

Netzneutralität als grundrechtliche Gewährleistungspflicht

Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades

doctor iuris (Dr. iur.)

vorgelegt dem Fakultätsrat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der Friedrich-Schiller-Universität Jena

von Małgorzata Peuker-Minecka, LL.M. (Kraków)

geboren am 9. Juli 1983

in Łódź (Polen)

Gutachter:

1. Gutachter (Referent): Prof. Dr. Matthias Ruffert, Jena
2. Gutachter (Koreferent): Prof. Dr. Christian Alexander, Jena
3. Prüfer: Prof. Dr. Gerhard Lingelbach, Jena

Tag der Disputation: 31.01.2014

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	III
Einleitung	1
A. Die Idee der Netzneutralität	2
B. Netzmanagementpraktiken als Auslöser der Netzneutralitätsdebatte	5
C. Bisherige Regulierungsansätze.....	8
I. US-amerikanische Diskussion.....	8
II. Internationale Entwicklungen	11
III. Bemühungen auf europäischer Ebene.....	12
IV. Einzelne Staaten	16
V. Politische Entwicklung in Deutschland.....	18
D. Erwartungen an die Grundrechtsordnung	23
Kapitel 1: Der Begriff der Netzneutralität	25
A. Definitionsversuche in Wissenschaft und Praxis	25
B. Tatbestand der Netzneutralität	27
I. Onlinedienste als Schutzobjekte der Netzneutralität.....	27
II. Ungleichbehandlung als Verletzungshandlung	31
C. Arbeitsbegriff der Netzneutralität	31
Kapitel 2: Grundgesetzliche Kommunikationsverfassung	32
A. Informationsordnung und Kommunikationsverfassung	33
B. Netzneutralität als Teil der Informationsordnung.....	35
C. Informationelle Infrastrukturverantwortung des Staates.....	36
Kapitel 3: Grundrechte und Internet.....	38
A. Grundrechte als Teil der Kommunikationsverfassung.....	38
B. Die Einordnung des Internet unter die Kommunikationsgrundrechte	41
I. Internetdienstefreiheit.....	42
II. Das Internet als verfassungsrechtlicher Rundfunk.....	45
1. Der Rundfunkbegriff	46
2. Internet als Rundfunk.....	52
III. Differenzierende Annahme der Rundfunkqualität von Onlinediensten	55
IV. Kritik an bisherigen Einordnungsversuchen des Internet.....	56

C. Grundrechtliche Einordnung nach dem Ausschlussprinzip	59
I. Systematisierung der grundrechtlichen Zuordnung	60
II. Rundfunk- und rundfunkverwandte Onlinedienste	63
1. Rundfunk.....	64
2. Annexdienste.....	65
III. Presse- und presseähnliche Onlineangebote.....	68
1. Feststellung der Presseähnlichkeit nach dem Rundfunkstaatsvertrag.....	69
2. Verfassungsrechtliche Abgrenzung zwischen Rundfunk und Presse.....	70
3. Zwischenergebnis.....	75
IV. Many-to-Many-Kommunikation	76
V. Individualkommunikative Onlinedienste.....	78
D. Vielfalt der internetkommunikationsrelevanten Schutzbereiche	79

Kapitel 4: Grundrechtlicher Gefährdungstatbestand: Netzneutrale Kommunikation im Internet..... 81

A. Gefährdung des Transports von Daten im Internet	82
I. Transport von Rundfunkinhalten im Internet	82
II. Pressefreiheit.....	85
III. Meinungsfreiheit – Schutz der Many-to-Many-Kommunikation.....	86
IV. Zusammenfassung zum Grundrechtsschutz von Diensten der Mediennutzung	89
B. Gefährdung des Zugangs zu Daten im Internet	89
I. Informationsfreiheit	90
1. Informationsfreiheit als Recht des Rezipienten	90
2. Schutzbereich der Informationsfreiheit.....	91
a) Internet als allgemein zugängliche Informationsquelle	92
b) Der Rezeptionsvorgang – Das „Sich-Unterrichten“	94
3. Zusammenfassung.....	96
II. Verfassungsrechtlicher Datenschutz und Netzneutralität.....	97
1. Fernmeldegeheimnis – Schutz des Datentransports im Internet.....	98
a) Fokus auf Telekommunikationsprozesse	98
b) Vertraulichkeitsschutz.....	99
c) Behinderung des Kommunikationsprozesses.....	101
d) Grundrechtsberechtigte.....	103
e) Zusammenfassung.....	103
2. Allgemeines Persönlichkeitsrecht	103
a) Informationelle Selbstbestimmung	103

b)	Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität von IT-Systemen.....	106
III.	Allgemeine Handlungsfreiheit	108
C.	Gleichheit von Daten?	109
D.	Zusammenfassung	111
Kapitel 5:	Netzneutralität als Gegenstand grundrechtlicher Schutzpflichten	113
A.	Netzneutralität als Problem innerhalb von Privatrechtsverhältnissen	114
I.	Staatliche Pflicht zum Schutz vor Diskriminierung von Daten	114
II.	Eingriff durch Private	116
III.	Grundrechtsbindung von Unternehmen	117
IV.	Die Herleitung grundrechtlicher Schutzpflichten.....	121
B.	Objektiv-rechtliche Dimension der Netzneutralität	123
I.	Objektiv-rechtliche Gehalte von Grundrechten.....	124
II.	Neutrales Netz als objektiv-rechtliche Wertung im Einzelnen	125
1.	Fernmeldegeheimnis	126
2.	Pressefreiheit	127
3.	Rundfunkfreiheit.....	128
4.	Meinungsfreiheit.....	130
5.	Informationszugangssicherung	131
6.	Informationelle Selbstbestimmung.....	132
7.	Allgemeine Handlungsfreiheit.....	133
III.	Art. 87f Abs. 1 GG.....	134
IV.	Neutrales Netz als objektiv-rechtlicher Gehalt der Kommunikationsverfassung.....	136
C.	Rechtsfolge der grundrechtlichen Schutzpflicht des neutralen Netzes	138
I.	Recht auf Schutz.....	138
II.	Internetgrundversorgung durch duale Internet- und Informationsordnung?.....	139
III.	Handlungspflicht des Gesetzgebers.....	143
Kapitel 6:	Umfang der Schutzpflicht und Auflösung von Kollisionslagen	146
A.	Entgegenstehende Grundrechte der Zugangsanbieter	146
B.	Das Untermaßverbot	149
C.	Mindestschutz in Fällen des neutralen Netzes	150
D.	Regulierungsverantwortung des Staates	151
Kapitel 7:	Ergebnis, Zusammenfassung und Thesen	155
A.	Netzneutralität als grundrechtliche Gewährleistungspflicht	155

B. Zusammenfassung der vorliegenden Untersuchung	156
C. Thesen	163
Literaturverzeichnis.....	168

Einleitung

Das Internet hat die Kommunikation revolutioniert. In dem Maße, in dem die Digitalisierung der Kommunikation die Informationsgesellschaft positiv verändert, birgt sie allerdings auch Gefahren. Internetkommunikation gehört zu den anfälligsten Kommunikationsformen – ihre Manipulation ist mit technischem Know-how möglich, ohne dass ihre Nutzer es bemerken. Auf die Vorzüge der neuen Kommunikationskultur kann daher nur verweisen, wer zugleich ein Bewusstsein für deren Gefahren entwickelt.

Diese Gefahren speisen sich aus zwei Quellen: Zum einen kann die innovative Telekommunikationstechnik bspw. einer unerwünschten staatlichen Zensur den Zugriff erleichtern. Zum anderen sind aber auch private Akteure in der Lage Zugänge zu Informations- und Kommunikationsinhalten zu kontrollieren und einzuschränken. Hier sind vor allem die Zugangsanbieter der Telekommunikationsinfrastrukturen angesprochen, die die ursprünglich staatliche Aufgabe der telekommunikativen Grundversorgung übernommen haben. Sie können Einfluss auf die Infrastrukturen der Telekommunikation ausüben bzw. diese beherrschen. Eine „umgekehrte Zensur“ – die Einflussnahme nicht des Staates, sondern seitens Privater – ist mithin zu befürchten und gegebenenfalls abzuwehren.¹ Diese Gefahrenlage und ihre Folgen nimmt die vorliegende Arbeit in den Blick.

Durch die rasante Verbreitung des Internet steigt sein Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung. Bedenkt man ihre schlechthin konstitutive Wirkung für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Verfassungsstaat des Grundgesetzes, wird die mit ihr korrespondierende Bedeutung des Internet deutlich. Kommunikative Prozesse sollen sich ohne äußere, d.h. zunächst vor allem staatliche Einflüsse vollziehen können. Die Steuerung der öffentlichen Meinungsbildung durch Private verfälscht sie aber gleichermaßen. Mit Blick auf die Internetkommunikation stellt sich hier die Frage nach der Notwendigkeit eines neutralen Netzes.

Die kommunikationsrelevanten Grundrechten zielen auf den Schutz des neutralen Netzes, da sie den diskriminierungsfreien Zugang zu und Transport von Daten² im Internet

¹ Vgl. auch *Hoffmann-Riem*, Kommunikationsfreiheiten, S. 65.

² „Daten“ werden vorliegend als Informationen verstanden, d.h. „an einen oder mehrere Empfänger adressierter Sachverhalt, der geeignet ist, das Verhalten oder den Zustand der Adressaten zu beeinflus-

tatbestandlich voraussetzen. Damit korrespondiert zugleich die staatliche Pflicht zum Schutz eines neutralen Netzes. Die Netzneutralität ist daher als grundrechtliche Gewährleistungspflicht zu begreifen.

A. Die Idee der Netzneutralität

Die Forderungen nach offenem Internet bzw. der Gleichheit von Daten im Internet sind einige der Schlagwörter in den Medien, die auf die Netzneutralität verweisen.³ Die Redeweise vom „offenen Internet“ ist missverständlich – Netzneutralität zielt nicht auf die Frage nach einem kostenlosen Netzzugang für jedermann ab. Offenheit meint vielmehr ein für alle gleiches, also diskriminierungsfreies Internet und sucht die Entstehung eines Zwei-Klassen-Internet zu verhindern.⁴

Während man in den USA schon länger über die Netzneutralität streitet⁵, steckt die Diskussion in Europa noch in den Kinderschuhen. Sachverhalte wie die durch T-Mobile verhinderte Skype-Nutzung auf internetfähigen Mobiltelefonen, den Smartphones, haben nun die Debatte um die neutrale Datenübermittlung auch in Deutschland entfacht.⁶ Alle Kontroversen eint die Sorge, dass die Nichtbeachtung von Netzneutralität, also die Diskriminierung von Daten im Internet, zur Verfälschung des Meinungsmarkts führen könnte.

Bisher war selbstverständlich, dass jedermann mithilfe des Internet nahezu jede gewünschte allgemein zugängliche Information bekommt. Dank der vielen Suchmaschinen, die Informationen im Internet auffindbar machen, ist es möglich, Zugang zu Daten jegli-

sen“ – so *Schoch*, VVDStRL 57 (1997), S. 158 (166), der zu Recht auf den Unterschied zwischen Daten und Informationen hinweist (S. 167).

³ Vor allem die US-amerikanische Regulierungsbehörde für Telekommunikation Federal Communication Commission (FCC) beschreibt die Netzneutralität im Internet mit dem Stichwort „Offenes Internet“, siehe dort unter <http://www.fcc.gov/guides/open-internet> (zuletzt abgerufen am 20.10.2013). So auch die Europäische Kommission in ihrer Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Offenes Internet und Netzneutralität in Europa, KOM/2011/0222 endg.

⁴ Siehe z.B. *tagesschau.de*, Zweiklassensystem im Internet, Meldung vom 08.08.2010; *Spiegel-online*, Netz-Gigant will das Zwei-Klassen-Internet, Meldung vom 10.08.2010, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/google-plaene-netz-gigant-will-das-zwei-klassen-internet-a-710998.html> (zuletzt abgerufen am 20.10.13).

⁵ So vor allem der Madison River Telephone Company-Fall von 2005, mehr dazu sogleich. Die Debatte über die Netzneutralität in den USA fand in Deutschland bereits im Jahre 2006 Beachtung, siehe bspw. *Spies*, MMR 8/2006, XXI.

⁶ Siehe z.B. Skype auf dem iPhone - T-Mobile blockiert Billigtelefonate, Spiegel-Online vom 31.03.2009; Telekom will Google und Apple zur Kasse bitten, FAZ.NET vom 21.07.2010.

cher Art zu bekommen – vorausgesetzt diese verstoßen nicht gegen das Gesetz. Die Wahrscheinlichkeit, das Gesuchte zu finden, hängt einzig von der eigenen Spitzfindigkeit ab. Wird eine Information nicht gefunden, liegt es für gewöhnlich am eigenen Umgang mit der Suchmaschine verschuldet. Die im Internet verfügbaren Informationen fließen nach diesen Maßstäben in den Meinungsbildungsprozess ein. Ob und wie die Vielzahl an potenziell meinungsbildenden Inhalten im Internet den Prozess der Meinungsfindung prägt, liegt bisher in den Händen der an der Kommunikation beteiligten.

Dieser Grundsatz könnte nun aus dem Gleichgewicht geraten: Wenn nämlich zu befürchten ist, dass der Misserfolg bei der Suche nicht das eigene Unvermögen, sondern die Einflussnahme der Zugangsanbieter auf den Suchvorgang ist; wenn der Zugangsanbieter, der den Zugang zu einer Suchmaschine ermöglicht, die Suchergebnisse nach eigenen Interessen filtert oder den Zugang zur bevorzugten Suchmaschine ohne vorherige Information des Betroffenen sperrt, um die Nutzung einer anderen Suchmaschine zu fördern; wenn die Nutzung der Internettelefoniedienste gesperrt, verzögert oder nur gegen zusätzliche Gebühr verfügbar wird; wenn gesendete E-Mails mit Verspätung beim Geschäftspartner ankommen, weil der Zugangsanbieter die Internettelefonie eines anderen Kunden, der für diese Bevorzugung monatlich mehr zahlt, bevorzugt übermitteln muss. Die durch Zugangsanbieter zu verantwortenden Bedrohungsszenarien, die wesentlich auf das Verhalten der „User“ im Internet einwirken (können), sind vielfältig.⁷ Die Medien selbst wie auch ihre Nutzer fürchten die Einflussnahme auf massenkommunikative Onlineangebote und das Kommunikationsverhalten. Aber auch Auswirkungen auf den Markt und damit Verfälschungen des Wettbewerbs zwischen neuen, kleinen Onlineplattformen bereits im Zeitpunkt ihrer Etablierung sind denkbar. Eingriffe in die Kommunikationsprozesse durch Zugangsanbieter sind dabei nicht mehr nur in den USA Realität. Erhebungen zeigen, dass in einigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union diskriminierend auf Datenübermittlung im Internet eingewirkt wird.⁸

⁷ In diesem Zusammenhang sprechen *Koenig/Visbeck*, MMR 2011, 443 abwertend von den „Verschwörungstheorien über die Diskriminierung und das Ausspähen von Inhalten“.

⁸ Siehe zu den konkreten Fällen in ganz Europa die Stellungnahme des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK): BEREC Response to the European Commission's consultation on the open Internet and net neutrality in Europe vom 30.09.2010 abrufbar auf Englisch unter http://bereg.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/opinions/188-berec-response-to-the-european-commissions-consultation-on-the-open-internet-and-net-neutrality-in-europe (zuletzt abgerufen am 20.10.2013).

Diese überspitzt und vereinfacht dargestellten Sachverhalte und Fragestellungen bilden den tatsächlichen Hintergrund einer rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung mit der Netzneutralität. Die Debatte um die Netzneutralität kann aus mehreren Werten heraus beleuchtet werden: zum einen aus dem auf das Gemeinwohl orientierten Blickwinkel und zum anderen aus der ökonomische Aspekte berücksichtigenden Perspektive.⁹

Politik, Wirtschaft, Wissenschaft und Gesellschaft streiten daher zu Recht über die Notwendigkeit eines neutralen Netzes und vertreten zwei gegensätzliche Positionen: Die Befürworter der Netzneutralität geben zu bedenken, dass die Diskriminierung von Daten im Internet kleine innovative Anbieter benachteilige¹⁰ und die Offenheit der Internetkommunikation gefährde.¹¹ Das gesellschaftliche Meinungsbild werde erheblichen manipulativen Einflüssen ausgesetzt. Ihre Gegner warnen hingegen davor, dass ein neutrales Internet Innovationen hemme, die Vielfalt gefährde, zu einer ineffizienten Internetnutzung führe und Qualitätseinbußen zur Folge habe¹².

Mit der steigenden Nutzung des Internet entstehen Kapazitätsengpässe, die es zu bewältigen gilt. Hierfür nutzen die Zugangsanbieter zwei Möglichkeiten: Zum einen die Diskriminierung einzelner Dienste beim Datentransport und zum anderen die Preisdifferenzierung nach Dienstqualitäten.¹³ Auf Kritik stößt zunächst der Versuch der Zugangsanbieter, diese Kapazitätsengpässe durch neue Netzmanagementtechniken zu überwinden, indem sie die Dienste nach ihren Klassen unterschiedlich übermitteln. Eine sinnvolle Kapazitätsnutzung im Netz kann erfordern, dass in Datenübermittlungsprozesse steuernd, also diskriminierend eingegriffen wird. Problematisch werden die Praktiken der Zugangsanbieter indes, wenn sie sich nicht auf das technisch unabweisbar Notwendige beschränken, sondern andere (z.B. ökonomische) Interessen verfolgen und die Offenheit des Internet gefährden. Hingegen ist es durchweg im Sinne der Internetnutzer die Prioritäten gleichzeitig zu transpor-

⁹ In diesem Sinne wohl *Berger-Kögler/Kind*, N&R Beilage 4/2010, S. 1 ff., die zwischen einem engen und einem weiten Verständnis von Netzneutralität unterscheiden. Ähnlich *Gersdorf*, AfP 2011, 209. Zur Bewertung der Netzneutralität aus einer kommunikationshistorischen Perspektive siehe *Rüberg*, Schorkopf (Hrsg.), Gestaltung der Freiheit, S. 67 ff.

¹⁰ Mehr dazu siehe bei *Schlauri*, S. 147 f.; *Spies/Ufer*, MMR 2010, 13 (14).

¹¹ Siehe bspw. *Holznel*, K&R 2010, 95 (99); *Martini*, VerwArch 2011, 315 (318).

¹² *Schlauri*, S. 32, 147 f., 163 f.

¹³ *Holznel*, in: Picot/Schenck, S. 209 (210). Differenzierend *Wimmer*, ZUM 2013, 641 (652).

tierenden Daten zu steuern, um eine effiziente Nutzung der Transportwege und damit des Fortgangs ihrer Daten zu erreichen. Gleichzeitig stellt eine vertraglich vereinbarte Priorisierung von Kunden die Benachteiligung und damit Klassifizierung anderer Kunden dar. Schließlich liegt es nahe, dass eine Datensteuerung missbräuchlich zum Nachteil der Endkunden eingesetzt wird. Insoweit stehen die Interessen der Endverbraucher mit den Interessen der Zugangsanbieter gegenüber. Inwieweit diese Konfliktlage verfassungsrechtlich zu lösen ist, soll die vorliegende Untersuchung erweisen, indem sie die Notwendigkeit der Netzneutralität aus dem verfassungsrechtlichen Blickwinkel beleuchtet.

B. Netzmanagementpraktiken als Auslöser der Netzneutralitätsdebatte

Das Internet funktioniert bisher neutral, indem es Daten nach dem Best-Effort-Prinzip übermittelt. Nach diesem Prinzip werden Datenpakete, die zuerst zur Übermittlung angetreten sind, grundsätzlich als erstes versendet.¹⁴ Eine Priorisierung der versendeten Pakete fand lange Zeit nicht statt.¹⁵ Die Daten werden unabhängig von ihrer Qualität von einem Knotenpunkt zum anderen Knotenpunkt transportiert – es wird insoweit nicht zwischen verschiedenen Anwendungen je nach ihren Urhebern, Adressaten oder ihren Inhalten differenziert.¹⁶

Mit der steigenden Internetnutzung wächst die zu transportierende Datenmenge. Da die zur Verfügung stehenden Infrastrukturen aber nicht in gleichem Maße wachsen, kommt es zu Kapazitätsengpässen. Die „Datenautobahnen“ sind überlastet, es kommt zu Datenstaus. Eine Überlastung des Netzes mit der Folge eines Datenstaus können insbesondere Flatrate-Angebote und breitbandintensive Onlinedienste wie z.B. IP-gestützte Sprachtelefondienste („Voice over IP“, VoIP)¹⁷ verursachen. Die Datenverzögerung äußert sich für den Endkunden in spürbaren Qualitätseinbußen bei den abgerufenen Diensten.

¹⁴ Detailliert siehe *Körber*, MMR 2011, 215 (219). Allgemein zur Funktionsweise des Internet siehe *La-deur*, ZUM 1997, 372 (377).

¹⁵ *Dewenter*, in: Haucap/Kühling (Hrsg.), *Effiziente Regeln für Telekommunikationsmärkte in der Zukunft*, S. 115 (120).

¹⁶ Sog. End-to-End-Prinzip, siehe dazu bspw. bei *Ganley/Allgrove*, *Computer law & security report* 22 (2006), 454 (456).

¹⁷ Beispiele und Zahlen zu den tatsächlich genutzten Kapazitäten siehe bei *Berger-Kögler/Kind*, N&R Beilage 4/2010, S. 3.

Infrastrukturelle und technologische Entwicklungen sollen die Übertragungsqualität der Dienste verbessern und Kapazitätsengpässen durch effizientere Nutzung der Netze vermeiden (sog. „Quality of Service“ – QoS).¹⁸ So geht es u.a. um die Ausweitung der Bandbreite oder ihre effizientere Nutzung bspw. durch *deep packet inspections*¹⁹. Diese neuartige Technologie²⁰ kann Datenströme im Netz je nach Verkehrslage und ökonomischem Bedürfnis punktuell kontrollieren.²¹ Eine in naher Zukunft zu erwartende Entwicklung ist schließlich die Umstellung der Netze auf die *Next Generation Networks*, bei denen Glasfaserkabel die Telekommunikationsnetze effizienter machen.²² Es handelt sich um eine einheitlich paketübermittelnde Netzinfrastruktur, mit der die jeweiligen Dienste auf separaten Ebenen übermittelt und so die Netze produktiver genutzt werden können.²³

Wo also Kapazitätsgrenzen erreicht werden, ist ein Verzicht oder zumindest eine Beschränkung des bisherigen Best-Effort-Prinzips die Folge. Um die Kapazitätsengpässe der Netzinfrastruktur zu kompensieren, werden Techniken genutzt, die den Netzverkehr steuern, statt die Daten nach dem End-to-End-Prinzip zu übermitteln. In *Next Generation Networks* kann ein Verkehrskontrollverfahren jedem Endkunden eine bestimmte Priorität zuweisen und seine Datenpakete wiederum einer bestimmten Transportklasse zuordnen. Die Daten werden sodann entsprechend der ermittelten Prioritätsklasse auf der für ihre Klasse vorgesehenen Ebene gesendet. Auf diese Weise können die Daten des Endkunden entspre-

¹⁸ Siehe hierzu z.B. *Berger-Kögler/Kind*, N&R Beilage 4/2010, S. 2; *Wimmer*, ZUM 2013, 641 f. Im Detail zu QoS *Fetzer/Peitz/Schweitzer*, Impulsstudie „Wettbewerbs- und medienrechtliche Aspekte von Netzneutralität“, S. 13 ff.; *Schlauri*, S. 170 ff. Zu den technischen Hintergründen ausführlich *Knieps*, in: Spiecker Döhmann/Krämer, S. 19 ff.

¹⁹ Hierzu detailliert und aus technischer Sicht *Bärwolff*, DPI Considered Not Harmful, abrufbar unter <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=mbaer> (zuletzt abgerufen am 20.10.2013).

²⁰ Hierzu genauer *Ufer*, K&R 2010, 383 (386 f.).

²¹ *Holznagel/Schumacher*, ZRP 2011, 74 (76 f.). So mit zusätzlichen graphischen Veranschaulichungen Expertenkommission Forschung und Innovation (EFI), Gutachten zu Forschung, Innovation und technologischer Leitungsfähigkeit, Deutschlands, 2011, S. 65, abrufbar unter http://www.efi.de/fileadmin/Gutachten/2011_deu.pdf (zuletzt abgerufen am 04.11.2013); *Schlauri*, S. 170 f.

²² Siehe zum Status quo des Breitbandausbaus in Deutschland *Bundesnetzagentur*, Eckpunkte über die regulatorischen Rahmenbedingungen für die Weiterentwicklung moderner Telekommunikationsnetze und die Schaffung einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur in Deutschland vom März 2010, abrufbar unter http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Breitband/NGA_NGN/NGA_Eckpunkte/NGA_Eckpunkte_Id16268pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 20.10.2013).

²³ *Frevert*, MMR 2012, 510 f.

chend ihrer Zuordnung weitergeleitet, verlangsamt oder ganz blockiert werden.²⁴ Hier entscheiden somit die Zugangsanbieter über die Priorität und die Transportklasse. Da offen bleibt, nach welchen Kriterien die Prioritätsklasse und der Zeitpunkt der Übermittlung der Daten bestimmt werden, scheint die Sorge begründet, dass Zugangsanbieter beliebig über die Priorität von Daten entscheiden und damit die Daten willkürlich behandeln.

Die Zugangsanbieter selbst entgegnen, dass die zunehmende Nutzung des Netzes und der damit steigende Datentransportbedarf eine durchdachte und kontrollierte Netzsteuerung und effektive Transportwege erfordern. Die Netzbetreiber verweisen zudem darauf, dass Inhalteanbieter²⁵ vom Netzausbau profitieren, ohne sich finanziell bei der Innovationsförderung zu beteiligen.²⁶ Das Beharren auf dem Best-Effort-Prinzip bremse die Modernisierung des Netzes. Schritte zur Sicherung eines offenen Netzes müssten die Wirtschaftlichkeit sowie die Innovationsförderung des Netzes im Blick behalten. Rechtlich Gebotenes könne hier unter Umständen die Innovation behindern. Die ökonomische Antwort auf die Netzneutralität wäre daher zwingend die Forderung nach Preisdifferenzierungen.²⁷

Wirtschaftliche Erwägungen können Einschränkungen der Internetkommunikation nicht ohne Weiteres rechtfertigen. Nur ein neutrales Netz kann eine manipulationsfreie Internetkommunikation gewährleisten. So müssten den Zugangsanbietern Grenzen bei der Datensteuerung gesetzt werden, um trotz vorhandener Kapazitätsengpässe ein neutrales Netz zu wahren. Zwar ist grundsätzlich nichts gegen eine Preisdifferenzierung, die sich nach dem Bedarf des Endkunden bemessen ließe, einzuwenden.²⁸ Denkbar sind hier Modelle, die zu einem gewissen Grad den Zugang zu allen Prioritätsebenen erlauben, der durch ein gewisses Datenvolumen begrenzt wird. Sobald aber die Steuerungspraktiken der

²⁴ *Holznapel* K&R, 2010, 95 (99). Ausführliche Darstellung der befürchteten Konsequenzen dieser Praktiken und Argumente der Zugangsanbieter siehe *Cave/Crocioni*, *International Journal of Communication* 2007, 669 (675 ff.).

²⁵ Vor allem die großen Inhalteanbieter wie Google oder YouTube, da diese die meisten Netzkapazitäten gebrauchen.

²⁶ So 1&1 in einem Positionspapier zur Netzneutralität, Heise News Meldung vom 5.7.2011, abrufbar unter www.heise.de/newsticker/meldung/1-1-setzt-sich-fuer-Netzneutralitaet-ein-1273965.html (zuletzt abgerufen am 25.10.2013).

²⁷ In diesem Sinne *Berger-Kögler/Kind*, N&R Beilage 4/2010, S. 5.

²⁸ So spricht sich bspw. *Wimmer*, ZUM 2013, 641 (652) für eine „Produktdifferenzierung durch QoS-Angebot“ aus.

Netzbetreiber beliebig und diskriminierend sind, bedarf es Mechanismen, die korrigierend in Steuerungspraktiken eingreifen.

Die neuen Steuerungsmethoden der Netzbetreiber drohen nicht nur die bisherige Internetlandschaft zu verändern, wenn nicht mehr das bewährte Best-Effort-Prinzip zum Einsatz kommt. Sie wirken unbestritten entgegen der Interessen der Endkunden, wenn sie auf deren Daten durch Verlangsamung oder Blockierung einwirken. Die Einflussnahme auf die Datenvorgänge ist schließlich ein Eingriff in die laufenden Kommunikationsvorgänge der Endkunden, so dass die Sorge der Einflussnahme auf die freie öffentliche Meinungsbildung gerechtfertigt erscheint. Hierdurch erhält die Frage nach der Netzneutralität ihre verfassungsrechtliche Dimension: Ein diskriminierender Datentransport berührt die verfassungsrechtlich geschützte Kommunikation.

C. Bisherige Regulierungsansätze

Die Diskussion über die Netzneutralität wurde vor allem durch US-amerikanische Sachverhalte angestoßen und bald auch auf europäischer und nationaler Ebene fortgeführt.

I. US-amerikanische Diskussion

Insbesondere drei Sachverhalte machten die US-amerikanische Öffentlichkeit auf die Problematik der Netzneutralität aufmerksam.²⁹ Erstens der Madison River Telephone Company-Fall von 2005, als das Unternehmen die Internetzugänge ihrer Kunden dergestalt manipulierte, dass die Nutzung von Voice-Over-IP-Diensten nicht mehr möglich war und die Kunden auf die klassischen kostenintensiveren Telefondienste des Unternehmens zurückgreifen mussten. Zweitens der Comcast-Fall des Jahres 2008, als der Kabelnetzbetreiber die Applikationen des Filesharing-Programms BitTorrent blockierte, ohne seine Kunden zu informieren. Ziel war es, den im eigenen Netz überladenen Internetverkehr zu reduzieren. Besondere Beachtung fand schließlich der dritte Fall. Im Jahre 2007 schnitt die Telefongesellschaft AT&T schließlich aus der Übertragung eines Musikkonzerts eine Passage heraus, in der die Musiker den damaligen Präsidenten beim Umgang mit den Folgen

²⁹ Zur Debatte um die Netzneutralität aus der US-amerikanischen Perspektive siehe *Holzner/Nüßing*, in: *Speiecker Döhmann/Krämer*, S. 27 ff.; *Lehr/Gillett/Sirbu/Peha*, *International Journal of Communication* 1 (2007) 607 ff.

nach dem Hurrikan Katarina kritisierten.³⁰ Dieser Fall ist besonders brisant, da hier das erste Mal offenkundig verfassungsrechtlich geschützte Meinungsäußerungen seitens Privater gestört wurden.

Die US-amerikanische Regulierungsbehörde Federal Communications Commission (FCC) stellte bereits im Jahre 2005 vier Prinzipien der Verbraucherrechte im Internet auf:

- (1) das Recht, Zugang zu rechtmäßigen Internetinhalten eigener Wahl zu erhalten,
- (2) das Recht, Anwendungen und Dienste eigener Wahl zu nutzen, die den Bedürfnissen der Strafverfolgung genügen,
- (3) das Recht, legale Endgeräte eigener Wahl an das Netz anzuschließen und zu nutzen, soweit diese nicht netzwerkschädigend sind, und schließlich
- (4) das Recht auf wettbewerbsgetreue Verhältnisse zwischen Netzbetreiber, Anwendungen, Service Provider und Content Providern.³¹

Im Jahr 2009 fügte der neue FCC-Chairman *Genachowski* mit dem Diskriminierungs- und dem Transparenzgebot zwei weitere Grundsätze hinzu.³² Objektiviert werden diese Vorgaben durch mögliche Ausnahmen in Fällen von Netzüberlastungen, wobei den Netzbetreibern hierbei ein großer Interpretationsspielraum zugestanden wird. Den vorläufigen Endpunkt der Entwicklung bildete eine *order* der FCC von Ende 2010, die drei wesentliche Grundsätze zur Gewährleistung der Netzneutralität statuiert:

- (1) ein Transparenzgebot,
- (2) ein Blockierungsverbot und
- (3) die Nichtdiskriminierung der Inhalte durch die Netzbetreiber.³³

³⁰ Hierzu genauer *Martini*, *VerwArch* 2011, 315 (318 f.).

³¹ FCC, Internet Policy Statement, 20 FCC Rcd 14986, 14988, 2005. Detaillierte Auseinandersetzung mit den Vorgehensweisen der FCC aus deutscher Perspektive siehe *Holzner*, in: Picot/Schenck (Hrsg.), *Ökonomie der Regulierung: neue Spielregeln für Kapitalmärkte und Netzindustrien*, S. 209 (212 ff.); *Spies/Ufer*, *MMR* 2010, 13 (14).

³² FCC, Notice of Proposed Rulemaking FCC 09-93, para. 103 ff.

³³ FCC-Order 10-201 - Preserving the Open Internet, GN Docket No. 09-191 Broadband Industry Practices WC Docket No. 07-52, Adopted: December 21, 2010 Released: December 23, 2010 abrufbar unter <https://www.fcc.gov/document/preserving-open-internet-broadband-industry-practices-1> (Stand: 04.11.2013). Siehe ausführlich hierzu *Spies*, *MMR-Aktuell* 2011, 313008 sowie *Koenig/Visbeck*, *MMR* 2012, 443 ff., die europäische und deutsche Regulierungsinstrumente in Vergleich setzen.

Bei diesen Prinzipien handelt es sich im Wesentlichen lediglich um eine grobe Zusammenfassung der bereits seit 2005 herausgearbeiteten Erkenntnisse.

Im September 2011 wurden diese Grundsätze im Federal Register³⁴ veröffentlicht und sind damit in Kraft getreten. Die besondere Aufmerksamkeit der Behörde gilt weiterhin den VoIP- und Peer-to-Peer-Diensten.

Die Maßnahmen der FCC blieben nicht ohne Kritik. So rief der Zugangsanbieter Verizon bereits im Januar 2011 den U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit an, um feststellen zu lassen, dass die FCC über keinerlei Befugnisse zur Aufstellung von Regeln zur Sicherung des offenen Internets – wie im besagten *order* geschehen – verfügte. Das Gericht verwies darauf, dass die Grundsätze erst mit ihrer Veröffentlichung im Federal Register angreifbar seien, die Anrufung des Gerichts deshalb verfrüht sei (*premature*).³⁵ Nach der Veröffentlichung wandte sich Verizon im Oktober 2011 erneut an das Gericht³⁶, das nun darüber entscheiden muss, ob die FCC mit der Aufstellung der Grundsätze zur Netzneutralität ihre Befugnisse überschritten hat.³⁷ In dem anhängigen Verfahren wurden im September 2013 zunächst die Argumente der Beteiligten gehört.³⁸ Sein Ausgang wird mit großer Spannung erwartet. Sollte Verizon obsiegen, ist mit einem Verfahren vor dem U.S. Supreme Court zu rechnen. In einem solchen Falle befürchten die Befürworter der Netzneutralität in den USA den Untergang der Netzneutralität im Internet.³⁹

³⁴ Entspricht dem deutschen Bundesanzeiger.

³⁵ Diese Entscheidung vom 04.04.2011 ist abrufbar unter <http://www.fhhlaw.com/11-04-04dccircnorder-1.pdf> (zuletzt abgerufen am 25.10.2013).

³⁶ Die Schriftsätze beider Parteien sowie das strittige Dokument der FCC abrufbar unter <http://www.fcc.gov/document/verizon-v-fcc-no-11-1355-dc-cir> (zuletzt abgerufen am 25.10.2013).

³⁷ Siehe hierzu bspw. http://news.cnet.com/8301-30686_3-20114142-266/verizon-sues-again-to-block-net-neutrality-rules/ (zuletzt abgerufen am 25.10.2013). Vor allem zu den prozeduralen Hintergründen siehe <http://www.commlawblog.com/2011/10/articles/internet/net-neutrality-the-circuits-are-jammed/> sowie <http://www.businessweek.com/articles/2013-09-09/net-neutrality-goes-on-trial-a-guide-to-verizon-v-dot-fcc> (zuletzt abgerufen am 25.10.2013).

³⁸ Dazu siehe unter <http://bits.blogs.nytimes.com/2013/05/20/aid-for-f-c-c-in-defending-its-net-neutrality-rules/> (zuletzt abgerufen am 25.10.2013). Zur genauen Terminierung der Anhörung siehe die Meldung vom 25.06.2013 abrufbar unter <http://www.reuters.com/article/2013/06/25/net-us-usa-internet-neutrality-idUSBRE9501HD20130625> (zuletzt abgerufen am 25.10.2013).

³⁹ Siehe exemplarisch <http://filmmakermagazine.com/64583-neutralizing-net-neutrality/> (zuletzt abgerufen am 25.10.2013).

II. Internationale Entwicklungen

Im Dezember 2012 fand eine Konferenz der Internationalen Fernmeldeunion (International Telecommunication Union – ITU) in Dubai statt. Neben Deutschland tagten dort Vertreter aus 193 Mitgliedstaaten, 700 Mitglieder aus dem privaten Sektor, 40 Wissenschaftler und zahlreiche Unternehmen über die „generellen Prinzipien für die Bereitstellung und den Betrieb der internationalen Telekommunikation“.⁴⁰ Es wurden die International Telecommunication Regulations (ITRs) ausgearbeitet, deren Unterzeichnung Deutschland und andere Staaten der Europäischen Union sowie die USA indes ablehnten. Hierbei bestätigt sich der Verdacht, dass die ITU ausschließlich providerfreundliche, dem einflussfreien Internet entgegenwirkende Prinzipien beschleibe. In der Pressemitteilung des Bundeswirtschaftsministeriums heißt es:

„(...) im endgültig vorgelegten und so zur Beschlussfassung gestellten ITR-Text blieben Unschärfen, etwa im Bereich Security und Bekämpfung von Spam, Risiken staatlicher Eingriffe in das Internet. Deshalb hat Deutschland ebenso wie die EU-Länder, die USA und andere die ITRs nicht unterzeichnet.(...) Die Bundesregierung wird den Text der neuen ITRs in einem breiten gesellschaftlichen Dialog erörtern und diskutieren.“⁴¹

Zumindest die ablehnende Haltung Deutschlands, der USA und anderer Staaten der Europäischen Union hat die Befürchtungen entkräftet, die ITU könnte das Internet für Konzerne und Staaten wie Russland und China instrumentalisieren. Wesentliche Impulse zur Sicherung der Netzneutralität im Internet sind auf dieser Ebene vorerst nicht zu erwarten.

⁴⁰ Auszug aus <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/netzneutralitaet-in-europa-neue-standards-von-der-itu-a-838331.html> (zuletzt abgerufen am 25.10.2013); dazu noch <http://www.itu.int/en/wcit-12/Pages/overview.aspx> (zuletzt abgerufen am 25.10.2013).

⁴¹ Pressemitteilung des BMWi vom 14.12.2012, abrufbar unter <http://www.bmwi.de/DE/Presse/pressemitteilungen,did=542914.html> (zuletzt abgerufen am 25.10.2013). Die endgültige Fassung der ITRs ist abrufbar unter <http://www.itu.int/en/wcit-12/Documents/final-acts-wcit-12.pdf> (zuletzt abgerufen am 25.10.2013). Nachdem das BMWi eine Informationsveranstaltung abhielt, bei der Vertreter von Unternehmen, Verbänden, der Zivilgesellschaft sowie anderer Ressorts teilnahmen, heißt es mit der Pressemitteilung vom 06.02.2013, dass die Nichtzeichnung des neugefassten internationalen Telekommunikationsvertrages als richtig empfunden wird, siehe unter <http://www.bmwi.de/DE/Presse/pressemitteilungen,did=550292.html> (zuletzt abgerufen am 25.10.2013).

III. Bemühungen auf europäischer Ebene

Während in den USA die Netzneutralität zur Aufstellung von Prinzipien geführt hat und bereits Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen geworden ist, ebte die anfängliche Bereitschaft der Europäischen Kommission zur ausdrücklichen Festschreibung der Netzneutralität bald ab.⁴² Die Europäische Union ließ im Umgang mit diesem Thema äußerste Zurückhaltung walten. Sie nahm die Novellierung des Telekom-Pakets⁴³ im Dezember 2009 zum Anlass, eine Erklärung⁴⁴ zur Netzneutralität abzugeben:

„Die Kommission misst der Erhaltung des offenen und neutralen Charakters des Internet hohe Bedeutung bei und trägt dem Willen der Mitgesetzgeber umfassend Rechnung, jetzt die Netzneutralität als politisches Ziel und als von den nationalen Regulierungsbehörden zu fördernder Regulierungsgrundsatz festzuschreiben (...)“.

Diese Erklärung zielt offenkundig darauf ab, die europäische Öffentlichkeit für das Thema zu sensibilisieren. Das Telekom-Paket bemüht sich durchaus um eine gewisse Mindestqualität, wobei Ähnlichkeiten zu den Maßnahmen in den USA nicht zu leugnen sind. Das Paket soll einer willkürlichen Verschlechterung der Dienstqualität und einer künstlichen Verlangsamung bei der Übertragung von bestimmten Datenpaketen entgegenwirken.⁴⁵

⁴² Während die EU-Kommissarin Neelie Kroes noch im Juni 2013 ihren Willen zur gesetzlichen Festschreibung der Netzneutralität ausdrückte (http://ec.europa.eu/deutschland/press/pr_releases/11434_de.htm, zuletzt abgerufen am 25.10.2013), deutet der aktuelle Entwurf einer Verordnung zur Telekommunikations- und Internetregulierung nun auf die Tendenz der EU-Kommission hin, grundsätzlich zu gestatten, dass Anbieter sich eine bevorzugte Behandlung bei Providern kaufen dürfen. Der Entwurf ist abrufbar unter <https://netzpolitik.org/wp-upload/CONSOLIDATED-DRAFT-for-ISC-070713.pdf> (zuletzt abgerufen am 25.10.2013).

⁴³ Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie), ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 33; Richtlinie 2002/19/EG (Zugangsrichtlinie), ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 7; Richtlinie 2002/20/EG (Genehmigungsrichtlinie), ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 21; Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie), ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 51; Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABl. L 201 vom 31.7.2002, S. 37.

⁴⁴ Siehe die Erklärung der Kommission zur Netzneutralität im Anhang zur RL 2009/140/EG, ABl. 2009 Nr. L 337/37 (69) vom 18.12.2009.

⁴⁵ Vgl. *Berger-Kögler/Kind*, N&R Beilage 4/2010, S. 3; Mayer, in: Klopfer (Hrsg.), Netzneutralität, S. 81 (S. 94 ff.).

Am 30.06.2010 leitete die Europäische Kommission eine öffentliche Konsultation über wichtige Fragen im Zusammenhang mit der Netzneutralität ein:

„Es geht beispielsweise darum, ob Internetanbietern Verkehrssteuerungspraktiken wie die Bevorzugung bestimmter Verkehrsarten gestattet werden sollten und ob sich daraus Probleme und Nachteile für die Nutzer ergeben könnten, ob der Wettbewerb der Internet-Diensteanbieter und die Transparenzvorschriften des neuen Rechtsrahmens für die Telekommunikation ausreichen, um möglichen Problemen vorzubeugen, wenn die Auswahl den Verbrauchern überlassen wird, und ob die EU weitere Maßnahmen ergreifen muss, um gleiche Wettbewerbsbedingungen im Binnenmarkt zu garantieren oder die Entwicklung den Marktkräften überlassen sollte.“⁴⁶

Europaweit nutzten insgesamt 318 private und öffentliche Stellen diese Konsultation, um Stellungnahmen abzugeben. So haben sich aus Deutschland etwa das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, die Deutsche Telekom, ARD/ZDF und namhafte deutsche Institute geäußert. Der nach Abschluss der Konsultationen im November 2010 von der Kommission veröffentlichte Bericht⁴⁷ offenbart, dass es im europäischen Raum durchaus zu netzneutralitätswidrigen Maßnahmen zwischen Endverbraucher und Zugangsanbietern gekommen ist.⁴⁸ So wurden beispielsweise eine Drosselung des Peer-to-Peer-Datenaustausches und Live-Streamings in Frankreich, Griechenland, Ungarn, Litauen, Polen und dem Vereinigten Königreich festgestellt, ebenso eine Blockierung von VoIP-Diensten bzw. Tarifierhöhungen für VoIP-Dienste in mobilen Netzwerken in Österreich, Kroatien, Deutschland, Italien, Niederlanden, Portugal und Rumänien. Diese Probleme konnten aber bisher ohne förmliche Verfahren gelöst werden. Verletzungen der Netzneutralität treten indes selten zutage, da sie angesichts ihrer technischen Komplexität von Endkunden kaum bemerkt und deshalb auch kaum öffentlich gemacht werden. Von besonderem Interesse für die Kommission war die Frage, ob die derzeitigen gesetzlichen Vorgaben

⁴⁶ Press Release Digitale Agenda: Kommission beginnt Konsultation über Netzneutralität, IP/10/860 vom 30.06.2010.

⁴⁷ Siehe Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Offenes Internet und Netzneutralität in Europa, KOM(2011) 222 endgültig vom 19.04.2011 m.w.N.

⁴⁸ Das folgt vor allem aus der Stellungnahme des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) abrufbar auf Englisch unter <http://berec.europa.eu>.

ausreichen, um die Offenheit des Internet zu gewährleisten. Zusammenfassend berichtet die Kommission, dass aufgrund der sich entwickelnden Netzinfrastruktur Eingriffe in die Netzneutralität auch in Zukunft zu befürchten seien. Zwar könne es nach dem vorherrschenden Best-Effort-Prinzip grundsätzlich nicht zu ungleichen Transportleistungen kommen, die Entwicklung des Breitbandnetzes könnte diese Lage aber schnell kippen. Konsens besteht darin, diese Entwicklung vorerst abzuwarten, da vor allem ökonomische Aspekte der Netzinfrastruktur im Hinblick auf Innovationsförderung nicht behindert werden sollen. Dass aber gegebenenfalls diskriminierende, wettbewerbswidrige Praktiken sowie die Missachtung von Transparenzanforderungen seitens der Zugangsanbietern zu erwarten sind, betont das Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK).

Neben den Diskussionen über das Netzwerkmanagement und die Transparenzanforderungen wird ebenfalls über die Dienstqualität gestritten. Während einige Interessenvertreter Mindeststandards als Innovationsbremse erachten, fordern andere einen Verhaltenskodex, um auf diese Weise die Einhaltung an Dienstqualität zu überwachen. Insgesamt zeigt die öffentliche Konsultation, dass die Netzneutralität zunehmend auch in Europa Aufsehen erregt und tatsächlich Gefahren für ein offenes Internet auch in Europa zu gewärtigen sind.

Die Europäische Kommission fasste die Probleme der Netzneutralität in ihrer Mitteilung vom 19.04.2011 zusammen⁴⁹, indem sie auf das Fehlen einer einheitlichen Definition der Netzneutralität verwies und auf Art. 8 Abs. 4 Buchstabe g der Rahmenrichtlinie⁵⁰ Bezug nahm. Danach sind die nationalen Regulierungsbehörden

*„dazu verpflichtet, die Interessen der Bürger der Europäischen Union zu fördern, indem sie die Endnutzer in die Lage versetzen, Informationen abzurufen und zu verbreiten oder beliebige Anwendungen und Dienste zu nutzen“.*⁵¹

⁴⁹ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Offenes Internet und Netzneutralität in Europa, KOM(2011) 222 endgültig vom 19.04.2011.

⁵⁰ Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 (Rahmenrichtlinie).

⁵¹ Mitteilung der Europäischen Kommission an das EP, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Offenes Internet und Netzneutralität in Europa vom 19.04.2011, KOM(2011) 222 endgültig, S. 4.

Diese Vorschrift stellt in Augen der Kommission die Grundlage für ein offenes Internet dar. Daneben sollen Verbraucher nach Art. 12 der Universaldienstrichtlinie⁵² hinreichend über vertragliche Besonderheiten informiert und im besten Falle aufgeklärt werden. Insgesamt stellt die Mitteilung die bestehende Problematik von Sperren durch Zugangsanbieter dar und informiert über Möglichkeiten von Datensteuerung zwecks Verbesserung der Dienstqualität (Differenzierung, Routing und Filterung).

Ende Mai 2012 hat GEREK die Ergebnisse einer groß angelegten Studie zum Einsatz von Netzwerkmanagementtechniken veröffentlicht⁵³, die von der Europäischen Kommission in Auftrag gegeben wurde. Inzwischen spricht sich auch der Europäische Datenschutzbeauftragte für Netzneutralität aus. Er macht auf die Gefahren auch für den Datenschutz und für den Schutz der Privatsphäre aufmerksam, wenn neutrales Netz nicht gewährleistet wird.⁵⁴

Am 23. Juli 2012 startete die Europäische Kommission weitere Konsultationen zu Fragen der Netzneutralität, insbesondere mit Blick auf die Methoden der Dienstqualität und der Netzwerkmanagementtechniken.⁵⁵ Die Ergebnisse der Konsultation liegen noch nicht vor. Im Juni 2013 kündigte die für die digitale Agenda zuständige EU-Kommissarin *Neelie Kroes* an, sie werde sich dafür einsetzen, die Netzneutralität unionsrechtlich zu verankern.⁵⁶ Dieses Versprechen löste der Verordnungsentwurf der Kommission zur Tele-

⁵² Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz, ABl. L 337/11.

⁵³ *Nüßing/Ricke*, MMR-Aktuell 2012, 333008.

⁵⁴ Stellungnahme des Europäischen Datenschutzbeauftragten über Netzneutralität, Verkehrssteuerung und den Schutz der Privatsphäre und personenbezogenen Daten. 2012/C 34/01, ABl. C 34/1.

⁵⁵ Weitere Information zum Konsultationsverfahren mit weiterführenden Links siehe unter <http://ec.europa.eu/digital-agenda/line-public-consultation-specific-aspects-transparency-traffic-management-and-switching-open> (zuletzt abgerufen am 25.10.2013). Am 16.10.2013 wurden die Antworten der am Konsultationsverfahren Beteiligten veröffentlicht, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/answers-public-consultation-specific-aspects-transparency-traffic-management-and-switching-open> (Stand: 25.10.2013).

⁵⁶ Siehe ihre Rede vor dem Europäischen Parlament am 4. Juni 2013, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-498_en.htm?locale=en (zuletzt abgerufen am 05.06.2013): „Those are the proposals I will be putting forward to the College of Commissioners. This is about delivering the best deal for citizens, full stop. Ensuring they get the fairest deals, the most choice, the best new services over the fastest networks. So my proposals will do that: with new rights for every citizen – and new obligations for every internet provider. To protect consumers – without tying down their freedom of

kommunikations- und Internetregulierung von September 2013 nicht ein⁵⁷: Der Entwurf gestattet es grundsätzlich, dass sich Anbieter eine bevorzugte Behandlung bei Providern kaufen.

Die Hauptthemen für Politik und Interessenvertreter bleiben Fragen rund um die Verkehrssteuerung, Dienstqualität, Transparenz, Innovation und die möglichen Kontrollen. Abzuwarten bleibt, ob die Mitgliedstaaten diese Problematik bei der Umsetzung des Telekom-Paketes behandeln und der Netzneutralität gegebenenfalls im innerstaatlichen Recht Geltung verschaffen.

IV. Einzelne Staaten

Die Bemühungen Norwegens zeigen, dass die Frage nach der Gewährleistung der Netzneutralität ernst zu nehmen ist. Das norwegische Post- und Telekommunikationsamt hat drei Eckpunkte zur Gewährleistung der Netzneutralität entwickelt, die in Form von Leitlinien als eine Art Selbstverpflichtungsabkommen zwischen allen betroffenen Parteien unterzeichnet wurden.⁵⁸ Inhaltlich folgen diese Eckpunkte dem Modell der FCC, wobei sie aber auf eine freiwillige Einhaltung vertrauen.

Auch die kanadische Regulierungsbehörde „Radio-television and Telecommunications Commission“ wurde mit Problemen diskriminierter Internetuser konfrontiert und stellte im Oktober 2010 Grundsätze für den Umgang mit Verkehrssteuerungspraktiken („Internet traffic management practices“) der Zugangsanbieter auf. Vor allem Transparenzfordernisse sollen den Endverbraucher aufklären, daneben stehen Fragen der Innovationsförderung im Vordergrund.⁵⁹

choice. To maintain the incentives to upgrade to better infrastructure. To safeguard the open internet for every European – and keep it for a platform for rich and vibrant content – as a network at the heart of our economy, our society, and our connected continent.“.

⁵⁷ So bspw. unter <https://netzpolitik.org/2013/neelie-kroes-will-keine-netzneutralitat-sichern-sondern-bereitet-ihre-beerdigung-vor/> (zuletzt abgerufen am 25.10.2013). Der Entwurf ist abrufbar unter <https://netzpolitik.org/wp-upload/CONSOLIDATED-DRAFT-for-ISC-070713.pdf> (zuletzt abgerufen am 25.10.2013).

⁵⁸ Darstellung des norwegischen Modelles siehe *Ufer*, K&R 2010, 383 (387 f.).

⁵⁹ Telecom Regulatory Policy CRTC 2009-657, Review of the Internet traffic management practices of Internet service providers vom 21.10.2010, File number: 8646-C12-200815400, abrufbar unter <http://www.crtc.gc.ca/eng/archive/2009/2009-657.htm> (zuletzt abgerufen am 25.10.2013).

Das niederländische Änderungsgesetz zum Telecommunicatiewet (TKG), das beschränkende Maßnahmen bei Internetzugangsdiensten zu Lasten der Netzneutralität explizit untersagt, wurde im Mai 2011 nach fast einem Jahr parlamentarischer Debatte auch vom niederländischen Senat angenommen.⁶⁰ Es reagiert auf das Verhalten des führenden Mobilfunkbetreibers in den Niederlanden – dieser überwachte den gesamten Netzverkehr mittels der *deep packet inspection* und filterte einzelne Anwendungen, deren Nutzung einen Umsatzrückgang bei der Gesellschaft zur Folge hatte. Seit Juni 2011 ist die Netzneutralität im Mobilfunk gesetzlich verankert.⁶¹

Am 31. Dezember 2012 hat Slowenien ein Gesetz verabschiedet, das eine Diskriminierung bei der Übertragung von Daten im Internet verbietet und die Netzneutralität fest schreibt.⁶²

Auch Frankreich diskutiert über die Netzneutralität. Am 13. April 2011 legten zwei Abgeordnete dem Wirtschaftsausschuss der Nationalversammlung einen Berichtsentwurf vor.⁶³ Am 20. Mai 2010 hat die französische Regulierungsbehörde ARCEP (Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes) eine öffentliche Konsultation zum Thema Netzneutralität eingeleitet.⁶⁴ Die Konsultation diente als Vorarbeit für einen ersten Richtlinienentwurf zur Netzneutralität. Im April 2011 veröffentlichte eine vom Wirtschaftsausschuss der französischen Nationalversammlung einberufene parlamentarische Delegation den Berichtentwurf zur Netzneutralität.⁶⁵ Danach sollen u.a. Internetsperren staatlicher Kontrolle unterworfen und im Übrigen seine Qualität gesichert werden.⁶⁶

⁶⁰ Schweda, MMR-Aktuell 2012, 333531.

⁶¹ <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Niederlande-schreiben-Netzneutralitaet-im-Mobilfunk-vor-1266347.html> (zuletzt abgerufen am 25.10.2013).

