

## EuGH: Gmail ist kein TK-Dienst

Elektronischer Kommunikationsdienst

AEUV Art. 267; TKG §§ 3 Nr. 24, 6 Abs. 1, 126; RL 2002/21/EG (Rahmen-RL) Art. 2 lit. c; RL 98/34/EG Art. 1, 2 lit. c  
Urteil vom 13.6.2019 – C-193/18 – Google LLC/Bundesrepublik Deutschland

### Leitsatz

Art. 2 lit. c RL 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 7.3.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) in der durch die RL 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.11.2009 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass ein internetbasierter E-Mail-Dienst, der wie der von der Google LLC erbrachte Dienst Gmail keinen Internetzugang vermittelt, nicht ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze besteht und daher keinen „elektronischen Kommunikationsdienst“ i.S.d. Bestimmung darstellt.

**Anm. d. Red.:** Der Volltext ist abrufbar unter: [BeckRS 2019, 11104](#). Vgl. hierzu auch *VG Köln* MMR 2016, 141; *OVG NRW* MMR 2018, 552 m. Anm. *Schubert*; *Grünwald/Nüßing*, MMR 2016, 95; *EuGH* MMR 2015, 339 – UPC DTH und *EuGH* MMR 2019, 517 – in diesem Heft.

**Schlagworte:** Elektronischer Kommunikationsdienst; BNetzA; Google; Regulierung von Webdiensten; Meldepflicht

### Sachverhalt

Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung der RL 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 7.3.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (im Folgenden: Rahmen-RL).

Es ergeht in einem Rechtsstreit zwischen der *Google LLC* und der Bundesrepublik Deutschland über einen Bescheid der *BNetzA*, mit dem festgestellt wurde, dass es sich bei dem E-Mail-Dienst Gmail von *Google* um einen TK-Dienst handelt, und diese Gesellschaft daher unter Androhung eines Zwangsgelds dazu aufgefordert wurde, ihrer Meldepflicht nachzukommen. *Google* ist eine Gesellschaft mit Sitz in den Vereinigten Staaten von Amerika, die u.a. neben einer Internetsuchmaschine dieses Namens einen internetbasierten E-Mail-Dienst namens Gmail betreibt, der in Deutschland vorübergehend unter dem Namen Google-Mail betrieben wurde. *Google* betreibt in Deutschland auch eine eigene mit dem Internet verbundene Netzinfrastruktur, insb. einige Hochleistungsverbindungen zwischen Metropolregionen. Gmail ist ein sog. „Over-the-top-Dienst“ (OTT), d.h. ein über das Internet zur Verfügung stehender Dienst, ohne dass ein traditioneller Internet-Service-Provider involviert ist. Gmail bietet seinen Nutzern einen Dienst, mit dem diese elektronische Nachrichten und Dateien über das Internet versenden und empfangen können. Um diesen Dienst in Anspruch nehmen zu können, muss der Nutzer zunächst ein E-Mail-Konto einrichten und erhält eine E-Mail-Adresse, die ihn als Absender und Empfänger von E-Mails identifiziert. Zur Nutzung dieses Diensts loggt sich der Nutzer in sein Konto entweder direkt über die von *Google* betriebene Webseite ein, mit dem er die Funktionen des Absendens und Empfangens, aber auch die Funktionen des Editierens, Speicherns und Ordnenens von E-Mails nutzen kann, oder indirekt über ein auf dem Endgerät installiertes lokales E-Mail-Programm (E-Mail-Client).

