁴ Da OTT-Kommunikation außerdem nach dem Best-Effort-Prinzip des Internets abläuft, fehlt den OTT-Kommunikationsdiensten auch die den klassischen Telekommunikationsdiensten eigene Möglichkeit, Einfluss auf die Qualität ihrer Dienste zu nehmen. Der OTT-Kommunikationsdienst besteht, bleibt man bei dieser Einschätzung stehen, nicht in einer Signalübertragung sondern stellt lediglich eine Maske oder ein Portal bereit, das es dem Nutzer ermöglicht, seinen Internetzugangsanbieter zur Signalübertragung in Form einer Kommunikation zu bewegen.²⁴⁵ Einige Stimmen in der Literatur differenzierten im Rahmen der technischen Sichtweise zwischen P2P- und Server-basierten Diensten (dazu I. 2.): Bei Diensten mit eigenem Server kamen sie doch wieder zu einem Überwiegen der Signalübertragung bei OTT-Kommunikationsdiensten.²⁴⁶ In seinem Vorabentscheidungsurteil zum deutschen Verwaltungsgerichtsstreit entschied sich der EuGH für die strenge technische Sichtweise: Internetbasierte E-maildienste bestehen aus Sicht des Gerichts nicht in Signalübertragung, diese werde ausschließlich von den Internetzugangsanbietern und Kommunikationsnetzbetreibern erbracht.²⁴⁷

Andererseits lässt sich der Begriff der Signalübertragung auch funktional verstehen.²⁴⁸ Der Gesetzgeber selbst hat die Möglichkeit vorgesehen, dass Kommunikationsdienste vorliegen können, obwohl der Dienstanbieter kein eigenes Telekommunikationsnetz betreibt.²⁴⁹ Beispiel für einen Telekommunikationsdienst ohne eigene Infrastruktur ist der Resale von Telekommunikationsdienst-

²⁴³ Vgl. *Godlovitch/van Gorp/Hausemer/Vassileva/Womersley/Batura*, Support Impact Assessment, Teil 1, S. 11.

²⁴⁴ *Gersdorf*, K&R 2/2016, S. 91 (91 ff.); *Schuster*, CR 2016, S. 173 (175 ff.).

²⁴⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 13.06.2019, Az. C-193/18; *Brown*, CLSR 30, S. 357 (359); *Gersdorf*, K&R 2/2016, S. 91 (91 ff.).

²⁴⁶ *Schumacher*, K&R 2015, S. 771 (773 f.); *Grünwald/Nüßing*, MMR 2016, S. 91 (93 ff.).

²⁴⁷ So EuGH, Urt. v. 13.06.2019, Az. C-193/18.

²⁴⁸ So VG Köln, Urt. v. 11.11.2015, 21 K 450/15; *Raabe/Dinger/Hartenstein*, K&R Beihefter 1/2007, S. 1 (6 ff.).

²⁴⁹ Vgl. *Brown*, CLSR 30, S. 357 (359); ähnlich auch *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 70.

leistungen, der allgemein als Telekommunikationsdienst anerkannt wurde.²⁵⁰ Daraus lässt sich folgern, dass eine rein wirtschaftliche Zuordnung der Signalübertragung ausreichen muss.²⁵¹

Für ein funktionales Verständnis des Merkmals sprach darüber hinaus auch, dass der Grundsatz der Technologieneutralität als Kern der Telekommunikationsregulierung aus der Rahmenrichtlinie herauszulesen war.²⁵² Die Grenze zur Regulierung von Kommunikationsdiensten soll zwischen Überträger und Inhaltsschaffer verlaufen, nicht zwischen verschiedenen Technologien.²⁵³

Geht man mit den aus meiner Sicht trotz des EuGH-Urteils besseren Argumenten von einem funktionalen Verständnis des Begriffs aus²⁵⁴, dann muss weiter geprüft werden, ob OTT-Kommunikationsdienste von diesem Verständnis erfasst werden. Hier steht als zentrales Argument für eine Einordnung von OTT-Kommunikationsdiensten als Dienste der Signalübertragung die Sicht der Nutzer: Aus ihrer Sicht spielt die Eigenschaft der Dienste, dass damit Kommunikation genauso wie bei klassischen TK-Diensten möglich ist, im Vordergrund.²⁵⁵ OTT-Kommunikationsdienste veranlassen außerdem erst den Kommunikationsvorgang und sorgen mittels technischer Adressierung dafür, dass die Datenpakete vom Start zum Ziel kommen.²⁵⁶ Dabei profitiert der OTT-Kommunikationsanbieter wirtschaftlich allein vom vorgenommenen Kommunikationsvorgang; es lässt sich daher argumentieren, dass er sich den Signalübertragungsvorgang zu Eigen macht.²⁵⁷

²⁵⁰ Vgl. nur EuGH, Urt. v. 30.4.2014 – Rs. C-475/12; *Kühling/Schall*, CR 10/2015, S. 641 (650 f.); kritisch: *Schuster*, CR 2016, S. 173 (179).

²⁵¹ *Kühling/Schall*, CR 10/2015, S. 641 (648); weiter ausführend in *Kühling/Schall*, CR 2016, S. 185 (191 f.).

²⁵² Vgl. *Fetzer* ZEW Discussion Paper 16-057, S. 37; *Kühling/Schall*, CR 10/2015, S. 641 (649); *Raabe/Dinger/Hartenstein*, K&R Beihefter 1/2007, S. 1 (6 ff.).

²⁵³ So auch *Fetzer*, ZEW Discussion Paper 16-057, S. 37; *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 70 f.

²⁵⁴ Ebenso *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 74.

²⁵⁵ *Kühling/Schall*, CR 10/2015, S. 641 (648 f.); kritisch aber *Grünwald/Nüßing*, MMR 2016, S. 91 (94).

²⁵⁶ *Kühling/Schall*, CR 2015, S. 641 (649) sprechen von „qualifizierter Veranlassung“; bekräftigend in *Kühling/Schall*, CR 2016, S. 185 (192); ähnlich *Schumacher*, K&R 2015, S. 771 (774).

²⁵⁷ So wohl *Kühling/Schall*, CR 2015, S. 641 (648).

Es sprachen also schon nach alter Rechtslage gute Argumente für eine Einordnung der OTT-Kommunikationsdienste als Dienste der Signalübertragung.²⁵⁸ Letztendlich hat das Urteil des EuGH diesen Streit jedoch in die andere Richtung entschieden.

b) Konsequenzen

Eine Einordnung von OTT-Kommunikationsdiensten als elektronische Kommunikationsdienste im Sinne der alten Rechtslage könnte noch für Fälle relevant werden, die sich vor Inkrafttreten des EKEK abgespielt haben. Für die neue Rechtslage lässt sich herleiten, dass der Europäische Gesetzgeber entscheiden muss, ob er dem Begriff der elektronischen Kommunikation ein technisches oder ein funktionales Verständnis zugrunde legen will. Der an der Art der Übertragung ansetzende Begriff der alten Rechtslage wird dem Grundsatz der Technologieutralität nur gerecht, wenn man sich vom technischen Verständnis löst. Eine neue Begriffsbestimmung muss hier eindeutiger sein.

2. Analyse des neuen europäischen Rechtsrahmens

Am 17.12.2018 hat der Europäische Gesetzgeber die Richtlinie EU 2018/1972 über den europäischen Kodex für elektronische Kommunikation erlassen.²⁵⁹ Der Kodex ist im Anschluss an einen öffentlichen Review des Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation entstanden²⁶⁰ und muss bis 21.12.2020 in nationales Recht umgesetzt werden. Im Anschluss an die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO)²⁶¹, die seit dem 25.5.2018 in Kraft ist, hat die Europäische Kommission außerdem den Entwurf einer Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation (E-Privacy-VO)²⁶² in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht.

²⁵⁸ Zu diesem Ergebnis kommt auch *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 75.

²⁵⁹ Richtlinie EU 2018/1972, ABl. L 321, 17.12.2018, S. 36.

²⁶⁰ Siehe dazu *Europäische Kommission*, Synopsis Report on the public consultation on the evaluation and review of the regulatory framework for electronic communications.

²⁶¹ Verordnung, EU/2016/679, ABl. L 119, 4.5.2016, S. 1.

²⁶² Verfahren 2017/0003/COD inkl. Vorschlag der Kommission v. 10.1.2017, COM (2017), 10 final.

Beide Gesetze könnten großen Einfluss auf die Regulierung der OTT-Kommunikationsdienste nehmen. Ich werde daher im Folgenden untersuchen, inwieweit ihre Normen auf OTT-Kommunikationsdienste Anwendung finden.

a) Europäischer Kodex für elektronische Kommunikation

Der EKEK soll das bisherige Richtlinienpaket zum Telekommunikationssektor zusammenfassen und modernisieren.²⁶³ Er wird künftig das zentrale europäische Gesetz zur Telekommunikationsregulierung sein. Regulierungsadressaten der Richtlinie sind – wie sich aus der Gesamtschau der Normen ergibt – grundsätzlich die Anbieter elektronischer Kommunikationsnetze und elektronischer Kommunikationsdienste.²⁶⁴ Wie schon nach der bisherigen Rechtslage müssten OTT-Kommunikationsdienste unter einen dieser Begriffe zu subsumieren sein, wenn sie von der sektorspezifischen Telekommunikationsregulierung erfasst werden sollen. Deshalb liegt das Augenmerk dieser Arbeit zunächst auf der neuen Begriffsbestimmung des EKEK für elektronische Kommunikationsdienste. Im Anschluss sollen die einzelnen Regelungskomplexe des Kodexes mit Blick auf OTT-Kommunikationsdienste untersucht werden.

(1) OTT-Kommunikationsdienste als elektronische Kommunikationsdienste

Entscheidend für die Auswirkungen des EKEK auf OTT-Kommunikationsdienste ist, inwiefern sie unter den Begriff des elektronischen Kommunikationsdiensts subsumiert werden können. In Art. 2 Nr. 4 EKEK findet sich dazu eine Legaldefinition. Elektronische Kommunikationsdienste sind demnach:

„gewöhnlich gegen Entgelt über elektronische Kommunikationsnetze erbrachte Dienste, die – mit Ausnahme von Diensten, die Inhalte über elektronische Kommunikationsnetze und -dienste anbieten oder eine redaktionelle Kontrolle über sie ausüben – folgende Dienste umfassen:

- a) ‚Internetzugangsdienste‘ im Sinne der Begriffsbestimmung des Artikels 2 Absatz 2 Nummer 2 der Verordnung (EU) 2015/2120,
- b) interpersonelle Kommunikationsdienste und

²⁶³ ErwGr. 4 EKEK.

²⁶⁴ Vgl. nur Art. 12 EKEK.

- c) Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen bestehen, wie Übertragungsdienste, die für die Maschine-Maschine-Kommunikation und für den Rundfunk genutzt werden“.

Ausgangspunkt der Begriffsbestimmung eines elektronischen Kommunikationsdienstes ist also ein Dienst, der gewöhnlich gegen Entgelt über elektronische Kommunikationsnetze erbracht wird. In einem zweiten Schritt legt die Richtlinie drei Diensttypen fest, die unter diesen Ausgangspunkt fallen sollen.²⁶⁵ Da der Wortlaut keine öffnenden Elemente enthält ist diese Aufzählung abschließend zu verstehen. Darüber hinaus werden Dienste, die selbst Inhalte anbieten oder zumindest eine redaktionelle Kontrolle über Inhalte ausüben, von dem Begriff des elektronischen Kommunikationsdienstes ausgenommen.

Stellt man die Begriffsbestimmung nach Art. 2 Nr. 4 EKEK der Begriffsbestimmung eines elektronischen Kommunikationsdienstes nach Art. 2 lit. b) der Rahmenrichtlinie, also der alten Rechtslage, gegenüber, lässt sich gut erkennen, dass die neuere eine Weiterentwicklung der älteren darstellt. Art. 2 lit. b) der Rahmenrichtlinie definierte elektronische Kommunikationsdienste als

„gewöhnlich gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen, einschließlich Telekommunikations- und Übertragungsdienste in Rundfunknetzen, jedoch ausgenommen Dienste, die Inhalte über elektronische Kommunikationsnetze und -dienste anbieten oder eine redaktionelle Kontrolle über sie ausüben“.

Nach der Rahmenrichtlinie war es zwingende Voraussetzungen, dass der Dienst ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen besteht. In der Begriffsbestimmung des EKEK findet sich dieser Aspekt nur noch als einer von mehreren Möglichkeiten auf der zweiten Ebene der Definition wieder. Das Internetzugangsdienste nun als eigene Kategorie geführt werden²⁶⁶ ist überraschend: Bisher wurden sie unproblematisch unter die Begriffsbestimmung der Rahmenrichtlinie subsumiert. Gegebenenfalls soll damit den Internetzugangs-

²⁶⁵ Vgl. dazu auch *Neumann*, N&R 2016, 262 (263).

²⁶⁶ Die Definition nach Art. 2 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120 lautet: „ein öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienst, der unabhängig von der verwendeten Netztechnologie und den verwendeten Endgeräten Zugang zum Internet und somit Verbindungen zu praktisch allen Abschlusspunkten des Internets bietet“.

anbietern erleichtert werden, ihre Rechte und Pflichten in den verschiedenen Richtlinien ausfindig zu machen. Die Diskussion um die Einordnung der OTT-Kommunikationsdienste hat sich dagegen vor allem am Aspekt des Bestehens in einer Signalübertragung entzündet (dazu IV. 1.). Der europäische Gesetzgeber umgeht also nun diesen Streit und schafft eine eigene Kategorie der interpersonellen Kommunikationsdienste, die neben der klassischen Signalübertragung steht. Im nächsten Schritt stellt sich nun die Frage, ob OTT-Kommunikationsdienste unter eine der drei Varianten des elektronischen Kommunikationsdienstes subsumiert werden können. Dabei kann die erste Variante der Internetzugangsdienste von vornherein ausgeschlossen werden: OTT-Kommunikationsdienste nach dem Verständnis dieser Arbeit bieten keinen Zugang zum Internet, sondern sind die Dienste der Individualkommunikation.

(a) OTT-Kommunikation als interpersonelle Kommunikationsdienste

Interpersonelle Kommunikationsdienste haben eine Legaldefinition in Art. 2 Nr. 5 EKEK erhalten: Es handelt sich um einen

„gewöhnlich gegen Entgelt erbrachte[n] Dienst, der einen direkten interpersonellen und interaktiven Informationsaustausch über elektronische Kommunikationsnetze zwischen einer endlichen Zahl von Personen ermöglicht, wobei die Empfänger von den Personen bestimmt werden, die die Kommunikation veranlassen oder daran beteiligt sind; dazu zählen keine Dienste, die eine interpersonelle und interaktive Kommunikation lediglich als untrennbar mit einem anderen Dienst verbundene untergeordnete Nebenfunktion ermöglichen“.

In dieser Begriffsbestimmung vermeidet der Gesetzgeber den Aspekt der Signalübertragung ganz und ersetzt ihn durch den Aspekt des direkten Informationsaustausches in interpersoneller und interaktiver Form. Das heißt, dass der Informationsaustausch zwischen mehreren Personen und in beide Richtungen möglich sein muss.²⁶⁷ Außerdem muss der Kommunikationsvorgang auf eine endliche Anzahl – gemeint ist eine im Vorfeld bestimmte Anzahl im Gegensatz zu einer potentiell unbeschränkten²⁶⁸ – von Personen begrenzt sein und die Empfänger des Informationsaustausches müssen durch den Kommunizieren-

²⁶⁷ Vgl. ErwGr. 17 EKEK.

²⁶⁸ Dazu *Neumann*, N&R 6/16, S. 262 (Fn. 14).

den bestimmt werden können. Der Gesetzgeber bemüht sich mit dieser Definition darum, eine saubere Abgrenzung zwischen Individual- und Massenkommunikation (siehe schon B. I.) und damit auch zwischen lediglich Kommunizierenden und schon Inhaltsanbietenden zu treffen.

Indem er die sonst sehr offene Begriffsbestimmung auf Kommunikation zwischen Personen eingrenzt, nimmt er etwa Mensch-Maschine- und Maschine-Maschine-Kommunikation aus dem Anwendungsbereich heraus. Aus diesem Grund werden Maschine-Maschine-Kommunikation und Rundfunkübertragung in Art. 2 Nr. 4 EKEK als Beispiele für Dienste, die ganz oder überwiegend in der Signalübertragung bestehen, genannt. So behält das Merkmal der Signalübertragung im Rahmen der Begriffsbestimmung für elektronische Kommunikation auch seine Existenzberechtigung.

Wie der Europäische Gesetzgeber in Erwägungsgrund 15 des EKEK feststellt, können Dienste unter mehr als eine Kategorie des Kommunikationsdienstbegriffs fallen. Das heißt, dass klassische Telekommunikationsdienste, die unter der alten Rechtslage als Dienste der Signalübertragung eingestuft wurden, nun zusätzlich auch interpersonelle Kommunikationsdienste sein können.

Der Europäische Gesetzgeber verfolgt mit der vorliegenden Begriffsbestimmung einen funktionalen Ansatz (dazu IV. 1.).²⁶⁹ Es kommt also nicht mehr auf technische Umstände an. Vielmehr dienen die Aspekte der Beidseitigkeit des Kommunikationsvorgangs, der endlichen Anzahl der Teilnehmer und der Herrschaft des Nutzers und nicht des Anbieters über den Informationsaustausch dazu, Individualkommunikation zu umreißen. Das heißt, es kommt nunmehr darauf an, dass ein Dienst vorliegt, der die Funktion der Individualkommunikation erfüllt. Dieser neue Ansatz ist aufgrund der Vielfalt und Innovationsfreudigkeit²⁷⁰, die das Medium Internet bisher gezeigt hat, auch notwendig: Würde wie zuvor auf technisch durchdrungene Merkmale wie die Signalübertragung gesetzt, bestände erneut die Gefahr, dass das regulatorische Regime für elektro-

²⁶⁹ Vgl. ErwGr. 15 EKEK, so auch *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 78; *Neumann*, N&R 2016, S. 262 (263); *Kiparski*, CR 2019, S. 179 (180).

²⁷⁰ Vgl. Darstellung bei *Körber*, ZUM 2017, S. 93 (95); *Van Gorp/Batura*, Econ Study, S. 25 f.; *Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam*, Metastudie Digitale Wirtschaft, S. 137.

nische Kommunikation nicht mit den realen Entwicklungen schritthalten könnte.

OTT-Kommunikationsdienste nach der eingangs erarbeiteten Definition (dazu I. 1.) – das sind insbesondere E-Mail-Dienste, Kurznachrichtendienstleister oder Internettelefonie – ermöglichen einen Kommunikationsvorgang zwischen mehreren Personen und auch in beide Richtungen: Die versendeten Nachrichten werden vom Empfänger nicht nur empfangen, sondern sie können ihrerseits darauf antworten und Nachrichten zurücksenden. Sie sind damit interpersonell und interaktiv.²⁷¹ Es ist auch keine weitere Person dazwischen geschaltet, so dass die Kommunikation direkt verläuft.

Die Nutzer bestimmen darüber hinaus alle am Kommunikationsvorgang beteiligte Personen selbst – bei Kurznachrichtendienstleistern sind es häufig auch mehr als zwei – indem sie die entsprechenden Nutzernamen innerhalb des Anbieterportals auswählen oder eine dem Nutzer zugeordnete Adresse eingeben. Damit handelt es sich notwendigerweise um eine endliche Anzahl an Teilnehmern. Davon abzugrenzen sind zum Beispiel sogenannte Microbloggingdienste²⁷² wie Twitter, in deren Rahmen der Nutzer zwar auch „Kurznachrichten“ versendet, die sich allerdings an einen unbestimmten Personenkreis richten.

Der Kommunikationsvorgang findet auch bei OTT-Diensten über elektronische Kommunikationsnetze statt. Es sind allerdings nicht oder jedenfalls überwiegend nicht die eigenen Netze (dazu I. 2.). Stattdessen läuft die Datenübertragung auf den Kommunikationsnetzen der Internetserviceanbieter ab. Der Wortlaut des Art. 2 Nr. 5 EKEK verlangt allerdings keine Herrschaft über das Kommunikationsnetz. In Anbetracht der Diskussion zu den OTT-Kommunikationsdiensten im Vorfeld dürfte das vom Gesetzgeber bewusst so gewählt worden sein. Aus den Erwägungsgründen lässt sich ebenfalls ableiten, dass der europäische Gesetzgeber gerade die Kommunikationsdienste erfassen wollte, die nicht mehr klassisch selbst ein Kommunikationsnetz betreiben.²⁷³ Die OTT-Kommuni-

²⁷¹ So *Scherer/Heinickel*, MMR 2017, S. 71 (71); für WhatsApp auch *Neumann*, N&R 2016, S. 262 (263).

²⁷² Für eine Definition vergleiche <http://www.onlinemarketing-praxis.de/glossar/microblogs-microblogging>.

²⁷³ Vgl. ErwGr. 15 EKEK.

kationsdienste nach der eingangs erarbeiteten Definition erfüllen also auch dieses Merkmal.

Das Merkmal der neuen Begriffsbestimmung, das noch die meisten Probleme bei der Einordnung von OTT-Kommunikationsdiensten bereiten könnte, ist das Merkmal der Entgeltlichkeit. Wie bereits dargelegt wurde (s.o. IV. 1. (2)), waren die Stimmen zur alten Rechtslage geteilter Ansicht darüber, ob das weitverbreitete Geschäftsmodell der OTT-Kommunikationsdienste, mittels Datenacquire und Werbeeinahmen für Umsätze zu sorgen, als Entgeltlichkeit verstanden werden kann. Jedoch zeigen die Erwägungsgründe des EKEK, dass der Gesetzgeber bei den genannten Geschäftsmodellen von einer Entgeltlichkeit ausgeht.²⁷⁴ Dies sollte für eine rechtssichere Anwendbarkeit des Begriffsmerkmals auf OTT-Kommunikationsdienste ausreichen.²⁷⁵

Die Begriffsbestimmung des Art. 2 Nr. 5 EKEK enthält noch ein weiteres, negatives Merkmal: Es darf kein Dienst vorliegen, der „eine interpersonelle und interaktive Kommunikation lediglich als untrennbar mit einem anderen Dienst verbundene untergeordnete Nebenfunktion ermöglich[t]“. Der fragliche OTT-Dienst muss also im Schwerpunkt Kommunikationsdienst sein. Als Beispiel nennt der Europäische Gesetzgeber Kommunikationskanäle in Online-Spielen.²⁷⁶ Dieses Merkmal birgt einige Probleme: Zwar ist nachvollziehbar, dass ein „Ausufern“ der Regulierung verhindert werden soll und gerade Inhalteanbieter – die jedoch schon eine Stufe über dem Interpersonellen Kommunikationsdienst auf Ebene des Elektronischen Kommunikationsdiensts einen Ausschluss erfahren – sollen nicht erfasst werden. Jedoch sind gleich beide Eigenschaften, die einen Ausschluss bedingen sollen, nur sehr schwer zu bestimmen. Wann ist nämlich ein Kommunikationsdienst untrennbar mit einem anderen Dienst verbunden? Als Beispiel sei das Chat-Angebot des großen sozialen Netzwerk „Facebook“ angesprochen. Langezeit war dieses Angebot als eine Schaltfläche in die Nutzungsoberfläche des Portals selbst eingebunden. Mittlerweile besteht dieser Facebookmessenger aber als eigene Applikation, die über die App Stores heruntergeladen werden kann.²⁷⁷ Heißt das, dass der Dienst seine Untrennbarkeit verloren hat, als Facebook sich entschied, ihn gesondert anzubieten? Oder war

²⁷⁴ Erwägungsgrund 16 des EKEK.

²⁷⁵ So auch *Neumann*, N&R 2016, S. 262 (263 f.).

²⁷⁶ ErwGr. 17 EKEK.

²⁷⁷ Vgl. <https://de-de.facebook.com/messenger/>.

er vielleicht von vornherein nicht untrennbar? Kommt es auf die Widmung durch den Anbieter an? Vielversprechender erscheint da das Merkmal der „untergeordneten Nebenfunktion“. Doch auch hier stellt sich wieder die Frage, wie lässt sich der Rang eines Kommunikationsdienstes bestimmen, ohne willkürliche Entscheidungen zu treffen? Soll es auch hier darauf ankommen, wie der Anbieter selbst seinen Dienst widmet? Das dürfte nicht gewollt sein, da die OTT-Anbieter dann in Zweifelsfällen selbst entscheiden könnten, ob sie unter das Regulierungsregime fallen wollen oder nicht. Im Ergebnis wird eine Zusammenschau aus verschiedenen Kriterien der vielversprechendste Ansatz sein: Wie viel Datenverkehr des Gesamtvolumens der Kommunikationsdienst einnimmt könnte eines sein; Wie die Nutzersicht ist, ein anderes. Jedenfalls sind diese Merkmale nach dem Willen des Europäischen Gesetzgebers eng auszulegen.²⁷⁸ Dieses schwammige Merkmal trägt jedoch nicht zur Rechtssicherheit bei.²⁷⁹

Für die großen OTT-Kommunikationsanbieter wie WhatsApp, Skype oder die vielen E-Mail-Anbieter gilt jedenfalls: Sie lassen sich unter den Begriff des interpersonellen Kommunikationsdienstes subsumieren.²⁸⁰

(b) Nummerngebundene und nummernunabhängige Kommunikationsdienste

Der EKEK differenziert innerhalb der Kategorie der interpersonellen Kommunikationsdienste noch ein weiteres Mal: Er unterscheidet zwischen nummerngebundenen interpersonellen Kommunikationsdiensten nach Art. 2 Nr. 6 EKEK und nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten nach Art. 2 Nr. 7 EKEK. Beide Diensttypen fallen unter die übergeordnete Begriffsbestimmung des interpersonellen Kommunikationsdienstes und sind damit elektronische Kommunikationsdienste im Sinne des Art. 2 Nr. 4 EKEK. Die Unterscheidung ist jedoch für den Anwendungsbereich vieler Normen des EKEK von großer Bedeutung.²⁸¹ Nach dem gesetzgeberischen Willen entscheidender Unterschied zwischen den Diensttypen ist, ob sie jeweils entweder

²⁷⁸ ErwGr. 17 EKEK.

²⁷⁹ So auch *Neumann*, N&R 2016, 262 (263); *Scherer/Heinickel*, MMR 2017, S. 71 (72); mit Verweis auf den Ausnahmecharakter weniger kritisch dagegen *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 81 f.

²⁸⁰ So auch *Kiparski*, CR 2019, S. 179 (180).

²⁸¹ So auch *Kiparski*, CR 2019, S. 179 (180).

„eine Verbindung zu öffentlich zugewiesenen Nummerierungsressourcen, nämlich Nummern nationaler oder internationaler Nummerierungspläne, herstelle[n] oder die Kommunikation mit Nummern nationaler oder internationaler Nummerierungspläne ermögliche[n]“.

Typische OTT-Kommunikationsdienste erlauben – anders als klassische TK-Dienste – keinen Zugriff auf Nummern nationaler oder internationaler Nummerierungspläne (dazu I. 3.). Sie werden daher in den allermeisten Fällen nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste sein. Damit zieht der Europäische Gesetzgeber weiterhin eine Trennlinie zwischen klassischen TK- und OTT-Kommunikationsdiensten.

(c) OTT-Kommunikation als Signalübertragung

Da sich die verschiedenen Unterkategorien des Elektronischen Kommunikationsdienstes nicht gegenseitig ausschließen, kommt neben dem interpersonellen Kommunikationsdienst weiterhin auch eine Einordnung der OTT-Kommunikationsdienste als Dienst, der ganz oder teilweise in der Signalübertragung besteht, in Frage. Wie bereits dargelegt, sprachen unter der alten Rechtslage einige Argumente für eine Einordnung als Signalübertragung (s. o. IV. 1.). Jedoch waren viele dieser Argumente funktionaler Natur: Vergleichbarkeit der Gefahrenlagen, Nutzersicht und Technologieoffenheit führten insbesondere auf teleologischer Auslegungsebene dazu, dass OTT-Kommunikation erfasst werden sollte. Indem der europäische Gesetzgeber nun eine Alternative anbietet, unter die sich OTT-Kommunikationsdienste subsumieren lassen, besteht dieser funktionale Zwang nicht mehr. Außerdem gibt der Europäische Gesetzgeber in seinen Erwägungsgründen selbst zu verstehen, dass er eine geänderte Begriffsbestimmung für notwendig hielt, damit OTT-Kommunikationsdienste nun vom Regulierungsrahmen erfasst sein können.²⁸² Das bedeutet im Umkehrschluss, dass er selbst OTT-Kommunikationsdienste nicht als Dienste der Signalübertragung sieht. OTT-Kommunikationsdienste fallen damit nicht unter die dritte Kategorie der elektronischen Kommunikationsdienste.

Das Problem gewinnt jedoch an Brisanz, wenn es um die in Art. 2 Nr. 4 EKEK beispielhaft für Dienste der Signalübertragung genannten Maschine-zu-Maschine-Kommunikationsdienste geht. OTT-Dienste, die ausschließlich Maschine-zu-Maschine-Kommunikation ermöglichen, können keine interpersonellen Kom-

²⁸² ErwGr. 15 EKEK.

munikationsdienste sein. Solche Dienste stellen damit keine Dienste der Signalübertragung dar und werden vom Regulierungsregime für elektronische Kommunikation nicht erfasst.

(d) OTT-Kommunikationsdienste als virtuelle Kommunikationsnetze

Bulowski ist (wohl) der Ansicht, dass OTT-Kommunikationsdienste nach alter Rechtslage auch als Kommunikationsnetze im Sinn der Art. 2 lit. a Rahmenrichtlinie, § 3 Nr. 27 TKG eingestuft werden müssen.²⁸³ Denn die entsprechende Definition beziehe sich gerade auch auf virtuelle Netze wie das Internet.²⁸⁴ Es sei konsequent, dann auch virtuelle Netze höherer – also noch weiter von der technologischen Grundlage entfernten – Ebene einzuschließen.²⁸⁵ Mit wenig überzeugender Begründung kommt er dann dazu, dass dies nach neuer Rechtslage nicht mehr gelte, da die Formulierung in Art. 2 Abs. 1 EKEK weniger offen sei.²⁸⁶ Art. 2 Abs. 1 EKEK ergänzt die Definition der Rahmenrichtlinie durch den Einschub, dass Übertragungssysteme erfasst seien, „ungeachtet dessen, ob sie auf einer permanenten Infrastruktur oder zentralen Verwaltungskapazität basieren“. Aus meiner Sicht ist das nicht eine Verengung der Definition sondern eine Klarstellung über die Offenheit. OTT-Kommunikationsdienste können vielmehr deshalb nicht unter die Definition des Art. 2 Abs. 1 EKEK gefasst werden, weil der Europäische Gesetzgeber selbst deutlich gemacht hat, dass er sie nicht als Signalübertragung einstuft (siehe schon IV. 2 a) (1) (c)).

(e) Ergebnis

Der Europäische Gesetzgeber wählt zur Bestimmung elektronischer Kommunikationsdienste nun eine Legaldefinition, die durch weitere Unterdefinitionen ergänzt werden muss. Interpersonelle Kommunikationsdienste stellen dabei eine Kategorie elektronischer Kommunikationsdienste dar. Der Gesetzgeber hat sich für einen funktionalen Ansatz entschieden, so dass es nun darauf ankommt, ob Dienste Individualkommunikation ermöglichen. OTT-Kommunikationsdienste sind typischerweise als nummernunabhängige interpersonelle Kom-

²⁸³ *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 85 f.

²⁸⁴ *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 85 f.

²⁸⁵ *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 85 f.

²⁸⁶ *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 86.

munikationsdienste erfasst und unterfallen damit grundsätzlich dem Regulierungsrahmen für elektronische Kommunikation.

(2) Die Regulierung von OTT-Diensten im Kodex

Nachdem dargelegt wurde, dass OTT-Kommunikationsdienste dem neuen Begriff des interpersonellen Kommunikationsdienstes – in der Regel nummernunabhängig – unterfallen, soll nun das eigentliche Regulierungskonzept des EKEK untersucht werden. Die Ausgangsfrage lautet: In welchem Ausmaß werden OTT-Kommunikationsdienste reguliert. Dafür bietet es sich an die für OTT-Kommunikationsdienste relevanten Kapitel vorzustellen, die entscheidenden Normen herauszugreifen und ihre Anwendung auf OTT-Kommunikationsdienste zu untersuchen.

Der EKEK ist auf folgende Weise gegliedert: Das Gesetzeswerk besteht auf erster Ebene aus drei Teilen, nämlich erstens der Teil zum „Rahmen“, der allgemeine Vorschriften zur Organisation des regulierten Sektors enthält. Der zweite Teil trägt den Titel „Netze“ und umfasst die Themenkomplexe Marktzutritt, Netzausbau und Zugang zu den Netzen. Teil Drei wird mit „Dienste“ bezeichnet und enthält überwiegend Pflichten für Dienste, die ihnen im öffentlichen Interesse auferlegt werden, wie z.B. Endnutzerrechte. Die Titel und Kapitel des EKEK innerhalb dieser übergeordneten Struktur, die sich mit den Regulierungsbehörden, der Frequenzvergabe oder auch dem Netzausbau beschäftigen, dürften für OTT-Kommunikationsdienste – definitionsgemäß ohne eigenes Netz und damit auch ohne Bedarf an Frequenzen – nur eine untergeordnete Rolle spielen und sollen hier deshalb außer Betracht bleiben. Stattdessen sollen die Normen (a) zur Allgemeingenehmigung, (b) zur Informationsbereitstellung, (c) zur Sicherheit und Integrität, (d) zum Zugang, (e) zur Marktregulierung und (f) zu den Endnutzerrechten besonders betrachtet werden, denn diese Normen entfalten – oder können Relevanz für OTT-Kommunikationsdienste entfalten. Regeln zu diesen Themenkomplexen waren auch im Vorfeld des Erlasses des EKEK Gegenstand der Diskussion um die Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten.

(a) Allgemeingenehmigung

Bereits nach der alten Rechtslage waren Telekommunikationsnetzbetreiber und -diensteanbieter der Allgemeingenehmigung unterworfen. Die bisher gel-

tende EU-Genehmigungsrichtlinie²⁸⁷ definierte in ihrem Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 die Allgemeingenehmigung als den „in einem Mitgliedstaat errichtete rechtliche Rahmen, mit dem gemäß dieser Richtlinie Rechte für die Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze oder -dienste gewährleistet werden und in dem sektorspezifische Verpflichtungen festgelegt werden, die für alle oder für bestimmte Arten von elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten gelten können“. Das heißt – so Art. 3 Abs. 2 S. 1 der Genehmigungsrichtlinie – vor allem erst einmal, dass die Aufnahme dieser Angebote nicht von einer speziellen Genehmigung im Vorfeld abhängig gemacht werden darf. Stattdessen darf jeder, der bestimmte gesetzlich festgeschriebene Anforderungen erfüllt, von vornherein Telekommunikationsnetze betreiben und Telekommunikationsdienste anbieten. Die Mitgliedsstaaten durften gemäß Art. 3 Abs. 2 S. 2 der Genehmigungsrichtlinie jedoch eine Meldepflicht festlegen. Das heißt, dass man die Aufnahme seines Telekommunikationsdienstes der Regulierungsstelle anzeigen muss.

Dieses Konzept bleibt auch im Europäischen Kodex für elektronische Kommunikation erhalten. Die entsprechenden Normen finden sich in den Art. 12 ff. des EKEK. Auch die Begriffsbestimmung für die Allgemeingenehmigung bleibt mit Art. 2 Nr. 22 EKEK erhalten. Im Kern hat der europäische Gesetzgeber die Normen aus der Genehmigungsrichtlinie in den EKEK-E übertragen: Anpassungen beschränken sich auf Details.

Allerdings werden nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste in Art. 12 Abs. 2 EKEK von den Rechten und Pflichten nach der Allgemeingenehmigung ausgenommen. Die Formulierung des Abs. 2 alleinstehend, dass andere Kommunikationsdienste als nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste nur von einer Allgemeingenehmigung abhängig gemacht werden dürfen, könnte man sogar so verstehen, dass nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste einer vorhergehenden Genehmigungspflicht unterworfen werden können. Aber Art. 12 Abs. 1 EKEK schreibt als Grundsatz fest, dass die Mitgliedsstaaten die Freiheit gewähren müssen, elektronische Kommunikationsnetze und –dienste bereitzustellen. Auch eine Genehmigungspflicht wäre eine Beschränkung dieser Freiheit. Deshalb ist Art. 12 Abs. 2 EKEK als Beschränkung dieser grundsätzlichen Freiheit zu sehen

²⁸⁷ Richtlinie 2002/20/EG.

und nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste sollen daher systematisch weniger belastet werden, als Kommunikationsnetze und nummernabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste. Sie sollen damit völlig genehmigungsfrei bleiben. Erwägungsgrund 44 des EKEK hält dazu fest, dass es nicht angezeigt wäre, diese Dienste der Allgemeingenehmigung zu unterwerfen, da sie nicht von der Nutzung öffentlicher Nummerierungsressourcen profitierten und nicht am öffentlich gesicherten interoperablen Ökosystem beteiligt seien. An dieser Stelle des Gesetzeswerks wird bereits deutlich, was sich wie ein roter Faden durch den ganzen Entwurf zieht: Der europäische Gesetzgeber wählt ein abgestuftes Regulierungskonzept. Das heißt, er hat Dienstkategorien gebildet, die unterschiedlich intensiv reguliert werden. In einer Gesamtschau des EKEK trifft es die Internetzugangsanbieter am stärksten, die nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdienste am schwächsten.

Die meisten OTT-Kommunikationsdienste sind Stand jetzt nummernunabhängig. Wenn sie sich mit dem öffentlichen Telefonnetzen verknüpfen, also nummernabhängig werden wollen, müssten sie die zusätzlichen Anforderungen der Allgemeingenehmigung erfüllen (siehe dazu Anhang I EKEK). Insbesondere OTT-Kurznachrichtendienste haben bereits jetzt eine so weite Ausbreitung erfahren, dass es oft nicht nötig sein wird, auch auf das öffentliche Telefonnetz zuzugreifen um bestimmte Teilnehmer zu erreichen. Dieser Umstand im Zusammenspiel mit den zusätzlichen Belastungen durch die Regeln der Allgemeinverfügung dürfte dazu führen, dass weiterhin nur wenige OTT-Kommunikationsdienste nummerngebunden sein werden. Daraus wiederum folgt, dass die Normen zur Allgemeinverfügung nur eine geringe Relevanz für OTT-Kommunikationsdienste entfalten werden. An diesem Befund ändert auch nichts, dass Art. 15 EKEK den Unternehmen, die einer Allgemeingenehmigung unterliegen, bestimmte Mindestrechte einräumt. Denn die in dieser Norm angesprochenen Rechte verweisen durchweg auf Normen des EKEK, die sich außerhalb des Kapitels über die Allgemeinverfügung befinden. Systematisch muss dieser Aufbau so verstanden werden, dass diese Rechte grundsätzlich für alle Kommunikationsnetze und –dienste gelten und auch für Anbieter, die der Allgemeingenehmigung unterliegen, nicht eingeschränkt werden dürfen.

Bulowski hält es dennoch für rechtlich möglich, nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten eine Meldepflicht im Sinne des Art. 12

Abs. 3 EKEK aufzuerlegen.²⁸⁸ Dieses Ergebnis begründet er jedoch nicht. Die Auslegung von Wortlaut und Systematik der Norm spricht jedenfalls dagegen, eine Meldepflicht auch auf andere Dienste auszuweiten. Art. 12 Abs. 3 EKEK spricht ausdrücklich von „Unternehmen, die einer Allgemeingenehmigung unterliegen“ und darunter fallen gemäß Art. 12 Abs. 2 EKEK nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste ausdrücklich nicht.²⁸⁹ Wie bereits oben ausgeführt, stellen die Regeln der Allgemeingenehmigung eine Belastung der Diensteanbieter und eine Ausnahme zur Freiheit des Angebots von Kommunikationsdiensten nach Art. 12 Abs. 1 EKEK dar. Aus der Systematik der Norm ergibt sich kein Anhaltspunkt, warum die Ausnahme in diesem Fall auch auf Dienste ausgeweitet werden sollte, die ansonsten nicht unter die Regeln der Allgemeingenehmigung fallen. Die Ansicht von Bulowski ist daher abzulehnen.

(b) Auskunftersuchen und Informationsbereitstellung

Im Kapitel III des EKEK- zu Informationsbereitstellung, Erhebungen und Konsultationsmechanismus sticht Art. 20 Abs. 1 EKEK als Ermächtigungsnorm hervor, die es Regulierungsbehörden erlaubt, umfassende Auskunftsverlangen an Kommunikationsunternehmen zu stellen. Für OTT-Kommunikationsdienste sind weniger die Ergänzungen relevant, die vom Gesetzgeber im EKEK in Abgrenzung zur alten Rechtslage vorgenommen wurden: Diese wurden mit Blick auf den Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen aufgenommen.²⁹⁰ OTT-Kommunikationsdienste betreiben aber definitionsgemäß keine eigenen Netze. Vielmehr ist interessant, dass Art. 20 EKEK alle elektronischen Kommunikationsdienste und damit auch nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste erfasst.

Typische OTT-Kommunikationsdienste müssen daher Behörden nach dem EKEK durchweg Auskunft erteilen.²⁹¹ Und zwar über alle Informationen, welche die Regulierungsbehörden benötigen, um die Einhaltung der Bestimmungen der sektorspezifischen Regulierung sicherstellen zu können. Da OTT-Kommunikationsdienste als überwiegend nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste vielen Verpflichtungen nach dem EKEK nicht unterfallen, ist diese Auskunftspflicht nicht so weitgehend wie etwa bei klassischen Telekom-

²⁸⁸ *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 135.

²⁸⁹ Das erkennt auch *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 135.

²⁹⁰ Vgl. ErwGr. 75 EKEK.

²⁹¹ So auch *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 136.

munikationsdiensten. Dennoch könnten die Vorschriften über die Sicherheit und Integrität von Netzen und Diensten, die Kundenschutzvorschriften oder gegebenenfalls auch die Regeln zur Marktregulierung es den Regulierungsbehörden ermöglichen, tiefgehende Einblicke in die wirtschaftliche und technische Funktionsweise der OTT-Kommunikationsdienste zu erhalten. Das könnte zumindest im Einzelfall auch die Offenlegung von Algorithmen umfassen, wenn diese z.B. bei einem etwaigen marktbeherrschenden OTT-Kommunikationsdienst zu diskriminierenden Ergebnissen führen. Damit wäre – allerdings nur im Ausnahmefall – eine Forderung erfüllt, die in letzter Zeit in der politischen Öffentlichkeit immer öfter ausgesprochen wird.²⁹² Denn der Wortlaut des Art. 20 Abs. 1 EKEK ist sehr offen: Es kommt letztendlich nur darauf an, ob die Regulierungsbehörden die entsprechenden Informationen benötigen. Hier wird künftig das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu beachten sein. Die Regulierungsbehörden werden genau prüfen müssen, inwiefern sie die Informationen tatsächlich für ihre Arbeit brauchen. Art. 20 Abs. 1 EKEK wird voraussichtlich von großer Bedeutung für die Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten sein und dementsprechend gewichtige Auswirkungen haben.

(c) Sicherheit und Integrität

Zentrale Norm im EKEK für die Sicherheit von Kommunikationsnetzen und –diensten ist Art. 40. Sie schreibt den Mitgliedsstaaten in Abs. 1 vor, sicherzustellen, dass „Unternehmen, die öffentliche Kommunikationsnetze oder öffentlich zugängliche elektronische Kommunikationsdienste bereitstellen, angemessene und verhältnismäßige technische und organisatorische Maßnahmen zur angemessenen Beherrschung der Risiken für die Sicherheit von Netzen und Diensten ergreifen“. Unter der „Sicherheit von Netzen und Diensten“ versteht man nach der Begriffsbestimmung aus Art. 2 Nr. 21 EKEK die Fähigkeit elektronischer Kommunikationsnetze und –dienste, auf einem bestimmten Vertrauensniveau alle Angriffe auf die Verfügbarkeit, Authentizität, Integrität oder Vertraulichkeit der Dienste und Netze, sowie auf gespeicherte, übermittelte oder verarbeitete Daten und auf damit zusammenhängende Dienste, abzuwehren. Aus Abs. 2 ergibt sich eine Meldepflicht bei Sicherheitsbrüchen. Auch Art. 40 EKEK wurde

²⁹² Vgl. nur *Europäische Kommission*, Report of the independent High Level Group on fake news and online disinformation, März 2018 S. 36; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Gutachten Digitale Souveränität, S. 22.

zu großen Teilen aus der Rahmenrichtlinie übernommen – dort Art. 13a.²⁹³ Wichtige Änderungen finden sich vor allem in Abs. 2, in dem neue Kriterien für die Bewertung des Ausmaßes eines Sicherheitsverstoßes festgelegt werden, und in Abs. 5, der der Kommission dazu ermächtigt, die Maßnahmen nach Abs. 1 und 2 durch delegierte Rechtsakte festzulegen. Art. 41 EKEK soll daneben die Regulierungsbehörden dazu ermächtigen, die Pflichten nach Art. 40 EKEK durchsetzen zu können.

Erneut sind für OTT-Kommunikationsdienste nicht die im Text des Art. 40 EKEK vorgenommenen Veränderungen relevant, sondern der Umstand, dass alle öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienste von dieser Norm erfasst werden. Als interpersonelle Kommunikationsdienste haben damit nun auch OTT-Kommunikationsdienste die Pflicht die Sicherheit ihrer Dienste zu gewährleisten. Damit trägt der europäische Gesetzgeber dem Umstand Rechnung, dass die Kommunikation der Endnutzer bei OTT-Kommunikationsdiensten denselben Gefahren ausgesetzt ist, wie bei klassischen Kommunikationsdiensten: Auch bei OTT-Kommunikation kann der Inhalt mitgeschnitten oder – beispielsweise über die IP-Adresse – der Standort der Teilnehmer ermittelt werden. Da die Art. 40 EKEK keine spezifischen Anforderungen an die zu ergreifenden Maßnahmen stellt, sondern jeweils angemessene Maßnahmen fordert, besteht auch ein Spielraum, der groß genug ist, um die besondere Lage der OTT-Kommunikationsdienste zu berücksichtigen: Diese haben wie bereits beschrieben keinen Einfluss auf die technische Übertragung der IP-Datenpakete, sobald sie diese auf den Weg gebracht haben. Darauf weist der Europäische Gesetzgeber in Erwägungsgrund 95 auch ausdrücklich hin und verlangt angemessene Sicherheitsanforderungen, die an der spezifischen Art und wirtschaftlichen Bedeutung nummernunabhängiger interpersoneller Kommunikationsdienste ausgerichtet sind. Logischerweise können die OTT-Kommunikationsanbieter daher keine Maßnahmen ergreifen, die die Pakete während des Übertragungszeitraums schützen. Möglich sind aber beispielsweise besonders starke Verschlüsselungstechniken für den Inhalt, die auch für die Phase, in der sich die Pakete außerhalb des Einflussbereichs bewegen, für ein möglichst hohes Schutzniveau sorgen. So nennt Art. 40 Abs. 1 S. 3 EKEK die Verschlüsselung ausdrücklich als Beispiel. Insgesamt kann diese neue Pflicht einen deutlichen Mehraufwand für OTT-Kommunikationsdienste bedeuten – je nachdem, wie ernst

²⁹³ RL 2002/21/EG.

die Anbieter die Sicherheit ihrer Dienste bisher genommen haben. Allerdings hält der Europäische Gesetzgeber in Erwägungsgrund 95 auch fest, dass Anforderungen an nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste weniger strikt sein können, gerade weil sie die Signalübertragung nicht kontrollieren und die Gefahrenlage daher abgeschwächt sei.

(d) Zugang zu Netzen und Diensten/Interoperabilität

Die Art. 59 ff. des EKEK beschäftigen sich mit Zugang zu und Zusammenschaltung von Netzen und Diensten. Art. 2 Nr. 27 EKEK definiert „Zugang“ als die ausschließliche oder nicht ausschließliche Bereitstellung von Einrichtungen oder Diensten für ein anderes Unternehmen unter bestimmten Bedingungen zur Erbringung von elektronischen Kommunikationsdiensten. Einerseits wäre es vorstellbar, dass auch OTT-Kommunikationsdienste ein Interesse daran haben, direkten Zugang zu ihren Endnutzern zu bekommen und deshalb Zugang zu den physischen Netzen oder anderen Diensten verlangen. Z.B. wenn eine bestimmte Zielgruppe keinen Zugang zum offenen Internet haben sollte. Dieses Szenario erscheint jedoch unwahrscheinlich: OTT-Kommunikationsanbieter stellen ihre Dienste gerade über das offene Internet zur Verfügung, um eine möglichst weitere Erreichbarkeit bei möglichst geringen Kosten für etwaige Infrastruktur zu erreichen. Umgekehrt wird es dagegen wahrscheinlicher: Vorschriften zur Zusammenschaltung und zur Interoperabilität könnten – insbesondere für kleinere Anbieter oder neue Wettbewerber – von großer Relevanz sein, um von der häufig sehr großen Reichweite der OTT-Kommunikationsdienste zu profitieren. Ein Blick auf die Vorschriften zum Zugang zu den Netzen und Diensten im EKEK lohnt sich also.

i. Einführung

Auch in diesem Teil des EKEK wird wieder das abgestufte Regulierungskonzept des Europäischen Gesetzgebers deutlich: Während Art. 59 EKEK nur einen allgemeinen Rahmen festlegt und sich vor allem an die Gesetzgebung der Mitgliedsstaaten richtet, zeigt bereits Art. 60 EKEK, dass bei nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten deutlich weniger Regulierungsbedarf gesehen wird, als bei anderen Diensten: Art. 60 EKEK verpflichtet Betreiber öffentlicher Kommunikationsnetze auf Antrag von hierzu nach Art. 15 EKEK berechtigten Unternehmen – das sind Unternehmen, die einer Allgemeingenehmigung unterliegen – über die Zusammenschaltung zu verhandeln. OTT-Kommunikationsdienste werden, als typischerweise nicht der Allgemeingeneh-

mung unterliegende Dienste, nicht gemäß Art. 15 EKEK berechtigt sein, Anträge auf Zusammenschaltung zu stellen. Bei den Pflichten zum Zugang und zur Zusammenschaltung handelt es sich um sogenannte symmetrische Regulierung, das heißt, dass sie sich marktmachtunabhängig an alle Anbieter von elektronischen Kommunikationsdiensten richten.²⁹⁴

ii. Interoperabilitätsverpflichtung

Auch Art. 61 Abs. 2 EKEK verfolgt das abgestufte Regulierungskonzept. Er ermächtigt die Regulierungsbehörden bestimmte Maßnahmen im Zusammenhang mit Zusammenschaltung und Interoperabilität zu ergreifen:

Sie können (1) gemäß Art. 61 Abs. 2 lit. a EKEK, um den Ende-zu-Ende-Verbund zu gewährleisten, Maßnahmen gegenüber Unternehmen ergreifen, die der Allgemeingenehmigung unterliegen und den Zugang zu Endnutzern kontrollieren – im begründeten Einzelfall auch die Verpflichtung zur Zusammenschaltung der Netze.

(2) Ebenfalls begründungsbedürftig und ausdrücklich auf den erforderlichen Umfang beschränkt können die Regulierungsbehörden gemäß Art. 61 Abs. 2 lit. b EKEK Unternehmen die der Allgemeingenehmigung unterliegen und den Zugang zu Endnutzern kontrollieren eine Verpflichtung zur Interoperabilität auferlegen. Unter dem Begriff Interoperabilität versteht man die Eigenschaft eines Telekommunikationsdienstes, sich auch mit fremden Telekommunikationsdiensten und -netzen verbinden zu können, so dass die Endnutzer des einen Dienstes auch mit Endnutzern des anderen Dienstes kommunizieren können.²⁹⁵

Und (3) können die Regulierungsbehörden gemäß Art. 61 Abs. 2 lit. c EKEK Anbieter nummernunabhängiger interpersoneller Kommunikationsdienste in begründeten Fällen zur Interoperabilität verpflichten. Solch ein begründeter Einzelfall kann nur vorliegen, wenn die durchgehende Konnektivität zwischen Endnutzern mangels Interoperabilität zwischen den interpersonellen Kommunikationsdiensten bedroht ist und es sich um einen Anbieter eines interpersonellen Kommunikationsdienstes handelt, der eine signifikante Verbreitung und einen

²⁹⁴ Scherer/Heinickel, MMR 2017, S. 71 (74); zum Begriff *Nett/Stumpf*, Symmetrische Regulierung, S. 1 ff.

²⁹⁵ Kerber/Schweitzer, Interoperability in the Digital Economy, Rn. 5.; Scherer/Feiler/Heinickel/Lutz, Digitaler Kodex, S. 19.

signifikant großen Nutzerstamm erreicht hat. Art. 61 Abs. 2 S. 6 EKEK stellt darüber hinaus für diesen Fall noch weitere spezielle Anforderungen auf.

Mit dieser Ermächtigungsgrundlage ist eine Forderung angesprochen, die in der Diskussion um die Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten immer wieder auftritt: Sollten OTT-Kommunikationsdienste interoperabel sein, so wie es Standard für herkömmliche Telekommunikationsdienste ist?²⁹⁶ Der EKEK schreibt das nur im Ausnahmefall vor.²⁹⁷ Denn schon auf den ersten Blick wird deutlich, dass regulatorisches Handeln gegenüber nummernunabhängiger interpersoneller Kommunikationsdiensten im Bereich des Zugangs nur in sehr engen Grenzen möglich sein soll. Nämlich erst dann, wenn bereits ein spürbarer Missstand – eine Bedrohung der Konnektivität – gegeben ist. Ein solcher Fall wäre vorstellbar: Setzte sich die derzeit zu beobachtende umwälzende Entwicklung im Telekommunikationssektor ungebremst fort, so dass der Kommunikationsmarkt schlussendlich zwischen mehreren OTT-Anbietern aufgeteilt wäre, die die klassischen Telekommunikationsdienste komplett oder nahezu komplett verdrängt hätten, könnte es dazu kommen, dass Nutzer eines Dienstes nicht mehr in der Lage sind, einen signifikanten Teil der Bevölkerung zu erreichen – nämlich den Teil, der bei einem der anderen großen Anbieter Kunde ist. Obwohl die Interoperabilitätsverpflichtung also derzeit wohl kaum auf nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste Anwendung finden würde, könnte das in nicht allzu ferner Zukunft schon anders aussehen.

Als zusätzliche zweite Einschränkung setzt der Europäische Gesetzgeber eine Bedeutungsschwelle: Nur wenn der Kommunikationsdienst signifikant weit verbreitet ist, soll er als Ziel einer Interoperabilitätsanordnung in Frage kommen. Damit zielt der Gesetzgeber auf den Schutz kleinerer und aufstrebender Dienste, da eine Belastung dieser Dienste zu Erreichung des Konnektivitätsziels unangemessen wäre.²⁹⁸ Im oben gebildeten Beispiel, indem der Markt zwischen OTT-Kommunikationsanbietern aufgeteilt wurde, könnten dann die Marktfüh-

²⁹⁶ Vgl. nur *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Gutachten Digitale Souveränität, S. 24 f.; *Martínez/Barroso/Valderrama/Calle/González-Calero*, A Level Playing Field for the digital Economy, S. 55.

²⁹⁷ So auch *Kiparski*, CR 2019, S. 179 (181 f.); Bulowski spricht treffend von einer „Reserveregulierung“, *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 158.

²⁹⁸ Vgl. ErwGr. 151 EKEK.

rer zur Interoperabilität verpflichtet werden, während kleinere Konkurrenten nicht daran teilnehmen müssten.

Dieser Zusatz erscheint jedoch in doppelter Hinsicht problematisch: Einerseits liefert der EKEK wenig Anhaltspunkte dafür, was unter einer signifikanten Verbreitung bzw. einer signifikant großen Nutzerschaft zu verstehen sein soll. Hierzu lässt sich Erwägungsgrund 151 heranziehen, der „nennenswert“ so definiert, dass der Dienst in seiner geografischen Abdeckung und in der Anzahl der Endnutzer eine kritische Masse mit Blick auf das Ziel der Gewährleistung einer durchgehenden Konnektivität zwischen den Endnutzern darstellt. Anbieter mit einer nur geringen geografischen Verbreitung bzw. nur einer geringen Zahl von Endnutzern die in nur geringer Weise zu diesem Ziel beitragen sollen gemäß Erwägungsgrund 138 „normalerweise“ nicht mit einer Interoperabilitätsverpflichtung belegt werden. Damit koppelt der Europäische Gesetzgeber die Bedeutungsschwelle zwar an das Ziel der Konnektivitätsgewährleistung, aber viel ist damit nicht gewonnen. Es wird von Einzelfallentscheidungen abhängen, ob nun eine kritische Masse erreicht wurde, oder nicht. Das ist dem Ziel des EKEK für einen einheitlichen Rechtsrahmen zu sorgen, nicht gerade zuträglich. Andererseits erscheint es problematisch, Diensteanbieter noch aus dem Anwendungsbereich des Art. 61 Abs. 2 lit. c EKEK herauszunehmen, wenn bereits eine Bedrohung für die Konnektivität der Endnutzer festgestellt wurde. Das wäre eine Ungleichbehandlung von großen Anbietern gegenüber kleinen Anbietern, die als möglicher Gleichheitsrechtsverstoß einen sachlichen Grund erfordern würde. Diesen könnte man darin sehen, dass kleine Anbieter zu Zwecken der Innovationsförderung bevorzugt werden sollen. Allerdings erhält der Endnutzer im Zweifelsfall den Anreiz, sich den großen Anbietern zuzuwenden, da er sich nur dort darauf verlassen kann, den gewünschten Gesprächspartner auch zu erreichen. Es erscheint damit unsicher, ob überhaupt ein spürbar positiver Effekt für die kleinen Anbieter entsteht und ob dem Interesse der Endnutzer eine möglichst große Auswahl zu haben genügend Rechnung getragen wird.

Wie durchsetzungsstark Art. 61 Abs. 2 lit. c EKEK am Ende sein wird, hängt außerdem noch von den Zusatzbeschränkungen aus Art. 61 Abs. 2 S. 6 EKEK ab: Gemäß Art. 61 Abs. 2 S. 6 i) und ii) EKEK dürfen die Verpflichtungen für nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste einerseits nur auferlegt werden, „soweit sie den zur Gewährleistung der Interoperabilität von interpersonellen Kommunikationsdiensten notwendigen Umfang nicht überschrei-

ten“. Dies kann verhältnismäßige Verpflichtungen für den Anbieter von Kommunikationsdiensten umfassen, selbst relevante Informationen bereitzustellen und diese zur Nutzung durch Behörden und andere Anbieter freizugeben. Andererseits muss die Kommission nach Konsultation des GEREK und unter weitestmöglicher Berücksichtigung seiner Stellungnahme feststellen, dass die durchgehende Konnektivität zwischen Endnutzern in der gesamten Union oder in mindestens drei Mitgliedstaaten in nennenswertem Ausmaß bedroht ist, und Durchführungsmaßnahmen erlassen, in denen „Art und Umfang der auferlegbaren Verpflichtungen festgelegt werden“.

Art. 61 Abs. 2 S. 6 i) EKEK beschränkt die Maßnahmen auf den für die Gewährleistung von Interoperabilität notwendigen Umfang. Das heißt das Gesetz verlangt an dieser Stelle eine besondere Erforderlichkeitskontrolle und eine klare Verknüpfung der Handlungen der Regulierungsbehörden mit dem verfolgten Ziel. Gleichzeitig spezifiziert der Gesetzgeber, dass zu den auferlegten Verpflichtungen auch die Anordnung von Informationsweitergabe fallen kann. Dies erscheint an dieser Stelle systematisch unsauber, und hätte eher in die eigentliche Ermächtigungsgrundlage in Art. 61 Abs. 2 lit. c EKEK gehört.

