



Sachstand

Regulierung von Messengerdiensten Datenportabilität und Interoperabilität

Regulierung von Messengerdiensten
Datenportabilität und Interoperabilität

Aktenzeichen: WD 10 - 3000 - 060/16
Abschluss der Arbeit: 08. Dezember 2016
Fachbereich: WD 10: Kultur, Medien und Sport

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung – Fragestellung	4
2.	Digitale Plattformen - Over-the-Top-(OTT)-Dienste	6
3.	Regulatorische Einordnung von Messenger-Diensten	8
3.1.	Zur Anwendbarkeit des geltenden Telekommunikationsgesetzes (TKG)	8
3.2.	Rechtsfolgen	9
3.3.	Regulierung der nicht unter das TKG fallenden Messenger-Dienste	9
4.	Regulierungsbedarf für einen wettbewerbsneutralen Ordnungsrahmen	10
4.1.	Konsequenzen des unterschiedlichen Rechtsrahmens	10
4.2.	Herstellung gleicher Wettbewerbsverhältnisse	10
4.3.	Ausweitung der sektorspezifischen Regelungen des TKG auf Messengerdienste	11
5.	Datenportabilität	12
5.1.	Recht auf Datenportabilität de lege lata	13
5.2.	Erforderlichkeit der Datenportabilität	13
5.3.	Regelung der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)	14
5.4.	Notwendigkeit einer nationalen Regelung vor Wirksamwerden der VO	15
5.5.	Anforderungen an die Ausgestaltung	15
6.	Vorschriften zur Interoperabilität	16
6.1.	Zugangsregulierung gemäß § 18 TKG	16
6.2.	Übertragbarkeit der Zugangsregulierung auf OTT-1-Dienste	17
7.	Wettbewerbsrechtliche Regulierung	19
7.1.	Fusionskontrolle:	20
7.2.	Missbrauch von Marktmacht	21

1. Einleitung – Fragestellung

Die zunehmende gesellschaftliche und ökonomische Relevanz von **digitalen Plattformen** führt zu zahlreichen öffentlichen Debatten und Herausforderungen. Suchmaschinen wie Google, Video-Plattformen wie Youtube, soziale Kommunikationsnetze wie etwa Facebook und Twitter, Messaging-Plattformen wie etwa WhatsApp, (Video-)Telefoniedienste wie Skype, Vergleichs- und Bewertungsportale und Sharing-Plattformen übernehmen wichtige Funktionen in Wirtschaft und Alltag; sie sind ein wichtiger Wirtschaftsfaktor. Charakteristisch für digitale Plattformen ist ihre Netzwerkstruktur. Viele Teilnehmer der Plattformen tauschen Informationen aus und sind miteinander vernetzt - der Nutzen und die Attraktivität der Plattform steigen mit der Anzahl ihrer Teilnehmer. Dieser sogenannte "**Netzwerkeffekt**" kann so stark sein, dass er zu einer Marktkonzentration oder Monopolen führt. Die wachsenden Erfolge einiger großer digitaler Plattformen, ihr Zugriff auf große Datenmengen und veränderte Wertschöpfungsketten werfen die Frage auf, ob das Wettbewerbsrecht der digitalen Ökonomie gerecht werden kann. Viele digitale Plattformen ersetzen bislang genutzte Telekommunikationsdienste - z.B. Skype das Telefon oder WhatsApp die SMS. Da diese Dienstanbieter überwiegend nicht der gleichen Regulierung wie Telekommunikationsanbieter unterfallen, besteht die Herausforderung der Schaffung gleicher Markt- und Wettbewerbsbedingungen - eines sogenannten "**Level Playing Field**" für beide Seiten. Die wachsenden Erfolge einiger großer digitaler Plattformen, ihr Zugriff auf große Datenmengen und veränderte Wertschöpfungsketten werfen die Frage auf, ob das Wettbewerbsrecht der digitalen Ökonomie gerecht werden kann. Da das bestehende Datenschutzrecht nicht abschließend regelt, wo die Grenzen einer zulässigen Datenverarbeitung im digitalen Raum liegen, ist zu klären, wie Verbraucher eine digitale Datensouveränität erlangen können.¹

Ein Sondergutachten der Monopolkommission, das EU-Kartellverfahren gegen Google Search und jüngste Ermittlungen des Bundeskartellamtes gegen Facebook wie auch der Aufbau neuer Stäbe in der Bundesnetzagentur und im Bundeskartellamt sind Zeichen und Auswirkungen der Intensität dieser Diskussion.²

1 Vgl. zum Ganzen Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi), Digitale Plattformen, Ein neuer Ordnungsrahmen für die digitale Ökonomie, <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Digitale-Welt/Netzpolitik/digitale-plattformen.html>. (Der Stand der Abrufe in dieser Arbeit entspricht dem Abgabedatum.)

2 So Henseler-Unger, Iris, Arnold, René, Hildebrandt, Christian, Ein neuer Ansatz für die Analyse internetbasierter Plattformen, Wirtschaftsdienst 2016, Nr. 4, S. 242 (242) mit Nachweisen in Fn. 1.

Die Europäische Union (EU) hat am 25. 5. 2016 eine Mitteilung zu Online-Plattformen im digitalen Binnenmarkt und verschiedene Begleitdokumente zum Thema „digitale Plattformen“ vorgelegt³ und das Bundeskartellamt hat verschiedene Stellungnahmen abgegeben.⁴

Der Bundesrat fasste am 22. April 2016 einen Beschluss zur Anpassung des Rechtsrahmens an das Zeitalter der Digitalisierung im Telekommunikationsbereich – Rechtssicherheit bei Messengerdiensten, standortbezogenen Diensten und anderen neuen Geschäftsmodellen.⁵ Er sieht darin konkreten Anpassungsbedarf des bestehenden Rechtsrahmens u.a. auch bei **Messengerdiensten**.⁶

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) hat im Mai mit der Veröffentlichung eines Grünbuchs „Digitale Plattformen“⁷ einen öffentlichen Beratungsprozess angestoßen, dessen Ergebnisse zu Beginn des Jahres 2017 in ein Weißbuch münden sollen.⁸

In einem Positionspapier der Bundesrepublik Deutschland zum Regelungsumfeld für Plattformen wurde die Richtung der Überlegungen vorgegeben:

„Ziel sollte es sein, innovations-, investitions- und wachstumsfreundliche Bedingungen für die digitale Wirtschaft zu schaffen. Dafür ist die Schaffung eines in sich konsistenten Rechtsrahmens für konvergente Märkte erforderlich. In der von der EU eingeleiteten Analyse ist daher zunächst zu prüfen, welche (einheitlichen) Regelungen für den Zugang zu Plattformen, Diskriminierungsfreiheit und Chancengleichheit, zur Kontrolle von Marktmacht, zur Interoperabilität, zur Portabi-

3 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Online-Plattformen im digitalen Binnenmarkt, Chancen und Herausforderungen für Europa, <https://ec.europa.eu/transparency/reg-doc/rep/1/2016/DE/1-2016-288-DE-F1-1.PDF>.

4 So einen gemeinsam mit der französischen Autorité de la Concurrence veröffentlichten Bericht zu „Competition Law and Data“ vgl.: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2. Siehe auch die Antworten des Bundeskartellamtes auf die Fragen für das Fachgespräch „Kartellrecht und Plattformen“ des Ausschusses Digitale Agenda am 13. April 2016.