⁶² Siehe Art. 203 Abs. 5 des slowenischen Gesetzes abrufbar unter http://www.uradni-list.si/_pdf/2012/Ur/u2012109.pdf#!u2012109-pdf (zuletzt abgerufen am 25.10.2013), Mehr dazu siehe bspw. unter <https://netzpolitik.org/2013/netzneutralitaet-in-slowenien-zweiter-eu-staat-verbietet-diskriminierung-von-internet-diensten-zu-kommerziellen-zwecken/> (zuletzt abgerufen am 25.10.2013).

⁶³ Abrufbar unter http://www.scribd.com/vasistas_blog/d/53187679-Vorlaufiger-Bericht-zur-Netzneutralitaet (zuletzt abgerufen am 25.10.2013).

⁶⁴ Siehe unter http://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/consult-net-neutralite-200510.pdf (zuletzt abgerufen am 25.10.2013). Dazu Schweda, MMR-Aktuell 2010, 303947.

⁶⁵ RAPPORT D'INFORMATION N° 3336, abrufbar unter <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i3336.pdf> (zuletzt abgerufen am 25.10.2013).

⁶⁶ Taraschewski, MMR-Aktuell 2011, 318488.

Am 13. März 2013 stimmte die Wirtschaftsministerin Frankreichs einem neuen Berichtsentswurf der ARCEP zu.⁶⁷ Ob dies zur gesetzlichen Verankerung der Netzneutralität führt und Frankreich dadurch – neben den Niederlanden und Slowenien – dem kleinen Kreis der die Netzneutralität befürwortenden Staaten beiträgt, bleibt abzuwarten. Für viele wäre Frankreich ein willkommener Testfall für die gesetzliche Verankerung in anderen Staaten der Europäischen Union.

Ein Streit zwischen der BBC und British Telecom über benötigte Bandbreiten beschäftigte 2009 Großbritanniens Regulierungsbehörde Ofcom mit Fragen der Netzneutralität, die inzwischen auch ein Konsultationsverfahren eingeleitet hat.⁶⁸ Im Juli 2012 wurde der Open Internet Code of Practice unterzeichnet, in dem sich die Unterzeichner zur Einhaltung des Grundsatzes der Netzneutralität verpflichten.⁶⁹

Chile gilt im internationalen Vergleich als Pionier für die Netzneutralität: schon im August 2010 verabschiedete Chile als erstes Land weltweit ein Gesetz, das den Grundsatz der Netzneutralität verankert.⁷⁰

V. Politische Entwicklung in Deutschland

In Deutschland wurde eine gesetzliche Verankerung des Grundsatzes der Netzneutralität im Zuge der Umsetzung des europäischen Telekom-Pakets ebenfalls rege erörtert. Der Koalitionsvertrag der 17. Legislaturperiode wies die Netzneutralität als ein zu wahrendes Prinzip aus.⁷¹ Baden-Württemberg befürwortete nach dem Regierungswechsel in 2011 die Gewährleistung der Netzneutralität in Europa und nötigenfalls deren gesetzliche Fest-

⁶⁷ Berichtsentswurf siehe unter <http://www.cnnumerique.fr/wp-content/uploads/2013/03/130311-rapport-net-neutralite-VFINALE.pdf> (zuletzt abgerufen am 25.10.2013).

⁶⁸ *Libertus/Wiesner*, Media Perspektiven 2/2011, S. 80 (84 f.). Konsultationsdokumente „Ofcom: Traffic Management and Net Neutrality“ abrufbar unter www.ofcom.org.uk/consult/condocs/net-neutrality/ (zuletzt abgerufen am 25.10.2013). Vgl. Halliday, Josh: Minister plans to end „net neutrality“ for broadcasters who pay more vom 17.11.2010 abrufbar unter www.guardian.co.uk/technology/2010/nov/17/vaizey-net-neutrality (zuletzt abgerufen am 25.10.2013).

⁶⁹ Abrufbar unter <http://www.broadbanduk.org/2012/07/25/isps-launch-open-internet-code-of-practice/> (zuletzt abgerufen am 25.10.2013).

⁷⁰ Neutralidad de la Red, Bulletin 4915.

⁷¹ Abrufbar unter <http://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/091026-koalitionsvertrag-cducsu-fdp.pdf>, S. 101 (zuletzt abgerufen am 25.10.2013).

schreibung.⁷² Der Deutsche Bundestag hat im Mai 2010 eine Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“⁷³ eingesetzt, die sich bis April 2013 mit Fragen rund um das Internet beschäftigte und politische Handlungsempfehlungen erarbeitete. Von insgesamt 34 Mitgliedern waren 17 Abgeordnete und 17 Sachverständige aus dem Bereich Wirtschaft, Forschung, Kultur und Medien. Das Besondere an dieser Kommission war der sog. 18. Sachverständige: Die Bürger sollten mit Hilfe von Onlineplattformen auf der Homepage der Enquete-Kommission einbezogen werden.⁷⁴ Die Internetpräsenz der Enquete-Kommission hatte einen besonderen Grund: zum einen sollte eine besonders große Onlinebeteiligung der Bürger an den Diskussionen erreicht und zum anderen die Vorgehensweise der Kommission transparent gemacht werden.⁷⁵ Innerhalb der Kommission entstand u.a. die Projektgruppe „Netzneutralität“. Dieser Schritt weist auf den starken Diskussionsbedarf bei dieser Thematik hin. Inhaltlich umfasste das Arbeitsprogramm der Projektgruppe fünf Kapitel: technische Bestandsaufnahme, Netze, Dienste, Inhalte und Handlungsempfehlungen. Die Projektgruppe bediente sich der Expertise von Fachleuten, um die technischen Seiten der Problematik inhaltlich richtig zu erfassen (siehe dort vor allem Kapitel „technische Bestandsaufnahme“ und „Netze“). Am 17. Oktober 2011 verabschiedete die Enquete-Kommission einen Zwischenbericht zur Netzneutralität. Die darin ursprünglich enthaltenen Handlungsempfehlungen wurden mangels Mehrheit abgelehnt, ebenso der von der Opposition vorgelegte Alternativtext. Beide Fassungen erhielten 17 Ja- und 17 Neinstimmen und gingen als Sondervoten in den Zwischenbericht ein. Am 2. Februar 2012 veröffentlichte die Enquete-Kommission einen weiteren Zwischenbericht zur Netzneutralität, in dem hinsichtlich der Handlungsempfehlungen zumindest die Einleitung und der Schlussabsatz im

⁷² So der Koalitionsvertrag nach dem Regierungswechsel in Baden-Württemberg in 2011, abrufbar unter <http://www.gruene-bw.de/fileadmin/gruenebw/dateien/Koalitionsvertrag-web.pdf> (zuletzt abgerufen am 23.07.2014).

⁷³ Einsetzungsbeschluss des Deutschen Bundestages vom 4. März 2010, Bundestagsdrucksache 17/950. Die Homepage der Enquete-Kommission abrufbar unter <http://webarchiv.bundestag.de/cgi/show.php?fileToLoad=2944&id=1223> (zuletzt abgerufen am 23.07.2014).

⁷⁴ So Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“, Deutscher Bundestag Drucksache 17/5625 vom 19.04.2011, S. 4.

⁷⁵ Durch die Einrichtung eines Blogs und eines Forums, wurde eine Plattform für Bürger erschaffen, deren Vorschläge bei den Beratungen der Kommission zu beachten sind. Bestes Beispiel ist die Zusammenfassung der Vorschläge der User innerhalb des Forums „Adhocracy“, abrufbar unter <https://enquetebeteiligung.de/instance> (zuletzt abgerufen am 23.07.2014).

Konsens verabschiedet wurden.⁷⁶ Mit Blick auf die technischen und ökonomischen Besonderheiten sowie Aspekte der Vielfaltssicherung sprach sich die Enquete-Kommission für die Festschreibung allgemeiner Prinzipien aus, die sich vor allem auf folgende Aspekte beziehen sollten:

„Transparenz; Diskriminierungsfreiheit; den freien Zugang zu Inhalten und Empfängern (Any-to-Any) im Rahmen gesetzlicher Grenzen; die Förderung des Wettbewerbs auf Ebene der Netze, im Dienstemarkt und bei den Inhalteanbietern sowie dem damit verbundenen Schutz vor dem Ausnutzen einer marktbeherrschenden Stellung; die Gewährleistung und dynamische Fortentwicklung des Best Effort-Internets sowie die Sicherung von Mindeststandards; der Einsatz sachlich gerechtfertigter Netzwerkmanagementmaßnahmen; Möglichkeiten zur Einführung von Dienst- beziehungsweise Qualitätsklassen neben Best Effort, die Wahrung der Vielfalt von Inhalten und damit insbesondere verbunden auch von nicht kommerziellen Inhalten; Ausschluss der Inhaltekontrolle durch Netzbetreiber.“⁷⁷

Diese Ergebnisse gingen in den Schlussbericht der Enquete-Kommission ein, der Gegenstand der parlamentarischen Beratungen vom 18. April 2013 wurde.⁷⁸ Am 28. Januar 2013 beendete die Enquete-Kommission ihre Arbeit.

Die gesetzliche Verankerung der Netzneutralität als Pflicht für alle Zugangsanbieter schien in Deutschland nie ernsthaft erwogen worden zu sein – wohl im Vertrauen auf die Selbstregulierung des Internetmarktes.⁷⁹ Im Zuge der Umsetzung des europäischen Telekom-Paketes trat schließlich am 3. Mai 2012 die TKG-Novelle in Kraft. Der Gesetzgeber entschied sich, die Netzneutralität in das Gesetz aufzunehmen, und formulierte in einem neuen § 41a TKG:

⁷⁶ Vierter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ vom 02.02.2012, BTDrucksache 17/8536.

⁷⁷ Vierter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ vom 02.02.2012, BTDrucksache 17/8536.

⁷⁸ Schlussbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ vom 05.04.2013, BTDrucksache 17/12550; Plenarprotokoll des Deutschen Bundestages 17/234 vom 18.04.2013.

⁷⁹ Zu der Umsetzung des Telekom-Paketes in Deutschland vor allem bezogen auf die Thematik der Netzneutralität siehe *Körber*, MMR 2011, 215 (219).

„(1) Die Bundesregierung wird ermächtigt, in einer Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundestages und des Bundesrates gegenüber Unternehmen, die Telekommunikationsnetze betreiben, die grundsätzlichen Anforderungen an eine diskriminierungsfreie Datenübermittlung und den diskriminierungsfreien Zugang zu Inhalten und Anwendungen festzulegen, um eine willkürliche Verschlechterung von Diensten und eine ungerechtfertigte Behinderung oder Verlangsamung des Datenverkehrs in den Netzen zu verhindern; sie berücksichtigt hierbei die europäischen Vorgaben sowie die Ziele und Grundsätze des § 2 (TKG).

(2) Die Bundesnetzagentur kann in einer Technischen Richtlinie Einzelheiten über die Mindestanforderungen an die Dienstqualität durch Verfügung festlegen. Bevor die Mindestanforderungen festgelegt werden, sind die Gründe für ein Tätigwerden, die geplanten Anforderungen und die vorgeschlagene Vorgehensweise zusammenfassend darzustellen; diese Darstellung ist der Kommission und dem GEREK rechtzeitig zu übermitteln. Den Kommentaren oder Empfehlungen der Kommission ist bei der Festlegung der Anforderungen weitestgehend Rechnung zu tragen.“

Damit existieren zwei Instrumente zur Gewährleistung eines neutralen Netzes: die Rechtsverordnung sowie die Technische Richtlinie. Die Effektivität dieser Regelung ist jedoch fraglich. Indem der Gesetzgeber die Frage nach der notwendigen Regelungsdichte hinsichtlich der Netzneutralität nun an die Regierung und die Bundesnetzagentur weitergibt, verlagert er faktisch das „Problem“.⁸⁰

Einen neuen Schwung gewann die Debatte um die Netzneutralität, als die Deutsche Telekom AG am 22. April 2013 ankündigte, zukünftig Internet-Flatrates abzuschaffen und den Internetzugang datenintensiver Endkunden ab einem bestimmten Datenvolumen zu drosseln.⁸¹ Nur wer bereit sei, mehr zu zahlen, solle ohne Beschränkungen surfen dürfen. Seitdem wird abermals über die Notwendigkeit gesetzlicher Verankerung der Netzneutrali-

⁸⁰ Näher dazu siehe Frevert, ZRP 2013, 166 ff. sowie Mengerling, in: Säcker, BerlKommTKG, § 41a Rn. 1 ff.

⁸¹ Siehe unter <http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/dsl-flatrate-telekom-fuehrt-volumengrenzen-und-daten-drosselung-ein-a-895833.html> (zuletzt abgerufen am 25.10.2013).

tät intensiver diskutiert als zuvor. So wurde am 23. April 2013 eine Petition beim Bundestag eingereicht, die den Deutschen Bundestag ersucht, „ein Gesetz zu beschließen, das Internetanbieter verpflichtet, alle Datenpakete von Nutzern unabhängig von ihrem Inhalt und ihrer Herkunft gleich zu behandeln“.⁸²

Als Reaktion auf die Ankündigungen der Deutsche Telekom AG und der darauf beruhenden Proteste im Internet reagierte die Bundesregierung just mit dem ihr neu zur Verfügung gestellten Instrument der Rechtsverordnung gemäß § 41a TKG. Inzwischen wurde ein zweiter Entwurf der Rechtsverordnung⁸³ veröffentlicht, zu dem einschlägige Organisationen und Gruppierungen Stellung genommen haben.⁸⁴ Die Bundesnetzagentur richtete ihrerseits einen Fragenkatalog an die Deutsche Telekom; der Frage-Antwort-Austausch wurde in einem Bericht dokumentiert.⁸⁵ Zudem wurde im Namen der Bundesnetzagentur die „Initiative Netzqualität“ ins Leben gerufen, die von Juli bis Dezember 2013 Messwerte gewinnen möchte, um ein Abbild der angebotenen und der tatsächlich verfügbaren Datenübertragungsraten zu erhalten.⁸⁶ In diesem Rahmen bekommen die Endkunden die Möglichkeit, in einem Netzneutralitäts-Test ihren Internetzugang auf seine Netzneutralitäts-Kompatibilität zu überprüfen.⁸⁷ Diese Qualitätsstudie ist eine bundesweite Messkampagne der Dienstqualität von Breitband-Internetzugängen und soll ein stabiles Abbild der tatsächlich verfügbaren Leistungen liefern.⁸⁸

⁸² Informationen zur Petition 41906 vom 23.04.2013 sind abrufbar unter https://petitionen.bundestag.de/petitionen/_2013/_04/_23/Petition_41906.nc.html (zuletzt abgerufen am 25.10.2013).

⁸³ Der Entwurf ist bspw. abrufbar unter <http://www.moenikes.de/ITC/wp-content/uploads/2013/06/13-06-17-Entwurf-Netzneutralitaet.pdf> (zuletzt abgerufen am 25.10.2013).

⁸⁴ Abrufbar unter <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/M-O/netzneutralitaet-zweiter-entwurf,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> (zuletzt abgerufen am 25.10.2013). Dazu *Frevert*, ZRP 2013, 166 ff.

⁸⁵ Mehr dazu siehe Bundesnetzagentur, http://www.bundesnetzagentur.de/cIn_1912/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Breitband/Netzneutralitaet/Netzneutralitaet-node.html (zuletzt abgerufen am 25.10.2013). Der Bericht der Bundesnetzagentur vom 14. Juni 2013 zur Tarifänderung der Deutschen Telekom AG für Internetzugänge vom 02. Mai 2013 ist abrufbar unter http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Breitband/Netzneutralitaet/Bericht_Bundesnetzagentur_14_Juni_2013.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen am 25.10.2013).

⁸⁶ <http://www.initiative-netzqualitaet.de/startseite/> (zuletzt abgerufen am 25.10.2013).

⁸⁷ <http://www.initiative-netzqualitaet.de/netzneutralitaetstest/> (Stand: 25.10.2013).

⁸⁸ Mehr dazu unter http://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Breitband/Dienstqualitaet/qualitaetsstudie/qualitaetsstudie-node.html (zuletzt abgerufen am 25.10.2013).

Insgesamt sind die bisherigen Initiativen in Deutschland, die sich mit der Problematik des neutralen Netzes befassen, zu begrüßen. Die letzten Jahre zeigen immerhin, dass der Gesetzgeber eine Auseinandersetzung mit der Netzneutralität für notwendig erachtet. Insofern ist der deutsche Gesetz- und Verordnungsgeber gut beraten, Maßnahmen zur Netzneutralität auf intensive Beobachtungen von Gremien, Datenerhebungen und sonstige gesellschaftliche Diskurse zu stützen. Es bleibt zwar abzuwarten, inwieweit eine zukünftige Verordnung nach § 41a TKG einem nichtneutralen Internet entgegenwirkt. Die besseren Argumente streiten aber für eine einfachgesetzliche, über das Maß des § 41a TKG hinausgehende Positionierung.

D. Erwartungen an die Grundrechtsordnung

Die Datensteuerungspraktiken der Zugangsanbieter haben Einfluss auf die Datenübermittlung ihrer Kunden. Es liegt nahe, dass damit ein Einfluss auf die Kommunikationslandschaft ausgeübt werden kann. Dadurch ist das Anliegen der Netzneutralität angesprochen. Es gewinnt an normativer Kraft, wenn der Staat von Verfassung wegen verpflichtet ist, nichtstaatliche Gefährdungen der Internetkommunikation – insbesondere Verstöße gegen die Netzneutralität – zu unterbinden. Die vorliegende Arbeit unterzieht die Netzneutralität daher einem verfassungsrechtlichen Begründungsversuch.

Hierfür rückt die verfassungsrechtliche Kommunikationsordnung in den Blick, die insbesondere durch die Grundrechte ausgestaltet wird. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits im Zusammenhang mit dem Rundfunk und seiner Rolle als „Informationsversorger“ erkannt, dass die „Gewährleistung freier Informationstätigkeit und freien Informationszugangs ein wesentliches Anliegen des Grundgesetzes bildet“⁸⁹. Diese Erkenntnis gilt erst recht im Zeitalter des Internet worauf insbesondere die Netzneutralität verweist. Sie verdeutlicht, dass der diskriminierungsfreie Zugang zu Inhalten in Zeiten der Internetkommunikation bisher unbekanntem Bedrohungen unterliegt.

Die verfassungsrechtliche Dimension der Netzneutralität wurde bisher nicht hinreichend beleuchtet.⁹⁰ Die vorliegende Arbeit schließt diese Lücke, indem sie Ansätze für

⁸⁹ BVerfGE 97, 228 (256).

⁹⁰ Vgl. *Holznagel/Schumacher*, in: Kloepfer (Hrsg.), *Netzneutralität*, S. 47 ff.; *Mengering*, in: Säcker, *BerlKommTKG*, § 41 a Rn. 40 ff.; *Redeker*, *IT-Recht*, Rn. 1069 ff.; *Schneider*, in: Kloepfer (Hrsg.), *Netzneutralität*, S. 35 ff.

eine verfassungsrechtliche Begründung des neutralen Netzes im Internet entwickelt, die sich neben den grundrechtlichen Kommunikationsfreiheiten auch auf die verfassungsrechtliche Gewährleistungspflicht des Staates zu einer informationellen Grundversorgung der Gesellschaft stützen.

Kapitel 1: Der Begriff der Netzneutralität

Seit der Novellierung des Telekommunikationsgesetzes bietet § 41a TKG zwar einen normativen Anknüpfungspunkt für die Netzneutralität. Eine begriffliche Klarstellung der Netzneutralität findet sich dort aber nicht. Die Konturierung des Begriffs der Netzneutralität ist jedoch notwendiger Bestandteil für die weitere verfassungsrechtliche Erörterung.

A. Definitionsversuche in Wissenschaft und Praxis

Im Kontext der US-amerikanischen Net-Neutrality-Diskussionen wurde Netzneutralität im Wesentlichen als die Sicherung eines offenen Netzzugangs und die Gleichbehandlung des Datenverkehrs über Breitbandnetze beschrieben.¹ *Tim Wu*, der Vorreiter der US-amerikanischen Diskussion um die Netzneutralität versteht darunter

*„an Internet that does not favor one application (say, the world wide web) over others (say, E-Mail)“.*²

Aus dieser Debatte haben sich im Wesentlichen zwei Anliegen der Netzneutralität herauskristallisiert. Zum einen die Bedenken gegen die Blockierung von Onlinediensten seitens der Zugangsanbieter. Zum anderen Einwände gegen die unterschiedlichen Transportgeschwindigkeiten abhängig von der Qualität der Onlinedienste.³

So verwundert es nicht, dass sich viele Definitionsversuche auch in Europa auf drei Wesensmerkmale eines nichtneutralen Netzes als Gefährdungspotenzial beschränken, nämlich *discrimination*, *blocking user access to content* und *access tiering*⁴, d.h. die Diskriminierung, Blockierung und willkürliche Verkehrssteuerung von Daten.

Andere Ansätze unterscheiden zwischen der Definition der Netzneutralität im weiteren sowie im engeren Sinne. Netzneutralität im weiteren Sinne meint die netzseitige Chancengleichheit der Dienste, Netzneutralität im engeren Sinne die bedingungslose Gleichbe-

¹ *Spies*, MMR 8/2006, XXI.

² *Wu*, Journal of Telecommunications and High Technology Law, (2003) 2, 141 (145).

³ *Laxton*, 2006 Duke L. & Tech. Rev. 15, 3, para. 14, der im Übrigen eine instruktive Darstellung der Netzneutralität aus US-amerikanischer Sicht bietet, vor allem aus der ökonomischen und wettbewerbsrechtlichen Sicht mit Fallbeispielen und Lösungsansätzen.

⁴ *Chirico/van der Haar/Larouche*, S. 4.

handlung aller Datenpakete.⁵ Das Verständnis von Netzneutralität als netzseitige Chancengleichheit der Dienste⁶ scheint sowohl aus rechtlicher als auch aus ökonomischer Perspektive anschlussfähig.⁷ Tatsächlich ist insbesondere die kommunikative Chancengleichheit ein notwendiges Element der Kommunikationsverfassung, was den verfassungsrechtlichen Charakter der Netzneutralität betont.

Die Definitionsversuche der deutschen Rechtswissenschaft schließen sich größtenteils dem US-amerikanischen Verständnis vom neutralen Netz an, wenn sie die Netzneutralität als die Gleichbehandlung von Datenpaketen begreifen – unabhängig davon, von welcher Quelle sie stammen, an wen sie geschickt werden oder was sie transportieren.⁸ Ein modifizierter Ansatz ergänzt das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot um die Sicherung des Netzzugangs als Ziel der Netzneutralität.⁹

Besonders deutlich wird das Anliegen der Netzneutralität, wenn man es als ein Architekturprinzip der Internetregulierung begreift, das den Zugangsanbietern aufträgt, den Transport aller Daten über ihre Leitungen gleich zu behandeln, und zwar ohne dabei auf ihren Inhalt, ihren Ursprung oder ihr Ziel abzustellen.¹⁰ Vereinfacht gesprochen sollen die Zugangsanbieter alle Datenpakete gleichberechtigt und nach Möglichkeit gleich schnell transportieren.¹¹

Hinsichtlich des Begriffs der Netzneutralität bestehen in Schrifttum und Praxis mithin keine wesentlichen Unterschiede. Allen Definitionsbemühungen ist gemeinsam, dass sie unter Netzneutralität die Gleichbehandlung von Daten verstehen und zugleich beschreiben,

⁵ In diesem Sinne *Vogelsang*, Die Debatte um Netzneutralität und Quality of Service angesichts der Komplementarität von Content und Netzen, S. 19; sowie *Berger-Kögler/Kind*, N&R Beilage 4/2010, S. 1 ff.

⁶ Das Verständnis von der Netzneutralität als netzseitige Chancengleichheit des Wettbewerbs zwischen Content- und Diensteanbietern geht zurück auf *Vogelsang*, Die Debatte um Netzneutralität und Quality of Service angesichts der Komplementarität von Content und Netzen, S. 19.

⁷ *Berger-Kögler/Kind*, N&R Beilage 4/2010, S. 8.

⁸ Exemplarisch *Kloepfer*, AfP 2010, 120 (122).

⁹ *Libertus/Wiesner*, Media Perspektiven 2/2011, S. 80 (87). Ähnlich *Beckmann/Müller*, in: *Horren/Sieber*, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 10, Rn. 31, die Autoren sehen allerdings den noch vor der Einführung des § 41a TKG bestehenden Zustand als den der ausreichenden Gewährleistung der Netzneutralität an.

¹⁰ So *Martini*, *VerwArch* 2011, 315 (321).

¹¹ So *Görisch*, *EuZW* 2012, 494 (495).

auf welche Weise sie zu verwirklichen ist. Die Grundsätze der Netzneutralität statuieren daher eine Art Verhaltensregel für die Behandlung von Daten im Netz.

B. Tatbestand der Netzneutralität

Die bisherigen Definitionsversuche beschreiben indes bloß die Ziele der Netzneutralität, nämlich die Gleichbehandlungen von Daten. Sie benennen jedoch keinen konkreten Tatbestand der Netzneutralität, der für eine stichhaltige juristische Begutachtung hinreichende Konturen aufweist.¹² Zwar mag eine diskriminierende Behandlung von Daten im Netz gegen das Grundverständnis der Netzneutralität verstoßen. Rechtlich relevant wird dieser Verstoß aber erst, wenn er einen Tatbestand erfüllt, an den der Eintritt einer Rechtsfolge geknüpft ist.

I. Onlinedienste als Schutzobjekte der Netzneutralität

Die Netzneutralität soll in erster Linie die Übermittlung von Daten bzw. ganzen Datenpaketen schützen. Sie sind notwendige Elemente der elektronischen Informationstechnik und werden durch das Internet zum Gegenstand der Kommunikationstechnik. Daten bzw. Datenpakete werden von einem Endpunkt zum anderen transportiert, für den Endkunden allerdings in Gestalt von Diensten, mit deren Hilfe er Information jeglicher Art teilen kann. Diese aus Daten bzw. Datenpaketen bestehenden Dienste fungieren als eine Art Vehikel, das den Endkunden Informationen zugänglich machen soll. Damit sind die Daten bzw. Datenpakete notwendige Bestandteile der genutzten Dienste, aus denen die zu übermittelnden Informationen über das Internet transkribierbar gemacht werden. Sie lassen sich in unterschiedliche netzgestützte Kommunikationsformen fassen.

Das Internet verfügt über unzählige solcher Dienste, die als klassische computervermittelte Kommunikationstypen im Internet in Form von u.a. electronic mails, mailing groups, newsgroups, chats, instant messengers oder world wide web bekannt sind¹³ und die

¹² Wohl ähnlich *Möller*, in: Krone/Pellegrini (Hrsg.), *Netzneutralität und Netzbewirtschaftung*, S. 17 (21 ff.), wenn er auf die Notwendigkeit aufmerksam macht, zu bestimmen was unter „Netz“ zu verstehen ist.

¹³ Siehe hierzu *Barnes*, *Computer-mediated communication*, S. 3 ff. (insb. Abb. 1.1., S. 5). *Barnes* unterteilt die computervermittelte Kommunikation in zwei Kategorien, „informatics“ (im Sinne von Informationsdiensten, welche insbesondere das www darstellen soll) auf der einen Seite und „conferencing“ (wohl im Sinne der zwischenmenschlichen Kommunikation, bspw. E-Mail) auf der anderen Seite, S. 4. Siehe dazu auch *Keber*, in: Dörr/Kreile/Cole, *Handbuch Medienrecht*, Buchst. M Rn. 6.

sich technisch durch ihre jeweiligen Datenübertragungsprotokolle voneinander unterscheiden¹⁴. Hier sollen ausschließlich diejenigen Angebote untersucht werden, die sich typischerweise im world wide web finden lassen (im Folgenden Onlinedienste genannt), da sie die von der Allgemeinheit am häufigsten bewusst genutzten Dienste darstellen.

Das world wide web ist der bisher bekannteste und gängigste Dienstetyp des Internet, der auf Grundlage des transmission control protocol/internet protocol (TCP/IP), hypertext transfer protocol (http) und hypertext mark-up language (html) übermittelt wird.¹⁵ Obwohl E-Mails, Newsgroups, Chats etc. ebenfalls mittels eigener Datenübertragungsprotokolle übertragen werden, können und werden diese größtenteils in der Praxis auch vom world wide web getragen.¹⁶ Dabei handelt es sich um Anwendungen des world wide web, die spezifische softwaregestützte Funktionen darstellen, so z.B. Homepages, Onlinespiele, Weblogs, Web-Chats etc.¹⁷

Als Referenzmodell der vorliegenden Untersuchung sollen aufgrund ihrer praktischen Relevanz deshalb die Onlinedienste¹⁸ dienen. Wegen der inhaltlichen Ähnlichkeit der Dienste des world wide web mit Diensten, die auf anderen Protokollen basieren¹⁹, können die Ergebnisse dieser Untersuchung sodann auf alle anderen Dienste übertragen werden.

Onlinedienste sind in unzähligen Formen im Internet verfügbar, etwa in Form von Programmen und Anwendungen wie Facebook und Skype, Livestream-Angeboten, Onlineshops, einfachen E-Mail-Programmen und seit neuester Zeit den Apps.²⁰ Sie können alle in ihrer Zugänglichkeit bzw. Verfügbarkeit gesperrt werden und deshalb grundsätzlich die Netzneutralität verletzenden Praktiken zum Opfer fallen.

¹⁴ *Misoch*, Online-Kommunikation, 2006, S. 44.

¹⁵ *Kube*, in: HStR IV, § 91, Rn. 4. Hierzu siehe auch *Determann*, Kommunikationsfreiheit, S. 52 ff.

¹⁶ *Misoch*, Online-Kommunikation, 2006, S. 44 ff.

¹⁷ *Misoch*, Online-Kommunikation, 2006, S. 44.

¹⁸ *Kube*, in: HStR IV, § 91, Rn. 4.

¹⁹ So eben Web-Chats, E-Mails oder Newsgroups.

²⁰ Zur Vielfalt der Onlinedienste siehe z.B. *Richter*, FS Bull, S. 1041 ff.

Eine abschließende Auflistung aller Onlinedienste ist nahezu unmöglich, wemngleich sie bisweilen versucht wird.²¹ Es können über 30 Dienste-Typen verzeichnet werden.²² Eine umfangreiche Aufzählung gewinnt durch Einkleidung in Kategorien an Übersichtlichkeit. Neben einzelnen sozialen Netzwerken (insb. Chats, Newsgroups und Onlinespielen) werden Suchmaschinen, On-Demand-Dienste, Rundfunk und Webcasts sowie Nachrichtendienste verschiedener Art aufgelistet. Aber auch neuartige Dienste des Internet finden ihren Platz, so insb. die special interest homepages, die größtenteils kommerziell sind und als neuartige Informationsquellen fungieren.

Schließlich gibt es Studien, die sich mit der Nutzung der Onlinedienste befassen. Es zeigt sich, dass die am meisten genutzten Onlinedienste Suchmaschinen sind²³, gefolgt von E-Mail-Diensten. Das einfache „Surfen“ im Internet und das zielgerichtete Suchen nach Angeboten im Internet schließen sich der Liste der am meisten genutzten Dienste an. Die Onlinecommunitys (Facebook, Twitter u.ä.) erfreuen sich steigender Beliebtheit, insb. bei den 14- bis 29-Jährigen.²⁴ Homebanking, Gesprächsforen, Newsgroups, Chats und Instant Messaging (z.B. Skype, iMessage, WhatsApp) folgen, darauf wiederum das Herunterladen von (Musik-)Dateien sowie Onlinespiele und RSS-/Newsfeeds. Auch klassische Medien

²¹ *Miserre*, Rundfunk-, Multimedia- und Telekommunikationsrecht, S. 281 ff.; *Schulz/Held/Kops*, Perspektiven der Gewährleistung freier öffentlicher Kommunikation, S. 23 ff.

²² Vollständigkeitshalber die Liste dieser herausgearbeiteten Dienste von *Schulz/Held/Kops*, Perspektiven der Gewährleistung freier öffentlicher Kommunikation, S. 23 ff.: Fernseh-Vollprogramm, Fernseh-Spartenkanal (Nachrichten), Fernseh-Spartenkanal (Unterhaltung), Webcasting-Vollprogramm, Webcasting-Spartenkanal (Nachrichten), Webcasting-Unterhaltungskanal, Newsarchiv, Portal, redaktionell bearbeiteter Suchkatalog, redaktionell nicht bearbeitete Suchmaschine, offener Chat-Dienst, geschlossener Chat-Dienst, Nachrichten-Push-Dienst, Info-Push-Dienst, Linkssammlung, Newsgroup, Newsletter, elektronische Programmführer via Internet, Online-Nachrichtensendung, Einzelnachrichten zum Abruf, Video-on-Demand (Unterhaltung), Audio-/Music-on-Demand, Online-Spiel, Online-Bibliothek, Online-Pressedienst, Online-Bildungsangebot, Online-Shopping, themenbezogene elektronische Datenbank, elektronischer Datendienst, elektronischer Auskunftsdienst, elektronische Zeitung ohne multimediale Elemente, elektronische Zeitung mit multimedialen Elementen, Special Interest Homepages (non-fiction ohne multimediale Elemente), Special Interest Homepages (non-fiction mit multimedialen Elementen), Special Interest-Homepage (fiction ohne multimediale Elemente), Special Interest Homepages (fiction mit multimedialen Elementen), elektronisches Nachschlagewerk. Die genauen Funktion und Unterscheidungsmerkmale der jeweiligen Dienste finden sich im Anhang auf S. 270 ff.

²³ Mit 83% (und 96% unter den 14- bis 29-Jährigen) nehmen die Suchmaschinen 2013 wiederholt den beliebtesten Platz unter den Onlineanwendungen ein, siehe *van Eimeren/Frees*, ARD/ZDF-Onlinestudie 2013, S. 363.

²⁴ 67% der befragten 14- bis 29-Jährigen kommunizierte im Jahre 2010 z.B. per E-Mails, Instant Messaging, in Chats, Foren oder Online Communitys, siehe bei *van Eimeren/Ridder*, Media Perspektiven 1/2011, S. 2 (13). Im Jahre 2012 sind es 76% der befragten 14- bis 29-Jährigen, die Onlinecommunitys nutzen, siehe *van Eimeren/Frees*, Ergebnisse der ARD/ZDF-Onlinestudie 2012, S. 362 ff.

wie Rundfunk und Presse sind im Internet vertreten, sowohl in Form von zeitversetztem Video/TV, Livestreaming als auch Diensten auf Abruf. Onlineauktionen und Onlineshopping halten unverändert ihre hinteren Positionen im Nutzungsrating. Schließlich fallen noch Kontakt- und Partnerbörsen unter die TOP 20 der Onlineanwendungen. Weitere Studien bestätigen die sich hervorhebende Internetnutzung der 14- bis 29-Jährigen, die immerhin die Internetlandschaft in den nächsten Jahrzehnten prägen werden.²⁵ Ein Wechsel von Rundfunk zur Internetnutzung deutet sich schließlich an, auch wenn der Rundfunk in der Gesamtschau seine führende Position halten kann.²⁶ Die personale Kommunikation (Instant Messaging, Chats, Foren oder E-Mails), gefolgt von der Suchmaschinen-Nutzung und einfachem Surfen im Internet, wird am meisten im Internet angewandt. Ihnen folgt die Mediennutzung über das Internet (Rundfunk, Radio, Presse).²⁷ Die Relevanz von Suchmaschinen und Onlinecommunitys erklärt die regen Diskussionen um die Bedeutung insbesondere von Google und Facebook für die Meinungsbildung.²⁸ Es sind vor allem Dienste, die erst mit dem Aufkommen des Internet entstanden sind, wenngleich das Internet auch den klassischen Medien ein Forum bietet.²⁹ Weil es eines der am meisten genutzten Dienste darstellt, weisen die Suchmaschinen sowie die Betätigung in den Onlinecommunitys wie z.B. bei Facebook besondere Brisanz auf. Die Verbreitung von E-Mail-Diensten überrascht nicht, da es eine bequeme Alternative zur klassischen Individualkommunikation wie vor allem Briefsendung und Fax-Nutzung darstellt.

Damit sind Schutzobjekte der Netzneutralität Daten bzw. Datenpakete, die in ihrer Gesamtheit die Onlinedienste in den dargestellten Formen ausmachen. Die Netzneutralität setzt mithin auf den Schutz der Übermittlungsprozesse solcher Onlinedienste.

²⁵ So *Ecke*, Relevanz der Medien für die Meinungsbildung, S. 33; *Hasebrink/Schmidt*, Informationsreper-toires der deutschen Bevölkerung, S. 28 f.

²⁶ In diesem Sinne *Reitze/Ridder*, Massenkommunikation VII – Eine Langzeitstudie zur Mediennutzung und Medienbewertung 1964-2005, S. 192 ff. *Mende/Oehmichen/Schröter*, Media Perspektiven 1/2012, S. 2 (17), die weiterhin zu Recht darauf verweisen, dass der Nutzung des Internet als Informationsquelle eine deutlich höhere Rezeptionsintensität zukommt als den klassischen Medien.

²⁷ Siehe bei *Ridder/Engel*, Media Perspektiven 11/2010, S. 537 ff.

²⁸ Vgl. *Neuberger/Lobigs*, Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltssicherung, Gutachten im Auftrag der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK), 2010. In diesem Sinne deutlich bei *Ecke*, Relevanz der Medien für die Meinungsbildung. Empirische Grundlagen zur Ermittlung der Wertigkeit der Mediengattungen bei der Meinungsbildung, S.10 f.

²⁹ Siehe dazu *Busemann/Engel*, Media Perspektiven 3/2012, S. 133 (146).

II. Ungleichbehandlung als Verletzungshandlung

Die Definition der Netzneutralität als die Gleichbehandlung von Daten im Internet³⁰ greift für ihre verfassungsrechtliche Erörterung noch zu kurz. Aus der verfassungsrechtlichen Warte kommt es drauf an, *wen* im grundrechtlichen Sinne die Netzneutralität schützt. Dafür liefern die genannten Definitionen keine Anhaltspunkte.

An der Übermittlung von Daten partizipieren verschiedene Akteure, deren rechtliche Positionen durch die Netzneutralität verletzende Praktiken der Zugangsanbieter berührt werden können. Dies betrifft sowohl den Absender eines Datenpaketes, der die Information abgibt, als auch den Adressaten, der die Information aufnimmt. Aus dem Zusammenspiel beider entsteht Kommunikation. Wenn die gängigen Definitionen von gleicher Übermittlung von Daten sprechen, ist zu präzisieren, dass damit sowohl die Absender als auch die Adressaten der zu übermittelnden Daten vom Schutz der Netzneutralität umfasst werden. Die Netzneutralität schützt nicht nur den Zugang zu Daten (Empfang/Aufnahme der Daten durch den Adressaten), sondern auch den Transport von Daten (Versenden/Abgabe von Daten durch den Absender). Schließlich ist jedes Recht auf Zugang zu Daten obsolet, wenn es niemanden gibt, der diese Daten anderen zugänglich machen kann. Deshalb bedarf das Merkmal der Netzneutralität – also die Gleichbehandlung von Daten im Internet – einer Ergänzung. Der Tatbestand der (Gleich-)Behandlung muss als Datenübermittlung im Stadium sowohl des Datentransport als auch des Datenzugangs begriffen werden. Auf diese Weise wird deutlich, dass die Netzneutralität sowohl die Behandlung der Daten der Absender als auch die Behandlung von Daten der Empfänger schützt.

C. Arbeitsbegriff der Netzneutralität

Die Netzneutralität ist als Idee der gleichen Behandlung von Daten im Internet zu begreifen, die der Wahrung der gleichen Übermittlung, also des Zugangs zu und Transports von Diensten im Internet dient. Sie stellt faktisch eine Verhaltensregel für die Behandlung von Daten im Netz dar.

³⁰ So z.B. *Berger-Kögler/Kind*, N&R Beilage 4/2010, S. 1; *Maria Bullinger*, Netzneutralität. Aktueller Begriff, Dok. Nr. 014/10, Deutscher Bundestag, Wissenschaftlicher Dienst; *Gersdorf*, AfP 2011, 209; *Holznapel*, K&R 2010, 95 (96). Ähnlich *Schlauri*, S. 33 f., der den Begriff der Netzneutralität mit Techniken der Datendiskriminierung konkretisiert und den Best-Effort-Ansatz als Voraussetzung der neutralen Datenübermittlung ansieht.

Kapitel 2: Grundgesetzliche Kommunikationsverfassung

Die zwischenmenschliche Kommunikation findet inzwischen im großen Maße auch im Internet statt. Nimmt man bei der Internetkommunikation ausschließlich ihr technisches Zustandekommen in den Blick, so können ihre Bestandteile auf Daten bzw. Datenpakete reduziert werden. Deshalb ist jeglicher Einfluss auf Daten und ihre Übermittlung zugleich eine Beeinflussung der zwischenmenschlichen Kommunikation. Werden Kommunikationsprozesse im Stadium ihrer Übermittlung gestört, etwa durch eine diskriminierende Behandlung von Daten, laufen grundrechtliche Gewährleistungen der freien Kommunikation ins Leere.¹ Denn jedes Datenpaket ist potentiell eine Information, die zum Bestandteil eines Kommunikationsvorgangs und somit der Meinungsbildung werden kann. Die Einflussnahme der Zugangsanbieter auf die Informationsvorgänge wäre daher grundsätzlich eine Manipulation von Information, Kommunikation und schließlich der Meinungsbildung.² Da die „Gewährleistung freier Informationstätigkeit und freien Informationszugangs ein wesentliches Anliegen des Grundgesetzes bildet“³, ist ihre Manipulation verfassungsrechtlich relevant. Da die Netzneutralität den Einfluss auf den Datenaustausch zu unterbinden sucht, könnte auch sie möglicherweise eine Bedingung freien zwischenmenschlichen Kommunikation im Internet sein, die von Verfassung wegen geschützt ist.

Die grundgesetzliche Kommunikationsverfassung setzt einen Rahmen für die Informationsgesellschaft und ihre freiheitliche Ordnung und dient damit dem Bestand der zwischenmenschlichen Kommunikation. Nach diesen Maßstäben soll nun die Netzneutralität aufgrund ihrer Nähe zu den verfassungsrechtlichen Werten im Hinblick auf ihre grundrechtliche Gewährleistung untersucht werden. Da die grundgesetzliche Kommunikationsverfassung⁴ wesentlich durch die Grundrechte geprägt ist, stellen die kommunikationsrelevanten Grundrechte den Dreh- und Angelpunkt der Untersuchung dar.

¹ Hierzu siehe *Kloepfer*, Grundrechte, S. 16 ff.; *ders.*, in: Prütting, S. 7 (9) spricht in diesem Zusammenhang von der sog. „entstehenssichernden Variante des Grundrechts“.

² Auf die Zugangsprobleme im Multimedia-Zeitalter hinweisend schon früh *Hoffmann-Riem*, in: Tauss/Kollbeck/Mönikes (Hrsg.), Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft, 568 (574 ff.).

³ BVerfGE 97, 228 (256).

⁴ Nach *Bismark*, Neue Medientechnologien und grundgesetzliche Kommunikationsverfassung, S. 131 ff.

Zuvor sind aber die Elemente der Kommunikation, ihr Schutz im Gefüge des Grundgesetzes und schließlich die Konnexität zwischen der verfassungsrechtlich geschützten zwischenmenschlichen Kommunikation und der Netzneutralität näher zu erörtern.

A. Informationsordnung und Kommunikationsverfassung

Die Kommunikation wird vor allem durch den Austausch von Informationen möglich; ohne Informationen gäbe es keine Inhalte, die wesentliche Bestandteile der Kommunikation sind. Damit ist Information als Rohstoff für Staat, Wirtschaft und Gesellschaft zu begreifen.⁵ Die Information ist

„ein an einen oder mehrere Empfänger adressierter Sachverhalt, der geeignet ist, das Verhalten oder den Zustand der Adressaten zu beeinflussen“⁶ und der als „Handlungs- und Steuerungsressource im Gemeinwesen“ fungiert.⁷

Dahinter verbirgt sich die Funktionsbedingung für das Individuum, den Staat und die Wirtschaft sowie ein Machtfaktor und die Basis für Wissen.⁸ Informationen stellen die Grundlage für Bildung, Wissen oder die soziale Teilhabe dar.⁹ Der Mensch fördert seine Persönlichkeit, indem er sich „ausspricht und Informationen, Gedanken, Ratschläge etc. entgegennimmt und äußert“.¹⁰ Die wesentlichen Inhalte der Informationsgesellschaft sind ständigem Wandel ausgesetzt. So haben die Informationen nicht mehr nur einen gesellschaftlichen und kulturellen Wert. Zunehmend ist den Informationen ein wirtschaftlicher Wert zuzusprechen – Informationen werden zu geldlich messbaren Dienstleistungen.¹¹ Die Privatisierung der Informationsordnung und damit die Ökonomisierung von Kommunika-

⁵ *Masing*, VVDStRL 63 (2004), 377 (393), m.w.N.; *Schoch*, FS Stern, S. 1491 (1501).

⁶ *Steinmüller/Lutterbeck/Mallmann/Harbort/Kolb/Schneider*, Grundfragen des Datenschutzes – Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, BT-Drucksache VI/3826, Anlage 1, S. 43.

⁷ So *Schoch*, VVDStRL 57 (1998), 158 (166); *ders.*, FS Stern, S. 1491, m.w.N.

⁸ „Information als Rohstoff“, so *Schoch*, VVDStRL 57 (1998), 158 (168, 179); *ders.*, in: Leipold (Hrsg.), Rechtsfragen des Internet und der Informationsgesellschaft, S. 84.

⁹ *Weber*, Das Recht auf Informationszugang, S. 280 f.

¹⁰ *Herrmann*, Fernsehen und Hörfunk, S. 218.

¹¹ *Kugelman*, DÖV 2005, 851 (852).

tion stellt eine Herausforderung dar, da hierdurch der Spagat zwischen Grundversorgungsdienstleistungen und wirtschaftlichen Interessen zu bewältigen ist.¹²

Die Verbreitung und Nutzung moderner Informations- und Kommunikationstechnologien ist der Rohstoff der Informationsgesellschaft¹³ und damit die Hauptschlagader für Kommunikation und Bildung der privaten und öffentlichen Meinung, die ihrerseits der demokratischen Ordnung dienen.¹⁴ Information und Kommunikation bedingen einander.¹⁵ Ihre Verbreitung und Nutzung muss notwendigerweise gesichert sein, so dass eine „staatliche Kommunikationsverantwortung“ erwogen wird.¹⁶ Diese Faktoren machen aus der Verbindung zwischen Information, Kommunikation und ihrer Nutzung durch die Gesellschaft die Informationsgesellschaft aus. Eine Informationsordnung, die diese Werte sichert, ist unentbehrlich. Kommunikation wird nur dann gewährleistet, wenn ausreichend pluralistische Informationen zur Verfügung stehen und die Gesellschaft sich darüber austauschen kann.

Hinzu kommt das Internet, das eine unzählige Menge an Daten zur Verfügung stellt, die in Form von Informationen auf die zwischenmenschliche Kommunikation einwirken.¹⁷ Dabei sind Daten, die bloße Zahlen vermitteln, bspw. Angaben zum Preis eines Artikels in einem beliebigen Onlineshop oder Onlinebanking, für die vorliegende Untersuchung irre-

¹² Ähnlich *Kugelman*, DÖV 2005, 851 (852). Siehe auch Informationsgesellschaft Deutschland 2006, S. 12.

¹³ *Schoch*, in: Leipold (Hrsg.), Rechtsfragen des Internet und der Informationsgesellschaft, S. 83; *ders.*, VVDStRL 57 (1998), 158 (168) m.w.N.

¹⁴ Vgl. *Herrmann*, Fernsehen und Hörfunk, S. 217 ff. Von der Renaissance der Allgemeinbildung sprechend zu Recht *Nieke*, in: von Gross/Marotzki/Sander (Hrsg.), Internet-Bildung-Gemeinschaft, S. 145 ff.

¹⁵ So *Weber*, Das Recht auf Informationszugang, S. 43 f.

¹⁶ So z.B. *Pitschas*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Schuppert (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Grundfragen, S. 219 (239 ff.). Die Notwendigkeit einer staatlichen Kommunikationsverantwortung ist heute dringender denn je, wenn man bedenkt, welchen Wert eine ausreichende Information für eine gebildete Bevölkerung (vor allem in Zeiten des Internet) hat, dazu siehe Informationsgesellschaft Deutschland 2006, S. 19 ff. Eine ausreichende Informationsversorgung hat schließlich nicht nur Auswirkungen auf das gesellschaftliche Bildungsniveau, sondern damit zusammenhängend auf die Erfolge der Wirtschaft. *Schoch*, in: Leipold (Hrsg.), Rechtsfragen des Internet und der Informationsgesellschaft, S. 95 f. spricht hierbei von der „Verantwortungsteilung zwischen Staat und Gesellschaft“.

¹⁷ Der Unterschied zwischen Daten und Informationen ist, dass Informationen im Internet stets Daten, hingegen nicht alle Daten Informationen darstellen, so *Weber*, Das Recht auf Informationszugang, S. 41.

levant, da es ihnen an kommunikationsrelevantem Nutzen mangelt – sie spielen für die private und öffentliche Meinungsbildung keine wesentliche Rolle. Die Manipulation der Übermittlung von kommunikationsrelevanten Daten im Internet ist ein Vorgang, der im Lichte der modernen Informationsgesellschaft an Bedeutung gewinnt.

B. Netzneutralität als Teil der Informationsordnung

Wie dargestellt, sind Daten bzw. ganze Datenpakete diejenigen Objekte, deren Behandlung von dem Gedanken der Netzneutralität getragen ist. In diesem Sinne werden Daten nicht ausschließlich als „interpretationsfreie Zeichen und Symbole“¹⁸ begriffen; vom Endkunden am meisten genutzten Dienste sind verfassungsrechtlich relevante Daten, die sinn- und kommunikationsrelevante Gehalte vermitteln. Solche Daten bzw. Datenpakete sind zugleich wesentliche Bestandteile der Internetkommunikation. Eingriffe in die Internetkommunikation berühren die Kommunikationsverfassung, da Internetkommunikation wesentlich für öffentliche und private Meinungsbildung ist, sobald die betreffenden Daten bzw. Datenpakete eine potentielle Meinungsrelevanz aufweisen.¹⁹

Es gibt Untersuchungen, die sich mit der Vielfalt und dem Beitrag zur Meinungsbildung der genutzten Informationsquellen im Internet befassen.²⁰ Die einschlägigen Studien verweisen zudem auf die Relevanz der Onlinedienste für die Meinungsbildung. Sie verdeutlichen den Stellenwert des Internet insbesondere für die jüngeren Onlinenutzer – es zeigt sich, dass für die 14- bis 29-Jährigen das Internet inzwischen eine höhere Bedeutung aufweist als der Rundfunk. Vor allem die sozialen Netzwerke und Portale haben eine hohe Nutzungsrelevanz.²¹ Facebook wurde von der (deutschen) Bevölkerung selbst als eine der einflussreichsten Informationsquellen eingestuft.²² Hinsichtlich der Typen der genutzten Onlinedienste kristallisieren sich vor allem Portale, soziale Netzwerke und Suchmaschinen

¹⁸ So die Definition von *Hoffmann-Riem*, AöR 134 (2009), 513 (517).

¹⁹ Siehe *Brennan*, in: *Spiecker Döhm/Krämer*, S. 61 (65 ff.).

²⁰ *Hasebrink/Schmidt*, Informationsrepertoires der deutschen Bevölkerung. Ähnlich TNS Infratest im Auftrag der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien *Ecke*, Relevanz der Medien für die Meinungsbildung. Vgl. *Neuberger/Lobigs*, Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltssicherung, Gutachten im Auftrag der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK), 2010.

²¹ *Ecke*, Relevanz der Medien für die Meinungsbildung, S. 33, so auch *Hasebrink/Schmidt*, Informationsrepertoires der deutschen Bevölkerung, S. 28 f.

²² *Hasebrink/Schmidt*, Informationsrepertoires der deutschen Bevölkerung, S. 50.

heraus, hinzu kommen Dienste der Individualkommunikation, z.B. E-Mail-Dienste. Die kommerziellen Portale wie Onlineshops spielen hierbei eine marginale Rolle.

In der Zusammenschau lassen sich insgesamt drei Dienste-Typen herausfiltern, die besondere Nutzungsrelevanz aufweisen, nämlich die Individualkommunikation, die Mediennutzung²³ und der E-Commerce (sonstige kommerzielle Dienste). Es sind vor allem Dienste der Mediennutzung und der Individualkommunikation, die die Informations- und Kommunikationslandschaft im Internet prägen.

Damit sind die Dienste der Mediennutzung und der Individualkommunikation die Bestandteile sowie ihre Nutzer die Adressaten der Netzneutralität und also Bezugspunkte der verfassungsrechtlichen Erörterung.

C. Informationelle Infrastrukturverantwortung des Staates

Normativ erfährt die Informations- und Kommunikationsordnung insbesondere durch die kommunikationsrelevanten Grundrechte Schutz. Einfachgesetzlich findet sie zwar ihren Ausdruck im Telekommunikations-, Rundfunk-, Telemedien- und Presserecht. Es ist aber die grundgesetzliche Kommunikationsverfassung, die das Zusammenspiel aller kommunikationsrelevanten Grundrechte, der übrigen verfassungsrechtlichen Telekommunikationsregelungen sowie die zwischenmenschliche Kommunikation als Grundpfeiler der freiheitlichen Demokratie ordnet.

Eine weitere Grundlage der Informations- und Kommunikationsordnung neben den kommunikationsrelevanten Grundrechten ist die Staatszielbestimmung²⁴ aus Art. 87f Abs. 1 GG. Sie unterstützt gewissermaßen den Gedanken der kommunikationsrelevanten Grundrechte, indem sie dem Staat eine

„Gewährleistungsverantwortung für eine Grundversorgung der Bevölkerung mit flächendeckend angemessenen und ausreichenden Telekommunikationsdienstleistungen“²⁵

²³ Ecke, Relevanz der Medien für die Meinungsbildung, S. 9 ff. spricht hierbei von der sog. informierenden Mediennutzung.

²⁴ Siehe Badura, in: BK-GG, Art. 87f, Rn. 26; Möstl, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87f, Rn. 62 m.w.N.; Schoch, VVDStRL 57 (1997), 158 (205); Vollmeier, Grundversorgung im konvergierenden Mediensektor, S. 242 f.

²⁵ Schoch, VVDStRL 57 (1997), 158 (204 f.).

vorschreibt. Art. 87f Abs. 1 GG fordert als infrastruktureller Gewährleistungsauftrag an den Staat ein Mindestniveau an Versorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen, dessen Minimalversorgung sich an dem gegebenen Zustand vor der Privatisierung der Telekommunikationsdienstleistungen orientiert.²⁶ Deshalb folgt aus dieser Staatszielbestimmung, dass es nicht allein „die Verfolgung, sondern auch die Erreichung des in ihm statuierten Versorgungsziels garantiere; normiert wird eine erfolgsbezogene Rechtspflicht, die Gewährleistungsverantwortung des Art. 87f Abs. 1 GG entpuppt sich als Ergebnisverantwortung“.²⁷

Da Art. 87f Abs. 1 GG eine staatsaufgabenrechtliche Komponente innehat, wirken seine Werte auf die grundrechtliche Kommunikationsverfassung ein.²⁸ Deshalb stellt es ein zusätzliches Element im Gefüge des verfassungsrechtlichen Kommunikationsschutzes dar. Art. 87f Abs. 1 GG ergänzt die grundrechtliche Informations- und Kommunikationsordnung, um die Minimalgewährleistung der Übermittlung der Telekommunikationsdienstleistungen. Neben den kommunikationsrelevanten Grundrechten bildet es einen weiteren Maßstab für die Bewertung der Notwendigkeit eines neutralen Internet.

