

**Wissenschaftlicher Arbeitskreis für Regulierungsfragen (WAR)
bei der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,
Telekommunikation, Post und Eisenbahnen**

18. November 2015

**Evolution der Regulierung in den Telekommunikations- und
Mediensektoren angesichts der Relevanzzunahme von OTT-
Anbietern**

Die Bundesnetzagentur erhält bei der Erfüllung ihrer Aufgaben fortlaufend wissenschaftliche Unterstützung durch den Wissenschaftlichen Arbeitskreis für Regulierungsfragen (WAR). Der WAR berät die Bundesnetzagentur in voller Unabhängigkeit in allen Fragen der Regulierung. Im Folgenden nimmt der WAR zu Regulierungsherausforderungen vor dem Hintergrund der zunehmenden gesellschaftlichen und ökonomischen Bedeutung von OTT-Unternehmen Stellung.

I. Ausgangslage

Over The Top- (OTT-) Unternehmen bieten Privat- und Geschäftskunden vielfach ohne direkte Entgeltzahlung über das „offene Internet“ Kommunikationsdienste (z.B. Sprachtelefonie, Text Messaging), informationstechnische Hard- und Softwarefunktionen (z.B. Datenspeicher, Bildung sozialer Netzwerke) oder Inhalte (z.B. allgemeine oder themenspezifische Suchergebnisse, Filme, Musik) an, ohne dass die Betreiber von Netzen zur Telekommunikation (TK) auf die technische oder inhaltliche Gestaltung, Verbreitung, Monetarisierung oder Kontrolle solcher digitalen Leistungen wesentlich Einfluss nehmen (können). Hintergrund dafür sind die Eigenschaften des Internetprotokolls, welche eine Entkopplung von Transport- und Dienstebene in der TK ermöglichen und dadurch zu Innovationen im Bereich netzübergreifender und -unabhängiger Angebote beigetragen haben. Prominente Beispiele für OTT-Anbieter sind Google mit Suchmaschinen- und Filmplattformen (YouTube), Facebook mit sozialen Netzwerk- und Messaging-Plattfor-

men (WhatsApp), Microsoft mit (Video-)Telefoniefunktionen (Skype) oder Amazon mit Cloudleistungen (WebServices).

Die Häufigkeit und Intensität, mit der Menschen weltweit sowie speziell auch in Deutschland unterwegs, zu Hause oder am Arbeitsplatz auf Angebote von OTT-Unternehmen zurückgreifen, haben in den letzten Jahren stark zugenommen. Gleichzeitig haben sich hierdurch die betriebswirtschaftlichen Perspektiven „klassischer“ TK- und Medienunternehmen oftmals deutlich verschlechtert, weil die Nachfrage nach ihren Leistungen infolge der zusätzlichen OTT-Konkurrenz zurückgegangen ist. Viele OTT-Marktbereiche werden bislang von US-amerikanischen und in jüngster Zeit auch von asiatischen Unternehmen dominiert. Informationstechnik-Unternehmen, die aus der Europäischen Union (EU) oder gar aus Deutschland stammen und einen signifikanten Weltmarktanteil in bestimmten OTT-Feldern erreicht haben, sind selten. Dabei werden deutsche oder europäische Unternehmen keinesfalls durch staatliche Eingriffe daran gehindert, in netzübergreifende Märkte für Internetdienstleistungen einzutreten. So stammt etwa der sehr erfolgreiche Internettelefondienst Skype als technologische Entwicklung und unternehmerische Initiative ursprünglich aus Europa. Ähnliches gilt für verschiedene internetbasierte Kleinanzeigenmärkte und Handelsplattformen.

Vor diesem Hintergrund haben hochrangige Entscheidungsträger aus Politik und Wirtschaft wiederholt ihre Sorge zum Ausdruck gebracht, dass die „digitale Souveränität“ Deutschlands und der EU durch das Vordringen von OTT-Unternehmen bedroht werden könnte. Als eine vermeintlich zentrale Ursache für die schwachen Positionen von Unternehmen aus der EU in vielen OTT-Marktbereichen wird oft die sektorspezifische Regulierung von etablierten TK-Netzbetreibern und Medienunternehmen betont. Beispielsweise gelten für Anbieter herkömmlicher TK-Dienste besondere Melde- und Auskunftspflichten gegenüber staatlichen Institutionen, Verbraucherschutzbestimmungen, Diskriminierungsverbote, Zusammenschaltungsaufgaben und Datenschutzregeln, die OTT-Anbieter nicht in gleicher Weise beachten (müssen). Ähnlich sind etablierte Medienunternehmen umfangreichen Vorschriften zur Sicherung der Meinungsvielfalt und zum Schutz von Urheberrechten unterworfen, die bislang nicht durchweg analog bei OTT-Diensten Anwendung finden.

Im Folgenden wird deshalb der Status quo der sektorspezifischen Regulierung von klassischen TK- und Telemediendiensten genauer dahingehend untersucht, inwiefern der aktuelle Marktrahmen zu einer unfairen Bevorzugung von OTT-Anbietern bzw. zu schwer wiegenden Wettbewerbsnachteilen für herkömmliche TK-Netzbetreiber und Medienunternehmen führt. Darüber hinaus werden für Bereiche, in denen ein „level playing field“ derzeit eindeutig nicht gegeben ist, erste Stoßrichtungen für empfehlenswerte Weiterentwicklungen des Rechtsrahmens und der regulativen Praxis von TK-Regulierungs- und Kartellbehörden in Deutschland und der EU aufgezeigt.

II. Unterscheidung zwischen OTT-Kommunikations- und OTT-Inhaltsdiensten

Die Diskussion einer etwaigen Regulierungsbedürftigkeit von OTT-Diensten muss berücksichtigen, welche Art von Diensten jeweils gemeint ist. So ist insbesondere zu unterscheiden zwischen jenen Diensten, die klassischen Telekommunikationsdiensten ähneln oder diese auch teilweise substituieren können (dazu 1.), und solchen Diensten, die auf etablierten Telekommunikationsdiensten aufsetzen und Inhaltsangebote bereit halten (dazu 2.). Diese analytische Unterscheidung, die auch vom Gremium der Europäischen Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation vorgenommen wird, ist für eine prinzipielle rechtliche Erörterung von Regulierungsfragen hilfreich; in der Praxis verschränken sich jedoch beide Arten durch Bündelungen von OTT-I- und OTT-II-Funktionalitäten zunehmend, so dass die Einordnung als OTT I und OTT II keineswegs immer eindeutig ist.

