

Discussion Paper No. 16-057

Die Bedeutung von OTT-Diensten für die Telekommunikationsregulierung

Thomas Fetzer

ZEW

Zentrum für Europäische
Wirtschaftsforschung GmbH

Centre for European
Economic Research

Discussion Paper No. 16-057

Die Bedeutung von OTT-Diensten für die Telekommunikationsregulierung

Thomas Fetzer

Download this ZEW Discussion Paper from our ftp server:

<http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp16057.pdf>

Die Discussion Papers dienen einer möglichst schnellen Verbreitung von neueren Forschungsarbeiten des ZEW. Die Beiträge liegen in alleiniger Verantwortung der Autoren und stellen nicht notwendigerweise die Meinung des ZEW dar.

Discussion Papers are intended to make results of ZEW research promptly available to other economists in order to encourage discussion and suggestions for revisions. The authors are solely responsible for the contents which do not necessarily represent the opinion of the ZEW.

Die Bedeutung von OTT-Diensten für die Telekommunikationsregulierung¹

**Prof. Dr. Thomas Fetzer
Universität Mannheim und MaCCI**

¹

Das Diskussionspapier geht auf eine gutachterliche Stellungnahme zurück, die der Autor für einen Telekommunikationsanbieter erstellt hat.

Executive Summary

1. Substitut-OTT-Dienste, d.h. solche Dienste, die funktional mit klassischen elektronischen Kommunikationsdiensten vergleichbar sind, müssen aus Gründen der Wettbewerbsgleichheit und der Technologieneutralität vergleichbaren regulatorischen Regelungen unterliegen wie klassische elektronische Kommunikationsdienste.
2. Die gebotene regulatorische Gleichbehandlung ist soweit wie möglich zunächst auf der Ebene des Gesetzesvollzugs durch die BNetzA zu verwirklichen. Nur dann, wenn das TKG nicht entsprechend auslegungsoffen ist, muss der Gesetzgeber die entsprechende rechtliche Gleichbehandlung gesetzlich normieren. Hierbei ist er grundsätzlich berechtigt, Gleichheit sowohl durch eine Ausdehnung der bestehenden sektorspezifischen Regulierung auf Substitut-OTT-Dienste als auch durch eine Rückführung der bestehenden Regulierung für alle Dienste herbeizuführen. Ausgehend vom deregulatorischen Ansatz des europäischen Rechtsrahmens steht dabei die Frage nach dem Deregulierungspotenzial am Anfang. Sie muss jedoch bezogen auf jede einzelne regulierungsrechtliche Regelung untersucht werden und kann nicht pauschal im Sinne einer Zwangsläufigkeit zur vollständigen Aufhebung der sektorspezifischen Regulierung beantwortet werden.
3. In Bezug auf die wettbewerbsbezogene Marktregulierung macht es der Bedeutungszuwachs von Substitut-OTT-Diensten erforderlich, dass diese im Rahmen von Marktdefinition und Marktanalyse stärker berücksichtigt werden, als dies bisher der Fall ist. Dies führt voraussichtlich dazu, dass von einer höheren Wettbewerbsintensität in bisher regulierten Märkten auszugehen ist, so dass die Frage nach deren Regulierungsbedürftigkeit neu zu untersuchen ist. Eine höhere Wettbewerbsintensität hat allerdings nicht zwangsläufig zur Konsequenz, dass die Vorleistungsregulierung insgesamt aufgehoben werden kann, da die durch Substitut-OTT-Dienste stimulierte höhere Wettbewerbsintensität vorrangig auf Endkundenmärkten zum Tragen kommt. Jedenfalls muss aber auch auf Vorleistungsmärkten künftig die Erforderlichkeit von ex-ante-Regulierungseingriffen stärker hinterfragt werden.
4. In Bezug auf die nicht primär wettbewerbsbezogene Regulierung in den Bereichen Kundenschutz, Datenschutz, Fernmeldegeheimnis und öffentliche Sicherheit ist festzustellen, dass der Bedeutungsgewinn von Substitut-OTT-Diensten auf die spezifische Regulierungsbedürftigkeit keinen grundsätzlichen Einfluss haben dürfte. Die mit den jeweiligen Regulierungsregimen verfolgten Ziele bestehen weitgehend unabhängig von der Wettbewerbsintensität in einem Markt. Teilweise sind die Ziele auch verfassungsrechtlich vorgegeben und damit der Disposition des einfachen Gesetzgebers entzogen. Wettbewerbsgleichheit, die zugleich den nicht dispositiven Schutzziele Rechnung trägt, lässt sich in diesen Bereichen daher regelmäßig nur dadurch erreichen, dass auch Substitut-OTT-Dienste in die sektorspezifische Regulierung mit einbezogen werden und auf diese Weise alle Anbieter – klassischer elektronischer Kommunikationsdienste ebenso wie von Substitut-OTT-Diensten – vergleichbaren rechtlichen Regelungen unterliegen.
5. Die Gleichbehandlung aller Anbieter bei der nicht primär wettbewerbsbezogenen Regulierung könnte dadurch erreicht werden, dass künftig auch Substitut-OTT-Dienste unter den Begriff „Telekommunikationsdienst“ i.S.d. § 3 Nr. 24 TKG bzw. „elektronischer Kommunikationsdienst“ i.S.d. Art. 1 Abs. 1 Rahmen-RL subsumiert werden. Der Begriff ist zentrale Schalthorm für den persönlichen Anwendungsbereich der überwiegenden Anzahl von Einzelregelungen, die sektorspezifische Verpflichtungen der Anbieter begründen.

6. Die Subsumtion von Substitut-OTT-Diensten unter den Begriff „Telekommunikationsdienst“ wäre bereits auf Grundlage des geltenden Rechts vom Wortlaut des § 3 Nr. 24 TKG gedeckt und auch europarechtlich zulässig. In einem ersten Schritt sollte die BNetzA also erwägen, ihre bisherige Auslegungspraxis entsprechend anzupassen.

7. Aus Gründen der Rechtssicherheit könnte der nationale Gesetzgeber auch außerhalb des bzw. vor dem TK-Review eine entsprechende Klarstellung in das TKG aufnehmen. Die europäischen Richtlinien belassen hierzu einen ausreichenden Umsetzungsspielraum.

8. Eine Klarstellung des Begriffs „Telekommunikationsdienst“ im TKG könnte wie folgt vorgenommen werden: *„Telekommunikationsdienste‘ in der Regel gegen Entgelt, das sowohl in Geld als auch in einer sonstigen wirtschaftlichen Gegenleistung bestehen kann, erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen bestehen, unabhängig davon, wer die Signalübertragung durchführt bzw. kontrolliert, einschließlich Übertragungsdienste in Rundfunknetzen;“*

9. Angesichts der rasanten Entwicklung im Bereich der Substitut-OTT-Dienste ist ein Zuwarten mit der Entscheidung, wie sie regulatorisch zu behandeln sind, bis zum TK-Review nicht empfehlenswert. Zum einen führt eine unterschiedliche Regulierung von klassischen elektronischen Kommunikationsdiensten und Substitut-OTT-Diensten bereits heute zu problematischen Wettbewerbsverzerrungen, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des TK-Review möglicherweise nicht mehr korrigierbar wären. Zum anderen ist die regulatorische Gleichbehandlung der beiden Gruppen schon jetzt auf Grundlage einer teleologischen Auslegung des geltenden Rechtsrahmens möglich. Im Rahmen des TK-Review müsste unabhängig davon die Frage adressiert werden, wie künftig mit Komplementär-OTT umzugehen ist.

A	Einleitung	5
B	Die Bedeutung von OTT-Diensten für die Telekommunikationsregulierung	8
	I. Regulatorische Wettbewerbsungleichheit zwischen elektronischen Kommunikationsdiensten und OTT-Diensten?	8
	1. Kategorien von OTT-Diensten	8
	a) Komplementär-OTT-Dienste	9
	b) Substitut-OTT-Dienste	9
	2. Regulatorische Ungleichbehandlung von klassischen elektronischen Kommunikationsdiensten und Substitut-OTT-Diensten?	15
	3. Gebot zur regulatorischen Gleichbehandlung von Substitut-OTT-Diensten und klassischen elektronischen Kommunikationsdiensten	17
	a) Gebot der Wettbewerbsgleichheit	17
	b) Gebot der Technologieneutralität.....	18
	4. Zwischenergebnis.....	19
	II. Wege zur Herstellung von regulatorischer Wettbewerbsgleichheit	20
	1. Auftrag zur Herstellung von regulatorischer Wettbewerbsgleichheit an die BNetzA.....	20
	2. Auftrag zur Herstellung von regulatorischer Wettbewerbsgleichheit an den Gesetzgeber	21
	3. Zwischenergebnis.....	22
	III. Konkreter Handlungsbedarf.....	23
	1. Wettbewerbsbezogene Marktregulierung	23
	2. Nicht primär wettbewerbsbezogene sektorspezifische Regulierung	25
	a) Kundenschutz	26
	b) Fernmeldegeheimnis.....	28
	c) Datenschutz.....	30
	d) Öffentliche Sicherheit.....	31
	3. Zwischenergebnis.....	32
	IV. Handlungsoptionen	33
	1. Handlungsoptionen der BNetzA	34
	a) Wettbewerbsbezogene Marktregulierung	34
	b) Nicht primär wettbewerbsbezogene sektorspezifische Regulierung	34
	aa) Einordnung von Substitut-OTT-Dienste als „Telekommunikationsdienst“?.....	35
	bb) Kriterium der Entgeltlichkeit	35
	cc) Kriterium der Signalübertragung	36
	c) Zwischenergebnis.....	38
	2. Handlungsoptionen des nationalen Gesetzgebers	39
	3. Zwischenergebnis.....	39
C	Ergebnisse	41

A Einleitung

Der Telekommunikationssektor unterliegt seit seiner Liberalisierung in den 1990er-Jahren der sektorspezifischen Regulierung durch nationale Regulierungsbehörden. Grundlage der Regulierung ist auf nationaler Ebene das Telekommunikationsgesetz (TKG),² das in weiten Teilen durch den europäischen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und Kommunikationsdienste determiniert ist.³

In sachlicher Hinsicht ist Gegenstand der sektorspezifischen Regulierung zum einen die Marktregulierung, deren erklärtes Ziel die Schaffung und Erhaltung wirksamen Wettbewerbs im Telekommunikationssektor in der Phase des Übergangs von Monopolbetrieben zum vollständigen Wettbewerb ist.⁴ Zum anderen hat die sektorspezifische Regulierung primär nicht wettbewerbsbezogene Regelungsgegenstände, u.a. die Verwaltung und Nutzung knapper Ressourcen, den Schutz von Endkunden bei der Inanspruchnahme von Telekommunikationsdiensten, den telekommunikationsspezifischen Datenschutz und die öffentliche Sicherheit sowie die Gewährleistung der flächendeckenden Versorgung mit Telekommunikation.

In persönlicher Hinsicht werden durch die sektorspezifische Regulierung traditionell Anbieter „elektronischer Kommunikationsdienste“ sowie Betreiber „elektronischer Kommunikationsnetze“ erfasst.⁵ Konzeptionell sind sowohl das TKG als auch der europäische Rechtsrahmen in einer Zeit entstanden, in der elektronische Kommunikation im Wesentlichen auf leitungsvermittelten Fest- oder Mobilfunknetzen basierte. Der mit Abstand bedeutsamste elektronische Kommunikationsdienst war dabei der Sprachtelefondienst. Der europäische Rechtsrahmen und dem folgend das nationale Telekommunikationsrecht wurde zwar seit der vollständigen Marktliberalisierung im Laufe der vergangenen 25 Jahre immer wieder an die fortschreitende wettbewerbliche Entwicklung des Telekommunikationssektors und in gewissen

² Telekommunikationsgesetz (TKG) v. 22.6.2004, BGBl. I, S. 1190, zuletzt geändert durch Art. 9 des Gesetzes v. 26.7.2016, BGBl. I, S. 1818.

³ Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 7.3.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmen-RL), ABl. L 108, S. 33; Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 7.3.2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungs-RL), ABl. L 108, S. 21; Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 7.3.2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangs-RL), ABl. L 108, S. 7; Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 7.3.2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienst-RL), ABl. L 108, S. 51; Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.7.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutz-RL für elektronische Kommunikation), ABl. L 201, S. 37; Richtlinie 2002/77/EG der Kommission v. 16.9.2002 über den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. L 249, S. 21; der gesamte Rechtsrahmen wurde zuletzt durch die Richtlinien 2009/136/EG, ABl. L 337, S. 11, 2009/140/EG, ABl. L 337, S. 37 und Verordnung (EG) Nr. 1211/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.11.2009 geändert.

⁴ Rahmen-RL (Fn. 2), Erwägungsgrund 1.

⁵ So die europarechtliche Terminologie in Art. 1 Abs. 1 Rahmen-RL (Fn. 2). Im TKG entsprechen dem weitgehend die Begriffe „Telekommunikationsdienst“ i.S.d. § 3 Nr. 24 TKG bzw. „Telekommunikationsnetz“ i.S.d. § 3 Nr. 27 TKG.

Grenzen auch an die fortschreitende technische Entwicklung angepasst.⁶ Die Kategorien „elektronischer Kommunikationsdienst“ und „elektronisches Kommunikationsnetz“ als zentrale Anknüpfungspunkte der sektorspezifischen Regulierung sind allerdings weitgehend unverändert geblieben.

Seit einigen Jahren sind in der digitalen Wertschöpfungskette zu den etablierten Anbietern elektronischer Kommunikationsdienste bzw. Betreibern elektronischer Kommunikationsnetze – also den traditionellen Telekommunikationsunternehmen – neue, so genannte „Over-The-Top“-Anbieter („OTT-Anbieter“) getreten. Sie bieten auf Grundlage elektronischer Kommunikationsnetze – insbesondere dem Internet – teilweise neue, teilweise die klassischen Telekommunikationsdienste substituierende elektronische Dienste an. Ausgangspunkt für diese Entwicklung war aus technischer Sicht der Übergang der leitungsvermittelten Übertragungstechnik zur paketvermittelten, regelmäßig IP-basierten Übertragung von Diensten und Inhalten, die insbesondere dem Internet zugrunde liegt. Sie ermöglicht die weitgehende Trennung von Infrastruktur und darüber erbrachten Diensten, so dass Dienste und Inhalte unabhängig von einer konkreten elektronischen Kommunikationsinfrastruktur – auch infrastrukturübergreifend – übertragen werden können. Während das leitungsvermittelte öffentliche Telefonnetz („Public Switched Telephone Network – PSTN) ursprünglich im Wesentlichen nur für die Übertragung von Sprache geeignet war, können über einen paketvermittelten Internetzugang völlig unabhängig von der verwendeten Netzinfrastruktur – also z.B. DSL, Glasfaser, Koaxialkabel oder Mobilfunk – heute Sprache ebenso wie Daten, Videos oder sonstige Dienste übertragen werden.

OTT-Anbieter sind traditionell nicht der sektorspezifischen Telekommunikationsregulierung unterworfen, sondern unterliegen nur den allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Regelungen des Kartellrechts, soweit es um die wettbewerbliche Dimension ihrer wirtschaftlichen Betätigung geht. Soweit es um andere Aspekte ihrer wirtschaftlichen Betätigung geht, die für traditionelle elektronische Kommunikationsdienste sektorspezifisch geregelt werden – etwa den Verbraucherschutz –, unterliegen OTT-Anbieter ebenfalls nur den allgemeinen rechtlichen Regelungen, die für alle Marktteilnehmer gelten, unabhängig davon, ob sie elektronische Dienstleistungen oder analoge Angebote am Markt anbieten.⁷

Die unterschiedliche rechtliche Behandlung von Anbietern elektronischer Kommunikationsdienste einerseits und OTT-Anbietern andererseits hat in jüngster Zeit vermehrt dazu geführt, dass insbesondere Anbieter von Telekommunikationsdiensten aber auch Telekommunikationsnetzbetreiber rechtlich verursachte Wettbewerbsverzerrungen beklagen und die Schaffung eines „Level-Playing-Fields“ fordern, auf dem alle Marktteilnehmer denselben rechtlichen Regelungen unterliegen. Auch die Monopolkommission hat bereits in ihrem Sondergutachten Telekommunikation im Jahr 2013 festgestellt, dass dem Bedeutungszu-

⁶ Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.11.2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz, ABl. L 337, S. 11; Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.11.2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsdienste und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung und der Richtlinie 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. L 337, S. 37.

⁷ Insbesondere die Vorschriften zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach den §§ 305 ff. BGB und nach dem Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) v. 14.1.2003, BGBl. I, S. 66, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 25.2.2015, BGBl. I, S. 162.

wachs von OTT-Anbietern im Rahmen der Telekommunikationsregulierung Rechnung zu tragen ist.⁸ Die Frage der regulatorischen Behandlung von OTT-Anbietern ist zudem Gegenstand eines Berichts von BEREC⁹, eines Konferenzbandes der BNetzA¹⁰ sowie verschiedener Anhörungen der Europäischen Kommission,¹¹ die den anstehenden TK-Review auf europäischer Ebene vorbereiten sollen. Dabei stellen sich immer drängender verschiedene Fragen:

- I. Müssen Substitut-OTT-Anbieter und Anbieter klassischer elektronischer Kommunikationsdienste den gleichen sektorspezifischen Regelungen unterliegen, um regulatorisch verursachte Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden?
- II. Sofern die derzeitige unterschiedliche regulatorische Behandlung von klassischen Telekommunikationsdiensteanbietern einerseits und OTT-Anbietern andererseits zu unzulässigen Wettbewerbsverzerrungen führt, wie können diese grundsätzlich beseitigt werden?
- III. Bestehen in den Bereichen der wettbewerbsbezogenen Marktregulierung einerseits und der primär nicht wettbewerbsbezogenen Regulierung des Verbraucherschutzes, des Datenschutzes und des Fernmeldegeheimnisses sowie der öffentlichen Sicherheit andererseits konkrete unzulässige Regulierungsasymmetrien und wie sind diese zu beseitigen?
- IV. Sofern der geltende Rechtsrahmen bzw. die Regulierungspraxis zu unzulässigen Regulierungsasymmetrien führt, bestehen kurzfristig konkrete Handlungsoptionen der Mitgliedstaaten, und welche Konsequenzen ergeben sich für den Handlungsbedarf im Rahmen des TK-Review?

⁸ *Monopolkommission*, Sondergutachten 66, Telekommunikation: Vielfalt auf den Märkten erhalten, Tz. 9 f. Die Forderung nach einer Gleichbehandlung wurde auch im Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Tz. 544 und Sondergutachten 73, Telekommunikation: Märkte im Wandel, Tz. 150 ff. nochmals ausdrücklich aufgegriffen.

⁹ *BEREC*, Report on OTT services, BoR (16) 35.

¹⁰ BNetzA, Konferenzband Klassische Telekommunikationsnetzbetreiber und die Rolle der OTT-Anbieter, 27.10.2015.

¹¹ Vgl. *Europäische Kommission*, Public Consultation on the Evaluation and the Review of the Regulatory Framework for Electronic Communications Networks and Services; Regulatory Environment for Platforms, Online Intermediaries, Data and Cloud Computing and the Collaborative Economy, 11.9.2015.

B Die Bedeutung von OTT-Diensten für die Telekommunikationsregulierung

I. Regulatorische Wettbewerbsungleichheit zwischen elektronischen Kommunikationsdiensten und OTT-Diensten?

In einem ersten Schritt ist der Frage nachzugehen, an welchen Stellen es zu relevanten regulatorischen Wettbewerbsverzerrungen kommen kann, die die Schaffung eines Level-Playing-Fields für Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste und für OTT-Anbieter erforderlich machen können.