²⁶ So *Fetzer*, MMR 2011, 707 (709); *Möstl*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Art. 87f, Rn. 64.

²⁷ *Möstl*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Art. 87f, Rn. 64.; siehe noch *Eifert*, Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat, S. 192 ff.

²⁸ Siehe *Möstl*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Art. 87f, Rn. 8.

Kapitel 3: Grundrechte und Internet

Information, Kommunikation und das Internet hängen eng zusammen. Mit diesen Faktoren korrespondiert die Netzneutralität. Das Internet ist das inzwischen größte Netzwerk für Information und zwischenmenschlichen Informationsaustausch, Teil einer funktionierenden Kommunikation und damit Teil der demokratischen Gesellschaft.¹ Die Mütter und Väter des Grundgesetzes haben zwar auch seinerzeit neue Kommunikationstechniken bei den Grundrechten berücksichtigt. So fand die Rundfunkfreiheit ihren Platz im Katalog der Kommunikationsfreiheiten. Das Internet hingegen ist ein neues Trägermedium, dessen Aufkommen 1948 nicht vorhersehbar war. Daher ist die Rechtswissenschaft herausgefordert, das Internet den bestehenden Grundrechten zuzuordnen. Diese Zuordnung setzt den Rahmen für die Begutachtung der Netzneutralität im Lichte der grundgesetzlichen Kommunikationsverfassung.

A. Grundrechte als Teil der Kommunikationsverfassung

Die Gewährleistung freier privater und öffentlicher Meinungsbildung wird durch das Zusammenspiel der Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG² konturiert.³ Die Kommunikationsgrundrechte schaffen und sichern Regeln für diese Kommunikationsverfassung als Grundsäule einer demokratischen Informationsgesellschaft. Sie begründen nicht nur subjektive Rechte, sondern auch Gebote für den Staat. In ihnen ist der Vielfaltsauftrag der Medien verortet.⁴

¹ Hierzu siehe *Barnes*, Computer-mediated communication, S. 3 ff. (insb. Abb. 1.1., S. 5), Fußnote 13.

² Einzelheiten zu diesem Zusammenspiel der Kommunikationsgrundrechte siehe *Degenhart*, in: BK-GG, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 21 ff. Immerhin wären die Presse-, Rundfunk- und Filmfreiheit ohne den Schutz der Meinungs- und Informationsfreiheit wirkungslos, siehe *Bismark*, Neue Medientechnologien und grundgesetzliche Kommunikationsverfassung, S. 133.

³ Vgl. vom ‚tragenden Fundament der Kommunikationsverfassung des Grundgesetzes‘ spricht *Gersdorf*, Legitimation und Limitierung von Onlineangeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, S. 65; siehe auch *Lutzhöft*, Eine objektiv-rechtliche Gewährleistung der Rundfunkfreiheit in der Europäischen Union?, S. 120 f. so auch hinsichtlich des Rundfunks *Herrmann*, Fernsehen und Rundfunk, S. 216 ff. und S. 235 ff. Zur grundgesetzlichen Kommunikationsverfassung siehe *Reinwald*, Kommunikationsinhalt und Grundgesetz, S. 60 ff.

⁴ Dazu *Gersdorf*, Legitimation und Limitierung von Onlineangeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, S. 65 f.

Die Kommunikationsfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG unterscheiden sich nach der Art des Kommunikationsprozesses voneinander. Innerhalb des Satzes 1 ist zwischen der Meinungs- und der Informationsfreiheit zu unterscheiden. Während die Meinungsfreiheit die Kommunikationsabgabe schützt, dient die Informationsfreiheit dem Schutz der Kommunikationsaufnahme.⁵ Hinzu kommen die sog. Medienfreiheiten (Presse, Rundfunk und Film) des Satzes 2, die die massenkommunikative Vermittlungsleistung schützen.⁶ Die Massenkommunikationsformen unterscheiden sich voneinander nach Art der für sie genutzten Verbreitungstechnik. Im Einzelnen erfasst Art. 5 Abs. 1 GG unterschiedliche Kommunikationselemente: (1) den Inhalt kommunikativer Äußerungen, (2) die benutzte Ausdrucksform (Wort, Schrift, Bild u.ä.), (3) den Einsatz besonderer Transportmittel (Telefon, Brief, Funk, Zeitung) bei einer nicht direkt von Person zu Person erfolgenden Kommunikation und (4) den Einsatz besonderer massenmedialer Instrumente bzw. Institutionen (eines Massenmediums) zur Herstellung, Vervielfältigung und Verbreitung bis hin zur Aufnahme von Kommunikationsinhalten.⁷ Art. 5 Abs. 1 GG trennt damit zwischen Individual- und Massenkommunikation. Der Kommunikator entsendet die Inhalte, der Rezipient empfängt diese. Unterschiedliche Kombinationen und Verästelungen dieser Komponenten sind möglich und entscheidend für die Differenzierung zwischen den fünf Varianten der Kommunikationsfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG.

Neben den Kommunikationsfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG schützen noch andere Grundrechte die Informations- und Kommunikationsprozesse.⁸ Hier können neben der subsidiär zur Anwendung kommenden Handlungsfreiheit vor allem Art. 8 GG und Art. 9 GG bei der Bewertung von die Kommunikation beeinträchtigenden Handlungen von Bedeutung sein. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das auf Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1

⁵ Jarass, in: ders./Pieroth, GG, Art. 5, Rn. 1.

⁶ Jarass, in: ders./Pieroth, GG, Art. 5, Rn. 1.

⁷ So explizit Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheit und Chancengleichheit, in: Schwarztländer/Riedel (Hrsg.), S. 27 (37); ders., Kommunikationsfreiheiten als rechtlich ausgestaltete Freiheit, in: ders., Wandel der Medienordnung – Reaktionen in Medienrecht, Medienpolitik und Medienwissenschaft, ausgewählte Abhandlung, S. 83 (94).

⁸ Vgl. Hufen, Staatsrecht II, § 25, Rn. 1; Kube, HStR IV, § 91, Rn. 12 ff.; ausführlich Reinwald, Kommunikationsinhalt und Grundgesetz, S. 49 ff. Siehe auch Bismark, Neue Medientechnologien und grundgesetzliche Kommunikationsverfassung, S. 131 f., der insbesondere darauf aufmerksam macht, dass auch andere Verhaltensweisen, die nicht den evidenten Kommunikationsfreiheiten immanent sind, durchaus für eine funktionierende Kommunikation konstituierend sind, so wie z.B. die Versammlungsfreiheit sowie die Berufs- und Eigentumsfreiheit etc.

GG gründet⁹, beinhaltet zwar vorrangig persönlichkeitsbezogene, jedoch nicht minder kommunikationsrelevante Rechte, die den Schutz der Kommunikation mithilfe der neuen Medien auf die informationelle Selbstbestimmung oder das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme¹⁰ erweitern. Schließlich ist das Grundrecht zum Schutze des Fernmeldegeheimnisses aus Art. 10 Abs. 1 GG hervorzuheben. Immerhin ist es das einzige Grundrecht, das die Fernkommunikation schützt. Es existieren zwar weitere Grundrechte, die relevant werden, wenn Lebensbereiche berührt sind, die auf kommunikationsrelevanten Sachverhalt basieren.¹¹ Die eben erfolgte Zusammenschau genügt jedoch für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung der Kommunikation über neue Medien und ihre netzneutrale Übermittlung.

Zur Verdeutlichung der Abgrenzung der Kommunikationsfreiheiten untereinander wird zwischen Grundrechten der Kommunikatoren und solchen der Rezipienten differenziert.¹² Die Meinungsäußerungsfreiheit aus Satz 1 und die Medienfreiheiten des Satzes 2 seien Kommunikatorengrundrechte, während die Informationsfreiheit als Rezipienten Grundrecht bezeichnet wird.¹³ Diese Unterscheidung ist in der Tat nützlich, da auf diese Weise bereits zu Beginn Positionen der Kommunikationsteilnehmer konkretisiert werden.¹⁴ Tatsächlich sind diese Positionen in ihren Auswirkungen und Einflussmöglichkeiten so unterschiedlich, dass ihre unterschiedliche Behandlung angezeigt ist.

⁹ Zu den dogmatischen Grundlagen dieser normativen Begründung siehe bspw. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Art. 2, Rn. 127 ff.

¹⁰ BVerfGE 120, 274.

¹¹ So auch *Reinwald*, Kommunikationsinhalt und Grundgesetz, S. 49.

¹² So *Hoffmann-Riem*, AK-GG, Art. 5, Rn. 16; *Stock*, Medienfreiheit als Funktionsgrundrecht, S. 164.

¹³ Siehe bspw. *Stock*, Medienfreiheit als Funktionsgrundrecht, S. 164 zum Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG als Freiheit des Kommunikators und S. 167 zur Informationsfreiheit als „rezeptive Meinungsfreiheit“ m.w.N. Im weiteren bezeichnet *Stock* die Meinungsfreiheit als das Muttergrundrecht des Art. 5 Abs. 1 GG (S. 164), die Informationsfreiheit hingegen als das Tochtergrundrecht im Verhältnis zu den Massenmedien (S. 167).

¹⁴ So wurde bereits angesprochen, dass in der Definition der Netzneutralität zu verdeutlichen ist, welcher Akteur der Datenübermittlung vor Diskriminierung geschützt ist; es wurde festgestellt, dass sowohl der Absender als auch der Empfänger den Schutz der Netzneutralität genießt. Es wird insofern unterschieden, zwischen der Abgabe und der Aufnahme einer Information. Dazu siehe oben Kap.1.A.II.2.

Es sind vor allem die Massenkommunikationsgrundrechte, die die grundgesetzliche Kommunikationsverfassung prägen.¹⁵ Die Medienfreiheit in ihrer Ausprägung in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG ist ein Funktionsgrundrecht: es ermöglicht den Kommunikationsfreiheiten ihre Funktionsfähigkeit.¹⁶ Die Meinungsäußerungsfreiheit würde nichts nützen, wenn die zu äussernden Meinungen nicht verbreitet werden könnten. Dabei existieren diverse Verbreitungsmöglichkeiten, die jeweils grundrechtlich geschützt sind. Die Medienfreiheiten lassen sich anhand ihrer ‚kommunikativen Vermittlungsfunktionen‘ voneinander unterscheiden.¹⁷ Die bisher festgeschriebenen Verbreitungswege sind die Presse, der Rundfunk sowie der Film.

Das Verhältnis zwischen Satz 1 und Satz 2 des Art. 5 Abs. 1 GG ist umstritten. Satz 2 ist jedenfalls dann im Verhältnis zum Satz 1 spezieller, wenn die in Frage stehenden Lebenssachverhalte einen massenmedialen Schwerpunkt aufweisen.¹⁸

Erst das Zusammenspiel dieser kommunikationsrelevanten Grundrechte sichert die freie individuelle und öffentliche Meinungsbildung umfassend.¹⁹ Insbesondere in Art. 5 Abs. 1 GG wird neben einer privaten eine institutionelle Komponente der „öffentlichen Meinung“ gesehen, die als ein wesentliches Element der Kommunikationsverfassung fungiert.²⁰

B. Die Einordnung des Internet unter die Kommunikationsgrundrechte

Die Kommunikationsgrundrechte beruhen auf der Idee der Sicherung der öffentlichen und individuellen Meinungsbildung als Grundlage demokratischer Gesellschaft. Ob die Internetsachverhalte darunter zu fassen sind, zeigt der folgende Abschnitt.

¹⁵ Dazu bspw. *Gersdorf*, Legitimation und Limitierung von Onlineangeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, S. 50 ff.

¹⁶ Dazu *Stock*, Medienfreiheit als Funktionsgrundrecht, S. 325 ff., der in Medienfreiheiten sogar eine Bedingung der Kommunikationsfreiheit sieht; *ders.*, in: Schwarztländer/Riedel, Neue Medien und Meinungsfreiheit, S. 59 (63 f.). Siehe auch *Gersdorf*, Legitimation und Limitierung von Onlineangeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, S. 29 ff.

¹⁷ *Stock*, in: Schwarztländer/Riedel, Neue Medien und Meinungsfreiheit, S. 59. Eine entsprechende Differenzierung wird in Zeiten des Internet sodann aber schwieriger.

¹⁸ So im Ergebnis auch *Schemmer*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 5 Abs 1, 2, Rn. 153 f. und 204.

¹⁹ BVerfGE 12, 205 (260); 35, 202 (222 f.); 57, 295 (319).

²⁰ Nach *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5, Rn. 3 f. und 11 ff.; siehe auch *Lenz*, JZ 1963, 338 (346).

Da das Internet eine zentrale Plattform für zwischenmenschliche Kommunikation ist, stellt sich die Frage nach seiner grundrechtlichen Einordnung, um letztlich auch die Frage nach der grundgesetzlichen Notwendigkeit eines neutralen Internet beantworten zu können. Die Versuche, das Internet einem bestimmten Grundrecht zuzuordnen, sind zahlreich. Eine eindeutige Zuordnung erschließt sich indes nicht. Eine grundgesetzliche Festschreibung einer Internetfreiheit wäre geboten, wenn hierdurch eine Lückenschließung im Gefüge eines effektiven Grundrechtsschutzes erzielt würde. Die Befürworter einer Internetdienstefreiheit könnten auf derselben Grundlage ein der Netzneutralität entsprechendes Prinzip des freien Zugangs zu und Transports von Daten begründen. Nimmt man aber Abstand von der Forderung nach einem neuen Grundrecht, so sollten die Schutzbereiche derjenigen bestehenden Grundrechte, die Internetsachverhalte umfassen, darauf untersucht werden, ob sie auch die neutrale Datenübermittlung im Internet schützen.

I. Internetdienstefreiheit

Mit der zunehmenden Nutzung des Internet als Mittel zwischenmenschlicher Kommunikation wird seine Einordnungsschwierigkeit unter die Grundrechte immer deutlicher. Obwohl die verfassungsmäßige Kommunikationsordnung dank ihrer Konvergenzfreundlichkeit bisher allen neuen technischen Wandlungen standhalten konnte, scheint sie nun an der Einordnung der unterschiedlichen Internetdienste zu scheitern.²¹ Aus diesem Grund wurde schon frühzeitig mit der Figur der Internetfreiheit²², später der Internetdienstefreiheit²³ versucht, eine vermeintliche Lücke zu schließen.

Erstmals in den Neunzigern verbreitete sich die Idee einer Internetfreiheit als eine weitere Kommunikationsfreiheit.²⁴ Das Internet habe zwar vereinzelt Eigenschaften der jeweiligen Kommunikationsfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG, sei aber gleichzeitig ein eigenständiger Lebenssachverhalt, weshalb es als eigenständige sechste Kommunikationsfreiheit in den Kanon des Art. 5 Abs. 1 GG aufzunehmen sei.²⁵ Dieser Ansatz vermag je-

²¹ Dazu siehe bspw. *Jäkel*, AfP 2012, 224 (227 f.).

²² Zurückzuführen auf *Mecklenburg*, ZUM 1997, 525 ff.

²³ So aktuell vor allem *Holznagel/Schumacher*, Die Freiheit der Internetdienste, in: Co:llaboratory Discussion Paper Series No. 1, 2011, S. 14 ff.

²⁴ *Mecklenburg*, ZUM 1997, 525 ff.

²⁵ *Mecklenburg*, ZUM 1997, 525 (541).

doch wenig zu überzeugen, da er übersieht, dass das Internet bzw. seine Teile den jeweiligen Kommunikationsfreiheiten als ein Übertragungsmedium²⁶ dient, seine „Tätigkeitsbereiche“ in der einschlägigen Kommunikationsfreiheit Gestalt annehmen und daher durchaus unter diese subsumierbar sind.

Einen neueren Ansatz verfolgen die Verfechter der Internetdienstefreiheit.²⁷ Art. 5 Abs. 1 GG hinterlasse eine Regelungslücke insbesondere für die Many-to-Many-Kommunikation, die den klassischen Medienfreiheiten nicht zugeordnet werden könne.²⁸ Die Many-to-Many-Kommunikation sei eine ausschließlich im Internet vorzufindende Kommunikationsform, die als Gegensatz zur Individualkommunikation als die Kommunikation zwischen vielen beschrieben wird. So wird an Blogs und soziale Netzwerke gedacht, die einen Meinungsaustausch vieler innerhalb kürzester Zeit ermöglichen. Gemeint sind insbesondere „digitale Plattformen“ wie Google, Facebook oder eben Blogs.²⁹ Dieser Ansatz schließt die vermeintliche Lücke im Grundgesetz, indem „von der starren Klassifizierung Abstand“ genommen und Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG als eine allgemeine Medienfreiheit interpretiert wird, „die neben Rundfunk und Presse auch die ‚Freiheit der Internetdienste‘ gewährleistet“.³⁰ Die Regelungslücke entstehe bei Internetdiensten, die mangels gleichzei-

²⁶ Manche sprechen in diesem Zusammenhang vom Internet als „Medium zweiter Ordnung“ (so *Jäkel*, AfP 2012, 224 (225)) oder vom Internet als „eine Trägerstruktur“ (so *Keber*, in: Dörr/Kreile/Cole, Handbuch Medienrecht, 2011, Buchst. M Rn. 6).

²⁷ Bisher nur *Holznapel/Schumacher*, Die Freiheit der Internetdienste, in: Co:laboratory Discussion Paper Series No. 1, 2011, S. 14 ff.; *dies.*, in: Kloepfer (Hrsg.), Netzneutralität, 47 (58 ff.); *dies.*, ZRP 2011, 74 (77 ff.); *Holznapel*, MMR 2011, 1 ff. Für eine Internetfreiheit plädiert *Paschke*, Medienrecht, Rn. 170, dagegen *Brand*, Rundfunk, S. 234 ff.; *Bronsema*, Medienspezifischer Grundrechtsschutz der elektronischen Presse, S. 162 ff.; *Gounalakis/Rhode*, Persönlichkeitsschutz im Internet, Rn. 241; *Koreng*, Zensur im Internet, S. 83 ff.; *Kunisch*, Rundfunk im Internet und der Grundsatz der Staatsfreiheit des Rundfunks, S. 30; *Stern*, Staatsrecht IV/1, S. 1673.

²⁸ Die Bezeichnung Many-to-Many-Kommunikation im Zusammenhang mit der Netzneutralität wird zum ersten Mal in Deutschland von *Holznapel/Schumacher*, in: Kloepfer (Hrsg.), Netzneutralität, S. 47 (55) verwendet. *Hoffmann-Riem*, JZ 2012, 1081 (1082) spricht anschaulicher von „kommunikativen Handeln von Einzelnen, die sich in einen *kollektiven* Zusammenhang einbinden lassen“ und meint die typischen Anwendungen wie Google+ oder Facebook.

²⁹ Vorliegend wird der Begriff „digitale Plattform“ weiter als die Definition des § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV verstanden, nämlich als „auf der Basis des Internet-Protokolls angebotene Dienste, die von Dritten inhaltlich gestaltet und gefüllt und vom Anbieter der Plattform lediglich zugänglich gemacht werden, ohne dass diese Bündelung eine Plattform im Sinne des Rundfunkstaatsvertrages ist oder die Qualität einer redaktionellen Verantwortung erlangt“, so ausdrücklich *Schulz/Dreyer/Hagemaijer*, S. 13 m.w.N. Die Aufzählung dieser „Plattformen“ ist freilich nicht erschöpfend, sondern beispielhaft.

³⁰ *Holznapel/Schumacher*, Die Freiheit der Internetdienste, in: Co:laboratory Discussion Paper Series No. 1, 2011, S. 14 (18 ff.); *Holznapel*, NordÖR 2011, 205 (210); *dies.*, in: Becker/Weber (Hrsg.), Funktionsauftrag, Finanzierung, Strukturen, S. 163 (170).

tigen Empfangs nicht unter die Rundfunkfreiheit gefasst werden können; weise ein Onlinedienst dieses Merkmal nicht auf, so falle es unter die Internetdienstefreiheit.³¹ Das Merkmal der Gleichzeitigkeit als entscheidendes Charakteristikum der Rundfunkfreiheit begründe die besondere Meinungsrelevanz des Rundfunks.³² Die Vorteile dieser Herangehensweise werden in einer genaueren Ausdifferenzierungsmöglichkeit der Onlinedienste im Gefüge der Kommunikationsfreiheiten sowie in der verfassungsrechtlichen Eingehung der Spezifika der Many-to-Many-Kommunikation gesehen.³³ Die Interpretation des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG als eine allgemeine Medienfreiheit, die verschiedene Teilfreiheiten in sich vereine, werde in Art. 11 Grundrechtecharta bestätigt, weshalb es sich bei dieser Ansicht nicht um ein neues Grundrecht handeln solle.³⁴

Diese Interpretation lässt viele Fragen offen. Sie verdrängt beispielweise, dass das Grundgesetz im Gegensatz zur Grundrechtecharta oder anderen europäischen Verfassungen bewusst den Weg gewählt hat, die Kommunikationsfreiheiten einzelnen grundrechtlichen Gewährleistungen zuzuordnen, und sich eben bewusst nicht der Idee einer allgemeinen Medienfreiheit unterworfen hat. Aus diesem Grund ist es systemwidrig, im Art. 5 Abs. 1 GG eine allgemeine Medienfreiheit zu sehen. Dieser Ansicht wird weiterhin zu Recht entgegengehalten, dass

„die einzelnen Nutzungsformen des world wide web zu unterschiedlich in den kommunikationsgrundrechtlich maßgeblichen Aspekten sind, um unter ein ein-

³¹ *Holznagel/Schumacher*, Die Freiheit der Internetdienste, in: Co:laboratory Discussion Paper Series No. 1, 2011, S. 14 (19).

³² So jedenfalls *Holznagel/Schumacher*, Die Freiheit der Internetdienste, in: Co:laboratory Discussion Paper Series No. 1, 2011, S. 14 (19). Der Gleichzeitigkeit eines Dienstes eine besondere Meinungsrelevanz zuzuweisen und als Charakteristikum des verfassungsrechtlichen Rundfunks zu sehen, ist nicht mehr zeitgemäß und führt zu dem Schluss, dass nicht-linearen Onlinediensten (wie z.B. Mediatheken) grundsätzlich eine besondere Meinungsrelevanz abgesprochen würde. Warum aber ein und dieselbe Sendung bei linearer Ausstrahlung größere Meinungsrelevanz aufweisen soll als bei späterem Abruf über die Mediathek, ist keinesfalls nachvollziehbar.

³³ *Holznagel/Schumacher*, Die Freiheit der Internetdienste, in: Co:laboratory Discussion Paper Series No. 1, 2011, S. 14 (19).

³⁴ *Holznagel/Schumacher*, Die Freiheit der Internetdienste, in: Co:laboratory Discussion Paper Series No. 1, 2011, S. 14 (18 ff.). Für die Schaffung eines neuen Grundrechts in Form der allgemeinen Medienfreiheit *Bronsema*, Medienspezifischer Grundrechtsschutz der elektronischen Presse, S. 168 ff. Zu Art. 11 GRCh siehe *Jarass*, Grundrechtecharta, Art. 11 Rn. 27; *Pünder*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 16.2 Rn. 15 f.

*heitliches, neben den Medienfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG stehendes, eigenständiges Grundrecht gefasst zu werden“.*³⁵

Die Verfechter der Internetdienstefreiheit gehen zu wenig auf die unterschiedlichen Kommunikationsformen im Internet ein. Sie machen nicht deutlich, wann ein Internetdienst ein solcher und nicht Rundfunk oder Presse ist. Die Idee der Internetdienstefreiheit bezieht sich im Weiteren ausschließlich auf Internetdienste massenmedialen Charakters und geht im Übrigen nicht auf die Besonderheiten neuer Onlinedienste individualkommunikativer Art ein.³⁶ Die Abgrenzungsschwierigkeiten innerhalb der einzelnen Kommunikationsfreiheiten bei der grundrechtlichen Einordnung von Onlinediensten würden nicht gelöst werden.³⁷ Es wird übersehen, dass für diejenigen neuartigen Onlinedienste, die sich nicht unter die massenkommunikative Medien der Presse und des Rundfunks einordnen lassen, ein Rückgriff auf die individualkommunikativen Freiheiten des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG durchaus denkbar ist.³⁸ Dies hinterlässt erhebliche Zweifel an einer bestehenden Schutzlücke.

II. Das Internet als verfassungsrechtlicher Rundfunk

Für einen beträchtlichen Teil der Literatur ist das Konstrukt einer Internetdienstefreiheit daher entbehrlich.³⁹ Auf der Grundlage eines weiten verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriffs plädieren die Verfechter der „Rundfunktheorie“⁴⁰ für eine Annäherung der Onlinedienste an die Rundfunkfreiheit.⁴¹ Eine kritische Auseinandersetzung mit der

³⁵ So *Degenhart*, C&R 2011, 231 (236).

³⁶ So auch *Jäkel*, AfP 2012, 224 (231).

³⁷ *Bronsema*, Medienspezifischer Grundrechtsschutz der elektronischen Presse, S. 164 f.

³⁸ *Degenhart*, BK-GG, Art. 5, Rn. 20 verweisend auf *Bullinger/Mestmäcker*, Multimediadienste, S. 65 ff. *Jäkel*, AfP 2012, 224 (229 f.) zeigt, dass der Kanon der Grundrechte aus Art. 5 Abs. 1 GG durchaus auf die neuen Medien zu reagieren in der Lage ist (sog. funktionaler Ansatz). In diesem Sinne auch *Bull*, S. 42.

³⁹ Vor allem *Bethge*, in: Sachs, Grundgesetzkommentar, Art. 5, Rn. 90b; *Brand*, Rundfunk, S. 266 f. i.V.m. S. 154 ff.; *Degenhart*, in: BK-GG, Art. 5, Rn. 698; besonders eindringlich *Peine*, FS Folz, S. 276 f., 280 f.; siehe auch *Papier/Schröder*, Rechtsgutachten; *Starck*, v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 100 (der aber darauf hinweist, dass solche Einordnung nur dann möglich ist, wenn das Bundesverfassungsgericht seine Rechtsprechung zu den normativen Folgen der Rundfunkfreiheit revidiere).

⁴⁰ *Koreng*, Zensur im Internet, S. 58.

⁴¹ In diesem Sinne auch *Degenhart*, C&R 2011, 231 (234).

„Rundfunktheorie“ zwingt indes zu einer Engführung des verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriffs sowie zu einer differenzierten Betrachtungsweise der Onlinedienste.

1. Der Rundfunkbegriff

Ein präziser verfassungsrechtlicher Rundfunkbegriff, an dem die in Frage stehenden Dienste gemessen werden könnten, fehlt.⁴² *Degenhart* führt zu Recht aus, dass

„im Zuge der Konvergenz der Medien der tradierte Rundfunkbegriff an Trennschärfe verliert – insbesondere auch im Hinblick auf das Internet, das sich eindeutiger rechtlicher Zuordnung entzieht“⁴³.

Nichtsdestotrotz wird im Folgenden der Rundfunkbegriff⁴⁴ auf seine wesentlichen Bestandteile reduziert, um die unterschiedlichen Einordnungsversuche des Internet unter die Rundfunkfreiheit transparent zu machen.

Literatur und Rechtsprechung definieren Rundfunk als die Veranstaltung und Verbreitung von akustischen und/oder visuellen Darbietungen aller Art für die Allgemeinheit mit Hilfe drahtlos oder kabelgebunden verbreiteter elektrischer Schwingungen.⁴⁵ Diese klassische Definition des Rundfunks beinhaltet vor allem die Merkmale der Allgemeingerichtetheit, der Verbreitung, der Benutzung elektrischer Schwingungen und schließlich der Darbietung in Wort, Ton und Bild.⁴⁶ Die Voraussetzungen müssen nicht kumulativ vorliegen. In der Literatur fordert man teilweise nur das Vorliegen einzelner Elemente.⁴⁷ Der Rundfunkbegriff lässt sich auf wenige seiner Merkmale reduzieren, die im Sinne eines starren

⁴² So bereits BVerfGE 83, 238 (302).

⁴³ *Degenhart*, in: BK-GG, Art. 5, Rn. 647. In diesem Sinne auch *Stern*, Staatsrecht IV/1, § 110 II 3, S. 1664. A.A. *Ory*, AfP 2011, 19.

⁴⁴ Hierzu siehe die ausführliche Untersuchung des Rundfunkbegriffs bei *Brand*, Rundfunk.

⁴⁵ BVerfGE 12, 205 (226, 260); 57, 295 (320 f.); 73, 118 (154); 83, 238 (296, 302). Eine ausführliche Untersuchung des Rundfunkbegriffs findet sich bei *Brand*, Rundfunk sowie bei *Degenhart*, BK-GG, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 667 ff.; siehe auch *Peine*, FS Folz, S. 260 siehe auch *Hufen*, Staatsrecht II, § 28, Rn. 6; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 5, Rn. 99; *Stern*, Staatsrecht IV/1, § 110 II 3, S. 1663.

⁴⁶ Hierzu siehe insbesondere die detaillierte Darstellung bei *Brand*, Rundfunk, S. 41 ff.

⁴⁷ So z.B. die Elemente der Allgemeingerichtetheit, der Verbreitung und der Darbietung, siehe bei *Papier/Schröder*, Rechtsgutachten, S. 19 sowie bei *Nierstein*, AfP 2000, 7 (8).

Gehalts⁴⁸ des verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriffs verstanden werden können und die Einordnung der Onlinedienste erleichtern.

(1) Das Merkmal der Allgemeingerichtetheit verdeutlicht, dass der Rundfunk massenkommunikativen Charakter hat⁴⁹, d.h. seine Inhalte sich an einen individuell unbestimmten Personenkreis richten⁵⁰. Dieses Merkmal grenzt damit den Rundfunk wie auch alle anderen Massenmedien von individualkommunikativen Sachverhalten ab.⁵¹ Will man innerhalb der einzelnen massenmedialen Onlinediensten differenzieren, hilft das Merkmal der Allgemeingerichtetheit deshalb wenig.

(2) Aus dem Wortlaut „Berichterstattung durch Rundfunk“ folgt das nachrichtentechnische Element des Rundfunkbegriffs. In der Rechtswissenschaft wird es als Verbreitung⁵² von Informationen mittels elektrischer bzw. elektromagnetischer Schwingungen beschrieben.⁵³ Es setzt eine unkörperliche Übertragungsweise des Programms voraus und erlaubt, das Internet als Rundfunk zu verorten. Problematisch ist dabei die Tatsache, dass sich heutzutage neben dem Rundfunk das Internet als eine weitere unkörperliche Verbreitungsform herauskristallisiert hat.⁵⁴ Während manche dieses Verbreitungselement als dem

⁴⁸ „Starr“ im Sinne eines konstitutiven Elements des Rundfunks, der den Neuerungen der Kommunikationstechnik standhält. Diesem Verständnis folgt auch *Bullinger*, Kommunikationsfreiheit im Strukturwandel, S. 57 m.w.N.

⁴⁹ Wohl anderer Ansicht *Ricker*, ZUM 2001, 28 (29), der aufgrund der internetspezifischen Interaktionsmöglichkeit des Rezipienten die Allgemeingerichtetheit der Onlinedienste verneint. Dieser Sicht ist kritisch zu begegnen, da sie auf der anderen Seite nicht zwischen den unterschiedlichen Onlinediensten differenziert.

⁵⁰ *Hoffmann-Riem*, AfP 1996, 9 (10); *Nierstein*, AfP 2000, 7 (8); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 5, Rn. 99.

⁵¹ Siehe *Degenhart*, in: BK-GG, Art. 5, Rn. 682 ff., der die massenkommunikative Vermittlung der Inhalte über Rundfunk unterstreicht.

⁵² Der Großteil der Literatur sieht unter Verbreitung von Informationen mittels elektrischer bzw. elektromagnetischer Schwingungen zu Recht ein einziges Merkmal, ohne der Verbreitung eigenständige verfassungsrechtliche Bedeutung beizumessen: so bspw. auch *Holznagel/Nolden*, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, Teil 5, Rn. 58, die von drei Merkmalen des verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriffs ausgehen, nämlich Allgemeingerichtetheit, Darbietung und fernmeldetechnische Verbreitung sowie *Janik*, AfP 2000, 7 (8); siehe auch *Lent*, Rundfunk-, Medien- und Teledienste, S. 83. A.a. *Brand*, Rundfunk, S. 45, der zwischen der Verbreitung und der Benutzung elektrischer Schwingungen unterscheidet.

⁵³ *Degenhart*, BK-GG, Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2, Rn. 673. Zu diesem Begriff ausführlich *Brand*, Rundfunk, S. 50 ff. (57), der darauf hinweist, dass es auf die konkrete physikalische Art der Verbreitung nicht ankommt, solange sie Inhalte zugänglich macht.

⁵⁴ Siehe auch *Degenhart*, in: BK-GG, Art. 5, Rn. 673; *Klaes*, ZUM 2009, 135 (137); *Kube*, HStR IV, § 91, Rn. 16, S. 852.

Rundfunk immanent ansehen, um auf diese Weise vor allem die klassisch gedruckte (also körperliche) Presse abzugrenzen⁵⁵, wird von anderen die unkörperliche Übertragung zu treffend als ein nicht mehr nur dem Rundfunkbegriff innewohnendes Merkmal angesehen⁵⁶. Zwar ist der Rundfunkbegriff von technischen Neuerungen unabhängig und damit dynamisch zu interpretieren.⁵⁷ So lässt das Grundgesetz bewusst offen, was die Rundfunkfreiheit ausmacht, um Innovationen Spielraum zu lassen. Nichtsdestotrotz kann das Merkmal der elektrischen bzw. elektromagnetischen Schwingungen nicht als konstituierende Eigenschaft angesehen werden. Denn es sind gegenwärtig gerade die Verbreitungswege, die durch technische Neuerungen für Veränderungen in der gesamten Kommunikationslandschaft sorgen. So werden Rundfunkdienste längst nicht mehr nur über Kabel angeboten. Die unkörperliche Übermittlung allein kennzeichnet also nicht den Rundfunk, es müssen weitere rundfunkspezifische Merkmale hinzukommen.

(3) Das Merkmal der Darbietung – teilweise wird in diesem Kontext auch von Berichterstattung gesprochen⁵⁸ – ist Gegenstand kontroverser Diskussionen.⁵⁹ Unbestritten ist zumindest, dass es hierfür nicht auf die konkreten Inhalte der Darbietung ankommt.⁶⁰ Einigkeit besteht weiterhin darüber, dass eine Darbietung dann nicht vorliegt, wenn die übermittelten Inhalte zur öffentlichen Meinungsbildung weder bestimmt noch geeignet sind.⁶¹ Die weitere Konkretisierung ist sodann schwieriger. Hierfür wird teilweise der vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Begriff der Programmfreiheit zu Hilfe gezogen.⁶²

⁵⁵ *Papier/Schröder*, Rechtsgutachten, S. 18.

⁵⁶ Dass die Verbreitungstechnik ein begriffsnotwendiges Merkmal des Rundfunks ist, kann in Anbetracht der rasanten Entwicklung und Verbreitung des Internet nicht mehr vertreten werden. Dieser Ansicht vor allem *Degenhart*, BK-GG, Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2, Rn. 673 a.E.; *Hoffmann-Riem*, in: Tauss/Kollbeck/Mönikes (Hrsg.), Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft, S. 584 (597 f.); *König*, Teletexte, S. 121 m.w.N.

⁵⁷ Stichwort: Konvergenz der Medien, siehe hierzu auch *Degenhart*, C&R 2011, 231 (234).

⁵⁸ *Degenhart*, C&R 2011, 231 (235). Der Begriff der Darbietung wird ebenfalls bei *Degenhart*, in: BK-GG, Art. 5, Rn. 676 unter dem Stichwort der Berichterstattung als inhaltliches Element behandelt.

⁵⁹ Überblick bei *Janik*, AfP 2000, 7,(8 ff.) m. w. N.

⁶⁰ BVerfGE 35, 202 (222); 59, 231 (258); 73, 118 (152); 97, 228 (257); *Brand*, Rundfunk, S. 83; *Degenhart*, in: BK-GG, Art. 5, Rn. 676; *Lieb*, Kabelfernsehen und Rundfunk, S. 112 (Fn. 22).

⁶¹ *Holznagel/Nolden*, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, Teil 5, Rn. 56 a.E. m.w.N.; auch *Jarass*, AfP 1998, 133 ff.

⁶² So von *Holznagel/Nolden*, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, Teil 5, Rn. 57; *Libertus*, K&R 2000, 119 (121).

Die Programmfreiheit beschreibt das „Innenleben“ des Darbietungsmerkmals.⁶³ Die Veranstalter entscheiden selbst und frei über die Auswahl, den Inhalt und die Ausgestaltung ihres Programms, jedoch unter der Prämisse, in ihrem Gesamtprogramm allen Tendenzen Raum zu geben.⁶⁴ Programm meint dabei eine auf längere Dauer angelegte, planmäßige und strukturierte Abfolge von Sendungen oder Beiträgen.⁶⁵ Eine gewisse redaktionell-journalistische Tätigkeit sollte dabei nachweisbar sein.⁶⁶ Mithilfe des Merkmals des Programms sollte die Darbietung beschrieben werden als einseitige und planmäßige Informationsabgabe vom Kommunikator zum Rezipienten.⁶⁷ Damit ist Rundfunk als ein Informations- und Meinungen vermittelndes, planhaft ablaufendes⁶⁸, redaktionell-journalistisch gestaltetes Programm zu konkretisieren.⁶⁹

(4) Im Kontext des Darbietungsmerkmals ist weiterhin das vermeintliche Charakteristikum der Gleichzeitigkeit anzusprechen, das inzwischen zu Recht als nicht mehr zeitgemäß eingestuft wird⁷⁰, in der Literatur jedoch weiterhin als entscheidendes Kriterium bei der grundrechtlichen Einordnung der Onlinedienste als Rundfunk gilt. Das Merkmal der Gleichzeitigkeit geht auf das klassische Verständnis von Rundfunk als Verteildienst zurück. Danach war Rundfunk die zeitgleiche Übermittlung von Informationen von einer Stelle an viele, deren Zeitpunkt der Ausstrahlung vom Veranstalter bestimmt wird.⁷¹ Die

⁶³ In diesem Sinne BVerfGE 87, 181 (201).

⁶⁴ BVerfGE 59, 231 (258); 87, 181 (201); 90, 60 (87); 97, 298 (310).

⁶⁵ BVerfG DVBl. 1998, 469 (470); *Libertus K&R* 2000, 119 (121).

⁶⁶ *Jarass*, AfP 1998, 133 (135); *Gersdorf*, AfP 1995, 565 (569).

⁶⁷ Sog. One-to-Many-Kommunikation. Dazu siehe *Bullinger*, Kommunikationsfreiheit im Strukturwandel, S. 32; *Ferger/Junker*, DÖV 1981, 439 (444 f.); auch *Schöte*, Die Rundfunkkompetenz des Bundes, S. 25 ff.; *Stammler*, AfP 1975, 742 (748). Vergleiche den Begriff der einseitigen Informationsrichtung bei *Bismark*, Neue Medientechnologien und grundgesetzliche Kommunikationsverfassung, S. 67. Dieses Verständnis wird kritisch dargestellt von *Peine*, FS Folz, S. 272 ff.

⁶⁸ Zum planhaft ablaufenden Programm siehe *Degenhart*, in: BK-GG, Art. 5, Rn. 685.

⁶⁹ So die Gesamtbetrachtung von BVerfGE 59, 231 (258 f.); 90, 60 (87); 97, 298 (310); *Jarass*, AfP 1998, 133 (135); *ders./Pieroth*, GG, Art. 5 Rn. 37; *Papier/Schröder*, Rechtsgutachten, S. 18; *Schemmer*, BeckOK GG, Art. 5 I, Rn. 69.

⁷⁰ Zum Erfordernis der Gleichzeitigkeit zu Recht kritisch *Gersdorf*, Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff, S. 134 ff.; *ders.*, FS Oppermann, S. 137 (139 f.); ähnlich *Jarass*, AfP 1998, 133 ff.; *Peine*, FS Folz, S. 264 ff.

⁷¹ *Gersdorf*, Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff, S. 27, 134; *Scherer*, Telekommunikationsrecht und Telekommunikationspolitik, S. 32.

massenkommunikative, zeitgleiche Übermittlung von Programm an eine Vielzahl von Rezipienten bewirke die rundfunkmäßige Meinungsmacht.⁷²

Diejenigen, die den zeitgleichen Empfang von Programmen zum konstitutiven Merkmal des Rundfunks erheben, werden den internetbedingten Entwicklungen jedoch nicht gerecht. Die neuen Ausstrahlungsmethoden der Rundfunkveranstalter erfolgen keinesfalls mehr zeitgleich.⁷³ Der Zeitpunkt ihrer Übertragung rückt nunmehr in den Hintergrund, er wird vielmehr vom Rezipienten selbst bestimmt; das verdeutlichen etwa Mediatheken, also die Abruf- und Zugriffsdienste, deren Zeitpunkt des Empfangs beliebig ist.⁷⁴ Wer auf das Merkmal der Gleichzeitigkeit besteht, kann diese Dienste jedenfalls nicht der Rundfunkfreiheit zuordnen.⁷⁵ Eine im Ergebnis unterschiedliche grundgesetzliche Bewertung ein und desselben Programms wäre die Folge. Zeitliche und inhaltliche Selektionsoptionen von Onlinediensten sind daher unerheblich für ihre Einstufung als Rundfunk.⁷⁶ Der moderne Rezipient hat sich von seiner passiven Rolle des ausschließlichen Ein- und Ausschaltens des Empfangsgerätes befreit.⁷⁷

(5) Das Bundesverfassungsgericht sieht schließlich in der Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft die entscheidenden Wesenszüge des Rundfunks.⁷⁸

„Die besondere Suggestivkraft des Mediums ergibt sich insbesondere aus der Möglichkeit, die Kommunikationsformen Text und Ton sowie beim Fernsehfunk zusätzlich bewegte Bilder miteinander zu kombinieren und der programli-

⁷² Degenhart, in: BK-GG, Art. 5, Rn. 682.

⁷³ So wäre fraglich wie die Mediatheken der Rundfunkveranstalter einzuordnen wären. Sie dienen dem Abruf von Programmen nach dem diese auf dem klassischen Wege ausgestrahlt wurden, siehe z.B. www.ardmediathek.de.

⁷⁴ Zur Definition der Zugriffs- und Abrufdienste siehe z.B. Gersdorf, Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff, S. 28 ff.

⁷⁵ Dies würde jedoch eindeutig dem BVerfGE 74 S. 297 (354) widersprechen, wo deutlich gemacht wird, dass auch Abrufdienste sogar vom öffentlich-rechtlichen Rundfunk angeboten werden können.

⁷⁶ Kunisch, MMR 2011, 796 (797); siehe auch Lent, Rundfunk-, Medien-, Teledienste, 2001, S. 102 f. und S. 157 und Missere, Rundfunk-, Multimedia- und TK-Recht, S. 287 f.

⁷⁷ In diesem Sinne Bullinger, Kommunikationsfreiheit im Strukturwandel, S. 46 f. und Gersdorf, Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff, S. 134.

⁷⁸ BVerfGE 90, 60 (87); 103, 44 (74); 114, 371 (387); 119, 181 (214 f.).

chen Information dadurch insbesondere den Anschein hoher Authentizität⁷⁹ zu verleihen“.⁸⁰

Die Kombination aus seinen Wesenszügen und der rundfunkspezifischen Ton- und Bewegtbildübertragung⁸¹ lässt die besondere Suggestivkraft als prägendes Merkmal des Rundfunks erwachsen.⁸²

Letztlich ist der Rundfunk durch seine Entwicklungsoffenheit gekennzeichnet.⁸³ Er soll unabhängig vom Wandel der gesellschaftlichen Kommunikationsstrukturen⁸⁴ sein. Auf diese Weise wird die Bestandsgarantie des Rundfunks realisiert. Um eine entwicklungs offene Rundfunkdefinition zu ermöglichen, müssen ihre starren Bestandteile im Kontext neuer technischer Gegebenheiten gesehen werden.⁸⁵ So soll die Verfassungsinterpretation die Kommunikationsfreiheiten gerade auf die veränderten Geltungsbedingungen einstellen und diesen zur vollen Wirksamkeit verhelfen.⁸⁶ Das Internet verdeutlicht solchen technischen Wandel der Telekommunikationsprozesse.

Im Ergebnis folgt das konstituierende Merkmal des Rundfunks aus dem Darbietungsmerkmal. Die besondere Suggestivkraft des Rundfunks⁸⁷, welche aus der Kombination von rundfunkspezifischen Wesenszügen und der Wort-, Ton- und Bildübertragung erwächst, steht dabei im Vordergrund.⁸⁸

⁷⁹ In diesem Sinne auch *Eberle*, FS Oppermann, S. 149 (150).

⁸⁰ BVerfGE 119, 1 (215); 97, 228 (256).

⁸¹ BVerfGE 97, 228 (259).

⁸² *Gersdorf*, FS Oppermann, 137 (141); mit detaillierter Erläuterung dieser Sichtweise *ders.*, AfP 2010, 420 (425) sowie *Lent*, Rundfunk-, Medien-, Teledienste, S. 177 ff.

⁸³ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 5, Rn. 100.

⁸⁴ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 5, Rn. 102.

⁸⁵ *Bullinger*, Kommunikationsfreiheit im Strukturwandel, S. 57.

⁸⁶ So *Bullinger*, Kommunikationsfreiheit im Strukturwandel, S. 117.

⁸⁷ Verneinend *Papier/Schröder*, Rechtsgutachten, S. 19.

⁸⁸ Dieser Ansicht auch *Gersdorf*, AfP 2010, 421 (424 f.), der gerade in der Suggestivkraft des Rundfunks seinen entscheidenden Wesenszug sieht. Man mag entgegensetzen, dass diverse Onlineangebote mithilfe der heutigen Computerprogrammtechnik ebenfalls mit Ton- und Bewegtbildkombinationen arbeiten. Es darf aber angenommen werden, dass jedenfalls bisher mangels eines planvollen Programms, keine Suggestivkraft solchen Ausmaßes für sie zu erreichen ist, wie es im Falle des Rundfunks geschieht.

2. Internet als Rundfunk

Die beschriebenen Merkmale des Rundfunks helfen über die schwierige Einordnung des Internet nicht hinweg. So wird in der Literatur kontrovers diskutiert, ob und welche Onlineangebote Rundfunk darstellen.

Teilweise werden Onlinedienste gänzlich unter die Rundfunkfreiheit gefasst, da angenommen wird, dass sie stets an die Allgemeinheit gerichtet sind und unkörperlich übertragen werden.⁸⁹ Dass in Wirklichkeit nicht alle Onlinedienste an die Allgemeinheit gerichtet sein müssen, bleibt unberücksichtigt. Anstelle von Vorgaben für die Einordnung aller Arten von Onlinediensten behilft man sich mit einer Aufzählung konkreter neuer Medien. Bei näherem Hinsehen zeigt sich jedoch kein roter Faden, an dem die Rundfunkeigenschaft der Internetsachverhalte bemessen würde. So werden neben Newslettern⁹⁰ Newsgroups, Telemedien nach dem Telemediengesetz⁹¹, Teleshopping, Abruf- und Zugriffsdienste und auch pauschal das World Wide Web als solches zum Rundfunk zugeordnet. Nur den E-Mails, privaten Chats und dem Onlinebanking wird immerhin die Rundfunkeigenschaft versagt.⁹²

Eine genauere Untersuchung zeigt, dass Onlinedienste, denen die verfassungsrechtliche Rundfunkeigenschaft zugesprochen wird, regelmäßig über das Merkmal der Allgemeingerichtetheit verfügen. Damit beschränkt sich deren Untersuchung ausschließlich auf massenmediale Onlinedienste. Das ist in Anbetracht der tatsächlich existierenden Onlinedienste aber zu kurz gegriffen.⁹³ Es sind darüber hinaus keine weiteren Kriterien erkennbar, die Onlinedienste als Rundfunk charakterisieren. Ein Schema für die Einordnung von Onlinediensten im Ganzen fehlt. Diese Ansicht untermauert ihre Einordnung mit dem Ar-

⁸⁹ So *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 5, Rn. 36; *Papier/Schröder*, Rechtsgutachten, S. 25. Es ist davon auszugehen, dass dieses Lager ausschließlich massenmediale Onlinedienste als verfassungsrechtlichen Rundfunk begreift. Sie machen leider nicht deutlich, ob ihre Aussagen ausschließlich für Onlinedienste massenmedialen Charakters gelten. Eine ausführliche, auf die Besonderheiten von Internetdiensten eingehende Untersuchung siehe bei *Kunisch*, Rundfunk im Internet und der Grundsatz der Staatsfreiheit des Rundfunks, S. 27 ff.

⁹⁰ Besonders detailliert und interessant zum Newsletter als verfassungsrechtlichen Rundfunk *Hölscher*, Das Internet als Herausforderung, S. 195 (209). Zu Recht anderer Ansicht *Kube*, HStR IV, § 91, Rn. 14, S. 851 m.w.N.

⁹¹ Dazu siehe bspw. *Hoeren*, NJW 2007, 801 (802).

⁹² Siehe *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5, Rn. 90b.

⁹³ Zur detaillierten Übersicht von Onlinediensten siehe *Held*, S. 27 ff.; *Schulz/Held/Kops*, ZUM 2001, 621 ff.

gument, dass ein restriktives Begriffsverständnis des Rundfunks ansonsten die Reichweite des öffentlich-rechtlichen Grundversorgungsauftrags beschränken würde.⁹⁴ Das verdeutlicht hingegen, dass die Ausweitung des Grundversorgungsauftrags angestrebt und eine zielorientierte Interpretation der Rundfunkfreiheit versucht wird.⁹⁵

Für Vertreter eines funktionellen Rundfunkbegriffs soll die rundfunkspezifische Meinungsbildungsrelevanz das Entscheidungskriterium für oder gegen die Einordnung der Onlinedienste unter die Rundfunkfreiheit sein.⁹⁶ Daher wird konsequent denjenigen Onlinediensten die verfassungsrechtliche, teilweise sogar staatsvertragliche Rundfunkeigenschaft abgesprochen, die nichtlinear bzw. gänzlich ohne rundfunktypische Meinungsrelevanz sind.⁹⁷ Mit ähnlichem Ergebnis verwenden andere den Begriff der Wirkungsanalyse Bezug nehmend auf Onlinedienste und ihre Einordnung unter den verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff⁹⁸ und stellen dabei ebenfalls auf die rundfunktypische Meinungsrelevanz (Suggestivwirkung) der Dienste ab. Nach dieser Ansicht darf es bei der Untersuchung des Internet im Lichte des Rundfunkbegriffs nicht mehr auf die bisher gängigen Unterscheidungen zwischen Individual- und Massenkommunikation, allgemeinem und spezifischem Adressatenkreis oder rundfunkartigen Darbietungen und Telemedien⁹⁹ ankommen. Es ist demnach der evidente Einfluss eines Onlinedienstes auf den öffentlichen Meinungsbildungsprozess, der über die Rundfunkeigenschaft des in Frage stehenden Onlinedienstes

⁹⁴ *Papier/Schröder*, Rechtsgutachten, S. 25.

⁹⁵ Diese Entwicklung als „Steuerungsreserve auf der Rechtsfolgende“ bezeichnend *Schoch*, VVDStRL (57) 1997, S.158 (197). *Kube*, HStR IV, § 91, Rn. 16, S. 852 sieht die Möglichkeit kommen, aufgrund der zunehmenden Machtkonzentration im Bereich des Internet, Onlinedienste zunehmend der Rundfunkordnung unterziehen zu müssen, spricht sich im Ergebnis aber für eine bestimmte „Online-Grundversorgungsleistung“ für die Zukunft aus.

⁹⁶ So u.a. *Bullinger/Mestmäcker*, Multimediadienste, S. 52 ff.; auf die Wirkungsweise abstellend *Determann*, Kommunikationsfreiheit, S. 409 f.; *Dörr*, FS Kriele, S. 1417 (1428); *Grzeszick*, NVwZ 2008, 608 (610); *Kube*, HStR IV, 2006, § 91, Rn. 16, S. 852; *Lent*, Rundfunk-, Medien-, Teledienste, S. 100 ff.; *Nierstein*, AfP 2000, 7 (15) verneint die Rundfunkeigenschaft von Telespielen, Suchmaschinen, Gopher, Telnet, FTP, Homebanking, Homeshopping und E-Mails, da diesen die rundfunktypische Meinungsrelevanz fehle. Bei den unzähligen Onlinediensten soll sich dieses Merkmal nicht so einfach bestimmen lassen, weshalb eine Einzelfallbestimmung unvermeidbar sei, so *Klaes*, ZUM 2009, 135 (140); vgl. auch *Ring*, ZUM 1998, 358 (361).

⁹⁷ *Kunisch*, MMR 2011, 796 f.

⁹⁸ *Kube*, HStR IV, § 91, Rn. 16, S. 852 m.w.N.

⁹⁹ *Kube* spricht dort noch von der Unterscheidung zwischen rundfunkartigen Darbietungen und Medien- sowie Telediensten. Diese Unterscheidung ist seit dem Inkrafttreten des Telemediengesetzes im Jahre 2007 hinfällig, das mit der Einführung der sog. Telemedien nicht mehr zwischen Medien- und Telediensten unterscheidet. Siehe *Hoeren*, NJW 2007, 801 ff.; *Kitz*, ZUM 2007, 368 (369 ff.).

entscheidet. Unstimmig wird diese Ansicht aber, wenn sie etwa die Onlinepresse als Rundfunk begreift und damit anders als die Druckpresse behandelt. Weshalb aber Onlinepresse einer anderen Reglementierung als die Druckpresse unterliegen sollte, ist kaum nachvollziehbar und inkonsequent. Es werden keine Anhaltspunkte mit auf den Weg gegeben, wann von einer Einflussnahme auf den öffentlichen Meinungsbildungsprozess auszugehen ist, so dass deren Feststellung willkürlich bleibt. Gerade Onlinedienste entfalten ihre besondere meinungsbildende Wirkung oftmals erst im Zusammenspiel mit anderen Onlinediensten.¹⁰⁰ Zu erinnern ist an die potentielle meinungsbildende Wirkung von Google¹⁰¹, dessen Suchmaschinenfunktion im Dienste durchdachter Marketingstrategien tendenziös Informationen aufbereitet und dadurch Meinungsmacht ausübt.¹⁰² Das Zusammenspiel zwischen der von Google aufbereiteten Informationen und dem sodann tatsächlich gewählten Artikel ist oft eine gesteuerte Werbemaßnahme im Auftrag des Artikelanbieters. Die Voraussetzung für dieses Vorgehen ist die Indexierung der Informationen.¹⁰³ Bisher gibt es kaum Literatur, die sich mit der grundrechtlichen Einordnung von Suchmaschinen befasst.¹⁰⁴

Diejenigen, die im verfassungsrechtlichen Rundfunk vor allem die Vermittlung von Informationen und Meinungen mit Hilfe einer redaktionell-journalistischen Tätigkeit se-

¹⁰⁰ Auch *Kube*, HStR IV, 2006, § 91, Rn. 14 f., S. 851 f. ist insoweit skeptisch, da seiner Ansicht nach Internet-Inhalte oftmals gestückelt und daher ohne einen planhaft ablaufenden und den Empfänger über längere Zeiträume hinweg in seiner Meinungsbildung beeinflussenden Programm an die Allgemeinheit gerichtet werden und deshalb allein dem Schutz der allgemeinen Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit unterfallen können; eine Ausnahme macht er zu Recht bei der Übertragung von Fernseh- und Hörfunkprogrammen über das Internet. So auch *Hölscher*, Das Internet als Herausforderung, S. 195 (211).