1. OTT-Kommunikationsdienste („OTT I“)

OTT-Kommunikationsdienste (auch „OTT-I“-Dienste) lassen sich weiter klassifizieren in (Web-)Maldienste wie z.B. GMX, Web.de, Gmail, OTT-Instant-Messaging-Dienste (z.B. WhatsApp, Skype, iMessage) und OTT-Internettelefoniedienste (VoIP) bzw. Videotelefoniedienste wie z.B. Skype, Skype for Business, Viber, WhatsApp, FaceTime Calls. Sie weisen kein inhaltliches Angebot auf, sondern ermöglichen Individual- und Gruppenkommunikation in Form von Sprache, Bildern, Videos und sonstige Daten unter Einsatz des „Internet Protocol“ (IP). Aktuelle Zahlen zu OTT-Kommunikationsdiensten zeigen die enorme weltweite Popularität dieser Angebote. So verfügte WhatsApp im April 2015 weltweit über 800 Mio. Nutzer, der Messenger von Facebook kam Mitte 2015 bei 700 Mio. Personen zum Einsatz, auf Skype griffen Ende letzten Jahres etwa 300 Mio. Menschen zurück. Darüber hinaus ist eine zunehmende Konvergenz bei den OTT-Kommunikationsdiensten zu beobachten, die unternehmensseitig das Ziel erkennen lassen, Messaging, Telefonie und E-Mail „aus einer Hand“, teilweise sogar „in einer App“ anzubieten. Ein Beispiel dafür ist insoweit das Angebote-Bündel von Apple bestehend aus einem iCloud.com-Portal (Mail-Dienst), FaceTime ((Video-)Telefonie) und iMessage (Messaging). Vergleichbar dazu vermarktet Microsoft sein Outlook.com-Portal (Mail-Dienst) und bietet über Skype (Video-)Telefonie und Messaging an. Google kombiniert das Gmail-Portal als Mail-Dienst mit Hangouts (Messaging + (Video-)Telefonie). Während Skype bisher als Dienst ohne Qualitätssicherung primär auf Privatkunden zielt, wird z.B. mit Skype for Business (ehemals Microsoft LYNC) mit garantierter Sicherung der Dienstqualität inklusive Authentifizierung und Verschlüsselung auch zunehmend der professionelle Anwendungsbereich erschlossen. Damit nähern sich diese klassischen Telekommunikationsdiensten an. Teilweise ermöglichen sie sogar Telefonie an „klassische“ Festnetz- und Mobilfunkanschlüsse, weswegen BEREK diese Dienste als OTT-O-Dienste klassifiziert, da ihre Erfassung als Telekommunikationsdienste auf der Hand liegt. Auf der anderen Seite stellen die etablierten Telekommunikationsnetzbetreiber ihre Telefondienste vollständig auf VoIP um, so dass die Unterscheidung zwischen OTT-I- und Telekommunikations-Dienst auch insoweit aus technischer Sicht zunehmend unschärfer wird.

2. OTT-Inhaltsdienste („OTT II“)

Inhaltsdienste setzen auch auf klassischen Telekommunikationsdiensten auf, sind aber durch ein inhaltliches Element geprägt. Das Spektrum ist hier äußerst weitreichend und erfasst Suchmaschinendienste wie Google, Bing oder Yahoo ebenso wie Streaming- und Video-on-Demand-Dienste bzw. -Plattformen (YouTube, iTunes, Netflix, maxdome, Watchever, Amazon Instant Video etc.) oder Informationsportale wie Wikipedia, Homepages von (Tages)-Zeitungen, Mediatheken von Fernsehsendern etc. Schon die Vielfalt dieser Angebote zeigt, dass die Regulierungsfragen sehr vielschichtig und losgelöst von telekommunikationsrechtlichen Steuerungsmechanismen zu betrachten sind.

III. Diskussion der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten de lege lata

Die Diskussion der Regulierungsbedürftigkeit und -notwendigkeit der OTT-I-Dienste ist zurzeit noch wenig strukturiert. Auch die Regulierungsbehörden und BEREC nähern sich dem Thema derzeit erst, die Europäische Kommission und die Mehrheit der Regulierer scheint eher nicht von einer Einordnung der OTT-I-Dienste als Telekommunikationsdienste auszugehen. Es gibt jedoch noch keine aussagekräftige Regulierungspraxis oder gar klärende Rechtsprechung. Hinzu kommt, dass sich innovative OTT-I-Dienste mit einem Regulierungsregime konfrontiert sehen, das schon aus historischen Gründen nicht passgenau für jene Dienste entwickelt wurde.

Eine nähere Prüfung zeigt jedoch, dass die angeführten OTT-I-Dienste durchaus vom geltenden Regulierungsregime auf nationaler und europäischer Ebene dem Grunde nach erfasst werden können (dazu 1.). Das heißt aber noch keineswegs, dass sie auch wie „klassische Telekommunikationsdienste“ vollumfänglich reguliert werden müssen (dazu 2.).