1. Kategorien von OTT-Diensten

„OTT“ hat sich in der öffentlichen Diskussion, aber auch in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung zu einem schillernden und durchaus vielschichtigen Begriff entwickelt, unter den ganz unterschiedliche Phänomene subsumiert werden.¹² Ein einheitliches Begriffsverständnis hat sich dabei bisher nicht entwickelt: Während die Europäische Kommission in ihrem Anhörungsverfahren zum TK-Review unter „OTT“ solche Dienste versteht, die kein Element der Signalübertragung beinhalten,¹³ versteht BEREC unter „OTT“ grundsätzlich alle elektronischen Dienste, Inhalte und Anwendungen, die über das offene Internet erbracht werden.¹⁴ In der wissenschaftlichen Auseinandersetzung werden unter den Begriff „OTT“ zum Teil solche Anbieter subsumiert, die über keine eigene elektronische Infrastruktur verfügen,¹⁵ teilweise werden auch vertikal integrierte Anbieter mit eigener Infrastruktur darunter gefasst und eine Differenzierung nach dem Finanzierungsmodell vorgenommen.¹⁶ Zur Beantwortung der Frage, ob die sektorspezifische Regulierung von elektronischen Kommunikationsdiensten zu regulierungsinduzierten Wettbewerbsverzerrungen führt, ist vorab der Begriff „OTT“ für den weiteren Fortgang dieser Untersuchung zu definieren.

Telekommunikationsrechtlich relevante Wettbewerbsverzerrungen können vorrangig dort entstehen, wo Telekommunikationsdienste mit OTT-Diensten unmittelbar in einem Wettbewerbsverhältnis stehen. Da die sektorspezifische Telekommunikationsregulierung in erster Linie das horizontale Wettbewerbsverhältnis zwischen Anbietern elektronischer Kommunikationsdienste bzw. Betreibern elektronischer Kommunikationsnetze im Blick hat,¹⁷ ist der Begriff „OTT“ im vorliegenden Zusammenhang bezogen auf solche Anbieter, die mit klassischen Telekommunikationsdiensteanbietern primär in einem horizontalen Wettbewerbsver-

¹² BEREC, Report on OTT services, BoR (16) 35; Peitz/Valletti, Reassessing Competition Concerns in Electronic Communications Markets, ZEW Discussion Paper No. 14-101, abrufbar unter <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp14101.pdf>; Kraemer/Wohlfarth, Regulating Over-the-Top Service Providers in Two-Sided Content Markets: Insights from the Economic Literature, 14.10.2015, Communications & Strategies, Forthcoming, abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=2674081>.

¹³ Europäische Kommission, Public Consultation on the Evaluation and the Review of the Regulatory Framework for Electronic Communications Networks and Services (Fn. 11), S. 60 – 3.5.2.

¹⁴ BEREC, Report on OTT services, BoR (16) 35, S. 14 – 3.3.1.

¹⁵ Krämer/Wohlfahrt, Regulating Over-the-Top Services Providers in Two-sided Content Markets: Insights from the Economic Literature, abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=2587816>.

¹⁶ Peitz/Valletti, Reassessing Competition Concerns in Electronic Communications Markets, ZEW Discussion Paper No. 14-101, abrufbar unter <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp14101.pdf>, S. 6 ff.

¹⁷ Dies zeigt sich beispielsweise daran, dass Netzzugang nach § 21 TKG nur solchen Unternehmen zu gewähren ist, die ihrerseits Telekommunikationsdienste erbringen wollen, also in ein horizontales Wettbewerbsverhältnis treten wollen. Siehe dazu auch die Legaldefinition des Zugangsbegriffs in § 3 Nr. 32 TKG. Dazu Fetzer, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 2. Aufl. 2015, § 3 Rn. 126.

hältnis stehen. Nicht näher eingegangen werden soll hingegen auf solche OTT-Dienste, die mit klassischen elektronischen Kommunikationsdiensten in einem vertikalen Wettbewerbsverhältnis stehen, die also mit den klassischen Diensten nicht unmittelbar konkurrieren, sondern diese ggf. ergänzen.

Nähert man sich dem Begriff „OTT“ auf diese Weise, kann zwischen zwei OTT-Typen unterschieden werden:

a) Komplementär-OTT-Dienste

Zum einen gibt es OTT-Dienste, die sich in der digitalen Wertschöpfungskette auf einer den Telekommunikationsdiensten bzw. -netzen angrenzenden Stufe befinden und zu diesen komplementäre Angebote machen. Beispiele für solche Komplementär-OTT sind Video-streamingdienste wie Netflix und Amazon Prime. Sie konkurrieren nicht unmittelbar mit bisher der sektorspezifischen Telekommunikationsregulierung unterliegenden Diensten bzw. Netzen (z.B. Sprach- oder Datendiensten), sondern setzen diese voraus. In der Diktion von BEREC handelt es sich dabei um OTT-2-Dienste.¹⁸ Diese Dienste stehen in einem vertikalen Wettbewerbsverhältnis, das regelmäßig nicht Gegenstand der sektorspezifischen Regulierung ist. Die Dienste können zwar aufgrund der Tatsache, dass sie sich in derselben digitalen Wertschöpfungskette wie elektronische Kommunikationsdienste befinden, durchaus auch wettbewerblichen Druck auf klassische Telekommunikationsdiensteanbieter bzw. Telekommunikationsnetzbetreiber ausüben. Ihre wettbewerbsrechtliche Beurteilung erfolgt bisher auf Grundlage des Kartellrechts. Zwar muss auch für sie erwogen werden, ob sie zusätzlich künftig einer spezifischen Regulierung unterworfen werden sollen. Hierbei handelt es sich jedoch um eine eigenständige Fragestellung nach der Einführung eines gänzlich neuen Regulierungsregimes, deren Beantwortung den Rahmen der Stellungnahme sprengen würde, die sich mit den Auswirkungen von OTT-Diensten auf die bestehende sektorspezifische Regulierung beschäftigen soll.

b) Substitut-OTT-Dienste

Zum anderen gibt es OTT-Dienste, die mit bestehenden elektronischen Kommunikationsdiensten konkurrieren, indem sie entweder identische Leistungen anbieten, die nur technisch unterschiedlich realisiert werden, oder Leistungen offerieren, die zwar nicht vollkommen identisch sind mit klassischen Telekommunikationsdiensten, aber eine vergleichbare Funktionalität bieten. BEREC bezeichnet diese beiden OTT-Typen als OTT-0- und OTT-1-Anbieter, je nachdem, ob sie die Definitionsmerkmale eines elektronischen Kommunikationsdienstes i.S.d. des europäischen Rechtsrahmens erfüllen oder nicht.¹⁹ OTT-0-Anbieter sollen demnach im Bereich der Sprachtelefonie nur solche Anbieter sein, die Gespräche nicht nur zwischen Kunden des konkreten OTT-Dienstes ermöglichen, sondern auch Verbindungen zum PSTN zulassen (z.B. Vibre Out, Skype in der Bezahlversion). OTT-1-Anbieter hingegen sollen solche Anbieter sein, die diese Funktionalität nicht aufweisen und die daher auch nicht unter den elektronischen Kommunikationsrechtsrahmen fallen sollen (z.B. Apple FaceTime).²⁰ Für Messagingdienste bedeutet dies, dass lediglich SMS-Dienste in die Kategorie OTT-0 fallen, wohingegen proprietäre Dienste wie WhatsApp oder iMessage, die lediglich die Kommunikation mit Nutzern dieser Plattformen ermöglichen, als OTT-1-Dienste einzustufen sind.

¹⁸ BEREC, Report on OTT services, BoR (16) 35, S. 28 – 5.

¹⁹ BEREC, Report on OTT services, BoR (16) 35, S. 15 – 3.3.2.

²⁰ BEREC, Report on OTT services, BoR (16) 35, S. 20 – 4.2.1.

Die von BEREC vorgenommene Unterscheidung zwischen OTT-0 und OTT-1 ist hilfreich, soweit es um eine regulatorische Bestandsaufnahme geht. Hierfür ist es folgerichtig, die bestehende regulatorische Kategorie „elektronischer Kommunikationsdienst“ zum Ausgangspunkt einer Kategorisierung des tatsächlichen Phänomens OTT zu nehmen, um dessen derzeitige regulatorische Behandlung zu untersuchen. Ausgangspunkt der normativen Frage, welche Dienste denselben regulatorischen Regelungen unterliegen sollten, weil sie in einem Wettbewerbsverhältnis stehen, ist hingegen eine funktionale und zukunftsgerichtete Bedarfsmarktbetrachtung angebracht, bei der im Vordergrund steht, welche Dienste in einem Substitutionsverhältnis stehen. BEREC selbst scheint eine solche Betrachtung anzumahnen, wenn die Formulierung von konvergenten Regelungen eingefordert wird, die die Wettbewerbsbeziehungen zwischen klassischen elektronischen Kommunikationsdiensten berücksichtigen.²¹

Substitut-OTT, die in einem Wettbewerbsverhältnis mit den klassischen elektronischen Kommunikationsdiensten stehen, sind ausgehend hiervon jedenfalls die von BEREC als OTT-0 bezeichneten Dienste, die identisch mit klassischen elektronischen Kommunikationsdiensten sind. Im Bereich der Sprachtelefonie sind dies also VoIP-Anbieter, die Verbindungen nicht nur zu Nutzern derselben VoIP-Plattform ermöglichen, sondern auch Anrufe ins Festnetz bzw. in Mobilfunknetze anbieten. Aus Nachfragesicht bieten sie dieselbe Funktionalität wie klassische Telekommunikationsdienste, so dass sie auch in einem horizontalen Wettbewerbsverhältnis zu diesen stehen und daher denselben rechtlichen Rahmenbedingungen unterliegen müssen.

Für die regulatorische Behandlung sollten darüber hinaus aber auch die von BEREC als OTT-1 bezeichneten Dienste als Substitut-OTT eingestuft werden, die grundsätzlich denselben regulatorischen Rahmenbedingungen unterliegen wie klassische Telekommunikationsdienste. Hierfür spricht, dass zahlreiche OTT-1-Dienste sowohl auf mobilen Endgeräten als auch an stationären Anschlüssen zunehmend von Verbrauchern als Alternative zu den klassischen Telekommunikationsdiensten genutzt werden. So nutzen bereits heute 18% aller Mobilfunkkunden VoIP-Dienste neben oder statt dem Sprachtelefondienst ihres Mobilfunkanbieters.

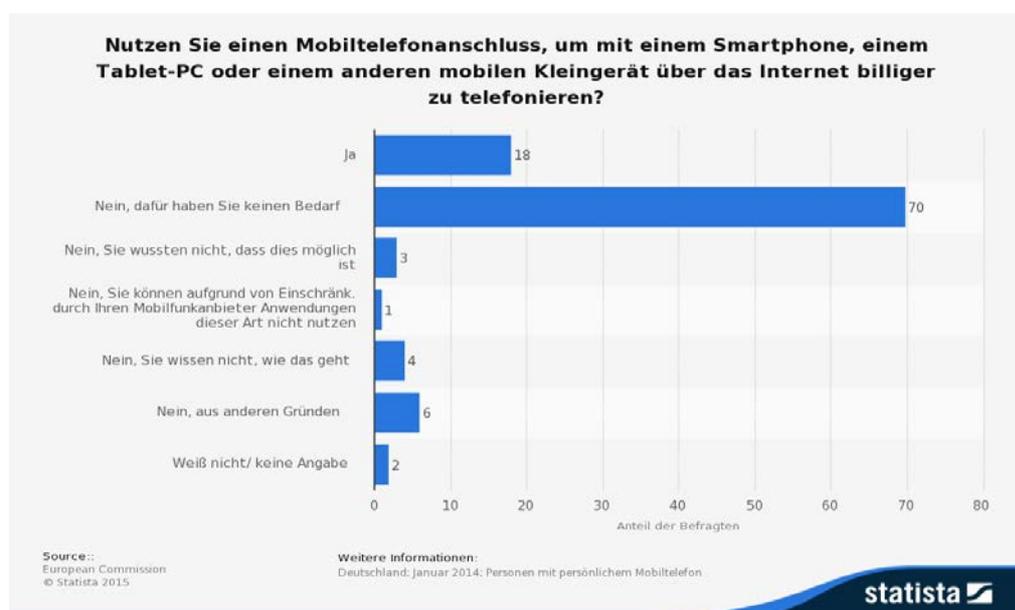


Abbildung 1

²¹ BEREC, Report on OTT services, BoR (16) 35, S. 36 f. – 7.

18% scheint auf den ersten Blick eine geringe Gruppengröße zu sein. Hält man sich allerdings vor Augen, dass insbesondere die beiden großen Anbieter Google und WhatsApp erst seit kurzer Zeit Sprachdienste anbieten, und betrachtet man die Nutzungsentwicklung von OTT-Sprachdiensten, zeigt sich, dass die Bedeutung von VoIP-Diensten erheblich zunimmt und voraussichtlich weiter zunehmen wird, wie die Entwicklung der täglich von Festnetz- und Mobilfunkanschlüssen abgehenden Gesprächsminuten zeigt:

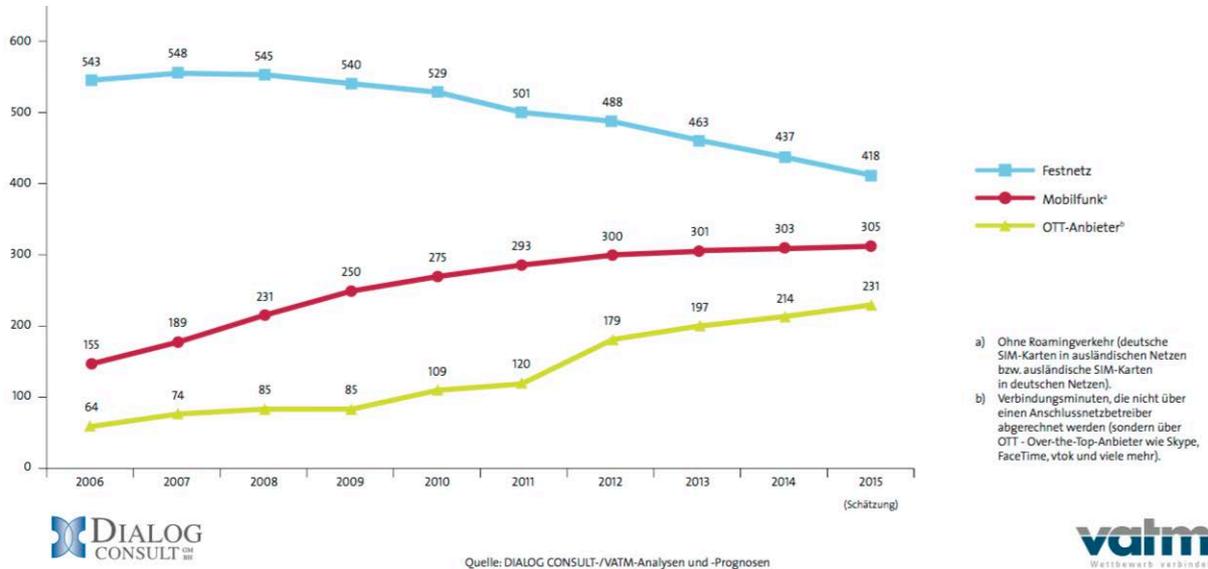


Abbildung 2

Insgesamt nutzt bereits ein Viertel aller Deutschen das Internet regelmäßig für das Führen von Sprach- oder Videotelefonaten:

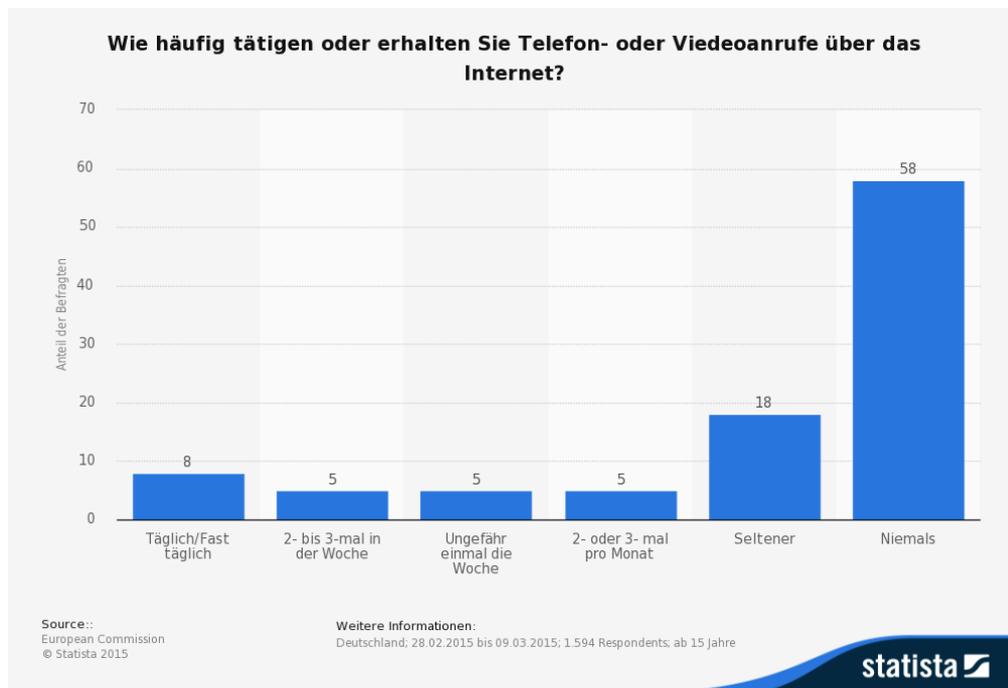


Abbildung 3

Auch hierbei ist in den letzten Jahren eine kontinuierlich ansteigende Nutzungsbereitschaft feststellbar:

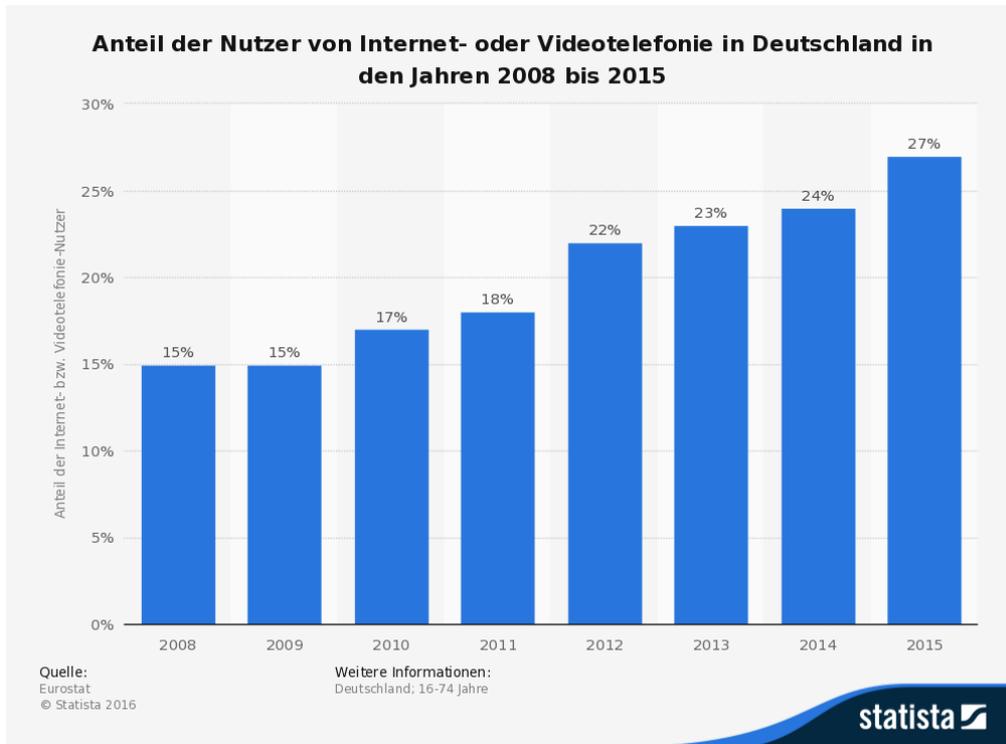


Abbildung 4

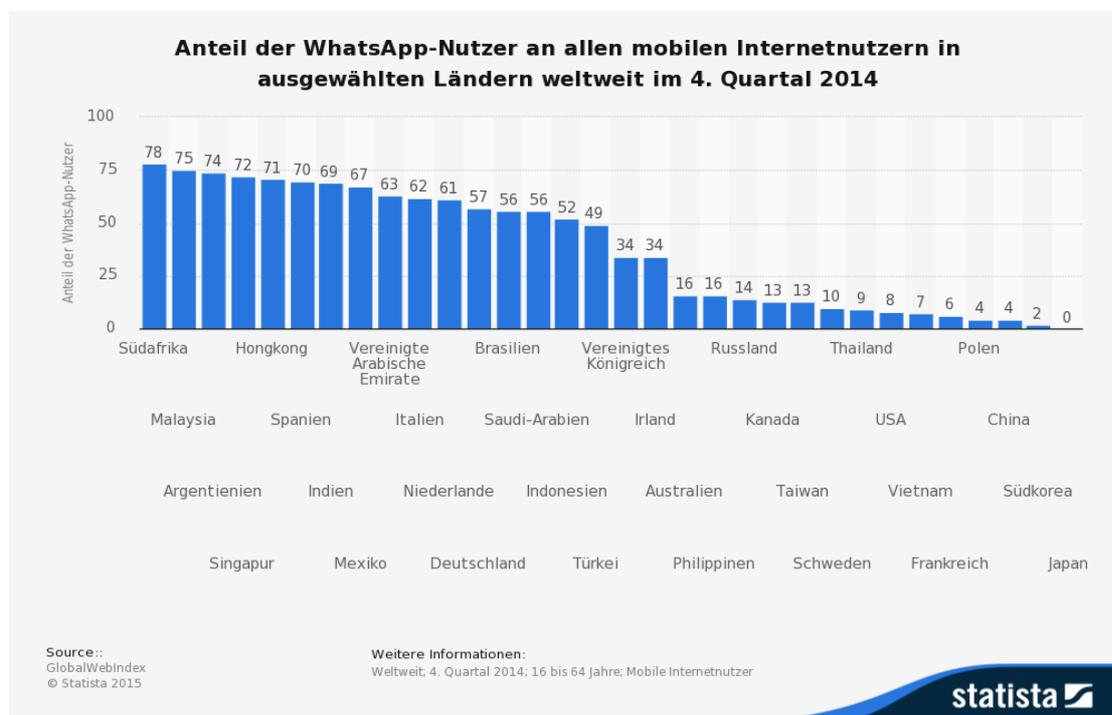
Im Bereich des Textmessaging haben OTT-Angebote bereits seit 2012 die klassischen SMS-Dienste überflügelt:



