

**Kommentierung der Telefonica Deutschland zum
Grünbuch Digitale Plattformen im Rahmen der Digitalen Strategie 2025
des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom Mai 2016**

Inhaltsverzeichnis

1. Level Playing Field	2
1.1. Grundsätze.....	2
1.2. Regelungsbereiche mit großen Unterschieden zwischen OTTs und klassischen TK-Anbietern	3
1.2.1. Verbraucherschutz	3
1.2.2. Datennutzung.....	4
1.2.3. Schutzlücken im Bereich der inneren Sicherheit	4
2. Infrastruktur	4
2.1. Innovationsfreundliche Entgeltregulierung	5
2.2. Frequenzuteilung	5
2.3. Zugang zu dark fibre:	5
3. Ordnungsrahmen	6
4. Datenschutz.....	7
4.1. Big Data.....	7
4.2. Datensouveränität	8
5. Institutionell: eine Digitalagentur als Kompetenzzentrum?	9

1. Level Playing Field

1.1. Grundsätze

Der wirtschaftliche Erfolg digitaler Plattformen ist zunächst keinesfalls negativ zu bewerten. Dienste von OTT-Anbietern sind ein Treiber der Digitalisierung und befördern u.a. auch die datenzentrierten Geschäftsmodelle der TK-Netzbetreiber.

WhatsApp hat die SMS/MMS in Deutschland innerhalb von vier Jahren im Verkehrsaufkommen überholt und längst massiv in den Schatten gestellt. Auch das Verkehrsaufkommen der Telefonie stagniert oder nimmt sogar – im Festnetz – derzeit drastisch ab, während OTTs ein beachtliches Wachstum verzeichnen.

Telefónica Deutschland weist seit einiger Zeit auf die bestehenden Wettbewerbsverzerrungen zwischen Netzbetreibern und OTT-Anbietern hin. Während die Netzbetreiber den strengen Regelungen des TKG unterworfen sind, finden diese keine Anwendung auf funktional substituierbare OTT-Dienste. Diese können ihre Dienste daher auf Geschäftsmodellen aufsetzen, welche den klassischen Netzbetreibern nicht erlaubt sind.

Die Notwendigkeit der Schaffung eines Level Playing Field wird mittlerweile zwar von den meisten Stakeholdern erkannt: So hat der Wissenschaftliche Arbeitskreis für Regulierungsfragen der Bundesnetzagentur (WAR) in seiner Stellungnahme vom 15.07.2015 die Notwendigkeit eingeräumt, OTT-0 und OTT-1 Dienste den gleichen Regeln zu unterstellen wie klassische TK-Anbieter; auch die Europäische Kommission folgt diesem Gedanken und legte mit ihrem Entwurf zur Novellierung des Europäischen Rechtsrahmens für Telekommunikation am 14.09.2016 erstmals konkrete Vorschläge vor, wie ein Level Playing Field zwischen klassischen Telekommunikationsdiensten und OTTs errichtet werden kann. Der vorliegende Entwurf des Grünbuchs greift diese Thematik ebenfalls auf. Dies ist grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings basieren die bisherigen Überlegungen oftmals auf dem falschen zeitlichen Ansatz. So sollen die neuen Regelungen im EU-Review verankert werden, der allerdings erst ab 2020 seine Wirkung entfalten wird. Dies ist mit Blick auf die rasante technische und die dynamische Marktentwicklung zu spät.

Stattdessen muss die Bundesregierung hier kurzfristig aktiv werden. In einem ersten Schritt sollte eine begriffliche Klarstellung im TKG dahingehend verankert werden, dass auch OTT-Dienste, die in funktionalem Wettbewerb zu TK-Diensten stehen, regulatorisch als solche zu behandeln sind. Dies könnte kurzfristig und europarechtskonform erfolgen.