¹⁰¹ Immerhin beträgt der Marktanteil von Google in Deutschland 90 %, nach *Meyer*, in: Roßnagel (Hrsg.), Elektronische Medien zwischen Exklusivität und Grundversorgung, S. 61. Mehr dazu FAZ.NET vom 28.06.2006, Die wachsende Macht der Suchmaschinen, abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/internet-die-wachsende-macht-der-suchmaschinen-1329050.html> (Stand: 26.10.2013); *Schulz/Dreyer/Hagemaier*, Machtverschiebung in der öffentlichen Kommunikation, S. 17 ff. und 49 ff.; *Vollmeier*, Grundversorgung im konvergierenden Mediensektor, S. 165 ff. Zur Notwendigkeit von Regulierung der Google'schen Meinungsmacht siehe *Danckert/Mayer*, MMR 2010, 219 ff.; siehe noch *Paal*, AfP 2011, 521 (523).

¹⁰² Dazu mehr bei *Hoffmann-Riem*, AfP 137 (2012), 509 (533 ff.); *Meyer*, in: Roßnagel (Hrsg.), Elektronische Medien zwischen Exklusivität und Grundversorgung, S. 61 (62 ff.). Zur Idee der Suchmaschinenneutralität siehe *Paal*, AfP 2011, 521 (insb. 522 f.).

¹⁰³ So *Kühling/Gauß*, ZUM 2007, 881 (882); *Meyer*, in: Roßnagel (Hrsg.), Elektronische Medien zwischen Exklusivität und Grundversorgung, S. 61.

¹⁰⁴ So *Kühling/Gauß*, ZUM 2007, 881 ff.; nur marginär *Paal*, AfP 2011, 521 ff.

hen, müssten konsequenterweise jedenfalls solchen Onlinetätigkeiten, die der Übermittlung reiner Inhalte dienen, die Rundfunkeigenschaft absprechen.¹⁰⁵ Deren Einordnungsprobleme bleiben indes ungelöst.

III. Differenzierende Annahme der Rundfunkqualität von Onlinediensten

Dass Onlinedienste nicht einer pauschalen Kategorisierung unterzogen werden können, wurde in der Literatur bisher nur teilweise erkannt. So wird die Diversität der Onlinedienste zumindest teilweise berücksichtigt und die Einordnung von einzelnen mit unterschiedlichem Ergebnis versucht.

Manche verfolgen insofern eine differenzierende Methode, als nur diejenigen neuen Medien unter die Rundfunkfreiheit gefasst werden, die nicht als Presse oder Individualkommunikation einzustufen sind.¹⁰⁶ Auf den ersten Blick erscheint diese Ausschlussmethode vielversprechend, da sie versucht, Überschneidung mit der Presse zu vermeiden. Der Ausschluss der Individualkommunikation ist hingegen keine neue Erkenntnis, die über die Abgrenzungsschwierigkeiten zu anderen grundrechtlichen Schutzbereichen hinweg hilft.

Andere sehen Video on Demand-Dienste (sog. Abrufdienste) und Newsletter unter bestimmten Umständen als Rundfunk an und differenzieren stärker: Nur Internetdienste, die neben dem Rundfunkprogramm als Annex angeboten werden, werden dem Rundfunk zugeordnet.¹⁰⁷ Bei dieser Methode ist eine Nähe zum Rundfunkprogramm das entscheidende Kriterium. Unter den Abrufdiensten als Untergruppe der Kommunikationsdienste versteht man die Übermittlung von Inhalten, die auf Servern elektronisch gespeichert werden.¹⁰⁸ Damit würden die Mediatheken von Rundfunkveranstaltern mit Recht stets dem Schutz der Rundfunkfreiheit unterfallen.

¹⁰⁵ So zu Recht *Schemmer*, BeckOK GG, Art. 5 I GG Rn. 69, der betont, dass deshalb die Tätigkeit der Zugangsanbieter nicht unter die Rundfunkfreiheit fallen kann.

¹⁰⁶ *Starck*, v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 5, Rn. 163, mit der Einschränkung, dass für die übrigen neuen Medien „nicht die aus dem Grundgesetz abgeleiteten Grundsätze und Regeln, die für den redaktionellen gestalteten, nach zeitlichen Schemen ablaufenden Rundfunk gelten, der durch seine Darbietungen das Publikum an sich zu binden bestrebt ist und deshalb zur Ausgewogenheit verpflichtet ist“.

¹⁰⁷ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 5, Rn. 100.

¹⁰⁸ Hierzu siehe *Gersdorf*, Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff, S. 25 ff., der zwischen Verteil-, Zugriffs- und Abrufdiensten differenziert.

Ähnlich verneinen andere die Rundfunkeigenschaft derjenigen Onlinedienste, die reine Individualkommunikation und keine Übermittlung von unveränderten Rundfunkprogrammen darstellen.¹⁰⁹ Bei der Einordnung der Onlinedienste unter die Rundfunkfreiheit soll entscheidend sein, „inwieweit sich die Angebote in den grundrechtlich relevanten Punkten vom herkömmlichen Rundfunk unterscheiden: In den Inhalten der Sendungen und der Stellung des Rezipienten im Kommunikationsvorgang“.¹¹⁰ Nur solche Onlinedienste, die durch die planvolle und zeitlich geordnete Veranstaltung und Verbreitung von Sendungen die rundfunkmäßige Meinungsmacht entfalten, werden als Rundfunk eingestuft.¹¹¹ Tendenzen, die Abrufdienste aus dem Umfang des Rundfunkbegriffs ausschließen, überzeugen nicht. Es ist anzunehmen, dass in der Zukunft Rundfunkprogramme auf Abruf weiterhin angeboten werden; es wäre befremdlich, diese aus dem Rundfunkbegriff herauszunehmen, nur weil für ihre Übertragung über das Internet die Abrufoption gewählt wurde, sie im Übrigen aber identische Inhalte übermitteln.¹¹² Tatsächlich sind Mediatheken der Rundfunkveranstalter kaum noch aus der Medienlandschaft wegzudenken. Vielmehr ist zu erwarten, dass Fernsehgeräte mit Internetfunktion in den Haushalten zunehmen, so dass auch Mediatheken und Abrufdienste der Veranstalter stärker nachgefragt werden. An ihren Inhalten, geschweige denn ihrer Wirkung auf die Meinungsbildungsrelevanz ändert sich wegen unterschiedlicher Verbreitungsart freilich nichts.

IV. Kritik an bisherigen Einordnungsversuchen des Internet

Die Vertreter der „Rundfunktheorie“ gehen nicht hinreichend auf die Spezifika der Onlinedienste, insbesondere auf ihre unterschiedlichen Funktionen und Merkmale ein. Sie kreieren ein „Supergrundrecht“, das alle Arten von Angeboten im Internet umfasst¹¹³, in-

¹⁰⁹ Degenhart, in: BK-GG, Art. 5, Rn. 698.

¹¹⁰ Degenhart, C&R 2011, 231 (235).

¹¹¹ Zu diesem Schluss kommen Bullinger/Mestmäcker, *Multimedienienste*, S. 53, die in der Gleichzeitigkeit des Programms die besondere Stärke des Rundfunks sehen, nämlich seine ‚massenhafte und langandauernde Fesselwirkung‘. Siehe noch Degenhart, C&R 2011, 231 (235); Holznagel/Schumacher, *Die Freiheit der Internetdienste*, in: Co:llaboratory Discussion Paper Series No. 1, 2011, S. 19; Koreng, *Zensur im Internet*, S. 77 und S. 80, der die besondere Suggestivkraft des Rundfunks gerade durch die Linearität realisiert sieht; Möllers, AfP 2008, 241 (246 f.).

¹¹² So zu Recht Gersdorf, FS Oppermann, S. 137 (139 f.); auch Kube, HStR IV, § 19 Rn. 15, der Fernseh- und Hörfunkprogramme auch bei versetzten Abruf von der Rundfunkfreiheit als umfasst sieht.

¹¹³ Dieser Begriff geht zurück auf Gersdorf, FS Oppermann, S. 137 (142): „Da sich in Zukunft ein Großteil der grundrechtlich geschützten Freiheitsbetätigungen ‚im Netz‘ vollziehen wird und diese Form der

dem sie pauschal alle Dienste im Internet unter Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG subsumieren. In Anbetracht der vielfältigen Funktionen und der Diversität der Onlinedienste überzeugt das nicht.¹¹⁴ Es ist verfehlt, die Interpretation des Rundfunks zu weiten, bis die Onlinedienste in das Korsett des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG passen. Zwar liegt es insoweit nicht fern, als die Rundfunkfreiheit das einzige Kommunikationsgrundrecht ist, welches durch das Merkmal der unkörperlichen Übertragung gekennzeichnet wird. Das geschieht aber zu einem bestimmten Zweck, nämlich um die Onlinedienste der Rundfunkordnung zu unterwerfen. Eine Ausweitung auf alle Onlinedienste ist dabei nicht anzuraten, da ansonsten eine zu massive Reglementierung von Onlinediensten insgesamt zur Verstaatlichung der Kommunikationsstrukturen im Internet führen wird. Schließlich sollte das Merkmal der Übertragungsform nicht mehr als ein exklusives Merkmal der Rundfunkfreiheit angesehen werden. Es müssen dogmatisch einwandfreie Wege gefunden werden, um der Internetkommunikation und den Kommunikationsfreiheiten gerecht zu werden, ohne den verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff uferlos auszuweiten.¹¹⁵ Die hinzugekommene unkörperliche Übertragung von Informationen bzw. ihre Digitalisierung mithilfe des Internet verweist auf die Medienkonvergenz.¹¹⁶ Medienkonvergenz kennzeichnet die Veränderlichkeit und innere Dynamik ganzer Medienkulturen.¹¹⁷

Diejenigen, die die Rundfunkfreiheit als einschlägig erachten, weil die Onlineangebote stets an die Allgemeinheit gerichtet und damit massenmedial sein sollen, werden ebenso wenig der Diversität der Onlinedienste gerecht. Weiterführend scheint hier eine differenzierte Auseinandersetzung mit den diversen Arten von Onlinediensten. Offensichtlich versuchen sie, den verfassungsrechtlichen Rundfunk als Steuerungsmittel auf der Rechtsfol-

Freiheitsentfaltung von mehr oder minder ausgeprägter Relevanz für den öffentlichen Meinungsbildungsprozeß sein dürfte, mutierte die Rundfunkfreiheit zu einem „Supergrundrecht“, das den anderen Grundrechten die Luft zum Atmen nähme, wollte man alle für die öffentliche Meinungsbildung relevanten und auf elektromagnetischem Wege transportierten Daten dem verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff zuschlagen, sofern sie keine Presse sind“.

¹¹⁴ So zu Recht *Brand*, Rundfunk, S. 233. Siehe dazu noch *Lerch*, C&R 1997, 261 (263).

¹¹⁵ Siehe *Fiedler*, AfP 2011, 15 (16, 18).

¹¹⁶ Siehe *Eberle*, AfP 2008, 329.

¹¹⁷ Dazu bspw. *Rossen-Stadtfeld*, ZUM 2000, 36 (38). Siehe zum Phänomen der Konvergenz noch *Hoffmann-Riem/Schulz/Held*, S. 19 ff.; *Schulze-Fielitz*, Dreier, GG, Art. 5 I, II, Rn. 61 spricht zutreffend von Konvergenzprozessen; hinsichtlich der Konvergenztauglichkeit von Art. 5 GG grundsätzlich kritisch *Hain*, AfP 2012, 313 (316 ff.).

genseite¹¹⁸ zu verwenden, um die neuen Medien der rundfunktypischen Regulierung zu unterwerfen.¹¹⁹

Am brauchbarsten ist der Weg, die Rundfunkeigenschaft von Onlinediensten anhand des Merkmals der rundfunkspezifischen Meinungsrelevanz festzustellen. Zwar ist das Merkmal der Meinungsrelevanz allen Kommunikationsfreiheiten immanent¹²⁰, der Rundfunk trägt aber ein Spezifikum in sich, das die ausnahmsweise Aufsicht rechtfertigt – deshalb muss es auf die rundfunkspezifische Meinungsrelevanz ankommen. Dabei ist die Suggestivkraft des Rundfunks, die konstituierend auf die Rundfunkfreiheit wirkt, richtungweisend. Durch ein planhaft ablaufendes¹²¹ Programmangebot in Ton- und/oder Bildübertragung wird der Rundfunk mit einer besonderen Meinungsrelevanz ausgestattet und staatliches Eingreifen gerechtfertigt. Die faktische Begrenzung der Verfügbarkeit von Massenmedien sowie das „Machtproblem“ waren der Grund für den besonderen Gewährleistungsauftrag an den Gesetzgeber, die Freiheitlichkeit der Kommunikationsverfassung zu sichern und Machtmissbrauchs im Rundfunk zu verhindern.¹²² Das rechtfertigt bisher die Regulierungsbedürftigkeit und Regulierungsnotwendigkeit des Rundfunks. Diese Grundsätze für das Internet schlicht zu übernehmen erfordert einigen Begründungsaufwand. Genügt ein Onlineformat diesen Voraussetzungen und erreicht es zudem ein weites Publikum, so ist es in der nahen Zukunft denkbar, dass Onlinedienste dieser Art vermehrt die Schwelle zum verfassungsrechtlichen Rundfunk überschreiten.

Innerhalb einer Einzelfallbetrachtung gibt es zutreffende Ansätze, „im Internet“ zwischen individual- und massenkommunikativen Diensten zu unterscheiden. Liegt ersteres vor, so sei Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG das einschlägige Grundrecht; handelt es sich hingegen um massenkommunikative Dienste wie etwa Informationen, die in gewissem Umfang ausge-

¹¹⁸ In diesem Sinne, *Schoch*, VVDStRL (57) 1997, S.158 (197).

¹¹⁹ So *Betzler*, in: Dittmann/Fechner/Sander (Hrsg.), *Der Rundfunkbegriff im Wandel der Medien*, S. 155 (169).

¹²⁰ Vor allem wenn man das „Muttergrundrecht“ der Kommunikationsfreiheiten bedenkt, nämlich die Meinungsfreiheit, die jedem dieser Grundrechte immanent ist.

¹²¹ Zum planhaft ablaufenden Programm siehe *Degenhart*, in: BK-GG, Art. 5, Rn. 685.

¹²² So explizit *Hoffmann-Riem*, in: ders., *Wandel der Medienordnung – Reaktionen in Medienrecht, Medienpolitik und Medienwissenschaft*, ausgewählte Abhandlung, S. 83 (97 f.), verweisend auf BVerfGE 57, 295 (320); 73, 118 (152 f.).

wählt und aufbereitet sind, sei Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG anzuwenden.¹²³ Insbesondere Onlinedienste in Form von Suchmaschinen wie Google oder sozialen Netzwerken wie Facebook werden vorliegend als solche massenkommunikative Dienste begriffen. Es fehlt jedoch eine Auseinandersetzung mit den vielfältigen Onlinediensten massenkommunikativen Art sowie eine erschöpfende Einordnung der wichtigsten Onlinedienste, die beispielhaft für die Einordnung weiterer ggf. neuer Dienste stehen könnten.

Es existieren Onlinedienste, die tatsächlich als verfassungsrechtlicher Rundfunk einzuordnen sind und – obwohl sie keinen klassischen Rundfunkdienst darstellen – dennoch unter den Schutz der Rundfunkfreiheit fallen. Daneben existieren Onlinedienste, die nicht ohne weiteres der Rundfunkfreiheit zuzuordnen sind, deren Charakter in den Schutzbereichen anderer Kommunikationsfreiheiten aufgeht und so den größtmöglichen Schutz erfährt. Im Übrigen stehen Rechtsprechung und Literatur in der Pflicht, Charakteristika des verfassungsrechtlichen Rundfunks hervorzuheben, um den Rundfunk von Internetdiensten abzugrenzen – so wie bisher die Abgrenzungskriterien wie Unterhaltung, Bildung und Unterrichtung den Rundfunk von Presse oder Film unterschied.

C. Grundrechtliche Einordnung nach dem Ausschlussprinzip

Das Internet ist kein neues Medium, sondern eine weitere Verbreitungsform für Medien wie den Rundfunk, die Presse oder den Film.¹²⁴ Darüber hinaus dient es ebenso der Verbreitung von Inhalten individualkommunikativer und kommerzieller Art. Spätestens mit dem Aufkommen des Internet ist festzuhalten, dass die Verbreitungsform kein konstitutives Merkmal des Rundfunks sein kann. Der Rundfunk kann heutzutage nicht mehr nur über die bisher bekannten Infrastrukturen übermittelt werden.¹²⁵ Der Rundfunk darf nicht mehr ausschließlich als ein Verteildienst verstanden werden. Die Digitalisierung der Kommunikation verändert die Kommunikationsstrukturen, die sich den Bedürfnissen und

¹²³ So *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 5, Rn. 101.

¹²⁴ *Degenhart*, C&R 2011, 231 (234) m.w.N. So stellt *Koreng*, Zensur im Internet, S. 43 zu Recht fest, dass „neue Medien nicht die Übertragungswege selbst sind, sondern vor allem die neuen Nutzungsformen, wie sie im Internet möglich werden“. Im ähnlichen Sinne *Gersdorf*, in: Dittmann/Fechner/Sander (Hrsg.), Der Rundfunkbegriff im Wandel der Medien, S. 137 (S. 142). *Greve*, K&R 2013, 87 (88) spricht zu Recht vom Internet als einem Grundrechtsverwirklichungsnetz. Siehe weiterhin Ausführungen zum Internet als technisches Medium erster Ordnung im Sinne des kommunikationswissenschaftlichen Verständnisses bei *Beck*, Schweiger/ders. (Hrsg.), Handbuch Online-Kommunikation, S. 17.

¹²⁵ So u.a. *Gersdorf*, AfP 2010, 421 (424).

Gewohnheiten der Informationsgesellschaft anpassen. Es ist daher angezeigt, von veralteten Methoden wie der Verbreitungsform und dem Erfordernis der gleichzeitigen Übertragung als Charakteristikum des Rundfunks Abstand zu nehmen.¹²⁶ Wird die Ära des Internet und seine Folgen auf den Rundfunk berücksichtigt, ist im Ergebnis nur in denjenigen medialen Angeboten der verfassungsrechtliche Rundfunk zu sehen, die als planhaft ablaufendes¹²⁷ Programmangebot in Ton- und/oder Bildübertragung mit besonderer Suggestivkraft aufzufassen sind. Eine systematische Betrachtung der Onlinedienste im Ausschlussprinzip ermöglicht eine differenzierende Einordnung aller kommunikationsrelevanten Onlinedienste unter das System der Kommunikationsgrundrechte.

I. Systematisierung der grundrechtlichen Zuordnung

Die bisherigen Versuche einer grundrechtlichen Einordnung von Onlinediensten haben die untersuchten Dienste nicht näher definiert. Dabei erleichtert es den Fortgang der Untersuchung, wenn zuvor ihre Merkmale herausgearbeitet werden, um von Beginn an ihre differenzierte Betrachtung zu ermöglichen. Stattdessen wurden Onlinedienste als „Internet“ begriffen und auf diese Weise pauschalisiert. Diese Vorgehensweise kann ausschließlich Onlinedienste massenkommunikativer Art berücksichtigen – alle übrigen Onlinediensten können dagegen nicht zugeordnet werden.

Eine Methode, die eine lückenlose Einordnung aller Onlinedienste ermöglicht, wurde bisher nicht deutlich. Dabei sind Onlinedienste in unzählige Anwendungen unterschiedlicher Art unterteilbar und nach diesen Merkmalen einzuordnen. Es liegt aber auf der Hand, dass die jeweiligen Anwendungen differenziert betrachtet werden müssen und keiner einheitlichen Wertung unterzogen werden können.

Die Herausforderung bei der grundrechtlichen Einordnung neuer Medien liegt zunächst in der Bestimmung der unzähligen Onlinedienste. Anschließend ist zu ermitteln, ob sie individual- oder massenkommunikative Eigenschaften aufweisen und welche Differenzen sie ferner charakterisieren, um sodann nach den bisher gängigen Kriterien der Systematik der Kommunikationsgrundrechte mit ihrer Einordnung fortzufahren.

¹²⁶ In diesem Sinne auch *Gersdorf*, AfP 2010, 421 (424).

¹²⁷ Zum planhaft ablaufenden Programm siehe *Degenhart*, in: BK-GG, Art. 5, Rn. 685.

Wird so die Diversität der Onlinedienste hervorgehoben, bevor man sie gleichsam in die Schutzbereiche der Kommunikationsfreiheiten „presst“, wird im Ergebnis eine systematische Einordnung der Internetsachverhalte möglich. Es zeigt sich, dass ein Teil der existierenden Onlinedienste ohne weiteres unter die Rundfunkfreiheit einzuordnen ist, da sie schon auf den ersten Blick verfassungsrechtlichen Rundfunk darstellen.¹²⁸ Sodann bleiben nur noch einige wenige, schwieriger einzuordnende Onlinedienste übrig, für die einschlägige grundrechtliche Schutzbereiche ermittelt werden müssen.

Aus diesem Grund hat die grundrechtliche Einordnung von Onlinediensten in zwei Schritten zu erfolgen. Im Rahmen einer Voruntersuchung werden die Onlinedienste nach ihren spezifischen Merkmalen kategorisiert. Auf diese Weise entsteht ein Raster für die weitere Prüfung, nämlich der Einordnung der Onlinedienste. Zu Beginn werden die Onlinedienste im Hinblick auf ihre Rundfunkeigenschaften überprüft. Nach einem Ausschlussprinzip können diejenigen ohne die Suggestivkraft eines Rundfunkdienstes unter dem Raster aller übrigen kommunikationsrelevanten Grundrechte überprüft werden. So werden zugleich Charakteristika der jeweils einschlägigen Grundrechte sichtbar, deren Schutz für die Onlinedienste wesentlich und deren Schutzweite sodann im Hinblick auf ihre die Netzneutralität sichernde Funktion zu untersuchen ist.

Die am meisten verbreiteten Onlinedienste wurden bereits beschrieben.¹²⁹ Sie unterscheiden sich je nach ihrer konkreten Verwendung und lassen sich in drei Kategorien zusammenfassen: (1) die Mediennutzung im Internet, (2) die Individualkommunikation im Internet und schließlich (3) die kommerziellen Onlinedienste. Während die Dienste der Mediennutzung und die Dienste der interpersonalen Kommunikation eine Kommunikations- und damit Netzneutralitätsrelevanz aufweisen, sind die sonstigen kommerziellen Dienste in Ermangelung dieses Merkmals nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Sie dienen „der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren, Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds eines Unternehmens, einer sonstigen Organisation oder einer natürlichen Person, die eine Tätigkeit im Handel, Gewerbe oder Hand-

¹²⁸ Schließlich gehören zu dem klassischen Rundfunkauftrag genauso die Annexaktivitäten und sonstige Randnutzungen, hierzu siehe *Lent*, Rundfunk-, Medien-, Teledienste, 219 ff.

¹²⁹ Dazu siehe bereits oben Kap.1.B.1.

werk oder einen freien Beruf ausübt“¹³⁰ und sind deshalb als wirtschaftliche Verhaltensweisen nicht kommunikationsrelevant, weil sie sich lediglich des Internet bedienen, um wirtschaftliche Inhalte zu verbreiten, ohne beachtlichen Einfluss auf die Meinungsbildung zu haben.

Die bisherigen Einordnungsversuche in der Literatur konzentrieren sich ausschließlich auf die Einordnung von Diensten der Mediennutzung. Deshalb nimmt es nicht Wunder, dass sie im Ergebnis einzig auf die Rundfunkfreiheit als das Grundrecht der Medien schlechthin abstellen. Wie sogleich zu zeigen sein wird, lassen sich Dienste der Mediennutzung aber so weit differenzieren, dass der Anwendungsbereich der Rundfunkfreiheit eliminiert wird. Insbesondere bei genauer Betrachtung der medialen Onlinedienste unter Zuhilfenahme der Dienstarten des Rundfunkstaatsvertrages und des Telemediengesetzes erweisen sich einige, jedoch nicht alle Anwendungen als verfassungsrechtlicher Rundfunk. Das Ausschlussprinzip löst die übrigen Dienste vom Rundfunk. Diese übrigen Onlinedienste finden sich in den Schutzbereichen der sonstigen Kommunikationsfreiheiten wieder.¹³¹

Die Systematik des Rundfunkstaatsvertrages und des Telemediengesetzes verdeutlicht die Unterschiede zwischen den einzelnen Diensten der Mediennutzung. Der rundfunkrechtlichen Aufsicht werden Instrumente zur Verfügung gestellt, die ihren Wirkungsbereich markieren. So wird die Rundfunkaufsicht über den öffentlichen und den privaten Rundfunk durch den Rundfunkstaatsvertrag ausgeformt; das Telemediengesetz behandelt die vom Rundfunk abzugrenzenden Telemedien.¹³² Es sind die einzigen Normierungen, die die Mediendienste im weitesten Sinne ausformen. Sie verfügen über fein abgestimmte Differen-

¹³⁰ *Micklitz/Schirmbacher*, in: Spindler/Schuster (Hrsg.), *Recht der elektronischen Medien*, Zwölfter Teil, TMG § § 6, Rn. 99. Ausführlich zu der kommerziellen Kommunikation siehe *dies.*, Zwölfter Teil, TMG § § 2, Rn. 10 ff.

¹³¹ Anders *Holznapel/Schumacher*, *Die Freiheit der Internetdienste*, in: *Co:llaboratory Discussion Paper Series No. 1*, 2011, S. 14 ff., die für die Many-to-Many-Kommunikation eine Grundrechtslücke annehmen (siehe bereits oben zur Internetdienstefreiheit).

¹³² Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (Rundfunkstaatsvertrag – RStV) vom 31.08.1991, in der Fassung des Fünfzehnten Staatsvertrages zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge vom 15./21. Dezember 2010 (vgl. GVBl. Berlin 2011 S. 211), in Kraft getreten am 01.01.2013; Telemediengesetz vom 26. Februar 2007 (BGBl. I S. 179), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 31. Mai 2010 (BGBl. I S. 692) geändert worden ist.

zierungsmerkmale, von denen ihre Zulässigkeit und die Zuständigkeiten der sie beaufsichtigenden Stellen abhängen.

Eine Übertragung der rundfunkstaatsvertraglichen und telemedienrechtlichen Systematisierung auf die verfassungsrechtliche Definition verbietet sich zweifellos. Der Blick hinter die verschiedenen Abstufungen des Rundfunks bis hin zu aus dem rundfunkrechtlichen Regulierungsrahmen herausfallenden Telemedien dient insoweit lediglich der Verbildlichung der voneinander abzugrenzenden Onlinedienste der Mediennutzung.

II. Rundfunk- und rundfunkverwandte Onlinedienste

Zum klassischen Rundfunk, also der Fernsehen- und Radioübertragung über Kabel und Satellit ist die Ausstrahlung des Rundfunks über das Internet hinzugekommen. Ausschließliches Internetfernsehen existiert bislang nicht. Das Internet wird grundsätzlich als Komplementärverteilungsweg genutzt, d.h. Rundfunkanbieter bieten das Programm zusätzlich zur klassischen Ausstrahlung mit identischem Inhalt im Internet an.¹³³ Der klassische Auftrag des Rundfunks ist die Ausstrahlung von Programmen aller Art zwecks Vielfaltssicherung und informationeller Grundversorgung der Bürger.¹³⁴ War die bloße Programmausstrahlung einst der Grundsatz¹³⁵, tauchen zunehmend weitere Dienste im Repertoire der Rundfunkangebote auf¹³⁶, denn inzwischen hat der Rundfunk auch das Internet für sich entdeckt.¹³⁷ Es werden Onlinedienste in Form von Internetauftritten, Apps und vielen an-

¹³³ So *Eberle*, FS Oppermann, S. 149 (152). Ob man hierbei zwischen Video-on-Demand-Diensten und Livestream unterscheidet, hängt grundsätzlich davon ab, ob das Element der Gleichzeitigkeit als ein dem Rundfunk immanentes Element angesehen wird.

¹³⁴ Dazu bspw. *Held*, S. 104 ff.

¹³⁵ Für den knappe Frequenzen zur Verfügung stehen und eine Verteilungsordnung notwendig machen, dazu *Jarass*, Gutachten G für den 56. Deutschen Juristentag, Rn. 115 f.

¹³⁶ So z.B. die programmbezogenen Zeitungen oder die sog. Bildschirmtexte, Teletexte und Videotexte. Siehe bspw. in BVerfGE 74, 297.; zu den Teletexten siehe exemplarisch *König*, Die Teletexte.

¹³⁷ So sind zum Beispiel die Onlineangebote von Spiegel (www.spiegel.de) oder der Frankfurter Allgemeinen Zeitung (www.faz.net) als tägliche Informationsquelle des Internet kaum noch wegzudenken. Sogar die Tagesschau (www.tagesschau.de) hat ihren eigenen Internetauftritt, der (ähnlich solcher der Presse) der täglichen Informationsspeisung dient. Die „Öffentlich-rechtlich“ lassen ganze Programme eigenständig auftreten, wie sich das u.a. bei tagesschau.de zeigt (weitere Beispiele wären heute.de, sportschau.de u.ä.). Sogar Rundfunksender, die als typische Nachrichtensender entstanden sind, begnügen sich nicht mehr nur mit der Ausstrahlung von Nachrichten über Rundfunk, sondern treten zunehmend auch im Internet auf (siehe z.B. www.n-tv.de). Eine brauchbare Darstellung der unterschiedlichen Bewegtbildangebote (nicht nur des öffentlich-rechtlichen Rundfunks) im Internet ist zu finden bei *Am-lung/Fisch*, ZUM 2009, 442 ff. Für die Kompatibilität der Annex-Tätigkeiten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mit dem verfassungsmäßigen Auftrag und ihres wettbewerbsrechtlichen Vorteils aufgrund

deren Anwendungen angeboten. Die Präsenz der Rundfunkveranstalter aber auch anderer Medienarten im Internet überrascht in Anbetracht der wachsenden Bedeutung des Internet etwa für Werbezwecke nicht. Die geringen Kosten der Ausstrahlung steigern die Attraktivität. Diejenigen Unternehmen, die heutzutage über keinen Internetauftritt verfügen, büßen an Wettbewerbs- bzw. Konkurrenzfähigkeit ein.

Werden Rundfunkinhalte über den Komplementärverteilungsweg Internet gesendet, ist zwischen Primär- und Annexdiensten zu unterscheiden.¹³⁸ Während die Primärdienste alle (inhaltlich unverändert und nur zusätzlich über das Internet) ausgestrahlten Rundfunkprogramme bezeichnen¹³⁹, stellen die Annexdienste „ein Akzessorium zum (Haupt-)Programm“¹⁴⁰ des Rundfunks dar¹⁴¹. Liegt ein Format vor, das keiner der beiden Tätigkeitsformen zugeordnet werden kann, so handelt es sich grundsätzlich nicht um Rundfunk im Sinne des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG und bedarf einer weitergehenden Untersuchung.

1. Rundfunk

Der Livestream auf der Homepage des Rundfunkveranstalters erfüllt alle Voraussetzungen der verfassungsrechtlichen Rundfunkdefinition. Eine bereits ausgestrahlte Sendung, die zum Abruf angeboten wird, stellt einen umstrittenen Fall dar. Gemeint sind insbesondere die Mediatheken und sonstigen Abruf-Dienste, die das beste Beispiel der Entwicklung neuer Rundfunkübertragungsformen im Internetzeitalter bilden. Mediatheken sind Datenbanken der Rundfunkveranstalter, die im Internet abrufbar sind und die bereits gesendete Programme zum Abruf anbieten. Ein erheblicher Teil der Literatur begreift die Mediatheken nicht als verfassungsrechtlichen Rundfunk. Diesen Diensten fehle es am Merkmal der Gleichzeitigkeit, also der zeitgleichen Übermittlung von Informationen von

der Rundfunkgebühren wurde mit § 11 d Abs. 2 Nr. 3 Hs. 3 RStV der sog. Drei-Stufen-Test eingeführt, dazu siehe *Nawrath*, MMR 2011, 79 ff.

¹³⁸ *Eberle*, FS Oppermann, S. 149 (152) und evtl. *Klaes*, ZUM 2009, 135 (138).

¹³⁹ Gemeint ist der sog. „linear gestreamter Rundfunk“, hierzu siehe *Flehsig*, in: Hahn/Vesting (Hrsg.), RundfunkR, §10 RStV, Rn. 9; *Peters*, NJW 2010, 335 (336); *Sokoll*, NJW 2009, 885 (886).

¹⁴⁰ Etwas differenzierter sieht es *Grzeszick*, NVwZ 2008, 608 (610), der nur Livestream als Rundfunk ansieht und alle anderen Onlineangebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als Telemedien versteht, wobei er nur die sog. Annex-Telemedien, d.h. Telemedien mit Sendungsbezug als rechtmäßig ansieht (s. 611).

¹⁴¹ *Gersdorf*, Regelungskompetenzen, S. 56.

einer Stelle an viele, deren Zeitpunkt der Ausstrahlung vom Veranstalter bestimmt wird.¹⁴² Starr auf dieses Merkmal abzustellen entspricht jedoch nicht dem Grundsatz der Entwicklungsoffenheit des Rundfunks¹⁴³, also der Berücksichtigung neuester technischer Entwicklungen in der Medienlandschaft. Es bedarf daher einer grundlegenden Modifizierung. Weiterführend und ausreichend erscheint es, auf die besondere Suggestivkraft einer Sendung abzustellen. Ton- und Bewegtbildkombinationen, die im Rahmen eines planvoll gestalteten Programms gesendet und zum Abruf bereitgestellten werden, erreichen eine gleich starke Rezipienteneinwirkung wie zeitgleich übertragene Sendungen; sie unterscheiden sich daher nicht.¹⁴⁴ Eine Sendung weist solange eine Suggestivkraft auf, wie sie im Rahmen eines Gesamtprogramms ausgestrahlt wird, und das unabhängig von ihrer Übertragungsart. Die Präsenz von Rundfunksendern im Internet nimmt zu. Hierbei ist insbesondere an die Zukunft des internetfähigen Fernsehens in Form von Connected-TV bzw. Hybridfernsehen zu denken.¹⁴⁵ Das Hybridfernsehen steht beispielhaft für Medienkonvergenz in Zeiten des Internet und wird sogar durch die Europäische Union unterstützt.¹⁴⁶ Ob die Sendung zeitgleich ausgestrahlt wird, ist deshalb unerheblich. Daher ist es konsequent, auf das Merkmal der Gleichzeitigkeit bei der Beurteilung von Mediatheken zu verzichten und die Mediatheken als Dienste der Rundfunkveranstalter anzuerkennen.

2. Annexdienste

Die Zuordnung von Diensten als Annexdienste ist nicht unproblematisch. Die Onlineangebote stellen nur dann Annexdienste dar, wenn sie – ohne unmittelbar Rundfunk zu sein – einen solch engen Zusammenhang zu diesem aufweisen, dass sie als zur Wahrnehmung der Hauptaufgabe des Rundfunks und deshalb auch als solcher angesehen werden

¹⁴² *Gersdorf*, Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff, S. 27, 134; *Scherer*, Telekommunikationsrecht und Telekommunikationspolitik, S. 32.

¹⁴³ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 5, Rn. 100.

¹⁴⁴ In diesem Sinne BVerfGE 74, 297 (351 f.).

¹⁴⁵ Siehe bei *Doetz*, MMR 2012, 277 f. Zu den rechtlichen Herausforderungen von Hybridfernsehen siehe *Weber*, ZUM 2011, 452 ff. und *Schmid*, ZUM 2011, 457 ff.

¹⁴⁶ Wie im *Ersten Bericht der Kommission über die Anwendung der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (Richtlinie 2010/13/EU)* vom 04.05.2012 (COM(2012) 203 final) angekündigt, wurde von der Europäischen Kommission die geplante öffentliche Konsultation zum Thema Connected-TV durchgeführt, siehe *Grünbuch über die Vorbereitung auf die vollständige Konvergenz der audiovisuellen Welt: Wachstum, Schöpfung und Werte* vom 24.04.2013 (COM 2013) 231 final.

können. Man spricht deshalb von den sendungsbezogenen Annexdiensten.¹⁴⁷ Sendungsbezogene Dienste stellen nur dann Rundfunk dar, wenn sie zulässig sind. Entsprechend wurde der Auftrag des Rundfunks mit dem Inkrafttreten des 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrages auf die Telemedien erweitert.¹⁴⁸ Telemedien sind einfachgesetzlich definiert als alle elektronische Informations- und Kommunikationsdienste, die keine Telekommunikationsdienste i.S.d. § 3 Nr. 24 oder Nr. 25 TKG oder die kein Rundfunk i.S.d. § 2 RStV sind.¹⁴⁹ Fraglich ist stets, ob sie im Zusammenhang mit der Aufgabe stehen. Die Unterscheidung zwischen Telemedien mit und ohne Sendungsbezug ist in der Praxis vor allem für aufsichtsrechtliche Zwecke des öffentlich-rechtlichen Rundfunks von Bedeutung. Nur rundfunkähnliche Telemedien des öffentlich-rechtlichen Rundfunks werden von den Regelungen des RStV umfasst, das dafür ein aufwendiges (Genehmigungs-)Verfahren vorsieht.¹⁵⁰ Alle anderen Telemedien fallen unter den Anwendungsbereich des TMG.

Für die vorliegende Untersuchung der grundrechtlichen Zuordnung der Onlinedienste ist die Unterscheidung zwischen Telemedien mit und ohne Sendungsbezug von besonderer Bedeutung, weil nichtsendungsbezogene Inhalte im Internet nicht unter den einfachgesetzlichen Rundfunkbegriff fallen. Das schließt freilich ihre verfassungsrechtliche Rundfunkqualität nicht aus und sollte lediglich als Indiz zur Bestimmung der Grenze zwischen Rundfunkdiensten und Onlinediensten ohne Rundfunkqualität berücksichtigt werden. Denn auch diejenigen, die den Telemedien grundsätzlich die verfassungsrechtliche Rundfunkqualität zusprechen, werden letztlich eine Grenze ziehen müssen, an der Telemedien kein verfassungsrechtlicher Rundfunk mehr sind, um dem Vorwurf der Pauschalisierung zu entgehen. Das Bundesverfassungsgericht stimmt der Zuordnung von rundfunkähnlichen Diensten zum verfassungsrechtlichen Rundfunk zu, wenn sich diese nicht wesentlich vom herkömmlichen Rundfunk unterscheiden und sie daher „Sendungen gleichen Inhalts“ dar-

¹⁴⁷ *Held*, S. 325.

¹⁴⁸ *Peters*, NJW 2010, 335 (336), der zu recht vom „dritten Teil“ des öffentlich-rechtlichen Funktionsauftrags spricht, d.h. neben dem Hörfunk und Fernsehen stehen nun die Telemedien als anerkannte Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks; siehe auch *Wimmer*, ZUM 2009, 601.

¹⁴⁹ So gemäß § 1 Abs. 1 TMG.

¹⁵⁰ Zum Drei-Stufen-Test siehe bspw. *Huber*, ZUM 2010, 201, *Nawrath*, MMR 2011, 79; *Sokoll*, NJW 2009, 885 und *Wimmer*, ZUM 2009, 601.

stellen.¹⁵¹ Denkbar sind zudem programmbezogene Dienste, die den „verfassungsrechtlichen Programmauftrag ergänzend und vertiefend absichern“ und damit eine programmunterstützende Funktion erfüllen.¹⁵² Diese Annex-Tätigkeiten werden zumindest von der Legitimation des Rundfunks gedeckt.¹⁵³

Das Bundesverfassungsgericht hielt fest, dass die Rundfunkfreiheit alle „Tätigkeiten und Verhaltensweisen, die zur Gewinnung und rundfunkspezifischen Verbreitung von Nachrichten und Meinungen im weitesten Sinne gehören, umfasst“. ¹⁵⁴ Eine unterstützende Randbetätigung dürfte daher für die Einordnung unter den verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff ausreichend sein.¹⁵⁵ In der Gesamtschau wird das Erfordernis eines Programmzusammenhangs evident.¹⁵⁶ Sendungsbezogenheit im Sinne des Rundfunkstaatsvertrages ist nichts anderes als der vom Bundesverfassungsgericht geforderte Programmbezug der (Hilfs-)Tätigkeit. Wann ein solcher inhaltlicher Bezug vorliegt, wird im Laufe der Zeit und der Entwicklung von Onlinedienste zu zeigen sein.¹⁵⁷

Für der Onlineangebote privater Dritter gilt: Sie sind als verfassungsrechtlicher Rundfunk einzustufen, sobald sie die Tatbestandsmerkmale des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG und die Merkmale der Suggestivkraft, Aktualität und Breitenwirkung erfüllen.¹⁵⁸ Denn insbesondere dann weisen sie die dem Rundfunk immanente Meinungsbildungsrelevanz auf.

Diejenigen Onlinedienste erfahren somit den Schutz der Rundfunkfreiheit, die als klassischer Rundfunk zugleich über das Internet verbreitet werden oder ein ergänzendes Angebot zum klassischen Rundfunkprogramm darstellen.¹⁵⁹

¹⁵¹ BVerfGE 74, 297 (351 f.) – damit würden letztlich aber Abrufdienste und weniger Annexdienste korrespondieren.

¹⁵² So *Degenhart* K&R 2005, 295 (300). Siehe hierzu die BVerfGE 83, 238 (313 f.).

¹⁵³ *Grzeszick*, NVwZ 2008, 608 (610).

¹⁵⁴ BVerfGE 121, 30 (58); 77, 65 (74); 78, 101 (103).

¹⁵⁵ *Grzeszick*, NVwZ 2008, 608 (611).

¹⁵⁶ Ähnlich *Grzeszick*, NVwZ 2008, 608 (611). Auch *Degenhart* K&R 2005, 295 (299 ff.) spricht sich deutlich für das Erfordernis der Programmbezogenheit aus.

¹⁵⁷ Interessanten Ansatz vertritt *Hain*, Die zeitlichen und inhaltlichen Einschränkungen der Telemedienangebote, S. 96 f., der die Voraussetzung der Sendungsbezogenheit als einen unbestimmten Rechtsbegriff begreift.

¹⁵⁸ Siehe bspw. *Lent*, Rundfunk-, Medien-, Teledienste, S. 100 ff.

¹⁵⁹ So zum Beispiel die oben unter Kap.1.A.II.1.beispielhaft aufgezählten Onlinedienste wie Fernseh- und Webcasting-Programme, Homepage des Rundfunkanbieters oder spezifischer Sendung, Newsarchiv,

III. Presse- und presseähnliche Onlineangebote

Erhebliche Einordnungsschwierigkeiten bereiten diejenigen Onlinedienste, die zwar auch von Rundfunkveranstaltern angeboten werden, jedoch keinen Sendungsbezug aufweisen.¹⁶⁰

Das Medienrecht unterscheidet insgesamt vier Typen von Telemedien, die Eigenschaften eines Lesemediums aufweisen: (1) die sendungsbezogenen presseähnlichen Dienste, (2) die sendungsbezogenen nichtpresseähnlichen Dienste, (3) die nichtsendungsbezogenen presseähnlichen Dienste und schließlich (4) die nichtsendungsbezogenen nichtpresseähnlichen Dienste.¹⁶¹ Während sendungsbezogene Telemedien auch beim Vorliegen der Presseähnlichkeit Rundfunk sind, ist es bei nichtsendungsbezogenen Telemedien nur dann der Fall, wenn sie keine Ähnlichkeit zur Presse aufweisen.

Als prägnantes Beispiel solcher Dienste dienen die Internetauftritte der Rundfunkanbieter, die Apps¹⁶² sowie alle sonstigen Medienangebote mit Text- und Lesecharakter.¹⁶³

zum Programm gehörende Suchkataloge, Newsletter, Online-Nachrichtensendung, Einzelnachrichten zum Abruf, Video-on-Demand (Unterhaltung), Audio-/Music-on-Demand, Online-Pressedienst, themenbezogene elektronische Datenbank, vorausgesetzt all diese Angebote weisen einen Sendungsbezug auf.

¹⁶⁰ Problematisch ist hierbei die Internetaktivität von ausschließlich öffentlich-rechtlichen Rundfunkanbietern. Sie finanzieren sich von Rundfunkgebühren bzw. seit 01.01.2013 nun vom Rundfunkbeitrag, worin ihr besonderer Wettbewerbsvorteil zum privaten Rundfunk liegt. Ihre Angebote bedürfen daher der Legitimation, müssen ihren besonderen Funktionsauftrag erfüllen. Exemplarisch zur Legitimation siehe *Gersdorf*, Legitimation und Limitierung von Onlineangeboten, S. 91 ff. Zum Funktionsauftrag siehe auch und exemplarisch *Bullinger*, Die Aufgaben des öffentlichen Rundfunks, S. 19 ff. sowie *Ladeur*, ZUM 2009, 906 ff. Sie sind dazu prädestiniert den Wettbewerb nicht mehr nur zu privaten Rundfunkveranstaltern zu verfälschen, zunehmend konkurrieren insbesondere ihre Onlinetextdienste mit den Onlineangeboten der Presse. Besondere Voraussetzungen müssen ihre Internetauftritte daher zwangsläufig erfüllen. Es ist nämlich zu bedenken, dass die Tätigkeit außerhalb ihres Funktionsauftrags nicht nur zum finanziellen Ungleichgewicht zu den Onlineangeboten privater Rundfunkanbieter führt. Ihre Onlinedienste gleichen nun sogar anderen Medien, so insbesondere denjenigen der Presse und stehen daher neuerdings in Konkurrenz zu diesen. Auch wenn das Verfassungsrecht keinen Konkurrenzschutz für die Presse anerkennt (dazu bspw. *Bullinger*, HStR VI, § 142, Rn. 57.), ist eine finanzielle Besserstellung der Onlineangebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nicht gerechtfertigt.

¹⁶¹ Siehe insb. § 2 Abs. 2 Nr. 20 RStV. Dazu kritisch *Klein*, Der öffentlich-rechtliche Rundfunk und das Internet, S. 5 ff.

¹⁶² Die Bezeichnung App ist die gängige Abkürzung für das englische Wort Application und beschreibt ein Computer- bzw. Anwendungsprogramm. Die Apps ermöglichen bzw. vereinfachen die Nutzung von Internetprogrammen auf Smartphones und Tablet Computern. Die kostenlose Tagesschau-App dient der mobilen Internetnutzung wohl aller Informationssendungen der ARD auf Smartphones und Tablet Computern. Laut der Homepage der ARD bietet „die App die Tagesschau in 100 Sekunden(...)“. Unter "Tagesschau24" ist es möglich, eine immer aktuelle Tagesschau abzurufen. Das ist nicht die letzte Sendung aus dem Fernsehprogramm, sondern eine stets aktualisierte Zusammenstellung der wichtigsten Videos des Augenblicks. Die Reihenfolge der Filme wird durch die Tagesschau-Redaktion journalis-

1. Feststellung der Presseähnlichkeit nach dem Rundfunkstaatsvertrag

Der 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag statuiert das Verbot der nichtsendungsbezogenen presseähnlichen Angebote.¹⁶⁴ § 2 Abs. 2 Nr. 20 RStV definiert das Abgrenzungskriterium der presseähnlichen Angebote als

„nicht nur elektronische Ausgaben von Printmedien, sondern alle journalistisch-redaktionell gestalteten Angebote, die nach Gestaltung und Inhalt Zeitungen oder Zeitschriften entsprechen“.

Gemäß der Begründung des Änderungsstaatsvertrags werden „journalistisch-redaktionell gestaltete Angebote“ durch ihre Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft charakterisiert.¹⁶⁵ Das entspricht dem verfassungsrechtlichen Verständnis der Rundfunkangebote. Was aber nun speziell ein presseähnliches Angebot auszeichnet, ergibt sich aus dem Staatsvertrag nicht.

Zumindest besagt die amtliche Begründung, dass „gemäß Satz 2 (des § 11a Abs. 1) der öffentlich-rechtliche Rundfunk programmbegleitend Druckwerke mit programmbezogenem Inhalt anbieten kann“. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass alle anderen Druck-

tisch gewichtet, sozusagen eine immer aktuelle (Bemerkung des Autors: *zeitechte*) Ausgabe der Tagesschau. Ein Sendungsarchiv gibt es zusätzlich“ (<http://www.tagesschau.de/app/index.html>). Hierzu siehe *Ory*, AfP 2010, 20 ff.

¹⁶³ Hinsichtlich der Zulässigkeitsfrage solcher Dienste ist es inzwischen zur gerichtlichen Überprüfung gekommen. So klagten am 21. 06. 2011 acht Verlage gegen die Tagesschau-App. Zu den Klägern gehören Axel Springer AG, die Frankfurter Allgemeine Zeitung GmbH, die Süddeutsche Zeitung GmbH, die WAZ-Mediengruppe, die Mediengruppe DuMont Schauberg, die Rheinische Post Verlagsgesellschaft mbH, die Medienholding Nord sowie die Dortmunder Lensing Medien GmbH, siehe hierzu ITM - Nachrichten und Links zum Multimediarecht, MMR-Aktuell 2011, 319490; siehe auch ITM - Nachrichten und Links zum Multimediarecht, MMR-Aktuell 2011, 320093. Die Tagesschau-App ist deshalb so stark umstritten, weil ihre Inhalte und ihre Funktionalität fast identisch zu den Onlineangeboten der Presse sind. Es wurde argumentiert, dass Ihre Inhalte über den Sendungsbezug hinausgehen und daher ihren öffentlich-rechtlichen Auftrag überschreiten. So hielt das LG Köln ZUM RD 2012, 613 am 27.09.2012 fest, dass die Tagesschau-App gegen § 11 d Abs. 2 Ziff. 3 letzter Halbsatz RStV verstößt; Telemedien sind bereits dann presseähnlich, wenn sie als Ersatz für die gedruckte Presse gesehen werden können. Diese nicht rechtskräftige Klage stellt einen wichtigen Schritt dar, um die Zulässigkeitsfragen von Onlineangeboten öffentlich-rechtlicher Rundfunkveranstalter endgültig zu klären. Ausführlich zur Entscheidung und der Zulässigkeit der Tagesschau-App siehe ausführlich *Lenski*, Die Verwaltung 45 (2012) 465 (467 ff.).

¹⁶⁴ § 11 d Abs. 2 Nr. 3 RStV. Ausführlich dazu *Peters*, Öffentlich-rechtliche Online-Angebote, S. 120 ff.

¹⁶⁵ Begründung zum Zwölften Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (Zwölfter Rundfunkänderungsstaatsvertrag), S. 5.

werke unzulässig sind. Nichts anderes kann für die gleichen Inhalte online gelten.¹⁶⁶ Hieraus ergibt sich recht deutlich die Intention des Gesetzgebers, die Onlinetextangebote des Rundfunks von der Presse zu unterscheiden und somit die Presse im Internet einem exklusiven Schutz vor Verdrängung durch Rundfunkonlinedienste zu unterziehen.¹⁶⁷

2. Verfassungsrechtliche Abgrenzung zwischen Rundfunk und Presse

Was folgt aber aus dem Verständnis von Onlinediensten des Medienrechts für den verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff? Eine so verstandene Regelung zu den presseähnlichen nichtsendungsbezogenen Onlinediensten bedeutet zwar, dass solche aus dem rundfunkstaatsvertraglichen Regelungsbereich fallen. Was aber einfachgesetzlichen Rundfunk darstellt und der Rundfunkaufsicht unterfällt, kann nichtsdestotrotz verfassungsrechtlicher Rundfunk sein. Es ist nämlich der verfassungsrechtliche Rundfunk, der den Rahmen für den rundfunkstaatsvertraglichen Regelungsbereich vorgibt. Der Rundfunkstaatsvertrag gestaltet den Auftrag der Rundfunkfreiheit lediglich aus.¹⁶⁸ Deshalb darf der Rundfunkstaatsvertrag nicht soweit führen, dass es den Schutzbereich des verfassungsrechtlichen Rundfunks begrenzt.¹⁶⁹ Die nichtsendungsbezogenen presseähnlichen Onlineangebote des Rundfunks können mithin verfassungsrechtlichen Rundfunk darstellen. Gleichwohl hat auch der verfassungsrechtliche Rundfunk Grenzen. Schließlich darf der Schutzbereich des verfassungsrechtlichen Rundfunks nicht ins Unendliche ausgedehnt werden mit der Folge, dass die Schutzbereiche anderer Grundrechte beeinträchtigt werden und nicht mehr zur Anwendung kommen. Anderenfalls wären andere Internetaktivitäten im Internet grundrechtlich nicht denkbar; im Ergebnis führte dies dazu, dass die Rundfunkfreiheit pauschal auf alle Internetsachverhalte anzuwenden würde.

¹⁶⁶ Begründung zum Zwölften Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (Zwölfter Rundfunkänderungsstaatsvertrag), S. 5. In diesem Sinne bereits *Gersdorf*, AfP 2010, 421, der darauf aufmerksam macht, dass keiner auf die Idee käme, dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk den Druck von Zeitungen oder Zeitschriften einzugestehen, weshalb die Gestattung digitaler öffentlich-rechtlicher Zeitungen oder Zeitschriften ebenso wenig denkbar ist.

¹⁶⁷ So auch LG Köln ZUM RD 2012, 613 (617). Dieser Ansicht ist vor allem dann der Vorzug zu geben, wenn die Rundfunkfreiheit als überwiegend objektiv-rechtlicher Schutz begriffen wird, dazu *Jäkel*, AfP 2012, 224 (229).

¹⁶⁸ BVerfGE 57, 257 (320); 83, 238 (296); 87, 181 (198); 119, 181 (214 ff.).

¹⁶⁹ Siehe bspw. *Badura*, AöR 134 (2009), 240 (258); *Binder*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 11 b RStV, Rn. 10 ff.

Zur Lösung des Abgrenzungsproblems zwischen nichtsendungsbezogenen presseähnlichen Angeboten des Rundfunks und den Onlineangeboten der Presse, die den verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Rundfunk- und Pressebegriff gerecht wird, kann auf die Ansätze des vor langem in der Literatur geführten Streites zur Abgrenzung des Rundfunks von der Presse zurückgegriffen werden, die u.a. im Zuge des Aufkommens von Video-, Tele- und Kabeltexten zu Beginn der 80er Jahre aufgestellt wurden.¹⁷⁰

Ein Teil der Literatur stellt bei der Abgrenzung zwischen Rundfunk und Presse auf die Distributionsform der Tätigkeit ab, so dass Druckerzeugnisse klassischerweise der Presse, alle sonstigen auf elektronischem Wege übermittelten Informationen dagegen der Rundfunkfreiheit zugeordnet werden.¹⁷¹ Diese Abgrenzung wird rigoros auf Internetsachverhalte übertragen.¹⁷² Daraus folgt, dass alle Onlinedienste Rundfunk darstellen und die strengen Anforderungen des einfachen Rechts zu erfüllen hätten. Eine weitere Folge wäre, dass die Presse nicht im Internet zu finden wäre, weil sie der Konkurrenz der öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Zweifel nicht standhalten könnte.

Diejenigen, die bis heute bereit sind, sich vom klassischen Presseverständnis als Printmedien zu lösen, tun dies nur, wenn die gedruckten Inhalte in Form anderer Übertragungsmedien veröffentlicht werden, ohne von den gedruckten Inhalten abzuweichen.¹⁷³ Damit wird eine ausschließliche Onlinepresse aus dem Schutzbereich der Pressefreiheit

¹⁷⁰ Zu diesem Streit siehe exemplarisch *Gersdorf*, Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff, S. 143 ff. Die Auseinandersetzung um die Abgrenzung zwischen Rundfunk und Presse geht wohl zurück auf das Erscheinen der Teletexte in der Rundfunklandschaft, hierzu *König*, Die Teletexte, S. 114 ff.; siehe auch *Scherer*, Der Staat 22 (1983), S. 347 (363 f.).