Abbildung 5

Ausgehend von diesen Entwicklungen spricht viel dafür, dass Endkunden bereits heute, jedenfalls aber zukünftig viele OTT-1-Dienste als Substitute elektronischer Kommunikations-

dienste wahrnehmen. OTT-1-Dienste aus regulatorischer Sicht allein deshalb unterschiedlich zu behandeln, weil OTT-1-Dienste keine Verbindung zu OTT-0-Diensten bzw. klassischen elektronischen Kommunikationsdiensten ermöglichen, erscheint dabei wenig überzeugend: Auch klassische elektronische Kommunikationsdienste sind letztlich ebenso wie OTT-1-Dienste in bestimmter Hinsicht geschlossene Kommunikationsplattformen für Sprache bzw. Text- und Videonachrichten. Auch klassische elektronische Kommunikationsdienste ermöglichen regelmäßig nur eine Kommunikation zwischen den Nutzern des konkreten Dienstes, nicht aber eine diensteübergreifende Kommunikation mit Nutzern anderer Dienste. Der Versand einer SMS an einen WhatsApp-Kunden ist ebenso wenig möglich wie ein WhatsApp-Kunde eine Textnachricht an einen SMS-Nutzer senden kann. Es ist insofern nicht folgerichtig, wenn elektronische Kommunikationsdienste sowie OTT-0-Dienste einerseits und OTT-1-Dienste andererseits allein deshalb unterschiedlich behandelt werden sollen, weil OTT-1-Dienste keine Verbindung zu OTT-0-Diensten ermöglichen, obwohl dies umgekehrt ebenfalls nicht möglich ist. Dem steht auch nicht entgegen, dass klassische Telekommunikationsdienste flächendeckend jedem zur Verfügung stehen und jeden mit jedem verbinden, OTT-1-Dienste dies hingegen nicht ermöglichen. So ist die Zahl derer, die beispielsweise einen Festnetzanschluss besitzen, seit einiger Zeit rückläufig.²² Für den Bereich der Festnetztelefonie gilt die Idee der umfassenden Erreichbarkeit also faktisch bereits heute nicht mehr. Demgegenüber haben manche OTT-1-Dienste bereits heute eine Verbreitung, die es den Nutzern ermöglicht, ihre jeweilige Peergroup vollständig innerhalb des Dienstes zu erreichen und damit den entsprechenden OTT-1-Dienst nahezu ausschließlich zur Kommunikation zu nutzen. Besonders deutlich ist dies bei WhatsApp, das in manchen Ländern eine Verbreitung von über 70% aller mobilen Nutzer erreicht und auch in Deutschland schon einen Verbreitungsgrad von mehr als 50% besitzt.



statista

Abbildung 6

²² Anzahl der Telefonanschlüsse im Festnetz weltweit von 2000 bis 2015 (in Millionen), abrufbar unter <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/186330/umfrage/anzahl-der-telefonanschluesse-im-festnetz-weltweit-seit-2000/>.

Eine unterschiedliche Behandlung von klassischen elektronischen Kommunikationsdiensten und Substitut-OTT-Diensten ist umso weniger überzeugend, je mehr sich beide in ihrer Verbreitung annähern. Angesichts der Netzwerkeffekte von Kommunikationsplattformen erscheint es nicht unwahrscheinlich, dass etwa in Zukunft die Zahl der WhatsApp-Nutzer den per SMS erreichbaren Nutzern sehr nahekommt:

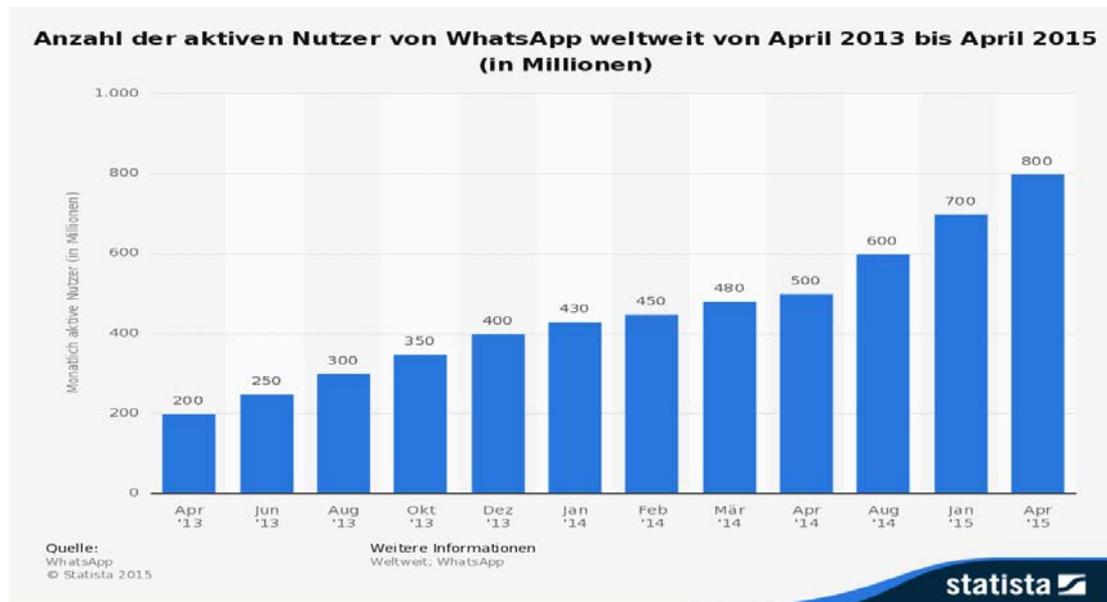


Abbildung 7

Hinzu kommt, dass bei IP-basierten OTT-Diensten Multihoming deutlich einfacher und kostengünstiger möglich ist als bei klassischen Telekommunikationsdiensten. Selbst wenn daher der Nutzer eines OTT-1-Dienstes mit diesem Dienst nicht jeden anderen Kunden erreichen kann, ist es doch ein Einfaches herauszufinden, über welchen anderen Dienst der gewünschte Kommunikationspartner erreichbar ist. Die Installation entsprechender verschiedener Apps ermöglicht auch die Nutzung mehrerer OTT-1-Dienste und sichert damit die Erreichbarkeit aller Endkunden. Bei mobilen Endgeräten wird dabei dem Nutzer teilweise – so etwa bei iOS – angezeigt, über welche Dienste ein gewünschter Gesprächspartner erreichbar ist, und dieser Dienst wird automatisch für die Verbindungsherstellung genutzt, so dass die Nutzung unterschiedlicher Dienste ohne besondere Zugangshürden möglich ist. Bereits heute nutzen 20% aller über 16-Jährigen regelmäßig unterschiedliche Messaging-Dienste:

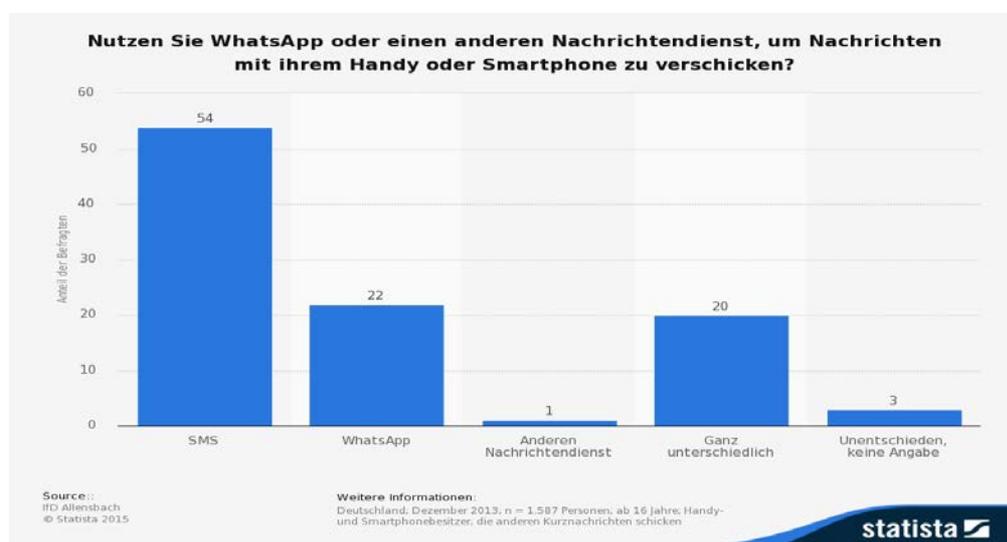


Abbildung 8

Deutlich zeigt sich dabei, dass insbesondere jüngere Nutzergruppen inzwischen eher OTT-1-Dienste als klassische elektronische Kommunikationsdienste für den Austausch von Nachrichten nutzen:

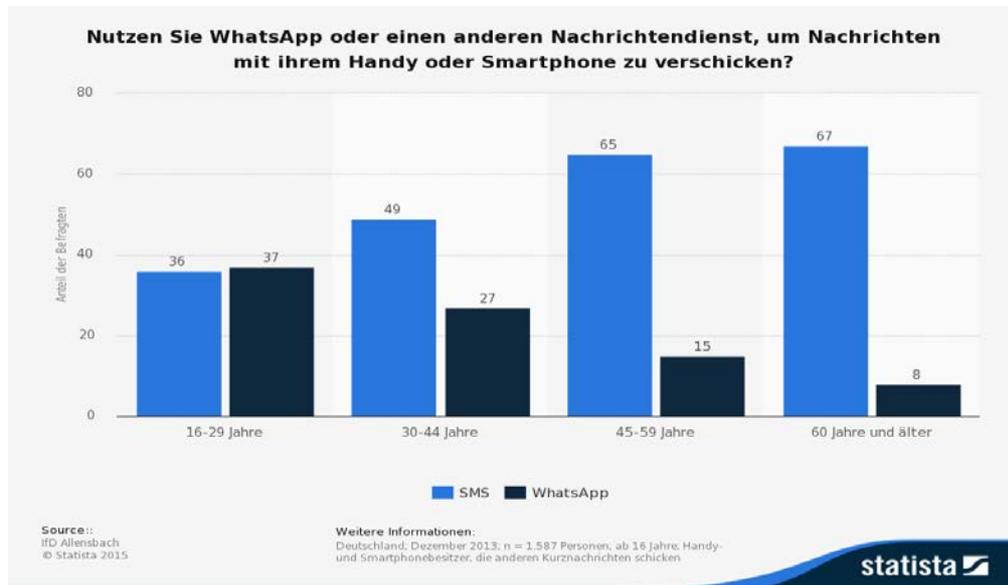


Abbildung 9

Dies lässt bei einer zukunftsgerichteten Betrachtungsweise erwarten, dass OTT-1-Dienste künftig mindestens gleichberechtigt zur Kommunikation genutzt werden wie klassische elektronische Kommunikationsdienste bzw. OTT-0-Dienste. Sie sind aus funktionaler Sicht also zunehmend austauschbar und damit bei einer wettbewerblichen Betrachtung in einem Markt tätig. Am weitesten fortgeschritten ist diese Entwicklung derzeit im Bereich der Text- und Bildübermittlung durch Messagingdienste. Wie die Abbildungen 1 und 2 zeigen, ist allerdings auch im Bereich der Sprachtelefonie ein entsprechender Trend absehbar.

Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass OTT-1-Dienste aktuell nicht vollumfänglich mit klassischen elektronischen Kommunikationsdiensten konkurrieren, so stehen sie jedoch zumindest potenziell mit ihnen im Wettbewerb, wie die kontinuierliche Bedeutungszunahme bei einem gleichzeitigen Rückgang der Nutzung klassischer elektronischer Kommunikationsdienste zeigt. Aus wettbewerblicher Sicht können potenzielle Wettbewerber jedoch die gleiche Wirkung auf das Verhalten von Marktteilnehmern haben wie aktuelle Wettbewerber, so dass sie bei einer Betrachtung der Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes miteinzubeziehen sind.²³ Für Substitut-OTT-Dienste bedeutet dies, dass sie als im gleichen Produktmarkt wie elektronische Kommunikationsdienste befindlich angesehen werden können und daher auch vergleichbaren Regelungen unterliegen sollten.

2. Regulatorische Ungleichbehandlung von klassischen elektronischen Kommunikationsdiensten und Substitut-OTT-Diensten?

Wie BEREC festgestellt hat, werden demgegenüber von den Substitut-OTT-Diensten heute selbst OTT-0-Dienste in der Regulierungspraxis im Rahmen der Marktregulierung nur vereinzelt unter den Begriff der elektronischen Kommunikationsdienste subsumiert und dementsprechend nicht wie klassische elektronische Kommunikationsdienste behandelt.²⁴ OTT-1-Dienste werden von nationalen Regulierungsbehörden grundsätzlich nicht als elektronische

²³ Schweitzer/Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 11 Rn. 50 m.w.N.

²⁴ BEREC, Report on OTT services, BoR (16) 35, S. 18 f. – 4.1.

Kommunikationsdienste eingestuft mit der Folge, dass sie auch nicht der sektorspezifischen Regulierung unterliegen. Dies gilt sowohl im Rahmen der Marktregulierung als auch im Rahmen der nicht wettbewerbsbezogenen Regulierung.²⁵

Dem Befund von BEREC entspricht es, wenn in der deutschen Regulierungspraxis bisher weder OTT-0- noch OTT-1-Dienste der sektorspezifischen Regulierung unterworfen sind. Zwar hat die BNetzA im Rahmen der Marktregulierung in einzelnen Verfahren erwogen, OTT-Sprachdienste in den relevanten Markt für Sprachtelefonie einzubeziehen, dies aber im Ergebnis bisher abgelehnt.²⁶

In regulatorischer Hinsicht werden daher heute Substitut-OTT und klassische elektronische Kommunikationsdienste ungleich behandelt, indem nur Letztere der sektorspezifischen Regulierung unterliegen. Die sich hieraus ergebenden Ungleichbehandlungen sind differenziert zu betrachten:

Im Hinblick auf die Marktregulierung bedeutet die Nichtberücksichtigung von Substitut-OTT eine Gefahr, die Wettbewerbsintensität in einem Markt tendenziell zu gering einzuschätzen: Wenn OTT-Anbieter nicht mit in den relevanten Produktmarkt einbezogen werden bzw. nicht als relevante Marktakteure berücksichtigt werden, obwohl sie als aktuelle oder potenzielle Wettbewerber die Marktposition der klassischen elektronischen Kommunikationsdiensteanbieter beeinflussen, kann die Marktmacht der Letzteren größer erscheinen als sie tatsächlich ist. Da die Wettbewerbsintensität ausgehend vom Drei-Kriterien-Test nach § 10 Abs. 2 TKG ein wesentliches Kriterium bei der Marktdefinition, insbesondere aber auch im Rahmen der Marktanalyse nach § 11 Abs. 1 TKG ist, kann ein Unterschätzen der Wettbewerbsintensität in einem Markt dazu führen, dass seine Regulierungsbedürftigkeit überschätzt wird. Hier besteht also die Gefahr, dass klassische elektronische Kommunikationsdienste weiterhin wettbewerbsbezogen sektorspezifisch reguliert werden, obwohl dies zur Wettbewerbsförderung i.S.d. § 1 TKG jedenfalls im bestehenden Umfang nicht mehr erforderlich wäre. Die mit der Marktregulierung einhergehende relative Belastung der regulierten Unternehmen liegt damit nicht nur darin, dass Substitut-OTT dieser Regulierung nicht unterliegen, sondern auch darin, dass die bestehende Regulierung potenziell eingriffsintensiver ausfällt als dies unter wettbewerblichen Gesichtspunkten geboten wäre, weil der relevante Markt zu eng definiert wird. Vor diesem Hintergrund muss der Bedeutungszuwachs von Substitut-OTT-Diensten auch zum Anlass genommen werden, die bestehenden Produktmarktdefinitionen im Telekommunikationssektor zu überdenken. Dies gilt auch für den Mobilfunksektor mit der bisher traditionell an einzelne Netze anknüpfenden Marktdefinition.²⁷

Im Hinblick auf die nicht primär wettbewerbsbezogene Regulierung kann die Nichtberücksichtigung von Substitut-OTT insofern zu einer ungleichen Belastung führen, als die Implementierung der entsprechenden regulatorischen Vorgaben durch die Anbieter klassischer elektronischer Kommunikationsdienste regelmäßig Kosten verursacht, die nicht regulierte Substitut-OTT nicht tragen müssen. Beispielhaft seien hier die Regelungen zum Verbraucherschutz genannt, die den Anbietern klassischer elektronischer Kommunikationsdienste u.a. umfangreiche Informations- und Transparenzpflichten auferlegen, deren Kosten von diesen Anbietern zu tragen sind. Auf Substitut-OTT-Anbieter werden diese Regelungen nicht ange-

²⁵ BEREC, Report on OTT services, BoR (16) 35, S. 20 – 4.2.1.

²⁶ Vgl. dazu etwa BNetzA, Konsultationsentwurf Anrufzustellung auf der Vorleistungsebene in einzelnen Mobilfunknetzen – Markt Nr. 2 der Märkteempfehlung 2014 – BK 1-14/002, S. 66.

²⁷ BNetzA, Festlegung Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen – Markt Nr. 7 der Märkteempfehlung 2007 – BK 1-10/001, S. 54 ff.

wendet, so dass sie auch die entsprechenden Implementierungskosten nicht zu tragen haben. Zudem werden klassische elektronische Kommunikationsdienste durch nicht wettbewerbsbezogene Restriktionen in ihrem Geschäftsmodell stärker beschränkt als Substitut-OTT. Ein Beispiel hierfür ist die Verwendung von Standortdaten, die nach § 98 TKG bei elektronischen Diensteanbietern engen Grenzen unterliegt, die für Substitut-OTT nicht gelten. Die Belastung der Anbieter klassischer elektronischer Kommunikationsdienste liegt bei den nicht primär wettbewerbsbezogenen Regelungen also nicht zwingend darin, dass sie intensiver als notwendig reguliert werden. Vielmehr liegt die Belastung primär darin, dass sie Kosten tragen müssen, die sich aus der Rechtsbefolgung ergeben, die mit ihnen im Wettbewerb stehende Substitut-OTT nicht tragen müssen.