Deutschland sollte hier Vorreiter der europäischen Entwicklung sein – es besteht keine Notwendigkeit, passiv Entscheidungen auf europäischer Ebene abzuwarten. Vielmehr hat die Bundesregierung die Chance, ein Signal nach Brüssel zu senden (so wie dies bezüglich des deutschen Vorstoßes bei der Fusionskontrollverordnung in Kapitel 5 des Grünbuchs formuliert ist). Die bisherigen Überlegungen der Europäischen Kommission, den sektorspezifischen Verbraucherschutz jedenfalls auf alle Nummernbasierten OTT-Dienste auszuweiten werden nach Auffassung von Telefónica Deutschland dem Umfang der erforderlichen Harmonisierung nicht gerecht. Letztlich kann es nicht nur um eine Harmonisierung um Verbraucherrecht gehen, auf die Regulierung zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und bereichsspezifisches Datenschutzrecht

sollte für OTT-Dienste einschlägig sein. Ferner spielt es aus Sicht des Verbrauchers nur noch eine untergeordnete Rolle, ob ein Dienst nummernbasiert oder identitätenbasiert ist. Die Bundesregierung hat nun die Gelegenheit eine starke Vorbildrolle in Europa bei der Stärkung des fairen Wettbewerbs einzunehmen, indem sie im TKG funktionssubstituierende OTT Dienste den Telekommunikationsdiensten gleich stellt,

Wenn durch geeignete Begriffsdefinition die TK-Dienste der Netzbetreiber und OTTs grundsätzlich den gleichen Regelungen unterstellt sind, kann in einem zweiten Schritt systematisch eine Aktualisierung des nationalen Rechtsrahmens erarbeitet werden.

Die reine Größe eines Plattformanbieters bringt noch nicht die Notwendigkeit regulatorischer Eingriffe mit sich. Entscheidend ist im Einzelfall vielmehr die Frage, ob sich missbräuchliches Verhalten feststellen lässt. Interessant sind hierbei zwei Charakteristika digitaler Plattformen:

1. Lock-in Effekte: Viele Plattformangebote versuchen, ihre Nutzer durch sogenannte Lock-in Effekte an sich zu binden. Dies ist im Grundsatz legitim: So kann ein Lock-in Effekt darin bestehen, dass sich ein Anbieter auf einer Verkaufsplattform ein positives Kunden-Rating erarbeitet hat und daher nicht zu einer anderen Verkaufsplattform wechseln möchte. Wenn hingegen Lock-in Effekte aufgrund fehlender Interoperabilität oder Portabilität auftreten, gilt es im Einzelfall zu prüfen, inwiefern dadurch Regelungsbedarf besteht.

2. Übertragung von Marktmacht in andere Marktsegmente: Wenn ein Plattformanbieter seine Marktmacht auf andere Marktsegmente überträgt, ist ebenfalls im Einzelfall zu prüfen, ob dies staatliche Eingriffe erfordert.

Das in Kapitel 2. Des Grünbuchs angesprochene Spannungsfeld von TMG und TKG verdeutlicht, dass diese bisherige rechtssystematische Unterscheidung zumindest mit Blick auf digitale Plattformen überprüfungswürdig erscheint. Angesichts zunehmender Medienkonvergenz erscheint die Zusammenführung der beiden Gesetze in ein einheitliches Regelwerk mittelfristig sinnvoll.

Kurzfristig ist jedoch eine rechtlich-regulatorische Gleichbehandlung von TK-Netzbetreibern und OTTs sicherzustellen. Die derzeitige Situation, in der TK-Netzbetreiber dem TKG, OTTs hingegen den – in vielen Bereichen deutlich laxeren – Regeln des TMG unterstellt sind, verhindert die Schaffung eines Level Playing Field. Insofern sollten die Regelungen des TKG im Grundsatz auch für entsprechende OTT-Angebote Anwendung finden. Eine entsprechende Anpassung der Begriffsdefinitionen des TKG ist kurzfristig vorzunehmen.

1.2. Regelungsbereiche mit großen Unterschieden zwischen OTTs und klassischen TK-Anbietern

1.2.1. Verbraucherschutz

- Für Verbraucherschutz gibt es im TKG stolze 25 bereichsspezifische Normen, z.B. zusätzliche Informationspflichten, eine gesetzlich begrenzte Vertragslaufzeit, Regelungen zum Anbieterwechsel, etc.