Das vorlegende Gericht führt aus, dass die E-Mails und Dateien i.R.d. Gmail-Diensts nicht verändert werden, vielmehr werden sie in Datenpakete zerlegt, die mit Hilfe von standardisierten Kommunikationsprotokollen wie dem Transmission Control Protocol – Internet Protocol (Übertragungskontrollprotokoll – Internetprotokoll – TCP-IP) und dem Simple Mail Transfer Protocol (Einfaches Mail-Übertragungsprotokoll – SMTP) übermittelt werden. Technisch erstellt der Nutzer den Inhalt der elektronischen Mail und bestimmt den oder die Empfänger, ob nun in seinem Webbrowser oder seiner E-Mail-Client-Software, und übermittelt diese E-Mail dann an *Google* durch Einleitung des Sendevorgangs. Um diese E-Mail ihrem Empfänger zustellen zu können, betreibt *Google* E-Mail-Server, die die informationstechnischen Verarbeitungsprozesse vornehmen, um den Ziel-Server mit Hilfe des Domain-Name-System (DNS) zu identifizieren und die Datenpakete zu versenden. Das Routing dieser Pakete über verschiedene Teilnetze des Internets, die von Dritten betrieben werden, ist dynamisch und kann sich stetig verändern, ohne dass der Nutzer, der die Sendung veranlasst hat, davon Kenntnis hätte oder eine Kontrolle hierüber ausüben könnte. Beim Empfang speichert ein Ziel-Server die E-Mail und hält sie dort in einem elektronischen Postfach vor, auf das der Empfänger mittels verschiedener Techniken zugreifen kann. Der Weg, den die E-Mail im Internet nimmt, kann kürzer sein, wenn E-Mails zwischen Nutzern desselben Diensteanbieters versendet werden.

Die *BNetzA* ist der Auffassung, dass es sich bei Gmail um einen TK-Dienst i.S.v. § 6 Abs. 1 TKG i.V.m. § 3 Nr. 24 TKG handele und dass er daher der dort geregelten Meldepflicht ggü. der *BNetzA* unterliege. Mit einem auf § 126 TKG gestützten Bescheid v. 2.7.2012 stellte die *BNetzA* förmlich fest, dass *Google* mit Gmail einen TK-Dienst betreibe, und forderte *Google* unter Androhung eines Zwangsgelds dazu auf, der im TKG vorgesehene Meldepflicht nachzukommen. Den gegen diesen Bescheid eingelegten Widerspruch von *Google* wies die *BNetzA* mit Bescheid v. 22.12.2014 als unbegründet zurück.

Am 23.1.2015 erhob *Google* beim *VG Köln* Klage auf Aufhebung dieses Bescheids, die mit U. v. 11.11.2015 (MMR 2016, 141) abgewiesen wurde. Nach Ansicht des *VG* sei die Signalübertragung dem Internetanbieter *Google* zurechenbar, der sich die Signalübertragungsleistung faktisch zu eigen mache und selbst einen essentiellen Beitrag für das Funktionieren des Vorgangs erbringe. *Google* hat gegen das Urteil des *VG Köln* beim vorlegenden Gericht, dem *OVG NRW*, Berufung eingelegt. Vor dem vorlegenden Gericht macht *Google* geltend, Gmail sei kein TK-Dienst, da dieser Dienst keine Signale übertrage. Als reiner Webmail-Dienst setze Gmail zwar wie andere OTT-Dienste, etwa Onlinebanking, eine Signalübertragung in diesem Sinne voraus. Die Signalübertragung erfolge aber nicht durch *Google* selbst, sondern – sowohl für die Datenübermittlung zwischen den Nutzern von Gmail und den E-Mail-Servern von *Google* als auch für die Datenübermittlung zwischen den E-Mail-Servern von *Google* und den E-Mail-Servern anderer E-Mail-Dienste – durch die Internetzugangsanbieter. Die Signalübertragungsleistung sei ihr auch nicht zurechenbar, weil die Signalübertragung über das offene Internet nach dem „Best-Effort-Prinzip“ („nach bestem Bemühen“) erfolge. Sie könne daher weder eine tatsächliche, noch eine rechtliche Kontrolle über den Vorgang der Signalübertragung ausüben. *Google* macht auch geltend, der Umstand, dass sie selbst ihre eigene Netzinfrastruktur als Teil des Internets betreibe, sei in diesem Zusammenhang tatsächlich und rechtlich ohne Bedeutung. Diese Infrastruktur sei maßgeblich für die Erbringung datenin-

tensiver Dienste wie „Google-Suche“ und „YouTube“ aufgebaut worden; für den Betrieb von Gmail sei diese Infrastruktur aber nicht erforderlich, auch wenn sie mitgenutzt werde. Schließlich werde Gmail in der Regel nicht gegen Entgelt erbracht, sondern den Nutzern kostenlos zur Verfügung gestellt und lediglich zu einem kleinen Teil durch auf der Webseite von Gmail geschaltete Werbung finanziert.