Die Beschränkung aus Art. 61 Abs. 2 S. 6 ii) EKEK verlangt eine Feststellung der Kommission über eine nennenswerte Bedrohung nach Art. 61 Abs. 2 lit. c EKEK, die die Ansicht des GEREK weitestgehend berücksichtigt und darüber hinaus gehend noch den Erlass von Durchführungsmaßnahmen. Zieht man noch Erwägungsgrund 150 heran, kristallisiert sich ein Verfahren heraus, in dem zunächst die Kommission abstrakt eine Gefährdung der Konnektivität feststellen soll, damit im Anschluss die nationalen Regulierungsbehörden für ihren Zuständigkeitsbereich entscheiden können, ob ein Tätigwerden notwendig ist. Der Wortlaut suggeriert, dass diese Zusatzbeschränkungen kumulativ berücksichtigt werden müssen. Dies erscheint unnötig sperrig formuliert und reduziert die Möglichkeiten der Regulierungsbehörden auf ein Minimum. Systematisch führt dies aber den Ansatz der möglichst geringen Regulierung von nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten konsequent fort.

Im ursprünglichen Entwurf der Kommission sollte es außerdem auf Grundlage eines Abs. 3 dieser Norm möglich sein, nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten zur Interoperabilität zu verpflichten, wenn der

Zugang der Endnutzer zu Notrufdiensten gefährdet ist.²⁹⁹ Dieses Passus wurde im informellen Trilogverfahren ersatzlos gestrichen. Das überrascht, denn der Zugang der Endnutzer zu Notrufdiensten wird im Rahmen des EKEK als hohes Gut eingestuft.³⁰⁰ Andererseits ist ein großer Vorteil der klassischen Telekommunikationsdienste, dass ohne Weiteres der Standort der Endnutzer festgestellt werden kann, was einen Notdiensteinsatz stark vereinfacht. Diese Standortdaten liegen den OTT-Kommunikationsdiensten und damit den meisten nummernungebundenen interpersonellen Kommunikationsdiensten nicht vor. Gegebenenfalls stuft der Europäische Gesetzgeber die Notruffunktion daher als wenig praktikabel ein. Außerdem dürfte auch hier wieder die Überlegung zugrunde liegen, dass für nicht nummerngebundene interpersonelle Kommunikationsdienste, da sie nicht am „geschützten nationalen Nummernraum“ teilnehmen dürfen, nur eine geringere regulatorische Belastung rechtfertigt ist.

(e) Marktregulierung

Die Normen zur Marktregulierung haben lange Zeit die wichtigste Rolle im System der Telekommunikationsregulierung gespielt und stehen auch jetzt noch im Zentrum des Regimes, auch wenn die Normen zum Verbraucherschutz oder zur Sicherheit der Dienste in ihrer Bedeutung aufholen.³⁰¹ Bisher haben die Regeln hierzu noch keine Rolle für OTT-Kommunikationsdienste gespielt (zur Diskussion vgl. IV. 1.). Nicht nur, weil sie nicht als elektronische Kommunikationsdienste eingestuft und damit nicht als Regulierungsobjekt erkannt wurden, sondern auch, weil die für die Regulierung festgelegten Märkte OTT-Kommunikationsdienste bisher nicht als Konkurrenz für die klassischen Telekommunikationsdienste wahrnehmen.³⁰² Das könnte sich mit dem EKEK jedoch ändern.

i. Überblick

Das Kapitel zur Marktregulierung und beträchtlicher Marktmacht führt viele Normen und Ansätze fort, die bereits in der Rahmenrichtlinie enthalten waren. Art. 63 EKEK definiert zunächst, wann ein Unternehmen beträchtliche Marktmacht innehat – diese Eigenschaft ist, wie die folgenden Normen zeigen, der

²⁹⁹ Vgl. Vorschlag der Kommission, COM/2016/0590 final.

³⁰⁰ Vgl. nur ErwGr. 284 und 285 EKEK.

³⁰¹ Kühling, Sektorspezifische Regulierung der Netzwirtschaften, S. 182 ff.; Storr, in: Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 6; Mayen, in Scheurle/Mayen, Telekommunikationsgesetz, Vorbemerkungen zu §§ 9 bis 15a, Rn. 1.

³⁰² Vgl. Europäische Kommission, Märkteempfehlung TK 2014.

Schlüssel für die Anwendung von Regulierungsmaßnahmen. Damit handelt es sich bei Verpflichtungen aus diesem Kapitel um sogenannte asymmetrische Regulierung.³⁰³ Die Definition in Art. 63 Abs. 2 EKEK hat sich im Vergleich zur bisherigen Rechtslage nicht verändert: Beträchtliche Marktmacht liegt vor, wenn ein Unternehmen

„entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine der Beherrschung gleichkommende Stellung einnimmt, d. h. eine wirtschaftlich starke Stellung, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und letztlich Verbrauchern zu verhalten“.

An dieser Stelle wird noch einmal deutlich, dass Wettbewerb auf den Märkten auch im EKEK nicht Selbstzweck ist, sondern den Endnutzern „größtmögliche Vorteile“ verschaffen soll, wie es in Erwägungsgrund 161 heißt. Um das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht bestimmen zu können, legen die Normen dieses Kapitel weiterhin ein mehrstufiges Verfahren fest. Zunächst müssen nach Art. 64 EKEK die Märkte definiert werden, die für eine Regulierung in Betracht kommen. Hier hat die Europäische Kommission großen Einfluss, da sie in Empfehlungen festlegt, welche Märkte das aus ihrer Sicht sind. Diese Empfehlungen sind von den nationalen Regulierungsbehörden „weitestgehend“ zu berücksichtigen. Das bedeutet in der Praxis, dass die nationalen Regulierungsbehörden nur in begründungsbedürftigen Ausnahmefällen davon abweichen dürfen.³⁰⁴

Dafür, dass ein Markt für eine Regulierung in Betracht kommt, müssen gemäß Art. 67 Abs. 1 EKEK drei Kriterien kumulativ vorliegen: „Es bestehen beträchtliche und anhaltende strukturelle, rechtliche oder regulatorische Marktzutrittschranken; der Markt tendiert angesichts des Standes des Infrastrukturwettbewerbs und sonstigen Wettbewerbs hinter den Zutrittschranken strukturell innerhalb des relevanten Zeitraums nicht zu einem wirksamen Wettbewerb; das Wettbewerbsrecht allein reicht nicht aus, um dem festgestellten Marktversagen angemessen entgegenzuwirken.“ Hierin liegt eine der wenigen großen Neuerungen des EKEK bei der Marktregulierung: Der sogenannte Drei-Kriterien-Test

³⁰³ Zum Begriff: *Henseler-Unger*, Wirtschaftsdienst 2010 Sonderheft, S. 13 (14); *Woesler/Heinen-Hosseini*, in: Säcker, Telekommunikationsgesetz, § 9, Rn. 4.

³⁰⁴ Vgl. für die im Wortlaut gleiche alte Rechtslage: BVerwGE 131, 41 Rn. 24 f.; *Gersdorf*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, TKG § 10, Rn. 60; Schütz, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG Kommentar, TKG § 10, Rn. 27.

war bisher nicht Teil des Gesetzeswerkes, sondern fand sich in den Leitlinien der Kommission zur Marktdefinition.³⁰⁵

Im Anschluss müssen die Regulierungsbehörden die entsprechenden Märkte gemäß Art. 67 Abs. 4 EKEK darauf hin untersuchen, ob ein oder mehrere Unternehmen beträchtliche Marktmacht im Sinne des Art. 63 EKEK innehaben.

Liegt ein regulierungsbedürftiger Markt vor und hat – mindestens – einer der Marktteilnehmer beträchtliche Marktmacht, dann eröffnet Art. 68 Abs. 2 EKEK es den Regulierungsbehörden, Marktregulierungsmaßnahmen auf den Vorleistungsmärkten zu ergreifen. Diese finden sich in den Art. 69 bis 74 EKEK und 76 bis 81 EKEK. Die Endkundenmärkte können dagegen auf Grundlage von Art. 83 EKEK reguliert werden.

ii. Der OTT-Kommunikationssektor als Markt

Aktuell wird in der Märkteempfehlung der Kommission die Ebene der Endnutzermärkte nicht mehr berücksichtigt.³⁰⁶ Das entspricht auch weiterhin der Vorstellung des Europäischen Gesetzgebers, der in Erwägungsgrund 173 festhält, dass Vorabregulierung der Vorleistungsebene mittlerweile grundsätzlich ausreichen sollte. Ausgehend von der Begriffsbestimmung für Endnutzer aus Art. 2 Nr. 14 EKEK sind mit Endnutzermärkten Märkte gemeint, auf denen die Kommunikationsdienste sich an Kunden richten, die nicht selbst Kommunikationsdienste anbieten. Das heißt, dass auch die Märkte klassischer Telekommunikationsdienste derzeit nicht als regulierungsbedürftig angesehen werden. Lediglich wenn es um die Anrufzustellung in Netzen oder den Zugriff auf die sogenannte Teilnehmeranschlussleitung – also die Kabel die zum eigentlichen Netzanschluss in der Wohnung des Nutzers reichen – geht, sieht die europäische Regulierungsbehörde noch Handlungsbedarf.³⁰⁷ OTT-Kommunikationsdienste nehmen weder eine eigene Anrufzustellung vor, noch haben sie Zugriff auf die Teilnehmeranschlussleitung. Unter die aktuelle Märkteempfehlung fallen sie also nicht und sie sind in der Konsequenz nicht als regulierungsbedürftige

³⁰⁵ Scherer/Heinickel, MMR 2017, S. 71 (75); Kiparski, CR. 2019, S. 179 (181), kritisch Neumann, N&R 2016, S. 262 (266); vgl. zur alten Rechtslage Kirchner/Mayen/Käseberg, in: Scheurle/Mayen, Telekommunikationsgesetz, TKG § 10, Rn. 2,3; Schütz, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, TKG § 10, Rn. 13.

³⁰⁶ Vgl. Europäische Kommission, Märkteempfehlung TK, 2014, Anhang.

³⁰⁷ Europäische Kommission, Märkteempfehlung TK, 2014, Anhang.

Märkte festgelegt.³⁰⁸ Die Normen zur Marktdefinition haben sich auch nicht entscheidend geändert. Doch bisher waren OTT-Kommunikationsdienste noch nicht als elektronische Kommunikationsdienste eingestuft worden: Durch die geänderte Definition des elektronischen Kommunikationsdienstes nach dem EKEK stellt sich die Frage, ob und wie OTT-Kommunikationsdienste bei der Marktdefinition und damit auch bei der Märkteempfehlung der Kommission berücksichtigt werden müssen. Gegebenenfalls ist eine Neubewertung der Telekommunikationsmärkte notwendig. So finden die OTT-Kommunikationsdienste in den aktuellen Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse immerhin Erwähnung: Zukünftig sollen die nationalen Regulierungsbehörden bei der Marktdefinition untersuchen, ob die OTT-Kommunikationsdienste als Substitute für herkömmliche Telekommunikationsdienste in Frage kommen.³⁰⁹ Aber auch ohne, dass die OTT-Kommunikationsmärkte eigens genannt werden, können die Regulierungsbehörden eine Analyse durchführen. Wie sich aus Erwägungsgrund 165 ergibt, sollen „auch sonstige Märkte [analysiert werden], sofern vernünftigerweise davon ausgegangen werden kann, dass die drei in dieser Richtlinie vorgesehen Kriterien erfüllt sind“.

Zunächst stellt sich die Frage, ob OTT-Kommunikationsdienste als Wettbewerber in den bereits definierten Märkten – sprich den Märkten für Telekommunikationsdienste für den Endkunden – eingestuft oder die OTT-Kommunikationsmärkte aufgrund ihrer Besonderheiten als eigene Märkte im Sinne des Art. 64 EKEK definiert werden sollten.³¹⁰ Klassischerweise ziehen die Regulierungsbehörden das sogenannte Bedarfsmarktkonzept heran, um die Wettbewerber eines Marktes zu bestimmen.³¹¹ Das heißt, zur Definition des Marktes stellt man auf die Sicht des Nutzers ab und fragt nach der funktionellen Austauschbarkeit des jeweiligen Produkts bzw. der jeweiligen Dienstleistung.³¹² Dieser Ansatz wird durch eine Untersuchung der Angebotsumstellungsflexibilität ergänzt, also der Bereitschaft anderer Unternehmen ihre Produkte umzustellen oder zu ergänzen, um als Wettbewerber neu in den Markt einzutreten oder dass ihnen

³⁰⁸ *Europäische Kommission*, Märkteempfehlung TK, 2014, Anhang.

³⁰⁹ *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Marktanalyse, Rn. 36.

³¹⁰ So auch *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 140.

³¹¹ *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Marktanalyse, Rn. 33 ff.; vgl. auch *Oster*, in Hoeren/Sieber/Holznapel, Multimediarecht, Telekommunikationsrechtliche Vorfragen, Rn. 54.

³¹² VG Köln, Urt. v. 8. 3. 2007 – 1 K 3918/06, Tz. 49; vgl. BGHZ 73, 65 (72); 101, 100 (103); 131, 107 (110); *Salje*, K&R 1998, S. 331 (332).

dadurch übermäßige Kosten entstünden.³¹³ Es kommt also zunächst einmal darauf an, ob die Nutzer von Kommunikationsdiensten auf den Endkundenmärkten die OTT-Kommunikationsdienste als funktionelles Äquivalent zu den klassischen Telekommunikationsdiensten ansehen. Und dafür spricht, beispielsweise bei den Kurznachrichtendiensten, vieles: Längst hat die Nutzung von OTT-Kurznachrichtendiensten die des klassischen SMS-Dienstes überflügelt (dazu schon I. 4.). In der Regel ziehen die Regulierungsbehörden den sogenannten hypothetischen Monopolistentest (auch SSNIP-Test) heran, um eine Austauschbarkeit der Produkte aus Nutzersicht festzustellen.³¹⁴ Im Rahmen dieses Tests untersucht die Behörde, welchen Effekt eine „kleine, aber signifikante und andauernde Preiserhöhung“ auf das Verhalten der Kunden hätte.³¹⁵ Würde ein ausreichend großer Anteil der Kunden auf ein neues Produkt wechseln, so gehört dieses Produkt zum selben Markt wie das Ausgangsprodukt. Denn das Produkt übt einen spürbaren Wettbewerbsdruck auf das untersuchte Unternehmen aus.³¹⁶ Bisher hatten die Regulierungsbehörden die OTT-Kommunikationsdienste in Anwendung dieses Tests nicht als Wettbewerber der klassischen Telekommunikationsdienste angesehen. Allerdings ist der hypothetische Monopolistentest nicht geeignet, um das Verhalten der OTT-Kommunikationsdienste ausreichend abzubilden. Die sich aus dem SSNIP-Test ergebende Frage, ob ein Anbieter Kunden verliert, wenn er seine Preise erhöht, passt nicht zu den Nullpreismärkten der digitalen Ökonomie³¹⁷: Preiserhöhungen können nicht wie üblich herangezogen werden, um den Markt zu bestimmen, wenn weder das untersuchte Unternehmen noch seine Konkurrenten überhaupt Preise für ihre Produkte verlangen.³¹⁸

³¹³ *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Marktanalyse, Rn. 41 f.

³¹⁴ Vgl. *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Marktanalyse, Rn. 29.

³¹⁵ *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Marktanalyse, Rn. 29; ausführlich *Motta*, Competition Policy, S. 102 ff.

³¹⁶ Dazu *Motta*, Competition Policy, S. 103.

³¹⁷ *Peitz/Schweitzer/Valetti*, CERRE Study 2014, S. 40 ff.; *Körber*, ZUM 2017, S. 93 (98); *Van Gorp/Batura*, Econ Study, S. 55; *Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam*, Metastudie Digitale Wirtschaft, S. 109; *Dewenter*, Wirtschaftsdienst 2016, Heft 4, S. 236; *BMWi*, Wettbewerbsrecht 4.0, S 29.

³¹⁸ Dazu ausführlich: *Krämer*, Wirtschaftsdienst 2016, Heft 4, S. 230 (234 f.); *Schweitzer* in: *Körber/Kühling*, Regulierung – Wettbewerb – Innovation, S. 297 ff.; ebenso *BKartA*, Digitale Ökonomie, S. 18.

Im Rahmen der Marktabgrenzung mittels des SSNIP-Tests muss berücksichtigt werden, dass es sich sowohl bei Internetzugangsanbietern, als auch bei OTT-Kommunikationsdiensten um zweiseitige Plattformen handeln kann.³¹⁹ Das heißt, dass der Dienstanbieter sich nicht nur an eine bestimmte Gruppe von Endnutzern richtet, sondern gleichzeitig auch mit einer anderen Gruppe interagiert³²⁰ – in der digitalen Ökonomie sind das häufig Werbetreibende. Ignoriert der Regulierer die gruppenübergreifenden externen Effekte, die sich daraus ergeben, besteht die Gefahr, dass der relevante Markt zu eng gefasst wird.³²¹ Denn ein Plattformbetreiber bewegt sich nicht nur auf einem Markt, der sich an die Endkunden des Dienstes richtet, sondern gleichzeitig z.B. auch auf den übergreifenden Markt der Werbeanbieter.

Kommen die Regulierungsbehörden zu einer Austauschbarkeit von klassischen und OTT-Kommunikationsdiensten aus Nutzersicht, so ist auf den jeweiligen Kommunikationsmärkten für Endkunden mit mehr und nicht mit weniger Wettbewerb zu rechnen, da den klassischen Anbieter in der Analyse neue Konkurrenten gegenüber gestellt werden.³²² Daraus ließe sich ein weiteres Argument dafür ziehen, dass die Märkte der Telekommunikationsdienste nicht (mehr) regulierungsbedürftig sind. Für OTT-Kommunikationsdienste würde das bedeuten, dass sie vorerst keine Marktregulierungsmaßnahmen zu fürchten hätten.

Alternativ könnten die OTT-Kommunikationsdienste in einem eigenen Markt zusammengefasst werden. Für diese Ansicht spricht das völlig andere Preisgestaltungskonzept, das auf den OTT-Kommunikationsmärkten vorherrscht: Es handelt sich um sogenannte Nullpreismärkte im Gegensatz zu den klassischen Telekommunikationsmärkten, bei denen Dienste bisher durchgängig gegen Entgelt erbracht werden. Aus den Marktanalyseleitlinien der Kommission lässt sich dazu entnehmen, dass unterschiedliche Preisgestaltung ein Abgrenzungskriterium sein kann.³²³ Es ist mittlerweile auch anerkannt, dass wettbewerbsrelevan-

³¹⁹ Vgl. *Peitz/Schweitzer/Valetti*, CERRE Study 2014, S. 40 ff.; kritisch zur Anwendbarkeit auf Plattformen überhaupt: *BKartA*, Digitale Ökonomie, S. 18.

³²⁰ *Krämer/Wolfarth*, DEJ 99, S. 71 (78); *BKartA*, Digitale Ökonomie, S. 10 f.

³²¹ Ausführlich *Peitz/Schweitzer/Valetti*, CERRE Study 2014, S. 40 ff.; *Körber*, ZUM 2017, 94 f.

³²² So *WAR*, Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten, S. 5 f.

³²³ *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Marktanalyse, Rn. 33 ff.; vgl. auch *Europäische Kommission*, Case M.7217, Rn. 31.

te Märkte ohne monetäre Geschäftsmodelle bestehen können.³²⁴ Als Kontrollüberlegung muss hier erwogen werden, ob dann die klassischen Telekommunikationsdienste als funktionales Äquivalent zu den OTT-Kommunikationsdiensten für die Nutzer in Frage kämen. Die statistischen Entwicklungen der letzten Jahre (dazu I. 4.) deuten darauf hin, dass die Nutzer OTT-Kommunikationsdienste als alternative Kommunikationsmöglichkeit zu den herkömmlichen Telekommunikationsdiensten wahrnehmen – aber nicht mehr zu den herkömmlichen Diensten zurückkehren würden, selbst wenn sie ihren Anbieter wechseln: Sie sind nicht mehr bereit, Geld für das Kommunikationsangebot zu bezahlen.³²⁵ Insofern tritt das interessante Phänomen auf, dass die OTT-Kommunikationsdienste Wettbewerbsdruck auf die klassischen Dienste ausüben können, dies umgekehrt aber nicht bzw. kaum der Fall ist.³²⁶ Die klassischen Telekommunikationsdienste können aufgrund ihres nicht rein digitalen Geschäftsmodells nicht ohne weiteres in einen Nullpreismarkt eintreten. All das spricht dafür, dass die OTT-Kommunikationsmärkte als eigene Märkte angesehen werden müssen.³²⁷ Das heißt, dass zwar die klassischen Endkundenmärkte nicht mehr regulierungsbedürftig sein mögen, dies aber nicht zwingend auch für die neuen OTT-Kommunikationsmärkte gelten muss.

Zu guter Letzt will ich auch noch eine dritte Variante untersuchen, die ein Unterfall des Ergebnisses ist, dass OTT-Kommunikationsdienste eigene Märkte bilden: Die OTT-Kommunikationsdienste könnten als mehrseitige digitale Plattformen jeweils für sich allein Einzelmärkte bilden. Ein Beispiel für solche Einzelmärkte sind Anrufzustellungsmärkte im jeweiligen Netz eines Anbieters („Ein Netz, ein Markt“).³²⁸ Denn die Anrufzustellung in einem Netz kann nicht sinnvoll

³²⁴ WAR, Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten, S. 6; Körber, ZUM 2017, S. 93 (97 f.); vgl. auch § 18 Abs. 2a GWB.

³²⁵ Beachte dazu die öffentliche Reaktion auf die Pläne der Deutschen Telekom, das Flat-rate-Modell beim Internetzugang zu verändern.

³²⁶ Vgl. Europäische Kommission, Case M.7217, Rn. 32; zu asymmetrischen Substitutionsbeziehungen auf den digitalen Märkten auch Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam, Metastudie Digitale Wirtschaft, S. 107.

³²⁷ A. A. zumindest für SMS und Instand Messenger: Bulowski, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 141 f., allerdings ohne auf die unterschiedlichen Preisgestaltungskonzepte einzugehen.

³²⁸ Vgl. BVerwG, NVwZ 2008, 1359 (1360); Korehnke/Ufer, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, TKG § 11, Rn. 49, 65.

mit der Anrufzustellung in einem anderen Netz substituiert werden.³²⁹ Bei OTT-Kommunikationsdiensten stellt sich die Situation jedoch anders dar: Sowohl die Nutzer können die nachgefragte Dienstleistung – Kommunikation mit anderen Nutzern – über einen anderen OTT-Anbieter erhalten, als auch etwaige Werbetreibende und andere Dritte den Zugang zu den Nutzerdaten über die Wettbewerber des OTT-Anbieters realisieren können.

Im Ergebnis müssen also nicht jede OTT-Kommunikationsplattform als ein einzelner aber die jeweiligen OTT-Kommunikationsmärkte insgesamt als eigene Märkte angesehen werden. Dabei müssen sie aber, wie es auch bei den klassischen Diensten der Fall ist, nach der Form der Kommunikation unterschieden werden. Während OTT-Kurznachrichtendienstleister mit einander im Wettbewerb stehen, gehören zum Beispiel OTT-Sprachtelefonieanbieter zu ihrem eigenen Markt³³⁰.

iii. Regulierungsbedürftigkeit der OTT-Kommunikationsmärkte

Nachdem die OTT-Kommunikationsmärkte als eigene Märkte abgegrenzt wurden, müssen die Regulierungsbehörden nun untersuchen, ob diese Märkte auch nach den Voraussetzungen des Art. 67 EKEK regulierungsbedürftig sind. Dazu müssten die Märkte zunächst von beträchtlichen und anhaltenden strukturellen, rechtlichen oder regulatorischen Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sein.

Wie die auch heute noch als regulierungsbedürftig eingestuftten Märkte zeigen³³¹, bestehen Marktzutrittsschranken vor allem in Märkten, die sich um nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur drehen. Klassisches Beispiel ist die Teilnehmeranschlussleitung (TAL). Hier stellt eine strukturelle Marktzutrittsschranke dar, dass es ökonomisch oft nicht sinnvoll ist, parallel ein weiteres Netz zu ver-

³²⁹ Vgl. schon RegTP, ABl. RegTP 2004, S. 1171 (1228 f.); näher *Korehnke/Ufer*, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, TKG § 11, Rn. 49, 65.

³³⁰ A. A. im Bezug auf den Unterschied zwischen OTT-Kurznachrichten- und OTT-Sprachtelefonie wohl *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 145 f. mit der Begründung, dass es theoretisch einfach wäre, die eine Funktionalität der anderen hinzuzufügen.

³³¹ *Europäische Kommission*, Märkteempfehlung TK 2014, Anhang.

legen.³³² Zumal die Gelder, die man zum Aufbau des Netzes aufwendet, sich nur im ganz geringen Maße reamortisieren lassen – sie sind „versunken“.³³³ Denn das verlegte Parallelnetz lässt sich nicht werterhaltend weiterverkaufen, da es keinen Gewinn abwirft und die Erdarbeiten sich nicht rückgängig machen lassen. Im OTT-Kommunikationssektor halten sich die Kosten für die Neuentwicklung und den Betrieb von neuen Diensten dagegen in Grenzen.³³⁴ Hohen Fixkosten – z.B. bei der Programmierung – stehen geringe variablen Kosten – es müssen quasi nur Speicherkapazitäten bezahlt werden – gegenüber (siehe schon oben unter I. 4.).³³⁵ Das Problem der versunkenen Kosten wie bei klassischen Telekommunikationsdiensten stellt sich daher nicht im gleichen Maße. Dafür lassen sich sehr starke Netzwerkeffekte beobachten (s. o. unter I. 4.), die ebenfalls eine Marktzutrittsschranke sein können.³³⁶

Im Kommunikationssektor liegen direkte Netzwerkeffekte in der Natur der Sache: Kommunikationsdienste werden genutzt, um andere Teilnehmer zu erreichen. Je mehr Teilnehmer also der Dienst hat, desto wahrscheinlicher ist es, dass man auch den erreichen kann, den man erreichen will. Die einzelnen Anbieter auf den OTT-Kommunikationsmärkten binden riesige Nutzergruppen, die wiederum weitere Nutzer anziehen. Es reicht für einen neuen Anbieter also nicht aus, lediglich einen qualitativ gleichwertigen oder sogar höherwertigen Dienst anzubieten, sondern er muss sich auch einen gewissen Nutzerstamm erarbeiten, bevor er attraktiv wird.³³⁷ Aufgrund dieser Netzwerkeffekte tendieren die OTT-Kommunikationsmärkte zu wenigen Anbietern mit sehr hohen Markt-

³³² So schon *Europäische Kommission*, Entscheidung v. 22. 3. 2003, ABl. EG Nr. L 263 v. 14. 10. 2003, S. 9; *Monopolkommission*, Sondergutachten 66, Rn. 26 ff.; *Korehnke/Ufer*, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, TKG § 11, Rn. 53 mwN.

³³³ *Fuchs* in: Schmidt-Preuß/Körber, *Regulierung und Gemeinwohl*, S. 18.

³³⁴ *Shortall*, ENLR 2, 2016, S. 118 (125); *Bulowski*, *Regulierung von Internetkommunikationsdiensten*, S. 148; *Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam*, *Meta-studie Digitale Wirtschaft*, S. 83.

³³⁵ Vgl. *Scherer/Feiler/Heinickel/Lutz*, *Digitaler Kodex*, S. 19; *Krämer/Wohlfarth*, DEJ 99, S. 71 (77 f.); *Europäische Kommission*, Case M.7217, Rn. 119.

³³⁶ Vgl. *Van Gorp/Batura*, *Econ Study 2015*, S. 22; *Martinéz/Barroso/Valderrama/Calle/González-Calero*, *A Level Playing Field for the digital Economy*, S. 85 f.

³³⁷ Vgl. dazu *Motta*, *Competition Policy*, S. 83; *Van Gorp/Batura*, *Econ Study 2015*, S. 22; *Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam*, *Metastudie Digitale Wirtschaft*, S. 85.

anteilen bis hin zu einem Monopol.³³⁸ Solche starken Netzwerkeffekte sind auch bei klassischen Telekommunikationsdiensten Gegenstand der Regulierung und werden unter anderem durch Interoperabilitätsverpflichtungen abgemildert.³³⁹

Auf den OTT-Kommunikationsmärkten kann es also dazu kommen, dass nach einer Wettbewerbsphase nur ein einzelner Anbieter als Monopolist verbleibt. Dabei handelt es sich dabei jedoch nicht um das von den klassischen TK-Infrastrukturen bekannte natürliche Monopol. Vielmehr kann es nun zu einem Wettbewerb um den Markt statt auf dem Markt kommen – das heißt, dass der Markt zwar in der Hand eines einzelnen Anbieters liegt, sollte dieser Anbieter seine Marktmacht jedoch missbrauchen, könnte theoretisch ein Wettbewerber auftreten und seinerseits den Markt übernehmen.³⁴⁰ Der Ansatz eines funktionierenden Wettbewerbs um den Markt statt auf dem Markt wird durch die niedrigen Einstiegskosten und die Möglichkeit zum sogenannten Multihoming, also die Möglichkeit für den Nutzer, mehr als einen Dienst zu nutzen und damit den Anbieter einfacher zu wechseln, gestützt.³⁴¹ Das alles spricht zunächst gegen hohe Marktzutrittsschranken.

Allerdings können etablierte OTT-Kommunikationsdienste mit ihren Massendaten und fortgeschrittenen Algorithmen einen Vorsprung haben, der durchaus eine hohe Einstiegshürde in den Markt – also eine Marktzutrittsschranke – darstellen kann.³⁴² Treffend wird von einem „Age of Datafication“ gesprochen³⁴³: Es hat sich gezeigt, dass die angesprochenen Massendaten („Big Data“) an sich ein bedeutender Wirtschaftsfaktor sind. Im Zeitalter selbstlernender Analyseverfahren sind sie interessant für eine Vielzahl von Abnehmern, wie beispielsweise Versicherungsunternehmen oder Scoringagenturen, aber auch für die

³³⁸ Überblick bei *Europäische Kommission*, Case M.7217, Rn. 96; *Autorité de la concurrence/Bundeskartellamt*, Competition Law and Data, S. 13.

³³⁹ *Scherer/Feiler/Heinickel/Lutz*, Digitaler Kodex, S. 19.

³⁴⁰ *Krämer/Wohlfarth*, DEJ 99, S. 71 (80 f.); *Shortall*, ENLR 2, 2016, S. 118 (125); *Van Gorp/Batura*, Econ Study 2015, S. 17; *Paal/Hennemann*, NJW 2017, S. 1697 (1699).

³⁴¹ *Krämer/Wohlfarth*, DEJ 99, S. 71 (80), *Shortall*, ENLR 2, 2016, S. 118 (125); *Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam*, Metastudie Digitale Wirtschaft, S. 112.

³⁴² So auch *Krämer/Wohlfarth*, DEJ 99, S. 71 (81), *Autorité de la concurrence/Bundeskartellamt*, Competition Law and Data, S. 29; ähnlich *WAR*, Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten, S. 6 f.

³⁴³ So *Ezrachi/Stucke*, Virtual Competition, S. 28.

Meinungsforschung.³⁴⁴ So lässt sich der Wert eines registrierten Benutzers auf den digitalen Märkten auf 50-100 € beziffern.³⁴⁵ Darüber hinaus kann der digitale Anbieter selbst ebenfalls Nutzen aus großen Datenmengen ziehen. Je mehr Daten er über einen Nutzer gesammelt hat, desto besser kann er sein Angebot an diesen Nutzer anpassen, es also personalisieren.³⁴⁶ Dies erlaubt ihm eine verstärkte Kundenbindung, die einem Neueinsteiger auf dem Markt ohne entsprechende Daten nicht möglich ist. Die Nutzer haben also einen Anreiz, bei ihrem alten Anbieter zu bleiben, ein Lock-In-Effekt entsteht.³⁴⁷ Darüber hinaus lassen sich aus diesen Massendaten immer größere Vorteile ziehen, je umfassender die angesammelte Datenmenge ist.³⁴⁸ Denn erst bei großen Datenmengen lassen sich valide Analyseergebnisse erzielen. Aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht liegt daher ein sogenannter Skaleneffekt vor: Dabei handelt es sich um das Phänomen, dass sich in bestimmten Wirtschaftssektoren Größenvorteile von allein weiter verstärken.³⁴⁹ Einem Anbieter fällt es dann umso leichter, weiter zu wachsen, je größer er bereits ist.

Damit hat ein OTT-Kommunikationsanbieter, der bereits einen großen Datenschatz besitzt, einen entscheidenden Vorsprung vor möglichen Wettbewerbern. Dagegen lässt sich nun nicht einwenden, dass Multihoming möglich sei.³⁵⁰ Diese Möglichkeit schwächt sicher die herkömmlichen Netzwerkeffekte ab, aber kann nicht die Vorteile ausgleichen, die aus Massendaten und Personali-

³⁴⁴ Eindringlich am Beispiel Amazon: *Ezrachi/Stucke*, *Virtual Competition*, S. 14 ff.; vgl. auch *Dewenter/Lüth*, *ABIDA-Gutachten*, S. 2 ff.; *Dewenter*, *Wirtschaftsdienst* 2016, Heft 4, S. 236 (237); *Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam*, *Metastudie Digitale Wirtschaft*, S. 83 ff.; *Schweitzer*, in: *Körper/Kühling*, *Regulierung – Wettbewerb – innovation*, S. 273; *Paal/Hennemann*, *NJW* 2017, S. 1697 (1698).

³⁴⁵ *Schliesky/Hoffmann/Luch/Schulz/Borchers*, *Schutzpflichten und Drittwirkung im Internet*, S. 134; allgemein zum wirtschaftlichen Wert von Daten auch: *Ezrachi/Stucke*, *Virtual Competition*, S. 28 f.

³⁴⁶ Vgl. dazu *Ezrachi/Stucke*, *Virtual Competition*, S. 31; *Autorité de la concurrence/Bundeskartellamt*, *Competition Law and Data*, S. 9 f.; *Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam*, *Metastudie Digitale Wirtschaft*, S. 85; *Schweitzer*, in: *Körper/Kühling*, *Regulierung – Wettbewerb – Innovation*, S. 273.

³⁴⁷ So auch *BMWi*, *Wettbewerbsrecht 4.0*, S. 13 f.

³⁴⁸ *Ezrachi/Stucke*, *Virtual Competition*, S. 18; *Fortuny/Martens/Provost*, *Big Data* Vol. 1 Nr. 4, S. 215 (219 ff.); *Jentzsch*, *Marktmacht in der Datenökonomie begrenzen*, S. 10; kritisch: *Dewenter/Lüth*, *ABIDA-Gutachten*, S. 14 f.; *BMWi*, *Wettbewerbsrecht 4.0*, S. 14 f.

³⁴⁹ *Jentzsch*, *Marktmacht in der Datenökonomie begrenzen*, S. 8.

³⁵⁰ So aber wohl *Europäische Kommission*, *Case M.7217*, Rn. 108 ff.; *Bulowski*, *Regulierung von Internetkommunikationsdiensten*, S. 148 ff.

sierung des Angebots gezogen werden können: Nutzer können ihre Daten dem Neueinsteiger zwar ebenfalls zur Verfügung stellen, dabei bleiben die Daten jedoch stets auch dem ursprünglichen Anbieter erhalten – der alteingesessene Anbieter wird daher durch einen Neuankömmling zunächst nicht in seinem Datenschatz und damit auch nicht in seiner vorteilhaften Position bedroht.³⁵¹ Ein zeitlicher Vorsprung bei der Erhebung und Nutzung von Daten erlaubt es den jeweiligen Unternehmen außerdem ihre Analysewerkzeuge stetig zu verbessern, gerade wenn es sich um selbstlernende Verfahren handelt, so dass die Persönlichkeitsprofile und zusammengefassten Daten für den jeweiligen Verwendungszweck noch besser erzeugt werden können.³⁵²

Im Kern heißt das für OTT-Kommunikationsanbieter: Nur wenn er viele Nutzer hat, kann er die nötige Aufmerksamkeit für Werbekunden bieten und hat einen Datenstock, der groß genug ist, um sich für Big-Data-Analyse zu lohnen.³⁵³ Wenn OTT-Kommunikationsdienste daher einen Vorsprung beim Zugriff auf einen umfassenden Datenschatz haben, kann sich daraus ein entscheidender Vorteil im Kampf um den Markt ergeben.³⁵⁴ Die durch die Netzwerkeffekte erreichten großen Marktanteile wandeln sich dadurch in gesicherte Positionen, die gegebenenfalls in ein Monopol umschlagen. Hierin ist eine Marktzutrittsschranke zu sehen³⁵⁵ und im Ergebnis lässt sich daher festhalten, dass beträchtliche und anhaltende strukturelle Marktzutrittsschranken gegeben sind.³⁵⁶

Als weitere Voraussetzung des Art. 67 EKEK müssen die OTT-Kommunikationsmärkte „angesichts des Standes des Infrastrukturwettbewerbs und sonstigen Wettbewerbs hinter den Zutrittsschranken strukturell innerhalb des relevanten Zeitraums nicht zu einem wirksamen Wettbewerb“ tendieren. Ein Indiz dafür,

³⁵¹ Ähnlich *Autorité de la concurrence/Bundeskartellamt*, Competition Law and Data, S. 29.

³⁵² Vgl. *Ezrachi/Stucke*, Virtual Competition, S. 16 f.; *Schweitzer*, in: Körber/Kühling, Regulierung – Wettbewerb – innovation, S. 273.

³⁵³ „Mindestoptimale Datenmenge“, vgl. *Dewenter*, Wirtschaftsdienst 2016, Heft 4, S. 236 (237 f.).

³⁵⁴ Vgl. *Krämer/Wohlfarth*, DEJ 99, S. 71 (76); *Gabriel*, Unsere politischen Konsequenzen aus der Google-Debatte, 2014, S. 5.

³⁵⁵ A. A. jedoch ohne Begründung: *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 150.

³⁵⁶ So auch *Autorité de la concurrence/Bundeskartellamt*, Competition Law and Data, S. 11 ff.; *Martínéz/Barroso/Valderrama/Calle/González-Calero*, A Level Playing Field for the digital Economy, S. 86 ff.; a.A. aber für die Datenanalyse offen lassend *Dewenter/Lüth*, ABIDA-Gutachten, S. 57 f.

dass die Märkte nicht zu einem wirksamen Wettbewerb tendieren ist die geringe Anzahl von Anbietern mit sehr hohen Marktanteilen.³⁵⁷ Tatsächlich gibt es jedoch eine relativ große Anzahl von Wettbewerbern³⁵⁸, von denen einige wenige allerdings mit sehr hohen Marktanteilen hervorstechen³⁵⁹. Da die Märkte für OTT-Kommunikationsdienste in der Vergangenheit eine große Dynamik gezeigt und regelmäßig neue Wettbewerber den Eintritt geschafft haben, sollten die hohen Marktanteile nur mit großer Vorsicht bei der Einschätzung des Markts berücksichtigt werden.³⁶⁰ Das Vorliegen dieser Voraussetzung des Art. 67 EKEK wird daher erst in Zukunft nach genauer Beobachtung der Märkte eingeschätzt werden können.

Zuletzt darf gemäß Art. 67 EKEK auf den untersuchten Märkten das Wettbewerbsrecht allein nicht ausreichen, um dem festgestellten Marktversagen angemessen entgegenzuwirken. Hier sprechen vor allem die starken Skaleneffekte dafür, dass ein nachträgliches Eingreifen der Wettbewerbsbehörden zu spät kommen könnte: Der jeweilige Anbieter kann aus seinem Vorsprung einen so großen Vorteil ziehen, dass ihn, auch wenn ihm wettbewerbswidrige Praktiken untersagt werden, kein Konkurrent ernsthaft gefährden kann.³⁶¹ Dementsprechend ist die ex-ante-Regulierung das besser geeignete Werkzeug, um den Besonderheiten der OTT-Kommunikationsmärkte zu begegnen.³⁶² Die Situation entspricht insoweit der auf den klassischen Telekommunikationsmärkten für die das Wettbewerbsrecht lange Zeit ebenfalls als nicht ausreichend angesehen wurde.

Wenn man die OTT-Kommunikationsdienste zu eigenen Märkten zusammenfasst, statt sie als Wettbewerber in die klassisch definierten Märkte aufzunehmen – ein Vorgehen, das der bisherigen Regulierungspraxis entspricht – kann es sich bei den OTT-Kommunikationsmärkten um regulierungsbedürftige Märkte handeln. Tatsächlich dürften die Wirtschaftsmodelle von klassischen Telekommunikations- und neuen OTT-Kommunikationsdiensten so unterschiedlich sein, dass es gerechtfertigt ist, sie als zwei eigenständige Märkte anzusehen.

³⁵⁷ *Europäische Kommission*, Märkteempfehlung TK, Rn. 11.

³⁵⁸ Vgl. Bestandsaufnahme in *Europäische Kommission*, Case M.7217, Rn. 85.

³⁵⁹ Überblick bei *Europäische Kommission*, Case M.7217, Rn. 96; *Autorité de la concurrence/Bundeskartellamt*, Competition Law and Data, S. 13.

³⁶⁰ So auch *Europäische Kommission*, Case M.7217, Rn. 99 und Rn. 116.

³⁶¹ So auch *Van Gorp/Batura*, Econ Study, S. 63 f.

³⁶² A. A. *Chisholm*, in: Bundesnetzagentur, Konferenzband OTT, S. 21 f.

Die Europäische Kommission oder im Zweifel die nationalen Regulierungsbehörden sollten dies in ihren Marktanalysen berücksichtigen. Doch auch wenn die OTT-Kommunikationsdienste zukünftig als Teil der klassischen Telekommunikationsmärkte eingestuft würden, muss die regulatorische Frage in Zukunft wohl anders gestellt werden: Es kann nicht mehr danach gefragt werden, ob die OTT-Kommunikationsdienste ausreichenden Wettbewerbsdruck auf die klassischen Telekommunikationsdienste ausüben. In Anbetracht der Statistiken ist vielmehr fraglich ob die klassischen Telekommunikationsdienste überhaupt noch stark genug sind, um Druck auf die OTT-Kommunikationsdienste auszuüben. Auch dann müssen die Endkundenmärkte wieder als regulierungsbedürftig eingeordnet werden.

iv. OTT-Kommunikationsdienste als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht

Damit Anbieter das Ziel von Marktregulierungsmaßnahmen werden können, müssen sie, wie Art. 68 Abs. 2 EKEK zeigt, beträchtliche Marktmacht innehaben. Die Legaldefinition in Art. 63 Abs. 2 EKEK sagt dazu aus, dass ein Unternehmen dann beträchtliche Marktmacht hat, „wenn es entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine der Beherrschung gleichkommende Stellung einnimmt, d. h. eine wirtschaftlich starke Stellung, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und letztlich Verbrauchern zu verhalten.“

Die Regulierungsbehörden ziehen eine Vielzahl von Kriterien heran, die in einer Gesamtschau bewertet werden, um beträchtliche Marktmacht zu bestimmen.³⁶³ Diese Kriterien umfassen – nicht abschließend – nach den Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse: (1) Die Marktanteile des Unternehmens, (2) die Leichtigkeit des Marktzugangs, (3) Expansionshemmnisse, (4) die Größe des Unternehmens, (5) Kontrolle über nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur, (6) technologische Vorteile oder Überlegenheit, (7) fehlende oder zu geringe ausgleichende Nachfragemacht, (8) leichter oder privilegierter Zugang zu finanziellen Ressourcen, (9) Diversifizierung der Produkte, (10) Größenvorteile, (11) Verbundvorteile, (12) direkte oder indirekte Netzwerkeffekte, (13) vertikale Integration, (14) ein hochentwickeltes Vertriebsnetz, (15) langfristige und nachhaltige Zugangsvereinbarungen, (16) Vertragsbeziehungen mit anderen

³⁶³ *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Marktanalyse, Rn. 58.

Marktteilnehmern die zu Abschottung führen könnten und (17) das Fehlen von potentielltem Wettbewerb.³⁶⁴

Dabei spielen die Marktanteile eine herausgehobene Rolle, da nach der Rechtsprechung des EuGH bei einem Marktanteil von über 50 % die Vermutung gilt, dass beträchtliche Marktmacht vorliegt.³⁶⁵ Nur außergewöhnliche Umstände können diese Vermutung widerlegen.³⁶⁶ Solche außergewöhnlichen Umstände liegen bei den OTT-Kommunikationsmärkten, die tatsächlich von sehr großen Marktanteilen weniger Unternehmen geprägt sind³⁶⁷, aber grundsätzlich vor³⁶⁸: Zentral sind auch hier die Besonderheiten, die sich aus der Struktur der digitalen Märkte ergibt, zu denen auch die OTT-Kommunikationsmärkte gehören. Die besonderen Dynamiken dieser Wirtschaftsform – etwa, dass für den Erfolg eines Wirtschaftsmodells eine kritische Nutzeranzahl überschritten werden muss – müssen Berücksichtigung finden, soll der Einfluss der OTT-Kommunikationsdienste auf die Märkte tatsächlich bestimmt werden.³⁶⁹ Denn die verschiedenen Skalen- und Netzwerkeffekte, die auf Plattformmärkten am Werk sind, können zum Phänomen eines Wettbewerbs „um den Markt“ führen.³⁷⁰ Das heißt, dass Nutzerpräferenzen und Grenzkosten zunächst zu einem einzelnen dominanten Anbieter auf dem Markt führen (können), der aber seine Position keinesfalls gesichert hat, sondern theoretisch jederzeit von einem Wettbewerber entthront werden könnte (s. o. I. 4.).³⁷¹ Er kann sich dann gerade nicht unabhängig von Wettbewerbern und Endkunden verhalten. Aus hohen Marktanteilen allein kann daher noch keine marktmächtige Position gefolgert werden und die Vermutung des EuGH sollte bei OTT-Kommunikationsdiensten daher nicht unbesehen angewandt werden.³⁷² Andere der im Katalog der Europäi-

³⁶⁴ *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Marktanalyse, Rn. 58.

³⁶⁵ St. Rspr. vgl. nur EuGH, Slg. 1991, I-3359; Slg. 1999, I-2969; *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Marktanalyse 2018, Rn. 55.

³⁶⁶ St. Rspr. vgl. nur EuGH, Slg. 1991, I-3359; Slg. 1999, I-2969; *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Marktanalyse 2018, Rn. 55.

³⁶⁷ *Van Gorp/Batura*, Econ Study 2015, S. 22.

³⁶⁸ *Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam*, Metastudie Digitale Wirtschaft, S. 86.

³⁶⁹ *BKartA*, Digitale Ökonomie, S. 18 ff.

³⁷⁰ *Körber*, ZUM 2017, S. 93 (95); *Van Gorp/Batura*, Econ Study 2015, S. 22 f.; *Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam*, Metastudie Digitale Wirtschaft, S. 112.

³⁷¹ Dazu *Körber*, ZUM 2017, S. 93 (95) mwN; *Shortall*, ENLR 2, 2016, S. 118 (125).

³⁷² So auch *Körber*, ZUM 2017, S. 93 (95).

schen Kommission genannten Kriterien zu den OTT-Kommunikationsmärkten passen dagegen besser:

Die Leichtigkeit des Marktzugangs wurde bereits oben bei der Frage nach der Regulierungsbedürftigkeit des Marktes untersucht: Einerseits ist ein Markteintritt an sich nicht mit hohen Kosten verbunden, andererseits dürfte es schwer sein, dauerhaft auf den Märkten fußzufassen, wenn nicht eine erdrutschartige Nutzerwanderung erzeugt wird. Expansionshemmnisse und die Größe des Unternehmens spielen im digitalen Wirtschaftsraum dagegen eine untergeordnete Rolle. Kontrolle über nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur – bei den Telekommunikationsnetzbetreibern ein entscheidender Faktor – haben OTT-Kommunikationsdienste nicht im eigentlichen Sinne inne. Tatsächlich dürften Server und Software relativ leicht zu duplizieren sein. Eine gewisse technologische Überlegenheit lässt sich bei Internetriesen wie Google oder Facebook im Vergleich zu Neueinsteigern dagegen durchaus beobachten. Allerdings nicht unbedingt bei der Dienstleistung an sich: Stattdessen zeigt sich die technologische Überlegenheit bei den Datenauswertungsalgorithmen und bei den Mechanismen, die gezielte Werbung ermöglichen.³⁷³ Fehlende oder zu geringe ausgleichende Nachfragemacht liegt auf OTT-Kommunikationsmärkten nicht spezifisch vor. Auch haben die Unternehmen hier üblicherweise keinen leichteren Zugang zu finanziellen Ressourcen. Eine besondere Stellung über die Diversifizierung der Produkte lässt sich dagegen durchaus beobachten: Das Unternehmen Facebook vereint mit seinem Facebook Messenger und WhatsApp gleich zwei Kurznachrichtendienste unter einem Dach.³⁷⁴ So bindet es verdeckt noch mehr Kunden an sich als wohlmöglich zunächst gedacht. Wie ebenfalls schon bei Frage nach der Regulierungsbedürftigkeit des Marktes angesprochen, spielen Größenvorteile eine entscheidende Rolle im OTT-Kommunikationssektor: Die Masse an Nutzerdaten, die ein bereits großer Anbieter ansammeln kann ist ein ganz entscheidender Vorteil auf den digitalen Märkten.³⁷⁵ So ist die Attraktivität von Neueinsteigern für Werbekunden deutlich geringer als die der alteingesessenen Anbieter. Darüber hinaus macht ein großer Datenschatz es für den

³⁷³ Vgl. Darstellung bei *Schweitzer*, in: Körber/Kühling, *Regulierung – Wettbewerb – Innovation*, S. 273 f.

³⁷⁴ Vgl. *Übernahmegenehmigung in Europäische Kommission, Case M.7217*.

³⁷⁵ So auch *Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam*, *Metastudie Digitale Wirtschaft*, S. 126 f.; *Dewenter/Lüth*, *ABIDA-Gutachten*, S. 14 f., jedoch kritisch, ob sich daraus Skaleneffekte ergeben.

Anbieter leichter, auch auf anderen ähnlichen Märkten schnell Fuß zu fassen, es droht also ein „überschwappen“ der Marktmacht von einem in den nächsten digitalen Markt.³⁷⁶ Auch direkte oder indirekte Netzwerkeffekte finden sich auf den OTT-Kommunikationsmärkten. Einerseits sogar in stärkerem Ausmaß als auf den klassischen Telekommunikationsmärkten, da dort Interoperabilität herrscht, die sich bei den OTT-Kommunikationsdiensten höchstens bei Emaildiensten findet. Andererseits jedoch auch abgemildert, da es die Möglichkeit zum Multihoming gibt. Wobei diese Praktik die Position der großen Anbieter nicht schwächt, da die Nutzer trotzdem gezwungen sind, bei dem Marktführer zu verbleiben und andere Dienste lediglich zusätzlich nutzen.³⁷⁷ Eine besondere vertikale Integration und ein hochentwickeltes Vertriebsnetz sind keine Eigenschaften, die für OTT-Kommunikationsdienste spezifisch wären. Langfristige und nachhaltige Zugangsvereinbarungen werden mangels passender Infrastruktur wohl nicht in Frage kommen. Auch Vertragsbeziehungen mit anderen Marktteilnehmern die zu Abschottung führen könnten stellen keine Besonderheit des OTT-Kommunikationssektors dar und müssen hier daher nicht näher erläutert werden. Zuletzt mangelt es auch nicht an potentielltem Wettbewerb, einfach weil es recht leicht ist, neue Messenger- oder Telefoniedienste zu entwickeln.

Dieser herkömmliche Kriterienkatalog erfasst allerdings nicht alle Aspekte, die auf den digitalen Märkten relevant sind. Mit der Leitfrage vor Augen, ob Anbieter sich unabhängig von Wettbewerbern und Endkunden verhalten können, muss Marktmacht auf den Nullpreismärkten des OTT-Sektors über neue Kriterien erfasst werden: Entscheidend kann nun nicht mehr sein, ob das fragliche Unternehmen seine Preise beliebig anpassen könnte, wenn gar keine Entgelte verlangt werden. Auf den dynamischen Märkten indiziert es eher Marktmacht, wenn ein Anbieter auf Innovationen verzichtet, ohne dass seine Kunden abwandern.³⁷⁸ Denn die Vergangenheit hat gezeigt, dass Nutzer bereit sind, zu neuen

³⁷⁶ *Ezrachi/Stucke*, Virtual Competition, S. 31 f.; *BMWi*, Wettbewerbsrecht 4.0, S. 14.

³⁷⁷ So auch *Godlovitch/van Gorp/Hausemer/Vassileva/Womersley/Batura*, Support Impact Assessment, Teil 2, S. 253; *Kühling*, in: *Körper/Kühling*, Regulierung – Wettbewerb – innovation, S. 176 f.; ähnlich *Autorité de la concurrence/Bundeskartellamt*, Competition Law and Data, S. 29; a. A. *Gersdorf*, in: *Körper/Kühling*, Regulierung – Wettbewerb – Innovation, S. 206.

³⁷⁸ *Körper*, ZUM 2017, S. 93 (98); *Van Gorp/Batura*, Econ Study, S. 25 f.; *Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam*, Metastudie Digitale Wirtschaft, S. 137; vgl. auch EuGH, Urt. v. 11.12.2013, T-79/12, Rn. 73.

innovativen Angeboten zu wechseln, während OTT-Dienste, die bereits dagesenenem gleichen, selten fußfassen können.³⁷⁹ Aus Sicht der Regulierungsbehörden muss also erwogen werden, was geschehen würde, wenn das Unternehmen ab jetzt auf Innovationen verzichtete. Es kommt dann darauf an, wie schnell Wettbewerber das entsprechende Marktsegment übernehmen würden. Faktoren die die Entscheidung beeinflussen, können die allgemeine Innovationsfreudigkeit des Sektors und die Wechselbereitschaft, die Kunden in der Vergangenheit gezeigt haben, sein. Ein weiterer Ansatz könnte sein, die Fähigkeit der durch das Unternehmen verwendeten Algorithmen zur Diskriminierung der Nutzer zu messen und als Indikator für Marktmacht heranzuziehen: Je besser Preise, Angebote und Werbung auf den einzelnen Nutzer zugeschnitten sind, desto stärker die Marktposition.³⁸⁰ Da der Kriterienkatalog nach den Leitlinien der Europäischen Kommission ausdrücklich nicht abschließend formuliert ist³⁸¹ haben die Regulierungsbehörden auch den Spielraum, solche neuen Erwägungen anzustellen. Gegebenenfalls sollte die Kommission ihren Katalog dennoch erweitern, nicht zuletzt aus Gründen der Rechtssicherheit.

Neben der fehlenden Korrelation zwischen Marktmacht und Marktanteilen, die zu einer Berücksichtigung von Innovationsdruck führen sollte, stellen sich also einige Kriterien als besonders und andere als weniger geeignet dar, um Marktmacht bei OTT-Kommunikationsdiensten zu bestimmen. Es sollte den Regulierungsbehörden jedoch grundsätzlich möglich sein, auch eine marktbeherrschende Stellung in diesen Sektoren festzustellen.

v. Regulierungsmaßnahmen für OTT-Kommunikationsdienste

Der Europäische Gesetzgeber gibt den Regulierungsbehörden einen Werkzeugkasten mit verschiedenen Maßnahmen an die Hand, wenn ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf einem regulierungsbedürftigen Markt identifiziert wurde. Für die Vorleistungsmärkte auf Grundlage des Art. 68 EKEK sind möglich: Transparenzverpflichtungen in Art. 69 EKEK, also Verpflichtungen, die Anbieter dazu zwingen können, Informationen zu veröffentlichen, die im Zusammenhang mit Zugang und Zusammenschaltung stehen – insbesondere auch

³⁷⁹ Vgl. nur das Schicksal von Google+, das als Konkurrent zum sozialen Netzwerk Facebook gedacht war.

³⁸⁰ So *Ezrachi/Stucke*, *Virtual Competition*, S. 221.

³⁸¹ *Europäische Kommission*, *Leitlinien zur Marktanalyse*, Rn. 58.

technische Details; Antidiskriminierungsverpflichtungen in Art. 70 EKEK; Verpflichtungen bezogen auf eine getrennte Rechnungslegung in Art. 71 EKEK; Verpflichtungen über den Zugang zu baulichen Anlagen in Art. 72 EKEK, zum Beispiel zu Gebäuden und Leerrohren; Verpflichtungen über den Zugang zu spezifischen Netzkomponenten in Art. 73 EKEK – dies umfasst zum Beispiel den klassischen Zugang zum „blanken Draht“ aber auch Zugang zu virtuellen Netzkomponenten; in Art. 74 und 75 EKEK findet sich die Entgeltregulierung, also die regulatorische Kontrolle von Entgelten und Kostenrechnung; Art. 77 EKEK ermöglicht schließlich subsidiär zu den vorstehenden Werkzeugen, marktmächtige Unternehmen zur funktionellen Trennung zu verpflichten. Die Art. 76 und 79 EKEK schränken die Regulierungstätigkeit der Behörden dagegen ein. Sie beziehen sich einerseits auf Unternehmen die Netzwerke mit sehr hoher Kapazität aus- oder neu bauen wollen (Art. 76) und auf Unternehmen, die ausschließlich auf Vorleistungsmärkten tätig sind (Art. 79). All diese Regulierungsmaßnahmen werden für OTT-Kommunikationsdienste voraussichtlich irrelevant sein, denn diese Dienste betreiben gerade keine eigene Infrastruktur und bestehen gerade in Kommunikationsangeboten für Endnutzer, sind also nicht auf Vorleistungsmärkten tätig.

Dagegen könnte Art. 83 EKEK Anwendung auf marktmächtige OTT-Kommunikationsdienste finden: Diese Norm beschäftigt sich explizit mit den Endnutzermärkten. Voraussetzung ist gemäß Art. 83 Abs. 1 lit. a EKEK ebenso wie bei Art. 68 EKEK zunächst, dass beträchtliche Marktmacht auf einem regulierungsbedürftigen Markt in einer nach Art. 67 EKEK durchgeführten Marktanalyse festgestellt wurde. Als zusätzliche Voraussetzung nennt Art. 83 Abs. 1 lit. b EKEK jedoch, dass Regulierungsbehörden zunächst prüfen müssen, ob die Regulierungsmaßnahmen zu den Vorleistungsmärkten nach den Art. 69 bis 74 EKEK nicht für die Erreichung ihrer Ziele ausreichend sind. Die Regulierung der Endnutzermärkte soll damit nach dem Willen des Europäischen Gesetzgebers nur noch subsidiär zum Einsatz kommen, während die Regulierung der Vorleistungsmärkte den Regelfall darstellen soll. OTT-Kommunikationsdienste können jedoch wie bereits festgestellt mangels eigener Infrastruktur nicht auf den Vorleistungsmärkten tätig werden. Sollte die Marktanalyse also zur Regulierungsbedürftigkeit eines OTT-Kommunikationsdienstes kommen (dazu IV. 2. a) (2) (e) ii. und iii.), bleibt nur eine Regulierung nach Art. 83 EKEK. Im Fall der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten wird Art. 83 EKEK damit niemals subsi-

diär sein. Diese Norm sieht jedoch keinen ausdifferenzierten Werkzeugkasten für die Regulierungsbehörden sondern lediglich generelle Anforderungen in ihrem Abs. 2 vor: Auferlegte Regulierungsmaßnahmen müssen sich an der Art des festgestellten Problems und den Zielen des Art. 3 EKEK ausrichten und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahren. In Art. 83 Abs. 2 S. 2 und S. 3 EKEK nennt der Europäische Gesetzgeber Beispiele für mögliche Regulierungsmaßnahmen. Art. 83 Abs. 2 S. 2 EKEK macht dabei jedoch mit der Formulierung „Zu den auferlegten Verpflichtungen können auch die Anforderungen gehören ...“ deutlich, dass es sich nicht um einen abschließenden Katalog handelt. Da die Beispiele sich überwiegend auf Preise und Tarife für Endnutzer beziehen, wären sie für die Regulierung von typischen OTT-Kommunikationsdiensten mit ihren nullpreisigen Geschäftsmodellen auch nicht geeignet. Durch die offene Formulierung bleibt den nationalen Regulierungsbehörden aber die Möglichkeit mit eigens auf OTT-Kommunikationsdienste zugeschnittenen Regulierungsmaßnahmen zu agieren.

vi. Konsequenzen für die OTT-Kommunikationsdienste

Allein dadurch, dass OTT-Kommunikationsdienste nun ausdrücklich als elektronische Kommunikationsdienste definiert sind, muss die Marktregulierung sie in den Blick nehmen. Bisher wurden sie bei den Marktanalysen weitestgehend vernachlässigt.³⁸² Dies könnte sich jedoch zukünftig ändern: Es bleibt abzuwarten, ob die OTT-Kommunikationsdienste als funktionale Äquivalente in die klassischen Endkundenmärkte eingeordnet oder als eigene Telekommunikationsmärkte definiert werden. In meinen Augen sollten die Regulierungsbehörden OTT-Kommunikationsmärkte als eigenständige Märkte erfassen, die auch regulierungsbedürftig sind. Bei der Frage nach beträchtlicher Marktmacht müssen jedoch die Besonderheiten der digitalen Wirtschaft berücksichtigt werden: Es muss weniger auf die Marktanteile der einzelnen Unternehmen und mehr auf Kriterien wie Innovationsgeneigntheit und die angesammelte Datenmacht als Größenvorteil des Anbieters geachtet werden.³⁸³ Allerdings hält der Europäische Gesetzgeber eine Vorabregulierung der Vorleistungsmärkte in Zukunft grundsätzlich für ausreichend, so dass zumindest in näherer Zukunft keine Re-

³⁸² Sie werden in *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Marktanalyse, Rn. 36, 64 lediglich erwähnt.