5 Bundesrat, Entschließung des Bundesrates zur Anpassung des Rechtsrahmens an das Zeitalter der Digitalisierung im Telekommunikationsbereich – Rechtssicherheit bei Messengerdiensten, standortbezogenen Diensten und anderen neuen Geschäftsmodellen, Drucksache 88/16 (Beschluss), 22.04.2016.

6 Bundesrat, Beschluss (Fn. 5), S. 1.

7 Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) (Hrsg.), Grünbuch Digitale Plattformen, Stand: Mai 2016, S. 26, <https://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/G/gruenbuch-digitale-plattformen.property=pdf,be-reich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>.

8 BMWi, Grünbuch „Digitale Plattformen“ (Fn. 7).

lität von Daten/Nutzerprofilen, für Transparenz, für Verbraucher- und Datenschutz sowie zur Gewährleistung von Informations- und Meinungsfreiheit und -vielfalt, von kultureller Vielfalt und von Cybersicherheit erforderlich sind.“⁹

Ob ein Regelungsbedarf bestehe, solle für alle bekannten und denkbaren Geschäftsmodelle von Online-Plattformen gesondert untersucht werden. Es sei darüber hinaus zweifelhaft, ob ein einheitlicher regulatorischer Ansatz der Heterogenität der angebotenen Inhalte gerecht werden könne. Vor diesem Hintergrund erscheint es der Bundesregierung zielführender, die verschiedenen Funktionen der Dienstetypen und deren Wirkzusammenhang in den Mittelpunkt zu stellen.¹⁰

2. Digitale Plattformen - Over-the-Top-(OTT)-Dienste

Anerkannte Definitionen für die zahlreichen, teilweise höchst unterschiedlichen Online- bzw. digitalen Plattformen gibt es noch nicht. Die Monopolkommission hat Plattformen beschrieben als „ein Intermediär, der verschiedene Nutzergruppen zusammenbringt, sodass diese wirtschaftlich oder sozial interagieren können“.¹¹ Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) versteht in seinem Grünbuch „Digitale Plattformen“ den Begriff digitale Plattform in einem weiten Sinn als internetbasierte Foren für digitale Interaktion und Transaktion, die daher auch als Intermediäre bezeichnet werden.¹²

Aus **technischer Sicht** werden Plattformen zum Teil auch als **Over-the-Top-Dienste (OTT)** bezeichnet. Dies sind Dienste, die unabhängig von einer konkreten Telekommunikationsinfrastruktur auf Grundlage des Internetprotokolls über Telekommunikationsnetze angeboten werden.¹³

„OTT-Dienste setzen also für ihre Erbringung das Vorhandensein einer Telekommunikationsinfrastruktur voraus, sind aber, anders als dies klassischerweise bei Telekommunikationsdiensten der Fall war, nicht an eine spezifische Infrastruktur gebunden. Dies ermöglicht nicht nur die infrastrukturübergreifende Erbringung von OTT-Diensten, sondern ermöglicht es OTT-Plattformbetreibern auch, ihre Dienste ohne eigene Telekommunikationsinfrastruktur zu erbringen. Die

9 Positionspapier der Bundesrepublik Deutschland zum Regelungsumfeld für Plattformen, Online-Vermittler, Daten, Cloud Computing und die partizipative Wirtschaft (Konsultation der EU), Stand: 04.04.2016, S. 2; <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Anlagen/BKM/2016/2016-04-22-positionspapier-plattformregulierung.pdf?blob=publicationFile&v=2>.

10 Positionspapier der Bundesrepublik Deutschland (Fn. 9), S. 3.

11 Sondergutachten 68: Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, Tz. 33, (http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/SG68/S68_volltext.pdf); Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte, 2014, Tz. 14 http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/SG68/S68_volltext.pdf.

12 So BMWi, Grünbuch „Digitale Plattformen“ (Fn. 7), S. 26.

13 BMWi, Grünbuch „Digitale Plattformen“ (Fn. 7), S. 27.

Infrastrukturunabhängigkeit von digitalen Plattformen sowie ihre potenzielle Nutzbarkeit von jedem Internetanschluss aus sind wesentliche Ursachen für die Möglichkeit zur Ausschöpfung der positiven direkten und indirekten Netzwerkeffekte.“¹⁴

Der Zusammenschluss der europäischen Regulierungsbehörden (GEREK)¹⁵ hat OTT in drei Gruppen eingeteilt¹⁶: Danach sind **OTT-0** elektronische Kommunikationsdienste im Sinne der europäischen Rahmenrichtlinie, die in Signalübertragung gegen Entgelt bestehen (wie z. B. Sprachtelefonie); **OTT-1** sind Kommunikationsdienste, die mit den klassischen Diensten in Konkurrenz treten (z. B. Messenger-Dienste), und **OTT-2** sind andere Dienste, wie z. B. Inheldienste oder Online-Handel. Im allgemeinen Sprachgebrauch werden vor allem OTT-2 als Plattformen bezeichnet.¹⁷

Entscheidend dabei ist nicht die Art des Dienstes, sondern allein der Übertragungsweg. Die in der Studie verwendete Definition unterscheidet OTT-Dienste anhand einer Bewertung, ob sie bereits als elektronische Kommunikationsdienste aufgefasst werden können oder mit diesen konkurrieren.¹⁸ Gemeinsam ist den OTT-I-Diensten, dass sie kein inhaltliches Angebot aufweisen, sondern dass sie Individual- und Gruppenkommunikation in Form von Sprache, Bildern, Videos und sonstigen Daten unter Einsatz des „Internet Protocol“ (IP) ermöglichen.¹⁹

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit den **Messenger-Diensten** wie **WhatsApp, Skype und E-Mail-Diensten**. Dies sind **OTT-1-Dienste**. Sie sind in ihrer Funktion den klassischen Telekommunikationsdiensten ähnlich und können sie ersetzen, so wie der weit verbreitete Messenger-Dienst WhatsApp die SMS verdrängt und die Internettelefonie zur Abnahme der Nutzung von klassischen Sprachtelefoniediensten geführt

Untersucht werden soll die Frage, ob und wie diese Dienste reguliert werden sollen, um gleiche Wettbewerbsbedingungen zu gewährleisten.

14 So BMWi, Grünbuch „Digitale Plattformen“ (Fn. 7), S. 27.

15 Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation, bzw. engl. BEREC – Body of European Regulators for Electronic Communications.

16 GEREK: Report on OTT services, BoR (15) 142, S. 15 – 3.3.2.; S. 20 – 4.2.1; http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/reports/5751-berec-report-on-ott-services.

17 Zitiert nach BMWi, Grünbuch „Digitale Plattformen“ (Fn. 7), S. 27.

18 Vgl. Verband der Internetwirtschaft eco, Hintergrundpapier, Zur regulatorischen Einordnung und Behandlung von sog. Over-the-Top-Diensten (OTT), 12. 04. 2016, https://politik-recht.eco.de/wp-content/blogs.dir/20/files/20160406_eco_hin-regulatorische-einordnung-ott.pdf.

19 So Wissenschaftlicher Arbeitskreis für Regulierungsfragen (WAR) bei der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten 15.07.2016, S. 4 (im Folgenden zitiert: **WAR OTT Papier**), https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Allgemeines/DieBundesnetzagentur/WAR/Stellnahmen/Stellungnahme_OTT.pdf;jsessionid=03CB7F51D052A9A63AEA04A831AA3648?_blob=publicationFile&v=2.

3. Regulatorische Einordnung von Messenger-Diensten

3.1. Zur **Anwendbarkeit** des geltenden Telekommunikationsgesetzes (TKG)

Gemäß § 3 Nr. 24 TKG sind „Telekommunikationsdienste“ in der Regel gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, einschließlich Übertragungsdienste in Rundfunknetzen“. Gegeben sein muss also die **Entgeltlichkeit des Dienstes** und seine Aufgabe muss in der **Signalübertragung über Telekommunikationswege** bestehen.