3. Gebot zur regulatorischen Gleichbehandlung von Substitut-OTT-Diensten und klassischen elektronischen Kommunikationsdiensten

Wenn Substitut-OTT-Dienste vielfach bereits heute, jedenfalls aber in Zukunft im Wettbewerb mit klassischen elektronischen Kommunikationsdiensten um Kunden für Sprach-, Text- und Bildkommunikation stehen, ist eine regulatorische Unterscheidung, wonach nur die Letztgenannten sektorspezifisch reguliert werden, dringend zu überdenken, sofern hierdurch der Wettbewerb zwischen Anbietern klassischer elektronischer Dienste und Anbietern von Substitut-OTT-Diensten verzerrt wird. Sowohl BEREK als auch die Monopolkommission haben dementsprechend darauf hingewiesen, dass im Wettbewerb miteinander stehende Dienste auch den gleichen rechtlichen Rahmenbedingungen unterliegen sollten.²⁸

Ein solches Gebot der Wettbewerbsgleichheit ergibt sich aus rechtlicher Sicht zum einen aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz sowie seinen spezifischen Ausprägungen im nationalen und europarechtlichen Telekommunikationsrechtsrahmen. Zum anderen kann es mit dem sekundärrechtlichen Regulierungsprinzip der Technologieneutralität begründet werden.

a) Gebot der Wettbewerbsgleichheit

Das Gebot zur Herstellung von Wettbewerbsgleichheit verstanden als Geltung gleicher rechtlicher Rahmenbedingungen für miteinander im Wettbewerb stehende Anbieter ergibt sich zum einen aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz, der auf verfassungsrechtlicher Ebene in Art. 3 Abs. 1 GG und auf europarechtlicher Ebene in Art. 20 Grundrechte-Charta verankert ist.²⁹ Er gebietet, dass wesentlich gleiche Sachverhalte auch gleich behandelt werden.³⁰ Gleiche Sachverhalte dürfen nur dann unterschiedlich behandelt werden, wenn es hierfür ein sachliches Differenzierungskriterium gibt, das die Ungleichbehandlung rechtfertigt.³¹ Für die Marktregulierung bedeutet dies, dass Unternehmen, die miteinander im Wettbewerb stehen, auch grundsätzlich den gleichen wettbewerbsbezogenen Regelungen unterliegen müssen, es sei denn, dass es Unterschiede von solcher Art und Güte gibt, die eine differenzierte Behandlung rechtfertigen können. Ein anerkanntes Differenzierungskriterium ist die Marktmacht eines Unternehmens: Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht unterliegen anderen rechtlichen Regelungen als nicht marktmächtige Unternehmen.³² Darüber hinaus müssen aber Ungleichbehandlungen von im Wettbewerb stehenden Unternehmen besonders gerechtfertigt werden. Für die Ungleichbehandlung von Substitut-OTT-

²⁸ BEREK, Report on OTT services BoR (16) 35, S. 22 – 4.4.

²⁹ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 3 Rn. 66 f.

³⁰ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 3 Rn. 7 f.; BVerfGE 112, 268, (278).

³¹ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 3 Rn. 14; BVerfGE 100, 138 (174).

³² Fetzer, Staat und Wettbewerb in dynamischen Märkten, 2013, S. 189.

Diensten und klassischen elektronischen Kommunikationsdiensten ist ein rechtfertigendes Differenzierungskriterium insofern nicht (mehr) erkennbar, als Endkunden wie oben gezeigt beide Dienstgruppen zunehmend als austauschbar – also als wesentlich gleich – wahrnehmen. Für sie spielt insbesondere das any-to-any-Prinzip der klassischen elektronischen Kommunikationsdienste offenbar bei der Entscheidung über die Nutzung von Substitut-OTT-Diensten eine zunehmend geringere Bedeutung, so dass es als rechtfertigendes Differenzierungskriterium kaum noch herangezogen werden kann.

Das Gebot der Wettbewerbsgleichheit ist darüber hinaus auch unionsrechtlich durch Art. 8 Abs. 2 lit. b) Rahmen-RL vorgegeben. Demnach müssen die nationalen Regulierungsbehörden

„gewährleisten, dass es keine Wettbewerbsverzerrungen oder -beschränkungen im Bereich der elektronischen Kommunikation, einschließlich der Bereitstellung von Inhalten, gibt“.

Der nationale Gesetzgeber hat diese Vorgabe durch § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG umgesetzt, wonach

„die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs“

eines der Regulierungsziele des TKG ist.

Sowohl Europarecht als auch nationales Telekommunikationsrecht fordern also unverzerrten Wettbewerb ein, bei dem alle Anbieter gleiche Wettbewerbschancen haben. Das Gebot der Chancengleichheit ist dabei auch so zu verstehen, dass alle Angebote, die tatsächlich oder potenziell miteinander in Wettbewerb stehen, auch den gleichen rechtlichen Regularien unterliegen, sofern es keine Differenzierungsgründe gibt.³³

b) Gebot der Technologieneutralität

Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 Rahmen-RL enthält das Gebot der technologieneutralen Regulierung.³⁴ Es wurde im Telekommunikationsgesetz in § 1 TKG umgesetzt. Es besagt, dass bei der Regulierung grundsätzlich bestimmte Techniken nicht begünstigt oder schlechter behandelt werden dürfen.³⁵ Die unterschiedliche Behandlung von klassischen elektronischen Kommunikationsdiensten einerseits und von Substitut-OTT-Diensten andererseits würde im Ergebnis auf eine eben solche technologieabhängige Begünstigung von Substitut-OTT-Diensten hinauslaufen. Bei OTT-0-Diensten ist dies offenkundig, da ihre Nichtregulierung allein das Ergebnis einer anderen Übertragungstechnik ist. Aber auch bei OTT-1-Diensten hängt ihre Nichtregulierung derzeit letztlich allein daran, dass Sprache, Bilder und Texte auf einer anderen technischen Grundlage übermittelt werden als klassische elektronische Kommunikationsdienste. Dies ist mit dem Gedanken einer technologieneutralen Regulierung kaum in Einklang zu bringen.

Der Widerspruch wird weiter zunehmen, wenn sowohl im Festnetzbereich als auch im Mobilfunkbereich die klassischen elektronischen Kommunikationsdienste vollständig auf IP-Telefonie bzw. VoLTE umgestellt worden sind. Dann werden Substitut-OTT und klassische elektronische Dienste aus technischer Sicht sogar weitgehend identisch sein. Der Unterschied wird dann nur noch darin bestehen, dass für IP-Telefonie und VoLTE eine bestimmte Bandbreite der Datenverbindung reserviert sein wird, um so einen Quality-of-Service zu ga-

³³ Dazu *Cornils*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 2 Rn. 40.

³⁴ *Cornils*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 1 Rn. 28.

³⁵ Rahmen-RL (Fn. 2), Erwägungsgrund 18.

rantieren. Dies allein taugt allerdings deshalb nicht zur Differenzierung, weil nach Inkrafttreten der Europäischen Netzneutralitätsregelung grundsätzlich alle OTT-Anbieter qualitätsgesicherte Angebote in Anspruch nehmen können.³⁶ Ein bestimmter Quality-of-Service ist insofern kein zwingendes Unterscheidungsmerkmal zwischen elektronischen Kommunikationsdiensten und Substitut-OTT-Diensten. Selbst das offene Internet bietet eine Mindestübertragungsqualität, die für Sprachtelefonie und Messagingdienste meist ausreicht. Diese darf nach der neuen Netzneutralitätsverordnung auch künftig nicht verschlechtert werden.³⁷ Das bedeutet aber, dass künftig nicht nur zwischen verschiedenen Übertragungstechnologien differenziert würde, sondern sogar innerhalb derselben Übertragungstechnologie unterschiedliche regulatorische Regelungen zur Anwendung kämen, wenn Substitut-OTT anders als klassische elektronische Kommunikationsdienste behandelt werden. Der bereits heute bestehende Widerspruch zum Gebot der technologieneutralen Regulierung würde sich insofern sogar noch verstärken.

4. Zwischenergebnis

Substitut-OTT-Dienste, d.h. solche OTT-Dienste, die funktional mit klassischen elektronischen Kommunikationsdiensten vergleichbar sind, müssen aus Gründen der Wettbewerbsgleichheit und der Technologieneutralität vergleichbaren regulatorischen Regelungen unterliegen wie klassische elektronische Kommunikationsdienste. Substitut-OTT-Dienste für Sprach-, Bild- und Tonübertragungen stehen bereits heute tatsächlich oder zumindest potenziell mit den klassischen Sprach- und Nachrichtendiensten in einer Weise im Wettbewerb, die es erforderlich macht, die beiden Kategorien auch regulatorisch grundsätzlich gleich zu behandeln. Dies gilt nicht nur für die von BEREC als OTT-0 bezeichneten Dienste, die im Bereich der Sprachtelefonie plattformübergreifend eine Kommunikation mit dem PSTN ermöglichen. Es gilt auch für die von BEREC als OTT-1-Dienste bezeichnete Kategorie, die Sprach- und/oder Text- und Bildkommunikation nur innerhalb der OTT-Plattform ermöglichen (z.B. WhatsApp). Letztere müssen deshalb in die Betrachtung mit einbezogen werden, da sie teilweise bereits heute von einer Vielzahl von Nachfragern als Substitut für klassische elektronische Kommunikationsdienste wahrgenommen werden. Besonders deutlich ist dies schon heute bei Messagingdiensten, die quantitativ die Bedeutung der SMS überflügelt haben. Auch die Nutzung von OTT-Sprachdiensten nimmt aber deutlich zu, so dass sie jedenfalls potenziell im Wettbewerb mit klassischen Sprachdiensten stehen. Der Einbeziehung von OTT-1-Diensten kann auch nicht entgegengehalten werden, dass diese anders als klassische elektronische Kommunikationsdienste nur plattforminterne Kommunikation ermöglichen. Zum einen ermöglichen auch klassische elektronische Kommunikationsdienste nur eine plattforminterne Kommunikation, ohne dass dies ihre Regulierungsbedürftigkeit in Frage stellt. Zum anderen ist Multihoming heute aus technischer Sicht ohne weiteres möglich und nimmt auch tatsächlich an Bedeutung immer mehr zu. Damit ist aus Nachfragesicht die Erreichbarkeit von jedem anderen über eine einzelne Plattform von geringerer Bedeutung als dies zu Zeiten des PSTN der Fall war. Dadurch können selbst OTT-1-Dienste, die nicht die Erreichbarkeit von jedermann gewährleisten, für wesentliche Teile der Kommunikation zum Substitut für einen elektronischen Kommunikationsdienst werden. Besonders deutlich ist

³⁶ Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen zum Zugang zum offenen Internet und zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten sowie der Verordnung (EU) Nr. 531/2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union, ABl. L 310, S. 1.

³⁷ Art. 3 Abs. 5 UAbs. 2 Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen zum Zugang zum offenen Internet (Fn. 36).

dies bei OTT-1-Diensten mit einer besonders großen Nutzerzahl: So ist für viele WhatsApp-Nutzer diese Kommunikationsform sogar die ausschließliche Messagingform, da die entsprechende Peergroup vollständig bei WhatsApp angeschlossen ist.

II. Wege zur Herstellung von regulatorischer Wettbewerbsgleichheit

Mit der Feststellung, dass eine grundsätzlich regulatorische Gleichbehandlung von Substitut-OTT-Diensten und klassischen elektronischen Kommunikationsdiensten rechtlich geboten ist, ist noch keine Aussage darüber getroffen, wie diese Gleichbehandlung zu erreichen ist. Eine bestehende Belastungsungleichheit von Marktteilnehmern kann nämlich grundsätzlich zum einen dadurch beseitigt werden, dass die fragliche Belastung auf alle Marktteilnehmer ausgedehnt wird. Sie kann zum anderen aber auch dadurch ausgeräumt werden, dass die fragliche Belastung für alle Marktteilnehmer aufgehoben wird. Um im Bild des Level-Playing-Fields zu bleiben: Dem Gebot der Wettbewerbsgleichheit würde im Grundsatz Rechnung getragen, wenn künftig alle Marktteilnehmer im bisher nicht spezifisch regulierten Spielfeld der OTT-Anbieter spielen; Wettbewerbsgleichheit bestünde aber auch dann, wenn künftig alle Marktteilnehmer im sektorspezifisch regulierten Spielfeld der elektronischen Kommunikationsdienste spielen.

1. Auftrag zur Herstellung von regulatorischer Wettbewerbsgleichheit an die BNetzA

Der Auftrag zur Herstellung von Wettbewerbsgleichheit richtet sich zunächst einmal an die BNetzA als das TKG vollziehende Behörde. Sofern das geltende Recht eine Auslegung zulässt, bei der Substitut-OTT-Dienste und klassische elektronische Kommunikationsdienste bei bestehender Vergleichbarkeit im Einzelfall auch gleich reguliert werden, muss die BNetzA den geltenden Rechtsrahmen in diesem Sinne auslegen. Ein erster Ansatzpunkt hierfür könnte ggf. die Auslegung des Begriffs „Telekommunikationsdienst“ i.S.d. § 3 Nr. 24 TKG bzw. „elektronischer Kommunikationsdienst“ i.S.d. Art. 1 Abs. 1 Rahmen-RL sein. Wie BEREC festgestellt hat, wird in der mitgliedstaatlichen Anwendungspraxis dieser Begriff von nahezu allen nationalen Regulierungsbehörden so ausgelegt, dass aus der Gruppe der Substitut-OTT-Anbieter die OTT-1-Anbieter gar nicht und die OTT-0-Anbieter nur im Einzelfall erfasst werden.³⁸

Da die Kategorisierung als elektronischer Kommunikationsdienst zentrale Voraussetzung für die Anwendung der sektorspezifischen Regulierungsregeln ist, könnte hier eine entsprechend gleichheitskonforme Gesetzesauslegung ggf. ein erster Schritt zur Herstellung eines Level-Playing-Fields zwischen klassischen elektronischen Kommunikationsdiensten und Substitut-OTT-Diensten sein. Eine gleichheitskonforme Auslegung kommt dabei im Grundsatz nur in Form einer im Vergleich zu bisher weiteren Auslegung des Begriffs „elektronischer Kommunikationsdienst“ bzw. „Telekommunikationsdienst“ in Frage, bei der Substitut-OTT-Dienste unter den Begriff „elektronischer Kommunikationsdienst“ bzw. „Telekommunikationsdienst“ subsumiert werden. Eine teleologische Reduktion hingegen des Begriffs, bei der klassische elektronische Kommunikationsdienste nicht mehr hiervon erfasst werden, würde den Anwendungsbereich der sektorspezifischen Telekommunikationsregulierung im Ergebnis in einer Weise aushöhlen, die weder mit dem bestehenden Rechtsrahmen auf nationaler noch auf europäischer Ebene vereinbar wäre. Eine so weitgehende Rückführung bestehender Regulierung auch für klassische elektronische Kommunikationsdienste müsste angesichts

³⁸ BEREC, Report on OTT services BoR (16) 35, S. 20 – 4.2.1.

der Wesentlichkeit einer solchen Entscheidung vom europäischen Gesetzgeber vorgegeben und dann vom nationalen Gesetzgeber in nationales Recht umgesetzt werden.

Auch eine erweiternde Auslegung des Begriffs, bei der Substitut-OTT-Dienste auch als elektronische Kommunikationsdienste bzw. Telekommunikationsdienste eingestuft werden, ist nicht schrankenlos zulässig. Sie setzt zum einen voraus, dass der Wortlaut des TKG hierfür offen ist. Zum anderen darf eine solche Auslegung nicht den europarechtlichen Grundlagen des TKG zuwiderlaufen. Bei entsprechender Auslegungsoffenheit des Begriffs könnte die Behörde hierzu unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung dann sogar verpflichtet sein. Inwieweit eine solche Vorgehensweise zulässig und möglicherweise sogar geboten wäre, soll später näher untersucht werden, wenn darauf eingegangen wird, an welchen konkreten Stellen es derzeit eine regulatorische Ungleichbehandlung gibt und wie diese beseitigt werden kann.³⁹

2. Auftrag zur Herstellung von regulatorischer Wettbewerbsgleichheit an den Gesetzgeber

Sollte das geltende Telekommunikationsrecht nicht für eine Auslegung offen sein, die zu einer Gleichbehandlung von klassischen elektronischen Kommunikationsdiensten einerseits und Substitut-OTT-Diensten andererseits führt, muss ggf. der Gesetzgeber die Grundlagen für eine gleichheitskonforme Regulierung schaffen. Für das nationale Recht geht das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass bei der Beseitigung eines erkannten Gleichheitsverstoßes der Gesetzgeber regelmäßig zwischen der Ausdehnung der Belastung auf alle Betroffenen und der Rückführung derselben für alle Betroffenen wählen kann.⁴⁰ In vergleichbarer Weise hat auch der Europäische Gerichtshof in seiner Rechtsprechung zu den europarechtlichen Diskriminierungsverboten es grundsätzlich den Mitgliedstaaten überlassen, auf welche Weise sie eine unzulässige Diskriminierung beseitigen.⁴¹ Sind die von den jeweiligen Gerichten entschiedenen Fallkonstellationen auch nicht unmittelbar mit der vorliegenden Frage vergleichbar, so lässt sich ihnen doch zumindest der Gedanke entnehmen, dass die Herstellung verfassungs- oder europarechtlich gebotener Gleichheit nicht nur einen Weg kennt.

Die Gestaltungsfreiheit des nationalen Gesetzgebers ist in der vorliegenden Konstellation allerdings in mehrfacher Hinsicht beschränkt:

Zum einen ist der nationale Gesetzgeber angesichts der europarechtlichen Grundlagen des Telekommunikationsrechts unilateral nur in der Lage, das TKG in einer Weise umzugestalten, die sich innerhalb des bestehenden europarechtlichen Rahmens bewegt. Sollte die gebotene Gleichbehandlung von Substitut-OTT-Diensten und klassischen elektronischen Kommunikationsdiensten auf Grundlage des europäischen Sekundärrechts nicht möglich sein, wäre der nationale Gesetzgeber darauf angewiesen, zunächst eine Änderung des Europarechts abzuwarten, die er dann in nationales Recht umsetzen müsste.

Zum anderen ist die Gestaltungsfreiheit dahingehend beschränkt, dass die Ausweitung der bestehenden sektorspezifischen Regulierung auf Substitut-OTT-Dienste angesichts der damit einhergehenden grundrechtsrelevanten Belastungen dieser Dienste einer besonderen Rechtfertigung bedarf. Ausgangspunkt der Überlegungen zur Herstellung eines Level-Playing-Fields sollte daher für den Gesetzgeber die Frage sein, ob die mit dem Eintritt von OTT-

³⁹ Dazu unten III. und IV.

⁴⁰ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 3 Rn. 40 m.w.N.

⁴¹ Vgl. nur *EuGH*, Urt. v. 20.10.2011, Rs. C-284/09, Slg. 2011, I-9879.

Akteuren veränderte Marktsituation die Rückführung bestehender Regulierungseingriffe ermöglicht.⁴² Diese Herangehensweise entspricht auch dem grundsätzlich deregulatorischen Ansatz des europäischen Sekundärrechts.⁴³ Die sektorspezifische Regulierung soll demnach lediglich transitorischen Charakter haben und den Weg zur Aufsicht des Telekommunikationssektors auf Grundlage des allgemeinen Kartellrechts ebnen.⁴⁴ Auch dies spricht dafür, das Auftreten neuer Marktakteure im Telekommunikationssektor zunächst zum Anlass zu nehmen, über Möglichkeiten zur Rückführung bestehender Regulierung nachzudenken und erst dann, wenn dies nicht möglich ist, die neuen Marktakteure in die bestehende Regulierung einzubeziehen.

Daraus folgt nicht zwangsläufig, dass die bestehende sektorspezifische Regulierung insgesamt in den Bereichen aufzuheben wäre, in denen Substitut-OTT-Dienste mit klassischen elektronischen Kommunikationsdiensten konkurrieren. Vielmehr bedarf es auch hier einer differenzierten Betrachtungsweise, die auf einer ersten Ebene zwischen der wettbewerbsbezogenen Marktregulierung einerseits und der nicht primär wettbewerbsbezogenen Regulierung – etwa im Bereich Verbraucher- und Datenschutz – andererseits differenziert. Darüber hinaus muss aber auch bei den einzelnen regulatorischen Verpflichtungen innerhalb der beiden genannten Regulierungsbereiche im Einzelfall untersucht werden, inwieweit eine konkrete Regelung – z.B. eine Verbraucherschützende Transparenzpflicht – durch das Hinzutreten von Substitut-OTT-Diensten obsolet geworden ist oder aber ihre Anwendung ausgehend vom Sinn und Zweck der konkreten Norm auf Substitut-OTT-Dienste ausgeweitet werden muss.