Die *BNetzA* macht geltend, Voraussetzung für die Annahme eines TK-Diensts sei, dass der erbrachte Dienst in seiner technischen Funktionsweise überwiegend eine Signalübertragung zum Gegenstand habe. Dies sei bei Gmail der Fall, weil eine Übermittlung von E-Mails vom Absender zum Empfänger nur mittels Signalübertragung möglich sei. Es sei nicht erforderlich, dass der Erbringer des Diensts selbst die Signalübertragung übernehme oder zumindest eine Kontrolle über die durch Dritte übernommene Signalübertragung ausübe. Entscheidend sei allein, dass die Signalübertragung als technisches Element überhaupt gegeben sei. Selbst wenn eine Kontrolle über die durch Dritte vorgenommene Signalübertragung zu verlangen wäre, sei diese Voraussetzung auf Grund des Betriebs der eigenen E-Mail-Server durch *Google* gegeben. Denn die E-Mail-Server ordneten den E-Mail-Adressen die physischen Internetprotokoll(IP)-Adressen zu, *Google* authentifiziere den Absender und ggf. auch den Empfänger einer E-Mail mittels Passwort, E-Mail-Adresse oder Nutzerkennung und steuere mittels der eingesetzten Internetprotokolle in einem für die Annahme einer Kontrolle hinreichenden Maße die Signalübertragung. Schließlich betreibe *Google* selbst eine eigene mit dem Internet zusammengeschaltete Netzinfrastruktur, die auch für die Zwecke der Signalübertragung für Gmail eingesetzt werde.

Unter diesen Umständen hat das *OVG NRW* (MMR 2018, 552 m. Anm. *Schubert*) beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem *EuGH* Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen.

#### Aus den Gründen

##### Zur ersten und zur zweiten Frage

**26** Mit seiner ersten und seiner zweiten Frage, die zusammen zu prüfen sind, möchte das *vorlegende Gericht* im Wesentlichen wissen, ob Art. 2 lit. c Rahmen-RL dahin auszulegen ist, dass ein internetbasierter E-Mail-Dienst, der keinen Internetzugang vermittelt, wie der von *Google* erbrachte Dienst Gmail, unter Berücksichtigung der informationstechnischen Verarbeitung, die der Anbieter dieses Diensts über seine E-Mail-Server erbringt, indem er den E-Mail-Adressen die IP-Adressen der Endgeräte zuordnet und die Datenpakete, in die diese E-Mails zerlegt sind, in das offene Internet einspeist oder aus diesem empfängt, einen Dienst darstellt, der ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze besteht. Wird dies verneint, möchte das *vorlegende Gericht* auch wissen, ob und ggf. unter welcher Voraussetzung von dem Erbringer eines solchen internetbasierten E-Mail-Diensts gleichwohl angenommen werden kann, dass er eine Übertragung von Signalen vornimmt oder diese ihm zugerechnet werden kann, wenn er auch eigene mit dem Internet verbundene elektronische Kommunikationsnetze betreibt, die für die Zwecke dieses E-Mail-Diensts genutzt werden können.

**27** Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Begriff „elektronische Kommunikationsdienste“ positiv und negativ formuliert in Art. 2 lit. c Rahmen-RL definiert ist und dass diese Definition nahezu wortgleich in Art. 1 Nr. 3 RL 2002/77/EG der Kommission v. 16.9.2002 über den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (ABl. 2002, L 249, S. 21) übernommen wurde (U. v. 7.11.2013 – C-518/11, Rdnr. 36 und 37 – UPC Nederland).

**28** Art. 2 lit. c Rahmen-RL definiert nämlich erstens elektronische Kommunikationsdienste als „gewöhnlich gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen, einschließlich Telekommunikations- und Übertragungsdienste in Rundfunknetzen“.