Für den Nutzer sind viele OTT-1-Dienste zunächst kostenlos, wie z. B. Gmail und WhatsApp. Lediglich die Datenübertragung durch den jeweiligen Access-Provider muss vom Nutzer bezahlt werden. Kostenlos erbrachte Dienste werden vom Anbieter meist über die Einblendung von Werbung refinanziert, so bei Gmail, während andere kostenlose Dienste werbefrei sind.

Darüber hinaus müssen die Dienste ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, wenn sie als Telekommunikationsdienst klassifiziert werden sollen. Hierfür kommt es auf die technische Ausgestaltung des zu beurteilenden Dienstes im Einzelfall an. Eine Darstellung der technischen Funktionsweisen findet sich bei Andreas Grünwald und Christian Nüßling, auf die hier nur verwiesen werden soll.²⁰ Eine pauschale Einordnung von Messenger-Diensten unter die Regelungen des TKG ist daher und wegen der Frage der Entgeltlichkeit nicht möglich.²¹ Eine wohl überwiegende Meinung in der Literatur scheint dazu zu neigen, Messenger-Dienste wie WhatsApp als Telemediendienste einzuordnen.²²

Das **VG Köln** hat mit Urteil vom 11. November 2015²³ in diesem Spannungsfeld entschieden, dass der Email-Dienst Gmail von Google ein Telekommunikationsdienst im Sinne von § 3 Nr. 24 TKG ist und Google Inc. Mit Gmail damit der **Meldepflicht nach § 6 Abs. 1 TKG** sowie der **Aufsicht und Regulierung der Bundesnetzagentur** unterliegt.²⁴

Das Bundesverwaltungsgericht wird diese **höchstumstrittene Thematik** zu einer rechtlichen Klärung führen müssen bzw. sie dem Europäischen Gerichtshof zur Klärung vorlegen.²⁵

20 Grünwald, Andreas; Nüßling, Christoph, Kommunikation over the Top, Regulierung für Skype, WhatsApp oder Gmail?, MMR 2016, 91 (91 ff).

21 Vgl. Conrad/Hausen, in: Auer-Reindorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 2. Auflage 2016, § 36 Rn. 191, 193.

22 So Conrad/Strittmatter, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 2. Auflage 2016, § 22 Rn. 171.

23 VG Köln, Urteil vom 11. 11.2015, MMR 2016, 141.

24 Eine ausführliche Auseinandersetzung mit diesem Urteil findet sich bei Grünwald/Nüßling (Fn. 20), MMR 2016, 91 (91 ff).

25 Vgl. WAR OTT Papier (Fn. 19), S. 1 f.

3.2. Rechtsfolgen

Danach unterliegen einige OTT-Dienste schon heute rein rechtlich einer Regulierung durch das TKG, werden aber derzeit auf Grund einer fehlenden praktischen bzw. technischen Durchsetzbarkeit vieler regulatorischer Vorgaben faktisch (noch) nicht reguliert²⁶

Diese Dienste unterliegen dann der Meldepflicht nach § 6 TKG, die die Überwachung der Einhaltung der Vorgaben des TKG durch die Bundesnetzagentur sicherstellen soll. Ausgehend vom Wortlaut der Norm könnte ein Wechsel zwischen verschiedenen OTT-Diensten als „Anbieterwechsel“ i. S. d. § 46 TKG zu verstehen sein. Dann bliebe aber offen, wie ein Anbieter von OTT-Diensten die daraus resultierenden Verpflichtungen sicherstellen kann, insbesondere die unterbrechungsfreie Leistungsbereitstellung. Außerdem wäre der OTT-Anbieter dann z.B. verpflichtet, auf Grundlage der Festlegung der Bundesnetzagentur gemäß § 46 Abs. 9 TKG eine „Kontaktstelle Anbieterwechsel“ einzurichten und der Bundesnetzagentur regelmäßig über getroffene Vorkehrungen zum Anbieterwechsel zu berichten.²⁷

Die Regulierung des TKG passt aber vielfach schon angesichts der unterschiedlichen technischen Grundlagen und Geschäftsmodelle nicht ohne weiteres auf alle OTT-1-Dienste. Es bleibt daher fraglich, ob eine derart detaillierte Regulierung bei OTT-1-Diensten gerechtfertigt (geschweige denn sinnvoll) wäre.²⁸

3.3. Regulierung der nicht unter das TKG fallenden Messenger-Dienste

Für Messenger-Dienste, die nicht als Telekommunikationsdienste eingestuft werden können, gelten die allgemeinen Regelungen. Die unterschiedliche Regulierung wird in einer Gegenüberstellung der Regelungen in einem Hintergrundpapier des Verbands der Internetwirtschaft e.V. eco²⁹ deutlich:

Für den **Verbraucherschutz** enthält das TKG mit den **§§ 43a-47b** bereichsspezifische Normen zum Schutz der Kunden während für die OTT-Dienste lediglich die zivilrechtlichen Regelungen des Verbraucherprivatrechts und die Impressumspflicht nach **§ 5 TMG** gelten. Auch für die **öffentliche Sicherheit** gelten für OTT-Dienste keine bereichsspezifischen Normen, während Telekommunikationsdienste den bereichsspezifischen Normen der **§§ 108-155 TKG** unterfallen, insbesondere dem **Notruf nach § 108 TKG**, **Überwachungsmaßnahmen nach § 110 TKG** und der **Vorratsdatenspeicherung §§ 113a ff TKG**. Für den Datenschutz gelten die bereichsspezifischen Normen der **§§ 91-107 TKG** für Telekommunikationsdienste, insbesondere das Erfordernis der schriftlichen Einwilligung in die Speicherung der Standortdaten nach **§ 98 TKG** während für die

26 So Grünwald/Nüßling (Fn. 20), MMR 2016, 91 (95).

27 So Grünwald/Nüßling (Fn. 20), MMR 2016, 91 (95).

28 So Grünwald/Nüßling (Fn. 20), MMR 2016, 91 (95); WAR OTT Papier (Fn.), S. 4.

29 Verband der Internetwirtschaft e.V. eco, Hintergrundpapier, Zur regulatorischen Einordnung und Behandlung von sog. Over the Top-Diensten (OTT) (Fn. 18).

Telemediendienste die Vorschriften der §§ 11-15a TMG gelten, die eine elektronische Einwilligung nach §§ 12 TMG erlauben.