1. OTT-Kommunikationsdienste („OTT I“) als elektronische Dienste bzw. Telekommunikationsdienste im Sinne des TKG und des EU-TK-Richtlinienpakets

Telekommunikationsdienste liegen nach § 3 Nr. 24 TKG vor, wenn zwei Merkmale kumulativ gegeben sind: ein regelmäßig gegen Entgelt erbrachter Dienst (dazu a.), der ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze besteht (dazu b.). Diese Definition von Telekommunikationsdiensten geht auf die Definition des „elektronischen Kommunikationsdienstes“ gemäß Art. 2 lit. c Rahmenrichtlinie (RL 2002/21/EG) zurück.

a. Entgeltbasierte Erbringung

Für das Vorliegen eines Telekommunikations-Dienstes i.S.d. § 3 Nr. 24 TKG ist daher zunächst erforderlich, dass dieser „in der Regel gegen Entgelt erbracht“ wird. Das ist für OTT-Kommunikationsdienste grundsätzlich der Fall. So verlangt etwa WhatsApp seit Mitte 2013 im Rahmen eines Abonnement-Modells von seinen Neukunden ein Entgelt in Höhe von 0,89 € pro Jahr. Auch die Finanzierung durch Werbung bzw. die Einnahmen aus der Vermarktung und Nutzung der Daten stellen eine (mittelbare) Variante der ent-

geltbasierten Erbringung diverser OTT-I-Dienste dar. Teilweise wird auch eine (ggf. einmalige) Kostenpauschale für Client-Software verlangt. Die nominelle Entgeltfreiheit eines Dienstes für Endnutzer ist jedenfalls kein Ausschlusskriterium für dessen Qualifizierung als Telekommunikationsdienst. Dieses Tatbestandsmerkmal wird daher für die meisten OTT-I-Dienste zu bejahen sein.

b. Signalübertragung

Wesentlich schwieriger ist dagegen die Frage zu beantworten, ob die Dienste „ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen“. Dabei wird die „Übertragung von Signalen“ in § 3 Nr. 22, 23 TKG näher definiert und verstanden als das Aussenden, Übermitteln und Empfangen von Signalen mittels Telekommunikationsanlagen. Das Problem ist dabei, dass die OTT-Kommunikationsdienste ganz überwiegend diese Signalübertragung nicht selbst durchführen, sondern diese vielmehr über das „offene Internet“ erfolgt. Hier könnte nun mit Hinweis auf die EuGH-Urteile in den Fällen UPC Nederland und UPC DTH Sàrl (siehe EuGH, C-518/11 und C-475/12), die auch Ausführungen zum Begriff des elektronischen Kommunikationsdienstes enthalten, angeführt werden, dass eine volle Verantwortlichkeit für die Signalübertragung gegenüber dem Endkunden bestehen müsse und diese nicht gegeben sei, da in dem Vertrag zwischen dem OTT-I-Diensteanbieter und dem Endkunden die Verantwortlichkeit für die Signalübertragung oft gerade nicht festgeschrieben wird. Ein niederländisches Gericht hat entsprechend entschieden, dass die Anbieter von E-Mail-Diensten keine Telekommunikationsdiensteanbieter seien (vgl. Decision of the Trade and Industry Appeals Tribunal (CBB) of 3 December 2014, Digital Magazines, ECLI:NL:CBB:2014:438). Dass diese vertragliche Ausgestaltung die Qualifikation des Dienstes beeinflussen sollte, kann durchaus bezweifelt werden, zumal hier dennoch eine Zurechnung des Signaltransports an den OTT-I-Diensteanbieter angenommen werden könnte.

Hier ist letztlich eine Wertung erforderlich. Für eine Reihe von OTT-Diensten wie OTT-Instant-Messaging-Dienste kann insoweit bei einer teleologischen Betrachtung auf die Substitutionswirkung jener Dienste gegenüber klassischen Telekommunikationsdiensten verwiesen werden. Das kann als Argument dafür angeführt werden, von einer Signalübertragung auszugehen. Diese Frage ist aber letztlich vom EuGH zu entscheiden. Das für den OTT-II-Bereich besonders relevante aktuelle Urteil des EuGH in der Rechtssache New Media Online GmbH (C-347/14) stellt gerade auf eine derart funktionale Betrachtung und auf eine „Level-playing-field“-Argumentation für die Zuordnung von Diensten als audiovisuelle Dienste ab (dazu unten IV.2.a). Dieser funktionale und teleologische Ansatz spricht vorliegend für ein weites Verständnis des Begriffs der elektronischen Kommunikation. Jedenfalls ist es zu bedauern, dass das niederländische Gericht keine Vorlagefrage an den EuGH gerichtet hat. So wird es vorerst bei der Rechtsunsicherheit bleiben. Das VG Köln hat in einer ganz aktuellen Entscheidung vom 11.11.2015 den Web-Mail-Diensteanbieter Gmail als Telekommunikationsdienst eingestuft, allerdings ebenso wenig eine Vorlagefrage an den EuGH gerichtet. Dies müsste nun das Bundesverwaltungsgericht tun, zu dem die Sprungrevision zugelassen wurde. Auch wenn man in der Folge eine „überwiegende Signalübertragung“ annimmt, muss bei einigen Diensten – wie Web-Mail-Angeboten –

im Übrigen zusätzlich eine Trennung der gleichzeitig erbrachten inhaltlichen Dienste erfolgen.

2. Differenzierung der Konsequenzen für die Regulierung

Sofern grundsätzlich angenommen wird, dass OTT-I-Dienste Telekommunikations- bzw. elektronische Kommunikationsdienste im Sinne des deutschen und europäischen Rechts darstellen, ist in der Folge die Frage der Regulierung sehr differenziert zu beantworten. Zunächst wären die Dienstangebote entsprechend § 6 Abs. 1 TKG zu melden, und es würden sodann alle materiell-rechtlichen aber auch prozeduralen Normen potenziell anwendbar sein, einschließlich der Datenerhebung im Tätigkeits- und Jahresbericht der Bundesnetzagentur gemäß den §§ 121 und 122 TKG.

Entscheidend für die Diskussion um das „level playing field“ sind dabei die materiell-rechtlichen Vorgaben.

Hier ist eine *asymmetrische Regulierung marktbeherrschender Stellungen bei OTT-I-Diensten* schon deshalb grundsätzlich nicht angelegt, weil entsprechende Märkte in der Märkteempfehlung 2014 der EU-Kommission nicht erwähnt werden. Hier müsste also zunächst ein entsprechender Markt definiert werden. Es ist aber sehr zweifelhaft, ob insoweit überhaupt eine Regulierungsbedürftigkeit vorliegt.