**29** Zweitens wird in dieser Bestimmung klargestellt, dass von dem Begriff „elektronische Kommunikationsdienste“ zum einen ausgenommen sind die „Dienste, die Inhalte über elektronische Kommunikationsnetze und -dienste anbieten oder eine redaktionelle Kontrolle über sie ausüben“, und zu ihm zum anderen nicht gehören „die Dienste der Informationsgesellschaft i.S.v. Art. 1 RL 98/34, die nicht ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen“.

**30** Im fünften Erwägungsgrund der Rahmen-RL wird hierzu u.a. ausgeführt, dass angesichts der Verschmelzung von Telekommunikation, Medien und Informationstechnologien für alle Übertragungsnetze und -dienste ein einheitlicher Rechtsrahmen gelten sollte und dass es im Zusammenhang mit der Schaffung dieses Rahmens notwendig ist, die Regulierung der Übertragung von der Regulierung von Inhalten zu trennen.

**31** Wie der *EuGH* bereits festgestellt hat, treffen die verschiedenen Richtlinien, aus denen der neue für elektronische Kommunikationsdienste geltende Rechtsrahmen besteht, insb. die Rahmen-RL und die RL 2002/77, daher eine klare Unterscheidung zwischen der Produktion von Inhalten, die eine redaktionelle Kontrolle voraussetzt, und der Übertragung von Inhalten ohne jede redaktionelle Kontrolle, wobei die Inhalte und ihre Übertragung unter getrennte Regelungen fallen, die jeweils eigene Ziele verfolgen (vgl. in diesem Sinne U. v. 7.11.2013, a.a.O., Rdnr. 41 – UPC Nederland und v. 30.4.2014 – C-475/12 [= MMR 2015, 339], Rdnr. 36 – UPC DTH).

**32** Der *EuGH* hat auch entschieden, dass ein Dienst die Übertragung von Signalen umfassen muss, um unter den Begriff „elektronische Kommunikationsdienste“ zu fallen, und dabei klargestellt, dass der Umstand, dass die Übertragung des Signals über eine Infrastruktur erfolgt, die nicht dem Erbringer der Dienste gehört, für die Einordnung der Art der Dienstleistung unerheblich ist, da es nur darauf ankommt, dass der Erbringer ggü. den Endnutzern für die Übertragung des Signals, die diesen die Bereitstellung des Diensts, den sie abonniert haben, gewährleistet, verantwortlich ist (U. v. 30.4.2014, a.a.O., Rdnr. 43 – UPC DTH).

**33** Im vorliegenden Fall geht aus der Vorlageentscheidung sowie den beim *EuGH* eingereichten schriftlichen Erklärungen hervor, dass *Google* neben anderen Dienstleistungen einen E-Mail-Dienst (Gmail) anbietet, der dem Inhaber eines Gmail-Kontos die Absendung und den Empfang von E-Mails ermöglicht, entweder über eine Internetbrowser-Software unter Nutzung eines ihm hierzu von *Google* zur Verfügung gestellten Web-Interface oder über eine „E-Mail-Client“-Software. Im Ausgangsverfahren geht es jedoch allein um den internetbasierten E-Mail-Dienst.

**34** Fest steht, dass der Erbringer eines internetbasierten E-Mail-Diensts wie Gmail eine Übertragung von Signalen vornimmt. *Google* hat in der mündlichen Verhandlung vor dem *EuGH* bestätigt, dass sie bei der Erbringung ihres E-Mail-Diensts von Inhabern eines Google-Mail-Kontos versendete und von ihnen empfangene, in Datenpakete zerlegte E-Mails über ihre E-Mail-Server in das offene Internet einspeist und aus diesem empfängt.

**35** Hieraus lässt sich allerdings nicht der Schluss ziehen, dass die Tätigkeiten, die *Google* vornimmt, um das Funktionieren ihres

internetbasierten E-Mail-Diensts sicherzustellen, einen „elektronischen Kommunikationsdienst“ i.S.v. Art. 2 lit. c Rahmen-RL darstellen, da dieser Dienst nicht ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze besteht.