3. Zwischenergebnis

Die ggf. gebotene regulatorische Gleichbehandlung von klassischen elektronischen Kommunikationsdiensten und Substitut-OTT-Diensten ist auf einer ersten Ebene im Rahmen des Gesetzesvollzugs durch die BNetzA zu verwirklichen. Sofern das geltende TKG in einer Weise offen ist, die eine Einbeziehung von Substitut-OTT-Diensten in die sektorspezifische Regulierung elektronischer Kommunikationsdienste zulässt, kann die Behörde dazu verpflichtet sein, einen bestehenden Auslegungsspielraum in diesem Sinne zu nutzen. Anknüpfungspunkt hierfür kann eine erweiternde Auslegung des Begriffs „Telekommunikationsdienst“ i.S.d. § 3 Nr. 24 TKG bzw. des Begriffs „elektronischer Kommunikationsdienst“ i.S.d. Art. 1 Abs. 1 Rahmen-RL sein.

Sofern eine solche teleologische erweiterte Auslegung nicht möglich ist, weil sie entweder die Wortlautgrenze des § 3 Nr. 24 TKG überschreitet oder von Art. 1 Abs. 1 Rahmen-RL nicht gedeckt ist, ist es Aufgabe des Gesetzgebers, die gebotene regulatorische Gleichbehandlung von klassischen elektronischen Kommunikationsdiensten und Substitut-OTT sicherzustellen.

Eine gesetzliche Gleichbehandlung kann dabei grundsätzlich auf die Weise hergestellt werden, dass Substitut-OTT-Dienste den Regelungen unterworfen werden, die bereits für klassische elektronische Kommunikationsdienste gelten. Eine Gleichbehandlung kann aber auch dadurch erreicht werden, dass für beide Gruppen die bestehenden Regelungen nicht mehr zur Anwendung kommen. Ausgehend vom grundsätzlich deregulatorischen Ansatz der sektorspezifischen Regulierung und angesichts der mit zusätzlichen regulatorischen Eingriffen verbundenen grundrechtsrelevanten Belastungen muss Ausgangspunkt der Überlegungen

⁴² Vgl. *Fetzer*, Staat und Wettbewerb in dynamischen Märkten, 2013, S. 343 m.w.N.

⁴³ Rahmen-RL (Fn. 2), Erwägungsgrund 1.

⁴⁴ Vgl. auch die Gesetzesentwurfsbegründung zum TKG-1996, BT-Drs. 13/3609, S. 34.

die Frage sein, inwieweit das Hinzutreten von Substitut-OTT-Diensten bestehende Regulierungen obsolet macht. Diese Frage kann nicht grundsätzlich dahingehend beantwortet werden, dass die bestehende sektorspezifische Regulierung insgesamt aufzuheben ist. Vielmehr ist bezogen auf einzelne regulatorische Verpflichtungen zu untersuchen, ob sie für Anbieter klassischer elektronischer Dienste aufgehoben werden können oder aber auf Substitut-OTT angewendet werden müssen, da sie auch grundsätzlich weiterhin erforderlich sind und nach Sinn und Zweck auch für Substitut-OTT gelten müssen.

Der nationale Gesetzgeber ist bei der Herstellung regulatorischer Gleichheit zwischen klassischen elektronischen Kommunikationsdiensten einerseits und Substitut-OTT-Diensten andererseits unilateral zum Handeln nur in der Lage, soweit das bestehende Sekundärrecht ihm einen solchen Umsetzungsspielraum belässt. Hierbei ist insbesondere entscheidend, ob der zentrale Regulierungsanknüpfungspunkt – der Begriff des „elektronischen Kommunikationsdienstes“ i.S.d. Art. 1 Abs. 1 Rahmen-RL – in einer Weise im TKG umgesetzt werden könnte, der – anders als dies derzeit durch den Begriff „Telekommunikationsdienst“ in § 3 Nr. 24 TKG der Fall ist – zweifelsfrei der BNetzA die regulatorische Gleichbehandlung von klassischen elektronischen Kommunikationsdiensten und Substitut-OTT ermöglicht.

Sofern weder das nationale Recht bereits heute eine Auslegung zulässt, die eine Einbeziehung von Substitut-OTT-Diensten in die sektorspezifische Regulierung ermöglicht, noch der nationale Gesetzgeber einen entsprechenden Umsetzungsspielraum besitzt, müsste zunächst eine Änderung des europäischen Rechtsrahmens erreicht werden. Die Europäische Kommission hat diesbezügliche Konsultationsverfahren durchgeführt, und auch BEREC beschäftigt sich mit dieser Fragestellung, um einen entsprechenden Anpassungsbedarf im Rahmen des anstehenden TK-Review zu identifizieren.⁴⁵

Angesichts der mitunter langwierigen Gesetzgebungsprozesse auf europäischer Ebene sowie der Notwendigkeit einer – im Regelfall ihrerseits zeitintensiven – Umsetzung in nationales Recht einerseits und dem rasanten Bedeutungsgewinn von Substitut-OTT-Diensten andererseits soll in der Folge zunächst untersucht werden, an welchen Stellen kurzfristig konkreter Handlungsbedarf für die Herstellung einer regulatorischen Gleichbehandlung bestehen könnte, und ob BNetzA oder nationaler Gesetzgeber unabhängig vom europäischen TK-Review bereits heute die Möglichkeit haben, hierauf zu reagieren.

III. Konkreter Handlungsbedarf

Bei der Frage, wie die gebotene regulatorische Gleichbehandlung von Substitut-OTT-Diensten und klassischen elektronischen Kommunikationsdiensten hergestellt werden kann, ist zunächst zu differenzieren zwischen der sektorspezifischen Marktregulierung einerseits und der primär nicht wettbewerbsbezogenen sonstigen sektorspezifischen Telekommunikationsregulierung andererseits.

1. Wettbewerbsbezogene Marktregulierung

Im Rahmen der wettbewerbsbezogenen Marktregulierung ist entscheidend, inwieweit Substitut-OTT-Dienste wettbewerblichen Druck auf die klassischen elektronischen Dienste ausüben, der dazu führt, dass sich die Wettbewerbsintensität erhöht und damit die Regulierungsintensität für klassische elektronische Kommunikationsdienste bzw. Kommunikationsnetze reduziert werden kann. Die Frage nach einer Ausweitung der bestehenden Marktregu-

⁴⁵ Europäische Kommission, Public Consultation on the Evaluation and the Review of the Regulatory Framework for Electronic Communications Networks and Services (Fn. 11).

lierung auf Substitut-OTT-Dienste stellt sich hier im Regelfall jedenfalls dann nicht, sofern OTT-Anbieter nicht zugleich über eine eigene Infrastruktur verfügen. Die wesentlichen ex-ante-Regulierungsverpflichtungen, die im Rahmen der Marktregulierung Unternehmen auferlegt werden können, richten sich, mit Ausnahme der praktisch kaum relevanten Endkundenentgeltregulierung nach § 39 TKG, ausschließlich an Telekommunikationsnetzbetreiber und nicht an reine Diensteanbieter.⁴⁶

Substitut-OTT-Dienste sind hingegen dafür relevant, ob Betreiber elektronischer Kommunikationsnetze beispielsweise im Hinblick auf die ex-ante-Netzzugangs- und Vorleistungsentgeltregulierung weniger intensiv als bisher reguliert werden können. Die Frage, ob Netzbetreiber diesen Verpflichtungen unterliegen, hängt nach § 11 Abs. 1, § 13 Abs. 1 TKG nämlich entscheidend davon ab, ob im Rahmen der Marktdefinition nach § 10 TKG ein Markt als grundsätzlich regulierungsbedürftig identifiziert und im Rahmen der anschließenden Marktanalyse nach § 11 TKG beträchtliche Marktmacht eines oder mehrerer Unternehmen festgestellt wird. Nimmt man beispielhaft Markt 2 der Märkteempfehlung der Kommission⁴⁷ für relevante Märkte i.S.d. § 10 TKG, so könnte es geboten sein, auch Substitut-OTT-Dienste in einen relevanten Markt für mobile Sprachtelefonie miteinzubeziehen, da OTT-Sprachdienste wie oben gezeigt aus Nachfragesicht zunehmend tatsächlich, jedenfalls aber potenziell im Wettbewerb mit klassischen Sprachtelefondiensten stehen.⁴⁸ Dem steht nicht zwingend entgegen, dass es sich bei den Märkten der Märkteempfehlung um Vorleistungsmärkte handelt, so dass für die Frage der Austauschbarkeit auch auf die Perspektive eines Vorleistungsnachfragers abgestellt werden muss und nicht auf die Nachfrageperspektive der Endkunden Bezug genommen werden darf. Primäres Ziel der Marktregulierung ist gerade die Schaffung und Erhaltung von Wettbewerb auf Endkundenmärkten.⁴⁹ Die regulatorische Stimulierung des Wettbewerbs im Vorleistungsmarkt ist insofern Mittel zur Erreichung dieses Ziels im Endkundenmarkt.⁵⁰ Erhöht sich daher die Wettbewerbsintensität auf der Endkundenebene, hat dies zwingend auch Auswirkungen auf die Regulierungsbedürftigkeit des korrespondierenden Vorleistungsmarktes. Sofern OTT-Dienste also auf Endkundenebene wettbewerblichen Druck auf klassische elektronische Kommunikationsdienste ausüben, ist dies bei der Marktdefinition auch auf Vorleistungsebene entsprechend zu berücksichtigen. Diese Betrachtung wird in Bezug auf OTT-Dienste in der Märkteempfehlung der Kommission sogar ausdrücklich von den nationalen Regulierungsbehörden eingefordert.⁵¹

Die BNetzA könnte Substitut-OTT bereits heute auf Grundlage des geltenden Rechts im Rahmen von Marktdefinition und Marktanalyse berücksichtigen, da sie hier unabhängig von den Kategorien „elektronischer Kommunikationsdienst“ eine Beurteilung der Marktsituation vornehmen muss. Sie hat die Einbeziehung von Substitut-OTT aber bisher mit der Begründung abgelehnt, dass diese Dienste insbesondere aufgrund der fehlenden plattformübergreifenden Konnektivität nicht mit klassischen Telekommunikationsdiensten austauschbar sei-

⁴⁶ *Heinickel/Scherer*, in: *Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich*, TKG, 2. Aufl. 2015, § 39 Rn. 6.

⁴⁷ Empfehlung 2014/710/EU der Kommission v. 9.10.2014 über relevante Produkt- und Dienstemärkte 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. L 295, S. 79.

⁴⁸ Zur Relevanz potenzieller Wettbewerber siehe Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, 2002/C165/03, ABl. C 165, S. 6, Tz. 38.

⁴⁹ Vgl. Art. 17 Abs. 2 Universaldienst-RL (Fn. 2).

⁵⁰ *Fetzer*, Staat und Wettbewerb in dynamischen Märkten, 2013, S. 244.

⁵¹ Empfehlung 2014/710/EU (Fn. 47), Erwägungsgrund 10.

en.⁵² Wie oben ausgeführt ist bereits heute fraglich, inwieweit dieser Begründungsstrang noch überzeugend ist; jedenfalls künftig wird mit steigender Verbreitung und Bedeutung von Substitut-OTT-Diensten eine Einbeziehung im Rahmen der Marktdefinition und der Marktanalyse geboten sein. Aus Nachfrageperspektive, die nach den Leitlinien der Kommission über die Bestimmung von Marktmacht einer der entscheidenden Faktoren für die Marktdefinition ist, werden Substitut-OTT oftmals schon heute als austauschbar wahrgenommen.⁵³ Ihre Austauschbarkeit aus der Perspektive der Endkunden ist aber jedenfalls bei einer zukunftsgerichteten Betrachtungsweise für die wettbewerbliche Entwicklung eines Marktes geboten, wie sie nach der Märkteempfehlung der Kommission gerade angezeigt ist.⁵⁴ Ausgehend hiervon sollten bereits heute im Rahmen der Marktregulierung auch Substitut-OTT-Dienste bei der Definition des relevanten Produktmarktes und in der Folge bei der Marktanalyse stärker mit in die Betrachtung einbezogen werden.

Das bedeutet allerdings nicht zwangsläufig, dass dadurch die Regulierungsbedürftigkeit der betroffenen Vorleistungsmärkte insgesamt entfällt, sondern lediglich dass die Erforderlichkeit der Auferlegung von Vorabverpflichtungen an Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht im konkreten Einzelfall noch genauer zu untersuchen ist, als dies bisher schon der Fall war. Gegen ein vollständiges Entfallen der Regulierungsbedürftigkeit dürfte sprechen, dass OTT-Dienste lediglich den – im Fall der klassischen elektronischen Kommunikationsdienste regelmäßig regulierungsabhängigen – Dienstewettbewerb stimulieren, nicht aber den aus wettbewerblicher Sicht mindestens ebenso wichtigen infrastrukturbasierten Wettbewerb.⁵⁵ Damit kann es trotz einer Zunahme des Wettbewerbs im Endkundenmarkt auch weiterhin erforderlich sein, im Vorleistungsmarkt für den Zugang zur physischen Infrastruktur regulatorisch einzugreifen, um den Wettbewerb im Endkundenmarkt nachhaltig zu schützen. Die Bedeutungszunahme von Substitut-OTT kann die quantitative und auch qualitative Regulierungsbedürftigkeit auf der Vorleistungsebene reduzieren, vollständig entfallen dürfte diese jedoch derzeit nicht.

2. Nicht primär wettbewerbsbezogene sektorspezifische Regulierung

Die Marktregulierung ist nur ein Teil der sektorspezifischen Regulierung des Telekommunikationssektors. Daneben unterliegen Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste einer Reihe weiterer Regulierungseingriffe, die nicht primär wettbewerbsbezogene Ziele verfolgen und daher im Grundsatz nicht von beträchtlicher Marktmacht der regulierten Unternehmen abhängen.⁵⁶ Zu nennen sind hier – und sollen in der Folge näher betrachtet werden – in erster Linie die Bereiche des Verbraucherschutzes (Teil 3 des TKG), des Datenschutzes einschließlich des Fernmeldegeheimnisses (Teil 6) sowie der öffentlichen Sicherheit (Teil 7), da diese Bereiche mitunter kostenintensive Verpflichtungen für Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste statuieren, die sich im Verhältnis zu Substitut-OTT als Wettbewerbsnachteil darstellen können.

⁵² *BNetzA*, Konsultationsentwurf Anrufzustellung auf der Vorleistungsebene in einzelnen Mobilfunknetzen – Markt Nr. 2 der Märkteempfehlung 2014 – BK 1-14/002, S. 65.

⁵³ Zur Nachfrageelastizität als Kriterium siehe Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, 2002/C165/03, ABl. C 165, S. 6, Tz. 38 ff.

⁵⁴ Empfehlung 2014/710/EU (Fn. 47), Erwägungsgrund 9.

⁵⁵ Dazu *Fetzer*, Staat und Wettbewerb in dynamischen Märkten, 2013, S. 254 m.w.N; *Fetzer*, in: *Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich*, TKG, 2. Aufl. 2015, § 1 Rn. 29.

⁵⁶ Ausnahmen finden sich beispielsweise in § 45b TKG, der eine sonn- und feiertägliche Entstörungspflicht nur für marktmächtige Telekommunikationsdiensteanbieter statuiert.

Während bei der wettbewerbsbezogenen Marktregulierung unmittelbar deutlich ist, weshalb eine Intensivierung des Wettbewerbs durch Substitut-OTT-Dienste potenziell die Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes verringert, besteht im Bereich der sektorspezifischen Regulierung, die außerökonomische Ziele verfolgt – etwa den Schutz von Verbrauchern – ein solcher Zusammenhang nicht zwangsläufig. Zwar kann man hier theoretisch davon ausgehen, dass die Erhöhung der Wettbewerbsintensität zu einer Form des Qualitätswettbewerbs führt, bei dem sich die Anbieter beispielsweise besonders verbraucherfreundlich oder datenschutzkonform verhalten, weil sie andernfalls befürchten müssen, Kunden an Wettbewerber zu verlieren.⁵⁷ Zwingend ist dies freilich nicht; insbesondere dann nicht, wenn verbraucherunfreundliches oder datenschutzverletzendes Verhalten nicht transparent wird, so dass Kunden hierauf nicht mit einem Anbieterwechsel reagieren können. Hinzu kommt, dass manche außerökonomischen Regulierungsziele nicht zum Qualitätswettbewerb taugen, weil sie nicht gegenüber Nachfragern bestehen, sondern gegenüber dem Staat. In diese Kategorie fallen beispielsweise die Regularien zur öffentlichen Sicherheit. Schließlich sind manche Regulierungsgegenstände absolut geschützt und dürfen nicht der Gefahr eines Marktversagens ausgesetzt werden. Zu nennen ist hier beispielsweise das verfassungsrechtlich determinierte Fernmeldegeheimnis.

Ebenso wie im Bereich der Marktregulierung gilt daher auch bei der nicht primär wettbewerbsbezogenen Regulierung, dass der Bedeutungszuwachs von Substitut-OTT-Diensten nicht zwangsläufig dazu führt, dass für klassische elektronische Kommunikationsdienste bestehende Verpflichtungen aufgehoben werden können. Vielmehr ist für jede einzelne Verpflichtung zu prüfen, ob sie auch unabhängig von der Wettbewerbsintensität aufrechterhalten werden und dann ggf. auch auf Substitut-OTT angewendet werden muss, oder ob der zusätzliche Wettbewerbsdruck durch Substitut-OTT-Dienste die Rechtfertigung für die bestehende Regulierung entfallen lässt. Dabei kann im vorliegenden Zusammenhang keine Untersuchung jeder Einzelverpflichtung nach dem TKG vorgenommen werden. Vielmehr beschränken sich die nachfolgenden Ausführungen auf die Frage der prinzipiellen Rückführbarkeit oder Ausweitung der bestehenden Regulierung. Wenn diese Frage zugunsten einer grundsätzlichen rechtlichen Pflicht zur Ausweitung bestehender Regulierung auf Substitut-OTT-Dienste beantwortet wird, muss dann noch von der BNetzA bzw. dem Gesetzgeber für jede einzelne konkrete Verpflichtung erwogen werden, ob sie auch tatsächlich auf OTT-Dienste angewendet werden können oder ob eine Anpassung bzw. der Entfall der Verpflichtung geboten ist.

a) Kundenschutz

Die Kundenschutzvorschriften des 3. Teils des TKG dienen im Wesentlichen dem Schutz von Endnutzern bei der Inanspruchnahme von Telekommunikationsdiensten i.S.d. § 3 Nr. 24 TKG.⁵⁸ Auf Substitut-OTT-Anbieter werden die Regelungen hingegen derzeit nicht angewendet. Die Kundenschutznormen erlegen den Anbietern zum Zweck des Kundenschutzes u.a. Transparenzpflichten auf (§ 43a, § 45n TKG); die Normen sollen Endkunden teilweise vor bestimmten Geschäftspraktiken schützen (z.B. § 43b TKG); teilweise werden Endkunden bestimmte Rechte, z.B. bezüglich der Abrechnung (§§ 45e ff. TKG) oder zum Anbieterwechsel (§ 46 TKG) eingeräumt. Die Kundenschutzvorschriften reagieren damit auf die Tatsache, dass zwischen Endkunden und Telekommunikationsanbietern strukturell ein Ungleichgewicht

⁵⁷ Zu den verschiedenen Dimensionen des Wettbewerbs *Gonzales Díaz*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, Art. 81 Abs. 1 EGV Rn. 107.