Schwieriger zu beantworten ist hingegen die Frage, ob OTT-I-Dienstanbieter nicht gegebenenfalls der symmetrischen, also *marktmachtunabhängigen Zugangsregulierung nach § 18 TKG* unterfallen können. Während der deutsche Wortlaut mit dem Abstellen auf einen „Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze“ als Regulierungsadressaten dagegen spricht, ist die Fassung des Regulierungsadressaten in Art. 5 Abs. 1 UAbs. 2 lit. a und ab der Zugangsrichtlinie wesentlich weiter („Unternehmen, die den Zugang zu den Endnutzern kontrollieren“) und wohl auch in der Sache überzeugender. Damit bestünde bei einer richtlinienkonformen Auslegung durchaus die Möglichkeit, den Anbietern von OTT-I-Diensten Verpflichtungen zur Zusammenschaltung bzw. interoperablen Ausgestaltung ihrer Dienste aufzuerlegen, um so den End-zu-End-Verbund der Teilnehmer zu gewährleisten. Auch wenn dies prinzipiell denkbar ist, stellt sich gleichwohl die Frage, ob es auch sinnvoll ist. Jedenfalls in der Anfangsphase der Entwicklung derartiger innovativer Dienste dürfte dies gegebenenfalls wenig zweckmäßig sein. Freilich stellt sich dann die Frage, ab welcher Bedingungskonstellation es erforderlich wäre, eine Regulierung ins Auge zu fassen, und umgekehrt kann kritisch gefragt werden, warum bei klassischen Netzen durchweg bestimmte symmetrische Regulierungen verlangt werden, bei neueren, die z.T. weltumspannende sowie weitgehend etablierte Bedeutung haben, aber nicht. Zudem wird zu untersuchen sein, inwiefern die bei OTT-I-Diensten bestehende Möglichkeit des Multihoming die Auferlegung von Interoperabilitätsverpflichtungen tatsächlich als nicht zweckmäßig erscheinen lässt. So können mehrere OTT-Plattformen durch die Nutzer (also etwa WhatsApp und Viber) unproblematisch parallel verwendet werden, was bei klassischen Telekommunikationsdiensten nicht der Fall ist. Dabei wäre auch zu prüfen, was die Treiber dafür waren, warum sich bei manchen OTT-I-Angeboten wie E-Mail-Diensten eine Interoperabilität entwickelt hat, bei anderen – wie Instant-Messaging-Angeboten – hingegen nicht.

Der zweite große Bereich der Regulierung, nämlich der *Kundenschutz* in den §§ 43a ff. TKG, ist für die OTT-I-Anbieter regelmäßig weniger relevant im Vergleich zu klassischen Telekommunikationsdiensten, da angesichts des weit gehenden Verzichts auf eine Entgelterhebung jedenfalls keine klassischen entgeltbezogenen Missbrauchs- bzw. Kundenschutzprobleme auftreten.

Sonderprobleme bereitet die *Notrufverpflichtung* nach § 108 TKG, die durchaus Kostenimplikationen hat und insoweit relevant ist für faire Wettbewerbsbedingungen. Hier wäre sorgfältig zu prüfen, inwiefern – wie in der Anfangszeit der Voice-Over-IP-Telefonie – von einer entsprechenden Verpflichtung abgesehen werden kann und sollte.

Die OTT-I-Anbieter verdienen im Übrigen regelmäßig auch durch die Auswertungen von Nutzerverhaltensdaten Geld. Damit ist die zentrale regulatorische Frage wohl die, ob sie den datenschutzrechtlichen Vorschriften des Telekommunikationsrechts unterfallen. Insoweit wundert es auch nicht, dass gerade die Datenschutzaufsichtsbehörden tendenziell für eine Erfassung als Telekommunikationsdienste plädieren. Dafür spricht auch gerade mit Blick auf die datenschutzrechtlichen Vorgaben einiges, weil die §§ 91 ff. TKG alle Anbieter von Telekommunikationsdiensten erfassen und allenfalls eine Einschränkung auf *öffentlich zugängliche* Telekommunikationsdienste vornehmen (siehe z.B. in §§ 99 Abs. 1 S. 8 und Abs. 2 S. 7, 101 Abs. 1 S. 4, § 102 Abs. 3 TKG). Auch unter teleologischen und verfassungsrechtlichen Aspekten lässt sich angesichts der Bedeutung des Fernmeldegeheimnisses die Position vertreten, OTT-I-Dienste dem *Telekommunikationsdatenschutzregime* zu unterwerfen, da vergleichbare bzw. identische Gefährdungslagen zur klassischen Telekommunikation bestehen. Vor allem insoweit ist es angebracht zu prüfen, ob nicht diesbezüglich zukünftig ein „level playing field“ hergestellt werden muss, da das nicht telekommunikationsdienstespezifische Datenschutzrecht in der allgemeinen Datenschutzrichtlinie 95/46/EG und im BDSG weniger streng formuliert ist, was den zulässigen Umgang mit entsprechenden (etwa standortbezogenen) Daten anbelangt.

IV. Diskussion der Regulierung von OTT-Inhaltsdiensten de lege lata

1. Rechtsgrundlagen und Gesetzgebungszuständigkeiten

Das europäische Recht trennt streng zwischen der Regulierung der Netze und der Regulierung der Inhalte. Soweit es um den Transport von OTT-II-Diensten auf TK-Netzen geht, sind die Richtlinie über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste sowie die auf ihrer Basis erlassenen Einzelrichtlinien anwendbar. Sind die Inhalte dieser Dienste betroffen, kann zunächst die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste einschlägig sein. Soweit keine audiovisuellen Mediendienste vorliegen, ist die E-Commerce-Richtlinie anwendbar. Die europarechtlichen Vorgaben für die Netzregulierung sind in Deutschland durch das Telekommunikationsgesetz umgesetzt worden. Vorgaben für die Inhalteregulierung finden sich für Rundfunk (Fernseh- und Hörfunkdienste) im Rundfunkstaatsvertrag der Länder bzw. in den Landesmediengesetzen und für Telemedien (Onlinedienste) im Telemediengesetz des Bundes. Soweit es um die Regelung von Medieninhalten geht, ist es Aufgabe der Länder, den

hierfür erforderlichen Ordnungsrahmen auszugestalten. Nur für die Netzregulierung und das allgemeine Wirtschaftsrecht ist der Bund zuständig.