**36** Wie die *EU-Kommission* in ihren schriftlichen Erklärungen ausgeführt hat, sind es nämlich einerseits die Internetzugangsanbieter der Absender und der Empfänger von E-Mails sowie ggf. die Anbieter von internetbasierten E-Mail-Diensten und andererseits die Betreiber der verschiedenen Netze, aus denen das offene Internet besteht, die im Wesentlichen die Übertragung der für das Funktionieren jedes internetbasierten E-Mail-Diensts erforderlichen Signale sicherstellen und die hierfür i.S.d. U. v. 30.4.2014, a.a.O., Rdnr. 43 – UPC DTH, verantwortlich sind.

**37** Dass der Erbringer eines internetbasierten E-Mail-Diensts bei der Versendung und dem Empfang von Nachrichten aktiv tätig wird, sei es, indem er den E-Mail-Adressen die IP-Adressen der entsprechenden Endgeräte zuordnet oder die Nachrichten in Datenpakete zerlegt und sie in das offene Internet einspeist oder aus dem offenen Internet empfängt, damit sie ihren Empfängern zugeleitet werden, reicht nicht aus für die Einstufung dieses Diensts als i.S.v. Art. 2 lit. c Rahmen-RL „ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehend“.

**38** Der E-Mail-Dienst Gmail kann somit in Ermangelung jedes anderen Anhaltspunkts, der geeignet wäre, die Verantwortlichkeit von *Google* ggü. den Inhabern eines Gmail-Kontos bei der Übertragung der für das Funktionieren des Diensts erforderlichen Signale zu begründen – was zu prüfen Sache des *vorlegenden Gerichts* ist –, nicht als „elektronischer Kommunikationsdienst“ i.S.v. Art. 2 lit. c Rahmen-RL eingeordnet werden.

**39** Der Umstand schließlich, dass *Google* auch ihre eigenen elektronischen Kommunikationsnetze in Deutschland betreibt, ist nicht geeignet, dieses Ergebnis in Frage zu stellen.

**40** Denn der Umstand, dass bei *Google* davon auszugehen ist, dass sie als Betreiberin ihrer eigenen elektronischen Kommunikationsnetze elektronische Kommunikationsdienste erbringt und als solche einer Meldepflicht nach Art. 3 Abs. 2 und 3 RL 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 7.3.2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungs-RL, ABl. 2002, L 108, S. 21) in der durch RL 2009/140 geänderten Fassung unterliegt, kann nicht dazu führen, dass sämtliche Dienste, die sie im Internet erbringt, auch als elektronische Kommunikationsdienste einzuordnen wären, obwohl sie nicht ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen bestehen.

**41** Nach alledem ist auf die erste und die zweite Frage zu antworten, dass Art. 2 lit. c Rahmen-RL dahin auszulegen ist, dass ein internetbasierter E-Mail-Dienst, der wie der von *Google* erbrachte Dienst Gmail keinen Internetzugang vermittelt, nicht ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze besteht und daher keinen „elektronischen Kommunikationsdienst“ im Sinne dieser Bestimmung darstellt. ...

## Anmerkung

RA Dr. Axel Spies, Morgan, Lewis & Bockius LLP, Washington

**1.** Seit 2012 dauert die Auseinandersetzung mit der *BNetzA* um die Reichweite der deutschen Vorschriften §§ 6 Abs. 1 i.V.m. 3 Nr. 24 TKG („Telekommunikationsdienste“) i.S. Gmail nun schon an. Der Streit gelangte über das *OVG NRW* im Wege der Vorlagefrage zum *EuGH*. Das Urteil ist wichtig. Für die Re-

gierung geht es u.a. um Netzzugang, technische Schutzmaßnahmen (§ 109 TKG), TK-Überwachung/Erteilung von Auskünften (§ 110 TKG), Schnittstellen für den Datenzugriff von Ermittlungsbehörden (§§ 110 und 111 TKG). Diese Vorschriften richten sich an TK-Dienste. Das Interesse der Sicherheitsbehörden erklärt wohl auch, warum die Regierungen von Polen und Ungarn dem Verfahren beigetreten sind. Auch nach dem für *Google* günstigen Urteil werden viele Behörden in der EU und anderswo weiter versuchen, an die Gmail-Nutzerdaten heranzukommen.