³⁸³ Vgl. jetzt auch den Änderungsvorschlag zu § 18 GWB in: *BMWi*, Referentenentwurf zum GWB-Digitalisierungsgesetz, S. 9.

gulierung von OTT-Kommunikationsdiensten zu erwarten ist.³⁸⁴ Im Ergebnis bieten die Normen zur Marktregulierung jedenfalls Werkzeuge, mit denen OTT-Kommunikationsdienste zukünftig erfasst werden könnten. Mit Art. 83 EKEK besteht auch eine Generalklausel, die Regulierungsbehörden zu Maßnahmen gegen marktmächtige OTT-Kommunikationsdienste ermächtigt.

(f) Endnutzerrechte

Neben der Marktregulierung spielte vor allem der Verbraucherschutz in der Diskussion um die OTT-Kommunikationsdienste im Vorfeld des EKEK eine wichtige Rolle.³⁸⁵ Während die klassischen Telekommunikationsanbieter naturgemäß eine Gleichbehandlung mit den OTT-Kommunikationsdiensten forderten, setzten sich Verbraucherschützer europaweit für eine Stärkung des Verbraucherschutzes auch auf den OTT-Märkten ein.³⁸⁶

i. Überblick

Stellt man die Artikel des Titels 3 des Teils 3 des Kodex zu den Endnutzerrechten nebeneinander, so werden zwei Grundsätze deutlich: Informationspflichten nehmen in der Verbraucherschutzstrategie des europäischen Gesetzgebers eine wichtige Rolle ein und bilden einen der Schwerpunkte des Titels. Und auch bei den Endnutzerrechten verfolgt der EKEK weiterhin den Ansatz der abgestuften Regulierung. Nummernbasierte interpersonelle Kommunikationsdienste werden meist strengeren Verpflichtungen unterworfen, als nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste. Im Folgenden möchte ich die für OTT-Kommunikationsdienste relevanten Endnutzerrechte und Verbraucherschutzverpflichtungen darstellen und in einem kurzen Fazit die Bedeutung herausarbeiten, die sie voraussichtlich für OTT-Kommunikationsdienste haben werden. Unter dem Begriff Endnutzer ist dabei gemäß Art. 2 Nr. 13 und Nr. 14 EKEK eine natürliche oder juristische Person zu verstehen, die einen öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienst in Anspruch nimmt oder beantragt ohne selbst elektronische Kommunikationsdienste und – netze anzubieten. Ein Verbraucher ist nach Art. 2 Nr. 15 EKEK eine natürliche Person dann, wenn sie einen öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienst

³⁸⁴ Vgl. Erwägungsgrund 173 EKEK.

³⁸⁵ Vgl. nur *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Gutachten Digitale Souveränität; *Schweitzer* in: *Körper/Kühling, Regulierung – Wettbewerb – Innovation*, S. 269 ff.

³⁸⁶ Ebd.

nicht zu gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Zwecken nutzt oder beantragt.

ii. Diskriminierungsverbot

Art. 99 EKEK schreibt einleitend ein allgemeines Diskriminierungsverbot fest: Weder Anbieter elektronischer Kommunikationsnetze noch elektronischer Kommunikationsdienste dürfen unterschiedliche Anforderungen oder Bedingungen für den Zugang zu und die Nutzung von Netzen und Diensten an Endnutzer stellen, die an der Nationalität, dem Wohnort oder dem Ort der Niederlassung ansetzen, es sei denn die Ungleichbehandlung ist objektiv gerechtfertigt. Mit diesem Verbot treibt der europäische Gesetzgeber sein Ziel voran, einen einheitlichen und europaweiten Binnenmarkt für Telekommunikationsdienste zu schaffen.³⁸⁷ Art. 99 EKEK richtet sich dabei an alle elektronischen Kommunikationsdienste und damit auch nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste. OTT-Dienste werden somit erfasst. Im Kern bedeutet das, dass Kommunikationsdienste keine unterschiedlichen Preise je nach Herkunftsland des Nutzers erheben dürfen – es sei denn beispielsweise die Kosten für die Dienstleistung sind objektiv unterschiedlich –, dass sie die selben AGBs für alle Endnutzer verwenden müssen und dass sie z.B. auch keine Nutzer aus bestimmten Herkunftsländern ablehnen dürfen, solange sie keine objektiven Gründe dafür vorweisen können. Tatsächlich dürfte dieses Diskriminierungsverbot klassische Telekommunikationsanbieter, die übernational tätig sind, härter treffen, als OTT-Kommunikationsdienste. Denn die derzeit aktiven OTT-Anbieter unterscheiden kaum zwischen ihren Nutzern, sondern machen sich den internationalen Vertriebsweg des Internets zunutze und profitieren aufgrund des geringeren Verwaltungsaufwands davon, dass sie keine Anpassungen nach Nationalität oder Herkunft vornehmen müssen. Da die großen OTT-Kommunikationsdienste derzeit in der Regel auch kein Entgelt verlangen, fällt insofern ein möglicher Ansatzpunkt für Differenzierungen von vornherein weg.

iii. Partielle Vollharmonisierung

Der europäische Gesetzgeber hat in Art. 101 EKEK eine partielle Vollharmonisierung angeordnet.³⁸⁸ Hinter diesem auf dem ersten Blick widersprüchlichen

³⁸⁷ Erwägungsgrund 256 EKEK.

³⁸⁸ Dazu auch *Kiparski*, CR 2019, S. 179 (184); *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 164 f.

Begriffspaar verbirgt sich das Verbot an die Mitgliedsstaaten, bei der Umsetzung der Endnutzerrechte von den Artikeln 102 bis 115 abzuweichen. „Partiell“ also, weil es nur für die Endnutzerrechte gilt. „Vollharmonisierung“, weil die Mitgliedsstaaten weder strengere noch weniger strenge Regelungen erlassen dürfen. Dies rückt diesen Teil der Richtlinie EKEK näher als üblich an eine Verordnung heran und stellt daher eine interessante Regelungstechnik dar, die aber im europäischen Verbraucherschutz bereits bekannt ist.³⁸⁹ Ziel des europäischen Gesetzgebers ist auch hier, einen einheitlichen Binnenmarkt zu schaffen, in dem das Verbraucherschutzniveau überall möglichst identisch ist.³⁹⁰ Das soll einerseits den Verbrauchern dienen, die sich auf ihre Rechte überall innerhalb der EU verlassen können, aber ist auch für die Kommunikationsanbieter selbst von Bedeutung: Gerade für international tätige Anbieter, wie es die meisten OTT-Kommunikationsanbieter derzeit sind, stellt ein Flickenteppich an unterschiedlichen Verbraucherschutzbestimmungen eine Markteinstiegshürde dar. Die Compliancekosten sinken erheblich, wenn ein Anbieter nicht für jeden mitgliedstaatlichen Markt neu das dort geltende Verbraucherschutzregime ausloten und gegebenenfalls Anpassungen daran vornehmen muss.³⁹¹ Eine wirksame Vollharmonisierung senkt also die Eingriffsintensität der Verbraucherschutznormen in die berufliche Betätigung der Kommunikationsanbieter.

Es stellt sich allerdings die Frage, inwieweit der europäische Gesetzgeber diesen Ansatz durch Öffnungsklauseln in den eigentlichen Artikeln wieder abschwächt. So finden sich beispielsweise in Art. 102 Abs. 6 und 7 EKEK Handlungsmöglichkeiten für die Mitgliedsstaaten – allerdings geht es dem europäischen Gesetzgeber hier darum, dass zusätzliche Anforderungen aufgestellt werden können, nicht dass die Mitgliedsstaaten von den Regelungen des EKEK abweichen dürfen. Anders sieht es beispielsweise in Art. 105 Abs. 4 EKEK aus, der es den Mitgliedsstaaten erlaubt, die Frist zur Kündigung bei Vertragsänderungen um drei Monate zu erweitern und damit von der im EKEK vorgesehenen Frist abzuweichen. Diese Öffnungsklauseln ermöglichen den Mitgliedsstaaten zwar den Verbraucherschutz zu stärken und unterstützen damit dieses Regulierungsziel. Aus Sicht international tätiger OTT-Kommunikationsdienste bedeuten die Möglichkeiten zur Abweichung jedoch einen Mehraufwand, der – wie oben angespro-

³⁸⁹ Vgl. Art 4 Richtlinie 2011/83/EU.

³⁹⁰ Erwägungsgrund 257 EKEK.

³⁹¹ So auch *Fetzer*, ZEW Discussion Paper 16-057, S. 28.

chen – durch eine strikte Harmonisierung vermieden würde. Das Ziel des einheitlichen Binnenmarkts wird also nicht in letzter Konsequenz verfolgt und die Eingriffsintensität für die Grundrechte der Anbieter wird erhöht.

iv. Informationspflichten

Nicht zum ersten Mal setzt der europäische Gesetzgeber als eine wichtige Komponente des Endnutzerschutzes auf umfassende Informationspflichten. Als Beispiele dafür seien die Netzneutralitätsverordnung³⁹² und die Datenschutzgrundverordnung³⁹³ genannt, die beide im Kern dem Endnutzerschutz dienen. Auch der EKEK verfolgt die Strategie, die Endnutzer durch ausreichende Informationen zum Selbstschutz zu ermächtigen. Zentrale Norm ist Art. 102 EKEK, der sich mit den Informationspflichten beim Vertragsschluss beschäftigt.

Art. 102 EKEK erfasst alle öffentlich verfügbaren elektronischen Kommunikationsdienste, so lange es sich nicht um Übertragungsdienste für Maschine-zu-Maschine-Anwendungen handelt. Damit fallen auch OTT-Kommunikationsdienste als nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste in den Anwendungsbereich.³⁹⁴ Der europäische Gesetzgeber macht dabei die wichtige Einschränkung, dass die Anbieter nur Informationen bereitstellen müssen, die auch den jeweils angebotenen Dienst betreffen. Im Vorfeld war kritisiert worden, dass viele der Verbraucherschutzvorschriften des Telekommunikationsrechts nicht zu den OTT-Kommunikationsdiensten passen würden³⁹⁵ – mit diesem Halbsatz soll also eine flexible Anwendung der Informationspflicht je nach Dienst erreicht werden. Mit Blick auf die Vielfalt der Kommunikationsdienste ist der Ansatz sicherlich sinnvoll, jedoch könnte die Einschränkung zu einiger Rechtsunsicherheit führen, da gegebenenfalls Anbieter und Kunde geteilter Meinung darüber sein werden, welche Informationen einen Dienst „betreffen“. Gerade die Vielfalt der Dienste dürfte es den Gerichten und den

³⁹² Verordnung über Maßnahmen zum Zugang zum offenen Internet, VO EU 2015/2120, L 310/1, vgl. dort Art. 4.

³⁹³ Verordnung zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, VO EU 2016/679, L 119/1, vgl. dort Art. 12 ff.

³⁹⁴ So auch *Kiparski*, CR 2019, S. 179 (184); *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 166.

³⁹⁵ Vgl. nur *Kühling/Schall*, CR 2015, S. 641 (652); *WAR*, Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten, S. 9 f.

Regulierungsbehörden auch erschweren, einheitliche Grundsätze für die Bestimmung der jeweils relevanten Informationen aufzustellen.

Zunächst richtet Art. 102 S. 2 EKEK allgemeine Anforderungen an die Art und Weise, in der Informationen einem Verbraucher bei Abschluss eines Vertrages durch den Anbieter zur Verfügung gestellt werden müssen: Die Informationen müssen in klarer und leicht verständlicher Sprache bereitstehen und zwar auf einem dauerhaften Datenträger, es sei denn dies ist nicht praktikabel. In dem Fall kann der Anbieter die Informationen auch zum Download bereithalten, solange die entsprechende Datei leicht zugänglich ist. Der Anbieter muss den Endnutzer außerdem auf das Informationsdokument und seine Bedeutung hinweisen. An dieser Stelle ist für OTT-Kommunikationsdienste besonders interessant, wann ein dauerhafter Datenträger als praktikabel gelten wird und wann nicht. Hier dürfte eine entscheidende Rolle spielen, dass die derzeit vorherrschenden OTT-Kommunikationsdienste ausschließlich auf elektronischem Weg über das Internet vertrieben werden. Anders als bei klassischen Telekommunikationsanbietern, bei denen es häufig zumindest postalisch Kontakt zum Endnutzer gibt, haben OTT-Kommunikationsanbieter meist keine Adressdaten ihrer Nutzer. Insofern würde es eine zusätzliche Belastung für die Endnutzer bedeuten, müssten sie zunächst weitere Daten über sich preisgeben, nur um dann Informationen über den Dienst zu erhalten. Da Sinn dieser Norm der Schutz der Endnutzer ist, liegt es nahe, dass der europäische Gesetzgeber gerade an Konstellationen des rein elektronischen Vertriebs gedacht hat, als er die Ausnahme für die Bereitstellung von Datenträgern formulierte. Typische OTT-Kommunikationsdienste sollten daher ihren Informationspflichten nach Art. 102 EKEK mit einem downloadbaren Dokument nachkommen können.

Welche Informationen bereitgestellt werden müssen, ergeben sich laut Art. 102 Abs. 1 S. 1 EKEK aus Art. 5 und Art. 6 der Verbraucherschutzrichtlinie³⁹⁶ und zusätzlich aus Annex VIII des EKEK. Für OTT-Kommunikationsdienste dürfte aus der Verbraucherschutzrichtlinie in der Regel Art. 6 relevant sein, der sich auf Fernabsatzgeschäfte und Verträge, die außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen werden, bezieht – das gilt erneut mit Blick auf die aktuellen Geschäftsmodelle der OTT-Kommunikationsdienste als ausschließlich digitale Dienste. Diese Norm wurde in Deutschland in den §§ 312 ff. BGB umgesetzt.

³⁹⁶ Richtlinie 2011/83/EU.

Interessanterweise ist ihr Anwendungsbereich auf entgeltliche Verträge beschränkt, so dass die meisten OTT-Kommunikationsdienste mit ihren Null-Preis-Angeboten den Informationspflichten bisher nicht nachkommen mussten.³⁹⁷ Art. 102 EKEK nimmt diese Einschränkung nicht vor. In seinem Verweis auf die Verbraucherschutzrichtlinie wählt der Gesetzgeber außerdem die Formulierung „Informationen, die in Art. 5 und 6 der Richtlinie 2011/83/EU aufgeführt werden“ und nicht etwa „Informationen, die von Art. 5 und 6 gefordert werden“ oder ähnliche Formulierungen. Dies spricht schon vom Wortlaut des Art. 102 EKEK ausgehend dafür, dass die Informationspflichten unabhängig vom Anwendungsbereich der Verbraucherschutzrichtlinie erfüllt werden müssen.³⁹⁸ Auch aus Erwägungsgrund 258 des EKEK folgt ausdrücklich, dass sich aus dem EKEK Informationspflichten ergeben können, die mit den Pflichten aus der Verbraucherschutzrichtlinie gleichlautend sind. Das ist ein deutlicher Hinweis darauf, dass der europäische Gesetzgeber Art. 102 EKEK als eigenständigen Rechtsgrund für die Informationspflichten und damit als Rechtsfolgenverweis ansieht.³⁹⁹ Von geringer bis keiner Bedeutung für OTT-Kommunikationsdienste sind allerdings die Informationen aus Art. 6 der Verbraucherschutzrichtlinie, die sich auf den Preis der Leistung und etwaige andere Kosten beziehen. Diese Informationspflichten betreffen die jeweiligen Dienste nicht im Sinne der in Art. 102 Abs. 1 S. 1 EKEK formulierten Einschränkung und müssen folglich auch nach dem EKEK nicht erfüllt werden.

Neben den in Art. 6 der Verbraucherschutzrichtlinie genannten folgen weitere bereitzustellende Informationen aus dem Annex VIII des EKEK. Dabei ergibt sich aus der Formulierung der einzelnen Absätze des Annex', dass die hier genannten Informationen teils als Ergänzungen der Informationen nach Art. 5 und 6 der Verbraucherschutzrichtlinie zu verstehen sind – dann ist jeweils die Formulierung „als Teil der ...“ vorangestellt. Teils stellen sie auch eigenständige Informationserfordernisse dar. Der Annex teilt sich in zwei Abschnitte, die sich an jeweils unterschiedlichen Anbieterkreise wenden: Abschnitt A richtet sich an öffentlich zugängliche elektronische Kommunikationsdienste, die nicht Übertragungsdienste für die Erbringung von Maschine-zu-Maschine-Diensten sind.

³⁹⁷ Vgl. Begr. RegE BT-Drs. 17/12637, S. 45; *Schirnbacher*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, BGB § 312, Rn. 30; a. A. *Czajkowski/Müller-ter Jung*, CR 2018, S. 157 (160 f.); *Martens*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BGB, § 312, Rn. 10.

³⁹⁸ A. A. *Kiparski*, CR 2019, S. 179 (184 f.).

³⁹⁹ *Kiparski*, CR 2019, S. 179 (184 f.) geht dagegen von einem Rechtsgrundverweis aus.

Abschnitt B spaltet sich in drei weitere Absätze auf, deren Anwendungsbereich jeweils enger wird: Absatz I erfasst Anbieter von Internetzugangsdiensten und öffentlich zugänglichen interpersonellen Kommunikationsdiensten. Damit fallen nicht-öffentliche interpersonelle Kommunikationsdienste sowie reine Signalübertragungsdienste nicht in den Anwendungsbereich. Ein Dienst ist dann öffentlich zugänglich, wenn er der Allgemeinheit und nicht bloß einem beschränkten Nutzerkreis angeboten wird, wenn also potentiell jedermann Kunde werden kann.⁴⁰⁰ Das trifft auf die derzeit vorherrschenden OTT-Kommunikationsdienste zu. Absatz I ist folglich auf sie anwendbar. Absatz II erfasst nur noch nummerngebundene öffentlich zugängliche Kommunikationsdienste und Absatz III nur Internetzugangsdienste. Beide Absätze sind daher für OTT-Kommunikationsdienste nicht relevant.

Absatz (1) des Abschnitts A beschäftigt sich zunächst mit dem Mindestniveau der Dienstqualität als Teil der Information über die wesentlichen Eigenschaften bzw. Hauptmerkmale des Dienstes. Soweit der Dienstanbieter eine solche Minimalqualität vorsieht, muss er darüber informieren. OTT-Kommunikationsdienste können jedoch nur Einfluss auf die Übertragungsqualität ihrer Dienste nehmen, wenn sie vorher einen entsprechenden Vertrag mit den Netzbetreibern geschlossen haben. Denn sie betreiben definitionsgemäß keine eigene Übertragungstechnologie. Dementsprechend wird für sie in der Regel lediglich Absatz 1 Satz 2 relevant sein, der einen Hinweis darauf verlangt, dass keine minimale Dienstqualität angeboten wird. Auch Absatz (2) wird für OTT-Kommunikationsdienste selten eine Rolle spielen. Er verlangt als Teil der Information über Preise Informationen über Aktivierungs- und wiederkehrende bzw. verbrauchsabhängige Kosten. Im Rahmen der derzeit vorherrschenden unentgeltlichen Geschäftsmodelle kann ein OTT-Kommunikationsdienst solche Informationen nicht liefern. Absatz (3) ergänzt die Informationen, die ein elektronischer Kommunikationsdienst über die Laufzeit des Vertrags und die Bedingungen für eine Erneuerung oder Kündigung des Vertrags bereitstellen muss. Die vier hier genannten Punkte beziehen sich jedoch ausschließlich auf anfallende Kosten oder die Mindestnutzungsdauer um in den Genuss von Werbeaktionen zu kommen – sie sind also nicht auf die aktuellen OTT-Kommunikationsdienste zuge-

⁴⁰⁰ Vgl. zum insoweit gleichlautenden Begriff nach der alten Rechtslage: *Schütz*, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, TKG § 3 Rn. 59 und TKG § 6, Rn. 45 f.; *Ricke*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, TKG § 3, Rn. 33.

schnitten. Absatz (4) verlangt Informationen über ggf. bestehende Entschädigungs- oder Erstattungsregelungen, einschließlich eines ausdrücklichen Hinweises auf Verbraucherrechte, soweit diese bestehen, wenn die vereinbarte Dienstqualität nicht erreicht wird oder – und das ist anders als die erste Variante auch für OTT-Kommunikationsdienste relevant – wenn der Anbieter unzureichend auf einen Sicherheitsvorfall, eine Sicherheitsbedrohung oder eine Sicherheitsanfälligkeit reagiert. In Anknüpfung an das Thema der Sicherheitsvorfälle verlangt Absatz 5, dass der Anbieter über die Arten von Schritten aufklärt, die unternommen werden können, wenn auf einen Sicherheitsvorfall, eine Sicherheitsbedrohung oder eine Sicherheitslücke reagiert werden muss.

Abschnitt B ergänzt Abschnitt A in einem zweiten Schritt mit konkreteren Informationspflichten. Der für OTT-Kommunikationsdienste relevante Absatz I teilt sich dazu in 6 Unterabsätze auf. Unterabsatz (1) ergänzt die Informationspflichten zu den wesentlichen Merkmalen des Dienstes im Hinblick auf Abschnitt A noch weiter. Der Gesetzgeber greift hier genau den oben angesprochenen Fall heraus, in dem der OTT-Kommunikationsanbieter doch einmal eine – z.B. vertragliche – Kontrolle über zumindest einen Teil des Netzes ausübt. In diesem Fall muss der Anbieter die Frist bis zum erstmaligen Anschluss, die Ausfallwahrscheinlichkeit und die Verzögerungen bei der Rufsignalisierung nennen. Außerdem muss der Anbieter den Endnutzer über Bedingungen bei etwaiger Nutzung von durch ihn zur Verfügung gestellten Endgeräten informieren. Dieser Punkt könnte in Zukunft auch für OTT-Kommunikationsdienste relevant werden, wenn diese zum Beispiel Partnerschaften mit den Herstellern von Endgeräten eingehen und deren Produkte dann ihren Endnutzern zur Verfügung stellen. Unterabsatz (2) ergänzt dagegen die Informationspflichten zu den Preisen und spielt daher für OTT-Kommunikationsdienste nur eine untergeordnete Rolle. Unterabsatz (3) greift sich die Kündigungsbedingungen für gebündelte Verträge heraus. Unterabsatz (4) verlangt Informationen darüber welche personenbezogenen Daten vor oder bei der Bereitstellung des Dienstes zu erfassen sind. OTT-Kommunikationsdienste müssen also im Vorfeld darüber informieren, ob zum Beispiel Klarname, Anschrift und, wie derzeit bei vielen Diensten üblich, die Mobilfunknummer erhoben werden. Unterabsatz (5) bezieht sich auf Angebote, die auf Endnutzer mit Behinderungen zugeschnitten sind. Zu Letzt verlangt Unterabsatz (6), dass der Anbieter über die Mittel zur Einleitung eines Streitbeilegungsverfahrens im Sinne des Art. 25 EKEK unterrichtet.

Das alles bedeutet, dass die Anbieter typischer, also nullpreisiger und ungebündelter, OTT-Kommunikationsdienste Verbraucher zukünftig aufklären müssen über:

- (1) Die wesentlichen Eigenschaften der Dienstleistung, inklusive des Fehlens einer garantierten minimalen Dienstqualität. Übt der OTT-Kommunikationsanbieter ausnahmsweise eine vertragliche Kontrolle über zumindest einen Teil des Netzwerks aus, außerdem noch die Frist bis zum erstmaligen Anschluss, die Ausfallwahrscheinlichkeit und die Verzögerungen bei der Rufsignalisierung.
- (2) Die Identität des anbietenden Unternehmens.
- (3) Anschrift und ggf. andere Kontaktmöglichkeiten zum Anbieter.
- (4) Das Bestehen und die Bedingungen eines Widerrufsrechts – wobei die meisten OTT-Kommunikationsdienste derzeit ohne Frist jederzeit gekündigt werden können, so dass ein Widerrufsrecht relativ gehaltlos ist.
- (5) Die Laufzeit des Vertrages oder die Bedingungen der Kündigung unbestimmter oder sich automatisch verlängernder Verträge.
- (6) Ggf. die Mindestdauer der Verpflichtungen, die der Verbraucher mit Abschluss des Vertrags eingeht.
- (7) Verbraucherrechte bei einer unzureichenden Reaktion des Anbieters auf Sicherheitsvorfälle.
- (8) Die Schritte, die in Reaktion auf einen Sicherheits- oder Integritätsvorfall, eine Bedrohung durch oder eine Anfälligkeit für solche Vorfälle unternommen werden können.
- (9) Welche personenbezogenen Daten vor oder bei der Bereitstellung des Dienstes erfasst werden.
- (10) Welche Mittel zur Einleitung eines Streitbeilegungsverfahrens zur Verfügung stehen.

Zusätzlich zu den ausführlichen Informationspflichten aus Art. 102 Abs. 1 EKEK sollen die Anbieter von öffentlich zugänglichen Kommunikationsdiensten, die nicht ausschließlich in Signalübertragung für Maschine-zu-Maschine-Kommunikation bestehen, gemäß Abs. 3 Verbrauchern klare und leicht lesbare Vertragszusammenfassungen bereitstellen. Auch öffentlich zugängliche OTT-Kommunikationsdienste werden dem künftig nachkommen müssen. Diese Zusammenfassung müssen den Verbrauchern kostenlos und vor Vertragsschluss oder wenigstens ohne ungebührliche Verzögerung zur Verfügung gestellt werden. Im

Fall der verzögerten Bereitstellung der Zusammenfassung soll gemäß Abs. 3 S. 7 die Wirksamkeit des Vertrags sogar bis zur Bestätigung der Zusammenfassung durch den Verbraucher schweben. Mit dem Begriff „Zusammenfassung“ ist gemeint, dass mindestens die Hauptmerkmale des Vertrags dargelegt werden müssen. Welche das sind ergibt sich aus Abs. 3 S. 3. Nach Satz 4 soll bis Ende 2019 aber ein Muster für die Vertragszusammenfassung von der Europäischen Kommission erstellt werden, das die Anbieter dann verwenden müssen.

Sowohl die Informationen nach Art. 102 Abs. 1 EKEK als auch die Informationen aus der Vertragszusammenfassung nach Abs. 3 werden gemäß Abs. 4 zum integralen Vertragsbestandteil, es sei denn, die Parteien einigen sich ausdrücklich darauf, dass davon abgewichen werden kann. Vermutlich wird eine solche Einigung aber in der Regel in Form einer allgemeinen Geschäftsbedingung vorliegen.

Die Regelung aus Art. 102 Abs. 5 EKEK scheint im Rahmen der vertraglichen Informationspflichten allerdings falsch verortet, da es nicht um Informationen geht, die bei Vertragsschluss bereitgestellt werden müssen: Anbieter von Internetzugangsdiensten und öffentlich zugänglichen interpersonellen Kommunikationsdiensten, die nach Zeit oder Datenvolumen abgerechnet werden, müssen Verbrauchern Überwachungsmöglichkeiten für die Nutzung der Dienste bereitstellen. Außerdem müssen die Verbraucher zeitnah an Informationen zum Nutzungsumfang der Dienste gelangen können. Darüber hinaus muss es Warnhinweise geben, bevor eine Nutzungsbergrenze erreicht bzw. ein Dienst aufgebraucht ist. Da typische OTT-Kommunikationsdienste weder nach Zeit noch nach Datenvolumen abgerechnet werden, wird diese Norm im OTT-Sektor voraussichtlich eine untergeordnete Rolle spielen.

Mit Art. 102 EKEK wählt der europäische Gesetzgeber ein äußerst verschachteltes Informationskonzept. Insbesondere die Anforderungen nach Absatz 1 vollständig zu erfüllen, der eine andere Richtlinie heranzieht und diese mittels eines Annex' ergänzt, dürfte die Kommunikationsdiensteanbieter vor Herausforderungen stellen. Die OTT-Kommunikationsanbieter haben dank der Einschränkung, dass sie nur Informationen bereitstellen müssen, die ihre Dienste auch betreffen, eine geringere Belastung als klassische TK-Dienste zu erwarten. Dennoch kommen nun Informationspflichten auf sie zu, die sie bisher nicht im gleichen Umfang zu tragen hatten. Spannend wird es auch sein zu beobachten, ob die Europäische Kommission ein handhabbares Muster für die Vertragszusammen-

fassungen nach Art. 102 Abs. 3 EKEK erarbeiten kann. Das Konzept dieser Zusammenfassungen ist für den Kommunikationssektor komplett neu.

v. Transparenz- und Veröffentlichungspflichten

Neben den Informationspflichten, denen Kommunikationsdiensteanbieter bei dem Abschluss eines Verbrauchervertrags nachkommen müssen, sieht der EKEK in Art. 103 und 104 noch weitere Veröffentlichungspflichten im Dienst der Allgemeinheit vor, die gegebenenfalls auch OTT-Kommunikationsdienste betreffen können.

Art. 103 EKEK gliedert sich in drei Themenkomplexe auf: Absatz 1 verlangt von Internetzugangsdiensten und öffentlich zugänglichen interpersonellen Kommunikationsdiensten die AGBs verwenden, dass sie bestimmte in Anhang IX genannte Informationen veröffentlichen, soweit diese Informationen nicht von der zuständigen Aufsichtsbehörde veröffentlicht werden. Die Veröffentlichung muss in klarer, umfassender und maschinenlesbarer Form geschehen. Die im Anhang genannten umfassen dabei viele der auch nach Art. 102 EKEK beim Vertragsschluss bereitzustellenden Informationen. Sie müssen also nicht nur bei, sondern schon vor Vertragsschluss zur Verfügung stehen, sobald der Anbieter AGBs verwendet. Da sich Art. 103 Abs. 1 EKEK nicht etwa nur auf nummerngebundene Dienste erstreckt, werden auch OTT-Kommunikationsdienste erfasst, sobald sie sich an die Allgemeinheit richten und AGBs verwenden, was typischerweise der Fall ist.⁴⁰¹ Der zweite Themenkomplex von Art. 103 EKEK beschäftigt sich mit dem Aufbau von unabhängigen Vergleichsinstrumenten. Damit sind beispielsweise Online-Vergleichsportale gemeint. Für OTT-Kommunikationsdienste relevant ist vor allem das Dritten gemäß Art. 103 Abs. 3 S. 3 EKEK eingeräumte Recht, von ihnen veröffentlichte Informationen kostenlos zu nutzen, um solche Vergleichsinstrumente bereitzustellen. Möglicherweise werden so auch Vergleichsportale für OTT-Kommunikationsdienste entstehen. Anders als für Internetzugangsdienste und öffentlich zugängliche nummerngebundene interpersonelle Kommunikationsdienste, überlässt Art. 103 Abs. 2 EKEK es nach seinem Wortlaut allerdings den zuständigen Behörden, ob sie auch ein Vergleichsinstrument für nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste und damit die meisten OTT-Kommunikationsdienste, sicherstellen wollen. Als dritten Themenkomplex statuiert Art. 103 Abs. 4 EKEK eine Verbrei-

⁴⁰¹ So auch *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 166.

tungspflicht für bestimmte Informationen im Interesse der Allgemeinheit. Die Veröffentlichungspflicht betrifft jedoch nur Anbieter von Internetzugangsdiensten und öffentlich zugänglichen nummergebundenen interpersonellen Kommunikationsdiensten. Damit dürfte diese Norm für OTT-Kommunikationsdienste zukünftig kaum eine Relevanz entwickeln.

Eine weitere Veröffentlichungspflicht, die auch OTT-Kommunikationsdienste betreffen könnte, ergibt sich aus Art. 104 Abs. 1 EKEK. Die Pflicht richtet sich auch hier gegen Internetzugangsanbieter und alle öffentlich zugänglichen interpersonellen Kommunikationsdienste, also auch die typischen OTT-Kommunikationsdienste.⁴⁰² Zunächst muss jedoch die nationale Regulierungsbehörde die Veröffentlichung der jeweiligen Information verlangen. Art. 104 EKEK bezieht sich vor allem auf die Qualität des Dienstes, so dass der europäische Gesetzgeber konsequent einschränkt, dass zumindest ein Teil der Netzinfrastruktur physisch oder vertraglich kontrolliert werden muss. Das trifft auf die typischen OTT-Kommunikationsdienste nicht zu. Daneben kann die Regulierungsbehörde auch Informationen über Maßnahmen verlangen, die ein Dienstanbieter zur Sicherstellung des gleichwertigen Zugangs von Menschen mit Behinderungen ergriffen hat. Außerdem können Anbieter öffentlich zugänglicher interpersoneller Kommunikationsdienste dazu verpflichtet werden, Verbraucher darüber zu unterrichten, ob die Qualität des Dienstes von externen Faktoren abhängt. Beides hat eine deutlich höhere Relevanz für den OTT-Sektor.

vi. Vertragslaufzeit und Kündigung

In der Neufassung im EKEK spielen Regeln zur Vertragslaufzeit und Kündigung wie auch schon in der Universaldienstrichtlinie eine Rolle, haben aber im Vergleich zu den Informations- und Transparenzpflichten an Boden verloren. Zentrale Norm ist Art. 105 EKEK. Der europäische Gesetzgeber legt insbesondere eine maximale Höchstdauer für Verträge fest, Abs. 1, und räumt Endnutzern ein besonderes Kündigungsrecht bei sich automatisch verlängernden Verträgen, Abs. 3, sowie bei der Änderung von Vertragsbedingungen, Abs. 4, ein. In allen Fällen nimmt der europäische Gesetzgeber jedoch nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste, also die meisten OTT-Kommunikationsdienste, aus.⁴⁰³ In der Praxis dürfte das eine eher geringe Relevanz haben, da

⁴⁰² So auch *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 166.

⁴⁰³ So auch *Kiparski*, CR 2019, S. 179 (185); *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 166.

die Kündigung von Verträgen mit OTT-Kommunikationsdiensten in den meisten Fällen völlig unproblematisch ist. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass sich das in Zukunft ändert und das unterschiedliche Schutzniveau für Endnutzer könnte sich dann schmerzhaft bemerkbar machen.

Unklar ist allerdings, wie Art. 105 Abs. 1 S. 1 EKEK zu verstehen ist: Dort heißt es, dass die Mitgliedsstaaten sicherstellen sollen, dass „die Bedingungen und Verfahren für die Vertragskündigung nicht davon abschrecken, einen Anbieterwechsel vorzunehmen“. Erst im zweiten Halbsatz tauchen dann die Internetzugangsanbieter und nicht nummernunabhängigen Kommunikationsdienste im Zusammenhang mit der Höchstdauer von Verbraucherverträgen auf. Der Wortlaut der Norm ließe sich also so verstehen, dass das Abschreckungsverbot des ersten Halbsatzes sich an die Verträge aller Kommunikationsdienste richtet. Versteht man die Norm auf diese Weise, würden auch nummernunabhängige OTT-Kommunikationsdienste nicht vom Anbieterwechsel abschrecken dürfen. Wie bereits dargelegt, stellen aktuell die Kündigung und der Anbieterwechsel bei OTT-Kommunikationsdiensten kein praxisrelevantes Problem dar. Es wäre aber durchaus vorstellbar, dass sich das in Zukunft ändern wird. Für ein weites Verständnis spricht neben dem Wortlaut auch der Sinn und Zweck der Norm: Ziel des Abschnittes ist der Schutz der Verbraucher. Ein möglichst umfassender Schutz erreicht man über eine weite Auslegung des Anwendungsbereichs der Norm. Betrachtet man die Norm jedoch aus systematischen Gesichtspunkten so wird deutlich, dass der europäische Gesetzgeber sowohl in den folgenden Absätzen als auch in den anderen Normen des Abschnitts stets darauf achtet, dass genau deutlich wird, auf welche Arten von Diensten sich die Norm bezieht. Auch bei einem weiten Anwendungsbereich bezeichnet die Norm die Adressaten der Norm ausdrücklich. Dieser Gesichtspunkt spricht dafür, dass es sich um einen Formulierungsfehler handelt und auch der erste Halbsatz von Art. 105 Abs. 1 EKEK sich nur auf Verträge mit Internetzugangsdiensten und nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten bezieht. Die Norm ist dann überhaupt nicht auf typische OTT-Kommunikationsdienste anwendbar.

vii. Rechte beim Anbieterwechsel

Im Vorfeld des Gesetzgebungsverfahrens zum EKEK bzw. in Deutschland vor allem in Reaktion auf das GMail-Urteil des VG Köln war immer wieder über ein mögliches Äquivalent zur Rufnummernmitnahme für OTT-Kommunikations-

dienste diskutiert worden.⁴⁰⁴ Zwar vergeben typische OTT-Kommunikationsdienste gerade keine Rufnummern aus dem nationalen Nummernplan, aber sie legen umfassende Nutzerprofile an. Teilweise wurde gefordert, dass man diese Nutzerprofile beim Anbieterwechsel mitnehmen können sollte.⁴⁰⁵ Regeln dazu haben es jedoch nicht in den EKEK geschafft. Art. 106 EKEK, der die Rechte beim Anbieterwechsel und die Rufnummernmitnahme zum Gegenstand hat, bezieht sich ausschließlich auf Internetzugangsdienste und auf Anbieter, die Rufnummern aus dem nationalen Nummernplan vergeben.

viii. Angebotspakete

Der europäische Gesetzgeber hat mit Art. 107 EKEK eine Norm geschaffen, die einige der strengen Verbraucherschutzvorschriften dieses Kapitels auch auf gebündelte Angebote anwendet, die einen Internetzugangsdienst oder einen nummerngebundenen interpersonellen Kommunikationsdienst zumindest als Teil haben. Diese Regelung erstreckt sich nicht auf nicht nummerngebundene Kommunikationsdienste, es sei denn, sie werden zusammen mit einem Internetzugangsdienst oder einem nummerngebundenen interpersonellen Kommunikationsdienst angeboten.⁴⁰⁶ So bleibt das Schutzniveau für Verbraucher bei Angebotspaketen, die keine anderen als OTT-Kommunikationsdienste beinhalten, niedriger als bei herkömmlichen Telekommunikationsdiensten.⁴⁰⁷

ix. Notrufverpflichtung und Pflicht zur Verbreitung öffentlicher Warnungen

In der Diskussion um die Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten war auch Augenmerk auf die Frage gelegt worden, ob OTT-Kommunikationsdienste der Notrufverpflichtung unterworfen werden sollten.⁴⁰⁸ Der europäische Gesetzgeber beantwortet das negativ: Die Notrufverpflichtung aus Art. 109 EKEK bezieht sich gemäß Abs. 2 ausschließlich auf öffentlich zugängliche nummerngebundene interpersonelle Kommunikationsdienste und damit nicht auf typische OTT-Kommunikationsdienste.

⁴⁰⁴ Vgl. nur *Graef*, Telecommunications Policy 39, Nr. 6, S. 502; *Brown*, CLSR 30, S. 357 (364); *WAR*, Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten, S. 10.

⁴⁰⁵ Van *Gorp/Batura*, Econ Study, S. 33; *Kühling* in: *Körper/Kühling*, Regulierung – Wettbewerb – Innovation, S. 176 f.

⁴⁰⁶ So auch *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 166 f.

⁴⁰⁷ So auch *Kiparski*, CR 2019, S. 179 (186).

⁴⁰⁸ Vgl. nur *Brown*, CLSR 30, S. 357 (366 f.); *Shortall*, ENLR 2, 2016, S. 118 (126 f.); *WAR*, Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten, S. 21.

Anders sieht es bei der Pflicht zur Verbreitung von Meldungen eines öffentlichen Warnsystems aus: Art. 110 Abs. 1 EKEK verpflichtet die Mitgliedsstaaten zwar nur, dass sie mobile nummergebundene interpersonelle Kommunikationsdienste für die Verbreitung von Warnungen heranziehen müssen. Abs. 2 erlaubt es ihnen jedoch auch, andere als die vorgenannten Dienste heranzuziehen, solange die Effektivität des Warnsystems nicht darunter leidet. Das bedeutet, dass auch OTT-Kommunikationsdienste in die Pflicht genommen werden können, wenn ihre Verbreitung groß genug ist, sich das jedoch von Mitgliedsstaat zu Mitgliedsstaat unterscheiden wird.

x. Schutz von Menschen mit Behinderungen

In dem Kapitel über die Endnutzerrechte bemüht sich der europäische Gesetzgeber durchweg darum, Menschen mit Behinderungen besonderen Schutz zu gewähren. So müssen die Kommunikationsdiensteanbieter z.B. über ihre Maßnahmen zur Unterstützung von Menschen mit Behinderungen informieren (s.o.). Zentrale Norm ist außerdem Art. 111 EKEK, der sicherstellen möchte, dass ein gleichwertiger Zugang zu Kommunikationsdiensten für Menschen mit Behinderungen besteht. Hierzu sollen die zuständigen Behörden Anforderungen festlegen können, die von allen Anbietern öffentlich zugänglicher Kommunikationsdienste – also auch OTT-Kommunikationsdiensten – erfüllt werden müssen. Wie diese Anforderungen genau aussehen werden, bleibt abzuwarten.

xi. Auskunftsdienste und Teilnehmerverzeichnisse

Der EKEK sieht in Art. 112 eine Pflicht für Kommunikationsdienste vor, relevante Informationen zum Zweck der Bereitstellung von öffentlich zugänglichen Auskunftsdiensten und Teilnehmerverzeichnissen auf Antrag herauszugeben. Dabei hatte der europäische Gesetzgeber offenbar vor allem klassische Telefonbücher vor Augen, da er den Anwendungsbereich der Norm auf nummergebundene interpersonelle Kommunikationsdienste beschränkt hat. Verzeichnisse für Nutzer von OTT-Diensten werden damit – sollte überhaupt Nachfrage nach so etwas bestehen – ausschließlich auf freiwilliger Basis entstehen können.

xii. Zusätzliche Dienstmerkmale

Gemäß Art. 115 EKEK kann den Anbietern von Internetzugangsdiensten und nummernabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten von den Regulierungsbehörden auferlegt werden, bestimmte zusätzliche Dienstmerkmale kostenlos bereitzustellen. Dabei handelt es sich gemäß Anhang VI vor allem um

Instrumente für Verbraucher, um die Kosten der Dienstnutzung zu überblicken und besser kontrollieren zu können. Beispiele sind die Möglichkeit einen Einzelverbindungs nachweis zu erhalten und selektive Sperren einzurichten. Typische OTT-Kommunikationsdienste trifft diese Pflicht nicht. Da sie in der Regel unentgeltlich angeboten werden, hätten die zusätzlichen Dienstmerkmale in der Praxis auch keine große Relevanz für sie. Sollte sich das in Zukunft ändern, könnte jedoch auch hier ein Gefälle zwischen den Verbraucherschutzniveaus verschiedener Dienste entstehen.

xiii. Konsequenzen für die OTT-Kommunikationsdienste

Auf OTT-Kommunikationsdienste werden zukünftig Verbraucherschutzplichten zukommen, die sie bisher nicht zu tragen hatten. Wie dargestellt war bisher umstritten, ob das TKG auf sie Anwendung findet (dazu IV. 1.), so dass jedenfalls in der Praxis die telekommunikationsrechtlichen Verbraucherschutzregeln der §§ 43a ff. TKG nicht einschlägig waren. Doch auch die allgemeinen Informationspflichten bei Fernabsatzverträgen waren – zumindest nach der Umsetzung der Verbraucherschutzrichtlinie im BGB – nicht auf typische OTT-Kommunikationsdienste anwendbar: Sie gelten nicht für unentgeltliche Dienste. Es blieben also nur die Regelungen des TMG: Die allgemeine Informationspflicht nach § 5 TMG, auch als „Impressumpflicht“ bekannt.⁴⁰⁹ Über die Anforderungen des § 5 TMG gehen die Pflichten des Abschnitts zu den Endnutzrechten deutlich hinaus. Insbesondere die ausdifferenzierten – um nicht zu sagen komplizierten – Informationspflichten des Art. 102 EKEK, aber auch das Diskriminierungsverbot nach Art. 99 EKEK dürften für die OTT-Kommunikationsdienste eine Belastungssteigerung und für die Verbraucher einen Anstieg des Schutzniveaus bedeuten. Dennoch wird auch hier das abgestufte Regulierungskonzept des EKEK deutlich: Viele der Pflichten richten sich nicht an nummernunabhängige interpersonelle Dienste. Darüber hinaus bedeutet die Unentgeltlichkeit der OTT-Kommunikationsdienste, dass einige der Informationspflichten nicht zu ihnen passen und deshalb gemäß Art. 102 Abs. 1 EKEK keine Anwendung auf sie finden. Das alles führt dazu, dass die herkömmlichen Telekommunikationsdienste auch unter der neuen Rechtslage einer deutlich höheren Belastung ausgesetzt sind, als ihre

⁴⁰⁹ Vgl. zur Anwendbarkeit auch auf Null-Preis-Dienste *Spindler* in: Spindler/Schmitz, Telemediengesetz, § 5 Rn. 9 f.; *Müller-Broich*, Telemediengesetz, § 5 Rn. 2.

OTT-Konkurrenten. Zum Teil ist das darauf zurück zu führen, dass viele Verbraucherschutzvorschriften weiterhin auf entgeltliche Dienste zugeschnitten sind.

(3) Zusammenfassung und Einordnung

Mit dem EKEK kommen gewichtige Änderungen auf die OTT-Kommunikationsdienste zu: Ganz zentral ist die Neufassung des Begriffs des elektronischen Kommunikationsdienstes, der nun ganz klar auch OTT-Kommunikationsdienste erfasst. Der Streit um die Signalübertragung ist damit obsolet geworden und wurde vom europäischen Gesetzgeber für ein funktionales Verständnis der elektronischen Kommunikation entschieden. An diesen neuen Begriff knüpft der europäische Gesetzgeber nun ein abgestuftes Regulierungskonzept, das an Internetzugangsdienste und nummergebundene interpersonelle Kommunikationsdienste strengere Anforderungen stellt, als an nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste. So können nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdiensten nicht den Regeln der Allgemeingenehmigung unterworfen werden, viele Endnutzerschutzvorschriften gelten nicht für sie und sie können nur in einem krassen Ausnahmefall zur Interoperabilität verpflichtet werden. Damit konnten sich die Stimmen, die eine völlige Gleichbehandlung von OTT-Kommunikationsdiensten und herkömmlichen Telekommunikationsdiensten gefordert hatten, nicht durchsetzen. Stattdessen hat die sektorspezifische Regulierung des EKEK für herkömmliche Telekommunikationsdienste weiterhin ein deutlich höheres Gewicht. Auch den Forderungen von Verbraucherschützern ist der europäische Gesetzgeber nur bedingt nachkommen. Das alles ändert jedoch nichts daran, dass OTT-Kommunikationsdienste nun Pflichten zu tragen haben, die sie vorher, als sie faktisch nur der Richtlinie für den elektronischen Geschäftsverkehr⁴¹⁰ unterfielen, nicht betrafen. Dabei dürften Marktregulierungsmaßnahmen eher eine theoretische Gefahr für die OTT-Kommunikationsdienste darstellen, doch die Regeln zur Sicherheit und Integrität sowie die Informationspflichten aus dem Abschnitt über die Endnutzerrechte werden einen Mehraufwand für sie bedeuten.

⁴¹⁰ Dazu *Fetzer*, ZEW Discussion Paper 16-057, S. 6; *Allouet/Le Franc/Marques/Rossi*, *Digiworld Economic Journal*, Nr. 93, 1. Q. 2014, S. 99 (99 f.); *Peitz/Schweitzer/Valetti*, CERRE Study 2014, S. 40.

b) E-Privacy-Verordnung

Wenn Nutzer ihre Kommunikation über die Dienste Dritter abwickeln, setzen sie sich einer besonderen Gefahrenlage aus: Es fallen nicht nur eine große Vielfalt von personenbezogenen Daten an, sondern auch der Inhalt der Kommunikation selbst gerät in die Sphäre des Diensteanbieters und kann zu Einblicken in die Privat- und Intimsphäre des Nutzers missbraucht werden. Diese Erkenntnis ist nicht neu: Schon die Weimarer Reichsverfassung aus dem Jahr 1919 garantierte den Bürgern in ihrem Art. 117 das Fernsprechgeheimnis.⁴¹¹ Und auch im Grundgesetz (Art. 10 GG) und in der europäischen Grundrechtecharta (Art. 7) werden die Bürger bei der Kommunikation über Dienste Dritter geschützt (dazu schon II. 5. und 6.). Dementsprechend ist es eine Aufgabe des Regulierungsregimes für elektronische Kommunikation, den Schutz der Nutzer in dieser Gefahrenlage sicherzustellen. Aktuell regelt das die E-Privacy-Richtlinie, die in Deutschland in den §§ 88 ff. TKG umgesetzt wurde.⁴¹² Die E-Privacy-Richtlinie wird jedoch nicht auf OTT-Kommunikationsdienste angewandt. Sie unterfallen bisher lediglich den weniger strengen Datenschutzerfordernissen aus der DSGVO und in Deutschland zusätzlich noch dem TMG.⁴¹³ Dies ist im Vorfeld der Diskussionen um die Neufassung der sektorspezifischen Regulierung für elektronische Kommunikation als zentraler Kritikpunkt angemahnt worden.⁴¹⁴ Die Europäische Kommission hat längst einen Vorschlag für eine neue E-Privacy-Verordnung in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht, dessen Umsetzung allerdings auf sich warten lässt.⁴¹⁵ Wie sich aus der Begründung des Vorschlags ergibt⁴¹⁶, sieht die Kommission Handlungsbedarf einerseits aufgrund der DSGVO, die das europäische Datenschutzregime überarbeitet hat, andererseits gerade auch wegen des Erstarkens der OTT-Kommunikationsdienste als Alternative zu den herkömmlichen Telekommunikationsdiensten. Aus Sicht der OTT-Kommunikationsdienste könnte die E-Privacy-Verordnung daher neue Pflichten von einigem Gewicht bedeuten. Im Folgenden möchte ich die für OTT-Kommu-

⁴¹¹ Text der WRV vom 11. August 1919, RGBl. 1919, S. 1383.

⁴¹² *Braun*, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, § 91 Rn. 4; Präambel zum TKG, Bl. I S. 1190.

⁴¹³ Vgl. Darstellung bei *WAR*, Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten, S. 15 ff.

⁴¹⁴ Statt vieler: *WAR*, Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten, S. 13 ff.; *Fetzer*, ZEW Discussion Paper 16-057, S. 30 f.; *Brown*, CLSR 30, S. 357 (369).

⁴¹⁵ Vgl. EU Verfahren 2017/0003/COD.

⁴¹⁶ Vorschlag der Kommission v. 10.1.2017, COM (2017), 10 final, S. 2.

nikationsdienste relevanten Normen daher darstellen und auf ihre Anwendbarkeit und Relevanz für OTT-Kommunikationsdienste hin untersuchen.

(1) Anwendungsbereich

Damit die E-Privacy-Verordnung überhaupt Bedeutung für die OTT-Kommunikationsdienste entwickeln kann, muss sie auf diese anwendbar sein. Ihre Anwendbarkeit richtet sich nach Art. 2 E-Privacy-VO-E für den sachlichen und nach Art. 3 E-Privacy-VO-E für den räumlichen Anwendungsbereich.

Sachlich soll die E-Privacy-Verordnung damit für die Verarbeitung elektronischer Kommunikationsdaten gelten, die im Zusammenhang mit der Bereitstellung und Nutzung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste erfolgt. Dass es sich um öffentlich zugängliche Dienste handeln muss, ergibt sich negativ formuliert aus Art. 2 Abs. 2 lit. c E-Privacy-VO-E. Entscheidend für die OTT-Kommunikationsdienste ist daher, was unter einem elektronischen Kommunikationsdienst im Sinne der Norm zu verstehen ist. Für diesen Begriff regelt Art. 4 Abs. 1 lit. b E-Privacy-VO-E, dass die Legaldefinition des EKEK – dort Art. 2 Nr. 4 – gelten soll. Wie oben unter IV. 2. a) (1) diskutiert, unterfallen OTT-Kommunikationsdienste als in der Regel nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste dieser Begriffsbestimmung. Die E-Privacy-Verordnung soll sogar noch weitergehen als der EKEK und gemäß Art. 4 Abs. 2 E-Privacy-VO-E auch Dienste umfassen, die lediglich eine untrennbar mit einem anderen Diensten verbundene Nebenfunktion darstellen. Damit nimmt der Entwurf der E-Privacy-Verordnung die Ausnahme des Art. 2 Nr. 5 S. 2 EKEK wieder zurück und hat – jedenfalls in dieser Hinsicht – einen weiteren Anwendungsbereich.⁴¹⁷ Typische OTT-Kommunikationsdienste stehen auch einem potentiell unbegrenzten Nutzerkreis offen und sind damit öffentlich zugänglich. Die weiteren Ausnahmen des Art. 2 Abs. 2 E-Privacy-VO-E sind für OTT-Kommunikationsdienste nicht relevant. Folglich werden typische OTT-Kommunikationsdienste – ganz dem Ziel der Europäischen Kommission entsprechend – vom sachlichen Anwendungsbereich des Entwurfs der E-Privacy-Richtlinie erfasst.⁴¹⁸

⁴¹⁷ Kritisch, da Anwendungsbereich nicht weitgehend genug sei, jedoch *Engeler/Felber*, ZD 2017, S. 251 (254).

⁴¹⁸ Vgl. auch Art. 29-Datenschutzgruppe, WP 247, Opinion 01/2017, Rn. 9; a.A. jedoch von einem falschen Verständnis der Definition im EKEK ausgehend: *Maier/Schaller*, ZD 2017, S. 373.

Interessant ist auch der räumliche Anwendungsbereich der Verordnung, da derzeit die ganz überwiegende Zahl der OTT-Kommunikationsdienste nicht aus der EU stammt.⁴¹⁹ Nach Art. 3 Abs. 1 E-Privacy-VO-E kommt es nicht darauf an, ob die jeweiligen Dienstanbieter ihren Sitz in der Europäischen Union haben, sondern vielmehr, ob sie ihre Dienste (auch) europäischen Nutzern bereitstellen. Zu klären bleibt also, was unter dem Begriff „bereitstellen“ zu verstehen ist. Dazu macht Art. 3 Abs. 1 a) E-Privacy-VO-E zunächst deutlich, dass es nicht darauf ankommt, ob von den Endnutzern eine Bezahlung verlangt wird. Mit diesem Zusatz nimmt die Europäische Kommission augenscheinlich gerade die Null-Preis-Angebote der typischen OTT-Kommunikationsdienste in den Blick. Dennoch enthält der Begriff „bereitstellen“ schon im Wortlaut eine gewisse Zielgerichtetheit. Wenn es nur darauf ankäme, dass europäische Nutzer den Dienst irgendwie erreichen können, würde quasi jeder über das Internet erbrachte Dienst in den Anwendungsbereich der Norm fallen. Stattdessen muss – wie auch bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs der DSGVO⁴²⁰ – über Kriterien wie der Sprache des Angebots und gegebenenfalls der AGBs bestimmt werden, ob ein Dienst auch europäischen Nutzern bereitgestellt wird. Zumindest für die großen OTT-Kommunikationsanbieter ist diese Voraussetzung aber ohne weiteres erfüllt: Sie leiten Internetnutzer auf ihren Websites automatisch auf die jeweilige Landessprache und machen damit deutlich, dass sie auch auf den jeweiligen Markt zielen.

In der Konsequenz bedeutet das, dass die künftige E-Privacy-Verordnung typische OTT-Kommunikationsdienste erfassen wird.

(2) Vertraulichkeit elektronischer Kommunikation

Eine der ganz zentralen Normen der E-Privacy-Verordnung und gleichzeitig eine Regel, die bisher nicht auf OTT-Kommunikationsdienste angewendet wurde, ist Art. 5 E-Privacy-VO-E. Er besagt in Satz 1: Elektronische Kommunikationsdaten sind vertraulich. Unter elektronischen Kommunikationsdaten sind gemäß Art. 4 Abs. 3 a) – c) E-Privacy-VO-E sowohl elektronische Kommunikationsinhalte als auch elektronische Kommunikationsmetadaten wie z.B. Uhrzeit und Dauer des Kommunikationsvorgangs zu verstehen. Damit spiegelt diese Norm den Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses nach den Art. 10 GG, Art. 7 GRCh und des

⁴¹⁹ Bemerkenswerte Ausnahme war – vor der Übernahme durch die Microsoft Corporation – Skype.

⁴²⁰ Vgl. Erwägungsgrund 23 DSGVO.

Rechts auf informationelle Selbstbestimmung nach den Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 8 GRCh wieder. Sie kommt damit – wie auch aus Erwägungsgrund 1 deutlich wird – dem Schutzauftrag nach, den die Grundrechte an den Gesetzgeber richten. In Satz 2 formuliert Art. 5 E-Privacy-VO-E ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt: Grundsätzlich sind Eingriffe in die Kommunikationsdaten – damit ist jede Form des Abfangens und Überwachens gemeint – durch andere Personen als die Endnutzer untersagt, es sei denn es gibt einen ausdrücklichen Erlaubnistatbestand in der E-Privacy-Verordnung.

Dieses Gebot der Vertraulichkeit der elektronischen Kommunikation würde das Schutzniveau für die Endnutzer von OTT-Kommunikationsdiensten auf eine neue Stufe stellen. Nach der aktuellen Rechtslage gelten für Kommunikationsdaten, die bei OTT-Kommunikation anfallen, nur die allgemeinen Regeln der DSGVO, die z.B. die Inhalte der Kommunikation nicht von anderen personenbezogenen Daten trennt. Insbesondere sind Standortdaten, die bei Kommunikationsdiensten anfallen können und besondere Einblicke in das Leben der Nutzer ermöglichen nicht erfasst.⁴²¹ An dieser Stelle würden OTT-Kommunikationsdienste herkömmlichen Telekommunikationsdiensten, für die das Fernmeldegeheimnis bereits über die E-Privacy-Richtlinie gilt⁴²², also gleichgestellt.

(3) Verarbeitung von Kommunikationsdaten

Wie üblich bei einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt⁴²³, enthält der Entwurf der E-Privacy-Verordnung mit Art. 6 E-Privacy-VO-E auch einen Erlaubnistatbestand für die Verarbeitung von Kommunikationsdaten. Art. 7 E-Privacy-VO-E beschäftigt sich mit der Frage, was mit den Daten nach der Verarbeitung geschehen soll. In Art. 8 E-Privacy-VO-E finden sich besondere Regelungen zu Informationen auf den Endgeräten der Nutzer und in Art. 9 E-Privacy-VO-E geht es um die Besonderheiten bei der Einwilligung von Nutzern bei elektronischen Kommunikationsvorgängen.