2. Einordnung von OTT-Videoangeboten

a. Marktentwicklung

In der Folge des Anstiegs der verfügbaren Übertragungsbandbreiten im Internet hat auch die Nutzung von OTT-II-Videos explosionsartig zugenommen. Allein bei YouTube werden pro Minute weltweit rund 300 Stunden Videomaterial hochgeladen. Der amerikanische Anbieter Netflix, der einen entgeltpflichtigen Video-On-Demand-Dienst im Internet betreibt, ist in über 200 Ländern beziehbar und hatte Mitte 2015 über 65,6 Millionen Abonnenten. RTL und ProSiebenSat1 haben ihre Stellung bei den über YouTube vertriebenen Multi-Channel-Netzwerken mit Broadband TV oder StyleHaul deutlich ausbauen können.

Vor diesem Hintergrund überrascht es, dass die Nutzungsdauer für das lineare Fernsehen – ähnlich wie in anderen Ländern – auf hohem Niveau stabil ist. Auf Abruf bereitgestellte OTT-II-Dienste werden zumeist auf Tablets und Smartphones zusätzlich, oft parallel zum Fernsehen konsumiert. Der Pay-TV-Anbieter Sky wächst derzeit gleichzeitig mit Netflix oder iTunes und Amazon Prime. Mit „Sky Go“ hat das Unternehmen selbst ein attraktives OTT-II-Angebot im Markt. Dennoch gibt es in Fachkreisen keinen Zweifel, dass das lineare Fernsehen zukünftig zugunsten der nichtlinearen Angebote zurückgehen wird. Lineare und auf Aufruf bereitgehaltene Dienste lassen sich aus Sicht des Endnutzers immer weniger voneinander unterscheiden. Auf modernen TV-Geräten macht es keinen Unterschied, ob der abendliche „Tatort“ in den Programmen der ARD gesehen oder aus einer Mediathek bezogen wird. Ihre zeitunabhängige Nutzung wird immer beliebter. Multi-Channel-Angebote auf YouTube werden zudem Fernsehangeboten immer ähnlicher. Insbesondere das jüngere Publikum konsumiert schon jetzt weniger lineare Angebote. Von den 2014 befragten männlichen „Onlinern“ zwischen 14-29 Jahren gaben 41 Prozent an, dass sie weniger fernsehen. 2013 waren es nur 31 Prozent. Vor diesem Hintergrund kann es nicht verwundern, dass Anbieter des kommerziellen linearen Rundfunks mit ihren über 150 lizenzierten Programmen sich verstärkt durch das gegenwärtige Rundfunkrecht benachteiligt sehen. Sie müssen rechtliche Regeln zum Schutz der Rechte Dritter befolgen, die für OTT-II-Angebote nicht gelten. Dies verschlechtert ihre Wettbewerbsposition.

b. Grundsatz der abgestuften Regulierung

Dem Aufkommen des Internets und der zunehmenden Ausdifferenzierung der Medienangebote hat die EU-Richtlinie über *audiovisuelle Mediendienste* (AVMD-Richtlinie) Rechnung getragen. Sie ersetzte die allein auf das Fernsehen bezogene Fernsehrichtlinie von 1989. Der AVMD-Richtlinie ging es darum, die neuen OTT-II-Angebote nicht mit den Anforderungen des herkömmlichen Rundfunkrechts zu belasten. Sie folgt daher dem Grundsatz der abgestuften Regulierung. Für das lineare Fernsehen (inkl. Live-Streaming, Webcasting und Near-Video-on-Demand) gilt ein höherer Standard. Es wird z.B. dazu verpflichtet, den Hauptteil der Sendezeit mit aus Europa stammenden Werken zu bestreiten oder eine Höchstgrenze für Werbung zu beachten. Die auf Abruf bereitgehaltenen audiovisuelle Mediendienste, wie audiovisuelle OTT-II-Angebote im Jargon hei-

ßen, sind nur Basisverpflichtungen unterworfen, die gleichermaßen für das lineare Fernsehen anwendbar sind. Hierzu gehören z.B. das Kennzeichnungsgebot für Werbung, das Verbot der Produktplatzierung in Kindersendungen, die schrittweise Zugänglichmachung der Dienste für Hörgeschädigte und Sehbehinderte oder auch das Verbot der Aufstachelung zu Hass aufgrund von Rasse, Geschlecht, Religion oder Staatsangehörigkeit.

c. Auslegung des Begriffs „audiovisueller Mediendienst“

Ein audiovisueller Mediendienst muss kumulativ sechs Kriterien (Art. 1 Abs. 1 lit. a AVMD-Richtlinie) erfüllen:

- Dienst im Sinne der Art. 56 und 57 AEUV,
- eines Mediendiensteanbieters unter dessen redaktioneller Verantwortung,
- mit dem Hauptzweck,
- der Bereitstellung von Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung,
- der allgemeinen Öffentlichkeit,
- über elektronische Kommunikationsnetze.

In der Rechtssache New Media Online GmbH (EuGH C-347/14) ging es um die Frage, ob eine Sammlung mit rund 300 Kurzvideos, die Reportagen über lokale Ereignisse (Politik, Kultur, Sport, Wirtschaft) enthalten, als audiovisueller Mediendienst einzustufen ist. Die Sammlung ist über einen Link auf der Internetseite „Tiroler Tageszeitung Online“ erreichbar, die von der New Media Online GmbH betrieben wird. Die Kommunikationsbehörde Austria, die neben der TK-Regulierung auch für audiovisuelle Mediendienste im Internet zuständig ist, sowie das zuständige Gericht für Telekommunikationssachen, der Bundeskommunikationssenat, haben diese Videosammlung als audiovisuellen Mediendienst auf Abruf eingestuft. Der Generalanwalt trat dem in seinen in der Öffentlichkeit weitbeachteten Schlussanträgen energisch entgegen.