**2.** Der *EuGH* stellt in Rdnr. 32 klar, dass es in dem Urteil allein um den internetbasierten E-Mail-Dienst geht. Der Dienst sei kein TK-Dienst, denn der Dienst bestehe „nicht ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze“ (Rdnr. 35). Das Kernargument des *EuGH*: Die für die Übermittlung Verantwortlichen seien „die Internetzugangsanbieter der Absender und der Empfänger von E-Mails sowie ggf. die Anbieter von internetbasierten E-Mail-Diensten und andererseits die Betreiber der verschiedenen Netze, aus denen das offene Internet besteht“ (Rdnr. 36). Der Web-E-Mail-Dienst Gmail sei hingegen nicht Verantwortlicher. Der Umstand, dass *Google* auch ein eigenes elektronisches Kommunikationsnetz in Deutschland betreibe, führe nicht dazu, dass „sämtliche Dienste, die sie im Internet erbringt, auch als elektronische Kommunikationsdienste einzuordnen wären, obwohl sie nicht ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen bestehen“ (Rdnr. 40).

**3.** Für den Kommunikationsdienst SkypeOut gelangte der *EuGH* in dem nur einige Tage zuvor ergangenen U. v. 5.6.2019 (C-142/18 = MMR 2019, 517 – in diesem Heft) derselben *Kammer* zur Anwendbarkeit der Parallelvorschrift Art. 2 lit. c RL 2001/21/EG. In der Skype-Entscheidung argumentiert der *EuGH*, dass „Skype Communications über den Abschluss von Zusammenschaltungsvereinbarungen mit den PSTN-TK-Dienstleistern die Übertragung von Signalen des Internets zum PSTN technisch möglich macht.“ Der Anbieter Skype gewährleiste seinen Kunden und Abonnenten den mit der SkypeOut-Funktion ihrer Skype-Software erbrachten VoIP-Dienst (Rdnr. 35). „Nach alledem ist auf die Vorlagefragen zu antworten, dass Art. 2 lit. c Rahmenrichtlinie dahin auszulegen ist, dass die Bereitstellung einer Software mit einer VoIP-Funktion, mit der der Nutzer von einem Endgerät über das PSTN eines Mitgliedstaats eine Festnetz- oder Mobilfunknummer eines nationalen Rufnummernplans anrufen kann, als „elektronischer Kommunikationsdienst“ i.S.d. Vorschrift einzustufen ist ...“. Dies gilt allerdings nur unter zwei Voraussetzungen:

- der Kunde muss „dem Herausgeber der Software für die Bereitstellung dieses Dienstes Entgelt“ zahlen und
- der Dienst muss „den Abschluss von Vereinbarungen des Herausgebers mit für die Übertragung und die Terminierung von Anrufen in das PSTN ordnungsgemäß zugelassenen TK-Dienstleistern ... beinhalten“ (Rdnr. 49).

In der französischen Fassung heißt es an der Stelle des Worts „beinhalten“ „implique“, was man eher mit „betreffen“ oder besser mit „nach sich ziehen“ übersetzen kann. Das Abgrenzungskriterium ist also die Übernahme der Verantwortung für die Übertragung dieser Signale durch Skype ggü. seinen Nutzern (Rdnr. 33). Ein TK-Dienst ist durch eine PSTN-Zusammenschaltungsvereinbarung zur Terminierung der Dienste gekennzeichnet, so der *EuGH*. Es spielt keine Rolle, dass der Anbieter in seinen AGB für SkypeOut die Verantwortung für die Übertragung von Signalen an die Nutzer ausgeschlossen habe (Rdnr. 43).