4. Regulierungsbedarf für einen wettbewerbsneutralen Ordnungsrahmen

4.1. Konsequenzen des unterschiedlichen Rechtsrahmens

Telekommunikationsunternehmen unterliegen beispielsweise den strengen Regelungen der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (Richtlinie 2002/58/EG) bzw. den entsprechenden nationalen Regelungen, die für OTTs bis auf wenige Ausnahmen nicht gelten. Dies führt dazu, dass eine Nachricht, die per SMS versendet wird, einem weitaus höheren rechtlichen Schutzniveau unterliegt, als eine Nachricht, die über einen OTT-Dienst übermittelt wird. Dadurch wird – entsprechend des Bedeutungszuwachses der OTTs – der Grundrechtsschutz der Verbraucher, bezüglich des Grundrechts auf Vertraulichkeit der Kommunikation, abgesenkt. Gleichzeitig führt dies zu einem Ungleichgewicht im Wettbewerb zwischen den verschiedenen Anbietern.³⁰

Das unterschiedliche Regulierungsniveau von internetbasierten OTT-Diensten und klassischen TK-Diensten hat zu Forderungen nach einer regulatorischen Gleichbehandlung aller Internet- und Telekommunikationsdienste geführt. Dabei geht es auch um Fragen des Wettbewerbs der Diensteanbieter und inwieweit ein Eingreifen des Gesetzgebers zur Herstellung gleichwertiger Wettbewerbsbedingungen erforderlich ist.³¹

4.2. Herstellung gleicher Wettbewerbsverhältnisse

Das BMWi führt in seinem Grünbuch zur Herstellung gleicher Wettbewerbsverhältnisse aus:

„Das Postulat der Wettbewerbsneutralität eines Ordnungsrahmens für Telekommunikation einerseits und digitale OTT-Plattformen andererseits gibt zunächst einmal nur das Ziel vor, lässt aber die Erreichung dieses Ziels offen. Ein Level Playing Field, das Wettbewerbsneutralität gewährleistet, könnte entweder dadurch erreicht werden, dass OTT-Plattformen in die sektorspezifische Regulierung einbezogen werden oder dass die sektorspezifische Regulierung zurückgenommen wird.

30 So Verbraucherzentrale Bundesverband, Grünbuch Digitale Plattformen, Stellungnahme des Verbraucherzentrale Bundesverbands, 26.09.2016, S. 4, http://www.vzbv.de/sites/default/files/16-09-22_vzbv_stellungnahme_gruenbuch_digitale_plattformen.pdf; vgl. auch Baker & McKenzie, „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, S. 33 mit ausführlicher Begründung ab S. 27, https://www.hessen-it.de/mm/mm001/FINAL_Digitaler_Kodex.pdf.

31 So Eco, Hintergrundpapier (Fn. 18), S. 4.

Den Ausgangspunkt für die Herstellung eines Level Playing Fields muss grundsätzlich die Frage bilden, ob der Bedeutungszuwachs von digitalen Plattformen eine Rückführung bestehender sektorspezifischer Regulierung zugunsten der allgemeinen wettbewerbs-, Verbraucherschutz- und datenschutzrechtlichen Regelungen ermöglicht. Erst wenn diese Frage verneint wird, sollte über eine Ausweitung der bestehenden spezifischen Regulierung auf die bisher nicht spezifisch regulierten Plattformen nachgedacht werden.³²

Dem Gedanken an eine mögliche Rückführung sektorspezifischer Regulierung tritt United Internet in seiner Stellungnahme zum Grünbuch deutlich entgegen.³³

„Es darf nicht Folge einer Vermischung eines abstrakten Regulierungsverständnisses sein, dass unbedacht Telekommunikationsunternehmen „de-reguliert“ oder OTT-Anbieter „reguliert“ werden. Dort, wo auch künftig ein natürliches Monopol oder signifikante Marktmacht besteht (also insbesondere im physischen Anschlussnetz) muss auch weiterhin eine Zugangsregulierung zur Gewährleistung von Wettbewerb Bestand haben. Daran ändert auch das Hinzutreten neuer Wettbewerber auf der Diensteebene nichts. Insofern geht die verkürzte Darstellung im Grünbuch [S. 43 f.] fehl in der Annahme, dass das Hinzutreten zusätzlichen Wettbewerbs durch OTT-Plattformen die Regulierungsbedürftigkeit von Vorleistungsmärkten in Zweifel ziehen könne. In Bezug auf „Regulierung“ muss klar zwischen verschiedenen Bereichen differenziert werden: die Marktregulierung (Teil 2 des TKG) zielt auf die Schaffung von Wettbewerbsbedingungen auf dem ehemals monopolistischen Telekommunikationsmarkt mit signifikanter Marktmacht des Incumbent ab. An der Notwendigkeit von Zugang alternativer Anbieter zum physischen Netz der Deutschen Telekom als ehemaligem Staatskonzern und Monopolisten ändert sich nichts durch das Hinzutreten sog. OTT, die auf (!) diesem Netz und damit einem nachgelagerten Markt ihre Dienste erbringen. OTT verfügen eben gerade nicht über eine eigene Netzinfrastruktur und treten somit im Bereich des Netzzugangs auch nicht in Wettbewerb mit den TKNNetzbetreibern. Gerade für Vorleistungsprodukte, die durch die Zugangs- und Entgeltregulierung alternativen Anbietern den Marktzugang sichern, stellen sie eben kein Substitut dar und taugen nicht als Begründung für eine De-Regulierung im Bereich der Marktregulierung des TK-Marktes.“³⁴

4.3. Ausweitung der sektorspezifischen Regelungen des TKG auf Messengerdienste

Ob eine Ausweitung der sektorspezifischen Regelungen des TKG auf Messengerdienste gerechtfertigt oder sinnvoll wäre erscheint fraglich.³⁵

32 BMWi Grünbuch „Digitale Plattformen“ (Fn. 7), S. 42.

33 United Internet AG, Positionspapier zum Grünbuch „Digitale Plattformen“, 30. 09. 2016, S. 5, <https://gruenbuch.de/digital/fileadmin/redaktion/BMWi/Stellungnahmen/UnitedInternet.PDF>.

34 United Internet AG, Positionspapier zum Grünbuch „Digitale Plattformen“ (Fn. 33).

35 So Grünwald/Nüßling (Fn. 20), MMR 2016, 91 (95); WAR OTT Papier (Fn. 19), S. 4.

So spricht auch aus **Sicht der Monopolkommission** gegen eine Ausweitung bestehender Marktregulierung auf OTT-Dienste, dass sich die wesentlichen Regulierungsverpflichtungen auf die Betreiber von **Kommunikationsinfrastruktur** beziehen und **reine Diensteanbieter** somit nicht als Adressaten der Regulierung in Frage kommen.³⁶ Die Schutzausrichtung ebenso wie die daraus basierenden Anwendungsvoraussetzungen der Regulierungsinstrumente passen häufig schon angesichts der unterschiedlichen technischen Grundlagen und Geschäftsmodelle nicht ohne weiteres auf alle OTT-I-Dienste.³⁷

Gleichwohl ist die wettbewerbliche Rolle der OTT-Dienste auf der Endkundenebene zu berücksichtigen. Eine Angleichung von Regulierung kommt dort in Betracht, wo eine ähnliche Funktionalität gegeben ist und OTT-Dienste auf dem Endkundenmarkt mit klassischen Anbietern konkurrieren.³⁸

Im Folgenden soll untersucht werden, ob Vorschriften zur Gewährleistung eines Anbieterwechsels oder der Interoperabilität der einzelnen Kommunikationsnetze und –dienste für OTT1-Dienste eingeführt werden sollten.

5. Datenportabilität

Wenn der Wechsel von einem Anbieter zu einem anderen Anbieter für Kunden mit erheblichen Kosten oder Behinderungen verbunden ist kann es zu einem „Lock-in-Effekt“ kommen. Dies hat Auswirkungen auf den Wettbewerb. Für neue Anbieter ergeben sich erhebliche Markteintrittsschwellen, da sie das Lock-in der Kunden ihrer Konkurrenten durch ein deutlich besseres Angebot überwinden müssen.