Der EuGH schließt sich in seinem Urteil vom 21. Oktober 2015 dieser Sicht des Generalanwalts jedoch nicht an. Auch die Sammlung von Kurzvideos auf einer Webseite müsse als eine Bereitstellung von „Sendungen“ i.S.v. Art. 1 Abs. 1 lit. a AVMD-Richtlinie angesehen werden. Videosequenzen von kurzer Dauer richteten sich ebenso wie ein herkömmliches Fernsehprogramm an ein Massenpublikum und könnten bei diesem eine „deutliche Wirkung“ bei der Meinungsbildung entfalten. Eine andere rechtliche Einordnung müsse überdies zu Wettbewerbsverzerrungen führen. Die Richtlinie ziele aber gerade darauf ab, dass in einem „besonders wettbewerbsstarken Medienumfeld für Anbieter, die sich an das gleiche Publikum richten, die gleichen Regeln gelten“. Es müsse daher verhindert werden, dass audiovisuelle Mediendienste auf Abruf (hier die Videosammlung) „dem herkömmlichen Fernsehen gegenüber unlauteren Wettbewerb betreiben können.“

Ob die Ausnahmeregel der AVMD-Richtlinie für elektronische Ausgaben von Zeitungen und Zeitschriften (Erwägungsgrund 28) greife, sei im Einzelfall danach zu beurteilen, ob die Videosammlung gegenüber Presseartikeln der Online-Zeitung eigenständig sei. Die von den Verlegern von Online-Tageszeitungen angebotenen Dienste dürften nicht generell allein aufgrund ihres multimedialen Charakters und zwar ohne eine Einzelfallbeurteilung des „Hauptzwecks“ des Dienstes vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen werden. Eine solche Sicht würde die Gefahr mit sich bringen, dass Marktteil-

nehmer „ein multimediales Informationsportal verwenden könnten, um sich den in diesem Bereich für sie geltenden Rechtsvorschriften zu entziehen.“

Auch wenn jetzt vom EuGH geklärt ist, dass OTT-II-Videoangebote in den Anwendungsbereich der AVMD-Richtlinie fallen, bedeutet dies nicht, dass die in der AVMD-Richtlinie zu findenden Instrumente noch zeitgemäß sind. Abgebaut gehören insbesondere die quantitativen Werberegulungen. Sie verlieren durch die zunehmende Nutzung von Abruf-Diensten an Steuerungskraft und führen zu starken Ungleichbehandlungen im Markt. Dem Verbraucherschutz kann hier weitgehend durch Anwendung des UWG Rechnung getragen werden.

3. Umgang mit Plattformen

a. Bedeutung von OTT-II-Plattformen

Im Internet bezieht der Endkunde seine Dienste und Angebote häufig über sog. OTT-II-Plattformen. Beispiele hierfür sind Buchungsportale für Hotels oder auch Einkaufsplattformen wie Amazon. Im Rundfunksektor übernehmen diese Aufgabe für das Fernsehen Zattoo, TV Spielfilm oder Couchfunk, für den Hörfunk in Deutschland der radioplayer und international die Plattform TuneIn. Wegen der erzielten hohen Klickraten haben Video-Plattformen große Aufmerksamkeit erlangt. Dies sind Sammlungen von Videos zu bestimmten Themen wie Lifestyle, Comedy, Mode, Spiele etc., die von Anbietern wie Mediacraft oder Broadcast TV auf der virtuellen „Infrastruktur“ YouTube verbreitet werden. Multi-Channel-Netzwerke bringen inzwischen ihre eigenen Stars hervor wie Le-Flويد, der mit der Bundeskanzlerin ein auf YouTube ausgestrahltes Interview führen durfte. Die Europäische Kommission misst all diesen Plattformen für den Wettbewerb eine hohe Bedeutung zu. Daher hat sie hierzu umfangreiche Marktuntersuchungen eingeleitet. Dies ist zu begrüßen, da für diesen Bereich das herkömmliche Medien- und Telekommunikationsrecht keine Ermächtigungsgrundlage für die Erhebung von Marktdaten enthält. Der WAR setzt sich dafür ein, dass die BNetzA im Rahmen der Erfüllung der Ziele des TKG auch im Hinblick auf OTT-I- und II-Dienste die erforderlichen Marktdaten erheben kann. Hierfür muss der Bund die erforderlichen Rechtsgrundlagen schaffen.

b. Plattformregulierung im Rundfunkrecht

Im Rundfunkrecht spielt die Plattformregulierung schon seit Jahren eine herausgehobene Rolle. Zentrales Merkmal einer Plattform ist hier, dass ihre Anbieter über die Zusammenstellung der Rundfunk- und vergleichbaren Telemedienangebote entscheiden (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV). Die rechtlichen Vorkehrungen des Rundfunkstaatsvertrags sollen verhindern, dass Plattformanbieter Rundfunkprogramme und vergleichbare Telemedienangebote weder unbillig behindern noch gegenüber gleichartigen Anbietern ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich behandeln (§ 52c Abs. 1 Satz 2 RStV). Auf diese Weise soll Angebots- und Meinungsvielfalt hergestellt werden.

Der Rundfunkgesetzgeber hatte bei der Einführung der Plattformregulierung die Gegebenheiten in geschlossenen Netzen vor Augen. Adressaten der Regulierung waren zunächst Kabelnetzbetreiber, die sich auf die Zusammenstellung und Weiterverbreitung

von Fernsehprogrammen konzentriert haben. Später sind IPTV-Veranstalter hinzugekommen. Sie verfolgen ein ähnliches Geschäftsmodell. Plattformbetreiber haben zunächst die Verpflichtung, die Aufnahme ihrer Tätigkeit der zuständigen Landesmedienanstalt anzuzeigen (§ 52 Abs. 3 RStV). Sie müssen zuverlässige Gewerbetreibende sein, d.h. mitunter unbeschränkt geschäftsfähig sein. Auch müssen sie ihren Sitz in der EU haben (§ 20a Abs. 1, 2 RStV). Die Anbieter müssen sich zudem an die allgemeinen Gesetze halten. Sie sind für die eigenen Programme und Dienste selbst verantwortlich. Sind behördliche Maßnahmen gegenüber Verantwortlichen von Programmen und Diensten von Dritten nicht Erfolg versprechend, können Maßnahmen zur Verhinderung des Zugangs von Programmen und Diensten auch gegen den Plattformanbieter gerichtet werden. Dies gilt nur dann, wenn die Verhinderung technisch möglich und zumutbar ist (§ 52a Abs. 2 RStV).