4. Wahrscheinlich wird es noch etliche Aufsätze und Analysen dazu geben, wie die neuen *EuGH*-Entscheidungen sauber gegeneinander abzugrenzen sind. Das wäre einfacher, wenn die *Vierte Kammer* in der Gmail-Entscheidung auf die Skype-Entscheidung Bezug genommen hätte, was naheliegend gewesen wäre. Das Abgrenzungskriterium des *EuGH*, nämlich die tatsächliche Übernahme der Verantwortung für die Übertragung der Signale, stellt auf den selbstständigen Dienst ab (nicht auf die leicht zu manipulierenden AGB des Betreibers). Die Zurechenbarkeit der Signalübertragung, die das *VG Köln* als Kriterium ausersehen hat (s. Sachverhalt), betrifft das Gesamtbild, nämlich ob sich *Google* die Signalübertragung „faktisch zu eigen“ gemacht hat und ob *Google* einen „essenziellen Beitrag für das Funktionieren des TK-Vorgangs“ liefert (näher *Schubert*, MMR 2018, 555 m.w.Nw.). Die Kriterien des *VG Köln* sind weiter als der *EuGH*-Maßstab, denn die Kriterien des *VG* setzen eine Gesamtwertung der Regulierungsbehörde (oder des Richters als „wertende Betrachtung“) voraus. Der Abgrenzung des *EuGH*, die eng auf den Dienst abzielt, ist leichter zu handhaben und ist klarer nachzuvollziehen, auch wenn dadurch Webmail-Dienste nicht unter § 3 Nr. 24 TKG fallen. Zu groß ist die Gefahr, dass eine Regulierungsbehörde die „wertende Betrachtung“ vom gewünschten Ergebnis her durchführt.

5. Andere Fragen sind weiter offen: Ob die Nutzer ein „Entgelt“ für den Gmail-Dienst zahlen, hat der *EuGH* z.B. dahinstehen lassen. Anders gefragt: Kann der Nutzer auch mit „Daten“ zahlen? Die englische Fassung („is remunerated“) und die französische Fassung („donne lieu à rémunération“) deuten darauf hin, dass es nicht um Vermögenswerte in Geld geht. Eine andere offene Frage ist: Ist die Sichtweise, dass es einer PSTN-Zusammenschaltungsvereinbarung bedarf, nicht etwas zu simpel für so ein kompliziertes technisches Produkt? Kann man Gmail als Dienst so isoliert betrachten wie die *Vierte Kammer*? Gmail ist weit mehr als nur ein E-Mail-Dienst und bietet zusätzliche Anwendungen wie Chat-Funktionalitäten und Google-Hangouts mit Gruppen-Videoanrufen. Besonders praxisrelevant in diesem Zusammenhang: Wie sind Messenger-Dienste wie WhatsApp einzuordnen? Auch diese Dienste dürften nicht unter § 3 Nr. 24 TKG fallen, wenn es keine Zusammenschaltungsvereinbarungen mit dem „underlying carrier“ zur Terminierung gibt. Ganz gleich zu welchem Ergebnis man kommt – es ist zu hoffen, dass die Einordnungsdebatte auf der Grundlage der beiden *EuGH*-Entscheidungen nahe am konkreten Fall geführt wird und nicht allgemein unter dem Schlagwort „OTT“ (over-the-top). Der Begriff „OTT“ für über das offene Internet erbrachte Dienste ist nirgendwo rechtlich definiert (so auch *Schubert*, a.a.O.). Bei der Klassifizierung als TK-Dienst kommt es nach dem *EuGH* auf den Einzelfall und auf die jeweilige technische Ausgestaltung des jeweils zu beurteilenden Dienstes an (*Grünwald/Nüßing*, MMR 2016, 95). Eine Debatte über „OTT“ führt in die Sackgasse.