„Bei zahlreichen OTT-Angeboten resultieren die Lock-in-Effekte nicht aus langen Kündigungsfristen oder sonstigen rechtlichen Hindernissen, sondern ergeben sich daraus, dass eine Migration der personenbezogenen Daten eines Nutzers von einem Anbieter zu einem anderen Anbieter entweder nur mit sehr hohem Aufwand oder gar nicht möglich ist. Wer beispielsweise bei einem Anbieterwechsel seine bestehenden Daten aus technischen Gründen gar nicht migrieren kann, wird sich fragen, ob die Kosten, die darin bestehen, die beim bisherigen Anbieter gespeicherten Daten nicht mehr verwenden zu können, schwerer wiegen als die Vorteile, die der Anbieterwechsel mit sich bringt.“³⁹

36 Tätigkeitsbericht 2014/2015 der Bundesnetzagentur – Telekommunikation mit Sondergutachten der Monopolkommission – Telekommunikation 2015: Märkte im Wandel, BT-Drucksache 18/7010, S. 363, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/18/070/1807010.pdf>.

37 So WAR OTT Papier (Fn. 19), S. 4.

38 Sondergutachten der Monopolkommission (Fn. 36), S. 363.

39 So Baker & McKenzie, „Digitaler Kodex“ (Fn. 30), S. 21.

Entscheidend ist daher die Frage, ob ein Kunde gegenüber einem Anbieter das Recht hat, seine Daten zu portieren, das heißt in einem wiederverwendbaren Datenformat zu erhalten.

5.1. Recht auf Datenportabilität de lege lata

Nach geltender Rechtslage gibt es kein Recht auf Datenportabilität gegenüber OTT1-Diensten.⁴⁰ Die geltenden datenschutzrechtlichen Regelungen des Auskunftsrechts gewähren dem Betroffenen zwar einen Anspruch auf Auskunft über die zu seiner Person gespeicherten Daten (§ 34 Abs. 1 Nr. 1 BDSG). Danach hat die verantwortliche Stelle dem Betroffenen auf Verlangen über die zu seiner Person gespeicherten Daten Auskunft zu erteilen. Gemäß § 34 Abs. 6 BDSG ist die Auskunft auf Verlangen in Textform zu erteilen, d. h. in Form einer auf einem dauerhaften Datenträger gespeicherten lesbaren Erklärung. Die Auskunftserteilung kann daher durch Übermittlung einer PDF-Datei erfolgen. Damit würde zwar dem Informationsbedürfnis des Betroffenen Rechnung getragen, eine automatische Weiterverarbeitung der Daten wäre dem Nutzer des Dienstes jedoch nicht möglich. Mit dieser Ausgestaltung entspricht das Recht auf Auskunft daher nicht den Anforderungen eines Rechts auf Datenportabilität.⁴¹

5.2. Erforderlichkeit der Datenportabilität

Fraglich erscheint jedoch bereits die Erforderlichkeit der Portierung von Daten wie dem Inhalt des E-Mailverkehrs oder von Adressbüchern bei einem Anbieterwechsel.

Die Bundesnetzagentur hält eine entsprechende Vorschrift im Ergebnis in der Sache für überflüssig, da es schon heute jedem Nutzer ohne weiteres möglich ist, durch Nutzung eines beliebigen E-Mail-Programms (z. B. Outlook) eine lokale Kopie dieser Daten selbst herzustellen.⁴² Diese Möglichkeit besteht bei manchen Messaging-Diensten wie WhatsApp derzeit jedoch nicht. Lock-in-Effekte, die einen wesentlichen Teil der Regulierungsbedürftigkeit traditioneller Telekommunikationsdienste begründen, bestehen bei OTT1-Diensten in dieser Form gleichwohl nicht, da die meisten Nutzer solche Dienste gerade parallel im sogenannten **Multi-Homing** nutzen. Sie wechseln also je nach Bedarf flexibel von einem Dienst zum anderen und werden daran bei zumeist kostenlosen Diensten auch nicht durch etwaige Wechselkosten gehindert.⁴³ Ein Multi-Homing ist problemlos möglich, während ein paralleler Betrieb zweier Festnetz- oder DSL-Anschlüsse konkurrierender Anbieter aus technischen Gründen ausscheidet.⁴⁴

40 Vgl. Baker & McKenzie, „Digitaler Kodex“ (Fn. 30), S. 37 f, 51.

41 Vgl. zum Ganzen Baker & McKenzie, „Digitaler Kodex“ (Fn. 30), S. 37 f.

42 So Bundesnetzagentur, Stellungnahme zum Grünbuch „Digitale Plattformen“, S. 128, <https://gruenbuch.de/digital/fileadmin/redaktion/BMWi/Stellungnahmen/BNetzA.pdf>.

43 So Grünwald/Nüßling (Fn. 20), MMR 2016, 91 (97).

44 WAR OTT Papier (Fn. 19), S. 9.

Man kann daher bereits ganz grundsätzlich an der Notwendigkeit einer Regelung zur Datenportabilität zweifeln.

Jedenfalls aber wird ganz überwiegend die Meinung vertreten, dass mit Blick auf die umfassende **europäische Portierungsregelung in Artikel 20 DSGVO** kein zusätzlicher nationaler Regelungsbedarf besteht.⁴⁵

5.3. Regelung der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)

Mit der neuen **EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)**⁴⁶ soll das Datenschutzrecht innerhalb Europas vereinheitlicht werden, um dem Einzelnen mehr Kontrolle über seine Daten zu verschaffen. Entsprechend gelten künftig in allen EU-Staaten die gleichen Standards in Sachen Datenschutz, datenschutzrechtliche „Rückzugsräume“ innerhalb Europas wird es damit nicht mehr geben.⁴⁷ Die DSGVO ist seit Mai 2016 in Kraft und ab Mai 2018 vollständig anzuwenden. In der Übergangszeit sind die europäischen Vorgaben auf nationaler Ebene entsprechend anzuwenden.

Artikel 20 DSGVO enthält zwei Vorgaben hinsichtlich der technischen Voraussetzungen bei der Datenübermittlung:

Die betroffene Person soll berechtigt sein, die sie betreffenden personenbezogenen Daten, die sie einem Verantwortlichen bereitgestellt hat, in einem strukturierten, gängigen, maschinenlesbaren und interoperablen Format zu erhalten und sie einem anderen Verantwortlichen zu übermitteln. (Art. 20 Abs. 1 DSGVO) und

die betroffene Person soll das Recht haben, zu erwirken, dass die personenbezogenen Daten direkt von einem Verantwortlichen einem anderen Verantwortlichen übermittelt werden, soweit dies technisch machbar ist. (Art. 20 Abs. 2 DSGVO).

Als europäische Verordnung ist die DSGVO unmittelbar geltendes Recht. Als „Grundverordnung“ enthält sie aber eine Vielzahl von Öffnungsklauseln, die Spielraum für nationales Recht der Mitgliedstaaten schaffen. Für die Datenportabilität besteht allerdings keine solche Öffnungsklausel. Das hat zur Folge, dass es dem deutschen Gesetzgeber nur erlaubt ist, die Regelung zur Datenportabilität zu konkretisieren, nicht aber den materiellen Schutzstandard zu verändern.⁴⁸

45 So Bundesnetzagentur, Stellungnahme zum Grünbuch „Digitale Plattformen“ (Fn. 42), S. 128 unter Bezugnahme auf WAR OTT-Papier.

46 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) (Text von Bedeutung für den EWR).

47 So Datenschutzbeauftragter, EU-Datenschutz-Grundverordnung: Das sind die Neuerungen, 14. April 2016, <https://www.datenschutzbeauftragter-info.de/eu-datenschutzgrundverordnung-das-sind-die-neuerungen/>.