⁴²¹ Zur Bedeutung *Scherer/Feiler/Heinickel/Lutz*, Digitaler Kodex, S. 45.

⁴²² Vgl. Art. 5 Abs. 1 E-Privacy-RL.

⁴²³ Vgl. nur *Ingold*, in: Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung, Art. 7 Rn. 8; *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner, DSGVO BDSG, DSGVO Art. 6 Rn. 11.

(a) Erlaubnis für die Verarbeitung von Kommunikationsdaten

Art. 6 des E-Privacy-Verordnungsentwurfs formuliert zunächst einen allgemeinen Erlaubnistatbestand für alle Kommunikationsdaten in Abs. 1, bevor die Norm dann in Abs. 2 und 3 jeweils eine spezielle Regelung für Kommunikationsmetadaten und Kommunikationsinhalte trifft. Abs. 1 richtet sich dabei sowohl an elektronische Kommunikationsnetzte, wie auch an elektronische Kommunikationsdienste, während die folgenden Erlaubnistatbestände sich nur noch an elektronische Kommunikationsdienste wenden.

Abs. 1 erlaubt es den Betreibern elektronischer Kommunikationsnetze und –dienste Kommunikationsdaten zu verarbeiten, soweit und solange dies entweder zur Durchführung des Kommunikationsvorgangs oder aus Sicherheits- und Fehlerbeseitigungsgründen notwendig ist. Um überhaupt eine Kommunikationsverbindung aufzubauen, ist schon die Verarbeitung bestimmter Kommunikationsdaten – z.B. der Identität der Endnutzer oder ggf. die Zwischenspeicherung des Inhalts einer Nachricht – notwendig. Ohne diesen allgemeinen Erlaubnistatbestand wäre daher das Bereitstellen eines elektronischen Kommunikationsdienstes nach Art. 5 E-Privacy-VO-E verboten. Da es sich um eine Ausnahme vom Grundsatz der Vertraulichkeit von Kommunikationsdaten handelt und der Schutz der Kommunikationsdaten gerade Ziel der E-Privacy-Verordnung ist, wie sich aus Art. 1 Abs. 1 E-Privacy-VO-E ergibt, muss die Norm eng ausgelegt werden: Die Zweckbindung ist streng zu verstehen, das heißt ohne die Datenverarbeitung darf der Kommunikationsvorgang gar nicht möglich sein bzw. es muss zwingende Gründe der Sicherheit und der Fehlerbekämpfung geben, die eine Datenverarbeitung erfordern. Und auch die Dauer der Verarbeitung richtet sich an diesem Zweck aus. Gerade die Daten, die verarbeitet werden, um den Kommunikationsvorgang zu ermöglichen, werden nach Abschluss des Kommunikationsvorgangs nicht mehr gebraucht. Eine weitere Verarbeitung dieser Daten kann daher nicht auf Art. 6 Abs. 1 E-Privacy-VO-E gestützt werden.⁴²⁴ Auch für die Anbieter von OTT-Kommunikationsdiensten ist dieser Erlaubnistatbestand entscheidend, um weiter am Kommunikationsmarkt teilnehmen zu können.

⁴²⁴ Die Auslegung der entsprechenden Formulierung nach alter Rechtslage war jedoch unklar: Vgl. nur BGH ZD 2013, 614.

Einen über den Grundsatz nach Abs. 1 hinausreichenden Erlaubnistatbestand für Kommunikationsmetadaten stellt Art. 6 Abs. 2 E-Privacy-VO-E auf. Eine Verarbeitung kann aus einem von drei Gründen erlaubt sein: Erstens, wenn die Verarbeitung zur Einhaltung verbindlicher Dienstqualitätsanforderungen nach europäischem Recht notwendig ist. Da OTT-Kommunikationsdienste üblicherweise keine Kontrolle über die Netzinfrastruktur ausüben und damit auch keine Kontrolle über die Dienstqualität haben (können), wird dieser Erlaubnisgrund keine Rolle für sie spielen. Zweitens, wenn die Verarbeitung notwendig ist, um Rechnungen aufzustellen, Zusammenschaltungsentgelte zu berechnen oder um betrügerische oder missbräuchliche Nutzungen zu bekämpfen. Während typische OTT-Kommunikationsdienste keine Entgelte verlangen und daher weder Rechnungen aufstellen noch Zusammenschaltungsentgelte berechnen, kann die Missbrauchsbekämpfung ein bedeutsamer Datenverarbeitungsgrund für sie sein. Auch OTT-Kommunikationsdienste können zu Lasten von Anbieter und anderen Nutzern missbraucht werden. Wenn der Bedeutungszuwachs der OTT-Kommunikationsdienste sich fortsetzt, dürfte missbräuchliches Verhalten eher zu- als abnehmen. Zuletzt kann die Verarbeitung von Kommunikationsmetadaten auch durch die Einwilligung des Endnutzers rechtfertigt werden. Die Einwilligung kann einen oder mehrere Datenverarbeitungszwecke umfassen, aber diese Zwecke dürfen nicht auch mit anonymisierten Daten erreicht werden können. Dieser Erlaubnistatbestand dürfte in Zukunft eine große Bedeutung für typische OTT-Kommunikationsdienste entfalten, da deren Geschäftsmodell großes Gewicht auf die Ansammlung und Auswertung von Nutzerdaten legt (dazu schon I. 4.). Es wird allerdings genau zu prüfen sein, ob nicht eine Verarbeitung anonymisierter Daten ausreicht, da sie ihren wirtschaftlichen Wert vor allem über die massenhafte Aggregation erlangen. OTT-Kommunikationsdienste werden ihr Geschäftsmodell jedenfalls fortführen können, auch wenn der E-Privacy-Verordnungsentwurf umgesetzt werden sollte. Sie werden aber die Einwilligung ihrer Nutzer nach den besonderen Voraussetzungen der E-Privacy-Verordnung einholen müssen, wenn sie mit nicht anonymisierten Daten arbeiten wollen.

Strenge Anforderung stellt Art. 6 Abs. 3 E-Privacy-VO-E an die Verarbeitung von Kommunikationsinhalten: Einerseits kann eine solche Verarbeitung über die Einwilligung des Endnutzers rechtfertigt werden. Aber nur, wenn die Inhalte für einen Dienst verarbeitet werden, der nicht ohne sie erbracht werden könnte.

Laut Erwägungsgrund 17 schweben der europäischen Kommission hier zum Beispiel Dienste vor, die den Inhalt von Nachrichten noch während des Kommunikationsvorgangs beispielsweise auf Spam untersuchen und gegebenenfalls abblocken. Andererseits kann die Verarbeitung von Kommunikationsinhalten auch für andere Zwecke über die Einwilligung aller betroffenen Endnutzer rechtfertigt werden, soweit diese Zwecke nicht auch mit anonymisierten Daten erreicht werden könnten und wenn der jeweilige Betreiber dazu die Aufsichtsbehörde kontaktiert hat. In der Praxis dürfte der erste dieser beiden Erlaubnistatbestände eine größere Rolle für OTT-Kommunikationsdienste spielen: Bereits jetzt sind etwa bei Webemailediensten Spamfilter üblich, die auf Grundlage einer Einwilligung des Endnutzers erlaubt bleiben.⁴²⁵

Die grundlegenden Dienste der OTT-Kommunikationsanbieter sind jedoch nicht auf Kommunikationsinhaltsdaten angewiesen und können auch ohne sie erbracht werden. Anders als bei Art. 6 Abs. 2 E-Privacy-VO-E wird also bei Kommunikationsinhalten sehr selten Raum für eine Verarbeitung durch OTT-Kommunikationsanbieter auf Grundlage des ersten Erlaubnistatbestands des Abs. 3 bestehen. Mit Blick auf den zweiten Erlaubnistatbestand wurden in der Vergangenheit immer wieder Vorwürfe gegen große Anbieter laut, sie würden auch Kommunikationsinhalte verarbeiten und auswerten.⁴²⁶ Solche Praktiken könnten auch nach dem zweiten Erlaubnistatbestand des Art. 6 Abs. 3 E-Privacy-VO-E nicht ohne Einwilligung der Endnutzer und auch nicht ohne Rücksprache mit den Aufsichtsbehörden durchgeführt werden. Gerade das Konsultationserfordernis dürfte aufgrund des Aufwands viele OTT-Kommunikationsdienste vor der Auswertung von Kommunikationsinhalten abschrecken.

Weiterer Auslegung bedarf jedoch noch die Formulierung von Art. 6 Abs. 3 E-Privacy-VO-E, die besagt, dass elektronische Kommunikationsdienste Kommunikationsinhalte nur unter den Voraussetzungen dieses Absatzes verarbeiten dürfen. Das scheint sich in Widerspruch zu Abs. 1 der gleichen Norm zu setzen, die Erlaubnistatbestände für alle Kommunikationsdaten – also auch Inhaltsdaten – aufstellt. Denn der Wortlaut könnte so verstanden werden, dass Kommunikati-

⁴²⁵ Dazu *Hoeren*, NJW 2004, S. 3513 (315 f.); *Conrad*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, § 33 Rn. 338.

⁴²⁶ Vgl. für Facebook: *Frier*, Facebook Scans the Photos and Links You Send on Messenger, Bloomberg 2018; *Becker*, Facebook kann WhatsApp-Chats einsehen – trotz Ende-zu-Ende-Verschlüsselung, heise online 2018.

onsdienste Inhaltsdaten nur nach Abs. 3 und damit gerade nicht nach Abs. 1 verarbeiten dürfen. Allerdings verrät Art. 7 Abs. 1 E-Privacy-VO-E im Umkehrschluss, dass die Europäische Kommission in Art. 6 Abs. 1 E-Privacy-VO-E einen Erlaubnistatbestand für die Verarbeitung von Kommunikationsinhalten sieht, da sie im Fall von Art. 6 Abs. 1 b) E-Privacy-VO-E nicht zu löschen sind. Aus den Erwägungsgründen 16 bis 19, welche die Regelungen des Art. 6 E-Privacy-VO-E erläutern, geht auch nicht hervor, dass etwa nur elektronische Kommunikationsnetzbetreiber, Inhaltsdaten nach Abs. 1 verarbeiten dürfen, während elektronische Kommunikationsdienste sich nach Abs. 3 richten müssten. Aus Erwägungsgrund 16 lässt sich allerdings ableiten, dass die europäische Kommission die in Art. 6 Abs. 1 E-Privacy-VO-E genannten Fälle nicht als von der Zielrichtung des grundrechtlichen Schutzgebotes für Kommunikationsdaten erfasst sieht, während in allen anderen Fällen, in denen es um Datenverarbeitung aus wirtschaftlichen Gründen geht, die Anforderungen höher zu stellen sind. Damit ist Art. 6 E-Privacy-VO-E systematisch und teleologisch so zu verstehen, dass Art. 6 Abs. 3 E-Privacy-VO-E unabhängig von Abs. 1 zu lesen ist und eine Verarbeitung von Kommunikationsinhalten nach Abs. 1 nicht verbieten soll. Vielmehr sollen nur Verarbeitungsvorgänge von Inhaltsdaten, die nicht bereits auf Abs. 1 gestützt werden können, an Abs. 3 zu messen sein.

(b) Speicherung und Löschung von Kommunikationsdaten

Art. 7 E-Privacy-VO-E stellt den Grundsatz auf, dass Kommunikationsdaten zu löschen oder zu anonymisieren sind, sobald der Empfänger die Inhalte erhalten hat bzw. die Metadaten nicht mehr für den Kommunikationsvorgang benötigt werden. Dieser Grundsatz ist die Kehrseite zu der in Art. 6 Abs. 1 E-Privacy-VO-E getroffenen Regelung, dass Kommunikationsdaten nur für die jeweils erforderliche Dauer verarbeitet werden dürfen. Art. 7 E-Privacy-VO-E weist ausdrücklich darauf hin, dass sich aus Art. 6 E-Privacy-VO-E die Erlaubnis ergeben kann, Kommunikationsdaten abweichend vom Grundsatz für einen längeren Zeitraum aufzubewahren. Gesondert greift sich Art. 7 Abs. 3 E-Privacy-VO-E den Fall heraus, dass Kommunikationsmetadaten gemäß Art. 6 Abs. 2 b) E-Privacy-VO-E zu Abrechnungszwecken gespeichert werden und koppelt eine Frist an das nationale Recht zu Rechnung und Anspruch auf Zahlung. Art. 7 E-Privacy-VO-E gilt unterschiedslos für herkömmliche und OTT-Kommunikationsdienste.

Beachtenswert ist außerdem die Ausnahme in Art. 7 Abs. 1 S. 2 E-Privacy-VO-E: Die Speicherung der Kommunikationsinhalte soll durch den Endnutzer oder

durch dazu beauftragte Dritte nach den Anforderungen der Datenschutzgrundverordnung erlaubt sein. Interessant ist dieser Zusatz deshalb, weil sie so verstanden werden kann, dass Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste nicht erfasst sein sollen – im Verhältnis zwischen Anbieter und Endnutzer seines Dienstes kann der Anbieter im Wortsinn nicht Dritter sein. Die Erwägungsgründe schweigen zu diesem Umstand. Das würde bedeuten, dass der Anbieter des elektronischen Kommunikationsdienstes sich nach Art. 6 Abs. 3 a) oder b) E-Privacy-VO-E richten müsste, was neben der Einwilligung auch erfordern würde, dass ein bestimmter Dienst bereitgestellt wird, der nicht anders erbracht werden kann. Nach der DSGVO wäre dagegen die Einwilligung des Betroffenen ausreichend. Es erscheint mir allerdings nicht ersichtlich, dass die Gefahrenlage für die Privatsphäre des Endnutzers, die von der Speicherung zugestellter Nachrichten ausgeht, sich zwischen Anbietern von elektronischen Kommunikationsdiensten und anderen Anbietern unterscheiden würde. Art. 7 Abs. 1 S. 2 E-Privacy-VO-E muss daher so ausgelegt werden, dass mit „Dritter“ einfach ein Anbieter gemeint ist, der nicht der Endnutzer ist. Relevant ist diese Ausnahme auch für OTT-Kommunikationsdienste: Es ist nicht unüblich, dass Kommunikationsinhalte – z.B. Emails oder Kurznachrichten – auch nach dem Abruf durch den Endnutzer, also nach Zustellung, zum erneuten Zugriff auf einem Server des Anbieters gespeichert bleiben. Künftig müssen diese Anbieter vom Endnutzer explizit mit der Speicherung beauftragt werden.

(c) Schutz der Informationen auf Endeinrichtungen

Laut Erwägungsgrund 20 erfordern die im Zusammenhang mit den Endgeräten der Nutzer anfallenden Daten einen besonderen Schutz: Informationen aus Endgeräten erlauben besondere Einblicke in die Persönlichkeit des Nutzers. Damit besteht auch ein grundrechtlicher Schutzauftrag aus Art. 7 GRC an den europäischen Gesetzgeber.⁴²⁷ Das deckt sich mit der Zielrichtung des Grundrechts auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, das in Deutschland vom BVerfG entwickelt wurde.⁴²⁸ Um diesem Schutzauftrag gerecht zu werden, enthält der E-Privacy-Verordnungsvorschlag mit Art. 8 eine spezifische Regelung. Sie nimmt zwei unterschiedliche Arten von Informationen in den Blick: Abs. 1 erfasst die Speicherung von Daten auf den Endgeräten und die Erhebung von Informationen von den Endgeräten durch Dritte, Abs. 2

⁴²⁷ Vgl. Erwägungsgrund 20 des E-Privacy-Verordnungsentwurfs.

⁴²⁸ Vgl. BVerfGE 120, 274; ähnlich wie hier *Hanloser*, ZD 2018, S. 213 (217).

beschäftigt sich mit der Verarbeitung von durch Endgeräte ausgesendeten Informationen, die zur Verbindung mit anderen Geräten dienen.

Die beiden Verhaltensweisen, die unter Abs. 1 fallen, sind nur erlaubt, wenn einer von vier Gründen einschlägig ist: Sie können erstens notwendig sein, um einen Kommunikationsvorgang über ein elektronisches Kommunikationsnetz durchzuführen – dieser Grund spiegelt quasi Art. 6 Abs. 1 des Entwurfs. Zweitens kann der Endnutzer seine Einwilligung erteilen. Sie können drittens für die Bereitstellung eines vom Nutzer gewünschten Dienstes der Informationsgesellschaft im Sinne der E-Commerce-RL nötig sein. Und viertens können die Verhaltensweisen rechtfertigt werden, wenn sie für die Messung von Webpublikum notwendig sind, sofern der Betreiber des vom Endnutzer gewünschten Dienstes sie selbst durchführt. Beide von Abs. 1 erfasste Verhaltensweisen sind für OTT-Kommunikationsdienste relevant: Die Speicherung von Daten auf den Endgeräten der Nutzer ist im Internet in Form sogenannter Cookies gang und gäbe. Bei Cookies handelt es sich um kleine Dateien, die über den Webbrowser des Nutzers auf dessen Endgerät gespeichert werden und eine Vielzahl von Funktionen – von dem Speichern von nutzerseitigen Einstellungen bis hin zur Zuordnung zu bestimmten Gruppen für gezielte Werbung – innehaben können.⁴²⁹ Webgestützte OTT-Kommunikationsdienste, wie z.B. Web-Emaildienste, haben ebenfalls ein Interesse daran, derartige Cookies auf den Endgeräten ihrer Nutzer speichern zu können. Diese Speicherung wird aber bei OTT-Kommunikation in den seltensten Fällen für die Durchführung des Kommunikationsvorgangs notwendig sein.⁴³⁰ Höchstens wäre das bei den kaum noch verbreiteten reinen P2P-Übertragungsmodellen vorstellbar (dazu I. 2. b) (1)), in deren Rahmen die Geräte der Endnutzer direkt miteinander kommunizieren. Stattdessen wird in der Regel eine Einwilligung des Nutzers erforderlich sein.⁴³¹

Auch Informationen vom Endgerät des Endnutzers sind für typische OTT-Kommunikationsdienste von großem Interesse, da ihr Geschäftsmodell auf die Ansammlung großer Datenmengen ausgerichtet ist. Informationen, die wie die Daten von den Endgeräten, besonders tiefe Einblicke in die Persönlichkeit der End-

⁴²⁹ *Hanloser*, ZD 2018, S. 213 (213 f.); *Conrad/Hausen* in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, § 36 Rn. 95.

⁴³⁰ Kritisch zum Begriff der „Notwendigkeit“, da zu unbestimmt: *Engeler/Felber*, ZD 2017, S. 251 (255).

⁴³¹ Kritisch zum Einwilligungsvorbehalt iRv. Art. 8: *Hanloser*, ZD 2018, S. 213 (218).

nutzer erlauben, sind auch besonders interessant für die Auswertung. Ebenso wie bei der Speicherung von Daten auf dem Endgerät werden diese Informationen jedoch kaum Relevanz für die Durchführung des Kommunikationsvorgangs haben. Ausnahmen könnten Informationen über bestimmte technische Spezifikationen des Endgeräts sein, die z.B. unterschiedliche Dateiformate erfordern und die während der Anbahnung des Kommunikationsvorgangs automatisch abgerufen werden könnten. Auch hier werden die OTT-Kommunikationsdienste aber in der Regel die Einwilligung ihrer Nutzer einholen müssen. Die beiden anderen Erlaubnistatbestände des Art. 8 Abs. 1 E-Privacy-VO-E sind dagegen mehr auf Dienste der Informationsgesellschaft bzw. Websites zugeschnitten und werden für eigentliche Kommunikationsdienste nur untergeordnete Relevanz haben.

Die Nutzungsmöglichkeiten von Informationen, die vom Endgerät ausgesendet werden, um sich mit anderen Geräten und Netzanlagen zu verbinden, sind vielfältig, wie Erwägungsgrund 20 zeigt. Art. 8 Abs. 2 E-Privacy-VO-E enthält dazu Regelungen. Allerdings zeichnen OTT-Kommunikationsdienste sich gerade dadurch aus, dass sie keine physische Infrastruktur betreiben. Ihr Vorteil ist gerade, dass sie nicht überall dort sein müssen, wo ihre Nutzer sind. Es ist deshalb Stand jetzt nur schwer vorstellbar, dass OTT-Kommunikationsanbieter beispielsweise Geräte im öffentlichen Raum aufstellen, mit denen sie die Verbindungsinformationen der vorbeikommenden Nutzer erheben. Die Regelungen des Art. 8 Abs. 2 E-Privacy-VO-E zur Erhebung von gesendeten Informationen werden daher für sie eine untergeordnete Rolle spielen und eher in anderen Zusammenhängen zur Anwendung kommen.

(d) Einwilligung

Mehrere Erlaubnistatbestände im E-Privacy-Verordnungsentwurf für die Verarbeitung von Kommunikationsdaten fordern die Einwilligung des Nutzers. Hierzu modifiziert Art. 9 des Entwurfs die Regelungen aus der DSGVO:

In Abs. 1 verweist er zunächst auf die Begriffsbestimmung aus Art. 4 Nr. 11 DSGVO und auf die Voraussetzungen aus Art. 7 DSGVO. Das heißt, dass auch im Rahmen des E-Privacy-Verordnungsentwurf der Begriff der Einwilligung zu verstehen ist, als

„jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung

oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist“.⁴³²

Art. 7 DSGVO spezifiziert diese Definition mittels mehrerer Bedingungen: Der Verantwortliche – hier der elektronische Kommunikationsdiensteanbieter – muss die Einwilligung nachweisen können. Erfolgt die Einwilligung durch eine schriftliche Erklärung, die auch noch andere Sachverhalte betrifft, muss das Ersuchen um diese Einwilligung klar von den anderen Sachverhalten zu unterscheiden sein, in dem es in verständlicher Form und klarer leicht verständlicher Sprache erfolgt. Diese Bedingung dürfte für typische OTT-Kommunikationsdienste, die in der Regel ausschließlich elektronischen Kontakt mit ihren Nutzern haben, irrelevant sein. Die betroffene Person hat das Recht, die Einwilligung jederzeit für die Zukunft zu widerrufen und muss über dieses Recht informiert werden. Dieser Widerruf darf nicht schwieriger als die Erteilung der Einwilligung sein. Außerdem muss bei der Beurteilung der Freiwilligkeit der Einwilligung besonders berücksichtigt werden, ob die Erfüllung eines Vertrags an die Einwilligung in eine Datenverarbeitung geknüpft wird, die nichts mit dem Vertrag zu tun hat. Diese letzte Bedingung ist allerdings sogar der Regelfall, in dem der E-Privacy-Verordnungsentwurf eine Einwilligung fordert – vgl. Art. 6 Abs. 2 und 3 E-Privacy-VO-E – so dass diese Bedingung für OTT-Kommunikationsdienste wohl ebenfalls eine untergeordnete Rolle spielen wird.

Art. 9 Abs. 2 E-Privacy-VO-E ergänzt diese Grundsätze für eine Einwilligung nach Art. 8 Abs. 1 b) E-Privacy-VO-E, das heißt, wenn es um Speicherung von Daten auf und der Erhebung von Informationen von einem Endgerät geht. Hier soll es möglich sein, dass die Einwilligung generell über technische Einstellung der Software, die den Zugang zum Internet ermöglicht – sprich dem Webbrowser – erteilt wird. Diese Möglichkeit kann das Verfahren für webgestützte OTT-Kommunikationsdienste wesentlich vereinfachen, während sie für applikationsgestützte OTT-Kommunikationsdienste keine Relevanz entfalten wird.

Für Einwilligungen in die Verarbeitung von Kommunikationsmetadaten nach Art. 6 Abs. 2 c) E-Privacy-VO-E und in die Verarbeitung Kommunikationsinhalten nach Art. 6 Abs. 3 a) und b) E-Privacy-VO-E modifiziert Art. 9 Abs. 3 E-Privacy-VO-E das Widerrufsrecht, dass sich aus Art. 7 Abs. 3 DSGVO ergibt. Die Nutzer

⁴³² Art. 4 Nr. 11 DSGVO.

müssen nicht nur einmal über das Widerrufsrecht informiert werden, sondern regelmäßig alle 6 Monate, solange die Verarbeitung andauert. Das wird für typische OTT-Kommunikationsdienste bedeuten, dass sie, vermutlich mittels eines automatisierten Verfahrens, ihre Nutzer jeweils an einem Stichtag über das Widerrufsrecht informieren müssen. Die Anbieter von OTT-Kurznachrichtendiensten könnten beispielsweise eine Nachricht über ihren Dienst direkt an den Nutzer senden, wie es jetzt schon in anderen Zusammenhängen – z.B. nach Softwareupdates – gängig ist. Jedenfalls kommen hier spürbare Mehrbelastungen auf OTT-Kommunikationsanbieter zu.

(4) Privacy by Design

Unter dem Schlagwort „Privacy by Design“ versteht man den Grundsatz, dass Softwareentwickler bei ihren Produkten den Datenschutz von vornherein mitbedenken sollen.⁴³³ Das heißt beispielsweise, dass die jeweilige Software möglichst datensparsam arbeiten und wenn es verschiedene Einstellungsmöglichkeiten gibt, die datenschutzstärkste Variante voreingestellt sein sollte. In diese Kerbe schlägt auch Art. 10 des E-Privacy-Verordnungsentwurfs: Er stellt bestimmte Anforderungen an Software, die elektronische Kommunikation, inklusive des Abrufens und Darstellens von Informationen aus dem Internet, ermöglicht. Wenn solche Software in den Verkehr gebracht wird, muss sie es gemäß Art. 10 Abs. 1 E-Privacy-VO-E dem Nutzer erlauben zu verhindern, dass Dritte Daten auf dem jeweiligen Endgerät speichern oder Daten, die bereits darauf gespeichert sind, verarbeiten. Ergänzt wird diese Anforderung gemäß Art. 10 Abs. 2 E-Privacy-VO-E durch die Pflicht, den Nutzer bei der Installation der Software auf diese Einstellungsmöglichkeit hinzuweisen und den Installationsvorgang zu unterbrechen, bis der Nutzer sich für eine Einstellung entschieden hat.

Aus Erwägungsgrund 22 ergibt sich, dass die Europäische Kommission hier vor allen Webbrowser als Gatekeeper des Internetzugangs vor Augen hatte. Aus Sicht der OTT-Kommunikationsdienste stellt sich aber die Frage, ob Art. 10 Abs. 1 E-Privacy-VO-E auch Software erfasst, die zwar Kommunikation, jedoch nicht das Abrufen und Darstellen von Informationen aus dem Internet ermöglicht. Der Wortlaut der Norm ist aus meiner Sicht nicht ganz eindeutig: Die Formulierung „darunter auch“ könnte so zu verstehen sein, dass Kommunikations-

⁴³³ Zum Begriff *Hansen*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, DSGVO Art. 25 Rn. 5 ff.; *Conrad*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, § 33 Rn. 217 ff.

dienste, die das Abrufen und Darstellen von Informationen aus dem Internet ermöglichen, nur eine von mehreren Kommunikationsarten sind, die von der Norm erfasst werden. Bei diesem Verständnis müssten auch applikationsgestützte OTT-Kommunikationsdienste ihren Nutzern die Möglichkeit bieten, das Speichern und Verarbeiten von Daten auf den Endgeräten zu verbieten. Der Wortlaut lässt sich aber auch so auslegen, dass Software zwar das Abrufen und Darstellen von Informationen aus dem Internet ermöglichen, aber nicht auf diese Anwendung beschränkt sein muss. In diesem Fall wären klassische Webbrowser und beispielsweise in ein umfassendes Programm integrierte Internetzugangsoftware einbezogen, nicht jedoch Software, die ausschließlich interpersonelle Kommunikation ermöglicht. Für die zweite Auslegungsvariante spricht Erwägungsgrund 22, der deutlich macht, dass es darum geht, den Nutzer vor einer übermäßigen Vielzahl von Einwilligungsanfragen zu schützen. Diese Prämisse hat jedoch nur Relevanz, wenn der Nutzer über die Software auch auf eine Vielzahl von Angeboten zuzugreifen. In Erwägungsgrund 22 erläutert die Europäische Kommission, dass auch andere Anwendungen als Webbrowser die Möglichkeit bieten können, Informationen aus dem Internet abzurufen und darzustellen. Diese anderen Anwendungen sind also mit der Formulierung von Art. 10 Abs. 1 E-Privacy-VO-E gemeint. Das ergibt auch aus systematischer Sicht Sinn, denn um Datenspeicherung und –verarbeitung auf einem Endgerät durch einen einzelnen Anbieter kümmert sich bereits Art. 8 des Entwurfs. Art. 10 Abs. 1 E-Privacy-VO-E muss also so verstanden werden, dass die betroffene Software wenigstens auch Darstellung und Abruf von fremden Informationen aus dem Internet ermöglicht. Das kann auch bei OTT-Kommunikationsdiensten der Fall sein, z.B. wenn von Nutzern versendete Links noch in der Software des Dienstes und ohne Hilfe eines Webbrowsers geöffnet werden können.⁴³⁴ In solchen Fällen müssen auch OTT-Kommunikationsanbieter für ihre Applikationen den Anforderungen des Art. 10 E-Privacy-VO-E nachkommen.⁴³⁵ Für die meisten OTT-Kommunikationsdienste, die sich auf interpersonelle Kommunikation beschränken und daher nur ihre eigenen Informationen aus dem Internet abrufen, wird diese Norm jedoch keine Relevanz entfalten.

⁴³⁴ Twitter geht z.B. auf diese Weise vor.

⁴³⁵ So auch *Engeler/Felber*, ZD 2017, S. 251 (256).

(5) Endnutzerrechte

Als Spiegelbild zu den Pflichten, die elektronische Kommunikationsanbieter nach diesem Verordnungsentwurf zu erfüllen haben, kommen den Endnutzern auch Rechte zu, mit deren Hilfe sie ihre elektronische Kommunikation kontrollieren können. Dies ist Gegenstand des Kapitels III, also der Art. 12 ff. E-Privacy-VO-E; Art. 15 E-Privacy-VO-E ist dabei für die Betreiber öffentlicher Verzeichnisse, nicht jedoch für die Anbieter interpersoneller Kommunikationsdienste relevant und soll hier deshalb außen vor bleiben.

(a) Anzeige und Unterdrückung von Rufnummern

Viele Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste bieten die Anzeige der Rufnummern von eingehenden Anrufen an. Dies ist auch nach Art. 107 EKEK erlaubt. Art. 12 Abs. 1 des E-Privacy-Verordnungsentwurfs knüpft allerdings weitere Rechte der Endnutzer an dieses Angebot: In vier näher bestimmten Fällen können anrufende und angerufene Endnutzer die Anzeige der eigenen oder fremden Rufnummern unterdrücken lassen und angerufene Endnutzer können Anrufe automatisch abweisen lassen, wenn diese mit unterdrückter Rufnummer erfolgen. Art. 13 E-Privacy-VO-E stellt Ausnahmen dazu auf. Diese Rechte bestehen nur gegenüber öffentlich zugänglichen nummerngebundenen interpersonellen Kommunikationsdiensten. Das erscheint logisch, da bei nicht nummerngebundenen Diensten gar keine Rufnummer existiert, die angezeigt oder unterdrückt werden könnte. Die Norm beschränkt sich auch auf Rufnummern und erfasst nicht etwa Profilnamen oder ähnliches. Für typische OTT-Kommunikationsanbieter wird diese Norm daher keine Bedeutung haben.

(b) Sperrung eingehender Anrufe

Art. 14 des E-Privacy-Verordnungsentwurfs verpflichtet die Anbieter öffentlich zugänglicher nummerngebundener interpersoneller Kommunikationsdienste dazu, technische Maßnahmen zu ergreifen, um unerwünschte Anrufe zu beschränken. Damit einher gehen Rechte des Endnutzers, bestimmte Anrufe zu sperren und von Dritten veranlasste automatische Anrufweiterrichtungen auf das Endgerät des Nutzers zu blockieren. Auch diese Rechte und Pflichten richten sich jedoch nicht an nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste und damit die typischen OTT-Kommunikationsdienste. Anders als bei der Rufnummernunterdrückung ist dies aber keine zwingende Folge des Fehlens von Rufnummern. Auch bei OTT-Kommunikationsdiensten kann es uner-

wünschte Anrufe geben und es wäre auch technisch möglich bestimmte Anrufe durch Voreinstellungen zu sperren.

(c) Ungebetene Kommunikation

Ausgangspunkt von Art. 16 des E-Privacy-Verordnungsentwurfs ist der in Abs. 1 aufgestellte Grundsatz, dass Direktwerbung über elektronische Kommunikationsdienste an natürliche Personen (nur) mit Einwilligung dieser Endnutzer erlaubt ist. Direktwerbung wird in Art. 4 Abs. 3 f) E-Privacy-VO-E legaldefiniert als

„jede Art der Werbung in schriftlicher oder mündlicher Form, die an einen oder mehrere bestimmte oder bestimmbare Endnutzer elektronischer Kommunikationsdienste gerichtet wird“.

Die folgenden Absätze spezifizieren diesen Grundsatz: Abs. 2 erleichtert Unternehmen die Direktwerbung, wenn sie bereits Emailkontakt mit dem Endnutzer hatten. Abs. 3 stellt besondere Anforderungen für Werbeanrufe auf. Abs. 4 erlaubt es den Mitgliedsstaaten bei nicht automatisierter Direktwerbung vom Einwilligungsvorbehalt auf eine grundsätzliche Erlaubnis mit Widerspruchsvorbehalt umzustellen. Abs. 5 verlangt von den Mitgliedsstaaten, dass sie ein gewisses Schutzniveau für die Endnutzer sicherstellen. Und Abs. 6 stellt bestimmte Informationspflichten für den Direktwerbenden auf. Für OTT-Kommunikationsanbieter kann Art. 16 E-Privacy-VO-E eine gewisse Bedeutung erlangen: Einerseits ist natürlich vorstellbar, dass sie selbst Direktwerbung über ihre Dienste an ihre Endnutzer richten. Daneben bietet es aber ein gewisses wirtschaftliches Potential für diese Anbieter, wenn sie Unternehmern Direktwerbung gegen Entgelt ermöglichen. Ein solches Geschäftsmodell wäre mit Art. 16 E-Privacy-VO-E in der vorliegenden Form vereinbar, solange die Endnutzer in diese Direktwerbung einwilligen.

(6) Sicherheit

Der E-Privacy-Verordnungsentwurf enthält mit Art. 17 auch eine Norm, die Sicherheitsrisiken bei elektronischen Kommunikationsnetzen und –diensten in den Blick nimmt. Die Betreiber elektronischer Kommunikationsdienste, also auch von OTT-Kommunikationsdiensten, müssen ihre Nutzer über besondere Risiken für die Sicherheit ihrer Dienste informieren und auf Selbsthilfemaßnahmen hinweisen, soweit sie nicht selbst abhelfen können, weil Dritte für das Risiko verantwortlich sind. Aus Erwägungsgrund 37 ergibt sich, dass die Anbieter die Nutzer z.B. über die Möglichkeit zum Einsatz bestimmter Software und

Verschlüsselungstechniken informieren sollen. Sie sollen aber nicht von der Pflicht entbunden werden, selbst geeignete Sicherheitsmaßnahmen zu ergreifen, um unvorhergesehene Risiken abzuwehren. Die Information der Nutzer muss außerdem kostenlos erfolgen. Art. 17 E-Privacy-VO-E und auch Erwägungsgrund 37 schweigen sich allerdings darüber aus, wann ein von der Norm gefordertes „besonderes Risiko, dass die Sicherheit von Netzen und elektronischen Kommunikationsdiensten beeinträchtigt werden könnte“ überhaupt vorliegt. Der Zusatz „besonderes“ deutet darauf hin, dass nicht jedes noch so geringe Risiko schon die Informationspflicht auslösen soll. Das ist nachvollziehbar, weil stets ein gewisses Risiko für Sicherheitsbeeinträchtigungen bestehen wird. Es muss also konkrete Anhaltspunkte für ein Risiko geben. Da diese Norm außerdem Teil eines Entwurfs für eine E-Privacy-Verordnung ist, deren besonderes Ziel der Schutz der Kommunikationsdaten der Nutzer ist, muss die Norm so verstanden werden, dass sich das Risiko auch auf eine Verletzung der Vertraulichkeit der Kommunikationsdaten beziehen muss. Im Ergebnis liegt ein besonderes Risiko im Sinne des Art. 17 E-Privacy-VO-E also dann vor, wenn konkrete Anhaltspunkte darauf hindeuten, dass ein unrechtmäßiger Zugriff auf die Kommunikationsdaten der Nutzer droht. Damit flankiert Art. 17 E-Privacy-VO-E auch für OTT-Kommunikationsdienste den Schutz, der sich aus den vorherigen Normen für Kommunikationsdaten ergibt.

(7) Zusammenfassung und Einordnung

Da typische OTT-Kommunikationsdienste ein großes wirtschaftliches Interesse an der Verarbeitung der Kommunikationsdaten ihrer Nutzer haben, stellen die Regeln des E-Privacy-Verordnungsentwurfs zu diesem Thema eine neue, durchaus belastende Schranke für sie dar. Künftig werden sie an den Grundsatz der Vertraulichkeit der Kommunikation gebunden sein. Sie werden im größeren Umfang als bisher Einwilligungen ihrer Nutzer einholen müssen und werden in der Regel zwar Kommunikationsmetadaten, aber nicht mehr Kommunikationsinhalte abgreifen können. Grundsätzlich werden sie ihr Geschäftsmodell jedoch fortführen können.

Die Regeln zu datenschutzfreundlichen Einstellungen und zu den Endnutzerrechten gehen überwiegend an ihnen vorbei. Bei den Endnutzerrechten wird die aus dem EKEK bekannte Trennung zwischen den nummernabhängigen und nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten erneut deutlich. Wobei im vorliegenden Entwurf keine Begründung für diese Trennung

erfolgt. Sie ist auch nicht immer denknotwendig, sondern es wäre, wie oben dargelegt, durchaus vorstellbar, dass bestimmte Endnutzerrechte auch auf nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste und damit auch OTT-Kommunikationsdienste Anwendung finden können. Insgesamt würde das Regelungsgewicht für OTT-Kommunikationsdienste bei Verabschiedung dieses Entwurfs also zunehmen, ohne dass sie den klassischen Telekommunikationsdiensten vollständig gleichgestellt würden. Die Angleichung ist jedoch stärker, als im EKEK.

c) DSGVO

Die Europäische Datenschutzgrundverordnung regelt den Umgang mit personenbezogenen Daten in der EU. Da das Geschäftsmodell typischer OTT-Kommunikationsdienste auf der Aggregation von Daten aufbaut, spielt die Verordnung naturgemäß eine große Rolle für sie. Aber sie gilt für jeden, der Daten verarbeitet, und ist kein Teil der spezifischen Regulierung für den Kommunikationssektor. Für diese Arbeit würde es deshalb zu weit führen, die Datenschutzgrundverordnung im vollen Umfang auszuwerten. In der Diskussion um den neuen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation war jedoch oft auch die Frage Gegenstand, ob es eine der Nummernportabilität vergleichbare Pflicht für OTT-Kommunikationsdienste geben sollte.⁴³⁶ So wurde an eine Übertragbarkeit von Profilen gedacht.⁴³⁷ Eine solche Pflicht ist nicht Gegenstand des EKEK und auch nicht des Entwurfs für eine E-Privacy-Verordnung geworden. In Art. 20 der Datenschutzgrundverordnung findet sich allerdings ein Recht auf Datenübertragbarkeit, dem in der Literatur auch überwiegend bescheinigt wird, dass es eher wettbewerbsrechtliche und Verbraucherschutz- als datenschutzrechtliche Ziele verfolgt.⁴³⁸ Fraglich ist allerdings, ob die DSGVO als allgemeine Datenschutzregelung neben dem sektorspezifischen Datenschutz – aktuell noch E-Privacy-RL, künftig E-Privacy-VO – Anwendung finden kann oder von diesem verdrängt wird. Allerdings spricht die systematische Auslegung der E-Privacy-RL bzw.

⁴³⁶ Vgl. nur *Graef*, Telecommunications Policy 39, Nr. 6, S. 502; *Brown*, CLSR 30, S. 357 (364); *WAR*, Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten, S. 10.

⁴³⁷ Vgl. *Kipker/Voskamp*, DuD 2012, S. 737 (740); *Roßnagel/Kroschwald* ZD 2014, S. 495 (498), *Schantz*, NJW 2016, S. 1841 (1845).

⁴³⁸ *Kühling/Martini* EuZW 2016, S. 448 (450); *Schantz*, NJW 2016, S. 1841 (1845); *Dehmel/Hullen* ZD 2013, S. 147 (153); *Roßnagel/Richter/Nebel*, ZD 2013, S. 103 (107); *Nebel/Richter*, ZD 2012, 407 (413); *Kipker/Voskamp*, DuD 2012, 737 (740); *Albrecht*, CR 2016, S. 88.

E-Privacy-Vo gegen eine Verdrängung: Die sektorspezifischen Regelungen verweisen einerseits selbst auf die DSGVO – so z.B. in Art. 2 Abs. 2 lit. f E-Privacy-RL/ Art. 9 Abs. 1 E-Privacy-VO-E – andererseits bezeichnen sich die sektorspezifischen Regelungen selbst in Art. 1 Abs. 2 E-Privacy-RL/ Art. 1 Abs. 3 E-Privacy-VO-E lediglich als „Ergänzung“.⁴³⁹ Stattdessen stellen die sektorspezifischen Datenschutzregelungen jeweils Spezialregelungen zur DSGVO dar. Soweit es keine speziellere Norm gibt, bleibt die DSGVO anwendbar. Eine zu Art. 20 DSGVO vergleichbare Norm findet sich nicht in der E-Privacy-RL und auch nicht im E-Privacy-VO-E.⁴⁴⁰ Sie bleibt daher anwendbar.⁴⁴¹ Im Folgenden möchte ich dieses Recht auf Datenübertragbarkeit darstellen und auf seine Vergleichbarkeit mit dem Recht auf Nummernportabilität hin untersuchen.

(1) Recht auf Datenübertragbarkeit

Art. 20 Abs. 1 DSGVO räumt einer von Datenverarbeitung betroffenen Person das Recht ein, sie betreffende personenbezogene Daten in einem strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format ausgehändigt zu bekommen, soweit sie dem Verantwortlichen diese Daten selbst bereitgestellt hat. Darüber hinaus erhält die betroffene Person das Recht, diese Daten einem anderen für eine Datenverarbeitung Verantwortlichen zu übermitteln, ohne vom ursprünglichen Verantwortlichen behindert zu werden. Beides unterliegt – wie auch aus Erwägungsgrund 68 S. 3 der DSGVO hervorgeht – der Bedingung, dass die Verarbeitung auf einer Einwilligung gemäß Art. 6 Abs. 1 a) DSGVO oder Art. 9 Abs. 2 a) DSGVO oder einem Vertrag nach Art. 6 Abs. 1 b) DSGVO beruht und die Datenverarbeitung automatisch erfolgt.⁴⁴² Gemäß Art. 20 Abs. 2 DSGVO kann die betroffene Person auch erwirken, dass ihre Daten ohne den Umweg der Aushändigung direkt an den neuen Verantwortlichen übermittelt werden, soweit dies technisch machbar ist. Abs. 3 S. 2 und Abs. 4 stellen dann Schranken des Rechts auf Datenübertragbarkeit dar: Es gilt nicht, wenn die Datenverarbeitung zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben notwendig ist und die Ausübung des Rechts darf die Rechte und Freiheiten anderer Personen nicht beeinträchtigen.

Der europäische Gesetzgeber macht in seinen Erwägungsgründen nicht deutlich, welche spezifischen Situationen ihm vor Augen waren, als er dieses Recht

⁴³⁹ So zu Recht *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 107.

⁴⁴⁰ *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 117.

⁴⁴¹ So auch *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 117.

⁴⁴² So auch *Jülicher/Röttgen/v. Schönfeld*, ZD 2016, S. 358 (358).

formuliert hat. Gerade das flankierende Recht der direkten Übermittlung aus Art. 20 Abs. 2 EKEK deutet aber darauf hin, dass es ihm, neben der Stärkung der Kontrolle der betroffenen Person über ihre Daten, zumindest auch darum geht, den Übergang von einem Verantwortlichen zum anderen zu erleichtern und damit die Wahlmöglichkeiten der betroffenen Personen zu verbessern.⁴⁴³ Die betroffene Person muss sich bei Ausübung des Rechts nämlich nicht selbst mit dem Datensatz auseinandersetzen und muss die Daten auch nicht erneut bereitstellen. Ein Wechsel des Verantwortlichen würde so erleichtert werden. In diesem Aspekt verfolgt das Recht auf Datenübertragbarkeit einen Zweck, der mit dem Zweck des Rechts auf Nummernportabilität aus Art. 106 EKEK vergleichbar ist. In Erwägungsgrund 281 des EKEK hält der europäische Gesetzgeber dazu fest, dass die Übertragbarkeit von Rufnummern ein entscheidender Faktor für die Wahlfreiheit der Endnutzer und damit einen wirksamen Wettbewerb auf den Märkten der elektronischen Kommunikation sei. Diesen Stellenwert erhält das Recht auf Datenübertragbarkeit im Gefüge der DSGVO nicht. Dennoch könnte auch hier ein erleichterter Anbieterwechsel dabei helfen Lock-In-Effekte zu vermeiden, also Situationen, in denen der Aufwand für einen Anbieterwechsel so groß ist, dass Endnutzer deshalb davon Abstand nehmen.⁴⁴⁴

(2) Konsequenzen für OTT-Kommunikationsdienste

OTT-Kommunikationsdienste werden in der Regel die Einwilligung ihrer Nutzer für die Datenverarbeitung einholen und die Verarbeitung geschieht auch automatisch, so dass die Bedingungen des Art. 20 Abs. 1 DSGVO in typischen Fällen erfüllt sein wird. Fraglich ist höchstens, ob das wirtschaftliche Interesse der OTT-Dienste an der Datenverarbeitung ausreicht, um ein berechtigtes Interesse im Sinne des Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO zu begründen, dass sich dann auch noch in einer Abwägung mit den Interessen und Grundrechten der betroffenen Person behaupten müsste. In solchen Fällen könnte die Datenverarbeitung der OTT-Kommunikationsdienste nicht auf die in Art. 20 Abs. 1 DSGVO genannten An-

⁴⁴³ So auch *Herbst* in: Kühling/Buchner, DSGVO BDSG, DSGVO Art. 20, Rn. 1; *Paal*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, DS-GVO Art. 20, Rn. 4.

⁴⁴⁴ Vgl. schon zum Kommissionsvorschlag: *Hornung*, ZD 2012, 99 (103); *Paal*, in: Körber/Kühling, Regulierung – Wettbewerb – Innovation, S. 161 ff.

spruchsgrundlagen gestützt werden. Dafür müsste Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO jedoch nicht lediglich einen Auffangtatbestand darstellen.⁴⁴⁵

Aus Erwägungsgrund 48 der DSGVO geht hervor, dass ein berechtigtes Interesse zur Datenverarbeitung z.B. vorliegen kann, wenn die betroffene Person Kunde des Verantwortlichen ist. Das ist bei OTT-Kommunikationsdiensten, die Daten von ihren Nutzern erheben, der Fall. Dieses Beispiel zielt aber darauf ab, dass die verarbeiteten Daten für das Kundenverhältnis notwendig sind. OTT-Kommunikationsdienste benötigen jedoch so gut wie keine Daten von ihren Nutzern, um die Beziehungen zu erhalten.

Entscheidender Gesichtspunkt ist, dass Daten, die zur Identifikation bei einem Kommunikationsanbieter hinterlassen werden, meist sehr aussagekräftig sind und zu einer Profilbildung genutzt werden können. Sie sind daher besonders schutzwürdig.⁴⁴⁶ Das rein wirtschaftliche Interesse der OTT-Kommunikationsdienste allein kann sich aufgrund dieser Schutzwürdigkeit daher ohne hinzutretende Gründe in der Abwägung nie gegen die Interessen des Betroffenen durchsetzen, selbst wenn man von einer Anwendbarkeit des Erlaubnistatbestands neben den anderen Erlaubnistatbeständen ausgeht.

Daraus folgt, dass OTT-Kommunikationsanbieter in der Regel vom Recht auf Datenübertragbarkeit nach Art. 20 DSGVO betroffen sein werden. Die Norm bezieht sich jedoch nur auf Daten, die von der betroffenen Person bereitgestellt werden.⁴⁴⁷ In der DSGVO fehlt eine Begriffsbestimmung dafür, was „bereitstellen“ bedeutet. Der Wortlaut deutet darauf hin, dass es nur um Daten gehen kann, die betroffene Personen aktiv in ein System eingegeben hat – also z.B. wenn ein Profil ausgefüllt wird. Alternativ könnten jedoch ebenfalls alle Daten gemeint sein, die mit Einwilligung der betroffenen Person – auch automatisch – erhoben werden. Während die zweite Auslegungsvariante ein höheres Schutzniveau für die betroffene Person bedeuten würde, spricht die Systematik der DSGVO dafür, dass „bereitstellen“ etwas anderes als das Erheben von Daten sein muss, das Teil der Begriffsbestimmung für Datenverarbeitung nach Art. 4

⁴⁴⁵ So aber *Frenzel* in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, DS-GVO Art. 6, Rn. 26; *Schulz* in: Gola DS-GVO Art. 6 Rn. 13.

⁴⁴⁶ Zur Bedeutung der Aussagekraft vgl. *Buchner/Petri* in: Kühling/Buchner, DSGVO BDSG, DSGVO Art. 6 Rn. 151.

⁴⁴⁷ Vgl. ausführlich *Strubel*, ZD 2017, S. 355 (357 ff.); *Jülicher/Röttgen/v. Schönfeld*, ZD 2016, S. 358 (359) räumen dieser Voraussetzung sogar zentrale Bedeutung ein.

Nr. 2 DSGVO ist.⁴⁴⁸ Andere Rechte der betroffenen Personen, wie das Recht auf Berichtigung nach Art. 16 DSGVO und das Recht auf Löschung nach Art. 17 DSGVO verlangen auch keine Bereitstellung der Daten durch die betroffene Person. Im Ergebnis muss daher der ersten Auslegungsvariante der Vorzug gegeben werden.⁴⁴⁹ OTT-Kommunikationsdienste werden also nur von ihren Nutzern eingegebene Daten wie bestimmte Einstellungen und ggf. Name des Profils und Profilbild und Ähnliches weitergeben müssen⁴⁵⁰, nicht dagegen weitere Kommunikationsdaten der Nutzer. Damit wird das Recht auf Datenübertragbarkeit, vor allem in seiner Gestalt der Direktübermittlung nach Art. 20 Abs. 2 DSGVO tatsächlich in die Nähe des Rechts auf Nummernportabilität gerückt. Denn das Profil des Nutzers stellt in OTT-Kommunikationsdiensten eine Art Visitenkarte dar, so wie die Telefonnummer ein Identifikationsmerkmal des Einzelnen bei klassischen Telekommunikationsdiensten ist.

Bisher bieten die OTT-Kommunikationsdienste diese Möglichkeit der Profilweitergabe noch nicht. In Erwägungsgrund 68 der DSGVO werden sie, wie auch andere Verantwortliche, dazu angehalten für diesen Zweck ein interoperables Dateiformat zu entwickeln. Ob dieses Recht jedoch in der Praxis für OTT-Kommunikationsdienste überhaupt Relevanz entfalten wird, erscheint mir zweifelhaft: Es gibt zwar einige Informationsarten über den Nutzer, wie beispielsweise der Benutzername und das Profilbild, die in den meisten OTT-Kommunikationsdiensten auf gleiche Weise Verwendung finden. In der Regel ist es jedoch so einfach, entsprechende Daten in den Dienst einzugeben, dass das derart beschränkte Recht auf Datenübertragbarkeit kaum einen Mehrwert hat. Darüber hinaus haben Nutzer nicht zwingend ein Interesse daran, in allen Diensten das gleiche Profil anzulegen. Theoretisch könnte sich das aber für die Zukunft än-

⁴⁴⁸ Ebenso *Strubel*, ZD 2017, S. 355 (358); *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DSGVO BDSG, DSGVO Art. 20, Rn. 11; *Kamann/Braun*, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, Art. 20 Rn. 16; im Ergebnis auch *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 118 ff.; a. A. *Schürmann*, in: Auernhammer, Art. 20 DS-GVO, Rn. 17 m. w. N.; *Schantz*: in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, Rn. 1239.

⁴⁴⁹ Ebenso *Pnitz*, in: Gola, DS-GVO, Art. 20, Rn. 15; *Kamann/Braun*, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, Art. 20 Rn. 13; *Brüggemann*, DSRITB, 2017, S. 1 (4); a.A. *Jülicher/Röttgen/v. Schönfeld*, ZD 2016, S. 358 (359); *Herbst* in: Kühling/Buchner, DSGVO BDSG, DSGVO Art. 20, Rn. 11; Art. 29-Datenschutzgruppe, WP 242, S. 9 ff.

⁴⁵⁰ So auch *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 120; dementsprechend dürfte ein wesentlicher Anwendungsbereich der Norm soziale Netzwerke sein, so *Herbst* in: Kühling/Buchner, DSGVO BDSG, DSGVO Art. 20, Rn. 2.

dern. So oder so werden OTT-Kommunikationsdienste ihren Nutzern in Zukunft die Möglichkeit bieten müssen, die über sie gespeicherten und von ihnen bereitgestellten Daten in einem maschinenlesbaren Format abzurufen, unabhängig davon ob der Nutzer sie an andere Anbieter weitergeben möchte oder nicht.

IV. Bewertung des neuen Telekommunikationsrechtsrahmens – wie sollte die Regulierung der Zukunft aussehen

Nachdem ich im vorhergehenden Kapitel den neuen europäischen Rechtsrahmen auf seine Anwendbarkeit auf OTT-Kommunikationsdienste hin untersucht habe, werde ich nun in einem zweiten Schritt eine Bewertung der gefundenen Ergebnisse unter rechtlichen Gesichtspunkten vornehmen. Ich orientiere mich dabei an den Punkten, die in der Entstehung des EKEK und im Zuge der deutschen Diskussion um das GMail-Urteil, die öffentliche Diskussion am stärksten geprägt haben (dazu IV. 1.) und ergänze diese Streitpunkte anhand meiner Analyse des neuen Rechtsrahmens. Es erscheint mir sinnvoll, die öffentliche Diskussion als Ansatzpunkt zu nehmen, da sie einen Indikator für die Bedürfnisse der Gesellschaft im Hinblick auf OTT-Kommunikationsdienste darstellt. Die Ausgangsfrage lautet: Wird der europäische Rechtsrahmen den Anforderungen, die die Logik des Regulierungsrechts und das Verfassungsrecht (siehe II.) an ihn stellen, gerecht?

1. Sinn und Unsinn des abgestuften Regulierungskonzepts des EKEK

Bevor ich auf die spezifischeren Aspekte der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten eingehe, möchte ich zunächst eine Einordnung des Regulierungskonzepts vornehmen, das der Europäische Gesetzgeber für den EKEK gewählt hat. Wie bereits unter 2 a) (1) dargestellt, teilt der EKEK Kommunikationsdienste in drei – an manchen Stellen sogar vier – verschiedene Kategorien ein, die jeweils mit unterschiedlicher Intensität reguliert werden. Das sind im Einzelnen: Elektronische Kommunikationsnetze, nummernabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste und nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste. In einigen Spezialfällen, z.B. in Art. 102 EKEK (Informationspflichten für Verträge), treten Dienste der Signalübertragung, die für Maschine-zu-Maschine-Kommunikation genutzt werden, als eine eigene Kategorie hinzu. Dieses abgestufte Regulierungskonzept möchte ich anhand des europäischen Gleichheitssatzes aus Art. 20 GRCh überprüfen. Art. 3 Abs. 1 GG spielt an dieser Stelle dagegen keine Rolle, da es um die Rechtmäßigkeit der Normen des EKEK als Europäischem Primärrecht selbst und nicht um etwaige Umsetzungsakte geht (siehe dazu V.).

a) Ungleichbehandlung von nummernunabhängigen und nummernabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten

Zwischen den drei Hauptkategorien lässt sich eine klare Regulierungshierarchie ausmachen: Während elektronische Kommunikationsnetze allen in dieser Arbeit untersuchten Pflichten des EKEK unterfallen und damit der höchsten Regulierungsintensität ausgesetzt sind, treffen nummerngebundene interpersonelle Kommunikationsdienste immer noch die meisten und nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste nur noch ein Teil dieser Pflichten (siehe oben IV.). Bei der Abstufung zwischen den beiden Typen interpersoneller Kommunikationsdienste handelt es sich um Ungleichbehandlungen, die sich am Allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 20 GRCh messen lassen muss (vgl. dazu und zum Folgenden II 2.).

Sowohl nummerngebundene als auch nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste können unter den Oberbegriff „interpersonelle Kommunikationsdienste“ gefasst werden, deshalb sind sie aus verfassungsrechtlicher Sicht wesentlich gleich. Allein aus der Zugehörigkeit zu einer der genannten Kategorien ergibt sich ein völlig anderes, sich in der Eingriffsintensität stark unterscheidendes Regulierungsregime. Die Diensttypen werden daher auch ungleich behandelt.

Aus regulationsrechtlicher Sicht handelt es sich nicht um eine sektorspezifische, sondern um eine regelungsspezifische Ungleichbehandlung, da der Europäische Gesetzgeber nicht zwischen Märkten nummernabhängiger und nummernunabhängiger interpersoneller Kommunikationsdienste unterscheidet, sondern seine Regulierungsinstrumente unterschiedlich anwendet.

b) Rechtfertigungsgründe

Eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem kann jedoch gerechtfertigt werden.

(1) Teilhabe am öffentlich gesicherten, interoperablen Ökosystem

Der Europäische Gesetzgeber nennt im EKEK selbst den Grund als Rechtfertigung, dass nummerngebundene interpersonelle Kommunikationsdienste am „öffentlich gesicherten, interoperablen Ökosystem“ teilhaben und die Vorteile,

die sie daraus ziehen, ein höheres Gewicht bei der Regulierung rechtfertigen würden.⁴⁵¹ Dieser Grund überzeugt jedoch nicht und kann aus meiner Sicht nicht als sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung herangezogen werden.⁴⁵² Denn der Nutzen, den die Kommunikationsdienste aus ihrer Teilhabe am Nummernökosystem ziehen, ist so gering, dass es nahezu willkürlich erscheint, Nachteile daran zu knüpfen.

Dazu zwei Gedanken: Einerseits nimmt die Bedeutung der Telefonnummer im Alltag immer weiter ab. Viele Nutzer haben etwa die Mobilfunknummer ihrer Gesprächspartner nicht mehr im Kopf, sondern wählen lediglich aus einem digitalen Adressverzeichnis Namen oder Profilbild aus.⁴⁵³ Die Telefonnummer könnte dementsprechend in Zukunft eine ähnliche Rolle einnehmen wie die IP-Adresse im Internet, also zwar für die Kommunikation notwendig sein, aber hinter dem Alias zurücktreten.⁴⁵⁴ Denkbar wäre sogar, dass sie im All-IP-Zeitalter komplett an Bedeutung verliert. Diese Entwicklung wird durch den Erfolg der nummernunabhängigen OTT-Kommunikationsdienste unterstrichen: Sie haben auch ohne Zugriff auf den nationalen Nummernplan eine umfassende Teilnehmerzahl erreicht. Der Zugriff auf Rufnummern allein bringt damit nur einen sehr geringen Nutzen mit sich, der künftig nur noch weiter abnehmen wird.

Und auch die Interoperabilität des Nummernökosystems stellt aus Sicht der Kommunikationsdiensteanbieter nur in bestimmten Fällen einen Vorteil dar: Interoperabilität wurde ursprünglich eingeführt, um die Netzwerkeffekte großer Dienste abzuschwächen.⁴⁵⁵ Auf diese Weise sollte es Neueinsteigern auf dem Telekommunikationsmarkt ermöglicht werden, mit den alteingesessenen Anbietern in Wettbewerb treten zu können, obwohl sie zunächst nur eine viel geringere Nutzerzahl hatten. Damit stellt die Interoperabilität zunächst einmal einen Nachteil für bereits etablierte Kommunikationsanbieter dar und ist nur für Neueinsteiger und kleine Dienste vorteilhaft. Auch aus Sicht der OTT-Kommunikationsdienste wäre die Interoperabilität nachteilhaft: Die mit ihren sehr großen Nutzermengen einhergehenden Netzwerkeffekte und die Kundenbindung

⁴⁵¹ Vgl. ErwGr. 18 EKEK.