- OTTs unterliegen keiner vergleichbaren Regulierung. Es gibt keinen Anbieterwechsel, keine Schlichtungsstelle bei der BNetzA, keine zusätzlichen Informations- oder Transparenzpflichten (u.a. § 43 TKG)
- Der Grundsatz der Datenportabilität ist zu unterstützen, da die vergleichbare Nummernportabilität in der Telekommunikation zu einer Intensivierung des Wettbewerbs geführt hat. Bei der Datenportabilität wäre jedoch genau zu definieren, was genau von dieser erfasst werden soll (Kunden-Stammdaten, Kontakte, Messenger-Nachrichten / E-Mails, Ratings, erworbene Apps, Kauf-Transaktionen...?). Entscheidendes Kriterium hierbei sollte die Frage sein, in welchen Fällen mangelnde Datenportabilität zu Lock-in Effekten führt.

1.2.2. Datennutzung

- Auch im Bereich Datenschutz gibt es ein massives Ungleichgewicht in der Regulierungsintensität.
- Ein Beispiel: Für die Nutzung von Standortdaten benötigt der TK-Anbieter eine schriftliche Einwilligung des Kunden. Bei den OTTs genügt ein Häkchen.

1.2.3. Schutzlücken im Bereich der inneren Sicherheit

Im Bereich der virtuellen Telekommunikationsdienste (sog. Over The Top Services oder OTTs) bestehen massive Schutzlücken zu Ungunsten der öffentlichen Sicherheit, die darüber hinaus aufgrund der Kostenvermeidung einen Wettbewerbsvorteil entstehen lassen.

- 2015 wurden rund 25% aller Telefonate in Deutschland über virtuelle Telekommunikationsdienste wie WhatsApp, Facetime oder Skype durchgeführt. Während die Deutschen im letzten Jahr täglich rund 39 Millionen SMS verschickten, wurden täglich bereits rund 667 Millionen WhatsApp Nachrichten in deutschen Mobilfunknetzen transportiert.
- Die Betreiber virtueller Kommunikationsdienste setzen vermehrt auf den Einsatz effektiver Ende-zu-Ende Verschlüsselung. Ohne einer Rechtsgrundlage, die Überwachungsmaßnahmen auf richterlicher Anordnung möglich macht, und den Betreiber des virtuellen Kommunikationsdienstes in die Pflicht nimmt, ist eine Überwachung oder Beauskunftung bei Diensten wie WhatsApp, Facetime, Facebook Messenger, o.ä. nicht möglich. Die wieder eingeführte Speicherpflicht für Verkehrsdaten genügt hierfür explizit nicht.
- Eine richterlich oder staatsanwaltschaftlich veranlasste Überwachung von Kommunikation innerhalb von OTT-1 Diensten ist heute in Deutschland nicht möglich. Die Bundesregierung ist dazu aufgerufen, diese Lücke zu schließen.

2. Infrastruktur

Telefónica Deutschland unterstützt ausdrücklich das Vorhaben der Bundesregierung, den Ausbau von Gigabitnetzen voranzutreiben. Dabei gilt es jedoch, den bisherigen Fokus von Festnetztechnologien auf Mobil Internetzugang zu erweitern: Das künftige Internet wird mobil – mit 5G, Internet-of-things, Connected-Cars und anderen Entwicklungen wird eine ortsunabhängige

Konnektivität der Normalfall. Es gibt bereits Stimmen, die prognostizieren, dass es künftig „das Internet“ und als Spezialfall „das Festnetzinternet“ geben wird. Dies vorangestellt, lassen sich drei Erfolgsfaktoren definieren:

2.1. Innovationsfreundliche Entgeltregulierung

Bei der Entgeltregulierung im Mobilfunk klaffen Theorie und Praxis seit Jahren auseinander. Auf der einen Seite steht die Erkenntnis, dass Regulierung investitionsfreundlich sein soll, mittlerweile wird auch eingeräumt, dass beispielsweise bei der Mobilfunkterminierung angesichts des OTT-Wettbewerbs keine Regulierungsbedürftigkeit mehr besteht (siehe dazu auch Stellungnahme des WAR vom 15.07.2016). In der Praxis sehen sich die Mobilfunknetzbetreiber seit Jahren einer zunehmenden regulatorischen Eingriffstiefe ausgesetzt, welche dem Markt dringend benötigte Investitionsmittel entzieht. So steht die im Entgeltgenehmigungsverfahren 2016 vorgesehene Verschärfung des Kostenmaßstabs („pureLRIC“) in eklatantem Widerspruch zum Ziel einer investitionsfreundlichen Regulierung und wird zu Umsatzeinbußen im hohen dreistelligen Millionenbereich führen. Hier ist dringend eine Kurskorrektur notwendig, um zu verhindern, dass die Investitionsfähigkeit der Mobilfunkbranche geschwächt wird.