⁵⁸ Vgl. *Lutz*, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 2. Aufl. 2015, Vor §§ 91 ff. Rn. 2.

besteht, bei dem Endkunden potenziell vom Telekommunikationsanbieter übervorteilt bzw. vom Wechsel zu einem anderen Anbieter abgehalten werden können. Die Kundenschutzregulierung will dies dadurch verhindern, dass Telekommunikationsdiensteanbietern bestimmte Geschäftspraktiken untersagt werden, die typischerweise zulasten von Endkunden gehen; teilweise müssen Geschäftspraktiken auch nur transparent gemacht werden, um Endkunden so die Möglichkeit zu geben, ggf. den Anbieter zu wechseln; schließlich sollen Endkunden von einem Anbieterwechsel nicht unnötig abgehalten werden, indem die Vertragslaufzeiten begrenzt und der Anbieterwechsel vereinfacht wird. Die Kundenschutzregelungen stellen insofern ein Sonderprivatrecht dar, das die Privatautonomie der Vertragsparteien zum Schutz der Endkunden modifiziert.⁵⁹

Hält man sich vor Augen, wer nach Sinn und Zweck der Kundenschutzregulierung geschützt wird und vor welchen Gefahren dieser Schutz gewährt werden soll, spricht viel dafür, dass die entsprechende Regulierungsbedürftigkeit der Anbieter nicht dadurch entfällt, dass sich durch das Auftreten von Substitut-OTT-Diensten am Markt die Wettbewerbsintensität erhöht. Das strukturelle Ungleichgewicht zwischen Endkunden und Telekommunikationsanbietern besteht nämlich unabhängig von der Wettbewerbsintensität am Markt fort: Ein Anbieter kann seine Kunden potenziell weiterhin übervorteilen und sie vom Wechsel zu einem anderen Anbieter abhalten, selbst wenn es weitere Anbieter gibt, zu denen der Kunde wechseln könnte. Dies gilt jedenfalls dann, wenn Anbieter nicht dazu verpflichtet sind, entsprechende Geschäftspraktiken transparent zu machen. Die weitgehende Unabhängigkeit der Wettbewerbsintensität für die Kundenschutzregulierung zeigt sich auch darin, dass die überwiegende Anzahl der Kundenschutzvorschriften nicht marktmachtabhängig ausgestaltet ist, sondern unabhängig von der Marktstärke eines Anbieters auf alle Anbieter anwendbar ist. Auch hieraus kann man ableiten, dass die Zunahme der Wettbewerbsintensität durch Substitut-OTT-Dienste nicht die Rückführung der Kundenschutzregulierung rechtfertigen kann.

Es ist umgekehrt vielmehr zu prüfen, ob das strukturelle Ungleichgewicht zwischen Endkunden und Anbietern, dem die Kundenschutzregulierung begegnen will, nicht auch zwischen Substitut-OTT-Anbietern und deren Endkunden besteht. Es ist also zu fragen, ob auch im Verhältnis zwischen Substitut-OTT-Anbietern und ihren Kunden eine Situation vorliegt, die eine Einschränkung der Privatautonomie der Parteien durch die Anwendung der sonderprivatrechtlichen Kundenschutzregelungen rechtfertigt. Bejaht man dies, müssten – und zwar nicht vorrangig nur zur Herstellung von Wettbewerbsgleichheit zwischen Anbietern klassischer elektronischer Kommunikationsdienste und Substitut-OTT-Anbietern, sondern primär aus Gründen des Kundenschutzes – die Kundenschutzregelungen nicht nur auf die Anbieter der klassischen elektronischen Kommunikationsdienste angewendet werden, sondern grundsätzlich auch für Substitut-OTT-Anbieter gelten.

Entscheidend für diese Frage ist, inwieweit das rechtlich durch den Gedanken der Gleichordnung geprägte Privatrechtsverhältnis zwischen Substitut-OTT-Anbietern und ihren Endkunden tatsächlich in einer Weise asymmetrisch ausgestaltet ist, die den Schutz der Endkunden durch sonderprivatrechtliche Regelungen erfordert. Dabei wird man davon ausgehen müssen, dass sich die Informationsasymmetrien und Interessenlagen zwischen Anbieter und Endkunde bei Substitut-OTT-Anbietern einerseits und klassischen Diensteanbietern andererseits kaum unterscheiden dürften. Um ein Beispiel zu wählen: Ein Endkunde von Skype hat ebenso ein Interesse daran, Informationen darüber zu erhalten, welche Entschädigungsan-

⁵⁹ Hartl/Kessel, in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG, 1. Aufl. 2008, Vor §§ 43a ff. Rn. 2.

sprüche ihm ggf. bei fehlerhafter Leistungserbringung zustehen wie der Kunde eines klassischen Telekommunikationsanbieters. Im Zweifelsfall haben Kunden von Substitut-OTT-Diensten sogar ein geringeres Bewusstsein für das Bestehen solcher Ansprüche, da für die Inanspruchnahme des Dienstes kein monetäres Entgelt fließt, was aber nichts daran ändert, dass Gewährleistungsansprüche bestehen können. Bei vergleichbarer Interessenlage und mindestens ebenso großer Informationsasymmetrie erscheint es jedoch gerechtfertigt, dass nicht nur Kunden klassischer elektronischer Kommunikationsdienste, sondern auch die Kunden von Substitut-OTT-Diensten beim Vertragsschluss entsprechend informiert werden (§ 43a Abs. 1 Nr. 9 TKG). Auch die sonstigen Gefahren für Endkunden, denen die Kundenschutzregulierung begegnen will, sind bei Substitut-OTT-Diensten strukturell denen bei Anbietern klassischer Dienste durchaus vergleichbar: Auch Substitut-OTT-Anbieter können ein Interesse haben, Kunden von einem Wechsel abzuhalten; auch im Verhältnis zu Substitut-OTT-Anbietern können Kunden nicht ohne Weiteres erkennen, wenn es zu Abweichungen zwischen vertraglich vereinbarter und tatsächlich verfügbarer Leistung kommt, sofern sie hierzu nicht zusätzliche Informationen von ihrem Anbieter erhalten.

Insgesamt lässt sich daher festhalten, dass ausgehend von Sinn und Zweck der Kundenschutzregulierung die Zunahme von Substitut-OTT-Diensten die bestehende Regulierungsbedürftigkeit nicht entfallen lässt. Vielmehr besteht bei der Inanspruchnahme von Substitut-OTT-Diensten grundsätzlich eine Gefährdungslage, die der bei der Inanspruchnahme von klassischen elektronischen Kommunikationsdiensten strukturell vergleichbar ist. Daraus folgt, dass die sektorspezifischen Kundenschutzvorschriften des TKG prinzipiell auch auf Substitut-OTT-Anbieter angewendet werden müssen. Dabei ist für jede Regelung im Einzelfall zu überprüfen, inwieweit ihre Anwendung auf Substitut-OTT-Dienste angezeigt ist.

Die Ausweitung der bestehenden Kundenschutzregulierung auf Substitut-OTT-Dienste ist darüber hinaus auch unter dem Gesichtspunkt der Wettbewerbsgleichheit zwischen Anbietern klassischer elektronischer Kommunikationsdienste einerseits und OTT-Anbietern andererseits geboten: Die Implementierung der Kundenschutzvorschriften verursacht Befolgungskosten, die zu Wettbewerbsverzerrungen führen können, wenn sie nicht von allen Anbietern getragen werden müssen, die tatsächlich oder potenziell miteinander in Wettbewerb um die gleichen Kunden stehen. Insofern ist es zur Herstellung von Wettbewerbsgleichheit erforderlich, auch Substitut-OTT-Anbieter grundsätzlich der Kundenschutzregulierung zu unterwerfen.

b) Fernmeldegeheimnis

Mit den Regelungen zum Fernmeldegeheimnis in § 88 TKG ist der Gesetzgeber seiner Pflicht nachgekommen, dem in Art. 10 GG geregelten Fernmeldegeheimnis auch im Verhältnis zu privaten Diensteanbietern Geltung zu verschaffen.⁶⁰ Die Regelungen sollen Nutzer von Telekommunikation gegenüber den Anbietern dieser Dienste vor einer unbefugten Kenntniserlangung des Inhalts sowie der näheren Umstände eines Kommunikationsvorgangs schützen.⁶¹ Europarechtlich ist die Regelung in Art. 5 Abs. 1 der Datenschutz-RL verankert.

Es wird bereits heute die Auffassung vertreten, dass auch Substitut-OTT-Anbieter in den Anwendungsbereich des § 88 TKG fallen.⁶² Rechtstechnisch lässt sich dies damit begründen, dass § 88 Abs. 2 TKG zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses jeden „Diensteanbieter“

⁶⁰ Pagenkopf, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 10 Rn. 21 ff.

⁶¹ Vgl. nur BVerfGE 130, 151.

⁶² Vgl. Graulich, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 2. Aufl. 2015, § 88 Rn. 6 und 48 ff.

i.S.d. § 3 Nr. 6 TKG verpflichtet und nicht nur Anbieter von „Telekommunikationsdiensten“ i.S.d. § 3 Nr. 24 TKG. Legt man diesen Begriff weit aus, können Substitut-OTT-Anbieter als Verpflichtete nach § 88 Abs. 2 TKG angesehen werden.

Die Zunahme der Wettbewerbsintensität durch Substitut-OTT-Anbieter lässt die Rechtfertigung der Anwendung des Fernmeldegeheimnisses auf klassische elektronische Kommunikationsdienste nicht entfallen. Die Regelungen zum Fernmeldegeheimnis sind verfassungsrechtlich determiniert und stehen insofern nicht zur Disposition des einfachen Gesetzgebers. Angesichts der hinter dem verfassungsrechtlichen Fernmeldegeheimnis stehenden Ratio ist vielmehr eine Einbeziehung von Substitut-OTT-Diensten in den persönlichen Anwendungsbereich der Regelungen zum Fernmeldegeheimnis zwingend: Das Fernmeldegeheimnis schützt die Vertraulichkeit der Kommunikation über eine bestimmte Distanz unter Einschaltung elektronischer Übermittlungsmöglichkeiten.⁶³ Es soll die Kommunikationspartner vor Gefahren für die Vertraulichkeit der Kommunikation schützen, die sich daraus ergeben, dass sie einen Dritten in den Kommunikationsvorgang einschalten müssen und insofern die Kontrolle über die Vertraulichkeit für die Dauer der Übertragung aufgeben.⁶⁴ Diese Gefährdungslage für die Vertraulichkeit der Kommunikation und die daraus resultierende Schutzbedürftigkeit von Nutzern besteht aber bei Substitut-OTT-Diensten in genau derselben Weise wie bei der Nutzung klassischer elektronischer Kommunikationsdienste: Auch hier bedienen sich die Kommunikationspartner eines Dritten – des OTT-Anbieters – und sind darauf angewiesen, dass dieser die Vertraulichkeit der Kommunikation achtet. Unschädlich ist insofern, dass bei der Nutzung von OTT-Diensten daneben auch noch weitere Personen zur Einhaltung des Fernmeldegeheimnisses verpflichtet sein können, beispielsweise der Breitbandinternetzugangsanbieter der beteiligten Kunden. Der Gesetzgeber selbst hat durch die Bezugnahme auf den Begriff „Diensteanbieter“ i.S.d. § 3 Nr. 6 TKG sowie die Formulierung, dass „jeder“ Diensteanbieter zur Einhaltung des Fernmeldegeheimnisses verpflichtet ist, bereits vorhergesehen, dass mehrere Personen bei einem Kommunikationsvorgang zur Einhaltung des Fernmeldegeheimnisses verpflichtet sein können.⁶⁵

Die Regelungen des Fernmeldegeheimnisses werden daher durch den Bedeutungszuwachs von Substitut-OTT-Anbietern nicht obsolet. Im Gegenteil: Es spricht viel dafür, dass es aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten ist, die Regelungen zum Fernmeldegeheimnis auch auf OTT-Anbieter anzuwenden. Substitut-OTT-Anbieter werden in elektronische Kommunikationsvorgänge ebenso eingebunden wie Anbieter klassischer elektronischer Kommunikationsdienste. Bei der Nutzung von Substitut-OTT-Diensten haben die Kommunikationspartner ebenso wie bei der Nutzung von klassischen elektronischen Kommunikationsdiensten keine Kontrolle über die Vertraulichkeit des Kommunikationsvorgangs. Die Gefährdungslage für die Vertraulichkeit der Kommunikation ist daher bei der Nutzung von Substitut-OTT-Diensten mit der bei der Nutzung von klassischen elektronischen Kommunikationsdiensten vergleichbar, so dass für beide Dienste die Regelungen zum Fernmeldegeheimnis zur Anwendung kommen müssen. Ausgehend von der derzeitigen Regulierungspraxis besteht hier zumindest Klarstellungsbedarf. Angesichts der etwas weiteren Formulierung von § 88 TKG scheint aber eine Einbeziehung von Substitut-OTT-Anbietern bereits auf Grundlage des geltenden Rechts naheliegend.

⁶³ BVerfGE 125, 260 (309) m.w.N.

⁶⁴ BVerfGE 115, 166 (182); 130, 151.

⁶⁵ Bock, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 88 Rn. 25.

c) **Datenschutz**

Die datenschutzrechtlichen Regelungen der §§ 91 ff. TKG haben ihre europarechtliche Grundlage in der Datenschutz-RL,⁶⁶ setzen aber zugleich auch die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG um.⁶⁷ Insbesondere auf Grund ihrer verfassungsrechtlichen Dimension stehen auch die Regelungen zum Datenschutz nicht zur vollständigen Disposition des einfachen Gesetzgebers. Vielmehr ist er mit ihnen seiner verfassungsrechtlichen Pflicht nachgekommen, bereichsspezifische Regelungen zum Schutz personenbezogener Daten bei der Nutzung elektronischer Kommunikationstechniken zu schaffen.⁶⁸ Vor diesem Hintergrund ist deutlich, dass die Zunahme der Wettbewerbsintensität durch Substitut-OTT-Anbieter nicht dazu führen kann, dass die bestehenden Regelungen zum Datenschutz insgesamt obsolet werden und dementsprechend die Regulierungsintensität verringert werden könnte. Im Gegenteil bestehen dieselben Gefahren, die bei der Nutzung von klassischen Telekommunikationsdiensten für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung bestehen, mindestens in gleicher Weise auch bei der Nutzung von Substitut-OTT-Diensten. Das Gefährdungspotenzial dürfte hier vielfach deshalb sogar noch höher einzustufen sein, weil viele dieser Dienste nicht die Zahlung eines monetären Entgelts voraussetzen, sondern sich dadurch finanzieren, dass sie Daten ihrer Nutzer monetarisieren. Von besonderer wirtschaftlicher Bedeutung dürften hier Verkehrsdaten i.S.d. § 3 Nr. 30 TKG sowie Standortdaten i.S.d. § 3 Nr. 19 TKG sein, die etwa für zielgerichtete ortsabhängige Werbung eingesetzt werden können. Ein Beispiel hierfür ist die Werbung auf einem Smartphone durch ein Geschäft, in dessen Nähe sich der Nutzer des Mobiltelefons befindet. Ausgehend von dieser – möglicherweise sogar bei Substitut-OTT-Diensten gesteigerten – Gefährdungslage für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, sind die datenschutzrechtlichen Regelungen des TKG auch auf Substitut-OTT-Anbieter anzuwenden. Dies dient – vergleichbar zu den kundenschutzrechtlichen Erwägungen – nicht nur der Herstellung der Wettbewerbsgleichheit zwischen Substitut-OTT-Anbietern und Anbietern klassischer elektronischer Kommunikationsdienste, es ist vielmehr in erster Linie zum Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung der Kunden geboten, dass sie bei der Inanspruchnahme von Substitut-OTT-Diensten ebenso geschützt sind wie sie dies bei elektronischen Kommunikationsdiensten sind.

Bisher werden die Regelungen zum Datenschutz allerdings auf Substitut-OTT-Anbieter nicht angewendet, weil sie an das Angebot eines Telekommunikationsdienstes i.S.d. § 3 Nr. 24 TKG anknüpfen. Da Substitut-OTT-Dienste derzeit nicht als Telekommunikationsdienst in diesem Sinne eingestuft werden, fallen sie bereits aus dem persönlichen Anwendungsbereich der Datenschutzregelungen heraus. Diese Regulierungspraxis führt nicht nur zu einem Schutzdefizit im Hinblick auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht der betroffenen Nutzer, sondern auch zu einer regulatorisch verursachten Wettbewerbsverzerrung, wenn nur die Anbieter klassischer elektronischer Kommunikationsdienste, nicht aber Substitut-OTT-Anbieter die sektorspezifischen Datenschutzvorgaben einhalten müssen. Im Hinblick auf das Datenschutzrecht besteht daher ein staatlicher Handlungsbedarf dahingehend, dass die entsprechenden Regelungen grundsätzlich auf Substitut-OTT-Anbieter anwendbar sein müssen. Wie dieser Handlungsbedarf erfüllt werden kann, insbesondere ob hierfür ein gesetzgeberi-

⁶⁶ Fn. 2.

⁶⁷ BVerfGE 65, 1.

⁶⁸ Vgl. BVerfGE 85, 386.

sches Tätigwerden erforderlich ist, wird bei der Frage der staatlichen Handlungsoptionen näher untersucht werden.⁶⁹

d) Öffentliche Sicherheit

Teil 7 „Öffentliche Sicherheit“ des TKG enthält eine vergleichsweise heterogene Regelungsmaterie, deren verbindendes Element darin besteht, dass u.a. Telekommunikationsdiensteanbietern Verpflichtungen auferlegt werden, die im öffentlichen Interesse liegen und Sicherheitsrelevanz aufweisen. Die Sicherheitsrelevanz kann sich dabei entweder aus der individuellen Sicherheitsperspektive der Nutzer von Telekommunikationsdiensten ergeben, wie dies im Falle der Notrufverpflichtung des § 108 TKG und der Sicherheitsmaßnahmen nach §§ 109 f. TKG der Fall ist. Der Sicherheitsbezug kann sich allerdings auch aus der Sicherheitsperspektive des Staates bzw. der Gesellschaft ergeben, wenn Telekommunikationsdiensteanbieter bestimmte Informationen an Sicherheitsbehörden weitergeben müssen, wie dies im Falle der Regelungen der §§ 110 ff. TKG der Fall ist, bzw. künftig Daten speichern müssen, wie dies nach § 113a TKG-E mit der Einführung der Vorratsdatenspeicherung geschehen wird.

Die Regelungen zur öffentlichen Sicherheit sind partiell – etwa die Notrufregelung des § 108 TKG durch Art. 26 Universaldienst-RL – sekundärrechtlich gefordert, teilweise – etwa die Regelungen der §§ 110 ff. TKG – sind sie aber auch europarechtlich jedenfalls nicht zwingend vorgegeben. Mit Ausnahme der Regelung des § 109 Abs. 1 TKG und ggf. des § 109a Abs. 1 TKG sind die Regelungen zur öffentlichen Sicherheit jedenfalls nicht konkret verfassungsrechtlich determiniert. Soweit der Gesetzgeber daher ihre Einführung beschlossen hat, ist dies oftmals auf seinen Gestaltungsspielraum zurückzuführen, vielfach hingegen nicht auf eine höherrangige Pflicht hierzu. Dies bedeutet, dass im Gegensatz zu den bisher untersuchten Regelungsbereichen der nicht primär wettbewerbsbezogenen Regulierung dem Gesetzgeber der Weg zu einer Aufhebung dieser Verpflichtungen für Anbieter klassischer elektronischer Kommunikationsdienste aus rechtlicher Sicht in weiten Teilen offen stünde, um so dem Postulat der Wettbewerbsgleichheit Genüge zu tun. Die hinter den einzelnen Regelungsmaterien der öffentlichen Sicherheit liegende gesetzgeberische Intention besteht jedoch letztlich unabhängig von der Frage, ob sich durch das Hinzutreten von Substitut-OTT-Diensten die Wettbewerbsintensität erhöht hat. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber den Bedeutungszuwachs von Substitut-OTT-Diensten zum Anlass nehmen wird, die bestehende Regulierungsintensität existierender elektronischer Kommunikationsdienste zu reduzieren.

Im Gegenteil steht vielmehr zu erwarten, dass künftig aus sicherheitsrechtlicher Perspektive die Frage an Bedeutung gewinnen wird, wie OTT-Dienste in das Sicherheitsregime des TKG integriert werden können. Bisher sind Substitut-OTT-Dienste den Regelungen zur öffentlichen Sicherheit weitgehend nicht unterworfen. Teilweise wird zwar für Substitut-OTT-Dienste, die auch eine Verbindung zu Festnetz- und Mobilfunknummern ermöglichen, die Auffassung vertreten, dass für sie jedenfalls die Notrufverpflichtung nach § 108 Abs. 1 TKG gelte.⁷⁰ In der Regulierungspraxis sind Substitut-OTT-Dienste allerdings deshalb von den Regelungen zur öffentlichen Sicherheit nicht betroffen, weil sie nicht unter den Begriff des „Telekommunikationsdienstes“ i.S.d. § 3 Nr. 24 TKG subsumiert werden, der jedoch für alle Re-

⁶⁹ Dazu unten IV.