⁴⁵² Ähnlich schon *Scherer/Heckmann/Heinickel/Kiparski/Ufer*, CR 2017, S. 197 (198 f.).

⁴⁵³ *Brown*, CLSR 30, S. 357 (372).

⁴⁵⁴ So auch *Brown*, CLSR 30, S. 357 (372).

⁴⁵⁵ Dazu *Kerber/Schweitzer*, Interoperability in the Digital Economy, Rn. 8 ff.; *WAR*, Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten, S. 8 f.; *Brown*, CLSR 30, S. 357 (361 f.).

würden eingeschränkt werden, wenn die OTT-Kommunikationsdienste Teil des „interoperablen Ökosystems“ wären, denn dann könnten ihre Nutzer zu anderen Anbietern abwandern ohne Einschränkungen bei der Erreichbarkeit befürchten zu müssen. Betrachtet man also den gesamten Telekommunikationssektor, erzeugt die Interoperabilität vor allem einen Vorteil für die Endnutzer, die so aus einer größeren Zahl an Wettbewerbern wählen können. Für etablierte OTT-Kommunikationsanbieter stellt sie dagegen sogar einen Nachteil dar; nimmt man die Gesamtheit der Kommunikationsdiensteanbieter auf dem Markt in den Blick, halten sich Vor- und Nachteile maximal die Waage. Im Ergebnis lässt sich daher kein nennenswerter Nutzen erkennen, den Kommunikationsdiensteanbieter aus ihrer Beteiligung am Nummernökosystem ziehen. Der vom Europäischen Gesetzgeber angeführte Differenzierungsgrund hat daher nicht das Gewicht, um eine Ungleichbehandlung zwischen nummerngebundenen und nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten rechtfertigen zu können.

(2) Mögliche unbenannte Gründe

Neben dem im EKEK ausdrücklich angesprochenen Differenzierungsgrund könnten noch andere Gründe in Betracht kommen, die die generelle Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten:

Der Ansatz, klassische Telekommunikationsdienste sorgten im Gegensatz zu OTT-Kommunikationsdiensten für eine umfassende, plattformübergreifende Erreichbarkeit⁴⁵⁶, ist mittlerweile nur noch bedingt tragfähig: So gibt es beispielsweise eine immer größere Gruppe von Nutzern ohne eigenen Festnetzanschluss, so dass auch diese klassischen TK-Dienste keine übergreifende Erreichbarkeit mehr gewährleisten.⁴⁵⁷ Doch selbst wenn man darin einen bedeutsamen Unterschied erkennen möchte: Die plattformübergreifende Erreichbarkeit ist keine Eigenschaft, die klassischen Telekommunikationsdiensten im Gegensatz zu OTT-Kommunikationsdiensten immanent wäre. Vielmehr wird sie durch die Interoperabilität der Dienste erzeugt, die rechtlich vorgegeben ist. Der Gesetzgeber würde sich daher in einen Widerspruch setzen, wenn er auf plattformübergreifende Erreichbarkeit als rechtfertigenden Grund für eine Ungleichbehandlung setzen würde.

⁴⁵⁶ So noch *BNetzA*, BK 1-14/002, S. 65.

⁴⁵⁷ Vgl. *Fetzer*, ZEW Discussion Paper 16-057, S. 13.

Teilweise wird angeführt, dass Anbieter nummernunabhängiger Dienste anders als Anbieter nummerngebundener Dienste keinen Einfluss auf die Qualität ihrer Dienste nehmen können und sie deshalb nicht die gleiche Verantwortung innehaben, wie Anbieter klassischer Dienste.⁴⁵⁸ Auch dieser Ansatz rechtfertigt jedoch keine Ungleichbehandlung zwischen nummernunabhängigen und nummerngebundenen interpersonellen Kommunikationsdiensten, denn der Einfluss auf die Qualität des Dienstes hängt damit zusammen, ob man eine eigene Infrastruktur betreibt bzw. eine vertragliche Kontrolle über eine Infrastruktur ausübt und gerade nicht damit, ob der Anbieter an einem öffentlichen Nummernplan teilhat. So wie es nummerngebundene Dienste ohne eigene Infrastruktur gibt,⁴⁵⁹ sind zumindest theoretisch auch Dienste vorstellbar, die zwar eine eigene Infrastruktur betreiben, aber nummernunabhängig bleiben wollen.

Die Kontrolle über Kommunikationsinfrastruktur selbst kommt ebenfalls nicht als sachlicher Grund für bestimmte Ungleichbehandlungen in Frage. Der Europäische Gesetzgeber hat diesen Ansatz im EKEK auch gar nicht verfolgt. Die Rechte und Pflichten aus dem EKEK setzen nur in Ausnahmefällen daran an, ob der Anbieter die Kontrolle über die Kommunikationsinfrastruktur hat. Wäre es anders, hätte sich der Gesetzgeber in direkten Widerspruch zu seinem eigenen technologieutralen Regulierungsansatz (vgl. Art. 3 Abs. 4 EKEK) gesetzt. Denn ob ein Anbieter die Kontrolle über die zugrundeliegende Infrastruktur hat, ist im Zeitalter von IP-Kommunikation – die auch die klassischen Telekommunikationsanbieter nutzen – nur noch eine Frage der Übertragungstechnik.

c) Ergebnis

Im Ergebnis ist die generelle Unterscheidung zwischen nummernabhängigen und nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten daher nicht mit dem Gleichheitssatz vereinbar.⁴⁶⁰ Daneben ist sie auch mit Blick auf die derzeit abzusehenden Entwicklungen im Kommunikationssektor nicht zielführend.⁴⁶¹ Denn wenn die Bedeutung der Rufnummer tatsächlich immer wei-

⁴⁵⁸ So wohl *Godlovitch/van Gorp/Hausemer/Vassileva/Womersley/Batura*, Support Impact Assessment, Teil 1, S. 23 f.; vgl. auch *Shortall*, ENLR 2, 2016, S. 118 (119).

⁴⁵⁹ Vgl. nur „Skype Out“.

⁴⁶⁰ Ähnlich für die Ungleichbehandlung von klassischer und OTT-Kommunikation *Fetzer*, ZEW Discussion Paper 16-057, S. 17 f.

⁴⁶¹ Kritisch auch: *BMWi*, Weißbuch Digitale Plattformen, S. 62; *Brown*, CLSR 30, S. 357 (364); *Gersdorf* in: *Körper/Kühling*, Regulierung – Wettbewerb – Innovation, S. 201; *Bundesrat*, BR-Drs. 0612/1/16, Rn. 32.

ter abnehmen wird, so wie derzeit zu beobachten, dann wird der nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienst zum Regelfall werden. Der Europäische Gesetzgeber hätte dann nummerngebundenen interpersonellen Kommunikationsdiensten als Ausnahmefall einen viel zu großen Raum innerhalb des Regulierungsrahmens verliehen. Bulowski hält die Unterscheidung zwischen nummerngebundenen und nummernunabhängigen Kommunikationsdiensten dagegen „grundsätzlich für sinnvoll“.⁴⁶² Er stützt sich dabei auf das Argument, dass ansonsten „überzogene Regulierung“ drohe, die „Innovationen ersticken“ könnte.⁴⁶³ Im Kern verweist er damit nicht zu Unrecht auf das verfassungsrechtliche Übermaßverbot, dass dem Gesetzgeber gebietet, nicht über das notwendige Maß der Regulierung hinauszugehen. Allerdings lässt Bulowski mit diesem Ansatz schon außer Acht, dass Innovationen nur in bestimmten Sektoren freie Bahn gelassen würde. Er bringt kein Argument vor, dass es rechtfertigen würde, warum die Innovation durch „überzogene Regulierung“ beispielsweise im Feld von nummernabhängigen OTT-Kommunikationsdiensten gehemmt werden darf. An diesem Punkt stellt sich erneut die Frage, ob der Unterschied zwischen nummerngebundenen und nummernunabhängigen Kommunikationsdiensten eine unterschiedliche Regulierung rechtfertigen kann. Wie ausgeführt, ist das nach hier vertretener Ansicht nicht der Fall.

Dieses Ergebnis führt jedoch nicht automatisch dazu, dass der Gesetzgeber zu einem Gleichlauf von Regulierungsmaßnahmen gegenüber OTT- und klassischen Telekommunikationsdiensten gezwungen wäre: Auch wenn keine rechtfertigenden Gründe für eine generelle Nichtregulierung ersichtlich sind, so ist vorstellbar, dass eine Ungleichbehandlung in den einzelnen Regulierungsfeldern wie Marktregulierung und Kundenschutz auf speziellere Gründe gestützt werden könnte. Der Anwendungsbereich jeder einzelnen Verpflichtung aus dem Regulierungsregime kann und muss daher nach ihrem Sinn und Zweck unterschiedlich weit ausgestaltet werden.⁴⁶⁴ Die Unterschiede zwischen OTT- und klassischen Telekommunikationsdiensten – aber auch z. B. zwischen Netzbetreiber und Dienstanbieter – fallen so nicht einfach unter den Tisch.

⁴⁶² *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 83 f.

⁴⁶³ *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 84.

⁴⁶⁴ *Brown*, CLSR 30, S. 357 (361); *WAR*, Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten, S. 24.

Doch die eigentliche Trennlinie in der Praxis verläuft nicht zwischen OTT- und klassischer Telekommunikation, sondern zwischen den unterschiedlichen Geschäftsmodellen⁴⁶⁵: Klassische Telekommunikationsdienste und manche OTT-Kommunikationsdienste verfolgen ein einseitiges, monetäres Modell, die meisten OTT-Kommunikationsdienste dagegen ein oft zweiseitiges Null-Preis-Geschäftsmodell (siehe oben unter I. 3. und 4.). Daraus ergeben sich zwar keine Unterschiede in Hinblick auf die grundsätzlichen Gefahrenlagen für die Endnutzer, wohl aber für die Anwendung bestimmter Normen des Regulierungsregimes, die beispielsweise auf Geldleistungen zugeschnitten sind.

Die unterschiedliche Behandlung von Kommunikationsnetzen und elektronischen Kommunikationsdiensten erscheint andererseits gerechtfertigt: Hier gibt es einen wirtschaftlich spürbaren Unterschied in Form der versunkenen Kosten, die bei dem Aufbau von Netzinfrastrukturen erheblich sind und ein großes Hindernis für einen Wettbewerb darstellen.⁴⁶⁶ Darüber hinaus hat der Netzbetreiber den direktesten – weil technischen – Zugang auf die schützenswerte Kommunikation der Endnutzer, woraus eine besondere Gefahrenlage folgt. Daher liegen sachliche Gründe von ausreichendem Gewicht für eine Ungleichbehandlung zwischen Kommunikationsnetz und elektronischem Kommunikationsdienst vor.

Aus den gleichheitsrechtlichen Erwägungen ergibt sich daher folgendes: Der Europäische Gesetzgeber sollte auf die Unterscheidung zwischen nummernabhängigen und nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten verzichten. Stattdessen sollte er in den Fällen, in denen tatsächlich ein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung besteht – z.B. wenn es um auf Rufnummern zugeschnittene Regelungen geht – im Anwendungsbereich der jeweiligen Norm differenzieren. Beispiele dafür finden sich im EKEK sogar bereits: So verlangt die Norm zu den Informationspflichten bei Verträgen, Art. 102 EKEK, von den Diensteanbieter nur, dass sie Informationen erteilen müssen, soweit ihr Dienst von ihnen betroffen wird. Ähnlich könnten auch andere Normen des EKEK formuliert werden. Da der umständliche Ausdruck „elektronische Kommu-

⁴⁶⁵ So auch *Godlovitch/van Gorp/Hausemer/Vassileva/Womersley/Batura*, Support Impact Assessment, Teil 2, S. 304; *Van Gorp/Batura*, Econ Study, S. 56; zu den Unterschieden: *Krämer/Wohlfarth*, DEJ 99, S. 71 (73).

⁴⁶⁶ *Fuchs* in: Schmidt-Preuß/Körper, Regulierung und Gemeinwohl, S. 18; *Kühling*, Sektor-spezifische Regulierung der Netzwirtschaften, S. 38.

nikationsdienste, die keine nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdienste sind“ dann entfallen würde, dürften die Normen auch nicht komplizierter sondern vielmehr leichter verständlich werden. Aber selbst wenn eine solche Formulierung im Einzelfall zu rechtlichen Unsicherheiten führen sollte, könnte der Europäische Gesetzgeber dann immer noch auf Ausdrücke wie „interpersonelle Kommunikationsdienste, die Rufnummern verwenden“ oder ähnliches zurückgreifen, ohne die Komplexität der Normen zu erhöhen.

2. Allgemeingenehmigung und OTT

Die Regeln des EKEK zur Allgemeingenehmigung gelten nicht für nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste – und damit die typischen OTT-Kommunikationsdienste. Wie oben dargestellt, kann die generelle Ungleichbehandlung zwischen den beiden Typen interpersoneller Kommunikationsdienste verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden, sodass der in Erwägungsgrund 44 des EKEK genannte Grund für die Herausnahme von nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten nicht überzeugt. Es stellt sich jedoch die Frage, ob es auf anderer Grundlage geboten ist, nummernunabhängige Dienste von der Allgemeingenehmigung zu befreien. Dabei muss berücksichtigt werden, dass die Pflichten, die sich aus der Allgemeingenehmigung ergeben, durchaus gewichtige Eingriffe in die Rechte der Dienstanbieter darstellen können. So kann gemäß Art. 16 EKEK eine Verwaltungsabgabe von ihnen verlangt werden. Damit wandelt sich das Verständnis und die Bedeutung der Allgemeingenehmigung: Noch unter Geltung der europäischen Genehmigungsrichtlinie dienten die Regeln zur Allgemeingenehmigung als Erleichterung für und Stärkung der Position der elektronischen Kommunikationsdienste.⁴⁶⁷ In der Zeit vor Erlass der Richtlinie konnten die Mitgliedsstaaten die Erbringung von Telekommunikationsdiensten nämlich auch noch von einer Einzelgenehmigung abhängig machen.⁴⁶⁸ Mit den neuen Regeln konnte dann grundsätzlich jeder Anbieter Telekommunikationsdienste betreiben, soweit er bestimmte Anforderungen erfüllte, die von den Regulierungsbehörden erst nachträglich überprüft werden durften.

⁴⁶⁷ Vgl. ErwGr. 7, 8 Genehmigungsrichtlinie.

⁴⁶⁸ Vgl. dazu *Oste*, in Hoeren/Sieber/Holznapel, *Multimediarrecht*, Teil 4 Rn. 41; *Oster/Wagner*, in: Dausen/Ludwigs, *Handbuch des EU-Wirtschaftsrecht*, Teil E. V. Rn. 131.

Diese genuin vorteilhafte Wirkung der Regeln zur Allgemeingenehmigung kehrt sich im EKEK jedoch um. Dadurch, dass es mit den OTT-Kommunikationsdiensten nun eine wirtschaftlich relevante Gruppe von nummernunabhängigen Diensten gibt, die noch nicht einmal den Pflichten unterfallen sollen, die an die Allgemeingenehmigung geknüpft werden können, stellt die Allgemeingenehmigung jetzt einen Nachteil für Kommunikationsdienste dar. Da diese Nachteile von den Pflichten ausgehen, die sich aus der Allgemeingenehmigung ergeben, lohnt es sich, diese auf mögliche Gründe für eine Nichtanwendung auf nummernunabhängige Dienste hin zu untersuchen: Unternehmen, die einer Allgemeingenehmigung unterliegen, können gemäß Art. 12 Abs. 3 EKEK einer Meldepflicht unterworfen werden. Eine solche Meldepflicht hatte der deutsche Gesetzgeber in §6 TKG nach alter Rechtslage auch vorgesehen. Gemäß Art. 13 Abs. 1 EKEK können die in Anhang I des EKEK aufgeführten Bedingungen an die Allgemeingenehmigung geknüpft werden. Gemäß Art. 16 EKEK kann eine Verwaltungsabgabe von den Unternehmen verlangt werden, die der Allgemeingenehmigung unterliegen.

Die Erwägungsgründe sowohl des EKEK als auch der älteren Genehmigungsrichtlinie schweigen zum Zweck der Meldepflicht. Art. 12 Abs. 3 EKEK hält dazu nur fest, dass die Mitgliedsstaaten eine Meldepflicht für gerechtfertigt halten müssen. Sie müssen also lediglich einen mit dem EKEK vereinbaren Zweck verfolgen. Aus der Begründung zur nationalen Umsetzung der Meldepflicht nach der Genehmigungsrichtlinie⁴⁶⁹ lassen sich zumindest die Ziele des deutschen Gesetzgebers ableiten: Die Regulierungsbehörde soll einerseits den Überblick über den Gesamtmarkt behalten, um so den Wettbewerb besser beurteilen zu können.⁴⁷⁰ Andererseits soll es ihr erleichtert werden die Tätigkeiten auf dem Markt zu überwachen und regulatorische Verpflichtungen aufzuerlegen.⁴⁷¹ Nachdem nun nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste ausdrücklich als elektronische Kommunikationsdienste und damit als Teil der Kommunikationsmärkte anerkannt sind, könnten beide Ziele nur mittels einer Meldepflicht für alle Kommunikationsdienste erreicht werden. Bei einer nur teilweisen Meldepflicht würden für den Überblick über den Gesamtmarkt und die Überwachung dieses Markts Informationen über einen signifikanten Anteil

⁴⁶⁹ BT-Drs. 15/2316, 59 f.

⁴⁷⁰ BT-Drs. 15/2316, 60.

⁴⁷¹ BT-Drs. 15/2316, 60.

fehlen. Wenn Ziele, wie die, die der deutsche Gesetzgeber verfolgt hat, aber als Rechtfertigung für eine Meldepflicht in Frage kommen, zeigt das, dass zumindest keine zwingenden Gründe für einen Ausschluss der nummernunabhängigen Dienste von der Meldepflicht vorliegen.⁴⁷² Im Ergebnis kann also über die Meldepflicht kein sachlicher Grund konstruiert werden, der die Ungleichbehandlung bei der Allgemeingenehmigung rechtfertigt. Da es dem nationalen Gesetzgeber nach dem EKEK außerdem untersagt ist, eine allgemeine Meldepflicht einzuführen, wird er bei der Umsetzung dieser Pflicht andere sachliche Gründe für eine Ungleichbehandlung der Diensttypen finden oder ganz von einer Meldepflicht absehen müssen.

In Anhang I des EKEK werden 39 verschiedene Bedingungen aufgeführt, an welche die Allgemeingenehmigung gemäß Art. 13 Abs. 1 EKEK geknüpft werden kann. Während es sich bei der ersten neun um allgemeine Bedingungen handelt, enthält der Anhang auch besondere Anforderungen für Kommunikationsnetze, Kommunikationsdienste die nicht nummernunabhängig sind, bei Frequenznutzungsrechten und bei Nutzungsrechten für Nummerierungsressourcen. Die im Anhang genannten Verpflichtungen haben jeweils einen eigenen Anwendungsbereich und ergeben sich teilweise aus anderen Richtlinien als dem EKEK. Die Funktion von Art. 13 Abs. 1 EKEK ist nun, dass bei Verstößen gegen diese Bedingungen die Allgemeingenehmigung für den Anbieter erlöschen kann. Wenn nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste den Pflichten der Allgemeingenehmigung unterfallen würden, könnte man Art. 13 EKEK auf sie anwenden, ohne in Wertungswidersprüche zu geraten. Selbst wenn man den Besonderheiten dieser Dienste Rechnung tragen wollte, könnte man das über eigene spezielle Bedingungen im Anhang I tun. Auch aus Art. 13 EKEK ergibt sich also kein eigener sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung der beiden Typen von interpersonellen Kommunikationsdiensten. Vielmehr erscheint es widersprüchlich, Diensttypen bei Verstößen gegen an sich gleiche Voraussetzungen des EKEK unterschiedlich zu behandeln.

Zuletzt bleibt noch die Pflicht, eine Verwaltungsabgabe zu entrichten, die nach Art. 16 EKEK auferlegt werden kann. Diese Verwaltungsabgabe soll ausweislich Art. 16 Abs. 1 a) EKEK vor allem der Deckung der administrativen Kosten dienen. Es ist kein Grund ersichtlich, warum nicht auch nummernunabhängige interper-

⁴⁷² A. A. wohl *Kühling*, in: *Körper/Kühling, Regulierung – Wettbewerb – Innovation*, S. 180.

sonelle Kommunikationsdienste diese Abgabe entrichten könnten. Sollte der Gesetzgeber aufgrund des Nullpreisgeschäftsmodells von OTT-Kommunikationsdienste eine mangelnde Zahlungsfähigkeit dieser Anbieter befürchten, kann er von der Ausnahme gemäß Art. 16 Abs. 1 S. 2 EKEK Gebrauch machen und die Erhebung der Verwaltungsabgabe beispielsweise von einem Umsatzschwellenwert abhängig machen. Auch diese Pflicht enthält daher keinen inhärenten Grund, aus dem sie nicht auf beide Typen interpersoneller Kommunikationsdienste Anwendung finden könnte.

Insgesamt bleibt es also nur bei dem vom Europäischen Gesetzgeber in Erwägungsgrund 44 des EKEK angeführten Grund, dass nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste deshalb nicht den Pflichten Allgemeingenehmigung unterfallen sollen, weil sie nicht an den Nummerierungsressourcen und dem interoperablen Ökosystem teilhaben, was – wie unter V. 1. bereits dargestellt – keinen sachlichen Grund für eine Ungleichbehandlung darstellt. Folglich sollte der Europäische Gesetzgeber entweder darauf verzichten, besondere Pflichten an die Allgemeingenehmigung zu knüpfen oder ihr alle Typen interpersoneller Kommunikationsdienste unterwerfen. Der zweite Ansatz dürfte, aufgrund der besonderen Gefahren für Wettbewerb und den Endnutzer, die von elektronischen Kommunikationsdiensten ausgehen, rechtlich geboten sein.

3. Marktregulierung und OTT

Die Regeln des EKEK zur Marktregulierung sind grundsätzlich auf alle elektronischen Kommunikationsdienste und damit auch auf OTT-Kommunikationsdienste als typischerweise nummerunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste anwendbar. Grundsätzlich dürfte eine Ex-Ante-Regulierung der komplexen OTT-Kommunikationsmärkte einer Ex-Post-Regulierung nach einfachem Wettbewerbsrecht überlegen sein: Im Rahmen der Ex-Ante-Regulierung können die marktzutritts-hemmenden Effekte der verschiedenen Externalitäten – also die starken Netzwerkeffekte, der Vorteil eines bereits vorhandenen großen Datenschatzes oder ein Vorsprung durch ausgereifte Algorithmen, besser berücksichtigt werden.⁴⁷³ Die Voraussetzungen für Marktregulierungsmaßnahmen – es muss ein regulierungsbedürftiger Markt vorliegen und der fragliche Diensteanbieter muss beträchtliche Marktmacht innehaben – sind ökonomi-

⁴⁷³ *Peitz/Schweitzer/Valetti*, CERRE Study 2014, S. 52; *Van Gorp/Batura*, Econ Study, S. 63 f.; allgemein für die digitalen Märkte auch *Ezrachi/Stucke*, Virtual Competition, S. 205 ff.

scher Natur und können auch von OTT-Kommunikationsdiensten erfüllt werden.⁴⁷⁴ Wie gezeigt (siehe IV. 2. a) (3) (e)) sind die Normen zur Marktanalyse auch offen genug, um OTT-Kommunikationsmärkte zu erfassen.⁴⁷⁵ Viel wird von den Empfehlungen der Europäischen Kommission zur Marktdefinition- und Marktanalyse abhängen. Hier wäre es wünschenswert, wenn die Kommission berücksichtigt, dass OTT-Kommunikationsmärkte nun eigenständige Regulierungsobjekte darstellen können, die ganz eigene Herausforderungen an die Analyse durch die Regulierungsbehörden stellen. Ggf. wären zusätzliche neue Kriterien für die Bestimmung von beträchtlicher Marktmacht sinnvoll. Außerdem ist es geboten, dass die Europäische Kommission OTT-Kommunikationsdienste nicht nur als mögliche Wettbewerber für klassische Telekommunikationsdienste begreift, sondern umgekehrt auch untersucht, ob der Wettbewerbsdruck klassischer Telekommunikationsdienste überhaupt ausreicht, um OTT-Kommunikationsdienste zu beeinflussen. All dies sind jedoch wirtschaftswissenschaftliche Fragen, so dass deren Beantwortung den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde.

Hat die Regulierungsbehörde erst einmal beträchtliche Marktmacht auf einem regulierungsbedürftigen OTT-Kommunikationsmarkt festgestellt, ergibt sich die Folgefrage, ob ihr überhaupt sinnvolle Regulierungsmaßnahmen zur Verfügung stehen. Wie meine Analyse ergeben hat, sieht der EKEK die Regulierung von Endnutzermärkten nur noch als subsidiäres Hilfsmittel im Verhältnis zur Regulierung der Vorleistungsmärkte vor. Da OTT-Kommunikationsdienste mangels eigener Infrastruktur ausschließlich auf den Endnutzermärkten tätig sind, bleibt den Regulierungsbehörden nur die Generalklausel des Art. 83 EKEK.

a) Zugangsregulierung

Dass die Regeln zur Zugangsregulierung ausschließlich bei physischen Infrastrukturen Anwendung finden, könnte sich als problematisch erweisen, wenn man durch OTT-Kommunikationsdienste erhobene Daten, sowie die Nutzer dieser Dienste selbst als sogenannte „essential facility“ sieht, also als Infrastruktur, die für den Marktzugang essentiell ist, wie Telekommunikationsnetze oder Eisen-

⁴⁷⁴ So auch *Dewenter*, Wirtschaftsdienst 2016, Heft 4, S. 236 (238 f.); kritisch gegenüber dem aktuellen Marktanalyseverfahren: *Van Gorp/Batura*, Econ Study, S. 50 ff.

⁴⁷⁵ So im Ergebnis auch *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 150 f.

bahnschienen.⁴⁷⁶ Da es sich bei Art. 83 EKEK jedoch um allgemeine Endnutzermarktregulierung und nicht etwa ausschließlich um Entgeltregulierung handelt (s. o. unter IV. 2. a) (3) (e) iv.), kommt eine Quasi-Zugangsregulierung im Anwendungsbereich dieser Norm in Betracht. Solange das der Fall ist, können die Zugangsregulierungsmaßnahmen unproblematisch weiterhin auf physische Infrastrukturen zugeschnitten sein.

b) Endnutzermarktregulierung

Art. 83 EKEK ermöglicht subsidiär eine Regulierung der Endnutzermärkte. Aufgrund der offenen Formulierung der Norm, erlaubt sie es den Regulierungsbehörden auch auf die Besonderheiten der OTT-Kommunikationsdienste einzugehen (s. o. unter IV. 2. a) (3) (e) iv.). Die in Art. 83 Abs. 2 EKEK genannten Beispiele für Regulierungsmaßnahmen sind jedoch ganz überwiegend auf Endnutzerpreise und Tarife zugeschnitten, während OTT-Kommunikationsdienste in der Regel kein monetäres Entgelt von ihren Nutzern verlangen.

Stattdessen stellt sich die Frage, ob über Art. 83 EKEK gegebenenfalls auch die Erhebung personenbezogener Daten und die Aufmerksamkeit für Werbeanzeigen als Äquivalent für ein Entgelt reguliert werden könnten. Zwar werden Daten oft als „Währung des Internets“ bezeichnet⁴⁷⁷, dies darf jedoch nicht so missverstanden werden, dass Daten mit Geld gleichzusetzen wären: Daten eignen sich weder als Wertaufbewahrungsmittel, noch werden sie exklusiv übertragen, sondern ein Nutzer kann die gleichen Daten durchaus auch an mehrere Anbieter „zahlen“. ⁴⁷⁸ Dementsprechend passen Entgeltregulierungsmaßnahmen wie beispielsweise eine Preisfestsetzung nicht zu den Big-Data-Geschäftsmodellen der OTT-Kommunikationsdienste. Dennoch handelt es sich bei Daten – sobald das Unternehmen sie erst erhoben hat – um eine nützliche und wirtschaftlich relevante Ressource: Etwa bei werbebasierten Geschäftsmodellen helfen die Nutzerdaten dem OTT-Anbieter dabei, passendere Werbung für den jeweiligen Nutzer anzuzeigen und damit den Wert der Werbeanzeige für den Werbenden

⁴⁷⁶ Vgl. *Krämer/Wohlfarth*, DEJ 99, S. 71 (76 f.); *Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam*, Metastudie Digitale Wirtschaft, S. 128 f.; dafür *Gabriel*, Unsere politischen Konsequenzen aus der Google-Debatte, S. 5.

⁴⁷⁷ So z.B. *Kuneva*, SPEECH/09/156, v. 31.3.2009.

⁴⁷⁸ Überblick bei *Körber*, ZUM 2017, S. 96; *Dörner*, CR 2014, S. 617 (618); ablehnend auch *Scherer/Feiler/Heinickel/Lutz*, Digitaler Kodex, S. 37; *Paal* in: *Körber/Kühling*, Regulierung – Wettbewerb – Innovation, S. 146 ff; *Schweitzer* in: *Körber/Kühling*, Regulierung – Wettbewerb – Innovation, S. 275 ff.

zu erhöhen.⁴⁷⁹ Daneben können sie zur Preisdifferenzierung verwendet werden: Dieser Ansatz macht sich zunutze, dass unterschiedliche Kunden unterschiedliche Preise zu zahlen bereit sind; Maximalen Gewinn erzielen Unternehmen, wenn sie die Daten haben um von jedem Kunden exakt den Preis zu verlangen, den dieser zu zahlen bereit ist.⁴⁸⁰ Die Daten können außerdem verwendet werden, um Persönlichkeitsprofile anzulegen. Solche Profile können weiter vertrieben werden – z. B. interessieren sich Versicherungsunternehmen dafür – und erhalten so einen eigenen wirtschaftlichen Wert. Es ist daher gut vorstellbar, dass Anbieter, die Zugang zu einer großen Datenmenge haben, diese dafür nutzen können, um Wettbewerber zu behindern oder für den Kunden unvorteilhafte Praktiken durchzusetzen.⁴⁸¹ Wie bereits angesprochen könnte man den Datenschatz eines Unternehmens daher sogar als sogenannte „essential facility“ einstufen zu der Wettbewerbern am Ende doch Zugang gewährt werden müsste.⁴⁸² Allerdings ist dafür erforderlich, dass die entsprechende Infrastruktur nicht duplizierbar ist.⁴⁸³ Dies hat die Europäische Kommission in bisherigen Verfahren verneint, da es viele datenreiche Unternehmen gäbe, Daten also nicht exklusiv seien.⁴⁸⁴

Selbst wenn man Daten als „essential facility“ einstuft, würde es dem grundrechtlich geschützten Datenschutz mit seinen Prinzipien der Zweckbindung und der Datensparsamkeit zuwiderlaufen, diese Bestände einer Vielzahl von Anbietern zugänglich zu machen.⁴⁸⁵ Auch wenn Art. 83 EKEK theoretisch offen genug formuliert ist, um es den Regulierungsbehörden zu erlauben, solche Quasizugangspflichten im Hinblick auf den Datenschatz aufzuerlegen, könnten die Maßnahmen daher im Einzelfall unverhältnismäßig sein. Neben dem Zugang

⁴⁷⁹ Vgl. *Scherer/Feiler/Heinickel/Lutz*, Digitaler Kodex, S. 19 f.; auch für Suchergebnisse bei Suchmaschinen: *Körber*, ZUM 2017, S. 93 (97).

⁴⁸⁰ *Scherer/Feiler/Heinickel/Lutz*, Digitaler Kodex, S. 20.

⁴⁸¹ *Körber*, ZUM 2017, S. 93 (97).

⁴⁸² So *Gabriel*, Unsere politischen Konsequenzen aus der Google-Debatte, S. 5; vgl. jetzt auch den Änderungsvorschlag zu § 18 GWB in: *BMW*, Referentenentwurf zum GWB-Digitalisierungsgesetz, S. 9.

⁴⁸³ EuGH, Rs. C-7/97, Slg. 1998, I-7791, Rn. 46; *Deselaers*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, AEUV Art. 102, Rn. 469; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, AEUV 102, Rn. 334.

⁴⁸⁴ *Europäische Kommission*, Case M.4731, Rn. 364 ff.; *Europäische Kommission*, Case M.7217, Rn. 184 ff.; ablehnend auch *Körber*, ZUM 2017, 93 (99) mwN.

⁴⁸⁵ So auch *Körber*, ZUM 2017, S. 93 (99), aus zivilrechtlicher Sicht auch: *Dorner*, CR 2014, S. 617 (626).

zu Daten wären jedoch Alternativen vorstellbar: z.B. Zugang zu Werbetreibenden, Algorithmen oder den Nutzern selbst (dazu mehr unter dem Stichwort „Interoperabilität“).

Art. 83 EKEK bezieht sich in seinen Beispielkatalogen zwar vorrangig auf Geldpreise, aber diese Kataloge sind nicht abschließend formuliert. Mit dem Begriff „insbesondere“ macht der Europäische Gesetzgeber deutlich, dass er den Regulierungsbehörden ein zwar subsidiäres, jedoch flexibles Werkzeug an die Hand geben wollte. Gerade mit Blick auf die OTT-Kommunikationsdienste können und sollten die nationalen Regulierungsbehörden auch in einer nicht auf Geldpreise bezogenen Weise von der Norm Gebrauch machen, indem sie beispielsweise den Datensammel- und Datenverknüpfungspraktiken marktmächtiger Anbieter Grenzen setzen, zur Offenlegung von fortgeschrittenen Algorithmen verpflichten oder Zugang zum Pool der Werbetreibenden auferlegen. Dabei werden die nationalen Regulierungsbehörden herausarbeiten müssen, wo das Recht des Datenschutzes endet und Regulierungsrecht beginnt⁴⁸⁶: Neben der Erhebung und Verarbeitung von personenbezogenen Daten bleiben als möglicher Gegenstand von Regulierung jedenfalls die nicht personenbezogenen Massendaten des Internets, die bei der Überwachung von Websites und deren Nutzung anfallen. Auch Geodaten und Daten der öffentlichen Verwaltung, die im Zusammenhang mit dem Stichwort „Big Data“ diskutiert werden, fallen nicht in den Anwendungsbereich von DSGVO und E-Privacy-VO. Doch personenbezogene Daten können ebenfalls, obwohl sie mit wirksamer Einwilligung des Nutzers erhoben wurden, in ihrer weiteren Verwendung die Ausnutzung einer marktmächtigen Position sein oder eine solche Position begründen. Das Datenschutzrecht berücksichtigt solche Umstände nicht, daher besteht potentiell Raum für Regulierung.

Der Europäische Gesetzgeber hat im EKEK keineswegs eine „On/Off-Lösung“ gewählt, vielmehr ist den nationalen Regulierungsbehörden ein gestuftes Regulierungskonzept – also z.B. eine weniger strenge Regulierung für OTT-Kommunikationsdienste im Vergleich zu klassischen Telekommunikationsdiensten – möglich.⁴⁸⁷ Die offene Formulierung des Art. 83 EKEK erlaubt es den Mitgliedsstaaten und den nationalen Regulierungsbehörden daher angemessene Lösun-

⁴⁸⁶ Kritisch insoweit *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 170 f., der außerhalb des Datenschutzrecht keinen Raum für Datenregulierung sieht.

⁴⁸⁷ Vgl. zu dieser Befürchtung *Brown*, CLSR 30, S. 357 (357 ff.).

gen für all diese Probleme zu finden. Mit Blick auf Rechtssicherheit und einen einheitlichen Binnenmarkt wäre es jedoch wünschenswert gewesen, wenn im Beispielskatalog des Art. 83 Abs. 2 EKEK auch Maßnahmen deutlich würden, die bei Nullpreisgeschäftsmodellen in Frage kommen. Gegebenenfalls kann die Europäische Kommission in ihren Empfehlungen nachsteuern.

4. Interoperabilität

Der EKEK beschäftigt sich in Art. 61 ganz zentral mit der Interoperabilität der elektronischen Kommunikationsdienste. Der Begriff Interoperabilität oder Interkonnektivität steht dafür, dass zwei oder mehr technisch unterschiedliche Kommunikationsnetze oder –dienste miteinander in der Weise verknüpft sind, dass ein Informationsaustausch von einem Nutzer des einen Anbieters zu einem Nutzer des anderen Anbieters möglich wird.⁴⁸⁸ Das wird oft über einen gemeinsamen technischen Standard der Anbieter erreicht.⁴⁸⁹ Wie unter IV. 2. a) (2) (d) ii. dargestellt enthält Art. 61 EKEK in seinem Abs. 2 c) eine Notfallregelung für nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste: Unter den dort genannten engen Voraussetzungen – die Konnektivität zwischen den Endnutzern muss bedroht sein – können auch große nummernunabhängige Dienste zur Interoperabilität verpflichtet werden. Das heißt im Umkehrschluss, dass Stand jetzt keine Interoperabilitätsverpflichtung für OTT-Kommunikationsdienste, als typischerweise nummernunabhängige Dienste, besteht.⁴⁹⁰

Um diese Rechtslage bewerten zu können, lohnt es sich die Hintergründe der Interoperabilität im Telekommunikationssektor zu durchleuchten: Interoperabilität hat Vor- und Nachteile und ist deshalb kein Selbstzweck.⁴⁹¹ Vielmehr müssen Nachteile wie eine größere Homogenität der Produkte und ein gedros-

⁴⁸⁸ Vgl. *Kerber/Schweitzer*, Interoperability in the Digital Economy, Rn. 5; *Gasser*, Interoperability in the Digital Ecosystem, S. 1.

⁴⁸⁹ *Kerber/Schweitzer*, Interoperability in the Digital Economy, Rn. 5; dazu auch *Gasser*, Interoperability in the Digital Ecosystem, S. 19; *LaRouche/Overwalle*, TILEC Discussion Paper 2014-050, S. 15 ff.

⁴⁹⁰ So auch *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 158.

⁴⁹¹ *Gasser*, Interoperability in the Digital Ecosystem, S. 9 ff.; *LaRouche/Overwalle*, TILEC Discussion Paper 2014-050, S. 15 ff.

selter Innovationswettbewerb bei Schnittstellen und technischen Standards mit den Vorteilen abgewogen werden.⁴⁹²

Verzichtet man auf Interoperabilität zwischen Telekommunikationsnetzen, sind zwei unterschiedliche Folgen vorstellbar: (1) Alle Nutzer, die miteinander kommunizieren wollen, schließen Verträge mit einem einzigen Anbieter; (2) Nutzer sind dazu gezwungen, für jeden Telekommunikationsnetzbetreiber mit erwünschten Kommunikationspartnern eine eigene physische Leitung zu verwenden.⁴⁹³ Beide Varianten sind aus wettbewerbspolitischer Sicht nicht wünschenswert: Variante Eins führt zu einem Monopol – dies widerspricht dem Marktöffnungsgedanken der Auflösung der staatlichen Monopole im Telekommunikationssektor⁴⁹⁴; Variante Zwei führt zu einer Vielzahl von parallelen Infrastrukturen, die von den Wettbewerbern kostenintensiv und ineffizient verlegt werden müsste – dies dürfte zu einem unerwünschten Anstieg der Endkundenpreise führen⁴⁹⁵. Die Ausweitung der Interoperabilitätspflicht auf alle Telekommunikationsdienste begründet der Europäische Gesetzgeber in Art. 61 EKEK mit einer dritten unerwünschten Folge: Die Konnektivität zwischen den Endnutzern könnte gestört sein, wenn sie immer nur einen Teil der gewünschten Gesprächspartner erreichen können. Ähnlich wie die Abwendung zu hoher Endnutzerpreise dient die Sicherstellung der Konnektivität den Interessen der Endnutzer und im Ergebnis der Verbraucher.⁴⁹⁶

Doch die Interoperabilität der Netze und Dienste hat daneben auch eine ganz konkrete wettbewerbsrechtliche Auswirkung: Die in Kommunikationsnetzen besonders starken Netzwerkeffekte werden abgeschwächt, indem ein Netzwerk aus Netzen geschaffen wird, die sich diese Effekte dann teilen, so dass alle Anbieter gemeinsam profitieren.⁴⁹⁷ Zusammengefasst kann die Interoperabilität im Kommunikationssektor Netzwerkeffekte abschwächen, für eine effizien-

⁴⁹² So auch *WAR*, Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten, S. 8 f.; Überblick zu Vor- und Nachteilen: *Kerber/Schweitzer*, Interoperability in the Digital Economy, Rn. 8 ff.

⁴⁹³ Vgl. Darstellung bei *Brown*, CLSR 30, S. 357 (361 f.).

⁴⁹⁴ *Brown*, CLSR 30, S. 357 (362).

⁴⁹⁵ *Brown*, CLSR 30, S. 357 (362).

⁴⁹⁶ Vgl. auch ErwGr. 148 EKEK.

⁴⁹⁷ Vgl. *Kerber/Schweitzer*, Interoperability in the Digital Economy, Rn. 36; *Graef*, Telecommunications Policy 39, Nr. 6, S. 502 (511).

tere Kostenverortung sorgen und durch umfassende Konnektivität der Nutzer eine Grundversorgung mit Kommunikation für alle schaffen.⁴⁹⁸

Bezogen auf OTT-Kommunikationsdienste bedeutet dies Folgendes: Stand jetzt ist sogenanntes Multihoming – also die Verwendung von mehreren OTT-Kommunikationsdiensten parallel – ohne weiteres möglich.⁴⁹⁹ Es ist weder für den Anbieter noch für den Endnutzer mit signifikanten Kosten verbunden, die unterschiedlichen virtuellen Kommunikationslinien aufzubauen. Insofern drohen derzeit weder Variante Eins, Variante Zwei noch Variante Drei der oben genannten Folgen, was einer möglichen Interoperabilitätsverpflichtung, zumindest solange die meisten OTT-Kommunikationsdienste für den Endnutzer kostenfrei bleiben, die teleologische Grundlage entzieht.⁵⁰⁰ Dementsprechend erscheint es konsequent, dass Art. 61 EKEK im Grundsatz keine Interoperabilität von OTT-Kommunikationsdiensten verlangt. Problematisch ist allerdings, dass nicht nur OTT-Kommunikationsdienste, sondern alle nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdienste von der grundsätzlichen Interoperabilitätspflicht ausgenommen sind. Es ist nicht gesagt, dass es künftig nicht auch nummernunabhängige Dienste mit eigener Infrastruktur geben könnte, bei denen der Anbieterwechsel doch wieder mit Kosten verbunden ist. Aufgrund der Zwecke der Interoperabilitätspflicht dürften solche Dienste eigentlich nicht von der Interoperabilitätspflicht ausgenommen werden. Auch diese Stelle im Gesetzeswerk zeigt damit, dass die Unterscheidung zwischen den Typen interpersoneller Kommunikationsdienste nicht zielführend ist.

Sollte sich in Zukunft doch eine teleologische Grundlage für eine Interoperabilitätspflicht bei OTT-Kommunikationsdiensten ergeben, wenn nämlich die Konnektivität der Endnutzer bedroht ist, dann lässt Art. 61 EKEK den Regulierungsbehörden die Möglichkeit, diese Pflicht auch tatsächlich einzuführen. Lässt man Aspekte beträchtlicher Marktmacht außer Acht, die bei Art. 61 EKEK, der ein Teil der symmetrischen Regulierung darstellt, auch keine Rolle spielen dürfen,

⁴⁹⁸ Vgl. auch *Kerber/Schweitzer*, Interoperability in the Digital Economy, Rn. 36.

⁴⁹⁹ Dazu *WAR*, Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten, S. 8.

⁵⁰⁰ Ebenso *Brown*, CLSR 30, S. 357 (362); *Kerber/Schweitzer*, Interoperability in the Digital Economy, Rn. 41; *Gersdorf*, in: *Körper/Kühling*, Regulierung – Wettbewerb – Innovation, S. 204 f.; *Shortall*, ENLR 2, 2016, S. 118 (128 f.); für eine Interoperabilitätsverpflichtung: *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Gutachten Digitale Souveränität, S. 24 f.; *Martínez/Barroso/Valderrama/Calle/González-Calero*, A Level Playing Field for the digital Economy, S. 55.

hat der europäische Gesetzgeber ein abgestuftes Konzept entwickelt, dass im Wege der Verhältnismäßigkeit die Pflicht nur den Anbietern auferlegt, bei denen es auch erforderlich ist.⁵⁰¹

Diese Argumentationsgrundlage trägt jedoch nur soweit, wie sich nicht Marktmacht bei einem oder wenigen Anbietern sammelt. Sobald Endkunden gezwungen sind, bestimmte OTT-Anbieter zu nutzen, z.B. weil ein Großteil der erwünschten Kommunikationspartner nur über diese Anbieter erreichbar ist oder die Nutzung des Dienstes mit bestimmter Hardware gekoppelt wird, wird es problematisch.⁵⁰² Die Endkunden könnten dann beispielsweise nicht mehr die Dienste mit dem für sie günstigsten Datenschutzstandard wählen, ohne auf für sie entscheidende Gesprächspartner oder das bevorzugte Smartphone verzichten zu müssen. Und die personenbezogenen Daten sind die eigentliche Einkommensquelle der OTT-Kommunikationsanbieter, so dass sie einen Anreiz für besonders schwachen Datenschutz haben - ein Umstand, der bei klassischen Telekommunikationsanbietern nicht in der gleichen Brisanz auftritt. Deshalb stellt sich die Frage, ob im Rahmen des EKEK marktmächtige OTT-Kommunikationsdienste zur Interoperabilität verpflichtet werden können.⁵⁰³ Das würde einerseits berücksichtigen, dass Multihoming möglich ist, ließe der Regulierungsbehörde aber die Möglichkeit bei den oben beschriebenen Lock-In-Effekten einzuschreiten. Art. 61 Abs. 2 EKEK statuiert dazu, dass Maßnahmen gemäß Art. 68 EKEK gegenüber Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht unbeschadet bleiben sollen. Art. 68 EKEK verweist wiederum unter anderem auf Art. 73 EKEK, der sich mit Zugangsverpflichtungen auf Vorleistungsebene beschäftigt. Diese Regeln sind jedoch nicht auf OTT-Kommunikationsdienste zugeschnitten: Die Norm spricht von Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen, zu denen marktmächtige Unternehmen Zugang gewähren müssen. Dies deutet darauf hin, dass der Europäische Gesetzgeber physische Infrastrukturen vor Augen hatte, als er die Norm formulierte. Dies wird durch Legaldefinition des Begriffs „Zugang“ in Art. 2 Nr. 27 EKEK unterstrichen, dessen Regelbeispiele sich entweder auf eine physische Infrastruktur beziehen, oder eine physische Infrastruktur voraussetzen. Allerdings lässt sowohl die Legalde-

⁵⁰¹ So im Ergebnis auch *Bulowski*, *Regulierung von Internetkommunikationsdiensten*, S. 158 f.

⁵⁰² So auch *Brown*, *CLSR 30*, S. 357 (363); *Peitz/Schweitzer/Valetti*, *CERRE Study 2014*, S. 53.

⁵⁰³ Für eine solche Lösung: *Peitz/Schweitzer/Valetti*, *CERRE Study 2014*, S. 53 f.; dagegen *Kerber/Schweitzer*, *Interoperability in the Digital Economy*, Rn. 46.

definition nach Art. 2 Nr. 27 EKEK als auch der Regelbeispielkatalog in Art. 73 Abs. 1 S. 2 EKEK mit der Formulierung „unter anderem“ Raum für eine weitergehende Anwendung auch auf Dienste ohne eigene Infrastruktur.

Es stellt sich daher die Frage, warum der Europäische Gesetzgeber in Art. 73 Abs. 1 S. 1 EKEK ausdrücklich von Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen spricht, die gleichzeitig nur ein Teil der Definition von Zugang darstellen. Das lässt sich im Kern nur so lesen, dass mittels Marktregulierungsmaßnahmen nur der Zugang zu genau diesen physischen Aspekten der Kommunikationsnetze und Dienste gewährt werden soll, während alle anderen Arten des Zugangs den symmetrischen Normen der Art. 59 ff. EKEK überlassen sein soll. Dafür sprechen auch die Erwägungsründe 189 bis 191, die sich mit dem Zugang zu Infrastrukturen als Marktregulierungsmaßnahme beschäftigen. Den Zugang zu Kommunikationsdiensten marktmächtiger Anbieter ohne eigene Infrastruktur hatte der Europäische Gesetzgeber offenbar überhaupt nicht im Blick. Vor diesem Hintergrund kann Art. 73 EKEK nicht herangezogen werden, um marktmächtige OTT-Kommunikationsdienste zur Interoperabilität, Zusammenschaltung oder wenigstens zur Zugangsgewährung für Wettbewerber zu verpflichten.

Neben den Maßnahmen nach Art. 68 EKEK bleibt mit Art. 83 EKEK nur die subsidiäre Ermächtigungsgrundlage für die Regulierung von Endkundenmärkten. In der hier betrachteten Situation, in denen es einen oder mehrere OTT-Kommunikationsanbieter mit beträchtlicher Marktmacht gäbe, wäre Art. 83 EKEK vom Wortlaut der Norm ausgehend anwendbar: Die Regulierungsbehörde könnte in der Marktanalyse zum Ergebnis kommen, dass kein wirksamer Wettbewerb vorläge. Sie würde dann feststellen, dass die Instrumente der Regulierung auf Vorleistungsebene ihr nicht ermöglichen, auf das Problem der fehlenden Interoperabilität bei OTT-Kommunikationsdiensten zu reagieren, so dass sie die Ziele des Art. 3 EKEK im Sinne des Art. 83 Abs. 1 b) EKEK nicht erreichen könnte. Die regulatorischen Verpflichtungen, die den marktmächtigen Unternehmen dann auferlegt werden könnten, müssen sich gemäß Art. 83 Abs. 2 S. 1 EKEK an der Art des Problems ausrichten und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahren. Auch dies schließt Zugangs- und Interoperabilitätspflichten nicht aus. Zuletzt ist auch der in Art. 83 Abs. 2 S. 2 EKEK aufgeführte Beispielkatalog nicht abschließend, so dass auch insoweit keine Einwände bestehen. Anders als bei Anbietern mit eigener Infrastruktur kann das zwar nicht auf physischem Weg geschehen. Aber es könnte gegebenenfalls eine Softwarelösung herangezogen

werden.⁵⁰⁴ Alternativ wäre auch ein einheitliches Dateiformat für die übermittelte Kommunikation denkbar, wie es z.B. bei E-maildiensten üblich ist – bei denen wir als Nutzer wie selbstverständlich von einer Interoperabilität ausgehen.

Problematisch ist jedoch, dass Art. 61 EKEK nur Maßnahmen nach Art. 68 EKEK nicht aber Maßnahmen nach Art. 83 EKEK unberührt lässt. Die Erwägungsgründe des EKEK schweigen dazu, warum der Verweis auf Art. 68 EKEK beschränkt bleibt. Es erscheint mir daher möglich, dass der Europäische Gesetzgeber die besondere Situation der OTT-Kommunikationsdienste nicht bedacht und den Zugang zu bzw. die Zusammenschaltung von physischen Infrastrukturen für ausreichend erachtet hat. Es könnte sich jedoch auch um ein Versehen handeln, da Art. 68 EKEK die Schnittstellennorm zu den im Weiteren aufgeführten Regulierungsmaßnahmen ist und der Europäische Gesetzgeber übersehen hat, dass Art. 83 EKEK einen nach neuer Rechtslage systematisch eigenständigen Komplex bildet. So oder so sind die Gefahren, die von marktmächtigen OTT-Kommunikationsdiensten ausgehen, wie oben dargestellt, hoch: Es kann der faktische Zwang für Endnutzer entstehen, nicht nur, aber auch einen Dienst zu nutzen, den sie aufgrund weiterer Umstände eigentlich nicht nutzen wollen. Auch hier stellt sich daher die Frage, worin der sachliche Grund bestehen soll, marktmächtige infrastrukturbasierte Anbieter einer Zugangsregulierung zu unterwerfen und marktmächtige OTT-Anbieter nicht. Der Europäische Gesetzgeber selbst liefert keinen solchen Grund. Darüber hinaus verlangt auch das hinter der Interoperabilitätsverpflichtung stehende Interesse der Endnutzer, dass wenigstens bei marktmächtigen OTT-Kommunikationsanbietern Zugang bzw. eine Zusammenschaltung angeordnet werden kann. Im Ergebnis sollte Art. 61 EKEK gleichheitsrechtskonform so ausgelegt werden, dass der Verweis auf Art. 68 EKEK alle Regulierungsmaßnahmen erfasst. Alternativ könnte Art. 73 EKEK über den Wortlaut hinaus weit ausgelegt werden, so dass er auch auf Anbieter ohne eigene Infrastruktur sinnvoll angewendet werden kann.

Im Ergebnis hat der Europäische Gesetzgeber mit dem symmetrischen Art. 61 EKEK eine ausgewogene Lösung gefunden, die sich am tatsächlichen Bedürfnis nach Interoperabilität ausrichtet. Er hat dabei aber versäumt eine rechtssichere Möglichkeit für die Mitgliedsstaaten und ihre Regulierungsbehörden zu schaffen, marktmächtigen OTT-Kommunikationsanbietern Zugangs- und Interopera-

⁵⁰⁴ So *Brown*, CLSR 30, S. 357 (363).

bilitätspflichten aufzuerlegen. Der Europäische Gesetzgeber sollte hier nachbessern und neben den Verweis auf Art. 68 EKEK auch einen Verweis auf Art. 83 EKEK aufnehmen.

5. Notrufverpflichtung

Meine Analyse des EKEK hat ergeben, dass OTT-Kommunikationsdienste nicht der Notrufverpflichtung unterliegen. Art. 109 Abs. 1 iVm. Abs. 2 EKEK richtet sich nur an öffentliche nummerngebundene interpersonelle Kommunikationsdienste.⁵⁰⁵ Um diese gesetzgeberische Entscheidung zu bewerten, stellt sich zunächst die Frage, ob OTT-Kommunikationsdienste überhaupt technisch dazu in der Lage wären, der Notrufverpflichtung im wünschenswerten Umfang nachzukommen. So können OTT-Kommunikationsdienste etwa die Stabilität der Verbindung nicht garantieren und haben ggf. keinen Zugriff auf den Standort des Endnutzers, so dass sie nicht automatisch eine Verbindung zur richtigen Notdienststelle herstellen können.⁵⁰⁶ Andererseits können das auch klassische Telekommunikationsdienste nicht vollständig sicherstellen: Telekommunikationsleitungen können – beispielsweise durch einen Sturm – beschädigt und die Akkus von Mobilfunkgeräten geleert werden.⁵⁰⁷ Möglich erschiene außerdem ein eigener Notruf-OTT-Kommunikationsdienst, um einen stabilen Zugriff auf Notdienste zu ermöglichen.⁵⁰⁸ Diese Dienste könnte dann so ausgestaltet sein, dass er die oben angesprochenen OTT-Problemfälle so weit wie möglich minimiert: Mittels GPS-Standorterkennung könnte beispielsweise die richtige Notdienststelle ermittelt werden.⁵⁰⁹ Wäre der Dienst in staatlicher Hand oder wäre er jedenfalls strengen Regeln unterworfen, könnte ggf. eine umfassendere Datenerhebung gerechtfertigt sein, als dies bei einfachen OTT-Kommunikationsdiensten der Fall ist. Auch und gerade mit Blick auf Menschen mit Behinderungen ist fraglich, ob Sprachtelefonie überhaupt noch die beste Methode für die Erreichbarkeit von Notdiensten ist.⁵¹⁰ Bulowski schlägt sogar eine vollständige Neugestaltung der Notruffunktionalität vor, so dass diese technisch direkt in das

⁵⁰⁵ So schon *Ofcom*, Regulation of VoIP Services: Access to the Emergency Services.

⁵⁰⁶ *Brown*, CLSR 30, S. 357 (366 f.); *Shortall*, ENLR 2, 2016, S. 118 (126 f.); *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 185; a.A. aber *WAR*, Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten, S. 21.

⁵⁰⁷ Vgl. *Brown*, CLSR 30, S. 357 (367).

⁵⁰⁸ So *Brown*, CLSR 30, S. 357 (367).

⁵⁰⁹ Vgl. *Brown*, CLSR 30, S. 357 (367).

⁵¹⁰ Kritisch: *Brown*, CLSR 30, S. 357 (367).

Kommunikationsgerät integriert ist, unabhängig davon, welchen Kommunikationsdienst man nutzt.⁵¹¹ Damit wäre die Notrufunktionalität von der Frage nach dem eingesetzten Kommunikationsdienst gelöst.

Jedenfalls liegt in der fehlenden Fähigkeit von OTT-Kommunikationsdiensten, den Standort des Nutzers ohne Zuhilfenahme von weiteren Daten, festzustellen ein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung mit infrastrukturbasierten Diensten vor. Infrastrukturbasierte Dienste haben nämlich jederzeit Kenntnis über den Standort des Nutzers – sei es, weil die Lage des Festnetzanschlusses bekannt ist, sei es über die Lage der Mobilfunkzelle, über die sich das Mobiltelefon des Nutzers ins Mobilfunknetz eingewählt hat.⁵¹² Und die sofortige Kenntnis des Standorts des Nutzers kann dem Rettungseinsatz einen entscheidenden zeitlichen Vorteil bringen. Es ist deshalb von der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers gedeckt, OTT-Kommunikationsdienste unter den aktuellen Bedingungen nicht der Notrufverpflichtung zu unterwerfen.

Problematisch könnte es allerdings werden, wenn sich die derzeitige Entwicklung auf den Kommunikationsmärkten weiter fortsetzt und in Zukunft nur noch wenige Nutzer klassische Telekommunikationsdienste verwenden. Im ursprünglichen Entwurf der Kommission sollte es deshalb auf Grundlage des dortigen Art. 59 Abs. 3 – jetzt Art 61 Abs. 3 EKEK – möglich sein, nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten zur Interoperabilität zu verpflichten, wenn der Zugang der Endnutzer zu Notrufdiensten gefährdet ist (dazu schon IV. 2. a) (2) (d)). Dieses Passus wurde im informellen Trilogverfahren ersatzlos gestrichen. Die Auferlegung einer Interoperabilitätspflicht von OTT-Kommunikationsdiensten zu infrastrukturbasierten Diensten hätte den Nutzern dann die Möglichkeit gegeben, die Notrufzentrale über einen notrufverpflichteten Anbieter zu erreichen. Zwar wäre das Problem der fehlenden Standortdaten nicht gelöst, aber dem Interesse der Endnutzer wäre besser gedient, wenn sie überhaupt einen Notruf abgeben könnten, als wenn ihnen diese Möglichkeit komplett verwehrt bliebe.⁵¹³ Es erscheint mir daher unverständlich, warum der Europäische Gesetzgeber vollständig auf eine solche Notfallklausel

⁵¹¹ *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 187 f.

⁵¹² So auch *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 185.

⁵¹³ A. A. *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 186 f., der jedoch davon ausgeht, dass die OTT-Kommunikationsdienste dann zur Standortfeststellung verpflichtet wären.

verzichtet und sie nicht wenigstens durch eine Alternative ersetzt hat. Dadurch drohen in der Zukunft Lücken bei der Notrufabdeckung, die rechtspolitisch jedenfalls nicht wünschenswert sein dürften. Zumindest sollten Endnutzer, wenn sie erwarten, über bestimmte Dienste einen Notruf absetzen zu können, wenigstens ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass dies nicht möglich ist.⁵¹⁴ Der Europäische Gesetzgeber hätte also nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten die Pflicht auferlegen sollen, über die fehlende Notrufmöglichkeit bei Vertragsschluss zu informieren. Richtiger Ort dafür, wäre entweder Art. 102 EKEK oder Annex VIII des EKEK gewesen, auf den Art. 102 verweist.