2.2. Frequenzzuteilung

Die Zuteilung von Funkspektrum dient in erster Linie der Bereitstellung von Frequenzressourcen zum Aufbau mobiler Gigabit-Infrastrukturen – nicht zur staatlichen Einnahmenerzielung. Gewinnmaximierende Frequenzauktionen sind daher künftig zu vermeiden – Deutschland hat bereits heute mit die höchsten Frequenzkosten in Europa. Auch die Umverteilung der Auktionserlöse für die Förderung des Ausbaus von Festnetzinfrastrukturen ist nicht nur wettbewerbsverzerrend, sondern wird auch der zentralen Bedeutung des Mobilfunks in der Gigabitgesellschaft nicht gerecht. Denn für den Aufbau dieser Infrastrukturen müssen die Mobilfunknetzbetreiber in den kommenden Jahren selbst Milliardeninvestitionen tätigen. Ein weiterer Mittelentzug würde ganz klar dem Aufbau von Gigabit-Infrastrukturen entgegenstehen. Eine stärkere europäische Harmonisierung oder zumindest Koordinierung in Frequenzfragen, auch was investitionsfördernde Laufzeiten angeht, ist sehr wünschenswert.

2.3. Zugang zu dark fibre:

Ebenso wie bei leitungsgebundenen Technologien wird auch im Mobilfunk eine leistungsfähige Glasfaserinfrastruktur (mobile backhaul) benötigt. Kostenprognosen von bis zu 100 Mrd. € für eine flächendeckende FTTH-Infrastruktur und Schätzungen des Fördermittelbedarfs im zweistelligen Milliardenbereich verdeutlichen, dass es illusorisch wäre, parallele, im Wettbewerb stehende Glasfaserinfrastrukturen aufzubauen. Stattdessen müssen die verfügbaren Ressourcen gesamtwirtschaftlich optimal genutzt werden. Dies schafft einen Paradigmenwechsel von bisherigen geschlossenen Infrastrukturen hin zu kooperativen Ansätzen, bei denen Nachfrager zu (kommerziell vernünftigen Konditionen) Zugang zu unbeschalteter Glasfaser erhalten. Sollten sich hier einzelne Marktteilnehmer sperren, könnten entsprechende regulatorische Maßnahmen erforderlich sein, insbesondere im Hinblick auf marktbeherrschende Unternehmen.

Der hohe Investitionsaufwand – und der damit verbundene Bedarf an staatlichen Fördermitteln – verdeutlicht, dass es keine parallelen flächendeckenden FTTH-Infrastrukturen in Deutschland

geben wird. Stattdessen sollte diese Infrastruktur effizient genutzt werden und allen nachfragenden Netzbetreibern zur Verfügung stehen (dark fibre-Zugang). Durch die Nutzung einer Glasfaserinfrastruktur durch mehrere Netzbetreiber verbessert sich zudem der Business-Case, Deckungslücken werden geringer und der Fördermittelbedarf gesenkt.

3. Ordnungsrahmen

Die in Kapitel 5 des Grünbuchs dargestellten Überlegungen zur Modernisierung des Wettbewerbsrechts begrüßt Telefónica Deutschland. Konzentrationsentwicklungen und Größeneffekte bei digitalen Plattformen sind zunächst in den Mechanismen der zu Grunde liegenden Plattformökonomie begründet. Wenn jedoch der Verdacht auf missbräuchliche Nutzung einer marktmächtigen Position besteht, muss der Staat die Möglichkeit haben einzugreifen.

Telefónica Deutschland teilt die Auffassung, dass mehrseitige Plattformen aufgrund ihrer spezifischen Netzwerkeffekte zu Monopolen oder Oligopolen mit nur wenigen konkurrierenden Anbietern tendieren. Die gegenwärtige kartellrechtliche Prüfpraxis stößt in diesem Kontext auf deutliche Herausforderungen, die eine effektive Sicherstellung von Wettbewerb erschweren. Aus unserer Sicht ist das bestehende Instrumentarium allerdings weiterhin grundsätzlich geeignet, Wettbewerbsverstößen auch zu begegnen. Lediglich an verschiedenen Punkten bedarf es einer gesetzgeberischen Klärung, um die Arbeit der Wettbewerbsbehörden effektiver und vor allem schneller zu gestalten. Telefónica begrüßt daher den vorliegenden Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, welcher die zentralen Aspekte nun regulatorisch adressiert.