6. Bevor jetzt vorschnell etliche Dissertationen nach den Urteilen zu „OTT“ (um-)geschrieben werden: Das Urteil betrifft die RL 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie) i.d.F. von 2009. Die Halbwertszeit des Urteils bis zur Umsetzung des Europäischen Kodexes für elektronische Kommunikationsdienste (EECC) ist begrenzt. Der Kodex ist bis 21.12.2020 in nationales Recht umzusetzen. Art. 2 Nr. 5 EECC enthält eine neue Definition „interpersoneller Kommunikationsdienst“, die als Untergruppe zu den elektronischen Kommunikationsdiensten (Art. 2 Nr. 4) Dienste wie WhatsApp abdecken sollte. Zur Umsetzung des EECC gibt es ein gemeinsames Eckpunktepapier des *BMWi* und des *BMVI* v. 21.2.2019. Die *Ministerien* wollen nicht nur die Begriffsbestimmungen in § 3 TKG überarbeiten;

sie wollen auch in Hinblick auf die Meldepflicht nach § 6 TKG prüfen, ob diese entweder beibehalten und dann auch auf sog. rufnummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste (wie z.B. WhatsApp) ausgeweitet werden soll oder die Meldepflicht wird i.S.e. Bürokratieabbaus abgeschafft. Zumindest für nummerngebundene interpersonelle Kommunikationsdienste gibt es nach Anh. 1 Nr. 4 EECC bei den sektorspezifischen Regulierungsvorgaben die Möglichkeit, auf der nationalen Ebene an die Allgemeingenehmigungen Bedingungen zur „Ermöglichung der rechtmäßigen Überwachung des Telekommunikationsverkehrs entsprechend der VO (EU) 2016/679 und der RL 2002/58/EG“ anzufügen. Es könnte auch sein, dass die Kartellbehörden *Google* für Gmail Auflagen machen, die an die TK-Auflagen im TKG für traditionelle Carrier heranreichen.

7. Die Einordnung der Webmail-Dienste wird die Gerichte vermutlich auch nach Einführung des EECC beschäftigen (s. *Schubert*, a.a.O.). Die Diskussion, wann neue Dienste wie traditionelle TK-Dienste zu behandeln sind, wird weitergehen. Die gute Nachricht: Der *EuGH* hat verhindert, dass bestehende Regelungen des TKG den Webmail-Diensten durch Einbeziehung solcher Dienste in die Definition des § 3 Nr. 24 TKG einfach übergestülpt werden (so auch *Grünwald/Nüßing*, a.a.O.). Der Verbraucher und die Industrie sollten dem *EuGH* dafür dankbar sein. Der *EuGH* hat die *BNetzA* nicht durch einen „Präzedenzfall“ (erklärter Wunsch der *BNetzA*) in den Stand einer „Mega“-Regulierungsbehörde erhoben, sondern hat der *BNetzA* bei der Regulierung von Webmail-Diensten nachvollziehbare Grenzen gesetzt.

## EuGH: VoIP-Dienst an Festnetz- oder Mobilfunktelefonnummern – SkypeOut-Dienst

OTT-Dienst

RL 2001/21/EG (Rahmenrichtlinie) Art. 2 lit. c  
Urteil vom 5.6.2019 – C-142/18 – Skype Communications

### Leitsatz

Art. 2 lit. c RL 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 7.3.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) in der durch RL 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.11.2009 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass die Bereitstellung einer Software mit einer „Voice over Internet Protocol (VoIP)“ (Stimmübertragung über Internetprotokoll)-Funktion, mit der der Nutzer von einem Endgerät über das öffentliche Telefonnetz (PSTN) eines Mitgliedstaats eine Festnetz- oder Mobilfunknummer eines nationalen Rufnummernplans anrufen kann, als „elektronischer Kommunikationsdienst“ im Sinne dieser Vorschrift einzustufen ist, wenn zum einen dem Herausgeber der Software für die Bereitstellung dieses Dienstes Entgelt gezahlt wird und sie zum anderen den Abschluss von Vereinbarungen des Herausgebers mit für die Übertragung und die Terminierung von Anrufen in das PSTN ordnungsgemäß zugelassenen Telekommunikationsdienstleistern beinhaltet.

**Anm. d. Red.:** Der Volltext ist abrufbar unter: *BeckRS 2019, 10378*. Vgl. hierzu auch *EuGH MMR 2015, 339* und *EuGH MMR 2019, 514 m. Anm. Spiès* – in diesem Heft.

**Schlagworte:** Elektronischer Kommunikationsdienst; Geldbuße; erforderliche Meldung; OTT-Dienst; SkyOpt-Funktion