Insgesamt stellen die Regeln des EKEK zur Notrufverpflichtung für die aktuelle Situation eine ausreichende Lösung dar, die aber nicht entwicklungs offen gestaltet ist und daher ggf. schon bald einer Überarbeitung bedarf.

6. Kundenschutz und OTT

Kundenschutzvorschriften im Kommunikationssektor gehen von einem Machtgefälle zwischen Telekommunikationsanbietern und Verbrauchern aus, das auch bei durch OTT-Kommunikationsdienste erzeugtem intensiverem Wettbewerb nicht wegfällt.⁵¹⁵ Dieses Machtgefälle ergibt sich aus drei Aspekten: Einerseits handelt es sich bei Kommunikation in unserer Gesellschaft um eine grundlegende Dienstleistung – dementsprechend verlangt Art. 87f GG auch, dass der Bund im Telekommunikationswesen für angemessene und ausreichende Dienstleistungen sorgen muss. Endnutzer sind daher auf die Kommunikationsanbieter angewiesen und können nicht ohne weiteres auf deren Dienste verzichten.⁵¹⁶ Hinzu treten die den Netzwirtschaften eigenen Netzwerkeffekte, die

⁵¹⁴ So auch *Brown*, CLSR 30, S. 357 (367); *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 186; vgl. schon *Ofcom*, Regulation of VoIP Services: Access to the Emergency Services, für nummerngebundene Dienste.

⁵¹⁵ *Fetzer*, ZEW Discussion Paper 16-057, S. 19 f.; *Allouet/Le Franc/Marques/Rossi*, Digiworld Economic Journal, Nr. 93, 1. Q. 2014, S. 99 (102 f.); *Martínéz/Barroso/Valderrama/Calle/González-Calero*, A Level Playing Field for the digital Economy, S. 46 ff; *Wissenschaftliche Dienste des Bundestags*, WD 10 - 3000 - 060/16, S. 10; *Eifert*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Band I, § 23 Rn. 14 f.; *Potthoff*, Telekommunikationsrecht und Verbraucherschutz, S. 9 f; a.A. wohl *Grünwald/Nüßing*, MMR 2016, S. 91 (96).

⁵¹⁶ Ähnlich auch *BEREC*, BoR (15) 206, S. 40; ebenso *Fetzer*, ZEW Discussion Paper 16-057, S. 19 f.; *Allouet/Le Franc/Marques/Rossi*, Digiworld Economic Journal, Nr. 93, 1. Q. 2014, S. 99 (102 f.); *Martínéz/Barroso/Valderrama/Calle/González-Calero*, A Level Playing

eine Dynamik entwickeln können, die es Endnutzern ebenfalls erschwert, ohne den jeweiligen Anbieter auszukommen (dazu schon I. 4.). Und zuletzt ist die Kommunikation der Endnutzer ein Aspekt ihrer Privat- oder sogar Intimsphäre, der dem Zugriff der Kommunikationsanbieter ausgesetzt und deshalb schutzbedürftig ist (s.o. unter II. 3 und 4). Deshalb sind die Kundenschutzvorschriften im Sektor der elektronischen Kommunikation auch traditionell marktmachtunabhängig ausgestaltet.⁵¹⁷

Die Kundenschutzvorschriften müssen darüber hinaus auch diensttypenneutral sein. Denn aus Sicht der Endnutzer ist nur mittelbar relevant, welche technischen Unterschiede zwischen Diensten bestehen oder welche ökonomischen Gefahren auf bestimmten Märkten drohen – nämlich erst dann, wenn die Unterschiede und Gefahren in Qualitätsmängel oder missbräuchliche Preise umschlagen. Es kommt ihnen vielmehr darauf an, dass Gefahrenlagen für sie selbst bei Diensten, die eine gleiche soziale Funktion übernehmen, auch gleich aufgelöst werden.⁵¹⁸ Und diese Funktion ist, sowohl bei OTT-Kommunikationsdiensten wie bei klassischer Telekommunikation, vor allem eines: Man kann damit kommunizieren.⁵¹⁹ OTT-Kommunikationsdienste werden durch die Endkunden daher immer öfter als Substitute für die klassischen Telekommunikationsdienste wahrgenommen (siehe schon oben unter I 4.).⁵²⁰ Vertraut ein Verbraucher seine Kommunikation einem Dienstleister an, entstehen daraus bestimmte Gefahrenlagen – z.B. für die Inhalte der Kommunikation und personenbezogene Daten⁵²¹, aber auch durch das bereits angesprochene Machtgefälle zwischen Anbieter und Endnutzer. Diese Gefahrenlagen knüpfen an der Funktion des Dienstes an und sind deshalb für alle Typen von Kommunikationsdiensten gleich.⁵²² Hinzu tritt der Umstand, dass sich OTT-Kommunikationsdienste ä-

Field for the digital Economy, S. 46 ff; *Wissenschaftliche Dienste des Bundestags*, WD 10 - 3000 - 060/16, S. 10; *Eifert*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, *Besonderes Verwaltungsrecht*, Band I, § 23 Rn. 14 f.; *Potthoff*, *Telekommunikationsrecht und Verbraucherschutz*, S. 9 f.

⁵¹⁷ *Fetzer*, ZEW Discussion Paper 16-057, S. 27.

⁵¹⁸ So auch *Pinho/Vargens*, (De)Regulation of VoIP in telecom industry, S. 7 f.

⁵¹⁹ Vgl. auch *Brown*, CLSR 30, S. 357 (360).

⁵²⁰ Vgl. Darstellung bei *Fetzer*, ZEW Discussion Paper 16-057, S. 10 ff.; so auch *Alouet/Le Franc/Marques/Rossi*, *Digiworld Economic Journal* 93, 2014, S. 102 ff.

⁵²¹ Vgl. für Standortdaten Darstellung in *Scherer/Feiler/Heinickel/Lutz*, *Digitaler Kodex*, S. 14; bei der Kommunikation, *Roßnagel*, *KJ* 1990, S. 267 (272); allgemein auch *Paal*, in: *Körper/Kühling, Regulierung – Wettbewerb – Innovation*, S. 147 f.

⁵²² So auch *Fetzer*, ZEW Discussion Paper 16-057, S. 19 f.; *Allouet/Le Franc/Marques/Rossi*, *Digiworld Economic Journal*, Nr. 93, 1. Q. 2014, S. 99 (102 f.); *Martínez/Barroso/*

ßerlich kaum von klassischen Telekommunikationsdiensten unterscheiden: Gerade bei Kurznachrichtendiensten gibt es eine ähnliche Eingabemaske und überall wählt man aus einem Adressbuch aus.⁵²³ Wenn für klassische TK-Dienste und OTT-Kommunikationsdienste unterschiedliche Daten- und Verbraucherschutzregelungen gelten, besteht daher die Gefahr, dass die Endnutzer sich über das Schutzniveau der Dienste täuschen könnten, die sie als austauschbar empfinden.⁵²⁴

Gerade in Vertragsverhältnissen, in denen der Endnutzer kein monetäres Entgelt zahlt, sondern dem Anbieter ein vertragliches Recht auf Erhebung seiner Daten einräumt, erscheint es besonders wichtig, dass der Nutzer genau darüber informiert wird, was für einen „Deal“ er da eigentlich eingeht.⁵²⁵ Zumal sich die Einwilligung in die Weitergabe von personenbezogenen Daten für die Betroffenen meist kaum als „Preis“ darstellt: Daten sind keine knappe Ressource und es bedeutet für den Betroffenen keinen Aufwand, dass sie neben seiner Nutzung erhoben werden.⁵²⁶ Zu berücksichtigen ist allerdings, dass nicht nur die Dienstanbieter, sondern auch die Verbraucher selbst ein Interesse an der Nutzung ihrer Daten haben können. Bestimmte Vorschläge zu Verbraucherschutzregelungen schießen daher über das Ziel hinaus: So könnte z.B. eine Datensperre bis zum Ablauf einer Widerrufsfrist⁵²⁷ zu vom Kunden unerwünschten Ergebnissen, wie etwa langen Wartezeiten vor Dienstbeginn, führen.⁵²⁸

Valderrama/Calle/González-Calero, A Level Playing Field for the digital Economy, S. 46 ff; *Wissenschaftliche Dienste des Bundestags*, WD 10 - 3000 - 060/16, S. 10; *Eifert*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, *Besonderes Verwaltungsrecht*, Band I, § 23 Rn. 14 f.; *Potthoff*, *Telekommunikationsrecht und Verbraucherschutz*, S. 9 f; a.A. wohl *Grünwald/Nüßing*, MMR 2016, S. 91 (96).

⁵²³ Vgl. *Allouet/Le Franc/Marques/Rossi*, *Digiworld Economic Journal*, Nr. 93, 1. Q. 2014, S. 99 (102 f.).

⁵²⁴ So auch *Allouet/Le Franc/Marques/Rossi*, *Digiworld Economic Journal*, Nr. 93, 1. Q. 2014, S. 99 (102 f.).

⁵²⁵ Vgl. *Brown*, CLSR 30, S. 357 (368); *Schweitzer* in: *Körper/Kühling*, *Regulierung – Wettbewerb – Innovation*, S. 276 f.; *WAR*, *Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten*, S. 13; *BMWi*, *Wettbewerbsrecht 4.0*, S. 15.

⁵²⁶ Vgl. Darstellung bei *Schweitzer* in: *Körper/Kühling*, *Regulierung – Wettbewerb – Innovation*, S. 275 ff.; *Krämer/Wohlfarth*, *DEJ 99*, S. 71 (76 f.); *Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam*, *Metastudie Digitale Wirtschaft*, S. 128 f.

⁵²⁷ Wie vom 71. Deutschen Juristentag gefordert.

⁵²⁸ Vgl. *Körper*, *ZUM 2017*, S. 93 (96).

Ein weiterer Aspekt, der zunehmend an Bedeutung gewinnt, ist, dass durch das Zusammenspiel aus Big Data und selbstlernenden Algorithmen Gefahrenlagen für die Endnutzer entstehen, die völlig neu und durch Kundenschutzregulierung noch gar nicht erfasst werden: Es besteht nun die immer realistischere Möglichkeit zur Verhaltensdiskriminierung.⁵²⁹ Das heißt einerseits, dass Anbieter digitaler Dienste auf Grundlage angehäufter Daten von jedem Nutzer den Preis verlangen können, den dieser gerade noch zu zahlen bereit ist.⁵³⁰ Andererseits können sie automatisch für jeden Nutzer eine eigens zugeschnittene virtuelle Umgebung schaffen, die ihn mit Mitteln wie gezielter Werbung oder auch der Art und Reihenfolge der Platzierung von Produkten auf Einkaufsportalen zum Kauf manipuliert.⁵³¹

Trotz des generellen Machtgefälles zwischen Kommunikationsanbieter und Nutzer ist der Abschnitt zu den Verbraucherschutzvorschriften im EKEK jedoch überwiegend auf nummernabhängige Kommunikationsdienste zugeschnitten. Neuartige Gefahrenlagen greift der Europäische Gesetzgeber überhaupt nicht auf.

a) Informationspflichten

Dabei berücksichtigt der Europäische Gesetzgeber durchaus das Bedürfnis der Endnutzer nach ausreichenden Informationen: Mit Art. 102 EKEK wendet der EKEK seine Informationspflichten auf nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste und damit die typischen OTT-Kommunikationsdienste an. Diese Norm verpflichtet die Anbieter jedoch nicht, im Detail über die Verwendung erhobener personenbezogener Daten und etwaige Verträge für gezieltes Werben aufzuklären. Art. 102 EKEK und die Kataloge, auf die er verweist, enthalten zwar viele Informationspflichten zu Preisgestaltung und ähnlichem, sie zielen jedoch nicht auf die „Währung des Internets“ – personenbezogene Daten und Aufmerksamkeit für Werbung – ab.⁵³² Man mag an dieser Stelle anführen, dass Informationspflichten zur Datenverarbeitung im EKEK auch falsch

⁵²⁹ Dazu eindringlich *Ezrachi/Stucke*, *Virtual Competition*, S. 83 ff.

⁵³⁰ *Ezrachi/Stucke*, *Virtual Competition*, S. 84 f.

⁵³¹ Vgl. Darstellung zu Behavioral Discrimination bei *Ezrachi/Stucke*, *Virtual Competition*, S. 101 ff.

⁵³² Ähnlich auch *Bulowski*, *Regulierung von Internetkommunikationsdiensten*, S. 167 f. der unterschiedliche Transparenzvorschriften für klassische und OTT-Kommunikationsdienste fordert.

aufgehoben wären und mit der DSGVO und potentiell der E-Privacy-VO Gesetzeswerke bereitstehen, die ausreichende Informationspflichten vorsehen.⁵³³ Denn wie für den E-Privacy-VO-Entwurf unter IV. 2. b) gezeigt, wird die Erhebung personenbezogener Nutzerdaten in der Regel von einer Einwilligung abhängen. Damit die Nutzer eine wirksame Einwilligung abgeben können, ist eine ausreichende Informationslage notwendig.⁵³⁴ Das heißt, dass der Datenerheber darüber aufklären muss, wer welche Daten zu welchem Zweck wie lange nutzen dürfen soll.⁵³⁵ Das reicht jedoch nicht aus, um dem Endnutzer zu vermitteln, welchen Wert seine Daten überhaupt für den Anbieter haben: Die Informationen, die nach der DSGVO gegeben werden müssen, sagen nichts darüber aus, wie das Geschäftsmodell des Anbieters aussieht oder was mit etwaigen Produkten, die aus den jeweiligen Daten entstehen, in der Folge geschieht. Aufgrund der besonderen Gefahrenlage, die sich aus dem Verhältnis zwischen Kommunikationsanbieter und Endnutzer ergibt, erscheint es vielmehr gerechtfertigt, von den Anbietern zu verlangen, dass sie ihren Nutzern auch mitteilen, wie die personenbezogenen Daten zur Profilbildung genutzt werden, wer als potentieller Kunde für Persönlichkeitsprofile in Frage kommt und wie der Algorithmus arbeitet, der angelegte Profile mit gezielter Werbung verknüpft.⁵³⁶

Bulowski ist dagegen der Ansicht, dass Transparenzvorschriften auf ein Minimum reduziert werden sollten und verweist in diesem Zusammenhang auf den Grundsatz „weniger ist mehr“.⁵³⁷ Er fürchtet, dass Verbraucher von der „Informationsflut“ überfordert sein könnten.⁵³⁸ Dem lässt sich jedoch entgegen halten, dass präzise auf OTT-Kommunikationsdienste zugeschnittene Informationspflichten nicht zwingend auch ein Mehr an Informationen bedeuten: Dem Verbraucher soll eine selbstbestimmte Entscheidung ermöglicht werden. Die Informationen, die dafür notwendig sind, müssen ihm auch erteilt werden. Notwendig für die Entscheidung sind bei unterschiedlichen Diensttypen auch unterschiedliche Informationen. Der Europäische Gesetzgeber hat es aus meiner

⁵³³ So WAR, Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten, S. 11.

⁵³⁴ Vgl. Begriffsbestimmung „Einwilligung“ in Art. 4 Nr. 11 DSGVO.

⁵³⁵ Ernst, in: Paal/Pauly, DSGVO BDSG, DSGVO Art. 4, Rn. 83; Klement, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, DSGVO Art. 7, Rn. 72; Schulz, in: Gola, Datenschutz-Grundverordnung, Art. 7, Rn. 34.

⁵³⁶ Ähnlich auch Sachverständigenrat für Verbraucherfragen, Gutachten zur digitalen Souveränität, Juni 2017, 20 ff.

⁵³⁷ Bulowski, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 167 f.

⁵³⁸ Bulowski, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 167 f.

Sicht daher versäumt, den Interessen der Verbraucher mit einem differenzierten und (auch) auf OTT-Kommunikationsdienste zugeschnittenen System in Art. 102 EKEK gerecht zu werden.

Der Europäische Gesetzgeber schafft an dieser Stelle auch nur scheinbar ein Level Playing Field, da Anbieter von Kommunikationsdiensten gegen Geld von deutlich umfassenderen Informationspflichten betroffen werden, als Anbieter, die ein anderes Geschäftsmodell verfolgen. Anders als bei der grundsätzlichen Unterscheidung zwischen nummerngebundenen und nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten im EKEK (s.o.) handelt es sich dabei jedoch nicht per se um einen Gleichheitsverstoß: Zwar liegt eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem im Sinne der Art. 20 GRC, Art. 3 GG – zwischen Diensten mit monetären und Diensten mit anderen Geschäftsmodellen – vor. Es ist jedoch nicht willkürlich, von einem grundsätzlichen Unterschied zwischen Geldpreisen und anderen Gegenleistungen auszugehen. Dieser Unterschied kann einen gewichtigen sachlichen Grund für die Ungleichbehandlung darstellen. Zwar handelt es sich sowohl bei Geldleistungen als auch bei personenbezogenen Daten bzw. Aufmerksamkeit für Werbung um einen wirtschaftlichen Gegenwert. Anders als Geld sind die Alternativen jedoch duplizierbar und können mehreren Anbietern gleichzeitig überlassen werden.⁵³⁹ Sie sind auch nicht in dem Sinne knapp, dass der Endnutzer übertölpelt werden und plötzlich ohne ein ausreichendes Vermögen dastehen könnte. Und man kann beides auch nicht im sachenrechtlichen Sinne übereignen, so dass dem Anbieter ausschließliche Rechte daranzukommen.⁵⁴⁰ Es ist daher von der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers gedeckt, wenn er diese Geschäftsmodelle unterschiedlich behandeln will. Den Interessen der Verbraucher kommt auch kein verfassungsrechtlich so hoher Rang zu, dass der Europäische Gesetzgeber gezwungen wäre, den maximalen Schutz für sie zu erreichen (zum Interessenausgleich durch das Regulierungsrecht schon II. 10.).

Allerdings versäumt er an dieser Stelle aus meiner Sicht den Blick in die Zukunft: Geht die Entwicklung weiterhin weg von den klassischen und hin zu den OTT-Kommunikationsdiensten kann das Nullpreisgeschäftsmodell schon bald der

⁵³⁹ Körber, ZUM 2017, S. 96; Dörner, CR 2014, S. 617 (618); Scherer/Feiler/Heinickel/Lutz, Digitaler Kodex, S. 37; Paal in: Körber/Kühling, Regulierung – Wettbewerb – Innovation, S. 146 ff; Schweitzer in: Körber/Kühling, Regulierung – Wettbewerb – Innovation, S. 275 ff.

⁵⁴⁰ Körber, ZUM 2017, S. 93 (96.); Paal/Hennemann, NJW 2017, S. 1697 (1698).

Regelfall sein, ohne dass der europäische Rechtsrahmen dem Rechnung tragen würde. Aus rechtspolitischer Sicht halte ich die Lösung des EKEK daher für nicht weitgehend genug und damit kritikwürdig.⁵⁴¹

b) Weitere Verbraucherschutznormen

Während die Informationspflichten des Art. 102 EKEK auf OTT-Kommunikationsdienste Anwendung finden – auch wenn sie meines Erachtens nicht weit genug gehen – gilt das für viele der weiteren Verbraucherschutzvorschriften des EKEK nicht. Neben den Informationspflichten gelten noch die sie flankierenden Transparenzvorschriften der Art. 103, 104 EKEK und das Endnutzerdiskriminierungsverbot nach Art. 99 EKEK. Letzteres dürfte zwar aktuell eine untergeordnete Rolle spielen, da die OTT-Kommunikationsanbieter gerade davon profitieren, ein einheitliches Angebot über das Internet an alle Nutzer erbringen zu können. Dies könnte sich in Zukunft jedoch durchaus ändern, so dass eine einheitliche Anwendung dieses wichtigen Grundsatzes sehr sinnvoll erscheint. Dagegen sind die Regeln zur Vertragslaufzeit und –kündigung ebenso wenig auf typische OTT-Kommunikationsdienste anwendbar, wie die Rechte beim Anbieterwechsel (siehe V. 7.) und die Notrufverpflichtung (siehe bereits V. 5.).

Das erscheint auf den ersten Blick sinnvoll, da diese Regeln zu allererst auf Verträge zugeschnitten sind, die auf Geldleistungen basieren.⁵⁴² Aus Art. 105 EKEK spricht z.B. deutlich das Ziel des Europäischen Gesetzgebers, eine Knebelung des Endnutzers durch zulange Vertragslaufzeiten (Abs. 1) oder zu hohe Kosten bei der Kündigung (Abs. 2 und Abs. 4) zu verhindern. Beide Probleme werden sich derzeit bei OTT-Kommunikationsdiensten nicht stellen. Es ergeben sich jedoch zwei Probleme: Die Regeln knüpfen nicht an der Ausgestaltung des Vertrages an, sondern erneut an der Frage, ob die jeweiligen Kommunikationsdienste nummerngebunden oder nummernunabhängig sind. Die Gefahrenlage, der diese Regeln begegnen wollen, läge jedoch auch bei OTT-Kommunikationsdiensten vor, die zwar nummernunabhängig aber gegen Geld erbracht werden.⁵⁴³ Auch bei solchen Diensten könnte der Wechsel zu einem anderen Dienst dadurch verhindert werden, dass der Endnutzer sich aufgrund der laufenden Kosten an seinen alten Anbieter gebunden fühlt. Auch die Möglichkeit des

⁵⁴¹ A. A. *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 181.

⁵⁴² So *Gersdorf*, in: Körber/Kühling, Regulierung – Wettbewerb – Innovation, S. 205 ff.

⁵⁴³ So auch *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 171.

Multihomings ändert daran nichts: Zwar könnte der Endnutzer parallel weitere Dienste nutzen, an seinen alten Anbieter bleibt er dennoch gebunden.⁵⁴⁴

Auch hier muss also die Frage nach einem sachlichen Grund für die Ungleichbehandlung gestellt werden. An den unterschiedlichen Geschäftsmodellen hängt die gesetzgeberische Entscheidung offensichtlich nicht, denn der Anwendungsbereich der Norm knüpft gerade nicht an ihnen an, und aus den unterschiedlichen Typen interpersoneller Kommunikationsdienste kann – wie bereits diskutiert – ebenfalls kein sachlicher Grund entnommen werden. Ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung ist damit nicht ersichtlich.⁵⁴⁵ Aus verfassungsrechtlicher Sicht wäre es besser gewesen, die Regeln zur Vertragslaufzeit und – Kündigung am Geschäftsmodell auszurichten, wenn der Europäische Gesetzgeber sich schon für eine Herausnahme der Null-Preis-Modelle entscheidet. Doch schon diese Entscheidung kann hinterfragt werden: Wenn – wie gezeigt – die Gefahrenlage für Verbraucher bei klassischen wie OTT-Kommunikationsdiensten die gleiche ist, dann wäre es folgerichtig gewesen, ganz neue Regelungen zu schaffen, die auch die besondere Vertragsgestaltung bei Null-Preis-Modellen in den Blick nimmt.

Zwar sind die aktuellen Vertragslaufzeits- und Kündigungsvorschriften nicht sinnvoll auf typische OTT-Kommunikationsdienste anwendbar, da die Kündigung des Vertrags in der Regel ohne Weiteres – sprich durch das Löschen der App – möglich ist und die Verträge nicht mit Kosten verbunden sind. Das heißt jedoch nicht, dass der Europäische Gesetzgeber nicht Regeln hätte schaffen können, die zur tatsächlichen Situation auf den Kommunikationsmärkten passt. Zumal, wie bereits angesprochen, sich die Situation in Zukunft, soweit absehbar, weiter in Richtung der Nullpreismodelle verschieben wird. Aktuell wird man aber aus den Unterschieden zwischen monetären und Null-Preis-Geschäftsmodellen noch einen sachlichen Grund für eine Ungleichbehandlung ableiten könne.

⁵⁴⁴ So auch *Kühling*, in: Körber/Kühling, Regulierung – Wettbewerb – Innovation, S. 176 f.; die Möglichkeit sieht auch *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 173.

⁵⁴⁵ So im Ergebnis schon *Scherer/Heckmann/Heinickel/Kiparski/Ufer*, CR. 2017, S. 197 (201).

c) Fazit

Den Europäischen Gesetzgeber gelingt es nicht, mit den Endnutzerschutzregeln des EKEK sein Ziel zu erreichen, gleiche Ausgangsbedingungen für alle Marktteilnehmer zu schaffen.⁵⁴⁶ Zwar weitet er insbesondere die Informationspflichten auch auf OTT-Kommunikationsdienste aus, er bleibt jedoch in seiner Ungleichbehandlung von nummerngebundenen und nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten verhaftet. Viele der nicht anwendbaren Regeln sind tatsächlich auf andere Geschäftsmodelle zugeschnitten, als sie typische OTT-Kommunikationsanbieter verfolgen, so dass sich ein sachlicher Grund für diese Ungleichbehandlung finden lässt. In Anbetracht der Ziele des Europäischen Gesetzgebers wäre es jedoch folgerichtig gewesen, Regeln zu schaffen, die die Endnutzer auch in mit den monetären Geschäftsmodellen vergleichbaren oder sogar darüber hinausgehenden Gefahrenlagen schützen.⁵⁴⁷ Beispielsweise hätte der Europäische Gesetzgeber den Schutz der Endnutzer vor diskriminierenden Algorithmen⁵⁴⁸ oder besondere Kündigungsrechte bei übermäßiger Datenerhebung vorsehen können.⁵⁴⁹ Die Normen, wie sie sich jetzt darstellen, könnten schon bald nicht mehr zur Wirklichkeit der Kommunikationsmärkte passen.

7. Nummern- und Datenportabilität

Der EKEK enthält mit Art. 106 eine Norm, die sich mit der Rufnummernmitnahme bei einem Anbieterwechsel beschäftigt. Indem dem Endnutzer das Recht auf Rufnummernmitnahme eingeräumt wird, soll ihm der Wechsel zwischen Anbietern vereinfacht und dadurch der Wettbewerb auf den Endkundenmärkten verstärkt werden (dazu IV. 2. a) (2) (f) vii).⁵⁵⁰ Diese Norm gilt für alle Anbieter; da es aber um die Mitnahme von Rufnummern geht, fallen faktisch nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste nicht in den

⁵⁴⁶ Kritisch auch: *Scherer/Heinickel*, MMR 2017, 71 (76); insbesondere gegen die Anknüpfung an technischen Aspekten: *Bundesrat*, Bundesratsdrucksache 612/1/16, Rn. 32.

⁵⁴⁷ Ähnlich *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 181 f.

⁵⁴⁸ Vgl. dazu auch *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Gutachten Digitale Souveränität, S. 21; zur Diskriminierung durch Algorithmen eindringlich *Ezrachi/Stucke*, Virtual Competition, S. 83 ff.

⁵⁴⁹ Vgl. zum Schutz des Verbrauchers bei datenfinanzierten Diensten *Schweitzer*, in: Körper/Kühling, Regulierung – Wettbewerb – Innovation, S. 284 ff.; *WAR*, Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten, S. 11 f.

⁵⁵⁰ Vgl. Erwägungsgrund 278.

Anwendungsbereich. Das ist aus Gleichheitsgesichtspunkten zunächst unproblematisch, da nur Dienste, die eine Rufnummer anbieten, auch sinnvollerweise zur Rufnummernübertragung verpflichtet werden können. Bei OTT-Kommunikationsdiensten könnte allerdings das Nutzerprofil als Äquivalent zu den Rufnummern angesehen werden. Insbesondere der Nutzernamen stellt im digitalen Bereich ein mögliches Identifikationsmerkmal dar, das der Endnutzer als ebenso wichtig oder mittlerweile sogar wichtiger empfinden könnte, als seine Rufnummer. Zur Vereinfachung des Anbieterwechsels könnte auch die Übertragung von vom Nutzer getätigte Einstellungen, z.B. in Bezug auf den Datenschutz, beitragen. Bei OTT-Kommunikationsdiensten tritt außerdem der interessante Anwendungsfall der Mitnahme von Kommunikationsinhalten – z. B. alle empfangenen Kurznachrichten – hinzu.⁵⁵¹

Eine Regelung zur Profilmitnahme hat es zwar nicht in den EKEK geschafft, das Recht auf Datenübertragbarkeit aus Art. 20 DSGVO könnte jedoch eine vergleichbare Rolle spielen. Tatsächlich verfolgt das Recht auf Datenübertragbarkeit auch eine ähnliche Zielrichtung, wie die Nummernübertragbarkeit (siehe IV. 2. c)), dennoch kann es nicht vollständig als Äquivalent angesehen werden: Es wird dem Nutzer zwar ermöglicht seine personenbezogenen Daten, also z.B. seine Einstellungen, automatisch übertragen zu lassen – oder mittels eines standardisierten Dateiformats selbst zu übertragen –, allerdings fehlt die Identifikationsbedeutung, die der Rufnummer zukommt. Oder zukam, da die Bedeutung der Rufnummern aktuell stark abnimmt (siehe V. 1.). Denn eine Rufnummer kann jeweils nur einmal vergeben werden, so dass eine gewisse Ausschließlichkeit besteht.⁵⁵² Bei einem Nutzernamen ist das nicht so.⁵⁵³ Theoretisch kann der gleiche Nutzernamen bei einer beliebigen Anzahl von Anbietern von jeweils unterschiedlichen Nutzern registriert werden. Dieser Unterscheid liegt darin begründet, dass anders als bei den klassischen Telekommunikationsdiensten für nicht interoperable Dienste kein technischer Grund für eine Ausschließlichkeit von Identifikationsmerkmalen besteht.

⁵⁵¹ Vgl. *Scherer/Feiler/Heinickel/Lutz*, Digitaler Kodex, S. 38.

⁵⁵² Vgl. *Graef*, Telecommunications Policy 39, Nr. 6, S. 502 (508); *WAR*, Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten, S. 10.

⁵⁵³ So auch *Shortall*, ENLR 2, 2016, S. 118 (128); *WAR*, Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten, S. 10.

Das bedeutet allerdings nicht, dass der Europäische Gesetzgeber gezwungen wäre, einen einheitlichen Identifikationsraum im Internet zu schaffen. Es besteht kein grundrechtlicher Schutzauftrag an den Gesetzgeber, dem Einzelnen eine Identifikation im Internet zu ermöglichen. Vielmehr lässt sich aus all dem ableiten, dass es einen sachlichen Grund für diese spezifische Ungleichbehandlung von nummerngebundenen und nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten gibt.

Indem der Europäische Gesetzgeber das Recht auf Datenübertragbarkeit geschaffen hat, verfolgt er das Ziel, auch bei OTT-Kommunikationsdiensten den Anbieterwechsel für Endnutzer möglichst zu vereinfachen, berücksichtigt dabei aber die besondere Situation der Märkte des Internets. Es stellt sich allerdings die Frage, ob die Nutzer nicht immer größere Mengen an neuen Profilen anlegen, anstatt den vorherigen Anbieter wirklich zu verlassen – und ob es wettbewerbsrechtlich problematisch ist, dass es dann keine oder kaum echte Anbieterwechsel gäbe.⁵⁵⁴ Gerade dadurch, dass personenbezogene Daten als „Währung des Internets“ duplizierbar sind, können Anbieter, deren Nutzer „abwandern“ weiterhin von den bereits erhobenen Daten profitieren. Und solange die Nutzer weder zur Löschung ihrer Daten auffordern, noch ihr Profil beim alten Anbieter tatsächlich aufheben, kommt auch keine Löschpflicht nach Art. 17 DSGVO in Betracht.⁵⁵⁵ Denn Art. 17 DSGVO setzt ein Verlangen der Löschung durch den Betroffenen oder einen besonderen Lösungsgrund voraus: Man könnte höchstens noch Art. 17 Abs. 1 a) DSGVO (Die personenbezogenen Daten sind für die Zwecke, für die sie erhoben oder auf sonstige Weise verarbeitet wurden, nicht mehr notwendig) heranziehen. Allerdings ist bei Fortbestehen des Profils nicht ausgeschlossen, dass der Nutzer den Dienst weiter nutzen will und die Daten wurden darüber hinaus oft auch noch für Zwecke der Werbung und Profilbildung erhoben, die nicht einfach wegfallen, so dass Art. 17 Abs. 1 a) DSGVO häufig nicht einschlägig sein wird.

Darüber hinaus erfasst das Recht auf Datenportabilität gemäß Art. 20 Abs. 1 DSGVO nur Daten, die auch vom Nutzer selbst bereitgestellt wurden (s. o. unter IV. 2. c) (2)). Die für OTT-Kommunikationsanbieter besonders wichtigen Kommunikationsdaten – inklusive Kommunikationsinhalte, die man nicht selbst ver-

⁵⁵⁴ So *Brown*, CLSR 30, S. 357 (364), a.A. *Europäische Kommission*, Case M.7217, Rn. 113.

⁵⁵⁵ So auch *Jülicher/Röttgen/v. Schönfeld*, ZD 2016, S. 358 (360).

schickt, sondern die einem zugesendet wurden – müssen daher nicht übertragen werden.⁵⁵⁶ Es kommt daher zwar nicht zu einem klassischen Lock-In-Effekt in dem Sinne, dass Nutzer aufgrund zu hoher Kosten nicht zu anderen Anbietern wechseln, aber die personenbezogenen Daten der Nutzer sind „eingelocked“ und der ursprüngliche Anbieter hat weiter Zugriff auf sie, selbst wenn der Nutzer nun einen neuen Anbieter bevorzugt.⁵⁵⁷ Der Europäische Gesetzgeber hätte deshalb, wollte er das Schutzniveau des Endnutzers von OTT-Kommunikationsdiensten tatsächlich dem bei nummerngebundenen Diensten anpassen, auch eine Löschpflicht für den alten Anbieter bei Datenmitnahme nach Art. 20 DSGVO statuieren sollen. In dem er dies versäumt hat, schafft er eine Situation, die nicht nur zu wettbewerbsrechtlich problematischen Datenansammlungen bei einzelnen Anbietern führen kann, sondern in der die Nutzer auch nicht die vollständige Kontrolle über ihre persönlichen Daten haben. Damit liegt auch vor dem Hintergrund des Rechts auf den Schutz personenbezogener Daten gemäß Art. 8 GRCh und Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG eine nicht zufriedenstellende Rechtslage vor.⁵⁵⁸

Es bleibt daher festzuhalten, dass die Regeln zur Datenmitnahme zwar positiv ausreichen, um ein der Rufnummernmitnahme vergleichbares – wenn auch nicht gleiches – Recht für den Endnutzer zu schaffen. Der Europäische Gesetzgeber hätte dieses Recht auf Datenmitnahme jedoch negativ mit einer Löschpflicht beim ursprünglichen Anbieter verbinden sollen, da nun eine völlige Bedeutungslosigkeit des Anbieterwechsels droht.

8. Fernmeldegeheimnis

Der Schutz des Fernmeldegeheimnisses ist verfassungsseitig durch Art. 7 GRCh und Art. 10 GG vorgegeben (s. schon o. unter II 3.). Im Kern geht es um den Schutz von Kommunikationsinhalten, die über eine gewisse Distanz unter Zuhilfenahme von elektronischen Mitteln übertragen werden.⁵⁵⁹ Auch hier lässt sich

⁵⁵⁶ Vgl. *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 117 ff.; für soziale Netzwerke *Graef*, Telecommunications Policy 39, Nr. 6, S. 502 (507).

⁵⁵⁷ So auch *Van Gorp/Batura*, Econ Study, S. 33; *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 174 f.; vgl. auch *Kühling*, in: *Körper/Kühling*, Regulierung – Wettbewerb – Innovation, S. 176 f.

⁵⁵⁸ Kritisch auch: *Scherer/Feiler/Heinickel/Lutz*, Digitaler Kodex, S. 51; *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 181 f., der ein eigenständiges Datenportabilitätstrech im EKEK vorschlägt, das auch Kommunikationsinhalte erfasst.

⁵⁵⁹ Vgl. *Fetzer*, ZEW Discussion Paper 16-057, S. 29.

ein hinreichender Differenzierungsgrund zu den klassischen Telekommunikationsdiensten nicht erkennen.⁵⁶⁰ Vielmehr ist es sogar verfassungsrechtlich geboten, OTT-Kommunikationsdienste unter das Regime des Fernmeldegeheimnisses zu stellen (s.o. unter II. 3.). Diesem Schutzauftrag ist der Europäische Gesetzgeber aktuell noch nicht nachgekommen: Die noch geltende E-Privacy-Richtlinie erfasst OTT-Kommunikationsdienste nicht, sondern knüpft in ihrem Art. 3 am alten Begriff der Dienste der Signalübertragung an. Zwar könnte man über eine funktionale Auslegung dieses Begriffs (s. o. unter IV. 1.) zu einem weiteren Anwendungsbereich der Richtlinie kommen. Der Europäische Gesetzgeber hat allerdings mit der Neufassung des Begriffs des elektronischen Kommunikationsdiensts deutlich gemacht, dass er diese Auslegung des alten Begriffs nicht teilt. Darüber hinaus sind die Regeln der E-Privacy-Richtlinie noch auf die klassischen Telekommunikationsdienste zugeschnitten. Insofern stellt der in dieser Arbeit analysierte Entwurf einer E-Privacy-VO (s.o. unter IV. 2. B.) eine deutliche Verbesserung zum Status quo dar. Völlig zu Recht würden die Inhalte von OTT-Kommunikationsvorgängen nach der VO genauso geschützt wie bei klassischen Telekommunikationsdiensten. Auch indem die Verarbeitung von Kommunikationsmetadaten unter strengere Voraussetzungen gestellt werden würde, als es aktuell unter der DSGVO der Fall ist, käme der Gesetzgeber seiner besonderen Pflicht zum Schutz der Kommunikation der Endnutzer nach. Es ist daher zu hoffen, dass der Europäische Gesetzgeber das Gesetzgebungsverfahren zur E-Privacy-VO so schnell wie möglich vorantreibt und mit ihrem Erlass die verfassungswidrige Schutzlücke schließt, die aktuell besteht.

9. Kommunikationsspezifischer Datenschutz als Sonderproblem

Auch die Regelungen des TKG zum Datenschutz haben einen europarechtlichen und einen verfassungsrechtlichen Hintergrund und setzen das Recht auf Privatsphäre nach Art. 7 GRCh und auf Informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 GG um.⁵⁶¹ Die Gefahrenlage der mit den Kommunikationsspezifischen Datenschutzregelungen begegnet werden soll, knüpfen nicht an spezifischen Umständen der klassischen Telekommunikation an, sondern

⁵⁶⁰ So auch *Fetzer*, ZEW Discussion Paper 16-057, S. 29; *Martínez/Barroso/Valderrama/Calle/González-Calero*, A Level Playing Field for the digital Economy, S. 49 ff.

⁵⁶¹ Vgl. *WAR*, Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten, S. 13 f.; *Fetzer*, ZEW Discussion Paper 16-057, S. 30.

tragen der besonderen Schutzbedürftigkeit desjenigen Rechnung, der einen Dritten mit der Übertragung der eigenen Kommunikation betraut.⁵⁶² Die Gefahr für das Recht auf Informationelle Selbstbestimmung des Nutzers kann beim Einsatz von OTT-Kommunikationsdiensten sogar noch stärker sein, als bei klassischer Telekommunikation, da die neuen Dienste sich häufig über die Erhebung von (personenbezogenen) Daten beim Nutzer finanzieren.⁵⁶³ Eine unterschiedliche Behandlung von OTT- und herkömmlichen Kommunikationsdiensten ist daher nicht gerechtfertigt.⁵⁶⁴ Aktuell gilt jedoch nicht die E-Privacy-Richtlinie sondern lediglich die DSGVO und somit ein weniger strenger Rechtsrahmen für OTT-Kommunikationsdienste (s. schon o. unter V. 9.).⁵⁶⁵

Doch auch wenn eine E-Privacy-VO nach dem in dieser Arbeit analysierten Entwurf (s.o. unter IV. 2. b.) die aktuelle Situation mit einem weitergehenden Anwendungsbereich verbessern würde, stellt sie nur ein Mindestmaß an Schutz bereit⁵⁶⁶: Die Verarbeitung von Kommunikationsdaten würde mit den Art. 6 ff. des Entwurfs an einheitliche Anforderungen für alle elektronischen Kommunikationsdienste geknüpft die strenger als die Regeln der DSGVO sind. Damit trüge der Europäische Gesetzgeber dem Umstand Rechnung, dass die verfassungsrechtlich relevante Gefahrenlage für die Daten der Endnutzer bei allen Formen elektronischer Kommunikation im gleichen Maße gegeben ist. Eine Ungleichbehandlung der Diensttypen würde daher weder dem Schutzauftrag der Art. 7 GRCh, Art. 2 iVm. 1 GG gerecht werden, noch wäre ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung ersichtlich.

Insbesondere die Regeln zur Sperrung eingehender Anrufe in Art. 14 E-Privacy-VO-E hätten jedoch auch auf OTT-Kommunikationsdienste ausgeweitet werden können. Die Gefahrenlage bei eingehenden Anrufen zwischen klassischen und OTT-Kommunikationsdiensten ist nicht unterschiedlich. Wenn der Gesetzgeber aus dem Fernmeldegeheimnis und dem Recht des Nutzers auf Privatsphäre ableitet, dass er auch vor Kommunikationsvorgängen geschützt werden muss, die

⁵⁶² So auch *Fetzer*, ZEW Discussion Paper 16-057, S. 30; *Brown*, CLSR 30, S. 357 (369); *Godlovitch/van Gorp/Hausemer/Vassileva/Womersley/Batura*, Support Impact Assessment, Teil 2, S. 253 f.

⁵⁶³ Vgl. auch *Fetzer*, ZEW Discussion Paper 16-057, S. 30.

⁵⁶⁴ Vgl. *Peitz/Schweitzer/Valetti*, CERRE Study 2014, S. 53; *Martínez/Barroso/Valderrama/Calle/González-Calero*, A Level Playing Field for the digital Economy, S. 49 ff.

⁵⁶⁵ So auch *WAR*, Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten, S. 16 f.

⁵⁶⁶ Kritisch zur Ausgestaltung der VO insgesamt: *Engeler/Felber*, ZD 2017, S. 251.

er nicht wünscht, dann gilt das unabhängig davon, über welche Infrastruktur dieser Kommunikationsvorgang ausgeführt wird. Selbst wenn der Europäische Gesetzgeber den Schutz auf Telefonanrufe beschränken möchte, so sind längst Sprach- und sogar Bildtelefonate auch über OTT-Kommunikationsdienste möglich. Insofern ist eine Ausweitung des Schutzes auf alle Typen von Kommunikationsdiensten durch Art. 7 GRCh und Art. 2 iVm. Art. 1 GG geboten⁵⁶⁷ und es ist auch kein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung ersichtlich.

Im Entwurf der E-Privacy-VO gibt der Europäische Gesetzgeber eine eigenständige Regulierung von Standortdaten zu Gunsten einer einheitlichen Behandlung von Kommunikationsmetadaten auf. Das ist deshalb problematisch, weil bei Kommunikationsvorgängen anfallende Daten über den Standort des Nutzers von besonderer Relevanz für das Individuum sind.⁵⁶⁸ Sie erlauben – noch über die Wirkungen von anderen Kommunikationsmetadaten hinaus – tiefgehende Einblicke in das Leben der Nutzer, bis hin zur Anlage von Bewegungsprofilen. Aufgrund dieser Brisanz hätte der Europäische Gesetzgeber noch zusätzliche Sicherungsmaßnahmen für die Endnutzer vorsehen sollen: Vorstellbar wäre eine Information über jede Ortung; die Möglichkeit für den Nutzer, die Ortung zu unterbinden; die Pflicht Dienste grundsätzlich auch ohne Ortung anzubieten; eine besondere Hervorhebung von Bewegungsprofilen, die dann nur mit einer gesonderten Einwilligung erlaubt wären.⁵⁶⁹ Hier greift der Entwurf der E-Privacy-VO zu kurz.

Außerdem hätte der Gesetzgeber darüber nachdenken können im Zeichen des Privacy-by-Design, also einer Pflicht zur Datenschutzfreundlichkeit schon auf technischer Ebene, Einfluss auf die Funktionsmodelle von Kommunikationsdiensten zu nehmen (s. dazu o. unter I. 2. b)). Die wohl schärfste vorstellbare Maßnahme wäre gewesen, den Anbieter das P2P-Modell vorzuschreiben, da es ihnen so gut wie keinen Zugriff auf die Kommunikationsinhalte erlaubt. Dabei hätte es sich allerdings um einen schwerwiegenden Eingriff in die Berufsfreiheit der OTT-Kommunikationsanbieter gehandelt, der nur in besonderen Fällen verhältnismäßig wäre.

Ebenso wie beim Fernmeldegeheimnis besteht auch beim sonstigen kommunikationsspezifischen Datenschutz derzeit eine verfassungswidrige Schutzlücke.

⁵⁶⁷ So auch *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 123, 183.

⁵⁶⁸ *Scherer/Feiler/Heinickel/Lutz*, Digitaler Kodex, S. 30 f.

⁵⁶⁹ Vgl. Anforderungskatalog bei *Scherer/Feiler/Heinickel/Lutz*, Digitaler Kodex, S. 45.

cke.⁵⁷⁰ Auch hier sollte der Europäische Gesetzgeber diese Schutzlücke mittels Verabschiedung einer E-Privacy-VO schließen. Dabei sollte er jedoch – anders als im vorliegenden Entwurf – zumindest einige der Endnutzerrechte auch auf OTT-Kommunikationsdienste anwenden und die besonderen Gefahren, die von dem Zugriff auf Standortdaten ausgehen, berücksichtigen.

10. OTT und die öffentliche Sicherheit

Der Teil des TKG zur öffentlichen Sicherheit ist anders als die bereits behandelten Teile nur im geringen Maße durch höherrangiges Recht vorgegeben.⁵⁷¹ Lediglich die Normen zur technischen Sicherheit von Netzen und Diensten werden sich aus dem EKEK ergeben, dort zentral aus Art. 40 (dazu IV. 2. a) (2) (c)). Dass auch OTT-Kommunikationsanbieter künftig für eine Mindestsicherheit ihrer Dienste Sorge tragen müssen, ist sinnvoll⁵⁷²: Der Zugriff nichtberechtigter Personen auf Kommunikationsmetadaten und insbesondere auch die Inhalte der Kommunikation droht bei allen Typen von Kommunikationsdiensten. Dabei hat der Europäische Gesetzgeber auch berücksichtigt, dass mögliche Sicherheitsmaßnahmen sich je nach dem unterscheiden, ob ein Anbieter Zugriff auf die Kommunikationsinfrastruktur hat, oder nicht.

Darüberhinausgehende Regelungen zur öffentlichen Sicherheit enthält der EKEK nicht. Dementsprechend hält Erwägungsgrund 6 des EKEK fest, dass die Möglichkeit der Mitgliedsstaaten Maßnahmen für die öffentliche Sicherheit zu ergreifen unberührt bleiben sollen. Dennoch muss dieser Regelungsbereich mit Blick auf die Wettbewerbsgleichheit zwischen OTT-Kommunikationsdiensten und klassischen Telekommunikationsdiensten untersucht werden: Häufig ist die Einhaltung der verschiedenen Sicherheitsnormen nämlich mit hohen Kosten für die Anbieter verbunden, die – Stand jetzt – die OTT-Kommunikationsdiensteanbieter nicht zu tragen haben.⁵⁷³ Außerdem dürfte die gesetzgeberische Intention hinter den einzelnen Normen zur Sicherheit auch auf OTT-Kommunikationsdienste zutreffen.⁵⁷⁴ In Anbetracht der funktionalen Gleichwertigkeit der Dienste könnte diese Trennung sonst in letzter Konsequenz dazu führen, dass

⁵⁷⁰ Gegen eine sektorspezifische Datenschutzregulierung aber: *Allouet/Le Franc/Marques/Rossi*, *Digiworld Economic Journal*, Nr. 93, 1. Q. 2014, S. 99 (110 f.).

⁵⁷¹ *Fetzer*, ZEW Discussion Paper 16-057, S. 31.

⁵⁷² So auch *Bulowski*, *Regulierung von Internetkommunikationsdiensten*, S. 123 f.

⁵⁷³ *Fetzer*, ZEW Discussion Paper 16-057, S. 32.

⁵⁷⁴ *Brown*, *CLSR* 30, S. 357 (367 f.); *Fetzer*, ZEW Discussion Paper 16-057 S. 32.

Gefährder der öffentlichen Sicherheit bewusst zu OTT-Kommunikationsdiensten abwandern.⁵⁷⁵ Da dies jedoch keine Aufgabe des europäischen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation ist, soll diese Frage bei der Untersuchung der Auswirkungen auf das nationale Recht untersucht werden.

11. Ergebnis

Der neue europäische Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation stellt zwar eine Verbesserung zur Ausgangslage dar: OTT-Kommunikationsdienste sind nun explizit in das Regulierungsregime aufgenommen worden, können nun Gegenstand der Marktregulierung sein und unterfallen auch einigen Vorschriften, die dem Schutz der Endnutzer bei Kommunikationsvorgängen dienen. Er erfüllt jedoch nicht alle Anforderungen, die die Teleologie des Regulierungsrechts und das Verfassungsrecht an ihn gestellt haben: Das gestufte Regulierungskonzept in der Gestalt, die der Europäische Gesetzgeber gewählt hat, verstößt gegen die verfassungsrechtlichen Gleichheitssätze. Gleichartige Gefahrenlagen für den Endnutzer – z.B. bei der Interoperabilität marktmächtiger OTT-Kommunikationsanbieter oder beim Kundenschutz – werden durch den Regulierungsrahmen nicht gleichartig aufgelöst. Darüber hinaus verkennt der Europäische Gesetzgeber an vielen Stellen die Bedeutung für Endnutzer, die OTT-Kommunikationsdienste bereits haben und zukünftig nur noch stärker innehaben werden. Alles in allem stellt der EKEK damit einen Schritt in die richtige Richtung dar, der aber viel zu kurz greift. Aus meiner Sicht kann er einer Überprüfung durch den EuGH in einigen Punkten nicht standhalten und muss daher konsequenterweise aufgehoben und neu erlassen werden.

Daneben müssen die Regeln zum Fernmeldegeheimnis und zum kommunikationsspezifischen Datenschutz dringend aktualisiert werden. Aktuell besteht eine verfassungswidrige Schutzlücke. Der Entwurf der E-Privacy-VO ist dabei ebenfalls ein Schritt in die richtige Richtung. Im Rahmen dieser Verordnung wäre aber ein noch höheres Schutzniveau für Endnutzer von OTT-Kommunikationsdiensten wünschenswert gewesen. Insofern bleibt abzuwarten, inwiefern sich der Entwurf der E-Privacy-VO noch verändert.

⁵⁷⁵ Vgl. *Brown*, CLSR 30, S. 357 (368).

V. Auswirkungen auf das nationale Recht: Reicht das TMG?

Das nationale sektorspezifische Regulierungsrecht für elektronische Kommunikation in Gestalt des TKG ist schon seit einiger Zeit stark durch europäisches Recht determiniert. Dem entsprechend bedeutet eine Änderung des europäischen Rechtsrahmens auch denkbare Änderung des TKG durch den nationalen Gesetzgeber. Der EKEK legt in Art. 124 fest, dass der EKEK bis zum 21. Dezember 2020 in nationales Recht umgesetzt werden muss. Was das im Einzelnen für die künftige Rechtslage bedeutet, möchte ich im Folgenden untersuchen.

1. Umsetzung einer Richtlinie in nationales Recht

Europäisches Sekundärrecht tritt gemäß Art. 288 AEUV in vier Formen auf: Als Verordnung, als Richtlinie, als Entscheidung und als Empfehlung. Der Europäische Gesetzgeber hat für den EKEK die Form einer Richtlinie gewählt. Laut Art. 288 Abs. 3 AEUV bedeutet das, dass die Richtlinie für die Mitgliedsstaaten hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich ist, ihnen jedoch die Wahl der Form und der Mittel überlassen bleibt. Ganz im Einklang mit diesem Grundsatz geben viele der Normen des EKEK den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit oder verpflichten sie dazu eine Norm zu einem bestimmten Themenkomplex zu erlassen, ohne die spezifische Regelung vorzuschreiben. Vergleicht man jedoch die Normen des TKG mit den Regelungen der ihnen zugrundeliegenden Richtlinien, fällt auf, dass die nationalen Normen sehr nah an den europarechtlichen Ausgangspunkten gehalten sind. Die Gründe, die den nationalen Gesetzgeber dazu bewogen haben, sich so nah am Wortlaut der europäischen Richtlinien zu halten, werden auf für den EKEK Bestand haben, der viele Normen lediglich aktualisiert. Unabhängig davon, wie ähnlich sich der Wortlaut der Regelungen am Ende sein wird, ist der nationale Gesetzgeber jedenfalls an die Ziele und Erwägungen des Europäischen Gesetzgebers gebunden. Damit kommt den Erwägungsgründen des EKEK und den Auslegungsergebnissen, die ich in meiner Analyse des europäischen Rechtsrahmens erzielt habe, auch für die nationale Umsetzung entscheidende Bedeutung zu.

Als problematisch könnte sich herausstellen, dass Teile des EKEK aus meiner Sicht primärrechts- und verfassungswidrig sind. Der nationale Gesetzgeber darf

sich nicht einfach über das europäische Recht hinwegsetzen.⁵⁷⁶ Wenn er daher meine Einschätzung zur Primärrechts- und Verfassungswidrigkeit von Teilen des EKEK teilt, muss er eine Nichtigkeitsklage gemäß Art. 263 AEUV gegen die entsprechenden Normen erheben.

Unklar ist derzeit, in welchem Umfang Anbieter und Nutzer elektronischer Kommunikation das künftige TKG unter Berufung auf ihre Grundrechte werden angreifen können. In weiten Teilen des EKEK verbleiben dem nationalen Gesetzgeber Umsetzungsspielräume. Hier wird eine Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG jedenfalls statthaft sein. Das BVerfG hat in seinen aktuellen Beschlüssen jedoch offen gelassen, ob es in Abweichung zu seiner bisherigen Rechtsprechung eine eigene Prüfungskompetenz bei Umsetzungsgesetzen von zwingendem Unionsrecht in Anspruch nimmt.⁵⁷⁷ Beispielsweise die Regelungen des EKEK zum Kundenschutz sind ausweislich des Art. 101 EKEK vollharmonisiert und für den nationalen Gesetzgeber zwingend. Aus meiner Sicht ist die Erwägung des BVerfG, das auch Unionsgrundrechte in die eigene gerichtliche Prüfung einzubeziehen sind, da sonst den Grundrechtsberechtigten ein wirksames eigenes Rechtsmittel gegen grundrechtswidrige europäische Rechtsakte fehle⁵⁷⁸, auch in der hier geprüften Konstellation durchschlagend: Auch wenn der nationale Gesetzgeber zwingendes Europäisches Recht umsetzt, muss es dem einzelnen Grundrechtsberechtigten möglich sein, dagegen ein Rechtsmittel einzulegen, das über eine inzidente Vorlage vor den EuGH bei den Fachgerichten hinausgeht. Sonst verbleibt eine Schutzlücke.⁵⁷⁹ In Fällen, die noch nicht vom EuGH entschieden wurden, träfen das BVerfG dann umfangreiche Vorlagepflichten nach Art. 267 AEUV. Im Ergebnis würde das bedeuten, dass das BVerfG je nachdem, welche Norm des künftigen TKG per Verfassungsbeschwerde angegriffen wird, entweder deutsche oder Europäische Grundrechte zu prüfen hätte. Es bleibt abzuwarten, ob das BVerfG künftig meiner Rechtsansicht entsprechend urteilen oder dabei bleiben wird, im Falle der Umsetzung

⁵⁷⁶ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV Art. 288, Rn. 115; zur Umsetzungspflicht auch *Ruffert*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, AEUV 288, Rn. 27 f.; *Fink*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Europarecht, Rn. 53.

⁵⁷⁷ BVerfG, Bschl. v. 6.11.2019, Az. 1 BvR 276/17, Rn. 51 f.

⁵⁷⁸ BVerfG, Bschl. v. 6.11.2019, Az. 1 BvR 276/17, Rn. 58 ff.

⁵⁷⁹ So für VB gegen Urteile: BVerfG, Bschl. v. 6.11.2019, Az. 1 BvR 276/17, Rn. 61.

zwingenden Unionsrechts in nationales Recht lediglich zu prüfen, ob die Fachgerichte ihrer Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV nachgekommen sind.

2. Das richtige Gesetz für die Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten

Vor den Änderungen des EKEK war umstritten, ob OTT-Kommunikationsdienste unter den Begriff des Telekommunikationsdiensts des TKG fallen (s. auch unter IV. 1.). Alternativ konnte man OTT-Kommunikationsdienste auch als Telemedien im Sinne des § 1 Abs. 1 TMG einstufen, der ausdrücklich elektronische Kommunikationsdienste, die keine Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 TKG sind, erfasst. Es stellt sich die Frage, ob der deutsche Gesetzgeber solch eine Trennung zwischen OTT-Kommunikationsdiensten und klassischen Telekommunikationsdiensten aufrechterhalten könnte – beispielsweise indem er nummerngebundene interpersonelle Kommunikationsdienste im TKG und nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste im TMG behandelt. Da Art. 288 Abs. 3 AEUV den Mitgliedsstaaten die Wahl der Form und der Mittel überlässt, sind sie grundsätzlich auch nicht verpflichtet, der Entscheidung des Europäischen Gesetzgebers zu einer einheitlichen Kodifizierung zu folgen, wie sie der EKEK darstellt.⁵⁸⁰

Aber zwei Gesichtspunkte sprechen für eine einheitliche Regelung im TKG: Zunächst einmal stellt das TMG – ausweislich seiner Präambel – eine Umsetzung der Europäischen E-Commerce-Richtlinie⁵⁸¹ dar. Mit aus dem EKEK stammenden Normen würde der deutsche Gesetzgeber daher an sich sachfremde Regelungen in das TMG aufnehmen. Das erscheint unsauber, ist aber kein absolut zwingender Grund gegen eine Trennung. Des Weiteren hat der Europäische Gesetzgeber mit den neuen Begriffsbestimmungen des EKEK (s.o. unter IV. 2. a) (1)) nun jedoch deutlich gemacht, dass er zwischen Diensten mit Kommunikationsfunktionalität und anderen Diensten der Informationsgesellschaft, die im elektronischen Geschäftsverkehr erbracht werden, unterscheiden will. Das heißt, die Grenze zwischen den Diensten soll nicht mehr anhand technischer Parameter – eigene Infrastruktur oder OTT – gezogen werden, sondern anhand

⁵⁸⁰ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV Art. 288, Rn. 112 ff.; *Ruffert*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, AEUV 288, Rn. 32 ff.; *Fink*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Europarecht, Rn. 52.

⁵⁸¹ Richtlinie 2000/31/EG.

der Funktion, die der Dienst für den Nutzer spielt. Und für die so bestimmten elektronischen Kommunikationsdienste wollte der Europäische Gesetzgeber einen einheitlichen Rechtsrahmen schaffen, der deutlich macht, dass den Diensten aus Nutzersicht unabhängig von der technischen Art ihrer Erbringung die gleiche Bedeutung zu kommt.⁵⁸² Diesem Willen des Europäischen Gesetzgebers zu einem technologieneutralen, funktional ausgerichteten Rechtsrahmen würde es widersprechen, die elektronischen Kommunikationsdienste nun doch nach technischen Parametern getrennt in unterschiedlichen Gesetzen unterzubringen. Das gilt unabhängig vom abgestuften Regelungskonzept des EKEK. Zumal es, trotz meiner Kritik an einigen Regelungen, doch viele Normen gibt, die auf alle elektronischen Kommunikationsdienste anwendbar sind. Art. 288 Abs. 3 AEUV überlässt den Mitgliedsstaaten zwar die Wahl der Form und der Mittel, bindet sie jedoch an das Ziel des Europäischen Gesetzgebers. Der deutsche Gesetzgeber muss sich daher dem Willen des Europäischen Gesetzgebers beugen und ein einheitliches Gesetz für die Umsetzung des EKEK wählen.