Spezifische Regelungen für digitale Plattformen sind – über die geplanten Änderungen der 9. GWB-Novelle hinaus – nicht erforderlich.

Aus unserer Sicht werden durch die 9. GWB Novelle die richtigen Maßnahmen ergriffen:

a) Kriterium „Unentgeltliche Leistungsbeziehungen“ (§ 18 Abs. 2a GWB-E)

Da die sachliche Marktabgrenzung aktuell nicht auf die digitalen Geschäftsmodelle mehrseitiger Plattformen ausgerichtet ist, fällt es schwer, unentgeltliche Nutzerbeziehungen als Markt zu definieren. Dadurch fallen viele Plattformen bzw. Teile der Geschäftsbeziehungen von Plattformen aus dem kartellrechtlichen Beurteilungsschema. Eine gesetzliche Klarstellung, dass auch unentgeltliche Beziehungen als Markt anzusehen sind, ist daher folgerichtig und erforderlich, um Wettbewerbsbehörden handlungsfähig zu halten und durch Rechtsklarheit die Verfolgung von Wettbewerbsverstößen zu beschleunigen. Dies wird mit den Klarstellungen in § 18 Abs. 2a erreicht.

b) Neue Kriterien für die Prüfung mehrseitiger Märkte (§ 18 Abs. 3a Nr. 1-5 GWB-E)

Die effektive Beurteilung der Wettbewerbssituation und folglich der Marktmacht auf mehrseitigen Plattformmärkten erfordert eine Betrachtung von weit mehr Faktoren als ausschließlich den Marktanteilen wie in der Offline-Welt üblich. Spezifischen Charakteristika der Plattformen muss eine gesteigerte Bedeutung zukommen. Der Entwurf liefert mit den in § 18 Abs. 3a Nr. 1-5 eingeführten Kriterien einen entsprechend erweiterten Prüfraum und adressiert die für Plattformen essentiellen Aspekte. Es ist daher zu begrüßen, dass diese Punkte nun gesetzlich

verankert werden. Gleichzeitig bleibt dieser Kriterienkatalog flexibel genug, um eine spezifische Missbrauchsprüfung durch die zuständigen Behörden zu ermöglichen.

Insbesondere ist zu begrüßen, dass in §18 Abs. 3a Nr. 4 explizit der Zugang zu Daten als für die Feststellung von Marktmacht relevantes Kriterium adressiert wird. Die bestehenden Daten einer Plattform sowie der Zugang zu diesen können zentrale Indikatoren für Marktmacht darstellen. So können aus einem exklusiven Zugang zu Daten etwa immense Wettbewerbsvorteile für die Plattform und Marktzutrittsschranken für etwaige Wettbewerber erwachsen, die einen fairen Wettbewerb verhindern.

c) Erweiterung der Zusammenschlusskontrolle (§§ 35 - 39)

In der digitalen Wirtschaft bestehen zahlreiche Fälle von Unternehmen, die zwar ein erhebliches Marktpotential haben, jedoch noch keine (oder nur geringe) Umsätze generieren. Marktführende Unternehmen können diese potentiellen Konkurrenten in einem frühen Entwicklungsstadium erwerben, bevor sie die Position eines ernstzunehmenden Wettbewerbers erreichen, oder um sich frühzeitig eine dominierende Marktstellung auch in einem angrenzenden Markt zu sichern. Der Erwerb eines umsatzlosen oder umsatzschwachen Unternehmens kann selbst dann kontrollfrei bleiben, wenn der Erwerber ein Weltmarktführer mit Milliardenumsätzen ist und das Transaktionsvolumen immense Ausmaße annimmt. Beide Faktoren unterstreichen die absehbare Wettbewerbsrelevanz einer solchen Transaktion, die eine Prüfung zwingend rechtfertigt. Die im vorliegenden Entwurf vorgeschlagene Ausweitung der Fusionskontrolle ist in Anbetracht der Realität der digitalen Wirtschaft dringend erforderlich. Das Transaktionsvolumen als Aufgreifschwelle heranzuziehen ist eine eindeutige und leicht verständliche Vorgabe, die zudem in anderen Märkten (vgl. USA) bereits gängige Praxis ist. Die vorgeschlagene Schwelle des Transaktionsvolumens von 350 Mio. Euro erscheint dabei als angemessen. Es wird durch die vergleichsweise hohe Summe sichergestellt, dass tatsächlich nur signifikante Transaktionen Berücksichtigung finden.

d) Behördlicher Informationsaustausch (§ 50c GWB-E)

Auch die verfahrensrechtliche Zusammenarbeit der Kartellbehörden mit den Datenschutzbeauftragten (im Hinblick auf die Datenrelevanz) ist zu begrüßen.