48 So Bundesnetzagentur, Stellungnahme zum Grünbuch „Digitale Plattformen“ (Fn. 42), S. 126f.

5.4. Notwendigkeit einer nationalen Regelung vor Wirksamwerden der VO

Es erscheint fraglich, ob eine eigene gesetzliche Regelung zur Datenportabilität im Vorgriff auf die DSGVO sinnvoll und machbar wäre. Die Ausgestaltung müsste sich dann an den Grundsätzen des Rechts auf Datenübertragbarkeit in der DSGVO orientieren.⁴⁹

Die Bundesnetzagentur führt zu dieser Frage aus, es müsse hierbei berücksichtigt werden, „dass bereits jetzt die technische Realisierung der im Mai 2018 wirksam werdenden Regelung zur Datenübertragbarkeit eine Herausforderung für die Unternehmen darstellen dürfte. Im bisherigen Datenschutzrecht mussten die Unternehmen lediglich Auskunftspflichten erfüllen. Nun müssen bestehende IT-Systeme daraufhin geändert werden, dass über geeignete Exportfunktionen klar definierte Datensätze an den Betroffenen herausgegeben werden können. Um dies zu realisieren, sollten Unternehmen bereits in nächster Zeit damit beginnen, bestehende IT-Infrastrukturen und –Systeme zu überprüfen, wo welche Daten bislang gespeichert werden, die von dem Anspruch auf Datenportabilität erfasst sein könnten, und geeignete Tools und Schnittstellen zu entwickeln, um spätestens ab Mai 2018 dem Anspruch auf Datenportabilität nachkommen zu können.

Eine nationale Regelung zur Datenportabilität im Vorgriff auf die DSGVO wäre entsprechend technisch kaum zu realisieren und daher unangemessen.“⁵⁰

Vielmehr sollte sich die Bundesregierung dafür einsetzen, dass eine effektive Datenportabilität im Rahmen der Anwendung und Durchsetzung der Datenschutz-Grundverordnung erreicht wird.⁵¹

5.5. Anforderungen an die Ausgestaltung

Zu den Anforderungen an die Ausgestaltung der Datenportabilität äußert sich der Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und Neue Medien e.v. (bitkom):

„Funktionen, die die Datenportabilität in der Praxis umsetzen, sollten so gestaltet sein, dass sie dem Nutzer eine Wahl bieten, z. B. in welchen üblicherweise benutzten Datei-Formaten sie ihre Daten exportieren möchten. Lösungen, die nur bestimmte Formate anbieten, sind nicht praktikabel. Andererseits müssen die Diensteanbieter in der Lage sein, Lösungen zu implementieren, die mit Blick auf Zeit und andere Ressourcen, die in die Entwicklung dieser Lösungen gesteckt werden müssen, verhältnismäßig sind.

Damit dieses Recht nicht in Leere läuft, wird es erforderlich sein, dass gemeinsam Vorgaben erarbeitet werden, die einheitliche Anforderungen an den Umfang der konkreten Daten und die technischen Formate umfassen. Solche Formate sollten jedoch nicht vom Gesetzgeber vorgegeben werden, sondern durch die Industrie sowie unter internationaler Zusammenarbeit entwickelt

49 Bundesnetzagentur, Stellungnahme zum Grünbuch „Digitale Plattformen“ (Fn. 42), S. 127.

50 Bundesnetzagentur, Stellungnahme zum Grünbuch „Digitale Plattformen“ (Fn. 42), S. 127.

51 Verbraucherzentrale Bundesverband, Grünbuch Digitale Plattformen (Fn. 30), S. 20.

werden. Die Portierung der Daten muss aus Sicht des durchschnittlichen Nutzers einfach möglich sein, Portabilitätsverpflichtungen müssen jedoch die technologische Realität sowie den Grundsatz der Technologieneutralität respektieren und die Weiterentwicklung von dynamischen digitalen Geschäftsmodellen ermöglichen. Sie dürfen keine praktisch unmöglichen Verpflichtungen auferlegen.⁵²

Dies ist gerade für kleinere und junge Unternehmen wichtig, die eventuell über geringe finanzielle Ressourcen und Know-how verfügen. Es sollte vermieden werden, dass die Anforderungen der Datenportabilität für sie zu einer Marktzutrittsbarriere werden. Die Kosten der Plattform, die anfallen, um Portabilität zu gewährleisten, dürfen also nicht prohibitiv hoch sein.⁵³

Es bleibt mithin festzuhalten, dass eine nationale Regelung zur Datenportabilität im Vorgriff auf die DSGVO überwiegend abgelehnt wird.⁵⁴

6. Vorschriften zur Interoperabilität

6.1. Zugangsregulierung gemäß § 18 TKG

Gemäß **§ 18 Abs. 1 TKG** kann die Bundesnetzagentur Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren, in begründeten Fällen verpflichten, auf entsprechende Nachfrage ihre Netze mit denen von Betreibern anderer öffentlicher Telekommunikationsnetze zusammenzuschalten, soweit dies erforderlich ist, um die Kommunikation der Nutzer und die Bereitstellung von Diensten sowie deren Interoperabilität zu gewährleisten. Darüber hinaus kann die Bundesnetzagentur Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren, weitere Zugangsverpflichtungen auferlegen, soweit dies zur Gewährleistung des End-zu-End-Verbunds von Diensten erforderlich ist.

52 Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und Neue Medien e.v. (bitkom), Stellungnahme, Kommentierung Grünbuch digitale Plattformen, 14.10.2016, S. 23, <https://gruenbuch.de/digital/fileadmin/re-daktion/BMWi/Stellungnahmen/Bitkom.pdf>.

53 Demary, Vera, Institut der deutschen Wirtschaft Köln (Hrsg.), IW-Report 32/2016, Der Aufstieg der Onlineplattformen, Was nun zu tun ist, 30.09.2016, S. 13, <https://www.iwkoeln.de/studien/iw-reports/beitrag/vera-demary-der-aufstieg-der-onlineplattformen-was-nun-zu-tun-ist-305493>.

54 Bundesnetzagentur, Bundesnetzagentur, Stellungnahme zum Grünbuch „Digitale Plattformen“ (Fn. 42), S. 127; bitkom, Stellungnahme, Kommentierung Grünbuch digitale Plattformen (Fn. 52), S. 34; WAR OTT Papier (Fn. 19), S. 10; Verband der Internetwirtschaft e. V. eco, Positionspapier Zum Konsultationsverfahren des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie über ein „GRÜNBUCH Digitale Plattformen“, 27.09.2016, https://www.eco.de/wp-content/blogs.dir/20160927_eco_pos_gruenbuch-digitale-plattformen-des-bmwi_final-1.pdf; für eine Verankerung bereits im Vorgriff in § 34 BDSG Baker& McKenzie, „Digitaler Kodex“ (Fn. 30), S. 52.

Mit § 18 TKG werden der Bundesnetzagentur die erforderlichen Kompetenzen eingeräumt, um sicherzustellen, dass alle Endnutzer uneingeschränkt miteinander kommunizieren können, unabhängig davon, welche Netzbetreiber sie für ihren Netzzugang auswählen. Anders als die sonstigen Regelungen des Zugangsregimes knüpft dabei § 18 TKG nicht an die marktbeherrschende Stellung eines Netzbetreibers an. Regelungsgrund und -rechtfertigung ist vielmehr, dass ein Netzbetreiber den **Zugang zu Endkunden kontrolliert**. Diese Zugangskontrolle birgt insbesondere dann Missbrauchsmöglichkeiten, wenn andere Netzbetreiber und Diensteanbieter auf den Zugang zu einem bestimmten Endkunden und damit auch auf eine Zugangsvereinbarung mit dem den Zugang zu diesem Endkunden kontrollierenden Netzbetreiber angewiesen sind.⁵⁵ Die Regelung setzt als einzige Ermächtigungsgrundlage der Bundesnetzagentur keine marktbeherrschende Stellung des Regulierungsadressaten voraus.⁵⁶

§ 18 TKG ermächtigt die Bundesnetzagentur dazu, Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren, zur **Zusammenschaltung ihrer Netze** mit denen der Betreiber anderer öffentlicher Kommunikationsnetze zu verpflichten.⁵⁷ In § 3 Nr. 34 TKG wird der Begriff „Zusammenschaltung“ legaldefiniert als derjenige Zugang, der die physische und logische Verbindung öffentlicher Telekommunikationsnetze herstellt, um Nutzern eines Unternehmens die Kommunikation mit Nutzern desselben oder eines anderen Unternehmens oder die Inanspruchnahme von Diensten eines anderen Unternehmens zu ermöglichen.