¹⁷¹ So *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 73a, 88; *Brand*, Rundfunk, S. 122; *Kunisch*, Rundfunk im Internet und der Grundsatz der Staatsfreiheit des Rundfunks, S. 85 ff.; *Rudolf/Meng*, Rechtliche Konsequenzen der Entwicklung auf dem Gebiet der Breitbandkommunikation für die Kirchen, S. 48; *Held*, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, S. 81 f.; *Scherer*, Telekommunikationsrecht und Telekommunikationspolitik, S. 600 f.; *ders.*, Der Staat 22 (1983), S. 347 (363, 367 f.); *ders.*, NJW 1983, 1832 (1835); *Starck*, v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 5 Rn. 59, 102; *Jarass*, in: *ders./Pieroth*, GG, Art. 5 Rn. 36; *ders.*, Online-Dienste und Funktionsbereich des Zweiten Deutschen Fernsehens, S. 16 ff.; *Schemmer*, BeckOK GG, Stand 01.10.2011, Art. 5 Rn. 58, 67; *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*, GG, Art. 5 Rn. 91, 100. *Stern*, Staatsrecht IV/1, § 110, S. 1674 f.; *Papier/Schröder*, Rechtsgutachten, S. 22.

¹⁷² So von *Schemmer*, BeckOK GG, Art. 5 Rn. 67; *Stern*, Staatsrecht IV/1, S. 1674 f.; Im Bezug auf die Einordnung der Teletexte: *Scherer*, Der Staat 22 (1983), S. 347 (363, 367 f.).

¹⁷³ *Bullinger/Mestmäcker*, Multimediadienste, S. 62; wohl auch *Degenhart*, BK-GG, Art. 5 Abs. 1, Rn. 375 ff.; *Rath-Glawatz*, FS Samwer, S. 163 (181).

kategorisch ausgeschlossen.¹⁷⁴ Wie diese neuen Dienste in den Kontext der Kommunikationsfreiheiten einzuordnen sind, bleibt jedoch ungeklärt.

Zu Recht haben sich daher Stimmen in der Literatur erhoben, die mit dem Aufkommen neuer Medien die eingesetzte Übertragungstechnik als ungeeignetes Kriterium zur Abgrenzung zwischen der Rundfunk- und der Pressefreiheit sehen.¹⁷⁵ Stattdessen wird auf die besondere Suggestivkraft des Rundfunks als das Abgrenzungsmerkmal verwiesen.¹⁷⁶ Nur der Rundfunk vermag nämlich durch Ton- und Bewegtbildsendungen den Anschein hoher Authentizität zu verleihen.¹⁷⁷ Die Besonderheit der Presse ist dagegen ihr Charakteristikum als Text- und Lesemedium.¹⁷⁸ „Eine Fixierung auf (ausschließlich) materialisierte Kommunikationsinhalte entspricht nicht mehr dem dynamischen Charakter des Grundrechts der Pressefreiheit.“¹⁷⁹ Daher wird zu Recht suggeriert, in der sinnlichen Wahrnehmungsform des Lesens das primäre Merkmal der Presse zu sehen.¹⁸⁰ Dieser Ansatz erweitert also den Wirkungsbereich der Presse auf das Internet und eröffnet somit den Schutzbereich der Pressefreiheit im Internet.

Die Begrenzung des Funktionsauftrages der öffentlich-rechtlichen Onlineangebote hinsichtlich der presseähnlichen nichtsendungsbezogenen Angebote ist vor allem aufgrund der kritischen Wettbewerbsstellung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks notwendig.¹⁸¹ In der amtlichen Begründung zum 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag wird daher betont, dass

¹⁷⁴ So ausdrücklich *Rath-Glawatz*, FS Samwer, S. 163 (181), der eine Loslösung von den Denkschemata des Rundfunkrechts fordert; ähnlich *König*, Die Teletexte, S. 132, 173. *Papier/Schröder*, Rechtsgutachten, S. 23 versagen der Onlinepresse ihre verfassungsrechtliche Existenzberechtigung als Presse i.S.d. Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG.

¹⁷⁵ So vor allem *Gersdorf*, Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff, S. 143 ff.; *König*, Die Teletexte, S. 122 f.; siehe noch *Bronsema*, Medienspezifischer Grundrechtsschutz der elektronischen Presse, S. 52 ff.; *Bullinger*, AfP 1996, 1 (3). Kritisch zum Kriterium des verfassungsrechtlichen Pressebegriffs der Körperlichkeit in Zeiten des Internet, *Jäkel*, AfP 2012, 224 (228).

¹⁷⁶ So *Gersdorf*, Regelungskompetenzen, S. 55; *ders.*, AfP 2010, 421 (424 f.). Zur Begründung der suggestiven Wirkung des Rundfunks siehe bereits oben unter Kap.3.B.II.1.

¹⁷⁷ So BVerfGE 97, 228 (256); 119, 1 (215).

¹⁷⁸ *Gersdorf*, AfP 2010, 421 (432). Vgl. *Bullinger/Mestmäcker*, Multimediadienste, S. 63.

¹⁷⁹ *Gersdorf*, AfP 2010, 421 (423); *Gerhardt*, AfP 2010, 16 ff; für einen technologieneutralen Pressebegriff *Fiedler*, AfP 2011, 15 ff.

¹⁸⁰ *Rahvar*, Die Zukunft des deutschen Presserechts, S. 231 f.

¹⁸¹ So auch *Gersdorf*, K&R 2012, 94 (97); *ders.*, Legitimation und Limitierung von Onlineangeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, S. 58 f.; *Weberling*, AfP 2008, 445 (451).

„nicht anders als bisher für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkprogramme gefordert, sich auch die öffentlich-rechtlichen Telemedien auf der Grundlage ihres staatsvertraglichen Auftrags von kommerziellen Angeboten unterscheiden müssen, die nicht nur von privaten Rundfunkveranstaltern, sondern auch einer Vielzahl weiterer Marktakteure über das Internet zur Verfügung gestellt werden.“¹⁸²

Das indiziert nochmals den Willen des Gesetzgebers, die Onlineangebote der Presse nicht in ein Konkurrenzverhältnis mit den öffentlich-rechtlichen Onlineangeboten bringen zu wollen.¹⁸³ Aus diesen Gründen ist das Verbot presseähnlicher nichtsendungsbezogener Telemedien des § 11d Abs. 2 Nr. 3 RStV notwendig¹⁸⁴, gar verfassungsrechtlich geboten, da es ansonsten zu einem nicht zu rechtfertigenden Konkurrenzverhältnis zur Presse käme, die ihren Schutz in Art. 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 GG findet.¹⁸⁵

Für die vorliegende Untersuchung folgt daraus zugleich, dass Onlinepresse keinen Rundfunk darstellt, sondern nach modernem Verständnis unter den verfassungsrechtlichen Pressebegriff fällt.

Insofern überzeugt es nicht, wenn ein Teil der Literatur die nichtsendungsbezogenen presseähnlichen Onlineangebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks verfassungsrechtlich dennoch als zulässig ansieht.¹⁸⁶ Diese Ansicht erweitert den klassischen Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auf Onlinetextangebote, weil „eine umfassende Internetberichterstattung mittlerweile zu den verfassungsrechtlich gebotenen Mindestaufgaben der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten“¹⁸⁷ gehöre. Die verfassungsrechtliche Entwicklungsgarantie des Rundfunks als Kern der Rundfunkfreiheit gebiete solche Aufga-

¹⁸² Amtliche Begründung zum 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag, S. 16 (abrufbar unter http://www.rlp.de/fileadmin/staatskanzlei/rlp.de/downloads/medien/begruendung_12_rundfunkaenderungsstaaatsvertrag.pdf, zuletzt abgerufen am 21.09.13).

¹⁸³ So auch LG Köln ZUM RD 2012, 613 (617).

¹⁸⁴ So scheinbar auch *Papier/Schröder*, Rechtsgutachten, S. 24, die zwar den wettbewerbsrechtlich begründeten Hintergrund dieser Vorschrift bestätigen, sodann aber ihr die Verfassungswidrigkeit vorwerfen.

¹⁸⁵ Ähnlich *Held*, S. 324.

¹⁸⁶ *Hahn*, ZRP 2008, 217 (219); *Papier/Schröder*, Rechtsgutachten, S. 24 ff.

¹⁸⁷ *Papier/Schröder*, Rechtsgutachten, S. 26.

benerweiterung.¹⁸⁸ Verkannt wird aber, dass die Entwicklung des Rundfunks durch die Nutzung des Internets bereits hinreichend gesichert wird, da der Rundfunk sich auch des Internet zur Übertragung und Verbreitung seines Programms bedienen darf. Diese zusätzliche Übertragungsform ist inzwischen selbstverständlich und wird dem Rundfunk in keiner Weise versagt. Die Einwände, der Rundfunk habe die Vielfalt im Bereich von Onlinetextangeboten zu garantieren, lassen sich durch die umfangreiche Präsenz von Onlinediensten der Zeitungen und Zeitschriften entkräften.¹⁸⁹ Ihre Entwicklung sollte im Sinne pluralistischer Internetlandschaft nicht gebremst und sich schutzlos überlassen werden. Die Inhalte öffentlich-rechtlicher Onlineangebote müssten einen „besonderen kommunikativen Mehrwert“ erweisen, damit ihr Gebühren- bzw. Beitragsprivileg gerechtfertigt erscheint.¹⁹⁰ Dieser „Mehrwert“ ist bei presseartigen Onlinediensten nicht zu erkennen. Auf diese Weise wird die Institutsgarantie der Presse gewahrt¹⁹¹, die ansonsten durch die ihr gleichenden öffentlich-rechtlichen Angebote gefährdet wäre.

Daher bleibt festzuhalten, „dass Telemedien dann presseähnlich sind, wenn sie (überwiegend) Texte, Grafiken oder (stehende) Bilder enthalten und damit – ebenso wie die klassische Presse – Züge eines Lesemediums tragen“.¹⁹²

Dieses verfassungsrechtliche Verständnis von nichtsendungsbezogenen presseähnlichen Onlineangeboten deckt sich mit den Aussagen des Bundesverfassungsgerichts zu den Grundversorgungsfragen im Bezug auf Teletexte¹⁹³, wonach „sich die Entwicklungsgarantie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks allein auf Audio- und Videobeiträge, nicht aber

¹⁸⁸ *Papier/Schröder*, Rechtsgutachten, S. 20 ff. und 24 ff. Das allerdings nur soweit es die Rundfunkfreiheit gebietet: *Castendyk*, AfP 2008, 467 (473).

¹⁸⁹ So *Gersdorf*, AfP 2010, 421 (429 f.); siehe auch *Hain*, Die zeitlichen und inhaltlichen Einschränkungen der Telemedienangebote, S. 108, der zumindest die umfangreiche Präsenz bestätigt; *Müller-Terpitz*, AfP 2008, 335 (340 f.).

¹⁹⁰ *Gersdorf*, Legitimation und Limitierung von Onlineangeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, S. 59, der darauf hinweist, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk erst dann einzuschalten ist, wenn ein Vielfaltsdefizit auf dem Kommunikationsmarkt nachweisbar ist und dass bis zu diesem Zeitpunkt es Sache ‚der selbstorganisierter und selbstbestimmt agierender Medien(-unternehmen)‘ ist, Beiträge zur publizistischen Vielfalt zu leisten, siehe dazu *ebd.*, S. 119. Zur Erbringung von Onlinediensten durch öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstaltung zwecks Schließung der Defizite kommerzieller Angebote siehe bei *Held*, S. 206 ff.

¹⁹¹ Zur Institutsgarantie des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG siehe *Kloepfer/Kutzbach*, AfP 1999, 1 (3 f.).

¹⁹² *Gersdorf*, AfP 2010, 421 (434). Ähnlich *Hain*, Die zeitlichen und inhaltlichen Einschränkungen der Telemedienangebote, S. 105, kritisch hierzu *Ory*, AfP 2010, 20 (22 f.).

¹⁹³ BVerfGE 74, 297 (352).

auf Textangebote erstreckt¹⁹⁴. Den Rundfunkveranstaltern (zumindest den öffentlich-rechtlichen) wird damit durchaus die Nutzung von Onlinediensten sowie von Audio- bzw. Videobeiträgen zugestanden, allerdings nur solange ein Sendungsbezug nachweisbar ist.¹⁹⁵

Abschließend ist daher festzuhalten, dass nichtsendungsbezogene presseähnliche Telemédien, also digitale Textangebote, die Züge eines Lesemediums aufweisen, nicht per se zum verfassungsrechtlichen Funktionsauftrag des Rundfunks gehören. Nur wenn sie im Vergleich zu den Angeboten Privater einen quantitativen oder qualitativen Mehrwert aufweisen, sind gebühren- bzw. beitragsfinanzierte Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zulässig.¹⁹⁶ Dem Rundfunk wird auf diese Weise ein hinreichend konkreter Rahmen zur staatsvertrags- und verfassungskonformen Onlineaktivität vorgegeben, der den Rundfunkveranstaltern genügend Raum für Programmgestaltung zugesteht. So werden sowohl die linearen als auch die nicht-linearen Onlinedienste des Rundfunks als verfassungsrechtlicher Rundfunk erfasst. Der Pressebegriff wird an das digitale Zeitalter angepasst, modifiziert und ausreichend von ähnlichen Onlineangeboten des Rundfunks abgegrenzt. Mithilfe eines technologieneutralen Verständnisses der Medien lässt sich die Onlinepresse interessengerecht einordnen. Daraus folgt, dass nicht mehr auf die veralteten Abgrenzungskriterien abgestellt werden darf. Mit Blick auf die Medienkonvergenz müssen technologieneutrale¹⁹⁷ Betrachtungsweisen den Vorrang bei der Schutzbereichsbestimmung finden.¹⁹⁸ So sollten allen bisher bekannten Medien neue Übertragungsformen zugestanden werden, anstatt ihnen den Grundrechtsschutz zu versagen.

3. Zwischenergebnis

Folglich müssen Onlinedienste der Presse den grundrechtlichen Schutz der Pressefreiheit erfahren. Es ist nicht nachvollziehbar, im Falle gedruckter Presse die Pressefreiheit, im Falle einer Distribution über das Internet trotz des gleichen Inhalts und Urhebers aber den

¹⁹⁴ So *Gersdorf*, AfP 2010, 421 (427).

¹⁹⁵ Dieser Ansicht *Grzeszick*, NVwZ 2008, 608 (611). *Gersdorf*, AfP 2010, 421 (429) macht auf die Notwendigkeit „entsprechender vielfaltbezogener Funktionsdefizite privater Medien(-unternehmen)“ aufmerksam, die vorliegen müssten, um die Onlinetätigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu rechtfertigen.

¹⁹⁶ *Gersdorf*, K&R 2012, 94 (98).

¹⁹⁷ Zur Technologieneutralität der Presse siehe ausführlich *Fiedler*, AfP 2011, 15 ff.

¹⁹⁸ Dazu bspw. *Rossen-Stadtfeld*, ZUM 2000, 36 (38).

Schutzbereich der Rundfunkfreiheit zur Anwendung kommen zu lassen. Schließlich löste es zwei unterschiedliche Reglementierungsrahmen für gleiche Sachverhalte aus. Zwecks „der Erhaltung publizistischer Wirkungsmöglichkeiten der Presse ist deren Anpassung an Änderungen im Mediennutzungsverhalten“¹⁹⁹ zu gewähren, indem ihnen die uneingeschränkte Internetnutzung zugestanden wird.²⁰⁰ Ansonsten käme die Presse im Internet nicht zum Zuge. Das würde ihre Handlungsoptionen drastisch abschneiden, insbesondere wenn sie in ein Konkurrenzverhältnis zu den gebührenfinanzierten nichtsendungsbezogenen Onlinediensten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gestellt wird.²⁰¹ Gleiches gilt für die ausschließliche Onlinepresse; anderenfalls würde eine dynamische, zeitgemäße Entwicklung der Presse gebremst.

Für die Abgrenzung zwischen Onlinetextangeboten des Rundfunks und der Presse ergibt sich daraus, dass es auf die Aufmachung „der journalistisch-redaktionell gestalteten Angebote, die aus Texten, Grafiken und Bildern bestehen“, ankommt und sie nur dann nicht öffentlich-rechtlichen Rundfunk darstellen, wenn sie Züge eines Lesemediums und keinerlei Sendungsbezug aufweisen.²⁰² Denn das Charakteristikum als Lesemedium ist der Kern der Pressefreiheit, deren Bestandsgarantie der Verfassungsgeber schützen wollte.²⁰³

IV. Many-to-Many-Kommunikation

Den lückenlosen Schutz neuer Medien schließt die Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG ab, die auch die Many-to-Many-Kommunikation erfasst.

¹⁹⁹ Degenhart, BK-GG, Art. 5 Abs.1, Rn. 478.

²⁰⁰ Wenn man bedenkt, dass das Internet die klassischen Medien zunehmend verdrängt, ist es angebracht für Zwecke der Wahrung des Instituts der Presse, besondere Schutzmechanismen zumindest für die Onlineangebote der Presse zu etablieren. Dazu die empirischen Untersuchungen bei Ecke, Relevanz der Medien für die Meinungsbildung, S. 20, wo die Verdrängungstendenz des Internet deutlich wird.

²⁰¹ Wird dem Institut der Presse auf diese Weise der Schutzbereich „gekürzt“ so sollte es nicht überraschen, wenn die Presseverleger auf bspw. die gesetzliche Festschreibung sog. Leistungsschutzrechte einfordern. Dazu siehe bspw. *Der Spiegel*, Online-Petition gegen Leistungsschutzrecht vor dem Scheitern vom 10.10.2012, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/online-petition-gegenleistungsschutzrecht-gescheitert-a-860132.html>. Siehe Klickermann, MMR 2008, 793 ff.

²⁰² So zu Recht Gersdorf, AfP 2010, 421 (433).

²⁰³ So BVerfGE 20, 162 (175 f.), hier betont das Gericht, dass es „eine Pflicht des Staates ist, Gefahren abzuwehren, die einem freien Pressewesen aus der Bildung von Meinungsmonopolen erwachsen könnten“.

Zwar sprechen die Verfechter der „Rundfunktheorie“ nahezu allen Onlinediensten eine ausgesprochen hohe meinungsbildende Relevanz zu, die der den verfassungsrechtlichen Rundfunk charakterisierenden Suggestivkraft nahe kommt²⁰⁴ und eine Einordnung unter die Rundfunkfreiheit plausibel macht. Die Verfechter der „Internetdienstefreiheit“ hingegen sehen in diesen Diensten eine neue Form der Massenmedien, die das Grundgesetz bisher nicht vorsah und deshalb ein neues Grundrecht der Internetdienstefreiheit erforderlich macht.²⁰⁵ Mangels einer planwidrigen Regelungslücke und aufgrund der Notwendigkeit differenzierter Betrachtung von Onlinediensten im Lichte der kommunikationsrelevanten Grundrechte sind solche Ausweitungen der Kommunikationsgrundrechte nicht geboten.

Das Grundgesetz – hier vor allem die Kommunikationsfreiheiten – ist für diese neuen massenmedialen Kommunikationsformen offen. Bei genauerer Betrachtung stellt die Many-to-Many-Kommunikation nämlich keine neuartige Kommunikationsform dar, die sich einer Einordnung ins Grundgesetz entzöge. Es handelt sich hierbei um nichts anderes als ein Zusammenwirken von einzelnen Kommunikationsgrundrechten, die jeweils einzeln zu identifizieren und anschließend zu bewerten sind. Für diese Dienste drängt sich ein Vergleich mit der Speakers’ Corner des Hyde Park in London auf²⁰⁶, die Gelegenheiten für Meinungsaustausch bietet und einem großen Publikum offensteht. Onlineäquivalente dafür sind etwa Blogs, deren Beiträge kommentiert werden und damit Diskussionen ermöglichen können.²⁰⁷ Nichts anderes bietet die Kommunikation über Facebook, mit der Besonderheit, dass massen- und individalkommunikative Aktivitäten aufeinander treffen. Auf der einen Seite ist die Individualkommunikation durch die Nutzung von Nachrichten möglich. Diese Individualkommunikation unterscheidet sich nicht von den traditionellen Diensten wie E-Mails- und Briefeschreiben oder Telefonieren. Die Facebook-Nutzer können aber zudem Informationen „teilen“. Dadurch können andere Nutzer diese Information sehen, kommentieren und sogar selbst beliebig weitergeben. Auf diese Weise erreichen Informationen einen noch größeren Adressatenkreis und werden zu Diskussionsforen. Die Weiterverbrei-

²⁰⁴ Zu der meinungsbildenden Macht solcher Dienste, insbesondere der bisher kaum betrachteten Blogs siehe *Schulz/Dreyer/Hagemäier*, S. 24 f. Die Autoren betonen die Meinungsführerschaft der sog. Social Broadcaster. In der Tat nimmt die Anzahl und der Einflusspotential der „Blogger“ zu, was inzwischen auch Werbetreibende erkannt und für ihre Produkte zu nutzen gelernt haben.

²⁰⁵ Siehe bereits oben die Ausführungen zur Internetdienstefreiheit unter Kap.3.B.I.

²⁰⁶ So auch schon *Koreng*, *Zensur im Internet*, S. 47 ff.; *Martini*, *VerwArch* 2011, 315 (326).

²⁰⁷ Siehe z.B. bei verfassungsblog.de.

tung durch gegenseitiges „Teilen“ ist nahezu unbegrenzt möglich, mit der Folge, dass die Information im Ergebnis an einen unbestimmten Personenkreis verbreitet wird. Nichts wesentlich anderes machen die Sprecher im Hyde Park in London, wenn sie ihre Meinung mitteilen. Diese Many-to-Many-Kommunikationsformen sind nichts anderes als eine Kumulation von Meinungsäußerungen:

„Stellen wir uns ein elektronisches Diskussionsforum vor, an dem Tausende von unsichtbaren Personen mit Hunderttausenden von sichtbaren Beiträgen teilnehmen. Die Diskussionsbeiträge sind nicht an bestimmte Personen gerichtet, sondern an eine anonyme Öffentlichkeit. Wer sich an der Diskussion beteiligen will, bezieht sich nicht auf Personen, sondern auf Beiträge. Um der Diskussion zu folgen, muss man den Mitteilungen folgen und nicht den Akteuren. Das gilt für den beobachtenden Teilnehmer ebenso, wie für die nichtteilnehmende Beobachterin.“²⁰⁸

Die Innovation der netzgestützten Kommunikation ist der Übergang vom passiven Rezipienten zum interaktiven Nutzer.²⁰⁹ Eine solche Interaktivität zwischen Nutzern ist als ein Kommunikationsvorgang von dem Grundrecht auf freie Meinungsäußerung des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG erfasst.²¹⁰

Gleich ob Facebook-Nutzer oder ein Sprecher im Park – beide geben ihre Ansichten preis und gebrauchen ihr verfassungsgegebenes Recht auf freie Meinungsäußerung und Meinungsverbreitung gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG.

V. Individualkommunikative Onlinedienste

Die größten Einordnungsschwierigkeiten verursachen damit die Abgrenzung zwischen Rundfunk- und Presseonlinediensten sowie die Many-to-Many-Kommunikationsdienste. Die Vorgehensweise bei der Bestimmung der anzuwendenden Pressefreiheit kann im Üb-

²⁰⁸ Malsch, in: Thiedeke (Hrsg.), *Soziologie des Cyberspace – Medien, Strukturen und Semantiken*, S. 97 (99).

²⁰⁹ Eben so Höflich, S. 94 f. In diesem Sinne auch Eifert, *NVwZ* 2008, 521.

²¹⁰ Zu den verschiedenen Theorien über die Dimensionen der Interaktivität siehe *Severin/Tankard, Communication Theories*, Kap. 17, S. 370 f.; *O'Reilly, What is Web 2.0*.

rigen auf die Schutzgüter der Filmfreiheit übertragen werden und bereitet keine vergleichbaren Probleme.

Andere Onlinedienste, die die Schwelle zu den Medienfreiheiten nicht erreichen, sind als Informationsdienste zu qualifizieren.²¹¹ Sie werden daher grundsätzlich durch die grundrechtliche Informationsfreiheit geschützt. Stellt dieser Dienst zudem die Möglichkeit für die Rezipienten zur Verfügung, sich daraufhin beteiligen zu können (Stichwort: Interaktivität), so werden ihre Internetaktivitäten alternativ von der Meinungsfreiheit geschützt.²¹²

Im Übrigen kommen je nach Schutzzweck die Grundrechte wie das Fernmeldegeheimnis und das allgemeine Persönlichkeitsrecht zum Zuge. Hierbei kommt es weniger auf die Kommunikationsform des Dienstes an als vielmehr auf den Zeitpunkt und die Intensität des Eingriffs in ihrem Übertragungsprozess. Inwieweit das für das neutrale Netz von Relevanz ist, soll im nachfolgenden Kapitel verdeutlicht werden.

D. Vielfalt der internetkommunikationsrelevanten Schutzbereiche

Es ist nicht sachgerecht, das Internet als solches unter einen grundrechtlichen Schutzbereich zu subsumieren. Das Internet ist eine neue Übertragungsform und die auf ihn aufbauenden Sachverhalte unterfallen dem Schutz unterschiedlicher, dem Lebenssachverhalt jeweils entsprechenden Grundrechten. Das Internet ist ein Oberbegriff für eine Vielzahl an Onlinediensten, die sich des Internet zu ihrer Übertragung bedienen. Zielführend erscheint daher vielmehr, die zu untersuchenden Onlinedienste einzeln nach ihren spezifischen Eigenschaften unter die Schutzbereiche der einzelnen Grundrechte zu subsumieren. Dafür bedarf es einer differenzierten Betrachtung der jeweiligen Onlinedienste nach ihren Eigenschaften. Insbesondere ist zwischen den massen- und den individuumkommunikativen Onli-

²¹¹ Ausgenommen seien hier die sonstigen, kommerziellen Onlinedienste. Ein häufiger Fall solcher Onlinedienste sind bspw. die sog. Onlineshops, die vermehrt im Internet erscheinen, wenn nicht sogar teilweise den klassischen Einkauf im Laden verdrängen. Da sie keinen kommunikativen Mehrwert aufweisen, sind sie bei der vorliegenden Untersuchung außer Betracht zu lassen. Sie stellen allerdings ein gutes Beispiel dafür dar, dass bisher „analoge“ Lebenssachverhalte, die nun im Internet vertreten sind, trotz ihrer Digitalität grundrechtlich nicht anders zu behandeln sind als ihre analogen Entsprechungen. Denn es ist unerheblich, ob ein Grundrechtsberechtigter seine Ware im Laden oder im Onlineshop erwirbt oder vertreibt; es ist stets das gleiche Grundrecht, das ihn gegen Eingriffe durch den Staat schützt (so z.B. die allgemeine Handlungsfreiheit, die Berufsfreiheit oder die Eigentumsfreiheit).

²¹² Wie diese Einordnung in der Folge praktisch zu handhaben ist, siehe die Ausführungen unter Kap.4.A.III. Ähnlich *Ricker*, NJW 1997, 3199 (3201); *Scherer*, NJW 1983, 1832 (1834).

nediensten zu unterscheiden. Dass dabei der Versuch, die Onlinedienste gleichsam in das Korsett der Rundfunkfreiheit zu pressen, entbehrlich ist, hat die Betrachtung von Onlinediensten im Lichte der Rundfunkfreiheit gezeigt. Vor allem dürfte die Annahme aus dem widerlegt worden sein, dass Onlinedienste als solche als Rundfunk zu begreifen wären. Es existiert zwar eine Vielzahl an Onlinediensten, die verfassungsrechtlichen Rundfunk darstellen. Eine darüber hinausgehende Zuordnung zum Rundfunk ist aufgrund der vorhandenen anderen kommunikationsrelevanten Grundrechte unnötig.

Innerhalb der Systematik der Kommunikationsfreiheiten aus Art. 5 Abs. 1 GG ist strenggenommen auf die Zahl der an der Kommunikation Partizipierenden sowie auf das Kommunikat als dritte „Säule“ des Kommunikationsvorgangs bei der Ermittlung der einschlägigen Kommunikationsfreiheit für den in Frage stehenden Onlinedienst abzustellen, um die einzelnen Grundrechte voneinander zu unterscheiden.²¹³ Für alle Dienste zur Mediennutzung können ausschließlich die Medienfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG in Betracht kommen. Innerhalb dieser gilt, dass Dienste des Rundfunks, die über das Internet vermittelt werden, sowie ihre Annexdienste verfassungsrechtlichen Rundfunk darstellen. Dienste von privaten Dritten, die tatbestandlich Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG entsprechen, d.h. über eine ausgesprochene Meinungsbildungsrelevanz verfügen und auf der Grundlage eines planhaft ablaufendes Programms in Ton- oder Bewegtbild gesendet werden, unterfallen ebenfalls dem verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff. Erst wenn sie Züge eines Lesemedium aufweisen, gewährleistet die Pressefreiheit deren akkuraten Grundrechtsschutz. Fällt ein Onlinedienst unter keine der Medienfreiheiten, wird er im Zweifel von der Meinungsäußerungsfreiheit aufgefangen. Im Übrigen sind alle anderen Dienste, d.h. Dienste der interpersonalen Kommunikation, der Informationsfreiheit, dem Fernmeldegeheimnis, der informationellen Selbstbestimmung oder der allgemeinen Handlungsfreiheit zuzuordnen.

Diese anhand dieses Rasters herausgearbeiteten, alle kommunikationsrelevanten Onlinedienste umfassenden Grundrechte werden nun im nächsten Schritt auf ihre die Netzneutralität gewährleistende Eigenschaft untersucht.

²¹³ Zu den Bestandteilen der Kommunikation siehe bereits oben Kap. 2.

Kapitel 4: Grundrechtlicher Gefährdungstatbestand: Netzneutrale Kommunikation im Internet

Wer mit guten Gründen ein „Internet-Grundrecht“ ablehnt, muss bei der Suche nach einem grundrechtlichen Gebot der Netzneutralität eine differenzierte Betrachtung vornehmen. Es wurde gezeigt, dass die Grundrechte in ihrer „Zerklüftetheit“ immer nur partielle Bereiche des Internet auffangen¹. Bei der Suche nach einem Schutzbereich, der einen freien Transport von und den Zugang zu Daten gewährleistet, ist wegen der Diversität der Onlinedienste und nicht zuletzt aufgrund „der vielfältigen Aspekte der Zugangsfreiheit eine Monopolisierung ihres Schutzes durch ein einziges Grundrecht“ nicht angebracht.²

Art. 5 Abs. 1 GG, der die Kommunikationsfreiheiten formuliert, entfaltet seinen Schutz jedenfalls gegenüber bereits bestehenden Kommunikationsprozessen. Ein Schutzbereich, dem eine Maxime des freien Transports von und Zugangs zu Daten auf den ersten Blick immanent wäre, ist den Grundrechten zumindest nicht direkt zu entnehmen, obwohl der Informationszugang eine Grundlage aller Kommunikationsprozesse darstellt. Mangels eines spezifischen Grundrechts, das Onlinedienste umfasst³, müssen die grundrechtlichen Schutzbereiche im Einzelnen auf den Schutz neutralen Netzes untersucht werden. Die hier vertretene und zu belegende These lautet, dass den kommunikationsrelevanten Grundrechten ein Transportschutz von und Zugangsschutz zu Daten im Internet zu entnehmen ist. Ein neutrales Netz stellt deshalb ein grundrechtliches Rechtsgut dar.

Teile der Literatur lehnen zwar eine Grundrechtswirkung auf die netzneutralitätswidrigen Praktiken ab. So wurde insbesondere Art. 5 Abs. 1 GG für nicht einschlägig erachtet, da Fragen der Netzneutralität allein den Transport von Daten im Internet betreffen; Art. 5 Abs. 1 GG schütze hingegen ausschließlich die Inhalte, deren Kontrolle die Netzbetreiber wiederum gar nicht für sich beanspruchten.⁴ Dies überzeugt freilich nicht: Die

¹ Siehe oben, Kap.3; so auch schon v. *Lewinski*, RW 2011, 70 (87).

² In diesem Sinne schon *Kloepfer* in: Prütting (Hrsg.), Probleme des Zugangs, S. 7 (8). Das gilt auch für die Untersuchung des Zugangs zu Daten und was für den Zugang gilt, gilt gleichermaßen für den Transport von Informationen. Anders die neueren Bemühungen um eine sog. Internetdienstefreiheit, hierzu siehe Kap.3.B.I.

³ So bereits oben, Kap.3.

⁴ So *Koenig/Fechtner*, K&R 2011, 73 (75 f.).

Kommunikationsgrundrechte und vor allem Art. 5 Abs. 1 GG schützen zwangsläufig auch die (insbesondere technischen) Übermittlung von Daten, da solche Verhaltensweisen typischerweise relevante Auswirkungen auf die Meinungsbildung nach sich ziehen können. Insbesondere im Kontext der Netzneutralität stellt sich die Frage, ob eine freie Kommunikation im Internet als Grundlage einer demokratischen Informationsgesellschaft ohne die diskriminierungsfreie Übermittlung von Daten überhaupt zustande käme.

Dass aber den Gewährleistungsgehalten der kommunikationsrelevanten Grundrechte ein Gebot des neutralen Netzes entnommen werden kann, bedarf der näheren Begründung. Dabei ist zwischen dem Transport von und dem Zugang zu Daten zu unterscheiden, da die Definition Netzneutralität als die diskriminierungsfreie Übermittlung sowohl den Transport von als auch den Zugang zu Daten beinhaltet. Während ersteres ein Recht der Absender ist, dient der Zugang zu Daten dem Adressaten.

A. Gefährdung des Transports von Daten im Internet

Die Netzneutralität zielt auf die Abwehr von Gefährdungen des Transports von Daten im Internet.⁵ Eine Gefährdung des Transports von Daten im Internet hat zur Folge, dass die Nutzung von Diensten der Mediennutzung nicht möglich wird. Ihr Schutz würde in der Folge obsolet werden. Damit zielt der Transport von Daten als Schutzgut der Netzneutralität darauf, die Medien an ihre potenziellen Adressaten zu bringen und also den Bestand dieses Rechtsguts zu gewährleisten.

I. Transport von Rundfunkinhalten im Internet

Da Inhalte des Rundfunks auch über das Internet angeboten werden, können die Rundfunkonlinedienste ebenso von netzneutralitätswidrigen Praktiken beeinträchtigt werden.⁶ Der Rundfunk als Pionier der Massenkommunikation ist das augenfälligste Objekt einer Gefährdung durch einen diskriminierenden Transport seiner Inhalte. Die davon Betroffenen sind vorrangig die Urheber bzw. Nutzer der Rundfunkinhalte, die diese an ein Publikum weiterzugeben angewiesen sind.

⁵ Dazu oben Kap.1.A.II.2.

⁶ Zu den konkreten Rundfunkonlinediensten siehe Kap.3.C.

Die Onlineangebote des Rundfunks, die über die Einrichtungen von Zugangsanbietern des Internet übertragen werden – z.B. das Angebot von Rundfunkinhalten auf Homepages oder in Mediatheken –, können einem erheblichen Einfluss auf den Transport und damit die Verbreitung von Rundfunkangeboten im Internet seitens der Zugangsanbieter ausgesetzt werden.⁷ Die Zugangsanbieter können etwa den Empfang eines Livestream-Angebots eines beliebigen Rundfunkveranstalters aus Gründen kurzfristiger Kapazitätsengpässe zum Zeitpunkt des Abrufs ohne weiteres behindern. Dann erfolgt die Übertragung zum gewünschten Zeitpunkt entweder gar nicht oder nur in minderer Qualität.⁸ Auf diese Weise kann ein Dienst für die Adressaten unattraktiv werden; im schlimmsten Fall verliert er sein Publikum. Es ist eine wesentliche Beeinträchtigung der Rundfunkanbieter selbst, deren Rundfunkinhalte gar nicht oder erheblich verlangsamt zum Rezipienten transportiert werden.

Die Rundfunkfreiheit ist – wie alle Medienfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG – ausschließlich ein Recht der Kommunikatoren.⁹ Sie ist nicht an die Rundfunkempfänger adressiert, denen das Grundrecht der Informationsfreiheit zur Verfügung steht, da Rundfunk grundsätzlich eine Informationsquelle i.S.d. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG darstellt.¹⁰

⁷ Für die Verbreitung von Rundfunk kommen ansonsten beispielsweise in Betracht: terrestrische Frequenzen, Satelliten, Breitbandkabelnetze und nun die für das Internet genutzte Verbreitungswege. Siehe ausführlich dazu *Degenhart*, in: BK-GG, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 742 ff.

⁸ Man denke hier an den Fall in den USA als die Fernsehübertragung eines Konzerts der Gruppe Pearl Jam seitens der Telefongesellschaft AT&T in 2007 wegen einer Bush-Kritik zensiert wurde, hierzu bereits in der Einleitung C.I. Die beiden Fälle unterscheiden sich nur in dem konkreten Einfluss auf den Inhalt; während die AT&T konkret auf den Inhalt Einfluss genommen hat, ist im vorliegenden Fall nicht der Inhalt entscheidend, sondern bereits der Zugang. Das entscheidende ist aber, dass im Ergebnis beide Fälle einen Ausfall der Informationszufuhr zu Folge haben und die öffentliche Meinungsbildung beeinträchtigen.

⁹ Siehe z.B. *Hoffmann-Riem*, AK-GG, Art. 5, Rn. 131. Kritisch zur Vernachlässigung der individualrechtlichen Komponente der Rundfunkfreiheit und anderer Massenkommunikationsgrundrechte *Gersdorf*, *Legitimation und Limitierung von Onlineangeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks*, S. 52 ff.

¹⁰ So ausdrücklich BVerfG NJW 1990, 311, dazu siehe *Goerlich/Radeck*, NJW 1990, 302 ff.; *Hoffmann-Riem*, AK-GG, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 131. A.A. *Marko*, *Subjektive öffentliche Rechte auf Rundfunkveranstaltung und Rundfunkempfang?*, S. 63; *Gornig*, *Äußerungsfreiheit und Informationsfreiheit als Menschenrechte*, S. 562 sowie im Zusammenhang mit dem Zensurverbot auf die Informationsfreiheit des Rezipienten verweisend *Herrmann*, *Fernsehen und Hörfunk in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland*, S. 166 f.

Bisherige wissenschaftliche Untersuchungen konzentrierten sich auf die Probleme der Zugangseröffnung zu den Einrichtungen für neue Rundfunkveranstalter.¹¹ Das Zeitalter der digitalen Kommunikation birgt indes neue, davon abzugrenzende Probleme für den Rundfunk – etwa die Frage nach der Behandlung von Transportbeeinträchtigungen von Rundfunkinhalten im Internet seitens privater Dritter. Der Rundfunk als Institution wird schließlich gefährdet, wenn Dritte die Verbreitung seiner Inhalte behindern. Die Übermittlung der Rundfunkinhalte wird auf diese Weise nicht nur verzögert, sondern im schlimmsten Fall gänzlich unmöglich gemacht.¹² Die Rundfunkinhalte werden in ihrem wesentlichen Ziel, nämlich einer Vielzahl von Rezipienten zuzugehen, beeinträchtigt.

Der Transport der Rundfunkinhalte an ihre Rezipienten ist notwendige Bedingung, ohne die der Schutz der Rundfunkfreiheit praktisch wertlos bliebe.¹³ So, wie die Ehe oder die Garantie des Erbrechts im Zivilrecht oder die Religion durch den Schutz der Sonn- und Feiertage als Ausfluss ihrer grundrechtlichen Gewährleistung ihre Verwirklichung nach außen erfahren, muss für den Rundfunk der Transport seiner Inhalte als notwendiger Schritt zu seiner grundrechtlichen Ausübung gewährleistet werden. Auf diese Weise werden sie als Institute gewährleistet und ihre Ausübung vor Beeinträchtigungen geschützt; die mit diesen Garantien ausgestattete Grundrechte gewinnen an effektiver Geltung.

Der Transport der Inhalte stellt eine solche tatbestandliche Voraussetzung dar, ohne die das Grundrecht leer liefe. Die Produktion von Rundfunkinhalten ist zwecklos, wenn ihre Distribution gänzlich verhindert oder zeitlich verzögert wird. Deshalb ist der Rundfunkanbieter als Adressat der Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG auf diskriminierungsfreien Transport seiner Inhalte zwingend angewiesen. Für den Rundfunk ist die Gewährleistung der Netzneutralität daher ein zentrales Anliegen, da ansonsten die Institution „Rundfunk“ im Internet gefährdet wäre. Ohne eine diskriminierungsfreie Verbreitung bzw.

¹¹ Hierzu siehe z.B. *Gersdorf*, in: Prütting, S. 29 ff.; *ders.*, Chancengleicher Zugang zum digitalen Fernsehen, S. 99 ff. und 130 ff.; *Sharma*, Der chancengleiche Zugang, S. 80 ff.

¹² Zwar existieren in der rechtswissenschaftlichen Literatur Abhandlungen zum Zugang zu den Übertragungswegen, so vor allem *Kloepfer*, in: Prütting, S. 7 (17 ff.) und etwas allgemeiner *ders./Kutzschbach*, AfP 1999, 1 (4). Diese Beiträge behandeln aber die Zugangsrechte der Rundfunkveranstalter zu den Vertriebs- und Verbreitungssystemen.

¹³ Dazu *Isensee*, HStR IX, § 190, Rn. 70 ff.

Distribution¹⁴ der Rundfunkinhalte ist die Ausübung der Rundfunkfreiheit zwecklos. Jede externe Einflussnahme auf die Veranstaltung von Rundfunk, die in seine publizistische Aufgabe eingreift, ist deshalb vom Gewährleistungsumfang der Rundfunkfreiheit als geschützt anzusehen.¹⁵ Das gilt ebenso für die Beschaffung und Aufbereitung der Inhalte sowie ihre Verbreitung.¹⁶ Die Gewährleistung der Verbreitung, also des Transports der Rundfunkinhalte stellt eine institutssichernde Voraussetzung der Rundfunkfreiheit dar, ohne deren Gewährleistung der Rundfunk keinen Bestand hätte; sie fällt daher in den vom Schutzbereich zu gewährleistenden Kern des Grundrechts. Die Praktiken von Zugangsanbietern, die gegen den Gedanken der Netzneutralität verstoßen, stellen eben solche Einflussnahmen auf die Veranstaltung von Rundfunk dar, wenn sie die Verbreitung der Rundfunkinhalte verhindern oder beschränken. Nur weil der Transport von Rundfunkinhalten geschützt wird, kann der Auftrag des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG – die Sicherstellung der privaten und öffentlichen Meinungsbildung – Bestand haben. Aus diesem Grund verletzen jegliche Manipulationen des Distributionsprozesses der Rundfunkonlineangebote seitens der Zugangsanbieter das Grundrecht der Rundfunkanbieter aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, wenn sie auf die Verbreitung von Rundfunkinhalten einwirken. Jede diskriminierende Einflussnahme auf den Transport von Rundfunkinhalten löst als netzneutralitätswidrige Praktik der Zugangsanbieter den Schutz der Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG aus.

II. Pressefreiheit

Gezielte Störungen des Übermittlungsprozesses seitens der Zugangsanbieter machen auch nicht vor netzgestützten Presseerzeugnissen halt. Vorstellbar sind vor allem Sachverhalte, in denen Zugangsanbieter aus wirtschaftlichen Gründen die Presseerzeugnisse von Konkurrenten bevorzugt an die Endkunden weiterleiten. Das ist etwa bei Betreibern von Suchmaschinen naheliegend. So ist grundsätzlich denkbar, dass ein Zugangs- oder Such-

¹⁴ Diese Phase des Massenkommunikationsprozesses so bezeichnend *Jarass*, Freiheit der Massenmedien, S. 34.

¹⁵ *Schemmer*, BeckOK GG, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 70 f.

¹⁶ BVerfGE 73, 118 (196 ff.). Zur Rundfunkfreiheit als Rundfunkverbreitungsfreiheit siehe *Degenhart*, in: BK-GG, Art. 5, Abs. 1 und 2, Rn. 742 ff.

maschinenanbieter aus vertraglichen Gründen die Presseerzeugnisse eines Presseerzeugers gegenüber solchen eines anderen Presseerzeugers priorisiert.¹⁷

Die Adressaten der Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG sind – ebenso wie bei der Rundfunkfreiheit – die Kommunikatoren, also die Pressebetreiber selbst. Aufgrund des Charakters der Presse als Massenmedium gilt auch hier, dass die Verbreitung bzw. Distribution von Presseerzeugnissen vom grundrechtlichen Schutz umfasst ist, da ansonsten die Pressefreiheit praktisch nie zur Anwendung käme.¹⁸ Nichts anderes hat für die Onlinepresse zu gelten.¹⁹ Wie bei der Rundfunkfreiheit schützt auch die Pressefreiheit vor netzneutralitätswidrigen Praktiken der Zugangsanbieter, anderenfalls würde der Distributionsprozess der Presse gestört und damit die Pressefreiheit gegenstandslos werden.

III. Meinungsfreiheit – Schutz der Many-to-Many-Kommunikation

Auch Kommunikationsformen, die den klassischen Medien wie Rundfunk, Presse und Film nicht unterfallen, aber ähnliche (massenkommunikative) Merkmale aufweisen, bedürfen eines neutralen Netzes. Gemeint ist vor allem die bereits erwähnte Kategorie der Many-to-Many-Kommunikation, deren Einordnung uneinheitlich versucht wird.²⁰ Das sind namentlich solche Kommunikationsformen, an denen gleich mehrere Personen sowohl als Kommunikator als auch als Rezipient teilnehmen können. Insbesondere die Verfechter der Internetdienstefreiheit bemängeln ihre Einordnungsmöglichkeit, sehen darin eine grundlegende Regelungslücke und begründen auf diese Weise die Notwendigkeit der neuen Internetdienstefreiheit.²¹ Hier ist an Dienste wie Facebook, Twitter und sonstige Plattfor-

¹⁷ Zu solchen Praktiken siehe z.B. Netzneutralität: Vorfahrt für Google-Dienste gegen Bezahlung? unter <http://www.heise.de/netze/meldung/Netzneutralitaet-Vorfahrt-fuer-Google-Dienste-gegen-Bezahlung-Update-1051319.html> (zuletzt abgerufen am 29.10.2013).

¹⁸ BVerfGE 10, 118 (121); im einzelnen kommt es für die Definition des Schutzbereichs darauf an, was die notwendige Bedingung des Funktionierens einer freien Presse ist, so BVerfGE 66, 116 (134). *Bullinger*, HStR VII, § 163, Rn. 13.

¹⁹ So bereits oben unter Kap.3.B.C.III.2. So auch *Fiedler*, AfP 2011, 15 (16), der von der technologieneutralen Presse spricht; *Gersdorf*, AfP 2010, 421 (426); *Kube*, HStR IV, § 91, Rn. 21; zwar zögerlich aber wohl auch *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 5, Rn. 101; siehe auch vgl. BGH NJW 2011, 2436.

²⁰ Hierzu bereits oben unter Kap.3.C.IV.

²¹ Siehe oben Kap.3.B.I. Dazu exemplarisch *Holzengel*, in: Becker/Weber (Hrsg.), Funktionsauftrag, Finanzierung, Strukturen, S. 163 (169 f.). Ähnlich schon früher *Mecklenburg*, ZUM 1997, 525 ff.

men zu denken, die jeglichen – der allgemeinen Öffentlichkeit zugänglichen – Gruppenpartizipationen ein Forum bieten.²²

Die Meinungsfreiheit ist auch die Freiheit der Urheber der jeweiligen Medien, also der Kommunikatoren.²³ Sie ist eine Freiheit des Kommunikators,²⁴ gekennzeichnet durch das Merkmal der Außengerichtetheit ihres Kommunikationsvorgangs (d.h. Meinungsäußerung, -verbreitung, -empfang),²⁵ mit dem Zweck, freie private und öffentliche Meinungsbildung zu gewährleisten.²⁶ Das Konkurrenzverhältnis zwischen den Medienfreiheiten und der Meinungsfreiheit ist zwar umstritten.²⁷ Da die Meinungsfreiheit den äußeren Kommunikationsvorgang (d.h. Meinungsäußerung, -verbreitung, -empfang) schützt und medienneutral²⁸ ist, fallen unter ihren Schutzbereich alle übrigen unbenannten Medien.²⁹ Da die Kommunikation häufig auf besondere Transportmittel für ihre Übermittlung angewiesen ist (so in Form von Trägermedien wie Briefe, Zeitungen, Telefon, Internet etc.), ist auch die Wahl des Transportmittels bzw. die Wahl der Einsatzmodalität von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützt.³⁰

Dieser Charakter der Meinungsfreiheit kommt dem Schutz des neutralen Netzes ebenfalls zugute, wie er im digitalen Zeitalter für den internetgestützten Meinungs Austausch, -empfang und -ausdruck notwendig ist. Auf dieser Grundlage fußt die Gewährleistung des Transports von Kommunikationsinhalten nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG. Nur durch die Gewährleistung der Übermittlung von meinungsrelevanten Informationen kann die geäußerte Meinung auch ihre Wirkung entfalten.³¹

²² Anderer Ansicht weil ausdrücklich den Medienfreiheiten zuordnend *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 5, Rn. 101.

²³ *Degenhart*, BK-GG, Art. 5 Abs. 1, Rn. 168 ff.; *Hoffmann-Riem*, AK-GG, Art. 5 Abs 1, 2, Rn. 16.

²⁴ Dazu vor allem *Hoffmann-Riem*, AK-GG, Art. 5 Abs 1, 2, Rn. 16.

²⁵ *Hoffmann-Riem*, AK-GG, Art. 5 Abs 1, 2, Rn. 16.

²⁶ *Degenhart*, BK-GG, Art. 5 Abs. 1, Rn. 87.

²⁷ Zum Verhältnis siehe exemplarisch *Degenhart*, BK-GG, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 30 ff.

²⁸ So *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Art. 5 Abs. 1, Rn. 93.

²⁹ *Hoffmann-Riem*, AK-GG, Art. 5 Abs 1, 2, Rn. 16.

³⁰ *Degenhart*, BK-GG, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 146; *Hoffmann-Riem*, AK-GG, Art. 5 Abs 1, 2, Rn. 26/27.

³¹ In diesem Sinne *Hufen*, Staatsrecht II, § 25, Rn. 10.

Für die Fälle der Netzneutralität folgt daraus, dass nicht nur für diejenigen Sachverhalte, die sich keiner der im Grundgesetz genannten Medien (Presse, Rundfunk, Film) zuordnen lassen, zumindest durch die Meinungsfreiheit Schutz erfahren.³² Darunter ist ebenfalls die Many-to-Many-Kommunikation subsumierbar, wenn man ihre einzelnen Elemente einzeln grundrechtlich bewertet.³³ Jedes beliebige Forum, an dem die Interaktion mehrerer möglich wird, ermöglicht Many-to-Many-Kommunikation. Jede Antwort und jeder Kommentar eines Nutzers ist eine Meinungskundgabe, gerichtet an jeden einzelnen teilnehmenden Nutzer, der seinerseits darauf eingehen kann. Bei genauerer Betrachtung handelt es sich also um eine typische Kommunikationsform: die Konversation. Ähnliche kommunikative Verflechtungen sind seit langem vorhanden, etwa in Form der Speakers' Corner des Hyde Park in London.³⁴ Auch hierbei ist jede einzelne Meinungsäußerung und -erwiderung eine Meinungsäußerung im Sinne des Art. 5 Abs.1 S. 1 GG.

Wenn also die Inhalte einer Homepage, die für die Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt wurden³⁵, von der Verbreitung ausgeschlossen oder auf andere Art benachteiligt (verspätet oder posteriorisiert weitergeleitet) werden, so verletzt diese Handlung jedenfalls die Meinungsfreiheit des Kommunikators.³⁶ Denn wie bereits für die Rundfunk- und Pressefreiheit ist auch die Meinungsfreiheit darauf angewiesen, dass die Zugänglichkeit der ihr zugrunde liegenden Inhalte gewährleistet ist. Deshalb kann sich Äußernde auf den Schutz der Meinungsfreiheit berufen,³⁷ da anderenfalls der Schutz des Grundrechts leer liefe.

³² So im Allgemeinen *Degenhart*, BK-GG, Art. 5 Abs. 1, Rn. 30 und bezugnehmend auf das Konstrukt der Internetdienstefreiheit *ders.*, C&R 2011, 231 (236).

³³ Dazu oben Kap.3.C.IV.

³⁴ Siehe dazu die Ausführungen unter Kap.3.C.IV. So auch schon *Martini*, VerwArch 2011, 315 (326).

³⁵ Bspw. auf Blogs, in Gruppenchats, Foren und interaktiven Internetenzyklopädien.

³⁶ Hier sei auf die Vorkommnisse in Facebook hingewiesen, wo ungewünschte Inhalte eines Facebook-Nutzers einfach verschwanden, dazu DIE ZEIT, 2.8.2012 Nr. 32, Auf einmal weg: Wie ein nackter Mann von der Facebook-Seite des ZEITmagazins verschwand, abrufbar unter <http://www.zeit.de/2012/32/Zensur-Facebook-Nackter-Mann/komplettansicht> (zuletzt abgerufen am 29.10.2013).

³⁷ Wie schon festgestellt von *Bronsema*, Medienspezifischer Grundrechtsschutz der elektronischen Presse, S. 158, die drauf hinweist, dass die Meinungsfreiheit ausschließlich die Verbreitung eigener (und nicht fremder) Meinung schützt. Die Anhänger der Internetdienstefreiheit mögen hier entgegensetzen, dass hierin eben das Problem bei der Einordnung der Many-to-Many-Kommunikation liegt, weil die Teilnehmer der „Diskussion“ selbst nichts gegen ihre netzneutralitätswidrige Behandlung tun können werden und ihre Kommunikationsform als solche keinen Schutz erfährt. Dagegen ist entgegen zu setzen, dass im Zweifel die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG ihren Schutz entfaltet, wenn

Das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung bietet mithin einen Schutz gegen netzneutralitätswidrige Behandlung von geäußerten Meinungen.

IV. Zusammenfassung zum Grundrechtsschutz von Diensten der Mediennutzung

Es zeigt sich, dass Auswirkungen von Netzneutralität verletzenden Praktiken auf Onlinedienste der Mediennutzung ausschließlich Abwehrmechanismen der Medienerzeuger und der sich Äußernden auslösen. Die netzneutralitätswidrigen Praktiken in Form eines diskriminierenden Transports von Daten im Internet stellen eine grundrechtlich relevante Beeinträchtigung der Medien- und Meinungsverbreitung dar und finden ihre Grenzen in den Medienfreiheiten.

B. Gefährdung des Zugangs zu Daten im Internet

Nachdem der medialen Internetnutzung grundrechtliche Schutzmechanismen zugeordnet werden konnten, rückt nun die interpersonale Netzkommunikation als eine weitere Kategorie der Onlinedienste in den Blick. Seit den Anfängen des Internet gewinnt diese Kommunikationsform in hohem Maße an Relevanz. So wurde die Versendung von Briefen erheblich durch die Nutzung von E-Mail-Diensten ersetzt; Festnetzanschlüsse weichen zunehmend der mobilen und Internettelefonie.³⁸ Durch die Verbreitung des Internet sind neue Möglichkeiten für die zwischenmenschliche Kommunikation hinzugekommen. So teilen die Menschen Informationen auf Blogs oder Portalen, in Gruppenchats und Foren. Die Onlinedienste werden zu wesentlichen Informations- und Meinungsbildungsquellen.