Aus Sicht von Telefónica stellt das Grünbuch die Besonderheiten digitaler Plattformen und der sich daraus ergebenden Probleme für das Kartellrecht korrekt dar.

4. Datenschutz

4.1. Big Data

Die Sammlung von großen Datenmengen ist per se weder nützlich noch schädlich, heutige Systeme und Plattformen erzeugen automatisch große Mengen von Daten. Die Erkenntnisse aus den Analysen großer Datenmengen führen zu Nutzen für Menschen, Gesellschaft und Wirtschaft. Zentral ist dabei, dass die Menschen die Hoheit über ihre personenbezogenen Daten behalten und ein souveränes digitales Leben führen können, zentrale Elemente dabei sind: Transparenz und Kontrolle.

Die Voraussetzung, damit Big Data erfolgreich wird, ist Vertrauen und Akzeptanz beim Kunden zu gewinnen. Dafür gilt es, gegenüber dem Nutzer Transparenz darüber zu schaffen, welche Daten zu welchem Zweck erhoben werden. Zudem ist es sinnvoll, Wahlfreiheit für den Nutzer zu schaffen, in welchem Umfang seine Daten erhoben und vermarktet werden. Entsprechende Konzepte wurden bereits an verschiedener Stelle entwickelt.

Mit der Datenschutzgrundverordnung wurde ein umfassendes und weitreichendes Regelwerk geschaffen, welches in Deutschland unmittelbar Anwendung finden wird. Die Notwendigkeit, darüber hinaus noch zusätzliche Regeln zu definieren, sieht Telefónica Deutschland derzeit nicht. Die in der Datenschutzgrundverordnung bereits eingeführten Grundsätze für das Datenschutzrecht müssen angewendet und weiterentwickelt werden. Darüber hinaus sollten die Möglichkeiten der Pseudonymisierung und Anonymisierung weiter erforscht und gefördert werden, da sie ein gutes Mittel zur Balancierung von Persönlichkeitsrechten und Innovation darstellen. Diskussionsräume, wie u.a. die Kompatibilität einzelner Datenverarbeitungen zueinander sowie die Abwägung von Interessen der an einer Verarbeitung Beteiligten sollten genutzt werden, um das öffentliche Gespräch voranzutreiben.

4.2. Datensouveränität

Telefónica Deutschland stimmt der Einschätzung zu, dass die Grundsätze der Datensparsamkeit und Datenvermeidung in einem digitalen Ökosystem nicht mehr zeitgemäß sind. Hinsichtlich der „Kommerzialisierung“ von Daten werden hier die in der Tat komplexen Fragen angesprochen, wie eine adäquate „Gegenleistung“ für die Datennutzung bemessen werden kann bzw. wie die Kriterien der Freiwilligkeit“ und „Wahlfreiheit“ bei der Datenbereitstellung zu definieren sind und welche Folgerungen sich hieraus mit Blick auf die Preisregulierung ergeben. Hierbei empfiehlt sich ein behutsames Vorgehen, um innovative Geschäftsmodelle nicht durch präventive Regulierung zu verhindern. Auch in diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass aus Sicht von Telefónica Deutschland digitale Geschäftsmodelle nur dann dauerhaft erfolgreich sein können, wenn sie Vertrauen und Akzeptanz der Kunden genießen. Ziel sollte es daher sein, den Kunden die Kontrolle über ihre Daten zurückzugeben. Auch hierbei sind freiwillige Maßnahmen gegenüber gesetzlichen Verpflichtungen vorzugswürdig.