Das TKG diene, laut seiner Präambel, bereits vorher der Umsetzung der Richtlinien, die nun durch den EKEK zusammengefasst und aktualisiert werden. Es bietet sich daher an, den EKEK mittels einer Änderung des TKG umzusetzen.⁵⁸³

3. Neufassung des TKG

Im Folgenden möchte ich die aus Sicht der OTT-Kommunikationsdienste entscheidenden Regelungskomplexe im TKG herausgreifen, die in der Umsetzung des EKEK neugefasst werden müssen. Ich werde den Änderungsbedarf zum aktuellen Gesetzestext aufzeigen und Vorschläge für eine neue Version der Normen machen, die für OTT-Kommunikationsdienste jeweils relevant sind. Deshalb werde ich – in der Reihenfolge in der die Regelungskomplexe im aktuellen TKG erscheinen – auf die Begriffsbestimmungen, Regeln zur Allgemeingenehmigung, die Marktregulierung, den Kundenschutz, Fernmeldegeheimnis und kommunikationsspezifischer Datenschutz, die öffentliche Sicherheit und die Regeln zur Interoperabilität eingehen. Die Teile des TKG zur Rundfunkübertragung, der Vergabe von Frequenzen, zu Nummern und Wegerechten, zum Uni-

⁵⁸² Vgl. Erwägungsgrund 7 EKEK.

⁵⁸³ Vgl. auch *BMVI/BMWi*, Eckpunkte zur TK-Novelle 2019.

versaldienst⁵⁸⁴ und zur Bundesnetzagentur passen dagegen nicht zu Telekommunikationsdiensten ohne eigene Infrastruktur bzw. haben für sie keine Relevanz und bleiben deshalb für diese Arbeit außen vor.

a) Begriffsbestimmung

Die Frage nach der telekommunikationsrechtlichen Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten hing vor allem daran, ob sie als Telekommunikationsdienste eingestuft werden konnten und damit in den Anwendungsbereich des TKG fielen. Der Legaldefinition des Begriffs „Telekommunikationsdienst“ kommt damit für OTT-Kommunikationsdienste eine entscheidende Bedeutung zu. Die aktuelle Begriffsbestimmung des § 3 Nr. 24 TKG definiert Telekommunikationsdienste als in der Regel gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, einschließlich Übertragungsdienste in Rundfunknetzen. Diese Begriffsbestimmung hält sich ganz nah an die Begriffsbestimmung der Europäischen Rahmenrichtlinie⁵⁸⁵ und ersetzt lediglich die Formulierungen „elektronischer Kommunikationsdienst“ und „elektronisches Kommunikationsnetz“ durch „Telekommunikationsdienst“ und „Telekommunikationsnetz“. Die Ausnahme des Art. 2 c) 2. Halbsatz der Rahmen-RL hat sich stattdessen in § 1 Abs. 1 TMG niedergeschlagen. Art. 2 c) der Rahmen-RL hält außerdem ausdrücklich fest, dass Dienste, die Inhalte über elektronische Kommunikationsnetze und -dienste anbieten, nicht erfasst sein sollen. Auf diese Ausnahmebestimmung hat der deutsche Gesetzgeber verzichtet, da mit der Legaldefinition von Telekommunikation in § 3 Nr. 22 TKG und dem damit einhergehenden Fokus auf den technischen Vorgang der Signalübertragung, bereits eine Abgrenzung zu Inhaltendiensten vorgegeben ist.⁵⁸⁶ Eine der entscheidenden Änderungen des EKEK ist die neue Begriffsbestimmung für elektronische Kommunikationsdienste in Art. 2 Nr. 4 EKEK, die durch Art 2 Nr. 5, 6 und 7 EKEK ergänzt wird, und nun auch OTT-Kommunikationsdienste als interpersonelle Kommunikationsdienste erfasst. § 3 Nr. 24 TKG kann daher so wie jetzt nicht bestehen bleiben.⁵⁸⁷ Erneut

⁵⁸⁴ Zur Anwendung der Universaldienstverpflichtung auf OTT-Kommunikationsdienste, *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 189 ff.

⁵⁸⁵ Vgl. Art. 2 lit. c RahmenRL; so auch *Schütz*, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, § 3 Rn. 78; *Lünenburger/Stamm*, in: Scheurle/Mayen, Telekommunikationsgesetz, TKG § 3, Rn. 63.

⁵⁸⁶ *Schmitz*, MMR 2001, S. 150 (150 f.).

⁵⁸⁷ So auch *BMVI/BMWi*, Eckpunkte zur TK-Novelle 2019, S. 3.

dürfte sich eine weitestgehend wortlautgetreue Umsetzung der Begriffsbestimmung anbieten. Der neue § 3 Nr. 24 TKG könnte lauten:

„Telekommunikationsdienste“ in der Regel gegen Entgelt über Telekommunikationsnetze erbrachte Dienste, die – mit Ausnahme von Diensten die Inhalte über Telekommunikationsnetze und –dienste anbieten oder eine redaktionelle Kontrolle über sie ausüben – folgende Dienste umfassen:

- a. Internetzugangsdienste*
- b. Interpersonelle Kommunikationsdienste und*
- c. Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen bestehen, einschließlich Übertragungsdienste, die für die Maschine-zu-Maschine-Kommunikation und für den Rundfunk genutzt werden.*

Bei der Neufassung der Begriffsbestimmung sollte der deutsche Gesetzgeber diesmal die ausdrückliche Herausnahme von Inhaltsdiensten beibehalten, da Telekommunikationsdienste nun nicht mehr über technische Parameter sondern über die Funktionalität bestimmt werden. Es könnte sonst zu Rechtsunsicherheiten bei der Abgrenzung zwischen Telemedien, Rundfunk und Telekommunikationsdiensten kommen.

Die Begriffsbestimmung zum „Telekommunikationsdienst“ kann nun nicht mehr alleinstehen, sondern muss durch weitere Begriffsbestimmungen ergänzt werden.⁵⁸⁸ Zunächst wird auch das TKG definieren müssen, was ein interpersoneller Kommunikationsdienst ist. Das könnte folgendermaßen geschehen:

„interpersonelle Kommunikationsdienste“, in der Regel gegen Entgelt erbrachte Dienste, die einen direkten interpersonellen und interaktiven Informationsaustausch über Telekommunikationsnetze zwischen einer endlichen Anzahl von Personen ermöglichen, wobei die Empfänger von den Personen bestimmt werden, die die Kommunikation veranlasst haben oder daran beteiligt sind; ausgenommen sind Dienste, die eine interpersonelle und interaktive Kommunikation lediglich als untrennbar mit einem anderen Dienst verbundene untergeordnete Nebenfunktion ermöglichen.

Mein Vorschlag hält sich weiterhin nah am Wortlaut des Art. 2 Nr. 5 EKEK.

⁵⁸⁸ So auch *BMVI/BMWi*, Eckpunkte zur TK-Novelle 2019, S. 3.

Entscheidend für das abgestufte Regulierungskonzept des EKEK und damit auch für die Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten ist außerdem die Unterscheidung zwischen nummerngebundenen und nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten. Ich halte die Ungleichbehandlung zwischen den beiden Typen interpersoneller Kommunikationsdienste zwar für primärrechts- und verfassungswidrig (s.o. unter V. 1.), dennoch wird der deutsche Gesetzgeber das Konzept umsetzen müssen, solange er nicht ein Nichtigkeitsverfahren vor dem EuGH anstrengt. Die entsprechenden Begriffsbestimmungen könnten lauten:

„nummerngebundene interpersonelle Kommunikationsdienste“, interpersonelle Kommunikationsdienste, die entweder eine Verbindung zu öffentlich zugewiesenen Nummern nationaler und internationaler Nummerierungspläne herstellen oder die Kommunikation mit Nummern nationaler oder internationaler Nummerierungspläne ermöglichen.

Bei dieser Begriffsbestimmung habe ich den Passus „öffentlich zugewiesene Nummerierungsressourcen, nämlich Nummern nationaler und internationaler Nummerierungspläne“ gekürzt, da die Definition deutlich macht, dass ausschließlich die nationalen und internationalen Nummerierungspläne, Nummerierungsressourcen im Sinne der Definition darstellen sollen.

Für nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste sehe ich zwei Möglichkeiten:

„nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste“, interpersonelle Kommunikationsdienste, die weder eine Verbindung zu öffentlich zugewiesenen Nummern nationaler und internationaler Nummerierungspläne herstellen noch die Kommunikation mit Nummern nationaler oder internationaler Nummerierungspläne ermöglichen.

Oder einfacher:

„nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste“, interpersonelle Kommunikationsdienste, die keine nummerngebundenen interpersonellen Kommunikationsdienste sind.

Da die Legaldefinition des EKEK für nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste lediglich einer negative Version der Definition nummern-

gebundener Dienste entspricht, erscheint mir die zweite der aufgezeigten Möglichkeiten eleganter.

b) Allgemeingenehmigung

Bei den Regeln zur Allgemeingenehmigung im EKEK entfaltet die Unterscheidung zwischen nummergebundenen und nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten erstmals Gewicht. Die Umsetzung dieser Normen durch die nationalen Gesetzgeber ist daher von einiger Relevanz für OTT-Kommunikationsdienste. Wie aufgezeigt (s.o. unter IV. 2. a) (3) (a)) erlauben es die Regelungen des EKEK nicht, die Pflichten der Allgemeingenehmigung auch auf nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste auszuweiten. Die Formulierung des Art. 12 Abs. 2 EKEK, in dem es heißt, dass die Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze und –dienste nur von einer Allgemeingenehmigung abhängig gemacht werden *darf*, eröffnet den Mitgliedsstaaten jedoch die Möglichkeit, ganz von Pflichten aus der Allgemeingenehmigung abzusehen. Denn keine der zentralen Pflichten, weder die Meldepflicht nach Art. 12 Abs. 3 EKEK, die Bedingungen nach Art. 13 Abs. 1 EKEK, noch die Pflicht zu einer Verwaltungsabgabe nach Art. 16 EKEK, müssen den elektronischen Kommunikationsdiensten auferlegt werden. Die Mitgliedsstaaten sind lediglich verpflichtet, den Unternehmen, die einer Allgemeingenehmigung unterliegen, gemäß Art. 15 EKEK gewisse Mindestrechte zu gewähren. Diese Mindestrechte gehen jedoch nicht über die den elektronischen Kommunikationsdiensten sonst vom EKEK gewährten Rechte hinaus, so dass der nationale Gesetzgeber Unternehmen, die der Allgemeingenehmigung unterfallen würden, auch nicht benachteiligt, wenn er auf Regeln zur Allgemeingenehmigung vollständig verzichtet. Lediglich auf eine Regelung nach Art. 17 EKEK zur getrennten Rechnungslegung kann der nationale Gesetzgeber nicht verzichten. Diese Norm verpflichtet aber alle Unternehmen, die elektronische Kommunikationsnetze oder –dienste anbieten und besondere oder ausschließliche Rechte für die Erbringung von Diensten in anderen Sektoren besitzen, und verweist nicht auf Unternehmen, die der Allgemeingenehmigung unterliegen, so dass hier das Problem der Ungleichbehandlung von den Typen interpersoneller Kommunikationsdienste nicht auftritt. Da bei der Allgemeingenehmigung ansonsten kein sachlicher Grund im Sinne des Art. 3 GG für eine Ungleichbehandlung zwischen nummergebundenen und nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten erkennbar ist (s.o. unter V. 2.) und dem deutschen Gesetzgeber

diese Möglichkeit auch nicht durch den EKEK verwehrt wird, muss er von Regeln zur Allgemeingenehmigung oder jedenfalls von Pflichten aus der Allgemeingenehmigung absehen.

Im aktuellen TKG finden sich von vornherein lediglich zwei Normen, die aus den europarechtlichen Vorgaben zur Allgemeingenehmigung folgen: § 6 TKG beschäftigt sich mit der Meldepflicht, die jetzt in Art. 12 Abs. 3 EKEK untergekommen ist und § 7 TKG behandelt die getrennte Rechnungslegung bzw. strukturelle Separierung von Unternehmen im Sinne des Art. 17 EKEK. Während § 7 TKG dem Wortlaut von Art. 17 Abs. 1 S. 1 EKEK entspricht und daher in der Neufassung des TKG beibehalten werden kann, sollte der deutsche Gesetzgeber auf Grundlage der oben stehenden Erwägungen § 6 TKG streichen.⁵⁸⁹ Erst wenn die Ungleichbehandlung zwischen nummerngebundenen und nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten vom EuGH für nichtig erklärt oder vom Europäischen Gesetzgeber aufgegeben wird, könnte eine einheitliche Meldepflicht für alle Telekommunikationsdienste in Betracht kommen.

c) Marktregulierung

Eines der Herzstücke des TKG ist der Teil zur Marktregulierung.⁵⁹⁰ Da mit der neuen Definition für elektronische Kommunikationsdienste die Normen zur Marktregulierung im EKEK auch auf OTT-Kommunikationsdienste Anwendung finden (s.o. unter IV. 2. a) (3) (e)), ist auch die nationale Umsetzung dieser Normen von einiger Relevanz für sie. Die entsprechenden Regelungen im deutschen Recht erstrecken sich über die §§ 9 bis 43 TKG. Sie teilen sich in fünf Abschnitte auf, die sich mit dem Verfahren der Marktregulierung, der Zugangsregulierung, der Entgeltregulierung, sonstigen Vorschriften und der besonderen Missbrauchsaufsicht beschäftigen. Als „Einfallstor“, das die Marktregulierung eröffnet, dient § 9 TKG: Er unterwirft solche Märkte der Regulierung, bei denen gemäß § 10 TKG Regulierungsbedürftigkeit festgestellt wurde und bei denen eine Marktanalyse nach § 11 TKG ergeben hat, dass auch tatsächlich kein wirksamer Wettbewerb vorherrscht. Diese Struktur kann der deutsche Gesetzgeber auch nach Inkrafttreten des EKEK beibehalten. Dieser sieht weiterhin eine Marktdefinition mit anschließender Marktanalyse als Voraussetzung für Markt-

⁵⁸⁹ Ähnlich BMVI/BMWi, Eckpunkte zur TK-Novelle 2019, S. 4, aber verkennend, dass die Meldepflicht auf Grundlage des EKEK nicht auf nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste ausgeweitet werden darf.

⁵⁹⁰ Vgl. dazu *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung der Netzwirtschaften, S. 182 ff.

regulierungsmaßnahmen vor. § 10 TKG stellt dementsprechend eine Kombination aus Art. 64 und 67 Abs. 1 – 3 EKEK dar. Der deutsche Gesetzgeber sollte allerdings die in Art. 67 Abs. 2 EKEK genannten Elemente einer vorausschauenden Beurteilung der Regulierungsbedürftigkeit des Markts in § 10 TKG einfügen. Die neue Norm könnte dann lauten:

(1) Die Bundesnetzagentur legt unter Berücksichtigung der Ziele des § 2 die sachlich und räumlich relevanten Telekommunikationsmärkte fest, die für eine Regulierung nach den Vorschriften dieses Teils in Betracht kommen.

(2) Für eine Regulierung nach diesem Teil kommen Märkte in Betracht, die

a) durch beträchtliche und anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sind,

b) längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren und

c) auf denen die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein nicht ausreicht, um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken.

*Diese Märkte werden von der Bundesnetzagentur im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums bestimmt. **Sie berücksichtigt dabei in der Vorausschau Entwicklungen, die ohne eine Regulierung nach diesem Gesetz in dem betreffenden Markt zu erwarten wären, und erwägt dabei alle der folgenden Elemente:***

a) Marktentwicklungen, die die Wahrscheinlichkeit, dass der relevante Markt zu einem wirksamen Wettbewerb tendiert, beeinflussen;

b) alle relevanten Wettbewerbszwänge auf Vorleistungs- und Endkundenebene, unabhängig davon, ob davon ausgegangen wird, dass die Quellen solcher Wettbewerbszwänge von elektronischen Kommunikationsnetzen, elektronischen Kommunikationsdiensten oder anderen Arten von Diensten oder Anwendungen ausgehen, die aus Endnutzersicht vergleichbar sind, und unabhängig davon, ob solche Wettbewerbszwänge Teil des relevanten Marktes sind;

c) andere Arten der Regulierung oder von Maßnahmen, die auferlegt wurden und sich auf den relevanten Markt oder zugehörige Endkundenmärkte

im betreffenden Zeitraum auswirken, einschließlich der nach den Artikeln 44, 60 und 61 auferlegten Verpflichtungen;

d) eine auf den vorliegenden Artikel gestützte Regulierung anderer relevanter Märkte.

*Die Bundesnetzagentur berücksichtigt dabei weitestgehend die Empfehlung in Bezug auf relevante Produkt- und Dienstmärkte, die die Kommission **nach Art. 64 Absatz 1 der Richtlinie 2018/1972/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Europäischer Kodex für elektronische Kommunikation) (ABl. L 321/36 v. 17.12.2018)**, veröffentlicht, in ihrer jeweils geltenden Fassung sowie die Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht, die die Kommission **nach Artikel 64 Absatz 2 der Richtlinie 2018/1972/EU** veröffentlicht, in ihrer jeweils geltenden Fassung.*

(3) Das Ergebnis der Marktdefinition hat die Bundesnetzagentur der Kommission im Verfahren nach § 12 in den Fällen vorzulegen, in denen die Marktdefinition Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten hat.

§ 11 TKG, der sich mit der Feststellung von fehlendem Wettbewerb in Gestalt beträchtlicher Marktmacht auf den nach § 10 TKG definierten Märkten beschäftigt, entspricht weitestgehend einer Kombination aus Art. 63 und Art. 67 Abs. 4 EKEK. Auch bei dieser Norm muss der deutsche Gesetzgeber lediglich Ergänzungen – in Abs. 2 – und Aktualisierungen vornehmen:

(1) Bei den nach § 10 festgelegten, für eine Regulierung nach diesem Teil in Betracht kommenden Märkten prüft die Bundesnetzagentur, ob auf dem untersuchten Markt wirksamer Wettbewerb besteht. Wirksamer Wettbewerb besteht nicht, wenn ein oder mehrere Unternehmen auf diesem Markt über beträchtliche Marktmacht verfügen. Ein Unternehmen gilt als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, wenn es entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine der Beherrschung gleichkommende Stellung einnimmt, das heißt eine wirtschaftlich starke Stellung, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern und Endnutzern zu verhalten. Verfügt ein Unternehmen auf einem relevanten Markt, dem ersten Markt, über beträchtliche Marktmacht, so kann es auch auf einem be-

nachbarten, nach § 10 Absatz 2 bestimmten relevanten Markt, dem zweiten Markt, als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht benannt werden, wenn die Verbindungen zwischen beiden Märkten es gestatten, die Marktmacht von dem ersten auf den zweiten Markt zu übertragen und damit die gesamte Marktmacht des Unternehmens zu verstärken. Verfügt ein Unternehmen auf einem relevanten Markt über beträchtliche Marktmacht, so kann es auch auf einem benachbarten, nach § 10 Abs. 2 bestimmten relevanten Markt als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht angesehen werden, wenn die Verbindungen zwischen beiden Märkten es gestatten, diese von dem einen auf den anderen Markt zu übertragen und damit die gesamte Marktmacht des Unternehmens zu verstärken.

(2) Im Falle länderübergreifender Märkte im Geltungsbereich der **Richtlinie 2018/1972/EU erwägt die Bundesnetzagentur gemeinsam mit weiteren betroffenen nationalen Regulierungsbehörden einen begründeten Antrag zusammen mit ergänzenden Unterlagen einzureichen, um beim GEREK eine Analyse dieses Marktes zu erreichen. Legt die Kommission im Anschluss an das oben genannte Verfahren einen länderübergreifenden Markt fest, untersucht die Bundesnetzagentur die Frage, ob beträchtliche Marktmacht im Sinne von Absatz 1 vorliegt, gemeinsam mit den nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten, welche dieser Markt umfasst.**

(3) Die Bundesnetzagentur berücksichtigt bei der Marktanalyse nach den Absätzen 1 und 2 weitestgehend die von der Kommission aufgestellten Kriterien, die niedergelegt sind in den Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht **nach Artikel 64 Absatz 2 der Richtlinie 2018/1972/EU** in der jeweils geltenden Fassung. Die Bundesnetzagentur trägt im Rahmen der Marktanalyse nach Absatz 1 zudem den Märkten Rechnung, die die Kommission in der jeweils geltenden Fassung der Empfehlung in Bezug auf relevante Produkt- und Dienstmärkte **nach Artikel 64 Absatz 1 der Richtlinie 2018/1972/EU** festlegt.

(4) Die Ergebnisse der Untersuchungen nach den Absätzen 1 bis 2 einschließlich der Feststellung, welche Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen, sind der Kommission im Verfahren nach § 12 vorzulegen, sofern sie Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten haben.

Die Regelung zum Konsultations- und Konsolidierungsverfahren nach § 12 TKG entspricht weiterhin weitestgehend den Art. 23 und 32 des EKEK. Allerdings sollte der deutsche Gesetzgeber in seinem Abs. 1 berücksichtigen, dass die festgesetzte Frist gemäß Art. 23 EKEK in der Regel 30 Tage betragen soll. Die Rechtsfolge der Marktanalyse gemäß § 13 TKG stellt eine Umsetzung von Art. 68 Abs. 1 und 2 EKEK und den vorhergehenden Normen dar und kann im Kern so beibehalten werden. Allerdings wird der deutsche Gesetzgeber Aktualisierungen vornehmen müssen, was den Katalog der möglichen Regulierungsmaßnahmen angeht. Dabei sind die Zugangsregulierungsmaßnahmen die bisher in den §§ 16 – 26 TKG geregelt sind, weitestgehend unverändert geblieben: Die Transparenzverpflichtung aus § 20 TKG findet eine Entsprechung in Art. 69 EKEK, das Diskriminierungsverbot des § 19 TKG in Art. 70 EKEK, die Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung aus § 24 TKG in Art. 71 EKEK und die Zugangsverpflichtungen nach § 21 TKG in Art. 73 EKEK. Eine Neuerung des EKEK in diesem Bereich ist die Hervorhebung der Zugangsverpflichtung zu baulichen Anlagen nach Art. 72 EKEK. Der Europäische Gesetzgeber erhofft sich aufgrund der hohen Bedeutung baulicher Anlagen für den Netzausbau von dieser neuen Regulierungsmaßnahme eine Verbesserung der Wettbewerbs- und Ausbaudynamik auf den nachgelagerten Märkten.⁵⁹¹ Der deutsche Gesetzgeber sollte dem mit einer eigenen Ermächtigungsgrundlage für die Bundesnetzagentur nachkommen.

Auch die Regulierung von Zugangsentgelten aus den §§ 30 – 38 TKG und die Verpflichtung zur funktionellen Trennung nach § 40 f. TKG bleiben im EKEK, dort in Art. 74, 75 bzw. 77 f., erhalten. Neu aufnehmen muss der deutsche Gesetzgeber allerdings Regeln zu Verpflichtungszusagen von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht entsprechend Art. 79 EKEK in Bezug auf Kooperationsvereinbarungen, auf Ko-Investitionen bei Netzen mit sehr hoher Kapazität sowie den effektiven und nichtdiskriminieren Zugang für Dritte im Falle einer freiwilligen funktionalen Trennung. Da OTT-Kommunikationsdienste jedoch definitionsgemäß keine eigene Infrastruktur betreiben, werden weder die Normen zur Zugangsregulierung, zu den Zugangsentgelten noch zur funktionellen Trennung Relevanz für sie entfalten (s. schon o. unter IV. 2. a) (3) (e)). Vorschläge zur Umsetzung dieser Regelungen ins deutsche Recht überschreiten daher den Rahmen meiner Arbeit.

⁵⁹¹ Vgl. Erwägungsgrund 187 EKEK.

Entscheidend für die Marktregulierung von OTT-Kommunikationsdiensten werden vielmehr die Maßnahmen sein, die in Bezug auf Endkundenmärkte ergriffen werden können. Das TKG sieht dafür mit § 39 TKG, der sich mit Entgeltregulierung bei Endnutzerleistungen beschäftigt, und der besonderen Missbrauchskontrolle gemäß §§ 42 f. TKG nur wenige Normen vor. § 42 TKG hatte dabei keine eigentliche europarechtliche Entsprechung sondern diente ausweislich der Gesetzesbegründung zum entsprechenden Änderungsgesetz unter anderem als Ergänzung und Auffangtatbestand für endnutzerrelevante Maßnahmen im Sinne des Art. 17 Abs. 2 der Universaldienstrichtlinie.⁵⁹² Der EKEK sieht mit Art. 83 nur eine einzelne Norm zur Regulierung von Endkundenmärkten vor. Diese ist außerdem subsidiär zu den Regulierungsmaßnahmen, die auf den Vorleistungsmärkten ergriffen werden können (s. o. unter IV. 2. a) (3) (e) iv.). Allerdings erlaubt sie es den Mitgliedsstaaten nicht nur Entgeltregulierungsmaßnahmen bei Endnutzerleistungen vorzusehen, sondern auch darüberhinausgehende Maßnahmen bei anderen endnutzerrelevanten Aspekten (s. o. unter IV. 2. a) (3) (e) iv.). Im Kern wird das im TKG über den dargestellten Zweiklang aus Entgeltregulierung gemäß § 39 TKG und besonderer Missbrauchsaufsicht gemäß § 42 TKG bereits jetzt ermöglicht. Das heißt, die Bundesnetzagentur hat bereits jetzt die Möglichkeit die in Art. 83 EKEK angelegten Maßnahmen bei endnutzerrelevanten Aspekten – auf unterschiedliche Ermächtigungsgrundlagen gestützt – zu ergreifen.

Allerdings unterliegt zwar der Regelungsgehalt von § 39 TKG aber nicht der vollständige Inhalt von § 42 TKG dem Subsidiaritätsvorbehalt des Art. 83 Abs.1 b) EKEK, so dass sich die aktuelle Rechtslage nicht mit dem neuen europäischen Recht vereinbaren lässt. Und eine „Verbannung“ anderer als entgeltbezogener Maßnahmen als scheinbar untergeordnet in die besondere Missbrauchsaufsicht wird auch nicht der Bedeutung der OTT-Kommunikationsdienste gerecht, die diese jetzt schon haben und die sich in Zukunft nur verstärken wird (s. schon o. unter V. 3.). Es ist gut möglich, dass Entgelte auf den Endkundenmärkten kaum noch eine Rolle spielen werden. Vielmehr wird das Geschäftsmodell, das sich über Aufmerksamkeit und personenbezogene Daten amortisiert, zur Regel werden oder wenigstens einen signifikanten Anteil im Telekommunikationssektor einnehmen. Dem muss der deutsche Gesetzgeber Rechnung tragen, in dem

⁵⁹² Vgl. BT-Drs. 16/2581, S. 24; kritisch *Gersdorf*, in: Arndt/Fetzer/Scherer, Telekommunikationsgesetz, § 42, Rn. 52.

er § 39 TKG streicht und durch eine näher an Art. 83 EKEK ausgerichtete Norm ersetzt. Dabei sollte er sich, aus den oben genannten Gründen und innerhalb des Spielraums, den ihm der Europäische Gesetzgeber gewährt, sogar noch weiter von dem Entgeltregulierungscharakter des Art. 83 EKEK lösen, als es der Europäische Gesetzgeber getan hat. Denn so könnte der deutsche Gesetzgeber klarstellen, dass das Regulierungsrecht für den Telekommunikationssektor zukunftsorientiert ausgestaltet ist und die Position der Bundesnetzagentur anpassungsfähig gestalten. Das könnte z.B. durch eine Erweiterung des Beispielkatalogs geschehen. Dementsprechend könnte der deutsche Gesetzgeber folgende Norm in das TKG einfügen:

(1) Rechtfertigen Tatsachen die Annahme, dass die Verpflichtungen im Zugangsbereich nicht zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 führen würden, kann die Bundesnetzagentur Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Regulierungsmaßnahmen bezüglich des Angebots von Telekommunikationsdiensten für Endnutzer auferlegen. Diese Regulierungsmaßnahmen müssen an der Art des festgestellten Problems ausgerichtet sein und in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen des § 2 stehen.

(2) Die Bundesnetzagentur kann Betreiber öffentlicher Telekommunikationsdienste unter Beachtung von Absatz 1 unter anderem dazu verpflichten:

- 1. Keine überhöhten Preise zu berechnen;*
- 2. **Personenbezogene Nutzerdaten nicht in missbräuchlichem Umfang zu erheben oder in missbräuchlicher Weise zu verarbeiten;***
- 3. **Gezielte Werbung ihren Nutzer nicht in einem missbräuchlichen Umfang aufzudrängen;***
- 4. Den Markteintritt von Wettbewerbern nicht zu behindern;*
- 5. Keine Kampfpreise zur Ausschaltung des Wettbewerbs anzuwenden;*
- 6. Bestimmte Endnutzer nicht unangemessen zu bevorzugen;*
- 7. Dienste nicht ungerechtfertigt zu bündeln oder*
- 8. **Ihre Dienste mit denen anderer Anbieter zu verknüpfen.***

Entgeltbezogene Verpflichtungen kann die Bundesnetzagentur unter anderem mit Maßnahmen durchsetzen, wie

- a. der Einhaltung von Obergrenzen bei Endnutzerpreisen;*
- b. Maßnahmen zur Kontrolle von Einzeltarifen oder*

c. Maßnahmen im Hinblick auf kostenorientierte Tarife oder Preise von vergleichbaren Märkten.

(3) Die Bundesnetzagentur kann einem Unternehmen, das einer Regulierung von Endnutzerleistungen nach Absatz 1 unterliegt, Verpflichtungen in Bezug auf Kostenrechnungsmethoden erteilen. Sie kann dazu unter anderem das zu verwendende Format und die zu verwendende Buchführungsmethode festlegen. Die Anwendung der Kostenrechnungsmethode wird von einer unabhängigen Stelle überprüft, die von der Bundesnetzagentur mit der Überprüfung beauftragt wurde. Das Prüfergebnis wird einmal jährlich veröffentlicht.

Diese neue Norm müsste dann in den Katalog der Regulierungsmaßnahmen nach § 13 TKG aufgenommen werden, um sie mit dem Marktdefinitions- und –analyseverfahren der §§ 9 ff. TKG zu verknüpfen. Der explizite Verweis auf einen regulierungsbedürftigen Endnutzermarkt des Art. 83 Abs. 1 a) EKEK erübrigt sich dann und hat deshalb auch keinen Eingang in meinen Umsetzungsvorschlag gefunden. § 42 TKG würde neben dieser Norm eine eigenständige Bedeutung als Missbrauchsaufsicht auf Zugangsebene behalten und könnte daher grundsätzlich beibehalten werden. Allerdings müsste § 42 Abs. 4 S. 3 TKG gestrichen werden, da die Funktion dieses Satzes dann vollständig von der neuen Norm erfüllt werden würde.

d) Interoperabilität

Neben der asymmetrischen Zugangsregulierung bei Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht kennt das TKG auch eine symmetrische Zugangsregulierung für die Betreiber von öffentlichen Telekommunikationsnetzen, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren. Gemäß § 18 TKG können diese Betreiber, wenn das zur Gewährleistung der Kommunikation der Nutzer, der Bereitstellung von Diensten und deren Interoperabilität erforderlich ist, zur Zusammenschaltung mit anderen öffentlichen Telekommunikationsnetzen verpflichtet werden. Wenn es für den Ende-zu-Ende-Verbund von Diensten erforderlich ist, können den Betreibern auch weitere Zugangsverpflichtungen auferlegt werden. Bei § 18 TKG handelt es sich um eine Umsetzung von Art. 5 Abs. 1 a) der Zugangsrichtlinie⁵⁹³, die sich relativ nah am Wortlaut der europäischen Norm gehalten hat. Art 5 der Zugangsrichtlinie ist nun in Art. 61 des EKEK aufgegangen

⁵⁹³ Richtlinie 2002/19/EG, ABl. L 108/7.

und wurde mit Blick auf die neue ausdifferenzierte Definition des Telekommunikationsdienstes erweitert (s. o. unter IV. 2. a) (3) (d)). Die Beschränkung des § 18 TKG auf die Betreiber von Telekommunikationsnetzen kann vor dem Hintergrund des Art. 61 EKEK nicht mehr aufrechterhalten werden. Vielmehr muss der deutsche Gesetzgeber nun eine ausdifferenzierte Regelung schaffen, die es der Bundesnetzagentur erlaubt, je nach Situation gegenüber allen Typen elektronische Kommunikationsdienste Maßnahmen zur Zusammenschaltung und Interoperabilität zu treffen.⁵⁹⁴

Zwar fasst der EKEK diese Regelungen in einer Norm zusammen, es bietet sich aus Gründen der Übersichtlichkeit jedoch an, die jeweilige Ermächtigungsgrundlage in einer eigenen Regelung auszugestalten. Das entspricht dem Vorgehen, das der deutsche Gesetzgeber bereits bei der Umsetzung des Art. 5 Zugangs-RL gewählt hatte, als er die Ermächtigungsgrundlage mit Blick auf Telekommunikationsnetze in § 18 TKG und die Ermächtigungsgrundlage mit Blick auf Rundfunkgeräte in den §§ 48, 49 TKG verortete. Die Umsetzung des Art. 61 EKEK soweit sie für OTT-Kommunikationsdienste relevant ist, könnte folgendermaßen geschehen:

§ 1: Pflicht zur Zusammenschaltung

Die Bundesnetzagentur kann Betreiber von Telekommunikationsnetzen, die den Zugang zu den Endnutzern kontrollieren, und Anbieter von anderen als nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten, die den Zugang zu den Endnutzern kontrollieren, in begründeten Fällen die Verpflichtung auferlegen, ihre Netze zusammenzuschalten, soweit dies zur Gewährleistung durchgehender Konnektivität erforderlich ist. Darüber hinaus kann die Bundesnetzagentur Betreibern von Telekommunikationsnetzen, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren, und Anbietern von anderen als nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten, die den Zugang zu den Endnutzern kontrollieren, weitere Zugangsverpflichtungen auferlegen, soweit dies zur Gewährleistung durchgehender Konnektivität erforderlich ist.

⁵⁹⁴ So auch *BMVI/BMWi*, Eckpunkte zur TK-Novelle 2019, S. 10.

§ 2: Pflicht zu Interoperabilität

(1) Die Bundesnetzagentur kann in begründeten Fällen und soweit erforderlich Betreiber von Telekommunikationsnetzen, die den Zugang zu den Endnutzern kontrollieren, und Anbieter von anderen als nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten, die den Zugang zu den Endnutzern kontrollieren, dazu verpflichten, ihre Dienste interoperabel zu machen.

(2) Die Bundesnetzagentur kann in begründeten Fällen, in denen die durchgehende Konnektivität zwischen Endnutzern wegen mangelnder Interoperabilität zwischen interpersonellen Kommunikationsdiensten bedroht ist, die betreffenden Anbieter nummernunabhängiger interpersoneller Kommunikationsdienste, die eine nennenswerte Abdeckung und Nutzerbasis aufweisen, dazu verpflichten, ihre Dienste interoperabel zu machen, soweit dies zur Gewährleistung der durchgehenden Konnektivität zwischen Endnutzern erforderlich ist. Diese Verpflichtung darf die Bundesnetzagentur nur auferlegen,

i) soweit sie den zur Sicherstellung der Interoperabilität von interpersonellen Kommunikationsdiensten notwendigen Umfang nicht überschreiten; dies kann auch verhältnismäßige Verpflichtungen für die Anbieter dieser Dienste einschließen, die Anwendung, Änderung und Weiterverbreitung einschlägiger Informationen durch die Behörden oder andere Anbieter zu veröffentlichen und zu genehmigen oder Normen oder Spezifikationen gemäß Artikel 39 Absatz 1 der Richtlinie 2018/1972/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Europäischer Kodex für elektronische Kommunikation) (ABl. L 321/36 v. 17.12.2018) oder andere einschlägige europäische oder internationale Normen anzuwenden oder umzusetzen, und

ii) wenn die Kommission gemäß Art. 61 Abs. 2 der Richtlinie 2018/1972/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Europäischer Kodex für elektronische Kommunikation) (ABl. L 321/36 v. 17.12.2018) festgestellt hat, dass die durchgehende Konnektivität zwischen Endnutzern in nennenswertem Ausmaß bedroht ist, und wenn sie Durchführungsmaßnahmen erlassen hat, in denen Art und Umfang der Verpflichtungen festgelegt werden, die auferlegt werden können.

Neben diesen Regelungen zur Zusammenschaltung und Interoperabilität enthält Art. 61 EKEK auch noch symmetrische Regelungen zur Interoperabilität von Rundfunkgeräten, zu dem Zugang zu Verkabelungen und zugehörigen Einrichtungen in Gebäuden und zur gemeinsamen Nutzung von passiven Infrastrukturen. Diese Ermächtigungsgrundlagen für die nationalen Regulierungsbehörden sind nach der Logik des TKG an anderer Stelle umzusetzen und betreffen OTT-Kommunikationsdienste, die definitionsgemäß keine eigene Infrastruktur betreiben, nicht.

e) Kundenschutz

Der deutsche Gesetzgeber wird auf Grundlage des EKEK einige Änderungen am Kundenschutzteil des TKG – §§ 43a - 47b TKG – vornehmen müssen. Für OTT-Kommunikationsdienste dürften die neue Kundenschutzregulierung besonders interessant sein: Bisher mussten sie sich weder an die kommunikationsspezifischen Verbraucherschutzvorschriften des TKG noch, wenn sie das typische Null-Preis-Geschäftsmodell verfolgten, an die Verbraucherschutzvorschriften des BGB halten⁵⁹⁵, sondern es galten für sie lediglich die weniger strengen Regelungen des TMG (s. o. V. 6.). Da der Europäische Gesetzgeber in Art. 101 EKEK das Werkzeug einer partiellen Vollharmonisierung gewählt hat (s.o. unter IV. 2. a) (3) (f) iii.), verbleibt dem deutschen Gesetzgeber lediglich ein sehr kleiner Umsetzungsspielraum, das heißt, dass die meisten Normen im Wortlaut den Regelungen des EKEK entsprechen werden. Der deutsche Gesetzgeber sollte dementsprechend den kompletten Teil zum Kundenschutz streichen und durch neue Regelungen ersetzen, um sich möglichst nah an die europäische Vorgabe zu halten.⁵⁹⁶

Neu aufnehmen muss er zunächst ein allgemeines Diskriminierungsverbot, wie es Art. 99 EKEK vorsieht. Auf diese Norm bezieht sich die partielle Vollharmonisierung des Art. 101 EKEK zwar nicht, jedoch lässt Art. 99 EKEK selbst wenig Spielraum für den nationalen Gesetzgeber. Die nationale Norm könnte folgendermaßen aussehen:

⁵⁹⁵ Vgl. Begr. RegE BT-Drs. 17/12637, S. 45; *Schirnbacher*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, BGB § 312, Rn. 30; a. A. *Czajkowski/Müller-ter Jung*, CR 2018, S. 157 (160 f.); *Martens*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BGB, § 312, Rn. 10.

⁵⁹⁶ A. A. *BMVI/BMWi*, Eckpunkte zur TK-Novelle 2019 S. 14 f.; ähnlich *Kiparski*, CR 2019, S. 179 (184).

Anbieter von Telekommunikationsnetzen oder Telekommunikationsdiensten dürfen auf Endnutzer keine unterschiedlichen Anforderungen oder allgemeinen Bedingungen für den Zugang zu den Netzen oder Diensten oder für deren Nutzung anwenden, die auf der Staatsangehörigkeit oder dem Wohnsitz oder dem Ort der Niederlassung des Endnutzers beruhen, es sei denn, diese unterschiedliche Behandlung ist objektiv gerechtfertigt.

Weder die Bindung an die Europäischen Grundrechte aus Art. 100 EKEK noch die partielle Vollharmonisierung aus Art. 101 EKEK müssen als Normen ins TKG aufgenommen werden. Die Bindung an die Europäischen Grundrechte in Art. 100 EKEK hat klarstellenden Charakter, da die Mitgliedsstaaten bereits gemäß Art. 51 Abs. S. 1 GRCh bei der Durchführung des Rechts der Union an die Grundrechte der Charta gebunden sind.⁵⁹⁷ Art. 100 EKEK macht deutlich, dass es sich um die Durchführung von Unionsrecht handelt, wenn die Mitgliedsstaaten Maßnahmen „betreffend den Zugang zu oder die Nutzung von Diensten und Anwendungen durch die Endnutzer im Rahmen von elektronischen Kommunikationsnetzen“ ergreifen. Art. 101 EKEK hat ebenfalls keinen für das praktische Recht relevanten Regelungsinhalt, sondern ist erfüllt, wenn der deutsche Gesetzgeber sich nah genug an die Vorgaben des EKEK zum Kundenschutz hält.

Aus Sicht der OTT-Kommunikationsdienste dürfte die entscheidende Kundenschutznorm, die Regelung zu den Informationspflichten bei Verträgen aus Art. 102 EKEK sein, da sie, anders als viele andere Normen des Kundenschutzes, nicht an die Verwendung von Rufnummern oder die Kontrolle über andere technische Parameter anknüpft. Sie wird stets Anwendung auf OTT-Kommunikationsdienste finden (s.o. unter IV. 2. a) (3) (f) iv.).

Art. 102 EKEK bietet dem deutschen Gesetzgeber trotz der partiellen Vollharmonisierung gemäß seiner Abs. 6 und 7 einen relativ großen Spielraum, mit dem er eine Obergrenze für die Nutzung eines Dienstes festlegen bzw. flexibel auf neue Entwicklungen reagieren kann. Da bisher keine vergleichbaren Normen im TKG enthalten sind, wird der deutsche Gesetzgeber auf Regeln dazu voraussichtlich verzichten. Daneben stellt sich für den deutschen Gesetzgeber vor allem die Frage, wie er mit den mehrfachen Verweisen des Art. 102 EKEK umgehen will. Die Norm verweist einerseits auf Art. 5 und 6 der Verbraucher-

⁵⁹⁷ Dazu ausführlich *Jarass*, EU-Grundrechte-Charta, Art. 51, Rn. 16 ff.; *Borowsky*, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 51, Rn. 24a ff.

schutzrichtlinie⁵⁹⁸ andererseits auf Anhang VIII des EKEK. Da das TKG jedoch bereits Verweise auf außerhalb des nationalen Rechts liegende Rechtsakte – vgl. z.B. §§ 10 und 11 TKG – und sogar auf außerhalb des nationalen Rechts liegende Anhänge von Richtlinien – vgl. z.B. § 55 Abs. 4 S. 2 TKG oder § 84 Abs. 3 S. 2 TKG – kennt, wird der deutsche Gesetzgeber diese Regelungstechnik voraussichtlich beibehalten. Alternativ könnte er die Verweisungsziele in den Text der Umsetzungsnorm selbst oder als eigene Normen daneben ins TKG aufnehmen. Diese Vorgehensweise führt jedoch zu einer unnötigen Aufblähung des Gesetzestexts. Der deutsche Gesetzgeber sollte daher aus meiner Sicht darauf verzichten und selbst Verweise vornehmen. Neben dem Verweis auf die Verbraucherschutzrichtlinie könnte der deutsche Gesetzgeber außerdem auch einen Verweis auf die entsprechende nationale Umsetzung in Betracht ziehen: Die Informationspflichten aus der Verbraucherschutzrichtlinie wurden in den Art. 246 und 246a des Einführungsgesetzes zum BGB umgesetzt.⁵⁹⁹ Allerdings verweisen die Artikel aus dem Einführungsgesetz ausdrücklich auf die jeweils einschlägigen Normen des BGB, während die Artikel aus der Verbraucherschutzrichtlinie auch alleinstehend verstanden werden können. Dementsprechend sollte der deutsche Gesetzgeber einen Verweis direkt auf die Verbraucherschutzrichtlinie wählen. Nach all dem könnte er die Norm auf folgende Weise gestalten:

(1) Bevor ein Verbraucher durch einen Vertrag oder ein entsprechendes Vertragsangebot gebunden ist, erteilt der Anbieter anderer öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste als für die Bereitstellung von Diensten der Maschine-Maschine-Kommunikation genutzte Übermittlungsdienste die in den Artikeln 5 und 6 der Richtlinie 2011/83/EU aufgeführten Informationen und darüber hinaus die in Anhang VIII der Richtlinie 2018/1972/EU aufgeführten Informationen insoweit, als diese einen von ihm erbrachten Dienst betreffen.

Die Informationen sind in klarer und verständlicher Weise auf einem dauerhaften Datenträger im Sinne des Artikels 2 Nummer 10 der Richtlinie 2011/83/EU oder – falls die Erteilung auf einem dauerhaften Datenträger nicht realisierbar ist – in einem vom Anbieter bereitgestellten leicht herunterladbaren Dokument zu erteilen. Der Anbieter macht den Verbraucher ausdrücklich auf die Verfügbarkeit dieses Dokuments und darauf aufmerksam,

⁵⁹⁸ Richtlinie 2011/83/EU.

⁵⁹⁹ Vgl. BGBl. I. 3642.

dass es wichtig ist, es für die Zwecke der Dokumentierung, der künftigen Bezugnahme und der unveränderten Wiedergabe herunterzuladen.

Die Informationen werden auf Anfrage in einem Format bereitgestellt, das nach den Rechtsvorschriften der Union zur Harmonisierung der Barrierefreiheitsanforderungen an Produkte und Dienstleistungen für Endnutzer mit Behinderungen zugänglich ist.

(2) Die in den Absätzen 1, 3 und 5 genannten Informationen sind auch Endnutzern, bei denen es sich um Kleinstunternehmen oder kleine Unternehmen oder Organisationen ohne Gewinnerzielungsabsicht handelt, zu erteilen, sofern diese nicht ausdrücklich zugestimmt haben, auf die Anwendung dieser Bestimmungen ganz oder teilweise zu verzichten.

(3) Anbieter anderer öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste als für die Bereitstellung von Diensten der Maschine-Maschine-Kommunikation genutzte Übermittlungsdienste stellen den Verbrauchern klare und leicht lesbare Vertragszusammenfassungen bereit. Diese Zusammenfassungen legen die Hauptelemente der Informationspflichten gemäß Absatz 1 dar. Diese Hauptelemente müssen mindestens die folgenden Informationen umfassen:

a) Name, Anschrift und Kontaktangaben des Anbieters sowie Kontaktangaben für Beschwerden, falls sie sich von ersteren unterscheiden;

b) die wesentlichen Merkmale der einzelnen zu erbringenden Dienste;

c) die jeweiligen Preise für die Aktivierung der Telekommunikationsdienste und alle wiederkehrenden oder verbrauchsabhängigen Entgelte, wenn die Dienste gegen direkte Geldzahlung erbracht werden;

d) die Laufzeit des Vertrags und die Bedingungen für seine Verlängerung und Kündigung;

e) das Ausmaß, in dem die Produkte und Dienste für Endnutzer mit Behinderungen bestimmt sind;

f) im Hinblick auf Internetzugangsdienste eine Zusammenfassung der gemäß Artikel 4 Absatz 1 Buchstaben d und e der Verordnung 2015/2120/EU erforderlichen Informationen.

Anbieter, die den Verpflichtungen gemäß Absatz 1 unterliegen, füllen das Muster für Vertragszusammenfassungen, das von der Europäischen Kommission gemäß Art. 102 Abs. 3 der Richtlinie 2018/1972/EU (ABl. L 321/36) vorgegeben wird, ordnungsgemäß mit den erforderlichen Informationen aus und stellen die Vertragszusammenfassung Verbrauchern vor Abschluss des Vertrags — auch bei Fernabsatzverträgen — kostenlos zur Verfügung. Ist es aus objektiven technischen Gründen nicht möglich, die Vertragszusammenfassung zu diesem Zeitpunkt zur Verfügung zu stellen, so muss dies anschließend unverzüglich erfolgen, und der Vertrag wird erst wirksam, wenn der Verbraucher nach Erhalt der Vertragszusammenfassung sein Einverständnis bestätigt hat.

(4) Die in den Absätzen 1 und 3 genannten Informationen werden zu einem integralen Bestandteil des Vertrags und dürfen nur geändert werden, wenn sich die Vertragsparteien ausdrücklich darauf einigen.

(5) Werden Internetzugangsdienste oder öffentlich zugängliche interpersonelle Kommunikationsdienste nach Zeit oder Datenvolumenverbrauch abgerechnet, so stellen die Anbieter den Verbrauchern Einrichtungen zur Verfügung, mit denen sie ihre Nutzung dieser einzelnen Dienste überwachen und kontrollieren können. Die Einrichtung gibt auch Zugang zu zeitnahen Informationen über den Nutzungsumfang der in einem Tarif enthaltenen Dienste. Die Anbieter informieren insbesondere die Verbraucher, bevor von der Bundesnetzagentur vorher festgelegte, in ihrem Tarif enthaltene Nutzungsgrenzen erreicht werden und ein in ihrem Tarif einbegriffener Dienst vollständig aufgebraucht ist.

Eine weitere Norm aus dem Themenkomplex zum Kundenschutz, die für OTT-Kommunikationsdienste Relevanz entfalten kann, ist Art. 103 EKEK, der sich mit Transparenz, dem Angebotsvergleich und der Veröffentlichung von Informationen im öffentlichen Auftrag beschäftigt. Anders als die ersten beiden Regelungsgegenstände richtet sich der Teil der Norm zur Informationsverbreitung lediglich an Internetzugangsdienste und nummergebundene interpersonelle Kommunikationsdienste, auf OTT-Kommunikationsdienste findet er daher keine Anwendung. Da diese Regelungsgegenstände nur bedingt miteinander verknüpft sind, könnte der deutsche Gesetzgeber diese Norm des besseren Verständnisses wegen im TKG in drei verschiedene Paragraphen aufteilen:

§ 1: Transparenz

(1) Die Bundesnetzagentur sorgt dafür, dass in den Fällen, in denen die Anbieter von Internetzugangsdiensten oder öffentlich zugänglichen interpersonellen Kommunikationsdiensten die Erbringung dieser Dienste ihren Geschäftsbedingungen unterwerfen, die in Anhang IX der Richtlinie 2018/1972/EU aufgeführten Informationen auf klare, umfassende und maschinenlesbare Weise und in einem für Endnutzer mit Behinderungen zugänglichen Format gemäß den Rechtsvorschriften der Union zur Harmonisierung der Barrierefreiheitsanforderungen an Produkte und Dienstleistungen von allen diesen Anbietern oder von der Bundesnetzagentur selbst veröffentlicht werden.

(2) Diese Informationen werden regelmäßig auf den neuesten Stand gebracht.

(3) Die Bundesnetzagentur kann hinsichtlich der Form, in der diese Informationen zu veröffentlichen sind, weitere Anforderungen festlegen.

(4) Die betreffenden Informationen sind auf Aufforderung vor ihrer Veröffentlichung der Bundesnetzagentur vorzulegen.

§ 2: Angebotsvergleich

(1) Die Bundesnetzagentur stellt sicher, dass die Endnutzer kostenlosen Zugang zu mindestens einem unabhängigen Vergleichsinstrument haben, mit dem sie verschiedene Internetzugangsdienste, öffentlich zugängliche interpersonelle Kommunikationsdienste vergleichen und beurteilen können in Bezug auf:

a) die Preise und Tarife der für wiederkehrende oder verbrauchsbasierte direkte Geldzahlungen erbrachten Dienste, und

b) die Dienstqualität — falls eine Mindestdienstqualität angeboten wird oder das Unternehmen verpflichtet ist, solche Informationen nach Artikel 104 zu veröffentlichen.

(2) Das Vergleichsinstrument gemäß Absatz 1 muss

a) unabhängig von den Anbietern solcher Dienste betrieben werden und damit sicherstellen, dass diese Anbieter bei den Suchergebnissen gleich behandelt werden;

- b) die Inhaber und Betreiber des Vergleichsinstruments eindeutig offenlegen;*
- c) klare und objektive Kriterien, auf die sich der Vergleich stützt, enthalten;*
- d) eine leicht verständliche und eindeutige Sprache verwenden;*
- e) korrekte und aktualisierte Informationen bereitstellen und den Zeitpunkt der letzten Aktualisierung angeben;*
- f) allen Anbietern von Internetzugangsdiensten oder öffentlich zugänglichen interpersonellen Kommunikationsdiensten offenstehen, wobei die einschlägigen Informationen verfügbar gemacht werden, und eine breite Palette an Angeboten, die einen wesentlichen Teil des Marktes abdeckt, umfassen und, falls die gebotenen Informationen keine vollständige Marktübersicht darstellen, eine eindeutige diesbezügliche Erklärung ausgeben, bevor die Ergebnisse angezeigt werden;*
- g) ein wirksames Verfahren für die Meldung unrichtiger Informationen vorsehen;*
- h) die Möglichkeit einschließen, Preise, Tarife und Dienstqualität zwischen den Verbrauchern zur Verfügung stehenden Angeboten und, falls dies von den Mitgliedstaaten verlangt wird, zwischen jenen Angeboten und den für andere Endnutzer öffentlich verfügbaren Standardangeboten zu vergleichen.*

Vergleichsinstrumente, die den Anforderungen der Buchstaben a bis h entsprechen, werden auf Antrag des Anbieters des Instruments von der Bundesnetzagentur zertifiziert.

(3) Dritten wird das Recht eingeräumt, die Informationen, die von Anbietern von Internetzugangsdiensten oder öffentlich zugänglichen interpersonellen Kommunikationsdiensten veröffentlicht werden, kostenlos und in offenen Datenformaten zu nutzen, um derartige unabhängige Vergleichsinstrumente bereitzustellen.

Im Rahmen von „§ 2 Abs. 1“ halte ich es aus Gleichheitsgesichtspunkten geboten (s. o. V. 6.), von der durch den Europäischen Gesetzgeber eingeräumten Möglichkeit Gebrauch zu machen, auch nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste in den Anwendungsbereich aufzunehmen. Ich habe die Formulierung meines Umsetzungsvorschlags dementsprechend angepasst.

§ 3: Veröffentlichung von Informationen

Die Anbieter von Internetzugangsdiensten und öffentlich zugänglichen nummergebundenen interpersonellen Kommunikationsdiensten sind verpflichtet Informationen von öffentlichem Interesse erforderlichenfalls kostenlos über die Mittel, über die sie gewöhnlich mit Endnutzern kommunizieren, an bestehende und neue Endnutzer weitergeben. Die betreffenden Informationen von öffentlichem Interesse werden in einem solchen Fall von den zuständigen öffentlichen Stellen in einem standardisierten Format geliefert und müssen sich unter anderem auf folgende Themen erstrecken:

a) die häufigsten Formen einer Nutzung von Internetzugangsdiensten und öffentlich zugänglichen nummergebundenen interpersonellen Kommunikationsdiensten für unrechtmäßige Handlungen oder die Verbreitung schädlicher Inhalte, insbesondere wenn dadurch die Achtung der Rechte und Freiheiten anderer Personen beeinträchtigt werden kann, einschließlich Verstößen gegen Datenschutzrechte, das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte und ihre rechtlichen Folgen, sowie

b) Mittel des Schutzes vor einer Gefährdung der persönlichen Sicherheit, der Privatsphäre und personenbezogener Daten bei der Nutzung von Internetzugangsdiensten und nummergebundenen interpersonellen Kommunikationsdiensten.

Auch Art. 104 EKEK, der sich zu Informationen über die Dienstqualität äußert, richtet sich an alle interpersonellen Kommunikationsdienste und damit an OTT-Kommunikationsdienste. Zwar üben OTT-Kommunikationsdiensteanbieter definitionsgemäß keine Kontrolle über die zugrundeliegende Netzinfrastruktur aus, so dass eine Verpflichtung zur Informationserteilung über dieses Thema für sie irrelevant ist. Jedoch hat der Europäische Gesetzgeber in Art. 104 Abs. 1 EKEK auch die Möglichkeit vorgesehen, Diensteanbieter zur Information über die Maßnahmen, die sie zur Gewährleistung der Gleichwertigkeit beim Zugang für Endnutzer mit Behinderungen getroffenen haben, zu verpflichten. Außerdem kann sie die Pflicht treffen, darüber zu informieren, ob die Qualität der von ihnen bereitgestellten Dienste von externen Faktoren, wie etwa der Kontrolle über die Signalübertragung oder der Netzwerkkonnektivität, abhängt – und das ist bei OTT-Kommunikationsdiensten typischerweise der Fall. Die Umsetzung des

Art. 104 EKEK in deutsches Recht ist daher Teil des Gegenstands dieser Arbeit. Ich schlage folgende Formulierung vor:

(1) Die Bundesnetzagentur kann von den Anbietern von Internetzugangsdiensten und öffentlich zugänglichen interpersonellen Kommunikationsdiensten verlangen, umfassende, vergleichbare, angemessene, verlässliche, benutzerfreundliche und aktuelle Informationen für Endnutzer über die Qualität ihrer Dienste — insoweit als sie zumindest einige Komponenten des Netzes entweder unmittelbar oder über eine Leistungsvereinbarung kontrollieren — sowie über die zur Gewährleistung der Gleichwertigkeit beim Zugang für Endnutzer mit Behinderungen getroffenen Maßnahmen zu veröffentlichen. Die Bundesnetzagentur kann von den Anbietern öffentlich zugänglicher interpersoneller Kommunikationsdienste auch verlangen, die Verbraucher darüber zu unterrichten, ob die Qualität der von ihnen bereitgestellten Dienste von externen Faktoren, wie etwa der Kontrolle über die Signalübertragung oder der Netzwerkkonnektivität, abhängt.

(2) Die betreffenden Informationen sind auf Aufforderung vor ihrer Veröffentlichung der nationalen Regulierungsbehörde und gegebenenfalls den anderen zuständigen Behörden vorzulegen.

(3) Die Maßnahmen zur Sicherung der Dienstqualität müssen mit der Verordnung (EU) 2015/2120 im Einklang stehen.

(4) Die Bundesnetzagentur schreibt — unter weitestgehender Berücksichtigung der GEREK-Leitlinien, die dieses nach Art. 104 Abs. 2 der Richtlinie 2018/1972/EU (ABl. L 321/36) erlässt — die zu erfassenden Parameter für die Dienstqualität, die anzuwendenden Messverfahren sowie Inhalt, Form und Art der zu veröffentlichenden Angaben einschließlich etwaiger Qualitätszertifizierungsmechanismen vor. Gegebenenfalls werden die in Anhang X der Richtlinie 2018/1972/EU aufgeführten Parameter, Definitionen und Messverfahren verwendet.

In Art. 110 Abs. 2 EKEK, der sich mit dem Aufbau eines öffentlichen Warnsystems beschäftigt, hat es der Europäische Gesetzgeber dem nationalen Gesetzgeber überlassen, ob er auch andere als Anbieter von mobilen nummerngebundenen interpersonellen Kommunikationsdiensten für das Warnsystem dienstbar gemacht werden sollen. Damit gehören OTT-Kommunikationsdienste zu den po-

tentiellen Verpflichteten einer auf Art. 110 EKEK gestützten Norm (s.o. unter IV. 2. a) (3)). Da es Zweck dieser Norm ist, eine möglichst hohe Verbreitung von öffentlichen Warnungen zu erzielen, um so dem Schutz der Bevölkerung zu dienen⁶⁰⁰ und weil bei Kommunikationsdiensten, die eine vergleichbare Verbreitung haben und eine ähnliche Erreichbarkeit der Nutzer gewährleisten, wie mobile nummerngebundene Dienste, kein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung der Diensttypen ersichtlich ist, sollte der deutsche Gesetzgeber die Möglichkeit des Art. 110 Abs. 2 EKEK wahrnehmen. Die Entscheidung, ob Dienste nach Absatz 2 verpflichtet werden können, sollte aufgrund der Formulierung des Art. 110 EKEK, der sich ausdrücklich an die Mitgliedsstaaten als Entscheidungsträger richtet, allerdings nicht durch eine Behörde wie die Bundesnetzagentur getroffen werden. Da Art. 110 EKEK an GEREK-Leitlinien anknüpft, die erst bis 2020 erlassen werden müssen, kann die entsprechende Norm zum jetzigen Zeitpunkt jedoch auch noch nicht abschließend durch den Gesetzgeber geregelt werden.