⁷⁰ Eckhardt, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 108 Rn. 18.

gelungen zur öffentlichen Sicherheit entscheidend für die Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs der Normen ist.⁷¹

Im Bereich der öffentlichen Sicherheit gibt es also eine eindeutige Regulierungsasymmetrie zwischen Anbietern klassischer elektronischer Kommunikationsdienste einerseits und Substitut-OTT-Anbietern andererseits. Nur erstere unterliegen der sektorspezifischen Regulierung. Das ist unter dem Gesichtspunkt der Wettbewerbsgleichheit deshalb problematisch, weil die Erfüllung der Verpflichtungen zur öffentlichen Sicherheit regelmäßig mit Kosten verbunden ist, die die Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste selbst tragen müssen. Für den Fall des Notrufs wird dies in § 108 Abs. 1 S. 7 TKG sogar ausdrücklich festgeschrieben.⁷² Auch für die Verpflichtungen nach § 110 TKG sowie die erneut eingeführten Verpflichtungen zur Vorratsdatenspeicherung in den §§ 113a ff. TKG ist anerkannt, dass ein Kostenersatz hierfür nur in Bezug auf konkrete Auskunftsverlangen gewährt wird, nicht hingegen für die Kosten der Vorhaltung der entsprechenden Infrastruktur zur Erfüllung der gesetzlichen Speicher- bzw. Auskunftspflichten.⁷³ Ausweislich der Gesetzesbegründung zur Vorratsdatenspeicherung sind die damit einhergehenden Kosten durchaus erheblich.⁷⁴ Vor dem Hintergrund des Gebots der Wettbewerbsgleichheit ist es daher angezeigt, die bestehenden Regelungen auch auf Substitut-OTT-Anbieter anzuwenden, um regulierungsinduzierte Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Dies gilt aber letztlich auch deshalb, weil die Ratio der einzelnen Regelungsmaterien zur öffentlichen Sicherheit letztlich für Substitut-OTT-Dienste ebenso gilt wie für klassische elektronische Kommunikationsdienste: Der organisatorische Schutz von Fernmeldegeheimnis und Datenschutz ist bei Substitut-OTT-Diensten ebenso angezeigt, wie die sicherheitsrechtlichen Regelungen der §§ 110 ff. TKG unter dem Gesichtspunkt der Effektivität der Strafverfolgung und der Gefahrenabwehr bei Substitut-OTT-Diensten Anwendung finden müssen. Zweifel könnten allenfalls bei den Notrufverpflichtungen des § 108 TKG bestehen, weil hier zunächst zu klären wäre, ob Nutzer von Substitut-OTT-Diensten eine vergleichbare Erwartung an die Notruffunktionalität ihres jeweiligen Dienstes haben.

Ebenso wie in den Bereichen Kundenschutz, Fernmeldegeheimnis und Datenschutz gilt auch für die Regelungen zur öffentlichen Sicherheit, dass sie grundsätzlich künftig auch auf Substitut-OTT-Dienste anwendbar sein müssen, wobei ihre Anwendung im Einzelfall auf Grundlage der konkreten Verpflichtungen zu prüfen ist. Dies gilt zum einen, weil die Nichtanwendung der Regelungen zu regulierungsrechtlich induzierten Wettbewerbsverzerrungen zwischen Substitut-OTT-Diensten und elektronischen Kommunikationsdiensten führt, indem nur Letztere die Befolgungskosten der Regelungen zu tragen haben. Es gilt zum anderen aber auch deshalb, weil der hinter den jeweiligen Regelungen stehende Gesetzeszweck im Regelfall sowohl für klassische elektronische Kommunikationsdienste als auch für Substitut-OTT-Dienste einschlägig ist.

3. Zwischenergebnis

Der Bedeutungszuwachs von Substitut-OTT-Diensten macht es erforderlich, diese Dienste auch im Rahmen der sektorspezifischen Regulierung stärker als bisher zu berücksichtigen,

⁷¹ Vgl. *BNetzA*, Technische Richtlinien Notrufverbindungen, Juni 2011 V1, 6.3.2, S. 16, abrufbar unter http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Notruf/TRNotruf.pdf;jsessionid=8858D16369A7A90AC77C2014E33978E5?__blob=publicationFile&v=2.

⁷² Vgl. *Graulich*, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 2. Aufl. 2015, § 108 Rn. 21.

⁷³ Vgl. zur Vorratsdatenspeicherung BVerfGE 125, 260 (361 f.).

⁷⁴ BT-Drs. 18/5088, S. 3 f.

um den Geboten der Wettbewerbsgleichheit und Technologieneutralität der Regulierung Rechnung zu tragen.

Für die wettbewerbsbezogene Marktregulierung bedeutet dies, dass bei der Definition des relevanten Produktmarktes ebenso wie bei der Marktanalyse Substitut-OTT-Dienste in die Betrachtung mit einzubeziehen sind mit der Folge, dass regelmäßig eine stärkere Wettbewerbsintensität festgestellt werden kann, so dass sich die Frage nach der angemessenen Regulierungsintensität stellt. Die Zunahme der Wettbewerbsintensität wird dabei jedenfalls derzeit noch nicht dazu führen, dass die sektorspezifische Marktregulierung insgesamt aufgehoben werden kann. Substitut-OTT-Dienste beleben den Dienstewettbewerb auf dem Endkundenmarkt, sie verstärken jedoch nicht zwingend den Wettbewerb im Vorleistungsmarkt, also auf der Infrastrukturebene. Auch die Erhöhung der Dienstewettbewerbsintensität auf dem Endkundenmarkt sollte jedoch Anlass dazu geben, die Auferlegung von ex-ante-Regulierungsverpflichtungen künftig noch genauer auf ihre Erforderlichkeit hin zu überprüfen. Der BNetzA stehen hierfür bereits heute die gesetzlichen Grundlagen zur Verfügung, ein legislativer Handlungsbedarf besteht insofern nicht.

Bei der nicht primär wettbewerbsbezogenen sonstigen Regulierung besteht ausgehend von der derzeitigen Regulierungspraxis eine problematische Asymmetrie zwischen Anbietern klassischer elektronischer Kommunikationsdienste einerseits und Substitut-OTT-Diensten andererseits. Die Regulierungsasymmetrie ist in den Bereichen des Datenschutzes und des Fernmeldegeheimnisses aus verfassungsrechtlichen Gründen so aufzulösen, dass künftig auch Substitut-OTT-Anbieter den entsprechenden Verpflichtungen unterworfen werden. In den Bereichen Kundenschutz und öffentliche Sicherheit ist die Einbeziehung von Substitut-OTT-Diensten zwar nicht durchgängig aus verfassungsrechtlicher Sicht geboten. Hier ist eine Einbeziehung von Substitut-OTT-Anbietern aber zum einen deshalb erforderlich, weil die Ratio der bestehenden kundenschutzrechtlichen bzw. sicherheitsrechtlichen Regelungen auf Substitut-OTT-Dienste in gleicher Weise zutrifft wie bei klassischen elektronischen Kommunikationsdiensten. Zum anderen führt eine unterschiedliche Behandlung der beiden Anbietergruppen zu einer Belastungsungleichheit, die Ursache regulierungsinduzierter Wettbewerbsverzerrungen sein kann und daher weder mit dem Gebot der Wettbewerbsgleichheit noch der Technologieneutralität der Regulierung vereinbar ist.

IV. Handlungsoptionen

Ausgehend davon, dass die derzeitige regulatorische Praxis der weitgehenden Nichtberücksichtigung von Substitut-OTT-Anbietern sowohl im Rahmen der wettbewerbsbezogenen Marktregulierung als auch der nicht primär wettbewerbsbezogenen Regulierung potenziell zu Wettbewerbsverzerrungen und partiell zu Schutzlücken führt, ist zu erwägen, welche konkreten Handlungsoptionen bestehen, Substitut-OTT-Dienste bereits heute auf eine Weise zu regulieren, die diese Defizite beseitigt.

In einem ersten Schritt ist dabei zu fragen, ob das TKG für eine Auslegung der jeweils relevanten Normen offen ist, bei der nicht nur klassische elektronische Kommunikationsdienste sektorspezifisch reguliert werden. Im Falle einer solchen Auslegungsoffenheit könnte die BNetzA durch eine entsprechende Änderung der Regulierungspraxis die gebotene Einbeziehung von Substitut-OTT-Diensten auch ohne weitere gesetzgeberische Aktivitäten erreichen. Zu prüfen ist dann ggf. noch, ob eine solche Auslegungspraxis gegen die europarechtlichen Grundlagen des TKG verstoßen würde.

Sollte das TKG nicht entsprechend auslegungsoffen sein, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob der bestehende europäische Rechtsrahmen dem nationalen Gesetzgeber einen Umsetzungsspielraum belässt, das TKG in einer Weise anzupassen, die der BNetzA kurzfristig eine Einbeziehung von Substitut-OTT in die bestehende Regulierung ermöglicht.

Sofern die Einbeziehung von Substitut-OTT-Diensten in die bestehende Regulierung weder auf Grundlage des bestehenden TKG möglich, noch eine entsprechende Änderung der gesetzlichen Regelungen durch den nationalen Gesetzgeber europarechtlich zulässig ist, verbliebe dem nationalen Gesetzgeber bzw. der Bundesrepublik nur noch die Möglichkeit, im Rahmen des TK-Review-Prozesses auf diesbezügliche Änderungen der europäischen Richtlinien hinzuwirken. Angesichts des rasanten Bedeutungszuwachses von OTT-Diensten einerseits sowie einer voraussichtlich nicht vor dem Jahr 2020 zu erwartenden Änderung des TKG aufgrund des europäischen TK-Review, wäre diese letzte Möglichkeit möglicherweise nicht mehr rechtzeitig, um Wettbewerbsgleichheit herzustellen und Schutzlücken zu schließen, die durch die Nichtregulierung von Substitut-OTT-Diensten entstanden sind.

1. Handlungsoptionen der BNetzA

Wie bereits oben ausgeführt kann die BNetzA im Rahmen der ihr zustehenden Handlungsspielräume dazu verpflichtet sein, bestehende regulatorische Wettbewerbsverzerrungen zwischen Anbietern klassischer elektronischer Kommunikationsdienste und Substitut-OTT-Anbietern zu beseitigen.

a) Wettbewerbsbezogene Marktregulierung

Vergleichsweise einfach könnte das im Bereich der Marktregulierung erreicht werden, da die Behörde die Wettbewerbswirkungen der Substitut-OTT-Dienste in den entsprechenden Endkundenmärkten und die daraus folgenden Konsequenzen für die Regulierungsbedürftigkeit auf den korrespondierenden Vorleistungsmärkten bereits auf Grundlage des geltenden Rechts stärker berücksichtigen könnte. Die Einbeziehung von Substitut-OTT-Diensten in den relevanten Markt etwa bei der Regulierung der Terminierung von Sprachverbindungen ins Festnetz und in Mobilfunknetze (Märkte 1 und 2) wäre durchaus zulässig. Sie wurde von der Behörde ja auch schon erwogen, im Ergebnis jedoch bisher ablehnt.⁷⁵ Hier wäre – auch angesichts der insofern eindeutigen Hinweise bezüglich einer zukunftsgerichteten Betrachtung von Substitutionsbeziehungen in den Erwägungsgründen der Märkteempfehlung⁷⁶ – durchaus über eine künftige Einbeziehung nachzudenken.

Aus einer Einbeziehung von Substitut-OTT-Diensten im Rahmen der Marktdefinition und Marktanalyse folgt dabei nicht zwingend, dass die Regulierungsintensität reduziert werden muss. Es ist aber noch genauer als bisher abzuwägen, ob und wenn ja inwieweit Vorabverpflichtungen zur Gewährleistung von Wettbewerb erforderlich sind.

b) Nicht primär wettbewerbsbezogene sektorspezifische Regulierung

Im Rahmen der nicht primär wettbewerbsbezogenen Regulierung bestehen unzulässige Regulierungsasymmetrien bzw. Schutzlücken in den Bereichen Kundenschutz, Datenschutz, Fernmeldegeheimnis und öffentliche Sicherheit. Diese Defizite könnten durch die Subsumtion von Substitut-OTT-Diensten unter den Begriff „Telekommunikationsdienst“ i.S.d. § 3 Nr. 24 TKG beseitigt werden, da die genannten Regelungsbereiche regelmäßig Anbieter öf-

⁷⁵ BNetzA, Konsultationsentwurf Anrufzustellung auf der Vorleistungsebene in einzelnen Mobilfunknetzen – Markt Nr. 2 der Märkteempfehlung 2014 – BK 1-14/002, S. 66.

⁷⁶ Empfehlung 2014/710/EU (Fn. 47), Erwägungsgrund 10.

fentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste in den persönlichen Anwendungsbereich einbeziehen. Damit würde die grundsätzliche Anwendbarkeit der Regelungen auf Substitut-OTT-Dienste erreicht. Die BNetzA müsste dann in den konkreten Einzelfällen überprüfen, ob auch die Anwendung einer konkreten Norm auf Substitut-OTT-Dienste sinnvoll ist. Bei der Auslegung des Begriffs „elektronischer Kommunikationsdienst“ i.S.d. § 3 Nr. 24 TKG ist stets die ihm zugrundeliegende Regelung des Art. 2 lit. c) Rahmen-RL im Blick zu behalten, um eine mögliche Auslegungsoffenheit des nationalen Rechts im Sinne richtlinienkonformer Auslegung zu schließen.

aa) Einordnung von Substitut-OTT-Dienste als „Telekommunikationsdienst“?

Inwieweit Substitut-OTT-Dienste als Telekommunikationsdienste bzw. elektronische Kommunikationsdienste eingestuft werden können, ist derzeit umstritten.⁷⁷ In der Regulierungspraxis werden sie jedenfalls bisher nicht als Telekommunikationsdienste behandelt.

Nach § 3 Nr. 24 TKG ist ein Telekommunikationsdienst ein Dienst, der

- in der Regel gegen Entgelt erbracht wird und
- ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze

besteht. Europarechtliche Grundlage des Begriffs „Telekommunikationsdienst“ ist wie bereits ausgeführt der „elektronische Kommunikationsdienst“ i.S.d. Art. 2 lit. c) Rahmen-RL. Dieser wird dort definiert 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.“

Die Definitionsmerkmale des elektronischen Kommunikationsdienstes entsprechen insoweit weitgehend denen des Telekommunikationsdienstes. Auf europäischer Ebene wird lediglich klarstellend noch zusätzlich gefordert, dass der Diensteanbieter keine redaktionelle Kontrolle ausüben darf. Dies dürfte jedoch bei Substitut-OTT-Anbietern regelmäßig nicht der Fall sein.

Im Hinblick auf Substitut-OTT-Dienste wird das Vorliegen beider positiven Definitionsmerkmale („Entgeltlichkeit“ und „Signalübertragung“) in Frage gestellt:⁷⁸

bb) Kriterium der Entgeltlichkeit

Die Erfüllung des Erfordernisses der Entgeltlichkeit scheint für zahlreiche OTT-Dienste deshalb zu verneinen zu sein, weil sie von ihren Kunden keine in Geld bemessene Gegenleistung für die Nutzung des Dienstes erheben. Gegen eine solche Auslegung lässt sich allerdings zum einen einwenden, dass bereits nach dem Wortlaut von § 3 Nr. 24 TKG die Entgeltlichkeit eines Dienstes nur „in der Regel“ gegeben sein muss. Dabei ist der Wortlaut der Norm durch-

⁷⁷ BEREC, Report on OTT services, BoR (16) 35, S. 11 – 3.2.

⁷⁸ BEREC, Report on OTT services, BoR (16) 35, S. 11 ff. – 3.2.1, 3.2.2.

aus einer Auslegung offen, bei der sich dieses Erfordernis der „Regelmäßigkeit“ auf den Dienstetyp und nicht auf den konkreten Dienst bezieht.⁷⁹ Zu fragen ist also nicht, ob der konkrete Substitut-OTT-Dienst entgeltpflichtig angeboten wird, sondern ob es sich um einen Dienst handelt, für den allgemein ein Entgelt erhoben wird. Im Falle eines Sprach-OTT-Dienstes ist demnach nicht entscheidend, ob dieser Dienst kostenlos angeboten wird, sondern ob Sprachdienste im Allgemeinen regelmäßig nur gegen Entgelt angeboten werden.

Selbst wenn man aber dieser Auslegung des Merkmals „in der Regel“ nicht folgen wollte, scheitert die Einbeziehung von nicht mit Geld zu bezahlenden Substitut-OTT-Diensten gleichwohl nicht am Merkmal der „Entgeltlichkeit“. Dieses ist nämlich – in Einklang mit der europarechtlichen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zur insoweit vergleichbaren Problematik bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs der Dienstleistungsfreiheit⁸⁰ – nicht nur dann erfüllt, wenn eine in Geld bemessene Gegenleistung für die Nutzung eines Dienstes fließt. Die Entgeltlichkeit einer Leistung ist auch dann zu bejahen, wenn sie von einer anderen Gegenleistung abhängt, die einen wirtschaftlichen Wert hat.⁸¹ Die Gegenleistung in diesem Sinne ist bei der Nutzung der meisten kostenlosen OTT-Dienste die Überlassung personenbezogener Daten, die vom OTT-Diensteanbieter dann durch gezielte Werbung monetisiert werden können. Auch scheinbar kostenlose Dienste werden vor diesem Hintergrund nicht unentgeltlich erbracht, das geleistete Entgelt besteht lediglich nicht in Geld, sondern in einem anderen Wirtschaftsgut.⁸²

cc) Kriterium der Signalübertragung

Problematischer erscheint das zweite Definitionsmerkmal für einen Telekommunikationsdienst: „ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze“ bestehend. Dies kann man in einem engen Sinn so verstehen, dass der Anbieter eines Dienstes die Signalübertragung auf einer technischen Ebene, die unterhalb der Anwendungsebene des OSI-Schichtenmodells liegt, selbst durchführen, zumindest aber kontrollieren können muss.⁸³ Versteht man das Kriterium in diesem engen Sinn, würden Substitut-OTT-Anbieter hiervon regelmäßig nicht erfasst, da sie oftmals lediglich die Dienstebene kontrollieren.

Gegen ein solch enges Verständnis des Kriteriums spricht zunächst, dass es von den technischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten der klassischen vermittlungsbasierten Telekommunikation ausgeht, die durch paketvermittelte Übertragung von Diensten und Inhalten in der Ablösung begriffen ist. Der europäische Normgeber selbst hat jedoch schon in der Wettbewerbs-RL den Begriff „Telekommunikationsdienst“ gerade deshalb nicht mehr verwendet und ihn durch den Begriff „elektronischer Kommunikationsdienst“ ersetzt, um neuen technischen Entwicklungen und „dem Phänomen der Verschmelzung Rechnung zu tragen“.⁸⁴ Wenn sich der europäische Normgeber damit aber bewusst sprachlich vom engen Verständnis eines Telekommunikationsdienstes gelöst hat, spricht viel dafür, dass daraus auch eine

⁷⁹ Fetzer, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 2. Aufl. 2015, § 3 Rn. 104.

⁸⁰ Vgl. Peitz/Schweitzer/Valletti, Market Definition, Market Power and Regulatory Interaction in Electronic Communications Markets, Cerre Study, S. 48 ff. m.w.N.

⁸¹ EuGH, Urt. v. 5.10.1988, Rs. 196/87, Slg. 1988, 6159.

⁸² BKartA, Digitale Ökonomie – Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz, Hintergrundpapier zur Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht am 1.10.2015, S. 15 ff.

⁸³ In diese Richtung wohl Peitz/Schweitzer/Valletti, Market Definition, Market Power and Regulatory Interaction in Electronic Communications Markets, Cerre Study, S. 48 ff. m.w.N.

⁸⁴ Richtlinie 2002/77/EG der Kommission v. 16.9.2002 über den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. L 249, S. 21, Erwägungsgrund 7.

inhaltliche Weiterung folgt, bei der das Kriterium der Signalübertragung eher funktional als in einem rein technischen Sinne zu verstehen ist.