Der Grundsatz der Datenportabilität ist insofern zu unterstützen als die vergleichbare Nummernportabilität in der Telekommunikation zu einer Intensivierung des Wettbewerbs geführt hat. Bei der Datenportabilität wäre jedoch zu definieren, was genau von dieser erfasst werden soll (Kunden-Stammdaten, Kontakte, Messenger-Nachrichten / E-Mails, Ratings, erworbene Apps, Kauf-Transaktionen etc.). Entscheidendes Kriterium hierbei sollte die Frage sein, in welchen Fällen mangelnde Datenportabilität zu Lock-in Effekten führt.

Beim Thema der Einwilligung sind zwei Aspekte zu berücksichtigen. Zum einen ist die Sensibilität von Daten ein subjektives Merkmal. Das kann und sollte nur die Nutzerin / der Nutzer für sich selbst entscheiden. Letzten Endes unterliegt die Einschätzung der Sensibilität durch den Einzelnen auch eine individuelle wertebasierte Abwägung zugrunde. Die Nutzerorientierung sollte auch für

die Einwilligung in die Auswertung von Kommunikationsinhalten gelten, eine Bevormundung des Nutzers könnte hier sinnvolle Anwendungen behindern.

Standardisierte Einwilligungen sind sicherlich ein einfaches Mittel, Rechtssicherheit herzustellen. Allerdings können sie auch innovationshemmend wirken.

Die in der Datenschutzgrundverordnung bereits eingeführten Grundsätze für das Datenschutzrecht müssen angewendet und weiterentwickelt werden. Darüber hinaus sollten die Möglichkeiten der Pseudonymisierung und Anonymisierung weiter erforscht und gefördert werden, da sie ein gutes Mittel zur Balancierung von Persönlichkeitsrechten und Innovation darstellen. Diskussionsräume, wie u.a. die Kompatibilität einzelner Datenverarbeitungen zueinander sowie die Abwägung von Interessen der an einer Verarbeitung Beteiligten sollten genutzt werden, um das öffentliche Gespräch voranzutreiben.

5. Institutionell: eine Digitalagentur als Kompetenzzentrum?

Die Idee einer institutionellen Bündelung von Kompetenzen ist nachvollziehbar und trägt der zunehmenden technologischen Konvergenz Rechnung, darf aber nicht ein Mehr an Regulierung zufolge haben. Sie würde Abgrenzungsfragen – wie beispielsweise TK-Plattform vs. andere digitale Plattformen – vermeiden. Damit eine solche Digitalagentur ein Erfolgsmodell wird, sollten drei Voraussetzungen erfüllt sein:

1. Es ist zu vermeiden, dass es zu einer on-top Regulierung oder gar Doppelregulierung kommt. So weisen beispielsweise TK-Verbraucherschutzregeln auf europäischer und nationaler Ebene eine Vielzahl von Redundanzen oder gar widersprüchlicher Bestimmungen auf, die für massiven Zusatzaufwand bei der Umsetzung führen. Auch die Abgrenzung der Zuständigkeiten von Kartell- und Regulierungsbehörden ist bislang nicht immer ganz eindeutig. Die Schaffung einer „one-stop-shopping Agency“ für Fragen der digitalen Ökonomie setzt daher eine uneindeutige Zuständigkeitsabgrenzung voraus.

2. Um zu vermeiden, dass eine Digitalagentur nicht als Bremser auftritt sondern im Gegenteil als Motor der digitalen Ökonomie, sollte eine Fokussierung auf klar definierte Kernbereiche erfolgen. Als Negativbeispiel sei die Entwicklung genannt, die die richtige und notwendige sektorspezifische TK-Regulierung genommen hat welche sich von der ursprünglich ordnungspolitischen Marktregulierung über das Vehikel des Kundenschutzes zu einer prozesspolitisch geprägten Regulierung mit immer stärkerer Eingriffstiefe entwickelt hat.

3. Damit eine Digitalagentur Impulse für eine dynamische digitale Ökonomie geben kann, ist sie unbedingt mit dem notwendigen wirtschaftlichen und digitalen Know-How auszustatten und sollte eine enge Anbindung an das für Digitalwirtschaft zuständige Ressort der Bundesregierung erhalten. Eine Digitalagentur sollte möglichst breit die Kompetenzen bündeln (sowohl von Bundes- als auch von Länderebene) und eine starke wirtschafts- und ordnungspolitische Ausrichtung haben.

Berlin, 30. September 2016