Die Netzneutralität zielt nicht nur auf den Schutz von Mediennutzung, indem sie ausschließlich den Transport solcher Dienste schützt. Zur Gewährleistung einer funktionierenden Kommunikationsverfassung ist es notwendig, auch interpersonale Kommunikationsdienste im Internet zu schützen. Der Empfänger des Rundfunks kann sich gegen die Übertragungsmanipulationen mit seiner Informationsfreiheit zu Wehr setzen. Die Inhalte der Medienanbieter sind faktisch zweiseitig geschützt. Zum einen entfaltet die betreffende

erheblichen Verletzungen der persönlichen Lebenssphäre der Teilnehmenden durch die missbräuchliche Behandlung eintreten.

³⁸ Seit 2001 gibt es in Deutschland mehr mobile als feste Telefonanschlüsse; die Mobilfunkdichte beträgt 80 % und steigt weiter, vgl. Informationsgesellschaft Deutschland 2006 – Aktionsprogramm der Bundesregierung, S. 5.

Medienfreiheit Schutz.³⁹ Zum anderen – wie sogleich zu zeigen sein wird – gewährleistet insbesondere die Informationsfreiheit den Datenzugang für den Rezipienten. Der zweiseitige Kommunikationsschutz wird vermittelt durch den Schutz des Kommunikationsvorgangs sowohl des Kommunikators als auch des Rezipienten.

Während es bei medialer Kommunikation auf den Schutz der Verbreitung ihrer Inhalte ankommt, um ihren Inhalten „eine Wirkung auf die Umwelt“⁴⁰ zu ermöglichen, ist für die interpersonale Kommunikation entscheidend, dass ihren Rezipienten der Zugang zu kommunikationsrelevanten Inhalten ermöglicht wird, damit Inhalte überhaupt wahrgenommen werden und in den Meinungsbildungsprozess der Gesellschaft eingehen.

I. Informationsfreiheit

Während Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG das Recht sichert, andere zu informieren, ist die Informationsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG das Grundrecht, sich selbst informieren zu können.⁴¹ Die Informationsfreiheit schützt insbesondere die Informationskollektivierung, die eine konstituierende Voraussetzung für die Entstehung der individuellen Meinung und die Grundlage der interpersonalen Kommunikation darstellt.⁴² Wird von außen auf die innere Informations- und Meinungsbildungskollektivierung Einfluss genommen, stellt es eine relevante Beeinträchtigung der Grundlagen interpersonalen Kommunikation dar. Eine solche Einflussnahme findet statt, wenn die Zugangsanbieter willentlich den Zugang des Endkunden zu Informationen im Internet steuern. Nicht anders sind die Priorisierungen und automatische Weiterleitungen auf Homepages von konkurrierenden Geschäftspartnern zu bewerten; die Information wird hier aufgedrängt.

1. Informationsfreiheit als Recht des Rezipienten

Die Informationsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG ist das einzige Grundrecht, das die Informationsbeschaffung als solche explizit erwähnt. Der Schutz der Informationsfreiheit richtet sich an den Empfänger, ihm wird das Recht auf Information gewährt – sie

³⁹ Dazu soeben unter Kap.4.A.

⁴⁰ So BVerfGE 7, 198 (210).

⁴¹ Dazu *Geiger*, FS Arndt, S. 119 (131).

⁴² *Degenhart*, BK-GG, Art. 5 Abs. 1, Rn. 23 spricht in diesem Zusammenhang von der „privaten Kommunikationsfreiheit“.

ist also das Recht des Rezipienten.⁴³ So fällt beispielsweise der Rundfunkempfang des Rezipienten in den Schutzbereich der Informationsfreiheit.⁴⁴ Selbst Medienveranstalter stellen unter Umständen Rezipienten im Sinne der Informationsfreiheit dar.⁴⁵ Sind bestimmte Voraussetzungen erfüllt, lässt sich aus diesem Grundrecht ein Anspruch auf Verschaffung des Zugangs zu geschützten Quellen ableiten.⁴⁶ Die Informationsfreiheit zielt darauf, die freie Information und ihre ungehinderte Aufnahme als Kommunikationsvoraussetzung zu sichern.⁴⁷ Das Recht, sich zu informieren, soll eine ausreichende Informationsversorgung gewähren, die wiederum nicht nur der Entfaltung des Individuums dient, sondern auch das Ziel einer gut informierten demokratischen Gesellschaft verfolgt und somit eine wichtige Komponente der freiheitlichen Demokratie darstellt.⁴⁸ Damit gleichen sich die Informationsfreiheit und der Grundsatz der Netzneutralität in einem Punkt: beide zielen auf die Sicherung der Informationsaufnahme als Voraussetzung des Kommunikationsprozesses in der Informationsgesellschaft.

2. Schutzbereich der Informationsfreiheit

Die Informationsfreiheit umfasst das Jedermannsrecht, sich aus allgemein zugänglichen Quellen zu unterrichten. Darunter ist auch das Recht auf freien Informationszugang im Internet im Sinne der Netzneutralität zu verstehen. Die Informationsfreiheit unterscheidet nicht nach der Distributionsart der zu schützenden Information, so dass es für die Eröffnung ihres Schutzbereichs nicht entscheidend ist, dass der Zugang zu Informationen über das Internet erfolgt. Im Folgenden soll gezeigt werden, dass der Zugangsschutz zu Informationen im Sinne der Informationsfreiheit die netzneutralitätswidrigen Praktiken der Zugangsanbieter in die Schranken weist.

⁴³ BVerfGE 27, 71 (81). Hierzu *Degenhart*, BK-GG, Art. 5 Abs. 1, Rn. 270 ff.

⁴⁴ *Kloepfer*, in: Prütting, S. 7 (14), der zudem drauf hinweist, dass der Rundfunkempfang heutzutage zum verfassungsrechtlich geschützten Existenzminimum gehört (S. 14 f.).

⁴⁵ BVerfGE 103, 44.

⁴⁶ So jedenfalls *Degenhart*, BK-GG, Art. 5, Rn. 286 aE; in diesem Sinne, wenn auch im Zusammenhang mit Rundfunkgebührenpflicht internetfähiger PCs *Hain*, JZ 2011, 723 (726).

⁴⁷ In diesem Sinne BVerfGE 27, 71 (81); 90, 27 (31 f.); *Degenhart*, BK-GG, Art. 5, Rn. 270; *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5, Rn. 52. Zur „ungehinderter Informierung“ siehe *Schmidt-Jortzig*, HStR VII, § 162, Rd. 41 f.

⁴⁸ BVerfGE 27, 71 (81 f.); *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5, Rn. 50 ff.; *Kloepfer*, HStR III, § 42, Rn. 11 f.

a) Internet als allgemein zugängliche Informationsquelle

Während die vorliegende Arbeit unter dem Begriff der Information aus dem Blickwinkel der Netzneutralität Daten jeder Art versteht, die im Internet zur Verfügung stehen, bezeichnen Informationen im Sinne des Grundrechts ausschließlich die allgemein zugänglichen Quellen. Waren einst die ortsüblichen Kabel- und Satellitenprogramme Gegenstand der Kontroverse über ihre Einordnung als allgemein zugängliche Informationsquellen⁴⁹, rücken nun die Informationsquellen aus dem Internet in den Blick. Informationsquellen im Sinne des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG sind grundsätzlich alle Träger von Informationen.⁵⁰ Dabei sind nicht nur Meinungen und Tatsachen Informationen in diesem Sinne, sondern sämtliche Mitteilungen⁵¹, Schriftstücke, Druckerzeugnisse, Bilder und graphische Darstellungen sowie auf elektronischem Wege gespeicherte und übertragene Text- und graphische Informationen.⁵² Das Internet kann daher als eine Informationsquelle begriffen werden.⁵³ Wie aber bereits festgestellt, ist eine differenziertere Betrachtung von Diensten im Internet für eine kommunikationsgrundrechtliche Untersuchung angezeigt.

Betrachtet man die einzelnen Informationsquellen im Internet genauer, gestaltet sich ihre Zuordnung unter den Begriff der Informationsquelle sogleich schwieriger, da nicht alle Dienste zur unmittelbaren Informationsbeschaffung bestimmt sind. Zwar stellen viele Dienste ohne weiteres Informationsquellen oder Träger der Information dar (z.B. Presse, Rundfunk, Newsfeeds, Homepages, Blogs etc.). Für den Schutzbereich der Informationsfreiheit ist aber entscheidend, dass die Informationen nicht ausschließlich einem geschlossenen Personenkreis zugänglich sind.⁵⁴ Die Informationsquellen müssen dazu geeignet und bestimmt sein, der Allgemeinheit, d.h. einem individuell nicht bestimmbar Personen-

⁴⁹ *Degenhart*, BK-GG, Art. 5, Rn. 286 ff. m.w.N sowie Rn. 747.

⁵⁰ *Bethge*, in: *Sachs*, GG, Art. 5, Rn. 54.

⁵¹ So *Schemmer*, BeckOK, GG, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 25.

⁵² *Degenhart*, BK-GG, Art. 5, Rn. 276.

⁵³ So z.B. *Bethge*, in: *Sachs*, GG, Art. 5, Rn. 54; *Degenhart*, BK-GG, Art. 5, Rn. 289; *Engel*, AfP 1996, 220 (224); *Jarass*, in: *ders./Pieroth*, GG, Art. 5, Rn. 16; *Mecklenburg*, ZUM 1997, 525 (536). Allerdings muss hier differenziert werden: man kann nicht davon sprechen, dass das Internet eine Informationsquelle ist; es ist stets auf die genutzten Dienste abzustellen.

⁵⁴ Jedoch führt die Geschlossenheit einer Teilnehmergruppe nicht zwingend zur Verneinung ihrer Eigenschaft als allgemein zugängliche Quelle, so *Degenhart*, BK-GG, Art. 5, Rn. 290.

kreis, Informationen zu verschaffen.⁵⁵ Dabei reicht bereits eine theoretische Empfangbarkeit aus.⁵⁶ Sind Informationen im Internet zur Verfügung gestellt worden, muss kraft Natur des Internet von einer Allgemein zugänglichkeit ausgegangen werden.⁵⁷ Informationen im Internet sind grundsätzlich jedem, der über einen Internetanschluss verfügt, zugänglich. Bei der Beurteilung, ob die Quelle allgemein zugänglich ist, ist auf den Urheber der Daten abzustellen.⁵⁸ Jeder, der Daten ins Internet stellt, weiß um die grundsätzliche Allgemein zugänglichkeit. An ihrer Allgemein zugänglichkeit ändert sich nichts, wenn die Zugangsanbieter über die Gewährung des Zugangs entscheiden und ihn sperren, wie es im Falle von Netzneutralitätsverstößen geschieht.

Abgrenzungsschwierigkeiten hinsichtlich ihrer Eigenschaft als Informationsquelle bereiten Übertragungstechniken für Internettelefoniedienste wie Skype, die den Informationszugang bzw. den zwischenmenschlichen Austausch von Informationen ermöglichen. Ihre Technik ist als solche jedermann zugänglich. Sie selbst sind jedoch nicht Informationsträger. Ihre Nutzung ist nicht dazu bestimmt Informationen der Allgemeinheit zugänglich zu machen.⁵⁹ Ähnlich verhält es sich mit E-Mail-Diensten. Diese Übertragungstechniken werden zwar der Allgemeinheit zur Verfügung gestellt (die Entgeltlichkeit ist hierbei unerheblich⁶⁰). Hierbei ist genau zu differenzieren. Ab dem Zeitpunkt, an dem sie ausschließlich als technisches Mittel zur Ermöglichung einer geschlossenen Individualkommunikation dienen, sind sie nicht mehr allgemein zugänglich. Deshalb ist es geboten, die Informationsquellen im Internet auf solche zu reduzieren, die tatsächlich als Informationsträger für die Allgemeinheit fungieren.⁶¹ Damit ist der Fokus auf Informationsdienste diverser Homepages, Blogs und Foren sowie Suchmaschinen und Newsletter, aber auch auf dazugehörige Zugangsdienste zu legen.

⁵⁵ BVerfGE 27, 71 (83 f.); 33, 52 (65); 90, 27 (32); 103, 44 (60).

⁵⁶ *Lerche*, Jura 1995, 561 (565).

⁵⁷ Im Ergebnis auch *Degenhart*, BK-GG, Art. 5, Rn. 289.

⁵⁸ BVerfGE 103, 44 (60), siehe hierzu z.B. *Degenhart*, BK-GG, Art. 5, Rn. 292 ff.

⁵⁹ Vgl. *Schoch*, VVDStRL 57, 158 (190), der die Allgemeinheit der zugänglichen Informationsquellen verneint, wenn ein Informationsaustausch der Individualkommunikation dient; auch *Lerche*, Jura 1995, 561 (565).

⁶⁰ Vergleich die Decorder-Fälle, hierzu z.B. *Degenhart*, BK-GG, Art. 5, Rn. 285.

⁶¹ So BVerfGE 103, 44 (60), wonach auch Ereignisse und Vorgänge Träger von Informationen sein können.

Allgemein zugängliche Informationsquellen im Sinne des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG sind mithin zumindest solche Onlinedienste, die Informationsträger sind und der Allgemeinheit zugänglich gemacht wurden. Das gilt vor allem für Homepages und Massenmedien, die Informationsträger für ihre Rezipienten sind. Einzig den Diensten der geschlossenen Individualkommunikation bietet die Informationsfreiheit keinen Raum.

b) Der Rezeptionsvorgang – Das „Sich-Unterrichten“

Die Frage nach dem Zugang zu Informationsquellen ist der Kern der Informationsfreiheit. Die Informationsfreiheit schützt den Rezeptionsvorgang⁶² – das Sich-Unterrichten. Dies umfasst sowohl die Aufnahme der Information (das Lesen der Zeitung, das Hören des Rundfunks und sonstiges Wahrnehmen) als auch ihre Vorstufe: die aktive Informationsbeschaffung für Zwecke ihrer Aufnahme (Bezug, Auswahl, Vertrieb oder die Einfuhr einer Zeitung, das Aufsuchen der Bibliothek usw.). Die „Behinderung im Zugang zu einer Informationsquelle“ verletzt die Informationsfreiheit.⁶³

Ging es einst um den Zugang zu Informationsquellen, die in staatlicher Verfügungsgewalt standen, steht jetzt ein Zugangsanspruch zu solchen allgemein zugänglichen Informationsquellen im Mittelpunkt, deren Zugangsbestimmungen vom Willen Privater abhängen.⁶⁴

Fraglich ist, ob der Schutz vor netzneutralitätswidrigen Praktiken der Zugangsanbieter, die am frühestmöglichen Beginn eines Informationsvorgangs ansetzen – nämlich im Zeitpunkt des Rezeptionsvorgangs –, dem Schutzbereich dieses Grundrechts unterfällt. Ist die infrastrukturelle Zugangsebene zu Informationen im Internet Rezeption im Sinne der Informationsfreiheit?

Da die Informationsfreiheit vor Behinderungen des Rezeptionsvorgangs schützt, muss grundsätzlich auch die Benutzung des (hier vor allem elektronischen) Transportweges geschützt sein⁶⁵. Denn schließlich ist ein freier Rezeptionsvorgang ohne die ungestörte Er-

⁶² *Degenhart*, BK-GG, Art. 5, Rn. 299; *Hoffmann-Riem*, Kommunikationsfreiheiten, S. 147 ff. und S. 155; *Starck*, v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 5, Rn. 51.

⁶³ BVerfGE 27, 88 (98 f.); *Degenhart*, BK-GG, Art. 5, Rn. 299 f. und 307; dazu auch *Köppen*, Informationsfreiheit, S. 147 ff.

⁶⁴ Hierzu ausführlich *Bäcker*, Der Staat 2012, 91 ff.

⁶⁵ So *Degenhart*, BK-GG, Art. 5, Rn. 300.

schließung der Information nicht denkbar. Deshalb richtet sich die Informationsfreiheit tatsächlich gegen zeitliche Verzögerungen und sonstige wesentliche Erschwerungen der Nutzung einer Informationsquelle.⁶⁶ Nur so kann ein reibungsloser Rezeptionsvorgang gewährleistet werden.

Der bisher wohl prominenteste Fall, der sich mit Zugangsbestimmungen zu Informationen im Rahmen des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG befasste, ist der vom Bundesverfassungsgericht entschiedene Parabolantennen-Fall⁶⁷. In diesem Fall ging es um das Anbringen einer leistungsfähigen Antenne, um Rundfunkprogramme aus dem Ausland empfangen zu können. Das Bundesverfassungsgericht stellte fest, dass,

*„soweit der Empfang von technischen Anlagen abhängt, die eine allgemein zugängliche Informationsquelle erst individuell erschließen, sich der Grundrechtsschutz auch auf die Beschaffung und Nutzung solcher Anlagen erstreckt“.*⁶⁸

Andernfalls würde das Grundrecht in Bereichen, in denen der Informationszugang technische Mittel voraussetzt, faktisch nie zur Anwendung kommen.⁶⁹ Der Kommunikationsprozess wäre nur unvollkommen erfasst, wenn die Informationsaufnahme von dem Schutz des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG ausgenommen bliebe.⁷⁰

In gleichem Maße kann daher die Sicherung eines diskriminierungsfreien Zugangs zu Informationen im Internet auf dieser Grundlage ebenfalls als von der Informationsfreiheit notwendig zu schützendes Gut verstanden werden. Wenn nämlich anerkannt wird, dass die Nutzung einer technischen Anlage, die die Ausübung der Informationsfreiheit ermöglicht, vom Schutzbereich dieses Grundrechts umfasst wird, ist auch der technische Vorgang bei

⁶⁶ So ausdrücklich *Degenhart*, BK-GG, Art. 5, Rn. 307 verweisend auf BVerfGE 27, 71.

⁶⁷ BVerfGE 90, 27 ff. Der Fall der Leipziger Zeitung (BVerfGE 27, 91) ist zwar der Ursprung der Zugangsproblematiken, die Parabolantenne ist aber ein näherliegendes Beispiel, da es auch hier um technische Zugangserschwerungen ging.

⁶⁸ So der Leitsatz in BVerfGE 90, 27.

⁶⁹ BVerfGE 90, 27 (32); *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5, Rn. 54; auch *Degenhart*, BK-GG, Art. 5, Rn. 300, der von Rezeptionsmitteln spricht.

⁷⁰ BVerfGE 57, 295 (319). *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5, Rn. 53 betont, dass „Nur der Besitz von Informationen eine selbständige Auswahl ermöglicht, die Grundtatbestand jeder Information ist. Wäre durch die Informationsfreiheit nicht garantiert, dass Informationsquellen überhaupt an den Einzelnen gelangen, dann wäre er auch dran gehindert, durch aktive Tätigkeit unter ihnen auszuwählen.“

der Übermittlung der Information geschützt. Damit deckt sich die Forderung nach einem neutralen Datenzugang, der nur möglich ist, wenn kein Einfluss auf die technische Infrastruktur genommen wird. Der Unterschied zwischen dem Parabolantennen-Fall und den Fällen diskriminierenden Zugangs zu Informationen im Internet ist, dass nicht die Anbringung einer technischen Empfangsanlage als tatsächliche Handlung behindert wird, sondern dass der Informationsempfang selbst – wenngleich auch durch Manipulation an der „Anlage“ (hier: auf der Infrastrukturebene) – gänzlich behindert bzw. manipuliert wird. Beiden Fälle ist gemeinsam, dass ein zum Zugang unerlässliches technisches Mittel (auf der einen Seite körperlicher, auf der anderen Seite infrastruktureller Natur) verweigert wird. Daher sind die Erkenntnisse der Parabolantennen-Entscheidung auf die Fälle netzneutralitätswidrigen Praktiken durch Zugangsanbieter anzuwenden.

Weiterhin ist auch die Entscheidung, aus welcher Quelle man sich informieren möchte, von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG geschützt.⁷¹ Das betrifft insbesondere die Praktiken von Suchmaschinenanbietern, die Suchergebnisse zu beeinflussen. Durch die nicht neutrale Aufbereitung zugänglicher Informationen können Eindrücke der Rezipienten manipuliert werden. Die Manipulation der Suchergebnisse erfolgt vor allem, indem bestimmte Daten gänzlich unterdrückt oder posteriorisiert werden. Auch die Praktiken solcher Inhalteanbieter sind nicht mit dem Grundgesetz, insbesondere der Informationsfreiheit, vereinbar, da sie in den Übermittlungsprozess der Information eingreifen.

3. Zusammenfassung

Die störungsfreie Informationsrezeption ist eine Voraussetzung der Grundrechte, ohne die sie ansonsten gar nicht zur Anwendung kämen. War einst der Schutz vor staatlicher Informationsverkürzung das Ziel der Informationsfreiheit, kommen im Zeitalter des Internet neue Aspekte hinzu: etwa die Notwendigkeit der Sicherung der Zugangsvoraussetzungen oder der chancengleiche Zugang zu Informationen und die Bereitstellung einer telekommunikativen Infrastruktur.⁷² Das sind neue notwendige Ziele, die mithilfe der Informationsfreiheit gesichert werden können.

⁷¹ BVerfGE 90, 27 (38); *Schemmer*, Beck'scher OK, GG, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 29.

⁷² So *Degenhart*, BK-GG, Art. 5 Rn. 272. Siehe auch *Lerche*, Jura 1995, 561, der bereits auf das Problem des „Informationsüberflusses und –wirrwarrs“ aufmerksam macht.

Wie die Diskussion um die Netzneutralität offenbart, hinterlässt das digitale Zeitalter seine Spuren in den Kommunikationsvorgängen der Informationsgesellschaft. Die Anpassung und Ergänzung der Informationsfreiheit an das digitale Zeitalter ist unausweichlich.⁷³ Der Zugang zu Informationen im Internet ist eine zwingende Bedingung funktionierender Informations- und damit Kommunikationsprozesse. Aus diesem Grund muss der Informationszugang bereits zum Zeitpunkt der infrastrukturellen Übermittlung als Voraussetzung einer funktionierenden Informationsfreiheit gesichert werden.⁷⁴ „Der Bürger soll sich grundsätzlich aus allen ihm zugänglichen Informationsquellen frei unterrichten, um selbst zu beurteilen, welche der erlangten Informationen ihm relevant erscheinen.“⁷⁵ Das ist nicht realisierbar, wenn bereits zuvor der Zugang zu den der Allgemeinheit zur Verfügung stehenden Quellen gesperrt wird.

Damit bleibt festzuhalten, dass die Informationsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG die netzneutrale Übermittlung von allgemein zugänglichen Quellen im Internet gebietet.

II. Verfassungsrechtlicher Datenschutz und Netzneutralität

Eine zentrale Rolle bei der Bewertung der Frage nach der Notwendigkeit eines neutralen Netzes spielen sodann das Fernmeldegeheimnis und das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung als verfassungsrechtlicher Rahmen des Datenschutzes. Diese Grundrechte richten sich weniger an den Tatbestand der Übermittlung von Daten im Internet. Vielmehr sind die von den Zugangsanbietern verwendeten Techniken zur Einflussnahme auf die Datenübermittlung im Internet zu fokussieren. Hier rückt die *deep packet inspection*⁷⁶ in den Blickpunkt. Die Inhalte, die Umstände sowie die Verkehrsdaten der Fernkommunikation erfahren durch das Fernmeldegeheimnis einen besonderen Schutz.⁷⁷ Die Endkunden haben zudem ein ihnen verfassungsrechtlich gegebenes Recht, selbst über die

⁷³ So schon *Schoch*, VVDStRL 57 (1998), 158 (190 f.).

⁷⁴ Schon so bereits hinsichtlich der Rundfunk- und Pressefreiheit siehe Kap.4.A.

⁷⁵ *Degenhart*, BK-GG, Art. 5 Abs.1, Rn. 27.

⁷⁶ Dazu oben Einleitung B.

⁷⁷ *Gurlit*, NJW 2010, 1035 (1036 f.).

Behandlung ihrer Daten zu entscheiden.⁷⁸ Diesen Grundsätzen widersprechen die Datensteuerungspraktiken der Zugangsanbieter.

1. Fernmeldegeheimnis – Schutz des Datentransports im Internet

Nach der Untersuchung der technologieoffenen Informationsfreiheit muss ein besonderes Augenmerk auf Art. 10 Abs. 1 GG gerichtet werden. Danach ist das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis unverletzlich. Das Fernmeldegeheimnis ergänzt die Ausrichtung der übrigen Kommunikationsgrundrechte nicht konkret um den Schutz des Zugangs zu Informationen, sondern um den Schutz ihrer Vertraulichkeit gegenüber dem Staat und Dritten. Praktiken, die den diskriminierenden Transport von Daten ermöglichen, werden durch das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 Abs. 1 GG in die Schranken gewiesen. Damit erweitert sich das Anliegen des neutralen Netzes um eine datenschutzrechtliche Dimension.

a) Fokus auf Telekommunikationsprozesse

Art. 10 Abs. 1 GG schützt jede unkörperliche Übermittlung von Informationen auf Distanz⁷⁹, was unter dem Begriff der Telekommunikation zusammengefasst wird.⁸⁰ Zutreffend wird es als das verfassungsrechtliche Gravitationszentrum für den Schutz von individueller Fernkommunikation bezeichnet⁸¹, worunter auch Dienste des Internet fallen.⁸² Im Kern geht es um Kriterien für den Transport von unkörperlichen Informationsdiensten und die Notwendigkeit von Verhaltensmaßstäben bei Transportleistungen im Netz.

Der Schutz erstreckt sich auf die Inhalte und die Umstände der Telekommunikation. Es dürfen keine Informationen darüber erhoben werden, ob, wann und wie oft zwischen welchen Personen oder Telekommunikationseinrichtungen Telekommunikationsverkehr stattgefunden hat oder versucht worden ist.⁸³ Art. 10 Abs. 1 GG zielt daher auf den Schutz des laufenden Übermittlungsprozesses von Telekommunikationsdiensten; der Schutz endet mit der Zustellung beim Zielsystem und soll die Privatheit der zwischenmenschlichen

⁷⁸ Dazu mehr *Gurlit*, NJW 2010, 1035 (1036).

⁷⁹ BVerfGE 120, 274 (306 ff.). Vgl. BVerfGE 67, 157 (172); BVerfGE 106, 28 (35f.).

⁸⁰ So z.B. *Badura*, in: BK-GG, Art. 10, Rn. 53.

⁸¹ *Schwabenbauer*, AöR 137 (2012), 1 (2, 24).

⁸² So BVerfGE 115, 166 (182) und konkreter BVerfGE 120, 274 (307).

⁸³ BVerfGE 120, 274 (307); vgl. BVerfGE 67, 157 (172); 85, 386 (396); 100, 313 (358); 107, 299 (312f.).

Kommunikation „auf Ferne“ mit ihren spezifischen Gefährdungen gewährleisten⁸⁴. Art. 10 Abs. 1 GG schützt den Prozess der Fernkommunikation und damit sowohl den Transport als auch den Empfangsprozess der Kommunikationsinhalte. Es kommt weiterhin nicht auf die Person des Kommunikationsteilnehmers, sondern ausschließlich auf den Telekommunikationsprozess an.⁸⁵

Unter dem Gesichtspunkt des Art. 10 Abs. 1 GG ist insbesondere die Methode der *deep packet inspection* fragwürdig, die netzneutralitätswidrige Praktiken ermöglicht.⁸⁶ Hierbei können die Zugangsanbieter für eine bessere Steuerung der Datenströme in die Datenpakete „blicken“, um sodann die Telekommunikationsinfrastrukturen effizienter zu nutzen. Diese Praxis ist zur Vermeidung von Datenstaus geeignet, weil sie ermöglicht, die datenintensiven kritischen Pakete zu erkennen und priorisiert weiterzuleiten. Die weniger kritischen Daten werden dann verzögert weitergeleitet. Ihre Verzögerung wirkt sich zwar im Zweifel bei den Empfängern nicht spürbar aus, da es ihnen nicht auf die sekundengenaue Übertragung ankommt.⁸⁷ Es sind aber Priorisierungen denkbar, die deutlich einschneidender die Chancengleichheit der Daten beeinträchtigen könnten. Eine Verzögerung ist für den Endkunden etwa beim Abruf von Livestreams oder bei der Internettelefonie spürbar.

b) Vertraulichkeitsschutz

Art. 10 Abs. 1 GG schützt insbesondere die Vertraulichkeit der Nutzung des zur Nachrichtenübermittlung eingesetzten technischen Mediums.⁸⁸ Ob es zur Gewährleistung dieser Schutzausrichtung einer diskriminierungsfreien Datenübertragung im Internet bedarf, hängt von der Weite des Vertraulichkeitsschutzes ab. Die Schutzausrichtung des Fernmeldegeheimnisses könnte einerseits als Schutz vor fremdemerspähnen der Inhalte des

⁸⁴ In diesem Sinne *Durner*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 10, Rn. 41; siehe auch *Badura*, BK-GG, Art. 10, Rn. 51 ff.

⁸⁵ Siehe bspw. *Badura*, BK-GG, Art. 10, Rn. 51.

⁸⁶ Dazu bereits ausführlich oben Einleitung B.

⁸⁷ Wenn z.B. eine E-Mail um zwei Sekunden später an den Empfänger weitergeleitet wird, hat es keine Auswirkungen auf den Kommunikationsvorgang zwischen Absender und Empfänger; wird hingegen ein Kommunikationsausdruck bei der Internettelefonie verzögert übermittelt, so ist der Kommunikationsvorgang im Zweifel gestört. Siehe hierzu *Bedner*, C&R 2010, 339 (340 f.); *Holznagel*, in: Becker/Weber (Hrsg.), Funktionsauftrag, Finanzierung, Strukturen, S. 163 (169 f.).

⁸⁸ BVerfGE 106, 28 (37).

Kommunikationsprozesses ausgelegt und damit als ein auf den Schutz der Meinung ausgerichtetes Grundrecht verstanden werden. Dann wäre fraglich, ob die Praktiken der Zugangsanbieter diese Hürde dieses Schutzbereichs erreichen. Zugangsanbieter sind grundsätzlich nicht an Inhalten der Datenpakete interessiert. Ihr Interesse dürfte ausschließlich der Art der Information des Telekommunikationsvorganges gelten, um kapazitätenbezogen über die Abfolge ihrer Übermittlung zu bestimmen. In diesem Falle wäre zweifelhaft, ob ein meinungsrelevanter Eingriff in Kommunikationsvorgänge stattfindet. Andererseits könnte das Fernmeldegeheimnis aber als Abwehr gegen Eingriffe zu begreifen sein, die auch ohne ein solches auf Inhalte bezogenes Erspähen den Schutz bereits gegen technische Eingriffe in Kommunikationsprozesse auslösen. Schließlich kann Art. 10 Abs. 1 GG als Instrument zum Schutz sowohl „vor der Erhebung als auch des Selbstbestimmungsrechts über den weiteren Umgang mit kommunikationsbezogenen Informationen durch Speicherung, Verwendung und Weitergabe“, die durch Kenntnisnahme Dritter einer weiteren, ungewollten Verwertung unterzogen werden würden, begriffen werden.⁸⁹ In diesem Fall verletzen die *deep packet inspection*-Methoden Art. 10 Abs. 1 GG. Bereits die Speicherung, Verwendung und Weitergabe von Daten dient im weiteren Verlauf späteren Kommunikationsprozessen. Das ist die Bedingung der grundrechtlichen Verbürgung der Unverletzlichkeit des Fernmeldegeheimnisses, die vermeiden soll, „daß der Meinungs- und Informationsaustausch mittels Fernmeldeanlagen deswegen unterbleibt oder nach Form und Inhalt verändert verläuft, weil die Beteiligten damit rechnen müssen, daß staatliche Stellen sich in die Kommunikation einschalten und Kenntnisse über die Kommunikationsbeziehungen oder Kommunikationsinhalte gewinnen.“⁹⁰ Die Nutzung dieser Technik ermöglicht den Zugangsanbietern einen solchen Zugriff auf Kommunikationsinhalte als Schutzobjekte des Art. 10 Abs. 1 GG (Verwertung der Information, um den Datenstrom im eigenen Sinne zu steuern).⁹¹

⁸⁹ *Hermes*, in: Dreier, GG, Art. 10, Rn. 16.

⁹⁰ BVerfGE 100, 313 (359).

⁹¹ Vgl. damit BVerfGE 120, 274 (335). A.A. *Schrey/Frevert*, MMR 2010, 596 (598), die in der Erhebung und Nutzung von Verkehrsdaten eine zwischen dem Zugangsanbieter und dem Endkunden als eine vereinbarte Leistung begreifen und die Verletzung des Datenschutzes und des Fernmeldegeheimnisses als gerechtfertigt ansehen.

Deshalb setzt das Fernmeldegeheimnis keinen Eingriff in persönlichkeitsrelevante Kommunikationsinhalte voraus, um seinen grundrechtlichen Schutz zu entfalten. Anders als die Medienfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, die die Versorgung der Öffentlichkeit mit Informationen gewährleisten, und anders als die Kommunikationsfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, die die Möglichkeit der Meinungsbildung der Bevölkerung sicherstellen sollen, dient das Fernmeldegeheimnis der Abschirmung der individuellen Kommunikation gegenüber dem Staat und Dritten.⁹² Der Schutzzweck der Norm ist damit die Vertraulichkeit distanzierter Kommunikationsvorgänge.⁹³ Die Einschaltung Dritter in den Kommunikationsvorgang verweist auf die spezifischen Gefährdungen der distanzierter Kommunikation⁹⁴, was gerade mit Blick auf das Internet als modernste Kommunikationsform und die Diskussion um die Netzneutralität deutlich wird. Die stete Kontrollmacht der nichtstaatlichen Akteure, ihre technischen Möglichkeiten und die Unüberschaubarkeit dieser Techniken zeigen, wie anfällig die Internetkommunikation für Gefährdungen durch Private ist und wie wenig Einblick die Endkunden in die Kommunikationsvorgänge haben. Vor diesem Hintergrund darf es nicht auf besondere schützenswerte Inhalte des Kommunikationsvorgangs ankommen, sondern auf den schützenswerten Kommunikationsvorgang selbst.

c) Behinderung des Kommunikationsprozesses

Der Schutz des Art. 10 Abs. 1 GG könnte aber aufgrund anderer Aspekte zu verneinen sein. In der Literatur ist umstritten, ob Art. 10 Abs. 1 GG neben dem Zugriff auf vertrauliche Kommunikationsvorgänge auch vor ihrer Behinderung schützt.⁹⁵ Im Falle eines Netzneutralitätsverstoßes würde dies bedeuten, dass der Zugangsanbieter im Lichte des Art. 10 Abs. 1 GG zwar nicht den Kommunikationsvorgang und seine Umstände erspähen dürfte⁹⁶, jedoch schon zuvor die Kommunikationsmöglichkeit als solche gänzlich verhindern

⁹² So *Durner*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 10, Rn. 41 f.

⁹³ Dazu *Bäcker*, in: Rensen/Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 99 ff.; *Durner*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 10, Rn. 49 ff.

⁹⁴ BVerfG, NJW 2009, 2431 (2432 f.); vgl. auch BVerfGK 9, 62/75. Hierzu siehe *Schwabenbauer*, AöR 137 (2012), 1 (14 f.).

⁹⁵ Dazu *Durner*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 10, Rn. 52 f.

⁹⁶ Man denke an Fälle, in denen der Zugangsanbieter aufgrund von Datenstaus die Antwort des einen Kommunikationspartners verzögert und gleichzeitig über den Empfang des anderen Kommunikationspartners bestimmt.

könnte⁹⁷, da es eine Behinderung des Zugriffs auf den Kommunikationsvorgang darstellt, die nicht von Art. 10 Abs. 1 GG geschützt wird⁹⁸. Der Grund für diese Differenzierung liegt im Schutzzweck der Norm: die Vertraulichkeit. Vertraulich kann nur das sein, was schon ist; etwas, was noch nicht ist, ist nicht vertraulich. Dem wird jedoch entgegengehalten, dass auch die „Behinderung der Vertraulichkeit“ der Kommunikationsvorgänge in den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG aufzunehmen sei, da es eine Vorbedingung der vertraulichen Kommunikation sei, ohne die das Grundrecht sonst nie zum Zuge käme.⁹⁹ Um jedoch die Kommunikation vor den neuen Gefahren der Internetkommunikation insbesondere in Form der netzneutralitätsverletzenden Handlungen der Zugangsanbieter zu schützen, muss sich der Schutz des Fernmeldegeheimnisses bereits gegen die Behinderung der Vertraulichkeit richten.¹⁰⁰ Denn ansonsten gäbe es keinen sich gegen die Behinderung eines individuellen Internetkommunikationsvorgangs wendenden grundrechtlichen Schutz: die Kommunikationsfreiheiten dienen schließlich dem Schutz der Meinungsbildung in der Gesellschaft, der grundsätzlich über den Schutz der individuellen Internetkommunikation hinausgeht. Das neue „Computergrundrecht“ auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme vermag diese Fälle ebenso wenig zu schützen, da es seine Wirkung nicht bereits zu Beginn des Kommunikationsvorgangs, sondern erst nach seinem Abschluss, d.h. ab dem Zeitpunkt seiner Speicherung auf dem heimischen Computer entfaltet.¹⁰¹ Schließlich ist auch die Schutzrichtung des Auffanggrundrechts auf informationelle Selbstbestimmung eine andere; es zielt auf die Verwendung von erspähten Daten und hat daher keinerlei Schutzauswirkung auf die Behinderung von Kommunikationsvorgängen auf Distanz.¹⁰²

⁹⁷ So Szenario, in dem der Zugangsanbieter den Zugang zur Internettelefonie verhindert und damit die Möglichkeit einer Kommunikation gänzlich verhindert.

⁹⁸ So die herrschende Meinung: *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 10, Rn. 103; *Hermes* in: Dreier, GG, Art. 10 Rn. 104.

⁹⁹ *Bizer*, in: GG-AK, Art. 10, Rn. 77 sowie *Durner*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 10, Rn. 53.

¹⁰⁰ A.A. z.B. *Schwabenbauer*, AöR 137 (2012), 1 (21), der aber zwischen der Verhinderung und der Anbahnung der Kontaktaufnahme unterscheidet und für letztere Art. 10 Abs. 1 GG als einschlägig erachtet.

¹⁰¹ Siehe BVerfGE 120, 274 (307 ff.). Dazu weiter unten.

¹⁰² Genauer zu den Schutzziele des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung und seiner Auswirkung auf netzneutralitätsverletzende Handlungen siehe unten.

d) Grundrechtsberechtigte

Art. 10 Abs. 1 GG schützt ausschließlich die Individualkommunikation.¹⁰³ Damit fallen solche Onlinedienste aus dem Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG, die massenkommunikativen Charakter aufweisen. Die Grundrechtsberechtigten sind hier ausschließlich die Endverbraucher als Teilnehmer der individuellen Internetkommunikation wie E-Mail, SMS oder iMessages und mit diesen verwandte Dienste.¹⁰⁴

e) Zusammenfassung

Der Schutz des Art. 10 Abs. 1 GG erstreckt sich auf die Inhalte und die Umstände der Telekommunikationsdienste. Insgesamt verbietet Art. 10 Abs. 1 GG daserspähnen von Informationen darüber ob, wann und wie oft zwischen welchen Personen oder Telekommunikationseinrichtungen Telekommunikationsverkehr stattgefunden hat oder versucht worden ist. Insbesondere wendet es sich gegen Methoden, die den Zugang zu Kommunikationsdiensten verhindern. Da die *deep packet inspection* nur durch daserspähnen von Informationen im laufenden Telekommunikationsprozess möglich ist, steht das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 Abs. 1 GG einer solchen diskriminierenden Datenübermittlung im Internet entgegen.

2. Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Eine diskriminierende Datenvermittlung kann sich zudem persönlichkeitsverletzend auswirken. Insofern stößt die diskriminierende Datenübermittlung auf weitere Bedenken aus Sicht des Datenschutzes.

a) Informationelle Selbstbestimmung

Die Netzneutralitätsproblematik wurde bisher nicht in den Zusammenhang mit der informationellen Selbstbestimmung gestellt. Dabei macht gerade die Netzneutralität auf die neuen Gefahren des Internet, wie sie von den Netzmanagementtechniken der Zugangsanbieter ausgehen, besonders eindringlich aufmerksam. Ähnlich wie das Fernmeldegeheimnis setzt auch das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung den netzneutralitäts-

¹⁰³ So *Durner*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 10, Rn. 51; *Hermes*, in: Dreier, GG, Art. 10, Rn. 39 f.

¹⁰⁴ Auch auf eben diese Onlinedienste bezogen *Schwabenbauer*, AöR 137 (2012), 1 (11) (insgesamt die synchronen und asynchronen Kommunikationsprozesse).

widrigen Praktiken der Zugangsanbieter eindeutige Schranken. Hierbei kommt es weniger auf die Zugangsproblematik zu individualkommunikativen Diensten an als vielmehr auf die Methoden der Zugangsanbieter, die Diskriminierung beim Zugang zu Daten ermöglichen.

Insbesondere der Kommunikator hat als Urheber die Verfügungsgewalt über die von ihm für die Öffentlichkeit bestimmte Information.¹⁰⁵ Wenn der Zugangsanbieter die Bedingungen des Zugangs zu den Informationen manipuliert, indem er über ihre Weiterleitung entscheidet, greift er in diese Verfügungsgewalt des Kommunikators ein. Das gilt umso mehr, wenn im Prozess der Zurverfügungstellung persönliche Daten erspäht werden. Hierbei berühren sich zwei internetspezifische Problemkreise: zum einen das Problem des Datenschutzes, zum anderen das der Diskriminierung von Datenübermittlung. Fraglich ist, inwiefern das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung in diesem Punkt dem Anliegen des neutralen Netzes zur Wirksamkeit verhilft.

Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ist das Grundrecht des Datenschutzes schlechthin, das als Reaktion auf staatliche Datenkollektivierungsversuche konturiert wurde.¹⁰⁶ Es gibt dem Einzelnen das Recht, selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen¹⁰⁷, indem es vor unbegrenzter Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe persönlicher Daten schützt¹⁰⁸.¹⁰⁹ Es ist vorrangig persönlichkeitschützend¹¹⁰ und richtet sich gegen die „totale Registrierung und Katalogisierung und damit gegen die Gefahr der Abrufbarkeit eines umfassenden Persönlichkeitsprofils der betroffenen Person, aber auch gegen

¹⁰⁵ Degenhart, BK-GG, Art. 5 Abs. 1, Rn. 297.

¹⁰⁶ Zu der Datenschutzausrichtung siehe BVerfGE 84, 239 (280); erstmals zum Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung siehe BVerfGE 65, 1 ff.; Gurlit, NJW 2010, 1035 ff.

¹⁰⁷ BVerfGE 65, 1 (43); 78, 77 (84).

¹⁰⁸ BVerfGE 65, 1 (43); 67, 100 (143).

¹⁰⁹ Siehe Schmitz, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Multimedia-Recht, Teil 16.2, Rn. 19 ff. Darstellung vereinzelter Beispiele für Eingriffe in Daten von Internetnutzern siehe bei Schlögel, ZfP 2012, 85 (94 ff.).

¹¹⁰ BVerfGE 65, 1 (43); 78, 77 (84). Siehe hierzu auch Polenz, in: Kilian/Heussen (Hrsg.), Computerrecht, Teil 13, Rn. 5 ff.; so auch Schoch, FS Stern, S. 1491 (1507 f.).

mögliche Fehler im Ergebnis eines Datenverarbeitungsprozesses, wenn die eingespeisten Daten inhaltlich unrichtig sind“.¹¹¹ Vergleichbare Gefahren birgt nun auch das Internet.¹¹²

Wenn die Zugangsanbieter für Zwecke des Netzmanagements im Prozess der Datenverbreitung in persönlichkeitsrelevante Daten spähen, könnte das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung davor schützen. Daserspähender technisch relevanten Form des Onlinedienstes durch die Zugangsanbieter mithilfe der *deep packet inspection* deutet auf einen Eingriff in den unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung im Sinne dieses Grundrechts¹¹³. Daserspähenvon Daten, das zwar nicht zwingend darauf abzielt, Informationen über die persönliche Lebensgestaltung zu gewinnen, im Ergebnis aber die Erstellung eines Persönlichkeitsprofils ermöglicht, verletzt das Recht jeder Person, selbst über die Verwendung ihrer persönlichen Daten zu bestimmen. Auch Daten mit – auf den ersten Blick – nur geringem Informationsgehalt können, „je nach dem Ziel des Zugriffs, Häufigkeit und den bestehenden Verarbeitungs- und Verknüpfungsmöglichkeiten, grundrechtserhebliche Auswirkungen auf die Privatheit und Verhaltensfreiheit des Betroffenen haben.“¹¹⁴ Es ist auf die „Nutzbarkeit und Verwendungsmöglichkeit“ der über die *deep packet inspection* gewonnenen Informationen abzustellen.¹¹⁵ Je häufiger Informationen erhoben werden, umso größer die Möglichkeit einer unzulässigen Profilerstellung. Hierin liegt die latente Gefahr der *deep packet inspection*-Methode. Dass diese Maßnahmen die informationelle Selbstbestimmung gefährden, reicht bereits aus, um den Schutz des Grundrechts auszulösen.¹¹⁶ Das gilt vor allem dort, wo Endkunden auf den Zugangsdienst der Zugangsanbieter angewiesen sind. Anderenfalls wäre aus Sicht der Endkunden stets ungewiss, ob ihre Informationsvermittlung überhaupt bzw. neutral erfolgt. Hierin liegt der wesentliche Unterschied zu anderen datenschutzrechtlich kritischen Internetsachverhalten, deren Abwehr durch das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nicht ohne

¹¹¹ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2, Rn 173 nach BVerfGE 65, 1 (42). Seit der Entwicklung des Grundrechts auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme mag bezweifelt werden, ob das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung sich tatsächlich vorrangig dem Schutze vor der Abrufbarkeit eines umfassenden Persönlichkeitsprofils einer betroffenen Person widmet.

¹¹² Dazu im Allgemeinen *Schlögel*, ZfP 2012, 85 (88 ff.).

¹¹³ *Polenz*, in: Kilian/Heussen (Hrsg.), Computerrecht, Teil 13, Rn. 7.

¹¹⁴ Vgl. BVerfGE 118, 168 (184 f.); 120, 274 (312).

¹¹⁵ *Hoffmann-Riem*, AöR 123 (1998), 513 (531).

¹¹⁶ So *Britz*, in: Hoffmann-Riem, Offene Rechtswissenschaft, S. 561 (578).

weiteres zur Geltung kommt – so etwa, wenn sich Einzelne bewusst in Bereiche im Internet begeben, in denen datenschutzfreundliche Regeln nicht angewendet werden oder wo sie gar freiwillig persönliche Daten preisgeben.

Die Netzneutralitätsproblematik hat auf die neuen Gefahren des Internet, wie sie von den Netzmanagementtechniken der Zugangsanbieter ausgehen, besonders eindringlich aufmerksam gemacht. Umso wichtiger sind die Schutzmechanismen des Grundrechts der informationellen Selbstbestimmung gegen solche Praktiken. Festzuhalten bleibt insofern, dass die neuen Netzmanagementtechniken der Zugangsanbieter wie die *deep packet inspection*, denen datenschutzrechtlich fragwürdige Vorgehensweisen zugrunde liegen, den Schutzmechanismus der informationellen Selbstbestimmung auslösen, soweit sie Daten der Endverbraucher ausspähen.

b) Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität von IT-Systemen

Das sog. IT-Grundrecht erscheint auf den ersten Blick zur Gewährleistung eines Zugangs zu Daten im Internet ergiebiger als es tatsächlich ist. Der bisher einzige Anwendungsfall des Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme betraf die Onlinedurchsuchung, also den heimlichen Zugriff auf ein informationstechnisches System durch Infiltration. Das Internet stellt ein informationstechnisches System im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dar.¹¹⁷ Der Begriff der informationstechnischen Systeme soll die neuen, miteinander vernetzten Informationstechnologien umfassen, die in den letzten Jahren an gesellschaftlicher Relevanz gewonnen haben. Augenscheinlich wurde dieses Grundrecht dazu entwickelt, um vor neuen Gefahren im Internet zu schützen.¹¹⁸ Deshalb ist es zwingend, „dass der Staat die mit Blick auf die ungehinderte Persönlichkeitsentfaltung berechtigten Erwartungen an die Integrität und Vertraulichkeit derartiger Systeme achtet“; und da dieser Schutz nicht zur Genüge von den bisherigen Grundrechten gewährleistet wurde, war die Ausprägung des Persönlichkeitsrechts auf das Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme unumgänglich.¹¹⁹

¹¹⁷ BVerfGE 120, 274 (276). Dazu siehe *Bäcker*, in: Rensen/Brink (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, S. 99 ff.

¹¹⁸ Vgl. BVerfGE 120, 274 (303 ff.).

¹¹⁹ BVerfGE 120, 274 (306).

Das Grundrecht entfaltet nur dann seinen Schutz, wenn Eingriffe nicht mithilfe der Art. 10 oder 13 GG oder dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung abgewehrt werden können. Es soll die Lücken schließen, die die sonstigen Grundrechte offen ließen – so wie es bei den staatlichen Onlinedurchsuchungen der Fall war.¹²⁰ Während der Schutz des Art. 10 GG nicht griff, weil es ausschließlich laufende Kommunikation schützt¹²¹, Art. 13 GG wegen seines räumlichen Bezugs nicht immer einschlägig war¹²² und das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nur der singulären Datenerfassung Grenzen setzte, bedurfte es nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts des Grundrechts auf Gewährleistung und Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, das die Datenerhebungen in ihrer Gesamtheit erfasst.¹²³ Da „die Zuordnung eines konkreten Rechtsschutzbegehrens zu den verschiedenen Aspekten des Persönlichkeitsrechts sich vor allem nach der Art der Persönlichkeitsgefährdung richtet“¹²⁴, folgt daraus, dass das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung insoweit enger ist, als es vor der Erhebung von vereinzelt Daten schützt. Das IT-Grundrecht soll hingegen vor der Beobachtung eines ganzen Nutzungsverhaltens im gesamten System schützen. So wird bei Onlinedurchsuchungen das Verhalten im System insgesamt analysiert; dabei werden sowohl vereinzelt Datenerhebung wahrgenommen als auch andersartige Nutzung registriert – bei entsprechendem Umfang und Vielfalt der gewonnenen Daten wird die Erstellung eines detaillierten Nutzungsprofils möglich.¹²⁵

Sieht man den Schwerpunkt dieses Grundrechts in dem Schutz vor Beobachtung persönlicher Nutzungsverhalten im Internet, so könnte in der Diskriminierung des Zugangs zu oder des Transport von Daten ein Eingriff in die ganz persönliche Nutzung des Internet gesehen werden, wenn den Zugangsanbietern unterstellt werden müsste, sie sammeln mithilfe der *deep packet inspection* Daten, um von jedem Endverbraucher konkrete Nutzungsprofile zu erstellen. Das IT-Grundrecht spielt daher für das Anliegen der Netzneutralität keine vorrangige Rolle, das sein Schwerpunkt der Schutz vor der Erstellung eines de-

¹²⁰ BVerfGE 120, 274 (302).

¹²¹ Ausführlich BVerfGE 120, 274 (306 ff.).

¹²² Hierzu BVerfGE 120, 274 (309 ff.).

¹²³ BVerfGE 120, 274 (311 ff). Hierzu ausführlich und kritisch *Eifert*, NVwZ 2008, 521 f.

¹²⁴ BVerfGE 101, 361 (380); 106, 28 (39); 120, 274 (303).

¹²⁵ So BVerfGE 120, 274 (314).

taillierten Persönlichkeitsprofils durch eine umfangreiche Datenerhebung ist. Es ginge nämlich zu weit, zu behaupten, die Datenanalyse mittels der *deep packet inspection* diene der Erstellung eines Nutzerprofils.

Das Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme fördert das Anliegen der Netzneutralität mithin nicht.¹²⁶

III. Allgemeine Handlungsfreiheit

Die allgemeine Handlungsfreiheit ist durch einen weiten Schutzbereich charakterisiert¹²⁷, der die Freiheit, sich oder andere umfassend nach eigenem Belieben ohne Beeinflussung von außen zu informieren, umfasst. Die allgemeine Handlungsfreiheit ist freilich subsidiär zu den bereits oben behandelten kommunikationsrelevanten Grundrechten.¹²⁸ So wäre seine Anwendung im Falle netzneutralitätswidrigen Praktiken nur in Fällen denkbar, in denen die Kommunikationsfreiheiten nicht einschlägig sind.¹²⁹

Der Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit unterscheidet sich vom Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung insoweit, als es auf das Verhalten und nicht auf die persönliche Integrität abstellt.¹³⁰

Im Vorliegenden ist das unbegrenzte Informieren-Wollen im Internet (sowohl für Kommunikator wie Rezipient) das Verhalten, dessen Schutzwürdigkeit im Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit zu untersuchen ist.

Die Offenheit dieses Schutzbereichs verhindert es, abschließende Fallgruppen der allgemeinen Handlungsfreiheit zu bilden. Grundsätzlich sind alle, auch „banale“ Verhaltensweisen geschützt. Wird die Verhaltensentscheidungsfreiheit behindert, liegt ein Eingriff

¹²⁶ Allerdings ist es durchaus vorstellbar, dass das IT-Grundrecht noch bei anderen Konflikten im Bereich der Netzkommunikation zum Zuge kommt, nämlich wenn es um die steigende Einflussnahme von Inhalteanbietern im world wide web gehen wird. Hierbei wird sogar seine Drittwirkung erläuterungsbedürftig werden. Man denke an die Diskussionen um Google und seine Meinungsmacht, dazu *Danckert/Mayer*, MMR 2010, 219 ff. und *Paal*, AfP 2011, 521 (523).

¹²⁷ Vgl. *Cornils*, HStR VII, § 168, Rn. 27; *Lang*, BeckOK GG, Art. 2, B. Allgemeine Handlungsfreiheit, Rn. 8.

¹²⁸ *Lang*, BeckOK GG, Art. 2, Rn. 29.

¹²⁹ So insbesondere *Koenig/Fechtner*, K&R 2011, 73 (75 f.), die der Ansicht sind, der Schutz der Kommunikationsfreiheiten richtet sich an die Inhalte und nicht den Transport dieser, dazu bereits oben Kap.4.

¹³⁰ Vgl. *Cornils*, HStR VII, § 168, Rn. 29 – „Entscheidungsfreiheit im Hinblick auf Verhalten“.

vor. Die Entscheidung, einen bestimmten Onlinedienst nutzen zu wollen, wird beschnitten, wenn der Zugangsanbieter diese Entscheidung behindert.

Ein Blick auf die bisherigen von der allgemeinen Handlungsfreiheit geschützten Fälle¹³¹ zeigt, dass sie ihre Grenzen dort findet, wo das Verhalten an Rechte anderer stößt. Während das Reiten im Walde oder das Taubenfüttern grundsätzlich keine grundrechtlichen Positionen anderer berührt, gefährdet das Alkoholtrinken eines Bundeswehrsoldaten 12 Stunden vor seinem Einsatz die öffentliche Sicherheit. Für die Fälle der diskriminierenden Übermittlung von Daten, insbesondere der Behinderung von Informationstransport und -zugang, stellt sich die Frage, ob das Verhalten ebenfalls Rechte Dritter oder wesentliche Werte (wie bspw. die öffentliche Sicherheit) berührt. Das Bedürfnis nach selbstbestimmtem Verhalten im Internet und nach einem Bezug von Informationen daraus weist keine vergleichbare Berührungspunkte mit Grundrechtspositionen anderer auf, die über die üblichen Berührungen mit Positionen Dritter hinausgehen; auch dann nicht, wenn Zugangsanbieter behaupten, die Netzwerksteuerung und die darauf gründende Diskriminierung von Daten finde zum Schutze von Internetnutzern statt, die intensivere und deshalb kritische Daten zu übermitteln haben. Um solche Ziele zu rechtfertigen, stehen den Zugangsanbietern andere Mittel zur Verfügung, so sind separate Infrastrukturen außerhalb des allgemeinen Netzes denkbar. Im Ergebnis finden diese Praktiken Anwendung, um die Telekommunikationsstrukturen effizienter zu nutzen und nicht, um Positionen anderer zu optimieren.