Plattformanbieter dürfen nicht ohne Zustimmung des Rundfunkanbieters dessen Programme „inhaltlich und technisch“ verändern (§ 52a Abs. 3 RStV). Auch für die Vermarktung dieser Programme auf ihrer Plattform bedürfen sie der Zustimmung. Soweit der Plattformbetreiber eine technische Infrastruktur unterhält, hat er Belegungsvorgaben vor allem für regionale und lokale Programme zu beachten (sog. Must-Carry-Regeln). Die Grundsätze der Billigkeit und der Diskriminierungsfreiheit gelten auch im Hinblick auf den Einsatz von Verschlüsselungssystemen und elektronischen Programmführern.

Gegenwärtig wird darüber diskutiert, diese Prinzipien auf Endgeräte wie Smart-TV zu erstrecken. Hierdurch soll den Mediennutzern das Recht eingeräumt werden, das von ihnen gewünschte Programm auf ihrem Endgerät auch tatsächlich frei auswählen zu können. Hintergrund dieser Forderung war die Praxis einiger großer Fernsehgerätehersteller, nur die Apps von Anbietern auf ihren Endgeräten zuzulassen, mit denen sie zuvor vertragliche Vereinbarungen geschlossen hatten. Unter der Voraussetzung, dass diese Gefahr noch immer im Markt gegeben ist und insofern Regelungsbedarf besteht, unterstützt der WAR die Ausdehnung der Plattformregulierung auf Endgeräte. Diese Maßnahme ist zur Sicherung der Meinungs- und Angebotsvielfalt gerechtfertigt. Zudem ist sie auch aus Wettbewerbsgründen zu befürworten, da die vorgeschlagene Regelung die jüngste Gesetzesinitiative zur Einführung einer freien Router- und Endgerätewahl ergänzt. Denn eine solche freie Wahl nützt dem Endnutzer wenig, wenn er auf diesen Geräten keinen Zugang zu den von ihm gewünschten Inhalten erhält. In der Sache geht es überdies um die Herstellung eines „level playing field“ zugunsten der Kabelnetzbetreiber. Denn auf die von ihnen zur Verfügung gestellten Infrastrukturen und Endgeräte ist die Plattformregulierung längst anwendbar.

c. Übertragung der Plattformregulierung auf OTT-II-Plattformanbieter?

Nach der Lesart der Landesmedienanstalten gelten diese Vorschriften grundsätzlich auch für Plattformen im offenen Internet. Einschränkende Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Regulierungsinstrumente ist jedoch, dass der Anbieter hier über eine marktbeherrschende Stellung verfügt (§ 52 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 RStV). Noch nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob hier der Endkunden- oder Signalweiterleitungsmarkt gemeint ist. Geprüft wurde dies bisher nur für den OTT-II-Inhalteanbieter Zattoo, der Livestreams verschiedener deutscher Sender auf einer Plattform zusammenstellt. Im Er-

gebnis wurde aber das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Endkundenmarkt verneint.

Der WAR setzt sich dafür ein, diese Einschränkung aufzuheben. Auch Plattformen im offenen Internet sollen einem Fairness- oder Billigkeitstest unterworfen werden. Ein Inhalteanbieter (einschließlich eines Anbieters elektronischer Ausgaben von Zeitungen und Zeitschriften) könnte sich dann gegen unbillige Maßnahmen wie z.B. eine inhaltliche oder technische Veränderung seines Angebots, eine unangemessene Darstellung von Suchergebnissen oder eine ungewollte Einbindung in die Plattform zur Wehr setzen. Auch könnte er auf Einräumung des Zugangs zur Plattform drängen, wenn dieser ihm unbillig verweigert wurde. Eine solche Maßnahme wird derzeit in Frankreich diskutiert, was die Durchsetzbarkeit eines solchen Regulierungsansatzes auf der europäischen Ebene verbessern würde.

4. Auffindbarkeit der Medieninhalte

Angesichts der Vermehrung der OTT-II-Rundfunk-, -Video- und -Plattformangebote ist ihre Auffindbarkeit ein entscheidender Auswahlfaktor für den Mediennutzer. Es setzt sich immer mehr die Ansicht durch, dass es „Must-to-be-Found“-Regelungen bedarf. Hierdurch soll die Zugänglichkeit von Angeboten erhöht werden, die für die Meinung- und Angebotsvielfalt aus Sicht des Endkunden eine besondere Bedeutung haben. Insbesondere kommerzielle Rundfunkanbieter fordern, dass ihr Programmbeitrag im Bereich Information, Nachrichten und Dokumentation durch diese Maßnahme anerkannt wird.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht sind solche Vorgaben nicht unproblematisch, weil die Gefahr einer Meinungslenkung durch den Staat entsteht. Sie werden vor der Medienfreiheit i.S.d. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nur dann Bestand haben, wenn sie strikt meinungsneutral abgefasst werden und nicht bestimmte Ansichten befördern.

5. Datenschutz

Rundfunk- und Telemedienanbieter unterliegen den strikten Regeln des deutschen Datenschutzrechts. In einzelnen Bundesländer wie z.B. NRW werden Rundfunkveranstalter zusätzlich dazu verpflichtet, einen eigenen Datenschutzbeauftragten zu berufen. Andererseits gibt es Privilegierungen für die Datenerhebung und -verarbeitung zu journalistisch-redaktionellen Zwecken (z.B. Freistellungen von den üblichen Auskunftspflichten). OTT-II-Anbieter wie z.B. Netflix haben ihre Niederlassung im europäischen Ausland oder oft auch in den USA. Sie unterliegen nach bisherigem Verständnis nicht dem deutschen Datenschutzrecht. Denn die europäische Datenschutzrichtlinie schreibt vor, dass bei einem Sitz in einem EU-Mitgliedstaat das dort geltende Datenschutzrecht anwendbar ist. Um die Belastungen gering zu halten, wählen die OTT-II-Anbieter daher kleine Mitgliedstaaten als Sitzland aus. Denn dort ist die Datenschutzbehörde im Vergleich zur Aufsichtsaufgabe regelmäßig spärlich ausgestattet. Datenschutzbehörden anderer Mitgliedstaaten sind zwar für die Überwachung der Datenverarbeitungsvorgänge solcher

Unternehmen mit Bezug zum eigenen Territorium zuständig, haben dabei jedoch nach traditioneller Sichtweise das Datenschutzrecht des Niederlassungsstaates anzuwenden.