Auch der Rahmen-RL lässt sich entnehmen, dass die exakte technische Realisierung eines elektronischen Kommunikationsdienstes für die Frage seiner Regulierung nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein sollte. Dies kommt zum einen im Grundprinzip der Technologieneutralität der Regulierung zum Ausdruck, das letztlich einem technikbezogenen Regulierungsansatz zugunsten eines funktionalen Regulierungsansatzes eine Absage erteilt. Zum anderen lässt sich aus den Erwägungsgründen zur Rahmen-RL ablesen, dass die Grenze der sektorspezifischen Telekommunikationsregulierung entlang der Unterscheidung von Übertragung und übertragenem Inhalt verläuft, nicht hingegen entlang technischer Details der Art der Übertragung.⁸⁵

Entscheidend dafür, ob ein Dienst dem Begriff des elektronischen Kommunikationsdienstes unterfällt, sollte dementsprechend nicht vorrangig die exakte technische Realisierung sein, sondern eine funktionale Betrachtung. Ausgehend von dieser Betrachtungsweise spricht viel dafür, dass klassische elektronische Kommunikationsdienste und Substitut-OTT-Dienste funktional austauschbar sind und dementsprechend beide unter den Begriff des elektronischen Kommunikationsdienstes zu subsumieren sind.

Dies steht auch im Einklang mit der grundsätzlichen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, der den Begriff des elektronischen Kommunikationsdienstes unter teleologischen Gesichtspunkten weit auslegt, da ein zu enges Begriffsverständnis nach Auffassung des Gerichts den Anwendungsbereich des europäischen Rechtsrahmens für Telekommunikation gegenstandslos machen und damit das Ziel der Schaffung eines elektronischen Binnenmarktes gefährden könnte.⁸⁶

Legt man das Kriterium der Signalübertragung im Sinne einer richtlinienkonformen Auslegung von § 3 Nr. 24 TKG weiter als bisher aus, kann man es auch so verstehen, dass der erbrachte Dienst auf der Übertragung von Signalen über ein Telekommunikationsnetz basieren muss, die vom Anbieter zwar angeboten, aber nicht zwingend selbst durchgeführt oder kontrolliert werden muss. In diesem Sinne kann man auch die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *UPC vs. Nemzeti* verstehen. Der Gerichtshof hat dort ausgeführt:

„In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass der Umstand, dass die Übertragung des Signals über eine Infrastruktur erfolgt, die nicht der UPC gehört, für die Einordnung der Art der Dienstleistung unerheblich ist. Es kommt nämlich nur darauf an, dass die UPC gegenüber den Endnutzern für die Übertragung des Signals, die diesen die Bereitstellung des Dienstes, den sie abonniert haben, gewährleistet, verantwortlich ist.“⁸⁷

Dies spricht jedoch dafür, dass der Anbieter eines elektronischen Kommunikationsdienstes allein auf der Anwendungsebene tätig sein kann, solange er nur für die Signalübertragung „verantwortlich“ ist, unabhängig davon wer diese Signalübertragung technisch realisiert. Den Begriff der „Verantwortlichkeit“ kann man dabei in einem Sinn (nur) rechtlicher bzw. organisatorischer Verantwortlichkeit, nicht aber technischer Verantwortlichkeit verstehen. In diesem Sinne sind Substitut-OTT-Anbieter für die Signalübertragung verantwortlich: Ein Substitut-OTT-Anbieter sagt seinen Kunden zumindest zu, dass ihre Nachrichten elektronisch

⁸⁵ Rahmen-RL (Fn. 2), Erwägungsgrund 5.

⁸⁶ *EuGH*, Urt. v. 7.11.2013, Rs. C-518/11, ZUM-RD 2014, 69 (Tz. 45).

⁸⁷ *EuGH*, Urt. v. 30.4.2014, Rs. C-475/12, ZUM-RD 2014, 469 (Tz. 43).

an einen bestimmten Empfänger übermittelt werden. Substitut-OTT-Anbieter müssen ebenso wie Anbieter eines klassischen elektronischen Kommunikationsdienstes dafür Sorgen tragen, dass übertragene Nachrichten bzw. Gespräche beim gewünschten Kommunikationspartner ankommen. In diesem Sinne kann man von einer „Erfolgsverantwortung“ des OTT-Anbieters für die Signalübertragung sprechen, selbst wenn die konkrete Signalübertragung technisch nicht im unmittelbaren Verantwortungsbereich des OTT-Anbieters liegt.⁸⁸

Wählt man eine solch weite Auslegung, die vom Wortlaut der Norm durchaus gedeckt ist, würden auch Substitut-OTT-Anbieter „Telekommunikationsdienste“ bzw. „elektronische Kommunikationsdienste“ anbieten, da die Übertragung von Sprache, Bild und Ton über das Internet zumindest überwiegend auf der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze basiert und die Anbieter hierfür verantwortlich sind.⁸⁹ Ausgehend von der Legaldefinition in § 3 Nr. 24 TKG könnten Substitut-OTT-Dienste dann bei einer teleologischen Auslegung der Norm bereits auf Grundlage des geltenden Rechts als Telekommunikationsdienst behandelt werden.

c) Zwischenergebnis

Die gebotene regulatorische Gleichbehandlung von Substitut-OTT-Diensten mit den korrespondierenden klassischen Telekommunikationsdiensten könnte bereits heute auf Grundlage des geltenden Rechts durch eine entsprechend erweiternde Auslegung des Begriffs „Telekommunikationsdienst“ erreicht werden. Der Wortlaut des § 3 Nr. 24 TKG ist für eine Auslegung offen, und auch die zugrundeliegenden europarechtlichen Vorgaben der Rahmen-RL würden eine solche Auslegung zulassen, bei die Kriterien der Entgeltlichkeit und der Signalübertragung auch von Substitut-OTT erfüllt werden können.⁹⁰

Auch BEREC hat in seinem Bericht zu OTT-Diensten zu erkennen gegeben, dass der Begriff des elektronischen Kommunikationsdienstes in einer Weise ausgelegt werden kann, die Substitut-OTT-Dienste erfasst.⁹¹ BEREC gibt allerdings zu bedenken, dass der Begriff auch für andere Auslegungsergebnisse offen ist und regt daher eine gesetzgeberische Klarstellung auf europäischer Ebene an.⁹² Für die BNetzA bedeutet dies freilich, dass sie bereits heute Substitut-OTT-Dienste als Telekommunikationsdienste einstufen könnte und sie auf diese Weise ebenso wie klassische Telekommunikationsdienste behandeln könnte. Ausgehend davon, dass hierdurch besser als bisher den Geboten der Wettbewerbsgleichheit und der Technologieutralität der Regulierung Rechnung getragen würde, sollte die Behörde ihre Auslegungspraxis entsprechend anpassen. Im Hinblick auf Email-Dienste vertritt die BNetzA schon länger die Ansicht, dass es sich bei diesen regelmäßig – im konkreten Fall „Gmail“ – um Telekommunikationsdienste handelt. Die Frage bildet derzeit den Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens, in welchem die BNetzA – der Ansicht von *Kühling* und *Schall*⁹³ folgend – den Begriff der Signalübertragung weit und eher funktional als rein technisch auslegt.⁹⁴

⁸⁸ Dies ist regelmäßig auch bei Email-Diensten so, die nach Erwägungsgrund 10 der Rahmen-RL (Fn. 2) ausdrücklich von der Richtlinie umfasst sein sollen.

⁸⁹ *Graulich*, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 2. Aufl. 2015, § 88 Rn. 48.

⁹⁰ *BEREC*, Report on OTT services, BoR (16) 35, S. 37 – 7; ebenso *Kühling/Schall*, CR 2015, 641 (648 ff.); *Kremer/Völkel*, CR 2015, 501 (504); a.A. *Gersdorf*, K&R 2016, 91 (96).

⁹¹ *BEREC*, Report on OTT services, BoR (16) 35, S. 37 – 7.

⁹² *BEREC*, Report on OTT services, BoR (16) 35, S. 37 – 7.

⁹³ *Kühling/Schall*, CR 2015, 641 (648 ff.); so auch *Kremer/Völkel*, CR 2015, 501 (504); *Martini/Zimmermann*, 2007, 368 (372 f.); a.A. *Gersdorf*, K&R 2016, 91 (96).

⁹⁴ Dem folgt in der gerichtlichen Auseinandersetzung auch das *VG Köln*, MMR 2016, 141 (Tz. 53 ff.); vgl. dazu *Schuster*, CR 2016, 173; *Grünwald/Nußing*, MMR 2016, 91 (93 ff.); *Telle*, K&R 2016, 166.

2. Handlungsoptionen des nationalen Gesetzgebers

Angesichts der zuvor festgestellten Offenheit sowohl des bestehenden nationalen wie auch des europarechtlichen Rahmens für eine Einbeziehung von Substitut-OTT-Diensten sind gesetzgeberische Aktivitäten nicht zwingend erforderlich. Sie können insofern sinnvoll sein, da – wie auch von BEREC festgestellt⁹⁵ – die hier vorgeschlagene nicht die einzig mögliche Auslegung darstellt, so dass die derzeitige Rechtslage eine gewisse Rechtsunsicherheit mit sich bringt. Der nationale Gesetzgeber könnte dementsprechend die Definition des Telekommunikationsdienstes in einer Weise konkretisieren, die diese Rechtsunsicherheit beseitigt. Er wäre hierzu auch außerhalb bzw. vor Umsetzung des TK-Review befugt, d.h. unabhängig von einer Änderung der europarechtlichen Grundlagen, da der europarechtliche Begriff des „elektronischen Kommunikationsdienstes“ wie oben gezeigt seinerseits auch für eine Einbeziehung von Substitut-OTT-Diensten offen ist. Zur Klarstellung und Schaffung von Rechtssicherheit könnte der Gesetzgeber den Begriff des Telekommunikationsdiensteanbieters wie folgt legaldefinieren:

„Telekommunikationsdienste‘ in der Regel gegen Entgelt, das sowohl in Geld als auch in einer sonstigen wirtschaftlichen Gegenleistung bestehen kann, erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen bestehen, unabhängig davon, wer die Signalübertragung durchführt bzw. kontrolliert, einschließlich Übertragungsdienste in Rundfunknetzen;“

Damit wäre gewährleistet, dass klassische elektronische Kommunikationsanbieter und Substitut-OTT-Angebote den gleichen rechtlichen Regelungen unterliegen. Die BNetzA müsste dann allerdings im Einzelfall noch überprüfen, ob eine konkrete Regelung auch sinnvoll auf Substitut-OTT-Dienste angewendet werden kann oder ob sie insgesamt obsolet geworden ist.

3. Zwischenergebnis

Die gebotene regulatorische Gleichbehandlung von Substitut-OTT-Diensten und klassischen elektronischen Kommunikationsdiensten kann dadurch erreicht werden, dass der Begriff „Telekommunikationsdienst“ erweiternd dahingehend ausgelegt wird, dass er auch Substitut-OTT-Dienste erfasst. § 3 Nr. 24 TKG ist für eine entsprechende Auslegung offen, die auch mit den europarechtlichen Grundlagen des TKG in Einklang stünde.

Angesichts der Auslegungsoffenheit des § 3 Nr. 24 TKG besteht allerdings auch die Möglichkeit, dass der nationale Gesetzgeber in europarechtskonformer Weise durch eine Konkretisierung des Begriffs „Telekommunikationsdienst“ die derzeitige Rechtsunsicherheit dahingehend beseitigt, dass auch Substitut-OTT-Dienste ausdrücklich davon erfasst werden.

Auf diese Weise würde nicht nur das bestehende regulatorische Defizit im Hinblick auf Substitut-OTT-Dienste beseitigt, sondern auch das von BEREC diagnostizierte Informationsdefizit, das daraus resultiert, dass Substitut-OTT-Dienste derzeit nicht auskunftspflichtig nach § 127 TKG sind.⁹⁶ Da sich diese Auskunftspflicht ebenfalls an Telekommunikationsdiensteanbieter richtet, wären bei einer erweiternden Auslegung des Begriffs auch Substitut-OTT-Diensteanbieter hiervon erfasst. Ein weiterer Vorteil bestünde darin, dass hierdurch grundsätzlich auch Substitut-OTT-Anbieter der Meldepflicht des § 6 TKG unterfallen würden,⁹⁷ so

⁹⁵ BEREC, Report on OTT services, BoR (16) 35, S. 37 – 7.

⁹⁶ BEREC, Report on OTT services, BoR (16) 35, S. 22 – 4.3.2.

⁹⁷ Dieses Anliegen verfolgt die BNetzA bereits gegenüber Google in einem gerichtlichen Verfahren, vgl. VG Köln, MMR 2016, 141.

dass die BNetzA einen besseren Marktüberblick erhalten könnte, der ihr eine noch genauere Einschätzung der wettbewerblichen Auswirkungen von Substitut-OTT-Diensten erlauben würde.

Eine solche Auslegungslösung des regulatorischen Defizits im Hinblick auf Substitut-OTT-Dienste, ggf. in Kombination mit einer gesetzgeberischen deklaratorischen Klarstellung in § 3 Nr. 24 TKG, hätte den Vorteil, dass hiermit umgehend auf den Bedeutungszuwachs von Substitut-OTT-Diensten und die daraus resultierenden regulatorischen Ungleichheiten und Schutzlücken reagiert werden könnte. Nimmt man die Wachstumsgeschwindigkeit dieser Dienste in der Vergangenheit als Indikator für ihr künftiges Wachstum, so wird klar, dass eine Berücksichtigung dieser Dienste im Rahmen der sektorspezifischen Regulierung erst nach Durchführung des TK-Review und damit nicht vor dem Jahr 2020 für die Beseitigung möglicher Wettbewerbsverzerrungen zu spät kommen könnte.

Daraus folgt nicht, dass die Frage der Regulierung von OTT-Diensten im Rahmen des TK-Review keine Rolle mehr spielen müsste. Dies gilt jedenfalls für die Komplementär-OTT (OTT-2), die vorliegend nicht näher untersucht worden sind. Es ist aber mit Blick auf die Substitut-OTT erforderlich, ihre Entwicklung genau zu beobachten, um weitergehenden Regulierungsbedarf, aber auch mögliche Regulierungsrückführungsmöglichkeiten, die sich aus künftigen Entwicklungen ergeben könnten, rechtzeitig erkennen und ihnen gesetzgeberisch Rechnung tragen zu können.

C Ergebnisse

1. Substitut-OTT-Dienste, d.h. solche Dienste, die funktional mit klassischen elektronischen Kommunikationsdiensten vergleichbar sind, müssen aus Gründen der Wettbewerbsgleichheit und der Technologieneutralität vergleichbaren regulatorischen Regelungen unterliegen wie klassische elektronische Kommunikationsdienste.
2. Die gebotene regulatorische Gleichbehandlung ist soweit wie möglich zunächst auf der Ebene des Gesetzesvollzugs durch die BNetzA zu verwirklichen. Nur dann, wenn das TKG nicht entsprechend auslegungsoffen ist, muss der Gesetzgeber die entsprechende rechtliche Gleichbehandlung gesetzlich normieren. Hierbei ist er grundsätzlich berechtigt, Gleichheit sowohl durch eine Ausdehnung der bestehenden sektorspezifischen Regulierung auf Substitut-OTT-Dienste als auch durch eine Rückführung der bestehenden Regulierung für alle Dienste herbeizuführen. Ausgehend vom deregulatorischen Ansatz des europäischen Rechtsrahmens steht dabei die Frage nach dem Deregulierungspotenzial am Anfang. Sie muss jedoch bezogen auf jede einzelne regulierungsrechtliche Regelung untersucht werden und kann nicht pauschal im Sinne einer Zwangsläufigkeit zur vollständigen Aufhebung der sektorspezifischen Regulierung beantwortet werden.
3. In Bezug auf die wettbewerbsbezogene Marktregulierung macht es der Bedeutungszuwachs von Substitut-OTT-Diensten erforderlich, dass diese im Rahmen von Marktdefinition und Marktanalyse stärker berücksichtigt werden, als dies bisher der Fall ist. Dies führt voraussichtlich dazu, dass von einer höheren Wettbewerbsintensität in bisher regulierten Märkten auszugehen ist, so dass die Frage nach deren Regulierungsbedürftigkeit neu zu untersuchen ist. Eine höhere Wettbewerbsintensität hat allerdings nicht zwangsläufig zur Konsequenz, dass die Vorleistungsregulierung insgesamt aufgehoben werden kann, da die durch Substitut-OTT-Dienste stimulierte höhere Wettbewerbsintensität vorrangig auf Endkundemärkten zum Tragen kommt. Jedenfalls muss aber auch auf Vorleistungsmärkten künftig die Erforderlichkeit von ex-ante-Regulierungseingriffen stärker hinterfragt werden.
4. In Bezug auf die nicht primär wettbewerbsbezogene Regulierung in den Bereichen Kundenschutz, Datenschutz, Fernmeldegeheimnis und öffentliche Sicherheit ist festzustellen, dass der Bedeutungsgewinn von Substitut-OTT-Diensten auf die spezifische Regulierungsbedürftigkeit keinen grundsätzlichen Einfluss haben dürfte. Die mit den jeweiligen Regulierungsregimen verfolgten Ziele bestehen weitgehend unabhängig von der Wettbewerbsintensität in einem Markt. Teilweise sind die Ziele auch verfassungsrechtlich vorgegeben und damit der Disposition des einfachen Gesetzgebers entzogen. Wettbewerbsgleichheit, die zugleich den nicht dispositiven Schutzziele Rechnung trägt, lässt sich in diesen Bereichen daher regelmäßig nur dadurch erreichen, dass auch Substitut-OTT-Dienste in die sektorspezifische Regulierung mit einbezogen werden und auf diese Weise alle Anbieter – klassischer elektronischer Kommunikationsdienste ebenso wie von Substitut-OTT-Diensten – vergleichbaren rechtlichen Regelungen unterliegen.
5. Die Gleichbehandlung aller Anbieter bei der nicht primär wettbewerbsbezogenen Regulierung könnte dadurch erreicht werden, dass künftig auch Substitut-OTT-Dienste unter den Begriff „Telekommunikationsdienst“ i.S.d. § 3 Nr. 24 TKG bzw. „elektronischer Kommunikationsdienst“ i.S.d. Art. 1 Abs. 1 Rahmen-RL subsumiert werden. Der Begriff ist zentrale Schalthorm für den persönlichen Anwendungsbereich der überwiegenden Anzahl von Einzelregelungen, die sektorspezifische Verpflichtungen der Anbieter begründen.
6. Die Subsumtion von Substitut-OTT-Diensten unter den Begriff „Telekommunikationsdienst“ wäre bereits auf Grundlage des geltenden Rechts vom Wortlaut des § 3 Nr. 24 TKG

gedeckt und auch europarechtlich zulässig. In einem ersten Schritt sollte die BNetzA also erwägen, ihre bisherige Auslegungspraxis entsprechend anzupassen.

7. Aus Gründen der Rechtssicherheit könnte der nationale Gesetzgeber auch außerhalb des bzw. vor dem TK-Review eine entsprechende Klarstellung in das TKG aufnehmen. Die europäischen Richtlinien belassen hierzu einen ausreichenden Umsetzungsspielraum.

8. Eine Klarstellung des Begriffs „Telekommunikationsdienst“ im TKG könnte wie folgt vorgenommen werden: *„Telekommunikationsdienste‘ in der Regel gegen Entgelt, das sowohl in Geld als auch in einer sonstigen wirtschaftlichen Gegenleistung bestehen kann, erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen bestehen, unabhängig davon, wer die Signalübertragung durchführt bzw. kontrolliert, einschließlich Übertragungsdienste in Rundfunknetzen;“*

9. Angesichts der rasanten Entwicklung im Bereich der Substitut-OTT-Dienste ist ein Zuwarten mit der Entscheidung, wie sie regulatorisch zu behandeln sind, bis zum TK-Review nicht empfehlenswert. Zum einen führt eine unterschiedliche Regulierung von klassischen elektronischen Kommunikationsdiensten und Substitut-OTT-Diensten bereits heute zu problematischen Wettbewerbsverzerrungen, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des TK-Review möglicherweise nicht mehr korrigierbar wären. Zum anderen ist die regulatorische Gleichbehandlung der beiden Gruppen schon jetzt auf Grundlage einer teleologischen Auslegung des geltenden Rechtsrahmens möglich. Im Rahmen des TK-Review müsste unabhängig davon die Frage adressiert werden, wie künftig mit Komplementär-OTT umzugehen ist.