Die Internetnutzung hat eine wesentliche Bedeutung für die zwischenmenschliche Kommunikation errungen, die es rechtfertigt, in ihrem Zugang für jeden Menschen nach freier, selbstbestimmter Entscheidung ein wesentliches und deshalb zu schützendes Anliegen zu sehen. Im Falle der netzneutralitätswidrigen Praktiken bedeutet es, dass sich der Endkunde im Zweifel auf seine allgemeine Handlungsfreiheit berufen kann, sollte sich der Zugangsschutz zu Daten im Internet nicht aus vorrangigen Grundrechten ableiten lassen.

C. Gleichheit von Daten?

Der Begriff der Gleichheit von Daten im Internet, mit dessen Hilfe die Netzneutralität beschrieben wird, führt bei genaueren Betrachtung der grundrechtlichen Einordnung der

¹³¹ Siehe z.B. bei *Lang*, BeckOK GG, Art. 2, Rn. 6.

Netzneutralität in die Irre.¹³² Obwohl die Diskussion um die Netzneutralität – so jedenfalls in der tagesaktuellen Diskussion – vordergründig als Forderung nach der Gleichheit von Diensten und Anwendungen im Internet beschrieben wird und damit jedenfalls für Rechtswissenschaftler die Anwendung des Gleichheitssatzes aus Art. 3 GG impliziert, ist Netzneutralität kein Gebot, das im Art. 3 GG zu verorten wäre. Die Netzneutralität als ein Grundsatz der Gleichheit von Diensten und Anwendungen dient lediglich der plakativen Beschreibung der Idee der Netzneutralität und stellt keine juristisch verwertbare Kategorie dar. Dies zeigt die Untersuchung des Art. 3 GG:

Während Art. 3 Abs. 1 GG den allgemeinen Gleichheitssatz formuliert und Art. 3 Abs. 2 GG die Gleichheit zwischen Mann und Frau sichert, beinhaltet Art. 3 Abs. 3 GG das Diskriminierungsverbot, dessen Vergleichsgruppen ausdrücklich benannt werden. Aufgrund der ausdrücklichen Nennung der Vergleichsgruppen ist Art. 3 Abs. 3 GG als speziellerer Gleichheitssatz vorrangig.¹³³

Die Systematik des Gleichheitssatzes verlangt nach einer Vergleichsgruppe. Wenn Zugangsanbieter Datenpakete unterschiedlich behandeln, dann vorrangig um Datenstaus im Internet zu vermeiden. Sie nutzen die Erkenntnis, dass einige Datenpakete leichter zu übermitteln sind als andere, um Pakete nach eigener Einschätzung zu steuern und die Netze zu entlasten. Während die einen priorisiert werden, müssen die anderen Pakete „warten“. Dabei werden die Pakete, deren Absender bzw. Empfänger für eine Priorisierung bezahlt hat, schneller übermittelt; Pakete eines Absenders bzw. Empfängers, der seine ihm monatlich zur Verfügung stehende Datenkapazität nach Ansicht des Zugangsanbieters ausgeschöpft hat, werden posteriorisiert. Da sich hinter jedem Datenpaket ein Grundrechtsträger als Kommunikator oder Rezipient verbirgt, bilden sie als Nutzer die Vergleichsgruppe im Sinne des Gleichheitssatzes.

Aufgrund des Best Effort-Prinzips wurden Datenpakete bisher gleichbehandelt: Wer zuerst die Übermittlung verlangte, wurde zuerst bedient. Die neuen Technologien ermöglichen es im Prozess der Übermittlung, die Datenpakete mithilfe der *deep packet inspection* nach ihren Merkmalen zu identifizieren und aufgrund dieser Merkmal zu differenzieren.

¹³² Jedenfalls mit gleichem Ergebnis *Hörauf*, HFR 2011, 71 (78).

¹³³ *Kischel*, BeckOK GG, Art. 3, Rn. 1 f.

Die Zugangsanbieter unterscheiden dann bei der Weiterleitung der Datenpakete unterschiedlicher Nutzer nach den Merkmalen der jeweiligen Datenpakete (Weiterleitung eines Livestream-Abrufs auf der einen, Verlangsamung der E-Mail-Sendung auf der anderen Seite). Soweit gleiche Datenpakete mehrerer Nutzer unterschiedlich behandelt werden, liegt eine Ungleichbehandlung vor.

Sobald Zugangsanbieter aber Gebrauch von vertraglichen Qualitätsabstufungen (z.B. Vereinbarung einer Datendrosselung), bietet der Gleichheitssatz keinen Schutz mehr, da nicht mehr von einer ungerechtfertigten ungleichen Behandlung die Rede sein kann. Es wird darauf hingesteuert, diejenigen Daten zu priorisieren, deren Absender/Empfänger dafür zusätzlich zahlen. Endkunden aus der gleichen Vertragsgruppe müssen von Vertrags wegen gleich behandelt werden. Die Folge ist lediglich, dass nun Ungleiches – zwei Endkunden, die unterschiedlichen Tarifen untergeordnet sind – ungleich behandelt wird. Das stellt hingegen keinen Verstoß gegen Art. 3 GG dar.

D. Zusammenfassung

Unabhängig von der Natur des Onlinedienstes und des Grundrechts, das entsprechend seiner Inhalte Schutz entfaltet, ist allen Grundrechten, die die diskriminierende Behandlung von Daten abwehren, eines gemeinsam: Damit sie überhaupt zur Anwendung kommen, muss ihre Ausübung gesichert werden. Der Grundsatz der neutralen Datenübermittlung im Internet gewährleistet die Ausübung aller kommunikationsrelevanten Grundrechte. Alle netzneutralitätswidrigen Behandlungen von Daten im Internet seitens der Zugangsanbieter sind grundrechtlich als Störungen der Übermittlung von Kommunikationsinhalten aufzufassen. Auf der Ebene der sachlichen Schutzbereiche muss dabei unterschieden werden. Störungen in der Datenübermittlung sind bei den kommunikationsrelevanten Grundrechten in zweifacher Hinsicht denkbar. Zum einen kann es zu Beeinträchtigungen des Transports von Daten kommen und damit die Kommunikatoren belasten. Zum anderen sind die Rezipienten bei Behinderung des Zugangs zu Daten schutzbedürftig. Zudem spielen die grundrechtlichen Belange des Datenschutzes eine Rolle.

Insbesondere die massenkommunikativen Inhalte erfahren Schutz durch die Rundfunk-, Presse- und Meinungsäußerungsfreiheit. Alle anderen individualkommunikativen Inhalte, deren Zugänglichkeit die Voraussetzung zwischenmenschlicher Kommunikation und Meinungsbildung darstellt, sind durch die Informationsfreiheit geschützt. Zudem schützen das Fernmeldegeheimnis und das Grundrecht auf informationelle Selbstbestim-

mung die individualkommunikativen Dienste vor den Methoden, die der Ungleichbehandlung von Daten dienen; durch diese beiden Grundrechte erweitert sich das Anliegen der Netzneutralität um Aspekte des Datenschutzes. Während die Kommunikationsfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG den Prozess der Übermittlung der Onlinedienste schützen, stellen das Fernmeldegeheimnis und das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung auf die Vertraulichkeit der Kommunikation und den Persönlichkeitsschutz ab. Netzneutralitätswidrige Eingriffe stehen dabei stets in Widerspruch zu diesen Grundsätzen. Einzig das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme sowie der Gleichheitssatz eignen sich nicht, um ein neutrales Netz zu gewährleisten.

Kapitel 5: Netzneutralität als Gegenstand grundrechtlicher Schutzpflichten

Die Netzneutralität soll aus der Perspektive des Rezipienten den diskriminierungsfreien Zugang zu Daten im Internet gewährleisten; aus der Sicht des Kommunikators zielt sie auf den diskriminierungsfreien Transport von Daten im Internet. Dieser wird grundsätzlich durch die Schutzbereiche der kommunikationsrelevanten Grundrechte vorgegeben. Nur ein freier Zugang *zu* Daten sowie freier Transport *von* Daten vermag die verfassungsrechtlich gebotene Offenheit des Kommunikationsprozesses und damit die chancengleiche Teilhabe an diesem zu gewährleisten.¹ Es konnte zwar festgestellt werden, dass die Grundrechte den Transport von und den Zugang zu Daten im Internet als eine ihre Anwendung ermöglichende Bedingung voraussetzen und deshalb schützen. Es bleibt indes zu klären, ob ein verfassungsrechtlich gegebenes Recht auf offene, von außen nicht manipulierte Informationsübermittlung als Bedingung der Internetkommunikation auch dann besteht, wenn hierbei ausschließlich Privatrechtsverhältnisse berührt werden.

Obwohl Grundrechte vor allem Abwehrrechte gegen den Staat sind, kann ihnen partiell eine überragende Bedeutung solchen Ausmaßes zugesprochen werden, dass sie auf Privatrechtsverhältnisse übertragen werden. Dogmatisch untermauert wird diese Ausstrahlungswirkung der Grundrechte mithilfe der Schutzpflichtenlehre. Im Ergebnis führt dies dazu, dass die Netzneutralität als eine verfassungsrechtliche Bedingung der Internetkommunikation Geltung beansprucht und zu ihrer Wirksamkeit durch den Staat zu gewährleisten ist.

Die Begründung einer staatlichen Schutzpflicht durch einzelne, die netzneutrale Kommunikation gewährleistenden Grundrechte setzt voraus, dass den Schutzbereichen, die eine diskriminierungsfreie Datenübertragung im Internet gewährleisten, eine objektivrechtliche Stellung im Wertesystem des Grundgesetzes zukommt. Nach der Vorstellung der Rolle der Privatrechtsverhältnisse in der Internetkommunikation soll der Frage nachgegangen werden, weshalb den grundrechtlichen Schutzbereichen, die das neutrale Netz schützen, eine besondere Bedeutung für die verfassungsmäßige Ordnung zukommt und

¹ Kloepfer, in: Prütting (Hrsg.), Probleme des Zugangs, S. 7.

deshalb eine staatliche Schutzpflicht gerechtfertigt ist. Sodann soll auf die Rechtsfolgen einer grundrechtlich untermauerten Netzneutralität im Rahmen der Internetkommunikation eingegangen werden.

A. Netzneutralität als Problem innerhalb von Privatrechtsverhältnissen

I. Staatliche Pflicht zum Schutz vor Diskriminierung von Daten

Seit der Privatisierung des Telekommunikationssektors ist es nicht mehr der Staat, der Macht über die Infrastrukturen hat und dem man im Falle von Manipulationen die Kommunikationsfreiheiten entgegen halten kann. Über diese Strukturen verfügen nun Private, für die jedoch Grundrechte keine unmittelbare Wirkung entfalten. Während das Internet neue Möglichkeiten für die zwischenmenschliche Kommunikation eröffnet, birgt es zugleich neue Gefahren. Neben der Einflussnahme auf den Transport und Zugang der Daten im Internet kommen die Möglichkeiten, unbemerkt Daten im Netz zu erspähen, hinzu.² Insbesondere die Schutzmechanismen der Grundrechte sind geeignet, solchen Vorgehensweisen entgegenzutreten. Da die Grundrechtsausübung im Internet nun auch von Privaten bedroht wird,³ stellt sich ein weiteres Problem für den Grundrechtsschutz von Internet-sachverhalten dar, nämlich die Überwindung der mangelnden Grundrechtswirkung auf private Akteure und damit die Schutzlosstellung von Grundrechtsträgern gegen mögliche Manipulationen. Ein Grundrecht auf Netzneutralität im Sinne eines Abwehrrechtes gegen den Staat scheidet aus, weil es sich beim Internetzugang um rein privatrechtliches Verhältnis zwischen Zugangsanbieter und Endverbraucher handelt. Grundrechte finden hier insofern keine direkte Anwendung.

Das Internet ist ein Übertragungsmedium, das keine Grenzen setzt: sowohl die Kommunikatoren sind in ihrer Informationsverbreitung wie die Rezipienten in ihrem Zugang zu unendlich vielen Informationsquellen grundsätzlich unbeschränkt. Daraus folgt aber ein „gesteigerter kommunikativer Einfluß“ der Partizipierenden, der kommunikative „Macht“

² So wie es in jüngster Zeit die Affäre um den US-amerikanischen Dienst National Security Agency (NSA) verdeutlicht hat, dazu bspw. FAZ.NET, Die NSA späht gezielt einzelne Internetnutzer aus“, Meldung vom 31.07.2013, abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/ueberwachung/neue-enthuellungen-durch-snowden-die-nsa-spaecht-gezielt-einzelne-internetnutzer-aus-12314102.html> (zuletzt abgerufen am 29.10.2013).

³ Siehe exemplarisch *Schlögel*, ZfP 2012, 85 (93 f.).

ermöglicht und weder staatlich beschränkt noch instrumentalisiert werden darf; ihre Grenzen sind dort, wo die Einflussnahme zum Instrument von Machträgern wird und den Grundsatz kommunikativer Chancengleichheit⁴ bricht.⁵

Die internetspezifische Gefährdung ist die zunehmende Einflussnahme insbesondere der Zugangsanbieter auf den Informationsfluss im Internet, so z.B. durch gezielte Selektion von Onlinedienstleistungen. Das gefährdet die Meinungsvielfalt. „Vielfaltssichernde Vorkehrungen (werden) verstärkt im Hinblick auf die Herrschaft über Inhalte, Programmquellen und Ereignisse erforderlich“.⁶ Da die „Information zu einer Handlungsvoraussetzung des Individuums, zu einer Funktionsbedingung des freiheitlich-demokratischen Staatswesens, zu einem Produktionsfaktor der Wirtschaft sowie zu einer Grundlage des Staatshandelns“⁷ geworden ist und die Bedeutung des Internet als vorrangige Informationsquelle stetig wächst, ist eine staatliche Schutzpflicht des Informationstransports und -zugangs mit Blick auf die internetspezifischen Gefährdungen derselben angezeigt – das Bedürfnis nach staatlichem Schutz wächst. Ohne grundrechtliche Schutzmechanismen wären diese Werte der Kommunikationsverfassung gegenüber Eingriffen Privater schutzlos gestellt.

Die besondere Bedeutung des neutralen Netzes für die Informations- und Kommunikationsordnung legt einen Schutzauftrag des Staates nahe. Eine Pflicht des Staates zum Schutz der Netzneutralität gebieten die Grundrechte. Ein daraus ableitbares subjektives Recht auf Netzneutralität begründet es hingegen nicht. Dieser Schutzauftrag ist durch die Sicherstellung eines manipulationsfreien Transports von und Zugangs zu kommunikativen Inhalten zu erfüllen.

„Informationelle Ungleichgewichte und Asymmetrien können staatliches Handeln rechtfertigen. So weist das Grundgesetz dem Staat eine Art ‚verfassungsrechtliche Garantstellung‘ für die Durchsetzung einer freiheitlich-rechtsstaatlich verfassten Informationsordnung zu, die sich sowohl aus Art. 87f

⁴ BVerfGE 25, 265, spricht von der „Gleichheit der Chancen beim Prozeß der Meinungsbildung“.

⁵ Hoffmann-Riem, AK-GG, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 120.

⁶ So bereits Trute, VVDStRL 57 (1997), S. 242 f. In diesem Sinne auch Kloepfer, in: Prütting, S. 7 (19 f.).

⁷ Schoch, VVDStRL 57 (1997), 158 (214, 179).

GG als auch aus dem objektiven Grundrechtsschutz, insbesondere der grundrechtlichen Schutzpflicht, ergibt.“⁸

Ob diese Schlussfolgerung auch für die Netzneutralität zutrifft, ist Schwerpunkt der nachfolgenden Untersuchung. Schließlich begründet auch die Privatisierung der ursprünglich staatlichen Aufgabe der Daseinsvorsorge – die Telekommunikationsdienstleistungsvorsorge – eine Regulierungsnotwendigkeit im Hinblick auf netzneutrale Internetkommunikation. Die Frage nach Schutzmechanismen vor Eingriffen in Internetkommunikationsvorgänge etwa in Form der Internetregulierung ist schließlich aus den Grundrechten ableitbar. Abschließende Überlegungen gelten der Frage, ob ein „Regelwerk“ für Internetsachverhalte sinnvoll ist und wie dieses gegebenenfalls auszugestalten wäre, um auf seine Besonderheit als Schnittstelle zwischen mehreren einschlägigen Rechtsordnungen – Privat- und Öffentliches Recht – sowie als Schnittstelle zwischen „Individualität und Kollektivität“ einzugehen.⁹

II. Eingriff durch Private

Seit der Privatisierung der Telekommunikationsinfrastruktur beherrschen Private das Internet. Der Staat selbst hat keinerlei direkte Einwirkungsmöglichkeit auf die Übermittlungsprozesse. Das führt dazu, dass insbesondere die Internetkommunikation besonderen Gefahren durch mächtige Dritte ausgesetzt wird, ohne einer notwendigen Reglementierung zu unterliegen. So sind es im Falle einer diskriminierenden Datenübermittlung private Dritte, die Telekommunikationsinfrastrukturen insoweit beherrschen, dass sie Kommunikationsinhalte und Information im Zweifel zu kontrollieren vermögen.¹⁰ In welcher Form die Zugangsanbieter in die Kommunikationsvorgänge eingreifen, wurde größtenteils bereits oben vorweggenommen: Die Eingriffe erfolgen in die Kommunikationsprozesse im Internet zum Zeitpunkt der Übermittlung von Daten. Die Eingriffe werden durch technische Vorgehensweisen wie die *deep packet inspection* ermöglicht. Informationen werden zum Zeitpunkt ihrer Übermittlung nach ihrem Dienstetyp unterschieden. Je nach Dienstetyp wird darüber entschieden, ob sie vorrangig übermittelt oder verzögert weitergeleitet wer-

⁸ Schoch, in: Leipold (Hrsg.), Rechtsfragen des Internet und der Informationsgesellschaft, S. 88.

⁹ Dazu Hoffmann-Riem, JZ 2012, 1081, 1083.

¹⁰ Bestes Beispiel sind Google, Facebook und Co. Zur Art und Weise dieser Eingriffe siehe Mengerling, in: Säcker, BerlKommTKG, § 41 a Rn. 6 ff.

den. Die Manipulation der Datenübermittlung führt im schlimmsten Falle zur Manipulation der Vielfalt von meinungsbildenden Quellen.

Galt es einst die staatliche Zensur im Internet abzuwehren, sind es heutzutage Private, deren zensurähnliche Eingriffe in Kommunikationsinhalte im Internet zu verhindern sind. Die Gefahr der Diskriminierung liegt weniger in der Ungleichbehandlung der Internetnutzer als vielmehr in der Beschränkung von kommunikationsrelevanten Diensten und der Ungewissheit über ihre Übermittlung an andere Kommunikationsteilnehmer. Diese Methoden dienen der Durchsetzung wirtschaftlicher Interessen und führen zu erheblichen Eingriffen in die Kommunikationsprozesse, die bewusst zur Steuerung von Verhaltensweisen genutzt werden können. Daraus resultiert erhebliche Beeinflussung der Meinungsbildung, die die bisherige Unverfälschtheit der Informations- und Kommunikationsordnung gefährdet.

III. Grundrechtsbindung von Unternehmen

In Literatur und Rechtsprechung wurde bereits der Frage nachgegangen, ob die Grundrechte auch private Dritte binden oder die Verhältnisse zwischen Privaten zumindest beeinflussen; so insbesondere in Fällen, in denen ein Unternehmen Aufgaben der Daseinsvorsorge erfüllt. Die Grundrechtsbindung von Unternehmen mit Daseinsversorgungsauftrag wird allerdings verneint, wenn sie größtenteils privatisiert wurden. So scheiterte die Zurechenbarkeit zum Staat etwa bei einem 17%igen Anteil der KfW oder einem 15%igen Anteil des Bundes.¹¹ Eine *unmittelbare* Grundrechtswirkung kommt in diesen Fällen nicht in Betracht.

In anderen Fällen wird eine *mittelbare* grundrechtliche Bindung privater Dritter bejaht. Das Bundesverfassungsgericht führt aus, dass

„je nach Gewährleistungsinhalt und Fallgestaltung die mittelbare Grundrechtsbindung Privater einer Grundrechtsbindung des Staates vielmehr nahe oder auch gleich kommen (kann). Für den Schutz der Kommunikation kommt das insbesondere dann in Betracht, wenn private Unternehmen die Bereitstellung schon der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation selbst über-

¹¹ So Remmert, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87f, Rn. 3 f.

*nehmen und damit in Funktionen eintreten, die – wie die Sicherstellung der Post- und Telekommunikationsdienstleistungen – früher dem Staat als Aufgabe der Daseinsvorsorge zugewiesen waren.*¹²

Damit betont das Bundesverfassungsgericht eine mittelbare Grundrechtsbindung insbesondere für Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen, die eine ursprünglich dem Staat obliegende Aufgabe der Daseinsvorsorge übernommen haben.

*„Dass auch die Beteiligung der Privaten an dem Unternehmen grundrechtlich geschützt ist, scheint sich zwar prima facie mit einer Grundrechtsbindung des Unternehmens nicht zu vertragen. Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsbindung müssen sich jedoch nicht zwingend ausschließen. Zum einen sind die Privaten die Beteiligung in der Kenntnis und dem Bewusstsein der besonderen öffentlich-rechtlichen Verstrickung des Unternehmens eingegangen (Fraport, BVerfGE 128, 226 (247)). Zum anderen ließe sich die Grundrechtsbindung auf die staatlichen Anteilseigner und auf eine Verpflichtung beschränken, ihre Beteiligungsrechte grundrechtskonform zur Geltung zu bringen.*¹³

Aus diesem Grund sind der Privatautonomie der Zugangsanbieter Grenzen gesetzt. Obwohl die Tatsache, dass die Telekommunikationsinfrastrukturen von privaten Dritten in Kenntnis ursprünglicher Daseinsvorsorgestrukturen übernommen wurden, nicht reicht, um jedenfalls eine unmittelbare Grundrechtsbindung anzunehmen, sollte dieser Aspekt bei der grundrechtlichen Abwägung zwischen Grundrechten der Endkunden und Grundrechten des Zugangsanbieters berücksichtigt werden.

Dies geschieht, indem die Beurteilung der Grundrechtskonformität dieser Praktiken im Wege der Privatrechtswirkung der einschlägigen Grundrechte erfolgt. Obwohl es also grundsätzlich „kein grundrechtliches Rechte- und Pflichtenverhältnis zwischen Privaten“¹⁴ gibt und die Handlungen des Zugangsanbieters, die den Grundsätzen der Netzneutralität (und damit den Grundrechten) widersprechen und deshalb nicht vom Betroffenen als Grundrechtsverletzung gegenüber dem Zugangsanbieter geltend gemacht werden können,

¹² BVerfGE 128, 226 (249 f.).

¹³ Martini, VerwArch 2011, 315 ff.

¹⁴ Isensee, HStR V (2. Aufl. 1999), § 111, Rn. 134 a. E.

kommt ausschließlich der Staat als möglicher Grundrechtsadressat in Betracht, der ihnen von Verfassung wegen verpflichtet ist.¹⁵ Zwar sind die Grundrechte vor allem Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten und die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte beleuchten das Problem der Privatrechtswirkung der Grundrechte näher. Beide Konzepte sind Ausdruck einer objektiven Grundrechtsdimension¹⁶ – aus der in den Grundrechten verkörperten objektiven Wertentscheidung der Verfassung folgt die Ausstrahlungswirkung ihrer Gehalte auf das gesamte Rechtssystem und damit mittelbar auch auf die Privatrechtsverhältnisse.¹⁷

Neben den wenigen ausdrücklich im Grundgesetz genannten Gegenständen staatlichen Schutzes wird anderen Grundrechten ein ungeschriebener staatlicher Schutzauftrag zugesprochen.¹⁸ Grundsätzlich können sämtliche Grundrechte Schutzpflichten begründen.¹⁹ Das folgt aus der Vorstellung von Grundrechten als ein System objektiver Wertentscheidung.²⁰ Die grundrechtliche Schutzpflicht bezeichnet „das rechtlich gebotene Verhalten des Staates angesichts von Verletzungen und Gefährdungen grundrechtlich geschützter Güter durch (u.a.) private Dritte“.²¹ Die durch die Grundrechte verkörperte objektive Wertentscheidung gebietet grundrechtliche Schutzpflichten des Staates vor allem dort, wo Bürger auf die Handlungen des eingreifenden Dritten besonders angewiesen sind²². Denn es wird angenommen, dass dort häufig ein Kräfteungleichgewicht zwischen den Beteiligten herrscht (so etwa im Rahmen der Kommunikationsinfrastrukturen).²³ Ansonsten würde die Grundrechtsausübung in Fällen von Beeinträchtigungen durch Dritte gänzlich unmöglich

¹⁵ *Isensee*, HStR IX, § 191, Rn. 263 f.

¹⁶ *Degenhart*, BK-GG, Art. 5 Abs. 1, Rn. 62, 315; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, S. 158. In diesem Zusammenhang zum objektiven Grundrechtsgehalt *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 106 ff.

¹⁷ Erstmals BVerfGE 7, 198 (205). Hierzu vor allem *Isensee*, FS Kriele, S. 5 (32 f.).

¹⁸ So *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 33; *Stern*, DÖV 2010, 241 (246).

¹⁹ So *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, S.154 ff., 159 m.w.N.

²⁰ Dazu *Dietlein*, Die Lehre von den staatlichen Schutzpflichten, S. 51 ff.

²¹ *Klein*, NJW 1989, 1633 (1639).

²² So *Klein*, NJW 1989, 1633 (1636). Etwas anderer Ansatz bei *Krings*, FS Stern, S. 425 (430 ff.).

²³ BVerfGE 81, 242 (255). Siehe dazu *Isensee*, HStR IX, § 191, Rn. 197.

werden.²⁴ Es sind Fälle, in denen das Grundrecht seine Wirkung nicht entfalten kann, wenn bereits das grundrechtlich geschützte Verhalten unterbunden wird. Die Schutzpflicht richtet sich mithin gegen Gefahren, die sich aus einem staatlichen Unterlassen ergeben.²⁵ Im Ergebnis begründet die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten daher eine staatliche Garantenstellung, wenn Dritte grundrechtsrelevante Positionen Einzelner gefährden. Neben dem Verbot, in grundrechtlich geschützte Lebenssachverhalte einzugreifen, wird dem Staat auch die Verpflichtung auferlegt, grundrechtliche Positionen gegen nichtstaatliche Eingriffe zu schützen.²⁶ Der Schutzauftrag richtet sich an den Gesetzgeber.²⁷ Daneben dient auch die Konkretisierung gesetzlicher Bestimmungen durch die Rechtsprechung im Lichte der Grundrechte der Verwirklichung des Schutzauftrages.²⁸

Während die Schutzpflichtenlehre bei den Aufgaben des Sozialstaates ansetzt, soweit die staatlichen Organe der Gesetzgebung, der Verwaltung und der Gerichtsbarkeit das Handeln Privater regulieren, überwachen und erforderlichenfalls korrigieren, stellt die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung auf die Rechtsbeziehungen unter Privaten ab und fragt danach, ob und wie die Grundrechte in die Beziehung zwischen Privaten einwirken.²⁹ Nach dem klassischen Verständnis wirken die Regelungsgehalte der Grundrechte über die Generalklauseln auf das Privatrecht ein (insbesondere §§ 138, 242 BGB).³⁰ Inzwischen wird die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung durch die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten unterfüttert: die Grundrechte werden nicht durch die Privaten selbst verletzt, sondern entfalten ihre Wirkung erst, indem sie vom Zivilrichter berücksichtigt werden.³¹ Der Staat stellt sich – bildlich gesprochen – schützend vor den Grundrechtsberechtigten, weil er

²⁴ In diesem Sinne *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, S. 154 ff. Aus der völkerrechtlichen Perspektive im Bezug auf transnationale Unternehmen siehe *von Bernstorff*, Die völkerrechtliche Verantwortung für menschenrechtswidriges Handeln transnationaler Unternehmen, S. 16 ff.

²⁵ *Isensee*, in: HStR IX, § 191, Rn. 1.

²⁶ BVerfGE 39, 1 ff.; 46, 160 (164 f.); 49, 24 (53); 49, 89 (140 ff.); 53, 30 (57 ff.); 56, 54 (78); 66, 39 (61); 77, 170 (229 f.); 77, 381 (402 ff.); 128, 226 (249 f.).

²⁷ BVerfGE 81, 242 (255); 92, 26 (46); 97, 169 (176); hierzu u.a. *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, S. 201 ff.; *Unruh*, Zur Dogmatik grundrechtlicher Schutzpflichten, S. 23.

²⁸ BVerfGE 7, 198 (205); BVerfGE 89, 214 (229). *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs.1, Rn. 20.

²⁹ In Anlehnung an *Breuer*, in: HStR VIII, § 170, Rn. 98 m.w.N.; vgl. auch *Klein*, NJW 1989, 1633 (1639); *Isensee*, HStR IX, § 191, Rn. 251 f.

³⁰ *Armbrüster*, Münchner BGB-Kommentar, § 134, Rn. 34.

³¹ *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 33 ff.

dazu verpflichtet ist. Das Verhältnis zwischen den beiden Ansätzen ist demnach ‚inklusive‘³² – die grundrechtlichen Schutzpflichten erschließen den Umfang der Drittwirkung der Grundrechte.³³

Bei der Beurteilung der Grundrechtswirkung im Privatrecht ist es ausreichend, die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten als Konkretisierung der mittelbaren Drittwirkung hinzuzuziehen. Dieses Konzept gibt hinreichende Anhaltspunkte dafür, wie mithilfe der Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten die Privatrechtswirkung der Grundrechte begründet wird. Damit ist aus dem objektiven Gewährleistungsgehalt der Kommunikationsfreiheiten auf ihre grundrechtliche Schutzwirkung gegen Eingriffe der Zugangsanbieter in Internetkommunikationsprozesse der Endkunden zu schließen.³⁴

IV. Die Herleitung grundrechtlicher Schutzpflichten

Eine konkrete Herangehensweise bei der Herleitung von Schutzpflichten seitens des Bundesverfassungsgerichts lässt sich kaum bestimmen. Die Schutzpflichtenrechtsprechung stützt sich jedoch einheitlich auf den Charakter der Grundrechte als objektive Wertentscheidungen.³⁵ Im Lüth-Urteil legte das Bundesverfassungsgericht erstmals das dogmatische Fundament einer Privatrechtswirkung der Grundrechte.³⁶ Das Verständnis von Grundrechten als Abwehrrechte gegen den Staat konnte die Frage nach der Grundrechtswirkung auf Privatrechtsverhältnisse nicht beantworten. Das Gericht stützte sich auf die Erkenntnis, dass manche Grundrechte eine wertentscheidende Dimension aufweisen³⁷, und schloss daraus auf die Schutzpflicht des Staates.

³² So *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 285.

³³ So *Degenhart*, BK-GG, Art. 5 Abs. 1, Rn. 62; *Klein*, NJW 1989, 1633 (1640) m.w.N. Das Verhältnis zwischen den beiden Konzeptionen ist stark umstritten, dazu ausführlich *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, S. 144 f. und 252 ff. Siehe noch *Alexy*, Theorie der Grundrechte S. 484 ff., der ein Drei-Ebenen-Modell der Drittwirkung entwickelte.

³⁴ *Redeker*, IT-Recht, Rn. 1072.

³⁵ Hierzu u.a. *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, S. 158.

³⁶ BVerfGE 7, 198 ff. Dazu im Detail *Rensmann*, Wertordnung und Verfassung, S. 94 ff.

³⁷ So bspw. zu Art. 6 Abs. 1 GG die BVerfGE 6, 55 (71 ff.): „Art. 6 Abs. 1 GG ist eine wertentscheidende Grundsatznorm. Er stellt Ehe und Familie als die Keimzelle jeder menschlichen Gemeinschaft, deren Bedeutung mit keiner anderen menschlichen Bindung verglichen werden kann, unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. (...) Aufgabe der Verfassungsrechtsprechung ist es, die verschiedenen Funktionen einer Verfassungsnorm, insbesondere eines Grundrechts, zu erschließen. Dabei ist derjenigen Auslegung der Vorzug zu geben, die die juristische Wirkungskraft der betreffenden Norm am stärksten entfaltet“ (Thoma). (...)Eine Interpretation von Art. 6 Abs. 1 GG nach diesem Prinzip zeigt,

Kaum noch umstritten und wiederholt bestätigt ist die bundesverfassungsgerichtliche Entwicklung der staatlichen Schutzpflicht des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit.³⁸ Die Rechtsprechung verweist hierzu auf den Zusammenhang zwischen dem Rang des Rechtsguts und der Intensität der Schutzverpflichtung: je höher der Rang des Rechtsgutes innerhalb der Wertordnung des Grundgesetzes, desto umfassender die staatliche Schutzverpflichtung.³⁹

Die Literatur kritisiert den Ansatz des Bundesverfassungsgerichts, das so gut wie keinem Grundrecht seine objektiv-rechtliche Wertung versagt und damit gewissermaßen stets eine Schutzpflicht aus Grundrechten begründet.⁴⁰ Eine Generalisierung der einzelnen Grundrechte als objektive Wertentscheidungen beinhaltende Normen sei abzulehnen. Ansonsten müssten alle grundrechtlichen Inhalte, unabhängig davon, ob ihre Gefährdung vom Staat oder von Privaten ausgeht, ihre Wirkung auf allen Ebenen der Rechtsordnung entfalten. Dabei würde man den besonderen Charakter der Grundrechte als Abwehrrechte verkennen. Vielmehr sei auf die vom jeweils betroffenen Grundrecht geforderte Intensität des Schutzes gegen Eingriffe privater Dritter abzustellen.⁴¹

Eine mögliche Konkretisierung der Schutzpflichten bietet eine Formel, die zur Bejahung einer grundrechtlichen Schutzpflicht drei Elemente verlangt. Erstens ist das Objekt auszumachen, das jedes Schutzgut eines Freiheitsgrundrechts sein kann. Zweitens folgt die Feststellung eines Prädikats, also eine tatbestandliche Handlung, die das Schutzgut gegen den Willen des Grundrechtsträgers bedroht. Und schließlich drittens muss der Eingriff von einem Privaten ausgehen (Subjekt).⁴² Auf der Rechtsfolgenseite ist zu bestimmen wie weit der grundrechtliche Schutzauftrag geht.⁴³ Um den objektiv-rechtlichen Wert eines Grund-

daß er nicht nur ein Bekenntnis enthält und als Institutsgarantie wirkt, sondern darüber hinaus zugleich eine Grundsatznorm darstellt, das heißt eine verbindliche Wertentscheidung für den gesamten Bereich des Ehe und Familie betreffenden privaten und öffentlichen Rechts.“

³⁸ Insb. BVerfGE 39, 1 (41 f.); 46, 160 (164); 49, 24 (53); 49, 89 (141 f.); 53, 30 (57); 56, 54 (73). Siehe dazu bspw. *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 43 ff. und S. 204 ff.

³⁹ Grundlegend BVerfGE 39, 1 (42): „Das menschliche Leben stellt, wie nicht näher begründet werden muß, innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung einen Höchstwert dar; es ist die vitale Basis der Menschenwürde und die Voraussetzung aller anderen Grundrechte“.

⁴⁰ *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, S. 159.

⁴¹ In diesem Sinne *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, S. 159.

⁴² *Isensee*, HStR IX, § 191, Rn. 218 ff.

⁴³ Ähnlich *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, S. 255.

rechts, der eine Schutzpflicht rechtfertigt, zu bejahen, ist es notwendig, auf die vom jeweils betroffenen Grundrecht geforderte Intensität des Schutzes abzustellen.⁴⁴ Im Übrigen ermöglicht es der dreistufige Aufbau, das „Ob“ und das „Wie“ der Schutzpflicht herauszuarbeiten.

Diese Herangehensweise erlaubt es, schrittweise den schutzpflichtbegründenden Charakter eines Grundrechts unter Berücksichtigung des zu schützenden Lebenssachverhaltes herauszuarbeiten. Auf dieser Grundlage soll vorliegend die Schutzpflicht Eigenschaft der kommunikationsrelevanten Grundrechte im Hinblick auf die Gewährleistung der Netzneutralität untersucht werden. Bereist festgestellt wurde, dass die einzelnen kommunikationsrelevanten grundrechtlichen Schutzbereiche ein neutrales Netz im Rahmen der Internetkommunikation vorsehen.⁴⁵ Zudem wurde bereits verdeutlicht, dass die Gefahr für diese Schutzbereiche von Privaten ausgeht.⁴⁶ Nun ist zu untersuchen, ob diesen Schutzbereichen jene Bedeutung in der Gesamtrechtsordnung zukommt, die ihnen eine objektiv-rechtliche Grundrechtsdimension zuschreibt und zu ihrer Gewährleistung einen staatlichen Schutzauftrag aufgibt.

B. Objektiv-rechtliche Dimension der Netzneutralität

Zur Verdeutlichung ist im Folgenden zu zeigen, dass die einschlägigen grundrechtlichen Schutzbereiche, die eine diskriminierungsfreie Übermittlung der jeweiligen Daten schützen⁴⁷, als objektiv-rechtliche Wertgehalte für alle Bereiche des Rechts Geltung beanspruchen. Die netzneutralitätswidrigen Praktiken der Zugangsanbieter stellen einen solch erheblichen Eingriff in die objektiv-rechtliche Wertentscheidung der Grundrechte dar, dass er über die Privatrechtsverhältnisse hinausgehende Auswirkungen hat und eine staatliche Handlungspflicht auslöst.

⁴⁴ In diesem Sinne *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, S. 159.

⁴⁵ Siehe oben Kap.4.

⁴⁶ Siehe dazu Kap.5.A.II.

⁴⁷ Dazu bereits Kap.4.

I. Objektiv-rechtliche Gehalte von Grundrechten

Für die Annahme einer staatlichen Schutzpflicht reicht es nämlich nicht, dass das verlangte staatliche Verhalten vom Tatbestand grundrechtlicher Schutzbereiche umfasst ist. Um dem Verdacht einer beliebigen Ausweitung von staatlichen Schutzpflichten zu begegnen, kommt es darauf an, ob die oben ausgewiesenen staatlich geschützten Grundrechtsobjekte eine Bagatellschwelle überschreiten, die die Auslösung einer Schutzpflicht rechtfertigen. Die Schutzmechanismen der staatlichen Schutzpflicht gelten als gerechtfertigt, wenn eine tatsächlich bestehende Gefahr für einen zu schützenden grundrechtlichen Tatbestand besteht.⁴⁸ Da die grundrechtlichen Schutzpflichten als Ausformung objektiv-rechtlicher Grundrechtsgehalte gelten⁴⁹, muss der grundrechtliche Tatbestand, auf dem die Schutzpflicht am Ende beruht, als eine objektive Wertentscheidung zu begreifen sein.

Neben den im Grundgesetz ausdrücklich festgeschriebenen Schutzpflichtobjekten (z.B. Ehe und Familie in Art. 6 Abs. 1 GG) haben Rechtsprechung und Literatur weiteren Rechtsgütern objektive Gehalte zugesprochen (so vor allem dem Rechtsgut auf Leben und körperliche Unversehrtheit).⁵⁰ Der Katalog der Schutzpflichtobjekte, die Art. 5 Abs. 1 GG und den sonstigen kommunikationsrelevanten Grundrechten zu entnehmen sind, ist überschaubar.⁵¹ Weitere grundrechtliche Schutzpflichten sind denkbar. Sie setzen voraus, dass der zu schützende Sachverhalt die Schwelle der objektiv-rechtlichen Wertentscheidungen des Grundgesetzes erreicht, d.h. dass es eine verfassungsrechtliche Grundentscheidung darstellt und deshalb für alle Bereiche des Rechts gilt, sowohl für die Rechtsprechung als auch die Gesetzgebung und Verwaltung. Denn nur dann ist anzunehmen, dass der Anspruch der Schutzpflicht der juristischen Wirkungskraft des entsprechenden Schutzobjekts am stärksten zur Entfaltung verhilft⁵² und deshalb notwendig ist.

⁴⁸ Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 87 ff.

⁴⁹ So Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 62 ff.; auch Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten, S. 32 ff.

⁵⁰ Dazu siehe z.B. Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 28 ff. mit einer Darstellung der ‚geschriebenen‘ grundrechtlichen Schutzgüter mit Schutzpflichtcharakter sowie ders., S. 74 ff. mit einer ausführlichen Darstellung der bisher etablierten ungeschriebenen grundrechtlichen Schutzgüter mit Schutzpflichtcharakter.

⁵¹ Zur Privatrechtswirkung von Kommunikationsgrundrechten siehe Ruffert, Vorrang der Verfassung, S. 514 ff.

⁵² BVerfGE 6, 55 (72). Dazu Isensee, HStR IX, § 191, Rn. 158.

Das Bundesverfassungsgericht hat durch seine Rechtsprechung zur Bestimmung des objektiv-rechtlichen Charakters der Grundrechte und der daraus folgenden staatlichen Schutzaufträge beigetragen.⁵³ So wurden sowohl der Meinungsfreiheit⁵⁴ als auch weiteren Freiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG⁵⁵ objektive Gehalte zugesprochen⁵⁶ und damit die daraus resultierende staatliche Schutzpflicht prinzipiell bejaht. Ob sich aus diesen bundesverfassungsgerichtlichen Ansätzen eine Pflicht zum Schutz eines neutralen Netzes konkretisieren lässt, ist im Folgenden zu untersuchen. Als weitere Kriterien zur Verdeutlichung einer grundrechtlichen Schutzpflicht dienen sonstige Normen der grundgesetzlichen Kommunikationsverfassung, wie die grundgesetzlich festgeschriebene Gewährleistungsverantwortung des Bundes für flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen (sog. Universaldienste) aus Art. 87f Abs. 1 GG.⁵⁷ Dieser Auftrag könnte eine Stütze für eine staatliche Schutzpflicht hinsichtlich eines neutralen Netzes sein.

Im Folgenden sollen die bisher vom Bundesverfassungsgericht anerkannten objektiv-rechtlichen Dimensionen der einzelnen für die Netzneutralität relevanten Grundrechte vorgestellt werden, um sie sodann auf die Netzneutralität anzuwenden. Diese Vorgehensweise ermöglicht es, die eine Schutzpflicht begründende Reichweite der jeweiligen Rechtsgüter herauszuarbeiten. Die Bejahung einer objektiv-rechtlichen Wertentscheidung der kommunikationsrelevanten Grundrechte bzgl. eines diskriminierungsfreien Datentransports und Datenzugangs im Internet hat zur Folge, dass die Netzneutralität als ein grundrechtlich verankerter Verfassungswert zu begreifen ist und eine staatliche Schutzpflicht auslöst.

II. Neutrales Netz als objektiv-rechtliche Wertung im Einzelnen

Um den objektiv-rechtlichen Wert eines Grundrechts, der eine Schutzpflicht rechtfertigt, zu bejahen, ist es notwendig auf die vom jeweils betroffenen Grundrecht geforderte Intensität des Schutzes abzustellen.⁵⁸

⁵³ Dazu siehe *Hoffmann-Riem*, Kommunikationsfreiheiten, S. 33 ff.

⁵⁴ BVerfGE 7, 198 (204 f.); 57, 295 (319 f.).

⁵⁵ BVerfGE 66, 116 (135); 74, 297 (323 f.).

⁵⁶ *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 3, Rn. 19.

⁵⁷ Dazu bereits Ausführungen Kap.2.

⁵⁸ In diesem Sinne *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, S. 159.

1. Fernmeldegeheimnis

Im Zuge der Privatisierung des Fernmeldewesens und der Übertragung ursprünglich staatlicher Aufgaben auf Private rückten die potentiellen Eingriffe in die unkörperlichen Kommunikationsformen durch Private, die grundsätzlich autonom tätig sein dürfen und den Grundrechten nicht verpflichtet sind, in den Blick. Die Übertragung der Aufgaben vom Staat auf private Dritte darf nicht den faktischen Untergang des Fernmeldegeheimnisses zur Folge haben. Hinzu kommt, dass aufgrund der Privatisierung der Deutschen Bundespost und trotz der Liberalisierung des Telekommunikationssektors die privaten Anbieter der Telekommunikationsinfrastrukturen immer noch Monopole innehaben, so dass die Vertraulichkeit von Kommunikationsvorgängen nicht selbstverständlich ist und stattdessen durch staatliche Maßnahmen reguliert werden muss.⁵⁹ Weil nach der Aufgabenprivatisierung im Telekommunikationssektor auch Private ohne weiteres in die Rechtsgüter des Brief-, Post- oder Fernmeldegeheimnisses eingreifen können, ist eine Privatrechtswirkung dieses Grundrechts die zwingende Folge. „Der Schutzauftrag (des Art. 10 Abs. 1 GG) bezieht sich nach der gemäß Art. 87f GG erfolgten Liberalisierung des Telekommunikationswesens auch auf die von Privaten betriebenen Telekommunikationsanlagen.“⁶⁰ Das gilt umso mehr, wenn man die heutige Relevanz der Telekommunikation insbesondere durch das Internet berücksichtigt.

So verwundert es nicht, dass die Gefährdung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses des Art. 10 Abs. 1 GG durch private Dritte bereits anerkannt und die daraus folgende Schutzpflicht einhellig bejaht wurde.⁶¹ Die einfachgesetzliche Absicherung findet sich in § 88 TKG. Nach § 88 Abs. 2 S. 1 TKG sind die Diensteanbieter zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses verpflichtet. Aufgrund der Privatisierung des Telekommunikationsmarktes ist es nicht mehr ausschließlich der Staat, gegen den es die Geheimhaltung des

⁵⁹ So zu Recht *Hermes*, in: Dreier, GG, Art. 10, Rn. 94.

⁶⁰ BVerfGE 106, 28 (37).

⁶¹ BVerfGE 106, 28 (36 f.): „Der Schutzauftrag (des Art. 10 Abs. 1 GG) bezieht sich nach der gemäß Art. 87f GG erfolgten Liberalisierung des Telekommunikationswesens auch auf die von Privaten betriebenen Telekommunikationsanlagen.“. Zur Privatrechtsrelevanz des Art. 10 Abs. GG in *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, S. 497 m.w.N.

Inhalts und der näheren Umstände eines Telekommunikationsdienstes zu schützen gilt.⁶² § 88 TKG ist somit ein Paradebeispiel für die Ausweitung eines grundrechtlichen Schutzes auf Privatrechtssubjekte.⁶³

Das Fernmeldegeheimnis erstreckt sich auf Inhalte und Umstände der Telekommunikationsdienste und verbietet damit die Erhebung von Informationen darüber, ob, wann und wie oft zwischen welchen Personen oder Telekommunikationseinrichtungen Telekommunikationsverkehr stattgefunden hat oder versucht worden ist. Mit der hohen Relevanz dieses Schutzgutes begründet das Bundesverfassungsgericht die objektiv-rechtliche Wertung des Fernmeldegeheimnisses.⁶⁴ Die *deep packet inspection*-Methoden erreichen die Schwelle eines erheblichen Einblicks in äußerst private Kommunikationsgewohnheiten, die die Schutzmechanismen des Fernmeldegeheimnisses auslösen. Da eine netzneutralitätswidrige Datensteuerung der Zugangsanbieter nicht ohne vorangegangenes Erspähen der Art des Telekommunikationsprozesses denkbar ist, verstoßen diese Praktiken gegen das objektiv-rechtliche Prinzip des Fernmeldegeheimnisses^{65 66}.

2. Pressefreiheit

Zur objektiv-rechtlichen Dimension der Pressefreiheit hat das Bundesverfassungsgericht seine Position bereits festgehalten. Die Pressefreiheit wird als Institut der „freien Presse“ garantiert und muss in der gesamten Rechtsordnung gewahrt werden.⁶⁷ Es ist das Charakteristikum der grundrechtlichen Einrichtungsgarantien, die sie notgedrungen zur Wertentscheidung des Grundgesetzes erhebt.⁶⁸ Um die Einrichtung „Presse“ zu garantieren, muss staatlicherseits ihre Anwendbarkeit ermöglicht werden, indem gesetzliche Rah-

⁶² So *Büttgen*, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Multimedia-Recht, Teil 16.3, Rn. 35 ff.; *Eckhardt*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Elfter Teil TKG, § 88 Rn. 1; *Schwabenbauer*, AöR 137 (2012), 1 (23 f.).

⁶³ Zu den Inhalten des § 88 TKG ausführlich bspw. *Eckhardt*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Elfter Teil TKG, § 88 Rn. 1 ff.

⁶⁴ BVerfGE 67, 157 (185); dazu näher *Hermes*, in: Dreier, GG, Art. 10, Rn. 92 ff.

⁶⁵ So ausdrücklich BVerfGE 67, 157 (185).

⁶⁶ Zu den Gründen siehe Ausführungen oben im Kap.4.B.II.1. Letztlich dürfte die Beweisbarkeit dieser Eingriffe die größte Hürde zur Feststellung ihrer Verfassungsrechtswidrigkeit darstellen.

⁶⁷ BVerfGE 20, 162 (175 f.).

⁶⁸ *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 80 f., der deshalb diesen institutionellen Gewährleistungen aus der Dogmatik der Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten rausnimmt; siehe auch *Isensee*, HStR IX, § 191, Rn. 205.

menbedingungen geschaffen werden. Handelt es sich also um eine verfassungsrechtliche Einrichtungsgarantie, so ist dieser die objektiv-rechtliche Wertentscheidung immanent.

Weiterhin wurde die Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit als Bedingung einer freien Presse erkannt und ihr eine solche Bedeutung zugemessen, dass sie bei der Anwendung von Privatrechtsvorschriften zu berücksichtigen ist.⁶⁹ Aufgrund ihres Gewichtes stellt sie ein objektives Prinzip als Bestandteil der Pressefreiheit dar und muss nicht nur vor Gefährdungen durch den Staat, sondern im gleichen Maße vor Gefahren, die von gesellschaftlichen Kräften oder durch Private ausgehen, geschützt werden.⁷⁰ So muss der Presse zugesichert werden, die Verbreitung ihrer Erzeugnisse zu schützen, wie es in Fällen des Presse-Grosso geschieht. Wenn die Pressegroßhändler im Bereich der gedruckten Presse auf der Grundlage der Pressefreiheit verpflichtet werden können, die Produkte aller Verlage unter nichtdiskriminierenden Bedingungen in das Sortiment aufzunehmen⁷¹, hat es Auswirkungen auf alle Presseerzeugnisse, also auch auf die Onlinepresse gegenüber ihren Distributoren wie den Zugangsanbietern. „Erst der prinzipiell ungehinderte Zugang zur Information versetzt die Presse in den Stand, die ihr in der freiheitlichen Demokratie eröffnete Rolle wirksam wahrzunehmen.“⁷² Das Grundrecht der Pressefreiheit wäre ansonsten wertlos, wenn ihre Verbreitung auf diese Weise nicht vom Schutzbereich umfasst wäre. Die Bedeutung der Verbreitung als Voraussetzung für ihren Bestand erhebt sie auf die Ebene einer wertentscheidenden Dimension.

3. Rundfunkfreiheit

Die Rundfunkfreiheit ist eine dienende Freiheit, die im Interesse freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung zu gewährleisten ist.⁷³ Die Rundfunkfreiheit trägt neben ihrer subjektiven Komponente, nämlich der Gewährleistung der Persönlichkeitsentfaltung, eine objektive Komponente, die der Funktionsfähigkeit der demokratischen Gesamtord-

⁶⁹ BVerfGE 66, 116 (135).

⁷⁰ BVerfGE 66, 116 (135); 80, 124 (133 f.). Dazu noch *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5, Rn. 73.

⁷¹ Dazu siehe *Kloepfer*, AfP 2010, 120 (125), der deutlich macht, dass Presse-Grosso nicht als Verfassungsgarantie verstanden werden kann.

⁷² BVerfGE 50, 234 (240).

⁷³ BVerfGE 57, 295 (319 f.); 87, 181 (197). Dazu *Jarass*, Gutachten G für den 56. Deutschen Juristentag, Rn. 8, 34.

nung dient.⁷⁴ Die subjektiven und die objektiven Elemente bedingen und stützen einander.⁷⁵ Die Gewährleistung der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung wird durch das Zusammenspiel aller Kommunikationsfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG und ihre wechselseitige Bedingtheit möglich.⁷⁶ Die dienende Rundfunkfreiheit wird vorrangig als das objektiv-rechtlich die Kommunikationsverfassung ergänzendes und verstärkendes Grundrecht verstanden.⁷⁷ Die Rundfunkfreiheit nimmt dabei Teil an der Sicherung dieser öffentlichen Meinungsbildung, indem sie die unverzerrte Wiedergabe und Vermittlung von Informationen fordert.⁷⁸ Die Ausstrahlung (also Wiedergabe und Vermittlung) der für die öffentliche Meinungsbildung erforderlichen Inhalte ist das unbedingt zu schützende Ziel des Art. 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 GG. Damit sich eine öffentliche Meinung überhaupt herausbilden kann, müssen die Inhalte, aus denen sich die öffentliche Meinung bildet, an ihre Adressaten gelangen können. Auf diese Weise wird die Existenz des Rundfunks als unabdingbarer Teil der Kommunikationsverfassung gewährleistet.

Dieser Schutz wirkt nicht nur gegen den Staat, sondern aufgrund seiner wertentscheidenden Dimension in eingeschränkter Weise auch gegen Eingriffe gesellschaftlicher Kräfte und Privater.⁷⁹ Der Staat ist in der Pflicht, Maßnahmen zu untersagen, die die Beiträge des Rundfunks zur öffentlichen Meinungsbildung verkürzen.⁸⁰ Insoweit Rundfunkinhalte vermehrt über das Internet wahrgenommen werden, behindern Handlungen von Zugangsanbietern, die die Übermittlung von Rundfunk im Internet be- oder verhindern, zugleich den Beitrag des Rundfunk zur öffentlichen Meinungsbildung und lösen staatliche Schutzpflicht gegenüber den Rundfunkveranstaltern aus. Konkret sind die Rundfunkbetätigung insoweit zu schützen, dass zumindest ihre Übermittlung im Internet gewährleistet wird. Dazu gehört

⁷⁴ Vgl. *Herrmann*, Fernsehen und Hörfunk in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland, S. 216 ff.; *Lutzhöft*, Eine objektiv-rechtliche Gewährleistung der Rundfunkfreiheit in der Europäischen Union?, S. 120.

⁷⁵ BVerfGE 7, 198 (204 f.); 57, 295 (320).

⁷⁶ Dazu im Allgemeinen *Degenhart*, in: BK-GG, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 21 ff. sowie *Hoffmann-Riem*, AK-GG, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 156 f.

⁷⁷ BVerfGE 57, 295 (320). *Lutzhöft*, Eine objektiv-rechtliche Gewährleistung der Rundfunkfreiheit in der Europäischen Union?, S. 121 spricht von der Rundfunkfreiheit als „ein der Meinungsfreiheit akzessorisches Verstärkergrundrecht“.

⁷⁸ BVerfGE 57, 295 (320).

⁷⁹ Dazu *Hoffmann-Riem*, AK-GG, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 156.

⁸⁰ Vgl. BVerfGE 74, 297 (332). In diesem Sinne auch *Hoffmann-Riem*, AK-GG, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 157.

seine Verbreitung, die nur durch einen von Einflüssen Dritter befreiten Transport gewährleistet ist.