Die Hamburger Datenschutzbehörde ist jedoch der Auffassung, dass das Marktortprinzip bereits heute umfassend Geltung beansprucht. In diesem Fall wäre deutsches Datenschutzrecht bereits dann anwendbar, wenn ein Unternehmen Werbetätigkeiten im Inland durchführt. Diese Auslegung des Datenschutzrechts wird auf Aussagen des EuGH in der Google-Spanien-Entscheidung gestützt, in der das Gericht ein Recht auf Vergessen im Internet anerkannt hat. Ob sich diese Sicht durchsetzen wird, werden in Kürze die Gerichte entscheiden. Bei der Verabschiedung einer EU-Datenschutzgrundverordnung würde sich innereuropäisch die Frage nach dem anwendbaren Recht allerdings ohnedies erübrigen. Bedeutsam bliebe jedoch neben der Einführung des Marktortprinzips zur Bestimmung der Anwendbarkeit des dadurch europäisch vereinheitlichten Datenschutzrechts die Gewährleistung einer kohärenten Umsetzung dieses vereinheitlichten EU-Datenschutzrechts durch die verschiedenen nationalen Datenschutzaufsichtsbehörden. Besondere Bedeutung käme hierbei dem vorgeschlagenen europäischen Datenschutzausschuss zu.

V. Empfehlung zur Weiterentwicklung des Rechtsrahmens und der regulatorischen Praxis

Das Recht der Medien und der Telekommunikation muss auf neue Herausforderungen des Internets eingestellt werden. Dabei wird es nicht nur darum gehen, für faire Wettbewerbsbedingungen zwischen OTTs und Telekommunikationsunternehmen zu sorgen. Eine Reihe von Vorschriften, die der Anbieter- und Meinungsvielfalt oder dem Drittschutz dienen, basieren auf technischen und ökonomischen Voraussetzungen, die heute so nicht mehr bestehen. Auch in dieser Hinsicht ist ein Modernisierungsbedarf im Recht entstanden.

Im Einzelnen sieht der WAR den folgenden Reformbedarf, der mit Blick auf die Schaffung eines „level playing field“ in der EU gerade beim anstehenden Review des Telekommunikationspakets zu berücksichtigen ist:

- Zunächst ist eine Aktualisierung des Begriffs der Telekommunikationsdienste erforderlich, wobei insbesondere fraglich ist, ob die Fixierung auf die Signalübertragung sinnvoll ist. Dabei spricht vieles dafür, bestimmte Dienstekategorien (wie Telefonie, Web-Maildienste etc.) homogen zu regulieren, unabhängig von den technischen Besonderheiten. Sodann ist prinzipiell eine regulatorische Erfassung der OTT-I-Dienste indiziert. Je nach Bewertung des geltenden Rechts stellt dies eine Klarstellung oder eine Erweiterung dar. Angesichts der Dynamik der Entwicklung ist die Schaffung einer eigenständigen Regulierungskategorie der OTT-I-Dienste nicht unbedingt vorzugswürdig, da dies wiederum neue Abgrenzungsprobleme schafft und die Unterschiede zwischen „klassischen“ Telekommunikationsdiensten und OTT-I-Diensten nicht hinreichend groß sind.
- Dies muss jedoch einhergehen mit einer Überprüfung, ob die Rechtsfolgen bei einer Einstufung von OTT-I-Diensten als Telekommunikationsdienste sachgemäß

sind. Jene Prüfung hat spezifisch für jedes einzelne Regulierungsinstrument zu erfolgen. Insgesamt ist eine weitere Flexibilisierung der Rechtsfolgen zu erwägen. Dies sollte in einem Zug mit der Überprüfung erfolgen, ob die heutigen Regulierungsvorgaben für klassische Telekommunikationsdienste – gerade auch vor dem Hintergrund des Aufkommens von OTT-I-Diensten – überhaupt noch sinnvoll sind. Auch das ist für jedes einzelne Instrument – wie etwa die verpflichtende Notrufmöglichkeit – gesondert zu beantworten. Umgekehrt wird jeweils zu prüfen sein, inwiefern Ergänzungen nötig sind, wie etwa die Möglichkeit die Portabilität von Daten anzuordnen, wie es auch im Rahmen der Einführung der EU-Datenschutzgrundverordnung diskutiert wird.

- Unabhängig davon ist die Schaffung bzw. Präzisierung der Ermächtigungsgrundlage für die Erhebung von Marktdaten im Hinblick auf OTT-Dienste sinnvoll.
- Mit Blick auf OTT-II-(Inhalts)-Dienste ist ein Abbau der strikten Werberegulierung für audiovisuelle Mediendienste erforderlich.
- Ferner ist eine Ausweitung des Unbilligkeits- und Diskriminierungsverbots auf OTT-II-Plattformen im offenen Internet und auf Endgeräten indiziert.
- Die in der künftigen EU-Datenschutzgrundverordnung vorgesehene Einführung des Marktortprinzips zur Bestimmung der Anwendbarkeit eines europäisch vereinheitlichten Datenschutzrechts ist zu begrüßen. Sie bestätigt die zutreffende diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH zum geltenden EU-Datenschutzrecht.
- Insgesamt ist eine bessere Verzahnung der Telekommunikationsregulierung mit der Medienregulierung in materiell-rechtlicher Hinsicht erforderlich. Dies erfordert zugleich – unter Wahrung der verfassungsrechtlich vorgegebenen föderalen Kompetenzordnung – die Prüfung des institutionellen Arrangements auf seine Zweckmäßigkeit.

Arnold Picot (Vorsitzender), Wolfgang Ballwieser, Frank Brettschneider, Torsten J. Gerpott, Justus Haucap, Iris Henseler-Unger, Bernd Holznagel, Jürgen Kühling, Albert Moser, Franz Jürgen Säcker, Jens-Peter Schneider, Peter Vary