Die Zusammenschaltung muss also erforderlich sein, um die Kommunikation der Nutzer und die Bereitstellung von Diensten sowie deren Interoperabilität zu gewährleisten (§ 18 Abs. 1 Satz 1 TKG). Ausreichend ist es nach den Gesetzesmaterialien, wenn eine der Zweckbestimmungen vorliegt, die Zwecke müssen also nicht kumulativ gegeben sein.⁵⁸

Bei der Gewährleistung der Kommunikation der Nutzer geht es um die Sicherstellung netzübergreifender Kommunikation aller Nutzer.⁵⁹

6.2. Übertragbarkeit der Zugangsregulierung auf OTT-1-Dienste

Fraglich erscheint, ob diese Vorschrift auf OTT-1-Dienste übertragbar ist.

Der deutsche Wortlaut des § 18 Abs. 1 TKG spricht mit dem Abstellen auf einen „Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze“ als Regulierungsadressaten gegen eine Einbeziehung der Messenger-Dienste in den Regelungsbereich der Vorschrift. Die Fassung des Regulierungsadressaten in Art. 5 Abs. 1 UAbs. 2 lit. a der Zugangsrichtlinie ist gegebenenfalls weiter („Unternehmen,

55 Vgl. Schütz, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, § 18 Rn. 1.

56 Schütz, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 55), § 18 Rn. 2.

57 Schütz, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 55), § 18 Rn. 12.

58 Schütz, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 55), § 18 Rn. 26.

59 Schütz, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 55), § 18 Rn. 26.

die den Zugang zu den Endnutzern kontrollieren“). Der Wissenschaftliche Arbeitskreis für Regulatorischen Fragen (WAR) bei der Bundesnetzagentur hält es daher bei einer richtlinienkonformen Auslegung für „womöglich zulässig“, den Anbietern von OTT-1-Diensten Verpflichtungen zur Zusammenschaltung bzw. interoperablen Ausgestaltung ihrer Dienste aufzuerlegen, um so den End-zu-End-Verbund der Teilnehmer zu gewährleisten. Im Einzelnen sei dies allerdings **de lege lata umstritten**.⁶⁰

Auch wenn dies prinzipiell denkbar sei, stelle sich die Frage, ob es auch sinnvoll sei. „So können mehrere OTT-Plattformen durch die Nutzer (also etwa WhatsApp und Viber) unproblematisch parallel verwendet werden („Multihoming“), was bei klassischen Telekommunikationsdiensten zumindest derzeit nicht der Fall ist. Allerdings sind diese Instant-Messaging-Dienste, anders als E-Mail-Dienste, nicht interoperabel. Das ist aus Verbraucher- und Datenschutzsicht durchaus relevant, auch wenn daraus nicht unter marktregulatorischen Gesichtspunkten die Notwendigkeit einer Interoperabilitätsverpflichtung abgeleitet werden kann. Aus Kundensicht bedeutet die mangelnde Interoperabilität, dass die Erreichbarkeit der Nutzer eines Instant-Messaging-Dienstes über genau diesen Kommunikationskanal nur dann gegeben ist, wenn man zugleich selbst Nutzer eben jenes Dienstes wird und dafür die Nutzungsbedingungen akzeptiert. ... Gleichwohl ist regelmäßig eine Erreichbarkeit des betreffenden Nutzers über andere Kommunikationskanäle möglich, da das Multi-Homing unter Nutzern die Regel und nicht die Ausnahme ist.“⁶¹

Klärungsbedürftig ist ferner, ob ein OTT-1-Anbieter als „Unternehmen, die den Zugang zu den Endnutzern kontrollieren“ nach Art. 5 Abs. 1 UAbs. 2 lit. a Zugangsrichtlinie eingestuft werden kann, wenn Nutzer faktisch Multi-Homing betreiben oder zumindest einfach betreiben können.⁶²

Während Multi-Homing problemlos möglich ist, scheidet ein paralleler Betrieb zweier Festnetz oder DSL-Anschlüsse konkurrierender Anbieter aus technischen Gründen aus.⁶³

Aus wirtschaftlicher Perspektive kann Interoperabilität dazu beitragen, dass Abschottungstendenzen eines bestehenden Marktes bis hin zur Monopolbildung vermieden werden, und der Marktzugang für neue Teilnehmer nicht durch geschlossene Systeme erschwert wird. Interoperabilität kann so den Wettbewerb zwischen Anbietern und einzelnen Systemen fördern.⁶⁴ Gleichzeitig ist jedoch zu berücksichtigen, dass OTT-1-Dienste oftmals neue Produkte sind, die sich gerade durch eine ausgeprägte Produktdifferenzierung auszeichnen. Diese Produktdifferenzierung

60 So WAR OTT Papier (Fn. 19), S. 7 f.

61 So WAR OTT Papier (Fn. 19), S. 8.

62 So WAR OTT Papier (Fn. 19), S. 8.

63 So WAR OTT Papier (Fn. 19), S. 9.

64 Bundeskartellamt, Antworten des Bundeskartellamtes auf die Fragen für das Fachgespräch „Kartellrecht und Plattformen“ des Ausschusses Digitale Agenda am 13. April 2016, Deutscher Bundestag, Ausschuss Digitale Agenda, Ausschussdrucksache 18(24)98, S. 20.

sei geradezu ein Treiber des Wettbewerbs. Eine gegebenenfalls regulatorisch erzwungene Zusammenschaltung von OTT-1-Diensten könne daher auch wettbewerbsdämpfend wirken.⁶⁵

Das Bundeskartellamt führt in seinen Antworten Bundeskartellamtes auf die Fragen für das Fachgespräch „Kartellrecht und Plattformen“ des Ausschusses Digitale Agenda hierzu aus:

„Unter wettbewerblichen Gesichtspunkten ist Interoperabilität aber zunächst ein Wettbewerbsparameter, den Unternehmen nach je eigener Strategie einsetzen und auch grundsätzlich einsetzen dürfen. Bedenklich wird das erst, wenn es sich um marktbeherrschende oder marktstarke Unternehmen handelt. In solchen Fällen ist es auch denkbar, dass marktbeherrschende Unternehmen kartellrechtlich zu Interoperabilität verpflichtet werden.“⁶⁶ Ein Zwang zur Interoperabilität von Angeboten stelle aber einen erheblichen **Eingriff in die unternehmerische Freiheit** dar und bedürfe einer fundierten Begründung im konkreten Einzelfall.⁶⁷

Daher sollte auch bei der **Auferlegung von Interoperabilitätsverpflichtungen** eine behutsame Vorgehensweise gewählt werden. Die Notwendigkeit einer regulatorischen Verpflichtung zur Zusammenschaltung bzw. Interoperabilität von OTT-1-Diensten besteht nach Auffassung des Wissenschaftlichen Arbeitskreises für Regulierungsfragen (WAR) bei der Bundesnetzagentur, der Bundesnetzagentur und dem Bundeskartellamt derzeit nicht.⁶⁸