Die letzte Regelung des Teils zum Kundenschutz im EKEK, die alle elektronischen Kommunikationsdienste und damit auch OTT-Kommunikationsdienste betrifft, ist Art. 111 EKEK. Mit dieser Norm möchte der Europäische Gesetzgeber Gleichwertigkeit hinsichtlich des Zugangs zu und der Auswahl von Kommunikationsdiensten für Endnutzer mit Behinderungen sicherstellen. Bisher fand sich eine in ähnliche Richtung gehende Regelung in § 45 TKG. Sie stellt eine Umsetzung der Artikel 7, 23a und 27a Abs. 2 der Universalienrichtlinie dar.⁶⁰¹ Der Europäische Gesetzgeber hat die Anforderungen mit dem EKEK im Vergleich zur Universalienrichtlinie jedoch verschärft: Die Mitgliedsstaaten müssen die Regulierungsbehörden nun nicht mehr nur in die Lage versetzen „erforderlichenfalls Anforderungen festzulegen“ sondern sie müssen nun dafür *sorgen*, „dass die zuständigen Behörden genaue Anforderungen festlegen“. § 45 TKG verlangt von der Bundesnetzagentur nicht zwingend, Anforderungen festzulegen. Er kann in seiner jetzigen Form daher nicht bestehen bleiben. Folgende neue Norm bietet sich an:

(1) Die Bundesnetzagentur legt Anforderungen fest, die von den Anbietern öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste erfüllt werden müssen, damit Endnutzer mit Behinderungen

⁶⁰⁰ Vgl. ErwGr. 294, 295 EKEK.

⁶⁰¹ BT-Drs. 16/2581, S. 26; *Ditscheid/Rudloff*, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, § 45, Rn. 1; *Schadow*, in: Scheurle/Meyen, Telekommunikationsgesetz, § 45, Rn. 1.

a) einen Zugang zu Telekommunikationsdiensten sowie zu den gemäß diesem Gesetz bereitgestellten diesbezüglichen Vertragsinformationen erhalten, der dem Zugang, über den die Mehrheit der Endnutzer verfügt, gleichwertig ist, und

b) die Auswahl an Unternehmen und Diensten, die der Mehrheit der Endnutzer offensteht, nutzen können.

(2) Bei der Festlegung der Anforderung nach Abs. 1 beachtet die Bundesnetzagentur das Verzeichnis der Normen oder Spezifikationen, das von der Europäischen Kommission gemäß Art. 39 der Richtlinie 2018/1972/EU (ABl. L 321/36) erstellt wurde.

Die weiteren Normen des Teils zum Kundenschutz, also die Regelungen zur Vertragslaufzeit und –kündigung in Art. 105 EKEK, zu Anbieterwechsel und Nummernübertragbarkeit in Art. 106 EKEK, zu Angebotspaketen in Art. 107 EKEK, zu Notruf und einheitlicher europäischer Notrufnummer in Art. 109 EKEK, zu Verzeichnisauskunftsdiensten gemäß Art. 112 EKEK, zur Interoperabilität der Autoradio- und für Verbraucher bestimmten Radio- und Digitalfernsehgeräte in Art. 113 EKEK, zu Übertragungspflichten bei bestimmten Hör- und Rundfunkkanälen in Art. 114 EKEK und zur Bereitstellung zusätzlicher Dienstmerkmale in Art. 115 EKEK, richten sich nicht an nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste und damit auch nicht OTT-Kommunikationsdienste (s.o. unter IV 2. a) (3) (f)). Sie sollen für diese Arbeit daher außer Betracht bleiben.

f) Fernmeldegeheimnis und kommunikationsspezifischer Datenschutz

Der EKEK enthält keine Regelungen zum Fernmeldegeheimnis oder zum kommunikationsspezifischen Datenschutz. Vielmehr ist es Aufgabe der E-Privacy-Richtlinie⁶⁰² und künftig der E-Privacy-Verordnung (s. o. unter IV. 2. b)) dieses Feld zu regulieren. Während die E-Privacy-Richtlinie mittlerweile veraltet ist, lässt die E-Privacy-Verordnung, obwohl sie bereits seit einiger Zeit im Gesetzgebungsverfahren ist, noch auf sich warten.⁶⁰³ Da die Herausnahme von OTT-Kommunikationsdiensten aus den Regeln zum Fernmeldegeheimnis und zum kommunikationsspezifischen Datenschutz jedoch eine primärrechts- und ver-

⁶⁰² Richtlinie 2002/58/EG.

⁶⁰³ Vgl. Verfahren 2017/0003/COD.

fassungswidrige Schutzlücke bildet (s. o. unter V. 8. und 9.), stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber der E-Privacy-VO vorgreifen und bereits jetzt die Anwendung dieser Regelungen auf nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste erweitern kann. Der deutsche Gesetzgeber hat mit den §§ 88 – 107 TKG die E-Privacy-Richtlinie in nationales Recht umgesetzt.⁶⁰⁴ In ihrer jetzigen Gestalt erstrecken sich diese Normen auf die Inhalte und näheren Umstände der Telekommunikation – Anwendungsbereich des Fernmeldegeheimnisses in § 88 TKG – bzw. auf Anbieter geschäftsmäßiger Telekommunikationsdienste, wenn sie personenbezogene Daten der Teilnehmer und Nutzer von Telekommunikation erheben oder verwenden – Anwendungsbereich des kommunikationsspezifischen Datenschutzes gemäß § 91 TKG. Das bedeutet zunächst, dass die Änderung der Begriffsbestimmungen des TKG zum Telekommunikationsdienst, wie ich sie oben vorgeschlagen habe (s. VI. 3. a)), zu einer Erweiterung der Anwendungsbereiche auch auf nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste und damit OTT-Kommunikationsdienste führen würde: Interpersonelle Kommunikationsdienste werden künftig eine von mehreren Kommunikationsdiensttypen sein, die unter den Oberbegriff des Telekommunikationsdiensts fallen.⁶⁰⁵

Problematisch könnte allerdings sein, dass damit der Anwendungsbereich der Normen über den Anwendungsbereich der E-Privacy-Richtlinie hinausginge. Art. 3 der E-Privacy-Richtlinie legt als betroffene Dienste zwar ebenfalls öffentlich zugängliche elektronische Kommunikationsdienste fest, was nach der Begriffsbestimmung des EKEK auch interpersonelle Kommunikationsdienste umfasst (s. o. unter IV. 2. a) (1)). Allerdings muss für das Verständnis des Begriffs des elektronischen Kommunikationsdiensts gemäß Art. 2 E-Privacy-Richtlinie nicht der EKEK, sondern ausdrücklich die Rahmenrichtlinie herangezogen werden. Der Europäische Gesetzgeber hat deutlich gemacht, dass OTT-Kommunikationsdienste nicht unter die Begriffsbestimmung der Rahmenrichtlinie zum elektronischen Kommunikationsdienst fallen sollten (s.o. V. 8. Und V. 9.). Zwei Argumente führen dennoch dazu, dass der deutsche Gesetzgeber den Anwendungsbereich des Fernmeldegeheimnisses und der kommunikationsspezifischen Datenschutznormen auch auf OTT-Kommunikationsdienste erweitern

⁶⁰⁴ Vgl. BT-Drs. 17/5707, S. 79; *Braun*, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, § 91, Rn. 4; *Eckhardt*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 91, Rn. 5.

⁶⁰⁵ So auch *BMVI/BMWi*, Eckpunkte zur TK-Novelle 2019, S. 24.

kann: Erstens ist die Rahmenrichtlinie nicht einfach aufgehoben worden, sondern ist in modernisierter Form im EKEK aufgegangen, wie aus den Erwägungsgründen des EKEK deutlich wird.⁶⁰⁶ Es wäre mit dem Wortlaut noch vereinbar, den Verweis so auszulegen, dass er auf die ursprüngliche Rahmenrichtlinie, aber auch auf ihren direkten Nachfolger verweisen soll, der an die Stelle der Rahmenrichtlinie getreten ist, aber noch viele ihrer ursprünglichen Regelungen enthält. Da so eine Schutzlücke geschlossen werden könnte, die sowohl gegen das europäische Grundrecht auf Privatsphäre aus Art. 7 GRCh, das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten aus Art. 8 GRCh, als auch gegen den Gleichheitssatz nach Art. 20 GRCh verstößt, handelt es sich sogar um die primärrechtlich gebotene Auslegung des Art. 2 E-Privacy-RL. Zweitens enthält die E-Privacy-Richtlinie keine der partiellen Vollharmonisierung des Art. 101 EKEK oder dem Art. 4 der Verbraucherschutzrichtlinie⁶⁰⁷ vergleichbare Regelung. Das heißt, dass der deutsche Gesetzgeber das Schutzniveau der E-Privacy-Richtlinie zwar nicht unterschreiten darf, dass es ihm aber unbenommen ist, einen noch stärkeren Schutz vorzusehen, solange dies den Zielen der Richtlinie dient.⁶⁰⁸ Gemäß Erwägungsgrund 2 der E-Privacy-Richtlinie ist die Achtung der Grundrechte ihr Ziel. Diesem Ziel entspricht der deutsche Gesetzgeber, wenn er die Grundrechte der Nutzer von Telekommunikationsdiensten im höheren Maße schützt, als es in der Richtlinie vorgesehen ist. Es lässt sich also festhalten, dass der deutsche Gesetzgeber den Anwendungsbereich des Fernmeldegeheimnisses und des kommunikationsspezifischen Datenschutzes auf OTT-Kommunikationsdienste erweitern darf.

Wie gesagt ist das auch denkbar einfach möglich, indem er die aktuelle Formulierung der jeweiligen Normen beibehält. Eine Herausnahme von OTT-Kommunikationsdiensten wäre im darüber hinaus auch untersagt. Denn das würde einen Verstoß gegen europäisches Primärrecht, aber auch gegen Art. 3 und Art. 10 GG bedeuten. Der deutsche Gesetzgeber sollte die §§ 88 ff. TKG daher übergangsweise in ihrer jetzigen Form beibehalten. Wenn mit einer E-Privacy-Verordnung endgültige europäische Regelungen getroffen wurden, wird er

⁶⁰⁶ Vgl. nur Erwägungsgrund 4 EKEK.

⁶⁰⁷ Richtlinie 2011/83/EU.

⁶⁰⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-275/06, Slg. 2008, I-271, Tz. 66 ff; *Braun*, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, § 91 Rn. 5 spricht insofern von einer bloßen Mindestharmonisierung.

diesen Teil des TKG – mit Ausnahme von Umsetzungen möglicher Öffnungsklauseln innerhalb der Verordnung – komplett streichen müssen.

g) OTT und öffentliche Sicherheit

Der Abschnitt des TKG zur öffentlichen Sicherheit – §§ 108-115 TKG – fußt nur in einem geringen Maß auf europarechtlichen Vorgaben. Lediglich § 108 TKG, der sich mit der Notrufverpflichtung beschäftigt, und die §§ 109 und 109a TKG die sich mit technischen Schutzmaßnahmen und Datensicherheit beschäftigen, sind durch das europäische Recht vorgegeben.

(1) Europarechtlich bedingte Regelungen

Die Regeln des EKEK zur Notrufverpflichtung sind auf OTT-Kommunikationsdienste nicht anwendbar (s. o. unter IV. 2. a) (3) (f) ix.), so dass dieser Regelungskomplex für meine Arbeit keine Bedeutung hat.

Anders sieht es mit den technischen Schutzmaßnahmen aus: § 109 TKG stellt eine Umsetzung der Art. 13a und 13b der Rahmenrichtlinie dar.⁶⁰⁹ Im Kern entsprechen die Art. 40 und 41 EKEK noch den Normen aus der Rahmenrichtlinie, wurden jedoch ergänzt. Diese Ergänzung beschränkt sich jedoch vor allem auf Parameter zur Feststellung des Ausmaßes eines Sicherheitsverstößes, die sich nun in Art. 40 Abs. 2 S. 2 EKEK finden. Diese Parameter wird der deutsche Gesetzgeber in § 109 TKG aufnehmen müssen. Daneben ist der noch in Art. 13a Abs. 2 Rahmen-RL vorhandene Passus zur Integrität der Netze und Dienste gestrichen worden. Der deutsche Gesetzgeber kann dementsprechend erwägen, § 109 Abs. 2 S. 3 TKG zu streichen. Für OTT-Kommunikationsdienste vor allem relevant ist jedoch, dass der Anwendungsbereich der Norm im EKEK auch nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste erfasst. Das hängt mit der geänderten Begriffsbestimmung zu den elektronischen Kommunikationsdiensten zusammen. Diese Begriffsbestimmung muss der deutsche Gesetzgeber auch im TKG umsetzen. Da § 109 Abs. 1 TKG auf alle Diensteanbieter, die dem Fernmeldegeheimnis und den kommunikationsspezifischen Datenschutz unterfallen, und § 109 Abs. 2 TKG – Art. 40 EKEK entsprechend – auf Anbieter öffentlicher Telekommunikationsnetze und öffentlicher Telekommunikationsdienste Anwendung finden, werden nun automatisch auch OTT-Kommunika-

⁶⁰⁹ BT-Drs. 17/5707, 82 f.; *Eckhardt*, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, § 109, Rn. 4; *Schommertz/Gerhardus*, in: Scheurle/Mayen, Telekommunikationsgesetz, § 109, Rn. 1.

tionsdienste erfasst. Insofern besteht kein Änderungsbedarf für den deutschen Gesetzgeber. Abgesehen von den oben angesprochenen Veränderungen wird § 109 TKG also in seiner jetzigen Form bestehen bleiben können.

§ 109a TKG ist dagegen eine Umsetzung des Art. 4 zur Betriebssicherheit aus der E-Privacy-RL.⁶¹⁰ Hier gilt das bereits oben (VI. 3. f)) zum Fernmeldegeheimnis und zum kommunikationsspezifischen Datenschutz gesagte: Indem der deutsche Gesetzgeber die Norm in ihrer jetzigen Form beibehält, sollte er ihren Anwendungsbereich auch auf OTT-Kommunikationsdienste erstrecken.

(2) National bedingte Regelungen

Die folgenden Normen des Abschnitts zur öffentlichen Sicherheit haben dagegen keinen direkten europarechtlichen Hintergrund und der EKEK soll das Recht der Mitgliedsstaaten, derartige Regelungen zu erlassen, auch nicht berühren (s. o. unter V. 10.). Es könnte jedoch verfassungsrechtliche Gründe geben, die §§ 110-115 TKG mit Blick auf OTT-Kommunikationsdienste zu verändern. Insbesondere muss der deutsche Gesetzgeber prüfen, ob die zusätzlichen Kosten für klassische Anbieter vor dem Hintergrund der Wettbewerbsgleichheit gerechtfertigt sind.⁶¹¹ Das kann je nach Regelungsgehalt und gesetzgeberischem Ziel der jeweiligen Norm unterschiedlich zu beurteilen sein.

§ 110 TKG verpflichtet Betreiber von Telekommunikationsanlagen, mit denen öffentliche Telekommunikationsdienste erbracht werden, technische Einrichtungen vorzuhalten, mit denen gesetzlich vorgesehene Telekommunikationsüberwachung durchgeführt werden kann, und organisatorische Vorkehrungen für die unverzügliche Umsetzung solcher Überwachungsmaßnahmen zu treffen. Bei Telekommunikationsanlagen handelt es sich gemäß § 3 Nr. 23 TKG ausschließlich um technische Einrichtungen die zur elektromagnetischen oder optischen Übertragung von Nachrichten in der Lage sind. OTT-Kommunikationsdienste betreiben solche Anlagen definitionsgemäß nicht. Die Norm ist daher in ihrer jetzigen Form nicht auf sie anwendbar. Ihr Sinn und Zweck ist es, Strafverfolgungs- und Gefahrenabwehrbehörden, den Geheimdiensten und dem Zoll eine Telekommunikationsüberwachung zu ermöglichen, soweit ihre jeweiligen Er-

⁶¹⁰ Vgl. BGBl. I 2012, S. 958 ff.

⁶¹¹ Dazu *Fetzer*, ZEW Discussion Paper 16-057, S. 31 f.

mächtigungsgrundlagen reichen.⁶¹² Dabei geht es um eine direkte, technische Überwachung: Der Gesetzgeber hat keineswegs übersehen, dass es auch Telekommunikationsanbieter ohne eigene Infrastruktur geben kann, wie § 110 Abs. 1 S. 2 TKG zeigt. OTT-Kommunikationsdienste können solch einen direkten Zugriff auf den Datenstrom, wie er dem Gesetzgeber vorschwebt, nicht bieten. Darin ist ein sachlicher Grund im Sinne des Art. 3 GG für eine Ungleichbehandlung zwischen Betreibern von Telekommunikationsanlagen und Anbietern von Telekommunikationsdiensten, die keine eigene Infrastruktur betreiben, zu sehen. Da OTT-Kommunikationsdienste mittels Telekommunikationsanlagen anderer Anbieter erbracht werden, können Straftäter oder Gefährder der öffentlichen Sicherheit sich der Überwachung auch nicht mittels einer Abwanderung zu den OTT-Kommunikationsdiensten entziehen⁶¹³: Weiterhin kann ihre Kommunikation an den technischen Schnittstellen der Telekommunikationsanlagen überwacht werden. § 110 TKG kann also in seiner jetzigen Form beibehalten und muss nicht auf OTT-Kommunikationsdienste erstreckt werden.⁶¹⁴

Damit für Auskunftersuchen von Sicherheitsbehörden bestimmte Daten bereitstehen, verpflichtet § 111 Abs. 1 TKG geschäftsmäßige Anbieter von Telekommunikationsdiensten, die Rufnummern oder andere Anschlusskennungen vergeben oder Telekommunikationsanschlüsse für von anderen vergebene Rufnummern oder andere Anschlusskennungen bereitstellen, die in der Norm genannten Informationen zu erheben. OTT-Kommunikationsdienste vergeben keine eindeutigen Kennungen für die Anschlüsse ihrer Nutzer: Der Nutzername ist zwar eine Kennung des Teilnehmers, aber nicht seines Anschlusses. Dieser wird, da OTT-Kommunikationsdienste über das Internet erbracht werden, durch die dynamische IP-Adresse gekennzeichnet, die vom Internetzugangsanbieter des Nutzers und nicht vom OTT-Kommunikationsdienst vergeben wird. OTT-Kommunikationsdienste werden daher nicht von der ersten Variante der verpflichteten Personen erfasst.⁶¹⁵ Der Begriff der Telekommunikationsanschlüsse findet sich so nicht an anderer Stelle des TKG. Dagegen kennt ihn die

⁶¹² Ausführlich schon *Kloepfer*, K&R 2001, S. 545 (545 ff.); *Eckhardt*, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, § 110, Rn. 1; *Löwnau/Ipsen*, in: Scheurle/Mayen, Telekommunikationsgesetz, § 110, Rn. 1.

⁶¹³ Zu dieser Befürchtung: *Brown*, CLSR 30, S. 357 (368).

⁶¹⁴ So im Ergebnis auch *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 128.

⁶¹⁵ Bei dynamischen IP-Adressen ebenso: BVerfG, Beschl. v. 24. 1. 2012 – 1 BvR 1299/05, Rn. 139; *Eckhardt*, Beck'scher TKG-Kommentar, § 111, Rn. 8.

Telekommunikationsüberwachungsverordnung in § 2 Nr. 10 TKÜVO.⁶¹⁶ Sie definiert den Begriff dort als den durch eine Rufnummer oder andere Adressierungsangabe eindeutig bezeichneten Zugang zu einer Telekommunikationsanlage, der es einem Nutzer ermöglicht, Telekommunikationsdienste zu nutzen. Aufgrund der sachlichen Nähe und gleichen Zielrichtung des § 111 TKG und der Telekommunikationsüberwachungsverordnung muss davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber den Begriff in beiden Gesetzen gleich verstanden wissen wollte.⁶¹⁷ OTT-Kommunikationsdienste bieten gerade keinen eindeutig bezeichneten technischen Zugang zu Telekommunikationsanlagen. Sie fallen damit auch nicht unter die zweite Variante des Verpflichteten in § 111 Abs. 1 TKG.

Bestimmte OTT-Kommunikationsdienste – nämlich die der elektronischen Post – werden allerdings von § 111 Abs. 2 TKG erfasst. Dort ist keine Erhebungspflicht normiert, sondern eine Vorhaltungspflicht, wenn die Daten sowieso erhoben werden.⁶¹⁸ Damit liegen gleich zwei Ungleichbehandlungen vor, die beide vor dem Hintergrund des Art. 3 GG gerechtfertigt werden müssen: Zunächst stellt sich die Frage, ob es gerechtfertigt ist Dienste der elektronischen Post anders zu behandeln, als sonstige OTT-Kommunikationsdienste. Das TKG selbst enthält keine Definition dazu, was unter elektronischer Post zu verstehen ist. Da dieser Zusatz ursprünglich der Umsetzung der mittlerweile für primärrechtswidrig erklärten Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie⁶¹⁹ diente⁶²⁰ und diese sich ausdrücklich auf Internet-Email-Dienste bezieht, muss man den Begriff der elektronischen Post mit E-Mail gleichsetzen.⁶²¹ In § 111 Abs. 2 TKG wollte der Gesetzgeber also nicht an einer tatsächlich vorhandenen technischen Infrastruktur ansetzen, sondern spricht von elektronischen Postfächern, also Email-Konten, und deren Inhaber. Den Email-Konten vergleichbare Profile legen Nutzer jedoch auch bei anderen OTT-Kommunikationsdiensten an. In der Regel erheben die Anbieter auch den Namen des Nutzers. Es ist daher kein sachlicher Grund er-

⁶¹⁶ Verordnung über die technische und organisatorische Umsetzung von Maßnahmen zur Überwachung der Telekommunikation, BGBl. I S. 2316.

⁶¹⁷ So auch *Kleszczewski*, in: Arndt/Fetzer/Scherer, Telekommunikationsgesetz, § 111, Rn. 13; *Eckardt*, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG Kommentar, § 111 Rn. 9.

⁶¹⁸ Vgl. BT-Drs. 16/5846; so auch *Eckardt* in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG Kommentar, § 111 Rn. 18; a.A. *Bär*, MMR 2008, S. 215 (221).

⁶¹⁹ RL 2006/24/EG.

⁶²⁰ BT-Drs. 16/5846, S. 68.

⁶²¹ BT-Drs. 16/5846, S. 68; *Eckardt* in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG Kommentar, § 111 Rn. 18.

sichtlich, warum andere OTT-Kommunikationsdienste nicht genauso behandelt werden sollten, wie E-Mail-Dienste. Hier liegt daher ein Verstoß gegen Art. 3 GG vor, den der Gesetzgeber in der Neufassung des TKG beheben sollte.

Daneben stellt sich die Frage, ob die Ungleichbehandlung von Diensten, die eine Kennung bzw. einen physischen Anschluss bereitstellen, zu Diensten, die das nicht tun, gerechtfertigt ist. Das BVerfG hatte § 111 TKG vor dem Hintergrund des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 iVm. Art. 1 GG – nicht jedoch vor dem Hintergrund des Art. 3 GG – für verfassungskonform erklärt.⁶²² In seinem Beschluss hält das Gericht fest, dass die Norm dazu dient, eine verlässliche Datenbasis für Auskünfte vorzuhalten, die es bestimmten Behörden erlaubt, Telekommunikationsnummern individuellen Anschlussinhabern zuzuordnen.⁶²³ Dieses Ziel setzt voraus, dass tatsächlich Telekommunikationsnummern bzw. andere Anschlusskennungen vorliegen, die zurückverfolgt werden können. Dies ist bei OTT-Kommunikationsdiensten nicht der Fall: Emailadressen bzw. Nutzernamen müssen nicht eindeutig sein und sind auch nicht exklusiv. Sie sind außerdem auch nicht mit einem konkreten, örtlich festen Anschluss verknüpft, wie z. B. eine Rufnummer. Sie haben daher nicht den gleichen Aussagegehalt wie die in § 111 Abs. 1 TKG angesprochenen Anschlusskennungen. Darin ist ein sachlicher Grund im Sinne des Art. 3 GG zu sehen, der eine Ungleichbehandlung rechtfertigt. Der deutsche Gesetzgeber wird also § 111 TKG im Kern beibehalten könnten. Wie oben dargelegt muss allerdings § 111 Abs. 2 TKG angepasst werden. Eine Möglichkeit wäre, die Vorhaltungspflicht für E-Mail-Dienste zu streichen. Der Ansatz des Gesetzgebers, sich den Zugriff auf Daten, die so oder so vorhanden sind, zu ermöglichen, ist jedoch aus sicherheitspolitischer Sicht nachvollziehbar. Er hat auch die Unterschiede zwischen Diensten, die selbst eine Kennung oder einen Anschluss bereitstellen, und Diensten, die das nicht tun, berücksichtigt, indem er die weniger eingriffsintensive Form einer Vorhaltungspflicht im Gegensatz zu einer Erhebungspflicht gewählt hat. Voraussichtlich wird der deutsche Gesetzgeber daher an § 111 Abs. 2 TKG festhalten wollen. Er sollte das wie folgt tun:

Die Verpflichtung zur unverzüglichen Speicherung nach Absatz 1 Satz 1 gilt hinsichtlich der Daten nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 und 2 entsprechend

⁶²² BVerfG, Beschl. v. 24. 1. 2012 – 1 BvR 1299/05.

⁶²³ BVerfG, Beschl. v. 24. 1. 2012 – 1 BvR 1299/05 Rn. 132.

*für denjenigen, der geschäftsmäßig einen öffentlich zugänglichen nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdienst erbringt und dabei Daten nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 und 2 erhebt, wobei an die Stelle der Daten nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 die Kennungen **des Nutzungsprofils bzw. der elektronischen Postfächer** und an die Stelle des Anschlussinhabers nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 der Inhaber **des Nutzungsprofils bzw. des elektronischen Postfachs** tritt.*

Die §§ 112 und 113 TKG ergänzen § 111 TKG mit Pflichten der Anbieter zur Ermöglichung von Auskunftsverfahren. Das automatisierte Auskunftsverfahren nach § 112 TKG richtet sich dabei an die Anbieter öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste, soweit sie Daten nach § 111 TKG erheben. Diese Anbieter müssen es der Bundesnetzagentur ermöglichen, automatisiert die in einer Kundendatei zusammengefassten Daten abzurufen. Die Datenabfrage muss auch mit unvollständigen Abfragedaten funktionieren bzw. über eine Ähnlichkeitsfunktion erfolgen können. Aufgrund der neu aufzunehmenden Begriffsbestimmung würden OTT-Kommunikationsdienste in den Anwendungsbereich dieser Norm fallen, sobald sie über § 111 Abs. 2 TKG der Datenvorhaltungspflicht unterfallen. In der Regel erheben OTT-Kommunikationsdienste auch Identifikationsdaten ihrer Nutzer wie den Klarnamen. Sie wären also in Zukunft verpflichtet, diese Daten in einer Datei zu sammeln und der Bundesnetzagentur automatisierten Zugriff zu gewähren. Darin ist eine Mehrbelastung zu sehen, die bisher nur klassische Telekommunikationsdienste und E-Maildienste traf. Ein Grund für eine mögliche Ungleichbehandlung von OTT-Kommunikationsdiensten und anderen elektronischen Kommunikationsdiensten könnte sein, dass die Gewinne von OTT-Kommunikationsdiensten aufgrund der Nullpreisgeschäftsmodelle ggf. geringer ausfallen, als die von klassischen Telekommunikationsdiensten. Wenn der Gesetzgeber dies berücksichtigen wollte, wäre aber nicht eine Herausnahme von nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten gerechtfertigt, sondern eine Ausnahme für Anbieter unter einer bestimmten Gewinngrenze. Weitere Gründe für eine Ungleichbehandlung sind nicht ersichtlich. Vielmehr knüpft § 112 TKG mit seinem Verweis auf die Datenerhebung nach § 111 TKG seinen Anwendungsbereich an den der vorhergehende Norm. Wie erläutert, kann der Gesetzgeber sich dort entscheiden, nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste der Vorhaltungs-

pfligt zu unterwerfen. Tut er das, ist es auch konsequent, diese Dienste in den Anwendungsbereich des § 112 TKG aufzunehmen.

Ähnliches gilt für das manuelle Auskunftsverfahren nach § 113 TKG: Diese Norm dient als Ermächtigungsgrundlage für die Anbieter geschäftsmäßig erbrachter Telekommunikationsdienste für die Weitergabe von nach den §§ 95 und 111 TKG erhobenen Daten.⁶²⁴ Ohne diese Ermächtigungsgrundlage wäre es den Anbietern nach der DSGVO verboten, die Weitergabe von personenbezogenen Daten durchzuführen. Bei OTT-Kommunikationsdiensten handelt es sich um Telekommunikationsdienste in Form von nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten. Sie erbringen ihre Dienste nachhaltig und mit Gewinnerzielungsabsicht für Dritte und damit auch geschäftsmäßig im Sinne des § 3 Nr. 10 TKG (dazu IV. 2. a) (1)). Wenn also nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste gemäß § 111 Abs. 2 TKG einer Vorhaltungspflicht unterworfen werden und der Gesetzgeber neben dem automatisierten auch ein manuelles Auskunftsverfahren vorsieht, erscheint es nur folgerichtig, dieses Verfahren auch auf sie anzuwenden.

Auf die bereits besprochenen Normen folgen die Regelungen zur sogenannten Vorratsdatenspeicherung in den §§ 113a – 113g TKG. § 113a Abs. 1 TKG legt als Verpflichtete die Anbieter öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste für Endnutzer fest. Das wird zukünftig auch OTT-Kommunikationsdienste erfassen. Für sie wird allerdings in der Regel der Zusatz des § 113a Abs. 1 S. 2 TKG gelten: Sie erheben nicht alle in § 113b TKG genannten Daten. Tatsächlich sind die meisten OTT-Kommunikationsdienste zur Erhebung überhaupt keiner Daten nach § 113b TKG verpflichtet, da dieser sich in seinem Absatz 2 an Telefondienste richtet, die gemäß § 3 Nr. 17 TKG Zugriff auf einen öffentlichen Telefonnummernplan haben müssen, und in seinem Absatz 3 an Internetzugangsanbieter. Stattdessen nimmt § 113b Abs. 5 TKG Daten der elektronischen Post ausdrücklich von der Speicherpflicht aus. Aus denselben Gründen, die ich schon im Hinblick auf § 111 Abs. 2 TKG angeführt habe, gibt es keinen Grund, elektronische Post anders als sonstige OTT-Kommunikationsdienste zu behandeln. Dementsprechend müsste der Gesetzgeber § 113b Abs. 5 TKG in der Neufassung des TKG – will er die Vorratsdatenspeicherung beibehalten – erweitern.

⁶²⁴ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 24. 1. 2014, 1 BvR 1299/05, Rn. 164; Löwnau/Ipsen, in: Scheurle/Mayen, Telekommunikationsgesetz, § 113, Rn. 2.

Damit bleibt OTT-Kommunikationsanbietern lediglich die Pflicht aus § 113 a Abs. 1 S. 2 TKG, die Speicherung der bei ihren Kommunikationsvorgängen anfallenden Daten sicherzustellen und der Bundesnetzagentur mitzuteilen, wer die Daten speichert. Dabei würde es sich jedoch um einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die Berufsfreiheit der OTT-Kommunikationsdienste nach Art. 12 GG handeln: Kommen die OTT-Kommunikationsanbieter ihren Pflichten nach dem 7. Teil des TKG – das beinhaltet den § 113a TKG – nicht nach, setzen sie sich Durchsetzungsmaßnahmen nach § 115 TKG aus. Ein Eingriff in den Schutzbereich von Art. 12 GG liegt also vor. Die Anbieter von OTT-Kommunikationsdiensten sind jedoch überhaupt nicht in der Lage, den Pflichten des § 113a Abs. 1 S. 2 TKG nachzukommen. Sie haben gerade keine vertragliche Beziehung zu den Internetzugangsanbietern, über deren Infrastruktur die Dienste erbracht und bei denen Daten im Sinne des § 113b TKG anfallen. Ohne einen solchen Hebel können sie die Speicherung der Daten nicht sicherstellen. Darüber hinaus ist den Anbietern von OTT-Kommunikationsdiensten überhaupt nicht bekannt, welchen Internetzugangsanbieter ihre Kunden nutzen, so dass sie der Bundesnetzagentur auch nicht mitteilen können, bei wem die Daten jeweils gespeichert werden. Wollte der Gesetzgeber diese Pflichten dennoch durchsetzen, käme das einem Berufsverbot für die OTT-Kommunikationsanbieter gleich. Es wird aus dem Gesetz jedoch nicht deutlich, dass der Gesetzgeber diese Problematik überhaupt gesehen, geschweige denn einen legitimen Zweck mit diesem Eingriff in die Berufsfreiheit der Anbieter von OTT-Kommunikationsdiensten verfolgt hat. § 113a Abs. 1 S. 2 TKG ist jedoch einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich: Die Formulierung „Wer nicht alle der ... zu speichernden Daten selbst erzeugt oder verarbeitet“ kann so verstanden werden, dass der Anbieter zumindest einige der Daten selbst erzeugt oder verarbeitet. Wer gar nicht nach § 113b TKG zur Datenspeicherung verpflichtet ist, würde dann aus dem Anwendungsbereich des § 113a TKG herausfallen. Rechtssicherer wäre es jedoch, wenn der Gesetzgeber die Situation bei der Neufassung des TKG klarstellen würde – sollte er die Vorratsdatenspeicherung beibehalten. Der neue § 113a Abs. 1 S. 2 TKG könnte folgendermaßen aussehen:

*Wer öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste für Endnutzer erbringt **und nach Maßgabe der §§ 113b bis 113g zu Speicherung von Daten verpflichtet ist, aber nicht alle dieser Daten selbst erzeugt oder verarbeitet, hat***

1. sicherzustellen, dass die nicht von ihm selbst bei der Erbringung seines Dienstes erzeugten oder verarbeiteten Daten gemäß § 113b Absatz 1 gespeichert werden, und

2. der Bundesnetzagentur auf deren Verlangen unverzüglich mitzuteilen, wer diese Daten speichert.

Ich empfehle jedoch, die §§ 113a bis 113g TKG im Zuge der Neufassung des TKG komplett zu streichen: Sie verstoßen aus meiner Sicht eindeutig gegen europäisches Primärrecht, da sie den Anforderungen, die der EuGH an eine primärrechtskonforme Vorratsdatenspeicherung gestellt hat⁶²⁵, nicht gerecht werden.⁶²⁶ Insbesondere ist die Speicherung anlasslos und der Gesetzgeber hat auch nicht sichergestellt, dass keine Daten über Kommunikation mit dem Geheimnisschutz unterliegenden Gesprächspartnern, wie Ärzten oder Anwälten, erfasst werden.

Als letzte für OTT-Kommunikationsdienste relevante Norm dieses Abschnitts verbleibt noch § 114 TKG. In dieser Norm geht es um Auskunftersuchen des Bundesnachrichtendienstes in deren Zuge Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten und Betreiber von Übertragungswegen für öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste zur Auskunft über aktuelle und künftig schon absehbare Strukturen dieser Telekommunikationsdienste und –netze verpflichtet werden können. Auch bei dieser Norm wird die Neufassung des Telekommunikationsbegriffs zu einer Erweiterung des Anwendungsbereichs auf OTT-Kommunikationsdienste führen. Allerdings zeigen bereits der explizite Verweis auf die Betreiber von Übertragungswegen und auch der Begriff der Struktur der Dienste, dass es dem Gesetzgeber hier um technische Informationen über Telekommunikationsdienste ging.⁶²⁷ Aus der Norm lässt sich nicht ableiten, dass etwa Auskünfte über die Softwarearchitektur eines OTT-Dienstes erteilt werden müsste. Vielmehr geht es dem Gesetzgeber hier um die eingesetzte Technik.⁶²⁸ Dementsprechend lässt sich die Norm von ihrem Sinn und Zweck ausgehend nicht auf OTT-Kommunikationsdienste übertragen. Der Gesetzgeber sollte dem in der Neufassung des TKG Rechnung tragen und den

⁶²⁵ EuGH, Urt. v. 21.12.2016, Az.: C-203/15; C-698/15.

⁶²⁶ So auch das OVG Münster, Urt. v. 22.06.2017, Az. 13 B 238/17.

⁶²⁷ Vgl. BT-Drs. 13/3609, S. 57; *Eckhardt*, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, § 114, Rn. 3.

⁶²⁸ Vgl. BT-Drs. 13/3609, S. 57.

Anwendungsbereich auf Telekommunikationsdienste mit eigener Infrastruktur beschränken.

h) Ergebnis

Auch mit Blick nur auf die für OTT-Kommunikationsdienste relevanten Normen kommt auf den deutschen Gesetzgeber umfangreicher Änderungsbedarf am TKG zu. Zentrale Neuerung ist dabei die geänderte Begriffsbestimmung zum Telekommunikationsdienst, deren Ausstrahlung sich naturgemäß durch das ganze Gesetz zieht. Der deutsche Gesetzgeber wird deshalb den Anwendungsbereich vieler Normen vor dem Hintergrund ihres Sinn und Zwecks untersuchen und gegebenenfalls Veränderungen vornehmen müssen. Doch auch wenn es einige Normen gibt, die völlig neugefasst werden müssen, können andere dank der Weiterverwendung des zentralen Begriffs „Telekommunikationsdienst“ in ihrer jetzigen Form beibehalten werden.

C. Fazit und Ausblick

Aus Nutzersicht sind OTT-Kommunikationsdienste wie WhatsApp heute kaum noch von herkömmlichen Telekommunikationsdiensten wie Telefonie und SMS zu unterscheiden. Rechtlich wurden die Anbieter von OTT-Kommunikationsdiensten jedoch bislang anders behandelt als klassische TK-Unternehmen, insbesondere unterlagen sie einem weit schwächeren Regulierungsregime. Ziel meiner Arbeit war es, zu ergründen, ob und wie OTT-Kommunikationsdienste reguliert werden sollen, insbesondere vor dem Hintergrund des im Dezember 2018 verabschiedeten Europäischen Kodex für elektronische Kommunikation. Dazu habe ich mir vier Teilforschungsfragen gestellt:

1. Müssen OTT-Kommunikationsdienste reguliert werden?
2. In welchem Umfang erfasst das neue europäische Regulierungsregime OTT-Kommunikationsdienste?
3. Ist das europäische Regulierungsregime in dieser Hinsicht aus rechtlicher Sicht zufriedenstellend?
4. Wie könnte eine primärrechts- und verfassungskonforme Umsetzung in nationales Recht aussehen?

Zunächst habe ich untersucht, ob eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten besteht: Tatsächlich ergeben sich aus dem grundrechtlich geschützten Fernmeldegeheimnis ebenso wie aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung Schutzpflichten an den Staat. Er muss die Kommunikationsinhalte und personenbezogenen Daten der Dienstnutzer nicht nur vor staatlichem sondern auch vor überzogenen Zugriff durch private Anbieter schützen. Um diese Schutzpflichten zu erfüllen, ist der Gesetzgeber aus verfassungsrechtlicher Sicht gezwungen, OTT-Kommunikationsdienste zu regulieren. Es gibt damit in bestimmten Teilbereichen des Regulierungsrechts eine rechtliche Pflicht zur Regulierung.

Trotz der verfassungsrechtlichen Notwendigkeit wurden OTT-Kommunikationsdienste bisher faktisch nicht reguliert. Diese Lücke greift der europäische Gesetzgeber mit dem EKEK auf, der bis zum 21. Dezember 2020 in nationales Recht umgesetzt werden muss. Das neue Gesetzeswerk erfasst nun OTT-Kommunikationsdienste: Der Europäische Gesetzgeber wählt eine funktionale Betrachtungsweise und ordnet OTT-Kommunikationsdienste als nummernunabhängige

interpersonelle Kommunikationsdienste – also als Dienste der Individualkommunikation, die keinen Zugriff auf staatliche Rufnummern bieten – in das Regulierungsregime ein. Viele sektorspezifische Verpflichtungen, von denen OTT-Kommunikationsdienste vorher frei waren, sind nun auf sie anwendbar. Besonders zu nennen sind hier das Marktregulierungsverfahren und einige Regelungen zum Verbraucherschutz. Allerdings sieht der EKEK ein abgestuftes Regulierungskonzept vor: Internetzugangsanbieter werden am stärksten, nummerngebundene interpersonelle Kommunikationsdienste weniger stark, und nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste am schwächsten belastet. Deshalb finden einige gewichtige Verpflichtungen, wie zum Beispiel die Meldepflicht aus der Allgemeingenehmigung und die Notrufverpflichtung, keine Anwendung auf sie. Das strikte „Level-Playing-Field“, das sich einige im Vorfeld des Gesetzgebungsprozesses gewünscht hatten, besteht damit auch unter dem neuen Regulierungsregime nicht. Wohl aber findet zu einem gewissen Grad eine Angleichung der Diensttypen statt: So unterliegen die Anbieter aller Diensttypen nun denselben Informationspflichten und werden unabhängig vom technischen Modus der Kommunikation zur Sicherstellung der Integrität ihrer Dienste verpflichtet.

Die Schutzpflichten für den Staat, die sich aus dem Fernmeldegeheimnis und aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung ergeben, haben zu einem sektorspezifischen Datenschutzregulierungsrecht in Form der europäischen E-Privacy-Richtlinie geführt, die allerdings OTT-Kommunikationsdienste nicht erfasst. Bisher hat der Europäische Gesetzgeber diese Regelungslücke noch nicht geschlossen, allerdings wurde ein Entwurf für eine E-Privacy-Verordnung in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht. Diese Verordnung soll den EKEK künftig ergänzen und die Datenschutzregulierung abdecken. Sie ist für meine Arbeit daher neben dem EKEK ebenfalls relevant. Der Verordnungsentwurf erfasst OTT-Kommunikationsdienste, ebenso wie der EKEK, als nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste. Im Rahmen des E-Privacy-Richtlinien-Entwurfs ist das Regulierungsgefälle zwischen nummerngebundenen und nummernunabhängigen Diensttypen jedoch nicht so ausgeprägt wie im EKEK, so dass ähnliche Belastungen auf OTT-Kommunikationsanbieter wie auf klassische Telekommunikationsanbieter zukommen. So sind die zentralen Normen des E-Privacy-Verordnungsentwurfs, der Schutz von Kommunikationsinhalten und von sonstigen bei der Kommunikation anfallenden personenbezo-

genen Daten, unabhängig vom Diensttyp anwendbar und erfassen damit auch OTT-Kommunikationsdienste.

An sich ist die Europäische Datenschutzgrundverordnung nicht Teil des sektorspezifischen Regulierungsrechts für den Kommunikationssektor, sondern gilt allgemein für die gesamte Gesellschaft. Allerdings enthält sie mit dem Recht auf Datenübertragbarkeit eine Regelung, die dem aus der Kommunikationsregulierung bekannten Recht auf Rufnummernmitnahme ähnelt. Dieses Recht auf Datenübertragbarkeit dient neben dem Schutz personenbezogener Daten auch wettbewerbsrechtlichen Zielen: Es soll den Anbieterwechsel erleichtern und Lock-In-Effekte abschwächen. Aufgrund dieser wettbewerbsrechtlichen Aspekte rückt die Norm, anders als die sonstige Datenschutzgrundverordnung in den Umkreis des sektorspezifischen Regulierungsrechts und wird für meine Arbeit relevant. Meine Analyse zeigt, dass die Regelung OTT-Kommunikationsdienste erfasst und Nutzern den Wechsel zu neuen Anbietern zumindest erleichtert. Die Datenübertragbarkeit kann jedoch die identifikationsstiftenden Eigenheiten einer Rufnummer nicht ersetzen und kann daher nicht die gleiche Durchschlagskraft haben, wie das Recht auf Rufnummernmitnahme.

Aus der Analyse des Europäischen Regulierungsregimes ergeben sich nun folgende Ansätze für die rechtliche und rechtspolitische Bewertung: Wie bereits angesprochen enthält der EKEK ein abgestuftes Regulierungskonzept, das an der Unterscheidung zwischen Internetzugangsdiensten, nummerngebundenen und nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten anknüpft. Aus diesem Konzept folgt eine deutlich schwächere Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten in Hinblick auf die anderen Diensttypen. Der Europäische Gesetzgeber begründet das damit, dass nummernunabhängige Dienste nicht vom „öffentlich geschützten, interoperablen Ökosystem“ profitieren und es deshalb umgekehrt nicht gerechtfertigt sei, ihnen dieselben Pflichten aufzuerlegen, wie den anderen Diensten. Darin liegt jedoch eine primär- und verfassungswidrige Ungleichbehandlung: Der Grund des Gesetzgebers muss von solcher Art und solchem Gewicht sein, dass er die Ungleichbehandlung rechtfertigen kann. Dafür müssten tatsächlich gewichtige Vorteile aus der Interoperabilität und dem Zugriff auf Rufnummern erwachsen. Aufgrund der Entwicklung der letzten Jahre auf den digitalen Märkten, die überhaupt erst zum Entstehen von OTT-Kommunikationsdiensten geführt haben, ergeben sich jedoch kaum noch Vorteile für die Dienstanbieter selbst aus der Interoperabili-

tät – diese dient vielmehr Verbraucherinteressen – und ist die Bedeutung der öffentlichen Rufnummern mittlerweile nur noch gering. Damit kann der vom Europäischen Gesetzgeber angeführte Grund eine Ungleichbehandlung von dem Ausmaß, das sich im EKEK beobachten lässt, nicht rechtfertigen.

Aus meiner Sicht hätte es andere, stärkere Gründe gegeben, die eine Regulierung von unterschiedlichem Gewicht im Kommunikationssektor erlaubt hätten: Zum Beispiel hätte der Europäische Gesetzgeber an dem Umstand ansetzen können, dass die meisten OTT-Kommunikationsanbieter nur in einem deutlich geringeren Maße Einfluss auf die Qualität der Signalübertragung nehmen können, als die Anbieter herkömmlicher TK-Dienste. In Anbetracht der Entwicklungen auf den digitalen Märkten wäre es besonders sinnvoll gewesen, unterschiedliche Kategorien abhängig von den durch die Anbieter verfolgten Geschäftsmodellen zu schaffen. Denn die eigentliche Trennlinie im Kommunikationssektor verläuft zwischen den klassischen monetären und den neuartigen daten- und werbebasierten Geschäftsmodellen. Dieser Unterschied ist sowohl in der wettbewerbsökonomischen Betrachtung als auch aus Sicht der Verbraucher deutlich relevanter als die Frage danach, ob ein Dienst Zugriff auf den nationalen Nummernplan hat. Allerdings hätte der Europäische Gesetzgeber dann jeweils auf die Besonderheiten der Kategorien zugeschnittene Regelungen schaffen müssen – stattdessen hat er sich dafür entschieden, die alte Rechtslage zu großen Teilen beizubehalten. Damit hat der Europäische Gesetzgeber eine Chance vertan.

Auch wenn die grundsätzliche Entscheidung für eine Ungleichbehandlung der Diensttypen in meinen Augen verfassungswidrig ist, können die einzelnen Regelungen des EKEK dennoch verfassungskonform sein: Entweder, indem sie unterschiedslos alle interpersonellen Kommunikationsdienste erfassen oder wenn bei ihnen eigene, spezifische Gründe eine Ungleichbehandlung rechtfertigen. So kann bei bestimmten Normen – etwa bei der Rufnummernmitnahme – ein tatsächlicher, technischer Unterschied zwischen den Diensttypen festgestellt werden. Ich habe daher jeweils eine eigenständige Bewertung der verschiedenen Regelungskomplexe des EKEK – etwa die Regeln zur Marktregulierung, zur Interoperabilität oder zum Kundenschutz – vorgenommen. Ich bin dabei zu folgenden Ergebnissen gelangt:

OTT-Kommunikationsdienste können auf Grundlage des EKEK nun auch Gegenstand der Marktregulierung sein. Voraussetzung dafür ist – wie schon unter der alten Rechtslage –, dass ein regulierungsbedürftiger Markt vorliegt und der jeweilige Anbieter dort beträchtliche Marktmacht innehat. Die Regelungen des EKEK dazu, wie das Vorliegen dieser Voraussetzungen festzustellen ist, sind flexibel und erlauben es den Regulierungsbehörden, die jeweils passende ökonomische Methode anzuwenden. Meine Auswertung der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur dazu hat gezeigt, dass nun neue, spezifisch auf die Besonderheiten der digitalen Märkte zugeschnittene Ansätze zu entwickeln sind. Es wäre ein Fehler, wenn die Regulierungsbehörden unbesehen herkömmliche Methoden anwenden würden. Es ist jedoch nicht Aufgabe des Rechts, hier konkrete Vorgaben zu machen. Vielmehr ist es begrüßenswert, dass den Regulierungsbehörden der Spielraum verbleibt, den sie brauchen, um mit neuen wirtschaftswissenschaftlichen Entwicklungen Schritt zu halten.

Problematisch könnte sein, dass die Marktregulierung des EKEK vorwiegend auf Maßnahmen auf der Zugangsebene zugeschnitten ist. Denn damit entfalten große Teile dieser Regelungen für OTT-Kommunikationsdienste als Anbieter ohne eigene durchgehende Infrastruktur keine Relevanz. Die subsidiär für Endnutzermärkte vorgesehene Ermächtigungsgrundlage für Regulierungsmaßnahmen ist allerdings offen genug gestaltet, um auch auf die Besonderheiten der OTT-Kommunikationsmärkte einzugehen. Denn die Norm enthält nur einen Beispiel- aber keinen abschließenden Maßnahmenkatalog, so dass auch Regulierungsmaßnahmen, wie etwa Auflagen bei der Datenerhebung, darauf gestützt werden könnten. Aus Gründen der Klarheit sollten hier jedoch die Beispielkataloge um Maßnahmen wie eine Kontrolle der Erhebung von Nutzerdaten oder eine Pflicht zur Zusammenschaltung unterschiedlicher Dienste, ergänzt werden.

Im engen Zusammenhang mit der Marktregulierung steht auch die Pflicht zur Interoperabilität: Der Europäische Gesetzgeber wählt hier ein abgestuftes Konzept mit einer Art „Notfallklausel“, auf deren Grundlage auch OTT-Kommunikationsdienste zur Interoperabilität verpflichtet werden können, sobald eine tatsächliche Gefahr für die Konnektivität der Endnutzer vorliegt. Es gibt sachliche Gründe, um Kommunikationsdienste ohne eigene Infrastruktur nur in Notfällen der Interoperabilitätspflicht zu unterwerfen: Aufgrund der fehlenden physischen Infrastruktur besteht nicht die gleiche Flaschenhalssituation bei herkömmlichen TK-Diensten und auch das Problem der versunkenen Kosten stellt

sich nicht im gleichen Maße. Diese Gründe tragen jedoch nicht bei OTT-Kommunikationsanbietern mit beträchtlicher Marktmacht. Der europäische Gesetzgeber hat es versäumt klarzustellen, dass diesbezüglich Marktregulierungsmaßnahmen ergriffen werden können. Dieses Manko kann jedoch aus meiner Sicht über eine primärrechtskonforme Auslegung behoben werden.

Im Rahmen der Vorschriften des EKEK zum Kundenschutz besteht kein Level-Playing-Field zwischen Kommunikationsdiensten, die auf monetären Gegenleistungen basieren, und solchen, die es nicht tun. Zwar betrifft die zentrale Norm zu den Informationspflichten alle Anbieter, doch andere wichtige Regelungen, wie die Norm zur Laufzeit und Kündigung von Verträgen, die Rufnummernmitnahme oder die Notrufverpflichtung sind ausschließlich auf klassische Geschäftsmodelle zugeschnitten. In der Gestalt, in der diese Regelungen jetzt vorliegen, können die Unterschiede zwischen den Diensttypen eine Ungleichbehandlung zwar rechtfertigen. In dem der Europäische Gesetzgeber jedoch an diesen schon aus der alten Rechtslage bekannten Ansätzen festhält, hinkt er den zu erwartenden Entwicklungen auf den Kommunikationsmärkten hinterher: Wenn der Trend auf den digitalen Märkten weiterhin zum Null-Preis-Geschäftsmodell geht, werden viele der Kundenschutzvorschriften zwangsläufig an Relevanz verlieren. Sie sollten daher im Zuge des nächsten Reviews geändert werden.

Insgesamt zeigt der Europäische Gesetzgeber mit dem EKEK zwar gute Ansätze, fit für die Zukunft ist der Rechtsrahmen jedoch nicht. Der EKEK ist noch zu sehr im überkommenen Bild der Telekommunikationsmärkte verfangen: Es gibt kaum Regelungen, die auf das vorherrschende, daten- und werbebasierte Geschäftsmodell auf den digitalen Märkten abzielen. Zumal dieses noch neue Geschäftsmodell aller Voraussicht nach nur an Bedeutung gewinnen wird. Das von Europäischen Gesetzgeber stattdessen gewählte abgestufte Regulierungskonzept stellt einen primär- und verfassungswidrigen Gleichheitsverstoß dar. Die Bundesrepublik Deutschland sollte daher aus meiner Sicht eine Nichtigkeitsklage gegen den EKEK erheben.

Während der EKEK OTT-Kommunikationsdienste zumindest bis zu einem gewissen Grad in das Regulierungsregime aufnimmt, fehlen die Regeln zum Fernmeldegeheimnis und zum kommunikationsspezifischen Datenschutz noch. Die sektorspezifische Datenschutzregulierung muss jedoch zwingend auch OTT-Kom-

munikationsdienste erfassen. Solange die E-Privacy-Verordnung nicht erlassen wurde, besteht deshalb eine primärrechts- und verfassungswidrige Regelungslücke die so schnell wie möglich geschlossen werden muss. Die im Vorschlag für eine E-Privacy-Verordnung untersuchten Regelungen bieten dabei ein noch ausreichendes, jedoch nicht höchstmögliches, Schutzniveau.

Neben dem EKEK und dem Entwurf einer E-Privacy-Verordnung war für meine Arbeit auch das Recht auf Datenübertragbarkeit aus der DSGVO relevant. Im Rahmen der Analyse des Rechtsrahmens habe ich dargelegt, dass das Recht auf Datenportabilität aus der DSGVO das Recht auf Rufnummernmitnahme aus dem EKEK nicht ersetzen kann. Die Auseinandersetzung mit dem Sinn und Zweck dieses Rechts hat jedoch gezeigt: Es besteht auch kein Bedürfnis, das Recht auf Datenportabilität genauso strikt auszugestalten. Allerdings sollte es durch eine Löschpflicht beim abgebenden Anbieter flankiert werden, um einen faktischen „Lock-In“ der personenbezogenen Daten beim ursprünglichen Anbieter zu verhindern.

Sollte die Bundesrepublik Deutschland keine Nichtigkeitsklage erwägen oder sollte die entsprechende Klage scheitern, steht der Gesetzgeber vor der Aufgabe, den EKEK in nationales Recht umzusetzen. Dabei sollte die Richtlinie nicht zwischen mehreren Gesetzen aufgespalten, sondern im Rahmen einer Neufassung des TKG in nationales Recht gegossen werden. Im Rahmen dieser Neufassung des TKG muss der deutsche Gesetzgeber einige Änderungen im Hinblick auf die alte Rechtslage vornehmen, insbesondere was den Abschnitt zur Marktregulierung und zum Kundenschutz betrifft. Nur ein Teil der Normen zur öffentlichen Sicherheit kann von ihrem Sinn und Zweck ausgehend auch auf OTT-Kommunikationsdienste Anwendung finden. Die Regelungen zum Fernmeldegeheimnis und zum kommunikationsspezifischen Datenschutz kann und sollte der deutsche Gesetzgeber bereits vor Erlass einer E-Privacy-Verordnung auf OTT-Kommunikationsdienste erstrecken.

Diese Antworten auf die vier Teilforschungsfragen zeichnen zusammen genommen ein Bild davon, wie die Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten aussehen und wie sie nicht aussehen sollte. Allerdings zeigt insbesondere meine Auseinandersetzung mit dem verfassungsrechtlichen Rahmen der Regulierung, dass dem Gesetzgeber zwar oftmals das „Ob“ der Regulierung vorgeschrieben ist, dass ihm im Hinblick auf das „Wie“ der Regulierung jedoch ein weiter Spiel-

raum verbleibt. Das ergibt sich daraus, dass der Gesetzgeber im Regulierungsrecht eine Vielzahl von widerstreitenden Interessen ausbalancieren muss, die sich oft selbst aus verfassungsrechtlichen Positionen ergeben. Um hier zu gerechten Lösungen zu kommen, ist die integrierende Wirkung des demokratischen Prozesses gefragt. Die Rechtswissenschaft kann punktuell positive Vorschläge machen. Häufig ist sie jedoch auch darauf beschränkt, festzustellen, dass es „so nicht geht“. Die Mittel meiner Arbeit sind insoweit in gewisser Weise limitiert. In Zukunft besteht nicht nur deshalb noch weiterer Forschungsbedarf: Welche Rolle sollen personenbezogene Daten in der digitalen Wirtschaft spielen; erlaubt die Verfassung eine Ware „Daten“? Was ist der wirtschaftswissenschaftlich sinnvolle Ansatz, um Marktmacht auf den digitalen Märkten zu bestimmen, auf denen es zu einem Wettbewerb um den Markt, statt auf dem Markt, kommt?

Wie aufgezeigt, berücksichtigt der Europäische Regelungsrahmen die Bedeutung der digitalen Geschäftsmodelle noch nicht ausreichend. Doch es zeichnet sich bereits der nächste Quantensprung im Kommunikationssektor ab: Die neuesten technischen Entwicklungen werden gravierende Auswirkungen auf die Regulierung von Kommunikationsdiensten haben. Gerade die zunehmende Virtualisierung von Netzwerken auf einer einheitlichen Kommunikationsinfrastruktur kann dazu führen, dass Begriffe wie „Netzbetreiber“ und „Kommunikationsdienst“ völlig neu definiert werden müssen.⁶²⁹ In Zukunft kann es sein – so ist es zum Beispiel bei der fünften Generation Mobilfunk geplant –, dass dank Softwarelösungen verschiedene Kommunikationsnetze nebeneinander auf demselben Glasfaserkabel liegen, ohne sich im Idealfall gegenseitig zu beeinflussen.⁶³⁰ Es könnten also OTT-Internetzugangsanbieter entstehen. All dies wird eine Unterscheidung zwischen OTT- und herkömmlichen Kommunikationsdiensten immer schwieriger bis nahezu unmöglich machen. Die bereits jetzt kritikwürdige Unterscheidung zwischen nummerngebundenen und nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten wird dann immer mehr zu einem Anachronismus im sektorspezifischen Regulierungsrecht verkommen und wird eher früher als später aufgegeben werden (müssen). Es gilt, Regulierungsrecht zu schaffen, das auch in dieser schönen neuen Welt der Kommunikation die Interessen der Endnutzer wahrt und ihnen ihre Mündigkeit erhält.

⁶²⁹ Vgl. *Kellerer*, in: Holznagel, 20 Jahre Verantwortung für Netze, S. 253 (258 ff.).

⁶³⁰ Siehe *Kellerer*, in: Holznagel, 20 Jahre Verantwortung für Netze, S. 253 (261).

Virtuelle Kommunikationsnetze

Martin Johann Gruszczyk

Das Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, einen Überblick über den EKEK, das neue europäische Regime für die Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, zu geben. Die Arbeit analysiert dieses Regulierungsregime kritisch und macht Vorschläge für eine Umsetzung ins nationale Recht. Dabei kommt sie zu dem Ergebnis, dass die Regelungen des EKEK teilweise an der Realität der Kommunikationsmärkte vorbeigehen und teilweise grundrechtswidrig sind. Ein weiteres Ergebnis ist: Der deutsche Gesetzgeber wird den EKEK im Rahmen einer Änderung des TKG umsetzen und die Regulierungsbehörden ihre Praxis in bestimmten Aspekten tiefgreifend ändern müssen. Der Verfasser beabsichtigt, einen Anstoß zur rechtlichen Diskussion der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten zu geben. Sie ist daher für Rechtswissenschaftler auf dem Gebiet des Telekommunikations- und Regulierungsrechts, für Praktiker in den Regulierungsbehörden und auch für den Gesetzgeber interessant.

22,90 €

ISBN 978-3-8405-0248-4