7. Wettbewerbsrechtliche Regulierung

Auch in der digitalen Ökonomie sind die Aufgaben und Ziele des allgemeinen Wettbewerbsrechts unverändert wichtig. Um offene Märkte, Innovation, Qualität und Effizienz zu sichern und damit Wahlfreiheit für die Verbraucherinnen und Verbraucher zu gewährleisten, ist funktionierender Wettbewerb vor Beschränkungen zu schützen. Die Instrumente zum Schutz des Wettbewerbs sind

das Verbot wettbewerbsbeschränkender Absprachen,

65 So WAR OTT Papier (Fn. 19), S. 8.

66 Bereits im Jahre 2004 hat die Europäische Kommission Microsoft im Rahmen eines kartellrechtlichen Missbrauchsverfahrens Interoperabilitätspflichten auferlegt. Dieser Punkt wurde später durch den EuGH bestätigt. Europäische Kommission, Entscheidung vom 24.03.2004, Az. COMP/C-3/37.792 –Microsoft; Europäische Kommission, Entscheidung vom 16.12.2009, Az. COMP/C-3/39.530 – Microsoft; EuGH, Entscheidung vom 17.09.2007, Az. T-201/04 – Microsoft.

67 Bundeskartellamt, Antworten des Bundeskartellamtes auf die Fragen für das Fachgespräch „Kartellrecht und Plattformen“ (Fn. 64), S. 20.

68 Vgl. WAR OTT Papier (Fn. 19), S. 8 f, 25; Bundesnetzagentur, Stellungnahme zum Grünbuch „Digitale Plattformen“ (Fn. 42), S. 8; Bundeskartellamt, Antworten des Bundeskartellamtes auf die Fragen für das Fachgespräch „Kartellrecht und Plattformen“ (Fn. 64), S. 7, 26 f, 32 f.

das Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung von Marktbeherrschung sowie

die Fusionskontrolle zur Verhinderung von Marktbeherrschung und erheblicher Behinderung wirksamen Wettbewerbs.

Diese sind für nationale Sachverhalte in dem **Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)** und für Sachverhalte mit Bezug zum europäischen Wirtschaftsraum in dem europäischen Wettbewerbsrecht enthalten.⁶⁹

Das BMWi geht in seinem Grünbuch davon aus, dass das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen trotz der Besonderheiten digitaler Plattformen und der mit ihnen verfolgten Geschäftsmodelle gegenüber traditionellen Märkten wie z. B. Unentgeltlichkeit von Angeboten, Netzwerkeffekte und Konzentrationstendenzen, Lock-in-Effekte auch diesen Sachverhalten gerecht werden kann:

„Die offenen Tatbestandskriterien des GWB erlauben grundsätzlich eine Anpassung an und die Berücksichtigung von sich ändernden Lebenssachverhalten. Das erlaubt auch die Prüfung, ob z. B. die Beschränkung der Interoperabilität von Daten im Einzelfall ein Missbrauch von Marktmacht sein kann. Die Einleitung der Verfahren gegen Betreiber digitaler Geschäftsmodelle durch die Kartellbehörden zeigt die Relevanz des Kartellrechts.“⁷⁰

7.1. Fusionskontrolle:

Onlineplattformen haben das Potenzial, aus ihrem eigenen Geschäftsmodell heraus schnell zu wachsen. Darüber hinaus geschieht Wachstum auch über den Zusammenschluss mit anderen Plattformen, oft in Form von Übernahmen. Dabei werden entweder konkurrierende Onlineplattformen, welche eine identische oder sehr ähnliche Leistung aufweisen, übernommen. Alternativ dazu ist der Kauf von Plattformen in angrenzenden Bereichen denkbar, bei denen besonders die zugrunde liegende Technologie oder die Verknüpfung von verschiedenen Leistungen zu einer neuen Leistung interessiert. Schließlich ist auch denkbar, dass eine Übernahme einer anderen Plattform erfolgt, um deren gesammelte Daten für die erwerbende Onlineplattform zugänglich zu machen.

Unternehmenszusammenschlüsse in Deutschland sind durch das GWB abgedeckt, das **Umsatzerlöse als Maßstab für die Meldepflicht anlegt (§ 35 GWB)**. Diese Vorgehensweise berücksichtigt nicht die Besonderheiten von Onlineplattformen, die oft jahrelang keine oder niedrige Umsätze machen, um Netzwerkeffekte nutzen zu können, so dass Wachstum möglich ist. Trotzdem kann die Übernahme einer solchen Plattform etwa aufgrund einer großen Menge gespeicherter, rele-

69 BMWi, Grünbuch „Digitale Plattformen“ (Fn. 19), S. 46.

70 So BMWi, Grünbuch „Digitale Plattformen“ (Fn. 19), S. 47.

vanter Daten Wettbewerbseffekte haben, die eine Kontrolle durch die zuständigen Behörden erforderlich machen. Aus diesem Grund könnte neben der Betrachtung der Umsätze ein anderer Indikator sinnvoll sein.⁷¹

Vorgeschlagen wird die **Einführung eines § 35 a GWB** für Onlineplattformen, der neben den Umsatzerlösen als Maßstab auch die **Nutzerzahl** berücksichtigt.⁷²

Auch die Bundesregierung geht im Bereich der Fusionskontrolle vom **Bestehen einer Schutzlücke** aus. Zur Schließung dieser Lücke soll im Rahmen der **9. GWB-Novelle** eine an den Transaktionswert anknüpfende Ergänzung der Aufgreifkriterien eingeführt werden.⁷³

7.2. Missbrauch von Marktmacht

Die Monopolstellung eines Online-Unternehmens ist wie die eines traditionellen Unternehmens nicht per se problematisch. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen greift erst dann ein, wenn der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung eintritt (§§ 19-21 GWB). Hiervon abzuweichen besteht keine Veranlassung.⁷⁴

Um den Besonderheiten der Marktmacht von Online-Unternehmen gerecht zu werden wird im Referentenentwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des GWB die Vorschrift des **§ 18 GWB** um einen **Abs. 3a** ergänzt, der beispielhafte Kriterien zur Erfassung der Marktstellung eines Unternehmens auf mehrseitigen Märkten aufführt:

„(3a) Bei Vorliegen von mehrseitigen Märkten und von Netzwerkeffekten sind bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens zudem in besonderer Weise zu berücksichtigen:

1. direkte und indirekte Netzwerkeffekte,
2. die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechselaufwand für die Nutzer,
3. seine Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten,
4. sein Zugang zu Daten,
5. innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck.“⁷⁵

71 Demary (Fn. 53), S. 15.

72 So Demary (Fn. 53), S. 15.

73 Positionspapier der Bundesrepublik Deutschland (Fn. 9), S. 4.

74 So Demary (Fn. 53), S. 14.

75 So WAR OTT Papier (Fn. 19), S. 7.

In diesem Zusammenhang weist der Wissenschaftliche Arbeitskreis für Regulierungsfragen WAT bei der Bundesnetzagentur darauf hin, dass aktuell auch die klassischen Kommunikationsdienste, zu denen neue OTT-1-Dienste in Konkurrenz treten, zumindest in Deutschland keiner marktmachtabhängigen Regulierung unterliegen. Dies gilt sowohl für Sprachtelefoniedienste als auch für SMS-Dienste.⁷⁶

76 So WAR OTT Papier (Fn. 19), S. 7.