4. Meinungsfreiheit

Aus Gründen des Allgemeinwohls ist es geboten, dass besonders wichtige grundrechtliche Maßstäbe in Privatrechtsverhältnissen berücksichtigt werden.⁸¹ Im Lüth-Urteil hat das Bundesverfassungsgericht die freiheitliche Demokratie als besonderen Wertgehalt der Meinungsfreiheit erkannt, dessen Wahrung Pflicht aller Organe der öffentlichen Gewalt ist.⁸² Die Meinungsfreiheit soll weiterhin ein objektives Prinzip der Gesamtrechtsordnung sein, bei dem subjektiv- und objektivrechtliche Elemente einander bedingen und stützen.⁸³ Vor allem die Zivilgerichte sind als staatliche Organe zu ihrer Wahrung verpflichtet. Das bedeutet im Umkehrschluss, dass die besonderen grundrechtlichen Wertgehalte auf diese Weise auf Verhältnisse zwischen Privaten wirken und zwar mittelbar durch die Generalklauseln der privatrechtlichen Vorschriften mithilfe der Judikatur. Auch wenn jedes der Grundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG eine eigenständige objektiv-rechtliche Dimension aufweist, prägt gerade die Meinungsfreiheit als Ursprung der Kommunikationsfreiheiten die Idee der objektiv-rechtlichen Dimension der Kommunikationsfreiheiten für die demokratische Ordnung und die daraus folgende Ausstrahlungswirkung auf das Privatrecht.

Die grundlegende Bedeutung der Meinungsfreiheit hat wesentliche Auswirkungen auf die Netzneutralität. Denn was hat der Grundrechtsträger von seiner Meinungsfreiheit, wenn seine Meinung keinem zugehen kann? Dass seine Meinung anderen zugeht, ist die Voraussetzung zur Ausübung der Freiheit, anderenfalls bräuchte der Einzelne kein Grundrecht auf Meinungsäußerung. Und da diese Freiheit die „Urmutter“ der Kommunikationsfreiheiten ist⁸⁴, würde ohne die Gewährleistung des Transports von Meinungen die Kommunikationsverfassung nicht funktionieren. Damit ist die Gewährleistung eines diskriminierungs-

⁸¹ BVerfGE 7, 198 (205 f.).

⁸² BVerfGE 7, 198 (208 f.).

⁸³ BVerfGE 57, 295 (319 f.); 74, 297 (323).

⁸⁴ *Stock*, Medienfreiheit als Funktionsgrundrecht, S. 164 spricht von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG als dem kommunikatorischen Muttergrundrecht. Weiter auf S. 167 spricht *Stock* von der Informationsfreiheit als „Tochtergrundrecht, in welchem sich die Typik organisierter Massenkommunikation mit ihren speziellen Bedarfslagen ausdrückt“.

freien Zugangs zu Daten im Internet der Meinungsfreiheit immanent und stellt einen grundrechtlichen Tatbestand mit objektiv-rechtlichem Charakter dar.

5. Informationszugangssicherung⁸⁵

Die Informationsvorsorge im Bereich der Telekommunikation aus Art. 87f Abs. 1 GG stellt eine geschriebene staatliche Schutzpflicht dar – sie soll der Sicherung einer ausreichenden Telekommunikationsinfrastruktur dienen.⁸⁶ Die grundrechtliche Seite dieses „Verfassungsziels“ wird durch die Informationsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG ausgestaltet. Ihr ist eine objektiv-rechtliche Grundrechtsdimension immanent, die dem Staat die Pflicht auferlegt, einen wirksamen Schutz der Rezipienten zu gewährleisten, damit sie stets Zugang zu allgemein Informationsquellen haben.⁸⁷ Schließlich sind Informationen ein Grundpfeiler für die Verwirklichung individueller Freiheit und für die demokratische Entscheidungsfindung.⁸⁸ Insbesondere die staatliche Vorsorge gegen Informationsmonopole ist Ziel solcher Gewährleistung, um Gefährdungen der Grundrechtsausübung seitens privater Dritter – insbesondere in Form von Informationsbehinderung – entgegenzutreten.⁸⁹ Dass es auch zur grundrechtlichen Schutzpflicht hinzuzurechnen ist, dass der Staat für offenen und diskriminierungsfreien Zugang zu Informationen im Internet Vorsorge zu tragen hat, wurde inzwischen ebenso erkannt wie die Natur des „freien Informationsflusses“ als objektive Leitlinie des Verfassungsrechts.⁹⁰ Es gehört zu den objektivrechtlichen Gehalten der Informationsfreiheit, dass sie die Verpflichtung des Staats notwendige Voraussetzungen zur Informationsaufnahme zu schaffen begründet, da der Staat aus Art. 87f Abs. 1 GG

⁸⁵ *Hoffmann-Riem*, Kommunikationsfreiheiten, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 112.

⁸⁶ So *Degenhart*, BK-GG, Art. 5 Abs. 1, Rn. 316. Dazu sogleich unten Kap.5.B.II.8.

⁸⁷ *Hoffmann-Riem*, Kommunikationsfreiheiten, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 101.

⁸⁸ So *Kugelman*, DÖV 2005, 851 (856).

⁸⁹ *Degenhart*, BK-GG, Art. 5 Abs. 1, Rn. 319; *Hoffmann-Riem*, Kommunikationsfreiheiten, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 114. Die Problematik der Informationsmonopole, die ursprünglich im Zusammenhang mit den sog. Exklusivbindungen/Exklusivvermarktung von Großereignissen zu Sprache kam, gewinnt nun in Zeiten der diskriminierenden Datensteuerung im Internet an Aktualität. Hier sei insbesondere an die Suchmaschinenanbieter zu erinnern, denen Manipulationen der Suchergebnisse vorgeworfen werden. Zur Beeinträchtigung der Informationsfreiheit durch Dritte siehe exemplarisch *Lerche*, Jura 1995, 561 (562 f.).

⁹⁰ Vor allem *Degenhart*, BK-GG, Art. 5 Abs. 1, Rn. 318 und 328; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 5, Rn. 101 a.

eine Reserveverantwortung dort trägt, wo die Privatwirtschaft scheitert.⁹¹ Deshalb ist der Staat aus den Grundrechten heraus verpflichtet, nicht nur Informationsmöglichkeiten im staatlichen und staatlich beherrschten Bereich offenzuhalten, sondern auch gegenüber einer Blockade relevanter Informationsmöglichkeiten von privater Seite entgegenzuwirken – wie es im Falle diskriminierender Praktiken von Zugangsanbietern der Fall ist – um eine einseitige Informationsmacht zu verhindern.⁹²

Es bleibt festzuhalten, dass der Staat – aus der Informationsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG heraus – verpflichtet ist, netzneutralitätswidrige Datensteuerungen der Zugangsanbieter und die Informationssteuerung von informationsmächtigen⁹³ Inhaltenanbietern zu unterbinden.

6. Informationelle Selbstbestimmung

Es ist vor allem das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, das nicht auf seinen vorrangig abwehrrechtlichen Charakter reduziert werden darf. Aufgrund der Interessenkollisionen, die den Informationsinhalten und Kommunikationsprozessen insbesondere im Internet immanent sind, würde ein ausschließlich subjektiv-rechtliches Verständnis entsprechenden Interessen nicht gerecht werden.⁹⁴ Die informationelle Selbstbestimmung muss als eine Voraussetzung funktionierender „kommunikativer Kompetenz und Entfaltung“ begriffen werden und ist deshalb zu sichern und zu schützen⁹⁵ – dies umso mehr in Zeiten des Internet, wo vor allem Private diese „Grundbedingung“ der Informationsgesellschaft gefährden. Hierbei führt insbesondere die Privatisierungsfolgeverantwortung deutlich zur Notwendigkeit staatlicher Schutzpflicht im Bereich des Datenschutzes.⁹⁶ Werden ursprünglich staatliche Aufgaben in private Hände abgegeben, muss der Staat dafür Sorge

⁹¹ Vgl. *Fink*, in: Spindler/Schuster (Hrsg.), *Recht der elektronischen Medien*, 2. Aufl. 2011, Erster Teil C. II. 5., Rn. 25. Zur Aufgabe des Art. 87f Abs. 1 GG bezogen auf die Pflicht des Staates zum Schutz der Netzneutralität sogleich.

⁹² So zu Recht *Degenhart*, BK-GG, Art. 5 Abs. 1, Rn. 329. In diesem Sinne auch *Hoffmann-Riem*, *Kommunikationsfreiheiten*, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 112 ff.

⁹³ Der Begriff der „Informationsmacht“ ist zurückzuführen auf *Hoffmann-Riem*, *Kommunikationsfreiheiten*, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 114.

⁹⁴ So *Hoffmann-Riem*, AöR 123 (1998), 513 (522 f.). Siehe auch *Britz*, in: Hoffmann-Riem, *Offene Rechtswissenschaft*, S. 561 (585 f.).

⁹⁵ So *Hoffmann-Riem*, AöR 123 (1998), 513 (538).

⁹⁶ *Hoffmann-Riem*, AöR 123 (1998), 513 (524 f.); *Masing*, NJW 2012, 2305 (2307 f.).

tragen, dass die übertragene Aufgabenerfüllung den bisherigen Standards genügt und nicht missbraucht wird.

Insbesondere die Nutzer von sozialen Netzwerken werden mächtigen Unternehmen ausgeliefert, wenn die Erhebung ihrer Daten – wie bisher – vom Staat ungeschützt bleibt⁹⁷. Solche Beeinträchtigungen seitens Privater drohen die bisher nur von staatlicher Seite befürchteten Gefährdungen noch zu überbieten. Ein objektiv-rechtliches Verständnis des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung verspricht bei richtiger Dosierung⁹⁸ einen grundrechtsfreundlichen, von staatlicher und privater Beeinflussung freien und die Notwendigkeit des Datenschutzes berücksichtigenden „Internetverhaltenskodex“. Die Befürchtungen, dass eine staatliche Schutzpflicht der informationellen Selbstbestimmung zur „Verrechtlichung des Alltäglichen“ führe, ist in diesem Falle wegen der besonderen Gefahr der *deep packet inspection* für den Einzelnen und der besonderen „Intensität und Schwere ihres Mißbrauchpotentials“ unbegründet.⁹⁹ Ebenso wenig bewegen sich die betroffenen Bürger in einem selbstgefährdenden Bereich, da sie auf die Angebote der Zugangsanbieter als einzige Infrastrukturihaber angewiesen sind. Deshalb sind sie besonders schutzwürdig. Schließlich ist jeder von ihnen auf den Zugangsanbieter als einzigen Informationsvermittler angewiesen und begibt sich nicht freiwillig in eine für persönliche Daten gefährliche Sphäre. Eine objektiv-rechtliche Dimension des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung ist gerade dort zwingend anzunehmen, wo ansonsten heimlich Eingriffe auf die Privatsphäre unentdeckt blieben.

7. Allgemeine Handlungsfreiheit

Das Bundesverfassungsgericht hat bisher ein einziges Mal einen auf der allgemeinen Handlungsfreiheit gründenden objektiv-rechtlichen Schutzauftrag bejaht, der jedoch keinen

⁹⁷ Diesen Problembereich beschreibend und die bisherigen Literaturansichten auswertend *Schlögel*, ZfP 2012, 85 (99 f.).

⁹⁸ So betont *Hoffmann-Riem*, AöR 123 (1998), 513 (526), dass „der Datenschutz gegenüber Privaten rechtlich ähnlich hochgezont werden wie gegenüber dem Staat, würde der Einstieg in die Informationsgesellschaft vermutlich scheitern. (...) es muß Anlaß der Prüfung werden, ob der Datenschutz im staatlichen Bereich richtig justiert ist, bzw. wie das Datenschutzniveau einheitlich gegenüber allen „Gefährdungen“ festgesetzt werden kann.“. Zur Ausgestaltung des Rechts unter hinreichenden Berücksichtigung der informationellen Selbstbestimmung *ebd.* S. 527 ff. *Schoch*, FS Stern, S. 1491 (1506) mahnt in ähnlicher Weise zur vorsichtigen Umhegung der Freiheit des Individuum im Privatrechtsverkehr durch staatliche Schutzverpflichtungen und sieht darin eine *ultima ratio* (S. 1512).

⁹⁹ *Hoffmann-Riem*, AöR 123 (1998), 513 (528).

Bezug zur grundgesetzlichen Kommunikationsverfassung hatte.¹⁰⁰ Aufgrund des offenen Schutzbereichs der allgemeinen Handlungsfreiheit ist Vorsicht bei der Annahme einer auf ihr gründenden Schutzpflicht geboten. Große Bedenken gegen eine Schutzpflichtdimension der allgemeinen Handlungsfreiheit werden insbesondere im Vertragsrecht geäußert.¹⁰¹ Hier wird zu Recht auf den Grundsatz der Privatautonomie hingewiesen. Fraglich ist allerdings, ob aus Gründen der Privatisierungsfolgenverantwortung andere Maßstäbe anzusetzen sind. Schließlich geht es hier um die Informationsgrundversorgung als Grundlage einer gesunden Kommunikationsverfassung, die der Staat in private Hände gegeben hat, jedoch nicht vollkommen den Kräften des freien Marktes überlassen darf. Insofern hindert der Grundsatz der Privatautonomie die Annahme objektiv-rechtlicher Wertung der allgemeinen Handlungsfreiheit als ein Recht auf freien Informationsfluss im Internet nicht und ist stets mit Blick auf den Einzelfall im Sinne einer funktionierenden Kommunikationsverfassung zu bewerten.

III. Art. 87f Abs. 1 GG

Art. 87f Abs. 1 GG¹⁰² stützt den auf den kommunikationsrelevanten Grundrechten beruhenden Grundsatz der Schutzpflicht zur Gewährleistung des neutralen Netzes; es stützt die verfassungsrechtliche Garantienstellung des Staates.¹⁰³ Da es eine staatsaufgabenrechtliche Komponente innehat, wirken seine Werte insoweit auf die grundrechtliche Kommunikationsverfassung ein.¹⁰⁴ Zwar dient die objektive Gewährleistung des Art. 87f Abs. 1 GG¹⁰⁵ dem Dienstangebot und der Technik der Informationsübermittlung¹⁰⁶, ohne Auswirkungen auf Informationsinhalte zu haben. Allerdings spricht vieles dafür, dass die Gewährleistung einer gleichen Übermittlung von Internetangeboten vom Auftrag der Mini-

¹⁰⁰ BVerfGE 114, 73 (89 ff.) und zwar dahingehend „dass die Versicherten einer kapitalbildenden Lebensversicherung mit Überschussbeteiligung an den durch die Prämienzahlung geschaffenen Vermögenswerten bei der Ermittlung des Schlussüberschusses angemessen beteiligt werden“ (nach *Cornils*, HStR VII, § 168, Rn. 22).

¹⁰¹ Siehe *Cornils*, HStR VII, § 168, Rn. 22.

¹⁰² Allgemein zur Aufgabe des Art. 87f Abs. 1 GG siehe oben Kap.2.C.

¹⁰³ *Schoch*, in: *Leipold* (Hrsg.), *Rechtsfragen des Internet und der Informationsgesellschaft*, S. 88.

¹⁰⁴ Siehe *Möstl*, in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), *GG*, Art. 87f, Rn. 8.

¹⁰⁵ *Badura*, in: *BK-GG*, Art. 87f, Rn. 28.

¹⁰⁶ Zur informationelle Infrastrukturverantwortung des Staates siehe *Schoch*, *VVDStRL* 57 (1997), 158 (198 ff.).

malversorgung¹⁰⁷ aus Art. 87f Abs. 1 GG umfasst ist.¹⁰⁸ Eine Telekommunikationsdienstleistung ist die körperlose Nachrichtenübermittlung durch das Bereitstellen von Übertragungsleitungen, Netzanschlüssen u.ä., für die auch eine bestimmte Qualität festgelegt ist (angemessene Dienstleistungen).¹⁰⁹ Die Zugangsanbieter bieten eine Übermittlung von Daten des Endkunden und damit eine Telekommunikationsdienstleistung an. Eine Dienstleistung dieses Umfangs muss der Bevölkerung gemäß Art. 87f Abs. 1 GG zur Verfügung stehen.

Sie steht ihnen allerdings dann nicht mehr zur Verfügung, wenn Zugangsanbieter willkürlich darüber entscheiden, ab einem bestimmten Volumen keine Daten des Endkunden weiterzuleiten. Das widerspricht mittelbar dem Grundsatz des Art. 87f Abs. 1 GG, denn faktisch wird in diesem Zeitpunkt keine Übertragungsleistung, noch nicht mal eine Minimalversorgung bereitgestellt. Daher läuft die Staatszielbestimmung des Art. 87f Abs. 1 GG im Ergebnis zwingend auf eine netzneutrale Behandlung von Daten innerhalb der Telekommunikationsstrukturen hinaus und stützt den Gedanken der Informations- und Kommunikationsordnung, eine kommunikative Chancengleichheit innerhalb der Bevölkerung zu wahren. Nur die Gewährleistung unverfälschter Übermittlung der unüberschaubar vielen Angebote im Internet trägt Sorge dafür, dass Bürger in ihrer eigenen Verantwortung Inhalte wahrnehmen und zur eigenen Meinungsbildung verwerten. Nur wenn diese Mindeststandards an Universaldienstleistungen vom Dienstleistungsangebot eingehalten sind, genügen die Zugangsanbieter der verfassungsrechtlich intendierten Infrastrukturgarantie des Art. 87f GG und machen staatliches Eingreifen entbehrlich.

Anderenfalls ist die Erfüllung dieses Verfassungsauftrags durch die Hoheitsaufgabe der Regulierung zu gewährleisten; die Infrastrukturgarantie besteht im Allgemeininteresse und schützt das Publikum, das auf die Dienstleistungen der Unternehmen angewiesen ist, begründet aber keine individuellen Rechte.¹¹⁰ Sie richtet sich vorrangig an den Gesetzgeber. Er ist verpflichtet, zu handeln, und zwar soweit dies der Garantie eines Minimums an

¹⁰⁷ Dazu mehr *Eifert*, Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat, S. 192 ff.

¹⁰⁸ A.A. *Schneider*, in: Kloepfer (Hrsg.), Netzneutralität, S. 35 (43).

¹⁰⁹ *Badura*, in: BK-GG, Art. 87f, Rn. 29; siehe auch *Remmert*, in: BeckOK GG, Art. 87f, Rn. 2

¹¹⁰ *Badura*, in: BK-GG, Art. 87f, Rn. 26 m.w.N. und Rn. 28.

Grundversorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen förderlich ist, wobei ihm sowohl ein erheblicher Gestaltungsspielraum als auch eine Einschätzungsprärogative bei der Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Grundversorgungspflicht zusteht.¹¹¹ Dieser Pflicht verletzt er nur dann, wenn er „das Ziel einer möglichst guten (über das Unerlässliche hinausgehenden) Versorgung völlig aus den Augen verliert oder mit so untauglichen oder gar kontraproduktiven Mitteln verfolgt, dass von keiner ernsthaften Zielverfolgung mehr gesprochen werden kann“.¹¹² Insoweit deckt sich der Schutzzumfang des Art. 87f Abs. 1 GG auf der Rechtsfolgenseite mit dem der grundrechtlichen Schutzpflichten¹¹³. Es ist die telekommunikative Minimalversorgung, für deren Gewährleistung der Gesetzgeber einzustehen hat.¹¹⁴ Zu dieser Minimalversorgung gehört die netzneutrale Übermittlung von Daten, da sie denotwendig für die Gewährleistung des Universaldienstauftrags aus Art. 87f Abs. 1 GG ist.

IV. Neutrales Netz als objektiv-rechtlicher Gehalt der Kommunikationsverfassung

Die Netzneutralität ist eine Vorgabe für die Internetkommunikation, die als den kommunikationsrelevanten Grundrechten gemeinsamer objektiv-rechtlicher Gehalt zu qualifizieren ist. Insbesondere das Zusammenspiel aus den objektiv-rechtlichen Wertgehalten einschlägiger kommunikationsrelevanter Grundrechte und der besonderen Einflussnahme der Zugangsanbieter auf die Internetkommunikation als internetspezifische Gefahr aktiviert die grundrechtlichen Mechanismen zum Schutze des neutralen Netzes.

Der Schutz eines neutralen Netzes im Gefüge der Grundrechte – in Form des Transport- und des Zugangsschutzes von und zu Daten – läuft stets auf die Notwendigkeit der Gewährleistung eines Bestandsminimums der relevanten Grundrechte hinaus. Das ist allen vorliegend untersuchten kommunikationsrelevanten Grundrechten eigen. Es verlangt eine von Einflüssen außenstehender Dritter freie Verbreitung der Kommunikationsinhalte als notwendige Vorstufe auf der Tatbestandsebene ihrer Schutzbereiche, die zur Gewährleis-

¹¹¹ *Mörtl*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87 f, Rn. 65 a.E.; *Gersdorf*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 87f, Rn. 31; *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, § 4, Rn. 95 (105).

¹¹² *Mörtl*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87f, Rn. 66 a.E.

¹¹³ Zum Untermaßverbot im Zusammenhang mit der grundrechtlichen Schutzpflicht des neutralen Netzes siehe sogleich unten Kap.6.B.

¹¹⁴ Siehe *Schneider*, in: Kloepfer (Hrsg.), Netzneutralität, S. 35 (41).

tung der jeweiligen grundrechtlichen Institution notwendige Bedingung ist. Anderenfalls kämen ihre grundrechtlichen Anwendungsbereiche nicht zur Geltung. Im Kontext der Netzneutralität wohnt diese Eigenschaft allen kommunikationsrelevanten Grundrechten inne.

Schließlich dient der Schutz des neutralen Netzes der Wahrung der demokratischen Informationsordnung und der Kommunikationsversorgung der Gesellschaft.¹¹⁵ Die freiheitliche demokratische Grundordnung ist auf die Sicherung der diskriminierungsfreien Verbreitung kommunikationsrelevanter Inhalte angewiesen. Die Pflicht des Staates, sich schützend zwischen Zugangsanbieter und Endkunden zu stellen, um der Netzneutralität Wirksamkeit zu verschaffen, gründet auf dem Verständnis der Meinungsfreiheit als Bestandteil der freiheitlichen Demokratie.¹¹⁶ Der Wertgehalt der freiheitlichen Demokratie wirkt damit in die Kommunikationsverfassung hinein. Die Garantie einer freien Kommunikation, die ihrerseits ein wesentlicher Bestandteil freiheitlicher Demokratie ist, verlangt nach netzneutraler Internetkommunikation. Die Netzneutralität nützt insoweit dem Gleichgewicht der Kommunikationsverfassung, da sie die Chancengleichheit in der Meinungslandschaft sichert. Folglich ist eine diskriminierungsfreie Übermittlung von kommunikationsrelevanten Inhalten die Grundvoraussetzung funktionierender Kommunikation; funktionierende Kommunikation ist der Grundpfeiler einer freiheitlichen Demokratie.

Wenn ein besonderes Kriterium gefordert wird, das eine Schutzpflicht des Staates begründet, so sei im Vorliegenden an die Garantie der freiheitlichen Demokratie, die durch freie private und öffentliche Meinungsbildung ermöglicht wird, als der grundrechtliche Wertgehalt der Kommunikationsverfassung des Grundgesetzes erinnert, die die Netzneutralität zum Tatbestand einer staatlichen Schutzpflicht erhebt. Die Notwendigkeit einer funktionierenden Kommunikation als Grundpfeiler freiheitlichen Demokratie begründet die Annahme der auf Gewährleistung der Netzneutralität ausgerichteten grundrechtlichen Schutzpflicht hinreichend.

¹¹⁵ Zu diesem Begriff *Hoffmann-Riem*, Kommunikationsfreiheiten, S. 35.

¹¹⁶ Dazu etwa *Eberle*, in: FS Bull, 979 (993).

C. Rechtsfolge der grundrechtlichen Schutzpflicht des neutralen Netzes

Die Tatsache, dass die Manipulation von Datenströmen im Internet die grundgesetzliche Kommunikationsverfassung im erheblichen Maße gefährdet, löst eine staatliche Schutzpflicht zur Gewährleistung einer diskriminierungsfreien Datenübermittlung aus. Die Folge dieser staatlichen Schutzpflicht ist „die Pflicht des Staates, durch seine Gewalten und Organe Maßnahmen zum Grundrechtsgüterschutz zu treffen“.¹¹⁷

I. Recht auf Schutz

Wird ein grundrechtlich geschütztes Rechtsgut von nichtstaatlicher Seite relevant gefährdet, so sind staatliche Organe in der Pflicht, Schutz zu gewähren.¹¹⁸

Die Schutzpflicht als Grundrechtsfunktion fand bisher wenig Beachtung im Zusammenhang mit neuen Medien und den mit ihnen entstehenden neuen Gefahren für die Grundrechtsausübung.¹¹⁹ Dieser Ansatz bereichert jedoch die Diskussion um die Sicherung diskriminierungsfreier Transports von und Zugangs zu Daten. Ohne den Zugang zu den Zielinhalten kann die gewollte Tätigkeit (bspw. Informationsgewinnung zwecks Kommunikation) nicht ausgeübt werden. Wird der Prozess des Zugangs zu Daten verfälscht (indem man etwa zu einer anderen Plattform geleitet wird), wird der Informationsvorgang manipuliert. Dass die Zugangsanbieter gar nicht gezielt auf die Inhalte des Kommunikationsvorgangs einwirken, sondern nur wirtschaftlich orientierte Zwecke verfolgen, ist ohne Bedeutung. Ohne die Zusicherung eines einflussfreien Informationsvorgangs ist die einflussfreie Internettätigkeit undenkbar.

Wenn der Staat von Grundrechts wegen verpflichtet ist, die Netzneutralität als einen unbedingten objektiv-rechtlichen Wertgehalt der kommunikationsrelevanten Grundrechte zu schützen, dann begründet die Nichtbeachtung dieser Schutzpflicht zwar kein subjektiv-öffentliches Recht auf Schutz – aus der Schutzpflicht des Staates sollte kein subjektives Recht des Bürgers auf Schutz gegen den Staat abgeleitet werden, da ansonsten Teile des

¹¹⁷ Ruffert, Vorrang der Verfassung, S. 201.

¹¹⁸ Dies ist eine im Schrifttum ganz überwiegend anerkannte Grundrechtsfunktion, so bspw. Jaeckel, DVBl. 2011, 13 (14).

¹¹⁹ Bisher im Zusammenhang mit neuen Medien nur Schoch, VVDStRL 57 (1997), S. 158 (187); ähnlich Kloepfer, in: Prütting (Hrsg.), S. 7 (9). Im Zusammenhang mit neuen Technologien im Allgemeinen Calliess, in: Merten/ Papier (Hrsg.), HGR II, § 44, Rn. 3.

Privatrechts auf die Ebene des Verfassungsrechts gehoben werden würden.¹²⁰ Dagegen ist aber ein subjektives Recht auf Abhilfe durch Schutz, das als ein Auftrag an die Gesetzgebung und Rechtsprechung verstanden werden sollte, zwingend zur Verwirklichung der Schutzpflicht eines neutralen Netzes.¹²¹

II. Internetgrundversorgung durch duale Internet- und Informationsordnung?

Die staatliche Abhilfe auf Schutz kommunikationsrelevanter Sachverhalte kann am Beispiel des Grundversorgungsauftrages des Staates im Bezug auf die Rundfunkordnung verdeutlicht werden.

Da alle Medien einen erheblichen Einfluss auf die Bildung von Meinungen ausüben, ist der Staat verpflichtet, vor allem dem immensen Einfluss privater Medienanbieter auf die Meinungsbildung entgegenzuwirken. Insbesondere der Rundfunk wurde als ausgesprochen meinungsmächtig erkannt, da er tendenziös auf dem Meinungsmarkt zu wirken vermag. Die staatliche Gewährleistungsverantwortung im Bereich der Medien wurde durch den Grundversorgungsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks konturiert.¹²² Das Bundesverfassungsgericht hat hinsichtlich des linear verbreiteten Rundfunks einen Grundversorgungsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks bejaht.¹²³ Innerhalb des Rundfunks wurde dem Staat ein infrastruktureller Vollversorgungsauftrag zugesprochen, um jeglichen Vielfaltdefiziten vorzubeugen, für Pluralität zu sorgen und vollumfängliche individuelle und öffentliche Meinungsbildung zu sichern.¹²⁴ So sorgen die strengen Vorgaben des Rundfunkstaatsvertrags für eine ausgewogene Rundfunklandschaft.

Die Kommunikationsverfassung des Grundgesetzes ist unter dem verfassungsrechtlichen Zielwert¹²⁵ der „kommunikativen Chancengleichheit“ zu betrachten.¹²⁶ Die ursprüng-

¹²⁰ Siehe *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 34 f.

¹²¹ Dazu *Calliess*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR II, § 44, Rn. 7. Siehe zu den Schutzpflichten als subjektives Recht *Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 58 ff. Abzugrenzen ist dieses subjektive Recht auf Abhilfe durch Schutz von dem deutlich zu weitem Verständnis vom subjektiv öffentlichen Recht auf Schutz.

¹²² Dazu siehe bspw. *Held*, S. 104 ff.

¹²³ Exemplarisch BVerfGE 73, 118 (157 f.); 74, 297 (324 f.); 90, 60 (90); 119, 181 (218). Zur Entwicklung der Grundversorgungsdoktrin des Bundesverfassungsgerichts siehe ausführlich *Vollmeier*, Grundversorgung im konvergierenden Mediensektor, S. 122 ff.

¹²⁴ *Schoch*, in: Leipold (Hrsg.), Rechtsfragen des Internet und der Informationsgesellschaft, S. 83.

¹²⁵ So *Schulz*, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit, S. 168.

liche Frequenzknappheit und das später hinzugekommene Problem der Werbefinanzierung des privaten Rundfunks ließen kommunikative Ungleichgewichte und Vielfaltdefizite befürchten und bestätigten die Idee einer staatlichen Gewährleistungsverantwortung der kommunikativen Teilhabechancen.¹²⁷ Daraus folgt der Auftrag an den Staat, Offenheit, freien Zugang aller potentieller Anbieter und einen freien publizistischen Wettbewerb zu gewährleisten; für den Rezipienten hingegen folgt daraus die Garantie des Zugangs zu möglichst vielen Informationsquellen.¹²⁸

Die so begründete Grundversorgung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks soll ein Angebot sicherstellen, das umfassend und in der vollen Breite des klassischen Rundfunkauftrags informiert und im Rahmen dieses Programmangebots Meinungsvielfalt in der verfassungsrechtlich gebotenen Weise herstellt.¹²⁹ Das rechtfertigt das öffentlich-rechtliche Rundfunkangebot im klassischen Sinne.

Außerhalb des Rundfunks findet seit der Privatisierung der Telekommunikationsinfrastrukturen ein Übergang von öffentlicher Organisation und Kontrolle zum selbstregulierten Informationsmarkt statt.¹³⁰ Wie im Rahmen der grundrechtlichen Schutzbereiche gezeigt, ist gerade der Transport von Daten im Internet als Voraussetzung der Entfaltung des Grundrechtsschutzes besonders gefährdet. Der Transformationsprozess von staatlicher Erfüllungsverantwortung zur bloßen Gewährleistungsverantwortung führt zumindest zur staatlichen Garantienstellung im Hinblick auf die Sicherung einer demokratischen Informationsordnung.¹³¹ Das gewinnt gerade im Zeitalter der Internetkommunikation an Bedeutung.

Seitdem die Popularität des Internet in den 90ern gestiegen ist, ist umstritten, ob der Grundversorgungsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks über den klassischen linear ausgestrahlten Rundfunk hinausgeht. Schließlich kann den Onlinediensten ein beachtliches

¹²⁶ BVerfGE 97, 228 (256): „Die Gewährleistung freier Informationstätigkeit und freien Informationszugangs bildet ein wesentliches Anliegen des Grundgesetzes. (...)“.

¹²⁷ In diesem Sinne *Gersdorf*, K&R 2012, 94 (95).

¹²⁸ *Wellenreuther*, Presseähnliche Telemedien, S. 119 und S. 129 ff.

¹²⁹ BVerfGE 73, 118 (157 f.); 74, 297 (325); 83, 238 (298).

¹³⁰ Im Detail dazu *Schoch*, in: Leipold (Hrsg.), Rechtsfragen des Internet und der Informationsgesellschaft, S. 84 f.

¹³¹ So *Schoch*, in: Leipold (Hrsg.), Rechtsfragen des Internet und der Informationsgesellschaft, S. 87 f.

Maß an Meinungsbildungsrelevanz zugesprochen werden, das der des Rundfunks gleich kommt. Hierbei steht die Betätigung des Rundfunks in Form von öffentlich-rechtlichen Onlineangeboten im Fokus der Diskussion.¹³²

Die ursprüngliche Regulierungsnotwendigkeit des Rundfunks, die der Sicherung einer stärkeren Pluralität diene und dient, müsste nun für das Internet Geltung beanspruchen. In Anbetracht der unüberschaubaren Vielfalt von Kommunikationsdiensten im Internet¹³³ geht ihre Einflussnahme auf die öffentliche Meinung einher. Daraus erwächst ein „neues Bedürfnis des Bürgers nach Orientierung“, das wiederum der Staat zu unterstützen hat.¹³⁴ So, wie die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten daher einen Beitrag zur Meinungsbildung im Internet leisten, indem sie dort Inhalte objektiv und neutral präsentieren¹³⁵, muss Sorge dafür getragen werden, dass den Kommunikationsinhalten im Internet ein gleicher oder zumindest ähnlicher Schutz zugute kommt.¹³⁶

Diejenigen, die das Internet als verfassungsrechtlichen Rundfunk begreifen und dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk die Betätigung im Internet – gar von ihrem eigentlichen Rundfunkprogramm losgelöst – zusprechen¹³⁷, wenden folglich die Grundsätze zum Grundversorgungsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und die einfachgesetzlichen Regulierungsinstrumente auf Onlineangebote an. Damit solle die Versorgung der Bevölkerung mit objektiven Informationen im Internet gewährleistet werden.¹³⁸

Dem wird entgegengesetzt, dass das Bundesverfassungsgericht in einschlägiger Rechtsprechung den Grundversorgungsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Bereich der neuen Medien abgelehnt hat.¹³⁹ Aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lässt sich ableiten, dass im Bereich des Internet möglicherweise nur dann ein

¹³² Ausführungen dazu siehe bereits in Kap.3.C.III.

¹³³ Bereits im Jahre 2001 ging man davon aus, dass es Milliarden von Websites im Internet gibt und monatlich mind. 40.000 neue Websites hinzukommen werden, so bei *Hesse*, in: Kops/Schulz/Held (Hrsg.), S. 265 (270).

¹³⁴ *Papier/Schröder*, epd Nr. 60, S. 16 (21).

¹³⁵ *Papier/Schröder*, epd Nr. 60, S. 16 (30). Hierzu ausgesprochen kritisch *Gersdorf*, AfP 2010, 421 ff.

¹³⁶ Zum Schutz des Internet durch den Staat siehe *Bull*, S. 89 f.

¹³⁷ Siehe oben Kap.3.C.III

¹³⁸ So ausdrücklich *Papier/Schröder*, epd Nr. 60, S. 16 (21).

¹³⁹ BVerfGE 74, 297 (353); 83, 238 (302); 119, 181 (218). Dazu siehe *Degenhart*, FS Stern, S. 1299 (1313 f.); *Gersdorf*, AfP 2010, 421 (426).

staatlicher Grundversorgungsauftrag denkbar sein soll, wenn es „künftig Funktionen des herkömmlichen Rundfunks übernehmen“ oder „in erheblichem Umfang an die Stelle des herkömmlichen Rundfunks treten“ sollte.¹⁴⁰ Es dürfte inzwischen nicht weit davon entfernt sein, bedenkt man die erhebliche Einwirkung von sozialen Netzwerken im Internet auf die Gesellschaft.

Ein Grundversorgungsauftrag des Staates im Bereich des Internet könnte im Sinne eines Grundversorgungsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auf öffentlich-rechtliche Onlineangebote¹⁴¹ begriffen werden – d.h. als Grundversorgung mit Inhalten¹⁴². Ausschließlich im Bezug auf Onlinekataloge und Suchmaschinen könnte eine solche Überlegung fruchtbar gemacht werden¹⁴³ – im Sinne einer öffentlich-rechtlichen Internetgrundversorgung, bei der die Datenvielfalt chancengleich mithilfe gemeinwohlnützlicher (öffentlich-rechtlicher) Suchsysteme aufbereitet werden.

Daher müssen neue Mechanismen entwickelt werden, die den Gefahren der Internetkommunikation entsprechend begegnen. So ist beispielsweise der Vorschlag aufzugreifen, der Gesetzgeber könne die duale Rundfunkordnung zu einer dualen Internet- und Informationsordnung weiterentwickeln.¹⁴⁴

Auf der Rechtsfolgenseite dient zudem die Idee der Netzneutralität diesem Gedanken. Wird nämlich dafür Sorge getragen, dass das Netz neutral bleibt, so wird die Chancengleichheit von Kommunikationsinhalten gewährleistet und eine Art öffentlich-rechtlicher Suchmaschine entbehrlich. Eine einzige Verhaltensregel würde sich positiv auf die Internetkommunikation und somit die Bildung privater und öffentlicher Meinung auswirken, ohne dass eine Ausweitung des bisherigen Rundfunkauftrags notwendig wäre. Es wäre eine Möglichkeit der Einflussnahme auf die Internetlandschaft, die jedoch die bisher aus sich heraus funktionierende Internetlandschaft verhältnismäßig unberührt ließe.

¹⁴⁰ BVerfGE 74, 297 (353); 83, 238 (302 f.).

¹⁴¹ So aber *Papier/Schröder*, epd Nr. 60, S. 16 ff.

¹⁴² So *Vollmeier*, Grundversorgung im konvergierenden Mediensektor, S. 187.

¹⁴³ Dazu *Vollmeier*, Grundversorgung im konvergierenden Mediensektor, S. 208 ff. Siehe dazu noch *Paal*, AfP 2011, 521 ff.

¹⁴⁴ So *Hoffmann-Riem*, Kommunikationsfreiheiten, S. 243 ff.; kritisch *Gersdorf*, AfP 2010, 421 (428); ausdrücklich gegen einen Internet-Grundversorgungsauftrag des Staates *Schoch*, VVDStRL 57 (1997), 158 (205, Fn. 235).

Die Idee eines Grundversorgungsauftrages im Internet darf allerdings nicht in das System der Rundfunkordnung angegliedert werden. Da sich die Entwicklungsgarantie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ausschließlich auf Audio- und Videobeiträge erstreckt, hält die Rundfunkordnung keine Mechanismen für die Regelungen von Internetkommunikation bereit.¹⁴⁵ Statt dass die Informations- und Kommunikationsordnung um jeden Preis den Regelungsmechanismen der Rundfunkordnung unterworfen wird, braucht es neue Strukturen, die den Gefahren für die öffentliche Meinungsbildung im Internet begegnen können.¹⁴⁶ Auch die Idee der bisherigen Rundfunkordnung bedarf seit dem Einzug des Internet einer Neuordnung. Es muss über neue, von der klassischen rundfunkmäßigen Grundversorgung losgelöste Mechanismen nachgedacht werden, die eine uferlose Einflussnahme Privater in die Internetkommunikation verhindern. Wenn das Bundesverfassungsgericht betont, dass die rundfunkmäßige Grundversorgung solange ihre Geltung beansprucht, wie es keine vergleichbare Informationstechnologien gibt¹⁴⁷, gibt es zugleich neueren Entwicklungen Raum. Die Netzneutralität als Grundsatz der Internetkommunikation würde eine zweifelhafte dualen Internet- und Informationsordnung entbehrlich machen.

III. Handlungspflicht des Gesetzgebers

Aus der grundrechtlichen Schutzpflicht folgt die Notwendigkeit der staatlichen Abhilfe, gerichtet auf den Schutz betroffener (Kommunikations-)Grundrechte und der Entfaltung dieser grundrechtlichen Freiheiten.¹⁴⁸ Ein solches Gebot an den Staat hat unter Umständen kaum spürbare Auswirkungen, da daraus keine unmittelbaren Handlungspflichten folgen. Ließe sich aus der staatlichen Schutzpflicht des neutralen Netzes eine staatliche Garantstellung ableiten, so löste jede Grundrechtsbeeinträchtigung eine Abwehrpflicht des Staates aus.¹⁴⁹ Spätestens dann, wenn ein Zivilrichter eine bestehende Schutzpflicht verkennt, entsteht eine Verletzung spezifischen Verfassungsrechts, die der Betroffene in Form der Ver-

¹⁴⁵ Gersdorf, AfP 2010, 421 (427); in diesem Sinne auch Degenhart, ZUM 1998, 333 (343).

¹⁴⁶ Eine Darstellung der bisher wenigen und oft unzureichenden Regelungsmechanismen siehe Paal, AfP 2011, 521 ff.

¹⁴⁷ BVerfGE 74, 297 (353); 83, 238 (302 f.).

¹⁴⁸ So Aulehner, Grundrechte und Gesetzgebung, S. 13.

¹⁴⁹ Dazu siehe Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, S. 44 ff. und Murswiek, Die staatliche Verantwortung für Risiken der Technik, S. 96.

fassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht geltend machen kann.¹⁵⁰ In Anbetracht der klaren Positionierung der Grundrechte hinsichtlich ihrer objektiv-rechtlichen Wertgehalte ist eine Umwälzung der Schutzpflichtverwirklichung einzig auf die Ebene der Judikative unangemessen. Deutliche Schritte müssen auf der gesetzgeberischen Ebene unternommen werden, die der Gewährleistung neutralen Netzes dienen und die Schutzpflicht auf die Ebene durchgreifender Rechtspositionen erheben.¹⁵¹ Das einfache Recht ist hier bei der Umsetzung der grundrechtlichen Schutzpflichten dienlich zu machen.¹⁵²

Im Rahmen der Debatte um die Notwendigkeit der Netzneutralität wurde das gesetzgeberische Zögern besonders deutlich. Obwohl bereits im Jahre 2009 rege Diskussionen stattfanden und der deutsche Gesetzgeber zum Nachdenken über die Normierung des Grundsatzes der Netzneutralität angestoßen wurde, hat die Netzneutralität erst im Mai 2012 mit § 41a TKG Einzug ins einfache Recht gefunden.¹⁵³ § 41a TKG ist keinesfalls eine befriedigende Lösung des Problems diskriminierender Praktiken der Zugangsanbieter. Der Grund der zögerlichen Herangehensweise liegt wohl zum einen im politischen, rechtlichen und gesellschaftlichen Dissens über ihre Notwendigkeit. Zum anderen wird hier besonders effektiv Lobbyismus betrieben, wenn vorrangig wirtschaftliche Interessen der Zugangsanbieter Gehör finden. Es stehen sich wirtschaftliche und ideelle Interessen gegenüber. Im Übrigen vertraut der Gesetzgeber auf die Transparenzregeln im TKG.¹⁵⁴ Ähnlich wird auf der europäischen Ebene mit der Verstärkung der Transparenzvorgaben für Zugangsanbieter reagiert.¹⁵⁵ Ein weiteres Problem, auf das im Vorliegenden nicht vertieft

¹⁵⁰ Vor allem BVerfGE 77, 170 (214 f.); 88, 203 (263); 92, 26 (46). Dazu auch *Stern*, DÖV 2010, 241 (247 f.).

¹⁵¹ Zur Durchsetzung der Schutzpflichten siehe *Stern*, DÖV 2010, 241 (247).

¹⁵² *Isensee*, HStR IX, § 190, Rn. 162 spricht hier von der sog. idealtypischen Grundrechtsfunktion des einfachen Rechts, wenn er auf die einfachgesetzliche Funktion die grundrechtlichen Schutzpflichten umzusetzen, eingeht. Ähnlich spricht *Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), 5 (9 f.) von dem Gewährleistungsgehalt der Grundrechte, aus dem der Regelungsauftrag an die Gesetzgebung als Bedingung grundrechtlicher Freiheit folge. Ausführlich dazu *Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, S. 77. Zum Umfang der Schutzpflicht eines neutralen Netzes sogleich unten in Kap.6.

¹⁵³ Dazu bereits eingangs in der Einleitung C.V. Zum § 41 a TKG siehe *Frevert*, MMR 2012, 510 (513).

¹⁵⁴ Siehe §§ 2 Abs. 3, 18 Abs. 3, 20, 34 Abs. 4, 40 Abs. 3 Nr. 5, 45 n TKG.

¹⁵⁵ Siehe die Ausführungen zum sog. Telekompaket: Einleitung C.III.

eingegangen werden soll, ist die Frage, ob die Normierung der Netzneutralität in einem Bundesgesetz den grundgesetzlich normierten Kompetenzen entspricht.¹⁵⁶

Es ist sachgerechter, auf die Pflicht des Staates abzustellen, hinreichend gesetzgeberische Schritte zu unternehmen, um seiner Schutzpflicht des neutralen Netzes nachzukommen. Wie zügig der Staat handeln muss, um seiner grundrechtlichen Pflicht nachzukommen, ist nicht geklärt. Ob der staatlichen Schutzpflicht durch den Erlass einer Rechtsverordnung auf der Grundlage des § 41a TKG¹⁵⁷ hinreichend nachgekommen wird, wird zu diskutieren sein, sobald ein tauglicher Rechtsverordnungsentwurf vorgelegt wird.¹⁵⁸

¹⁵⁶ Fraglich ist, ob neben der Verankerung des Grundsatzes im TKG die Netzneutralität zusätzlich in den landesrechtlichen Regelungen zum Rundfunk zu verankern ist. Das Grundgesetz verteilt schließlich die Zuständigkeit bei der Gesetzgebung. Während der Bund für die Telekommunikation die Gesetzgebungskompetenz innehat (Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG), sind die Länder für die „Inhalte“ zuständig. Nun kann darüber gestritten werden, ob die Frage nach dem Grundsatz der Netzneutralität sowohl in die Zuständigkeit des Bundes als auch der Länder fällt. Wie gezeigt, sind durchaus meinungsrelevante Bereiche bei der Frage nach der netzneutralen Datenübermittlung berührt. Andererseits, ungeachtet der Auswirkungen einer nichtneutralen Datenübermittlung auf die Meinungsrelevanz, bleibt der Zeitpunkt des Eingriffs in die Neutralität des Netzes ausschließlich auf der Telekommunikationsebene. Deshalb ist es vertretbar, davon auszugehen, dass die gesetzliche Normierung des Grundsatzes der Netzneutralität auf der Bundesebene ausreichend ist.

¹⁵⁷ Näheres zu den Plänen des damaligen Bundeswirtschaftsministers Röslers siehe unter <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/roesler-plant-verordnung-gleiches-internet-fuer-alle-12223720.html> (zuletzt abgerufen am 10.10.2013).

¹⁵⁸ Vgl. Einleitung C.V.; zur inzwischen überarbeiteten Fassung eines Verordnungsentwurfs *Frevert*, ZRP 2013, 166 ff.

Kapitel 6: Umfang der Schutzpflicht und Auflösung von Kollisionslagen¹

Die Feststellung einer grundrechtlichen Schutzpflicht eines neutralen Netzes sagt noch nichts über ihre Auswirkung aus. Sie ist zu unbestimmt und bedarf anschaulicher Maßstäbe zur Bemessung ihrer Reichweite. Der Verwirklichung von Schutzpflichten stehen Grundrechte anderer – im Fall der Netzneutralität die Grundrechte der Zugangsanbieter – entgegen. Zwar berechtigt die Schutzpflicht, in kollidierende Grundrechte gleichgeordneter Grundrechtsträger einzugreifen,² das kann jedoch nicht beliebig geschehen. Die Auflösung der Kollisionslage stellt ein grundrechtliches Verteilungsproblem dar.³ Vor diesem Problem steht der Gesetzgeber, der primär Schutzpflichten realisiert. Ihm steht hierbei ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu.⁴ „Diese weite Gestaltungsfreiheit kann von den Gerichten je nach Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden und der Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter nur in begrenztem Umfang überprüft werden“.⁵

A. Entgegenstehende Grundrechte der Zugangsanbieter

Allerdings finden die Grundsätze für eine funktionierende Kommunikationsverfassung dort ihre Grenzen, wo Grundrechte Dritter entgegenstehen. Dem bisherigen Erkenntnisgewinn hinsichtlich des Rechts auf neutrale Datenübermittlung im Internet sind möglicherweise Schranken in Form der Grundrechte der Zugangsanbieter entgegenzuhalten, die den Umfang der grundrechtlichen Schutzpflicht des neutralen Netzes beeinflussen.

Die Zugangsanbieter sind ebenso Träger von Grundrechten wie die Kommunikationsteilnehmer.⁶ Die Zugangsanbieter gehen als Netzinfrastrukturihaber ihrer Unterneh-

¹ Nach *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, S. 201 ff.

² *Jarass*, AöR 110 (1985), S. 363 (383).

³ *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, S. 202.

⁴ BVerfGE 50, 290 (368); 77, 170 (214); 84, 212 (226); 88, 203 (262); zuletzt BVerfG NVwZ 2013, 502. „Allerdings darf er (der Gesetzgeber) offensichtlichen Fehlentwicklungen nicht tatenlos zusehen, so BVerfGE 81, 242 (255).“

⁵ BVerfGE 50, 290 (332 f.); 77, 170 (215).

⁶ Siehe dazu *Jarass*, MMR 2009, 223 ff.

menstätigkeit nach, wenn sie die Telekommunikationsinfrastrukturen koordinieren, wozu auch die Datensteuerung gehört. Die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG umfasst die Unternehmerfreiheit.⁷ Darunter fällt sowohl die Preisfreiheit als auch die Vertragsfreiheit des Unternehmens.⁸ Entscheidet sich ein Unternehmen für ein Geschäftsmodell, das vom Best Effort-Prinzip zum Quality of Service wechselt und eine entgeltabhängige Differenzierung bei der Übermittlung von Daten erfordert, ist auch dieser Entschluss von der Unternehmerfreiheit gedeckt.⁹ Im Weiteren ist die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG betroffen, wenn die Nutzungsbefugnis der Netzeigentümer an der Netzinfrastruktur beeinträchtigt wird.¹⁰ Schließlich gebietet die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit¹¹ als Grundsatz der Privatautonomie. Die Zugangsanbieter sollen grundsätzlich nicht gezwungen werden, sich mit anderen vertraglich einzulassen. Es soll ihnen freistehen, ob und gegebenenfalls wie sie ihre vertraglichen Betätigungen ausgestalten. Nach welchen Methoden sie die Datenpakete übermitteln, müssen sie grundsätzlich nach ihrem ökonomischen Verständnis und Interesse entscheiden dürfen.

Wenn sich der Staat schützend vor die Kommunikationsfreiheiten der Endkunden stellt, indem er für die Gewährleistung einer diskriminierungsfreien Übermittlung der Daten einsteht, hat das Folgen für die Netze der Zugangsanbieter, die in ihrer Verfügungsfreiheit erheblich beeinträchtigt werden und im Zweifel weniger Gewinn realisieren können. Nur weil der Staat sich schützend vor bestimmte Grundrechtsgüter zu stellen hat, ist er nicht von der Rücksichtnahme auf entgegenstehende Grundrechte befreit.

Dabei ist fraglich, ob es Konsequenzen für den Grundrechtsschutz der Zugangsanbieter hat, dass sie sich bewusst in einen ursprünglich öffentlich-rechtlichen Grundversorgungsbereich begeben haben. Schließlich haben sich die Zugangsanbieter bewusst für die Übernahme ursprünglich staatlicher Aufgaben entschieden.¹² Es soll verhindert werden,

⁷ BVerfGE 50, 290 (363).

⁸ Dazu siehe exemplarisch *Wieland*, in: Dreier, GG, Art. 12, Rn. 53.

⁹ *Fetzer/Peitz/Schweitzer*, Impulsstudie „Ökonomische und juristische Grundlagen der Netzneutralität“, S. 23.

¹⁰ So *Fetzer/Peitz/Schweitzer*, Impulsstudie „Ökonomische und juristische Grundlagen der Netzneutralität“, S. 23.

¹¹ Dazu näher *Dreier*, in: ders., GG, Art. 2 I, Rn. 35 f.

¹² BVerfGE 128, 226. Dazu bereits oben unter Kap.5.A.III.

dass eine Art Flucht ins Privatrecht erfolgt und zugleich Grundrechte, welche den spezifischen Gefahren der elektronischen Kommunikation entgegenzutreten sollen, in ihrer Anwendbarkeit absolut unbrauchbar gemacht werden. So genügen die abwehrrrechtlichen Mechanismen der Grundrechte wie Art. 10 GG, um den Gefahren der Kommunikation auf Distanz zu begegnen, als die Post noch in staatlicher Hand war. Nach der Postprivatisierung sind diese Schutzmechanismen entfallen, weshalb nun der Staat die Realisierung der Schutzpflicht durch Private normieren muss, um einer Schutzlosstellung entgegenzuwirken.¹³ Aufgrund der wachsenden „Privatisierung“ der Informationsstrukturen müssen daher die bisherigen Strukturen der Kommunikationsfreiheiten neu durchdacht werden.¹⁴ So hat das Bundesverfassungsgericht schon früh festgestellt, dass „der Schutz des privaten Rechtsguts um so mehr zurücktreten kann und muss, je mehr es sich nicht um eine unmittelbar gegen dieses Rechtsgut gerichtete Äußerung im privaten, namentlich im wirtschaftlichen Verkehr und in Verfolgung eigennütziger Ziele, sondern um einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage durch einen dazu Legitimierten handelt.“¹⁵

Die zwingende Folge ist daher, die Grundrechte der Zugangsanbieter in einer Abwägung mit den kollidierenden Grundrechten der Internetnutzer zurücktreten müssen. Ihre besondere Stellung bei der Erfüllung der Dienste der Grundversorgung und die damit zusammenhängende staatliche Privatisierungsfolgeverantwortung wirken sich auf das Abwägungsergebnis aus. Aufgrund der Gewichtung ihrer Aufgabenerfüllung für die Gesellschaft überwiegt der Schutz der Kommunikationsgrundrechte der von der Diskriminierung betroffenen Nutzer gegenüber der bei ihrer Aufgabenausübung zum Zuge kommenden Grundrechte.

Das auf die Berufs- und Unternehmensfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) gestützte Recht, Dienstleistungen der Telekommunikation am Markt anzubieten, wird durch die Regulierungsgesetze eingeschränkt, d.h. es muss der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers überlas-

¹³ So *Schoch*, VVDStRL 57 (1997), 158 (207).

¹⁴ *Schoch*, VVDStRL 57 (1997), 158 (189 f.).

¹⁵ Mit Bezug auf die Meinungsfreiheit BVerfGE 7, 198 (212).

sen werden, den Tätigkeiten der Unternehmer im Lichte dieser Grundrechte schlimmstenfalls Grenzen zu setzen.¹⁶

B. Das Untermaßverbot¹⁷

Dort, wo entgegengesetzte Grundrechte miteinander kollidieren, müssen beide hinreichend gewichtet werden. Ihre jeweiligen Besonderheiten sind zu bewerten und gegeneinander abzuwägen. Auch wenn vorliegend die Gewährleistung der funktionierenden Kommunikation einen hohen Stellenwert hat und unabhängig von den möglichen Einschnitten in die Grundrechte der Zugangsanbieter aufgrund der Übernahme ursprünglich staatlicher Dienste, ist den Grundrechten der Zugangsanbieter größtmögliche Geltung zu verschaffen. Im Ergebnis läuft die Verwirklichung der Schutzpflichten auf eine „beiderseitig optimale Gewährleistung des Grundrechtsschutzes“¹⁸ der sich gegenüberstehenden Grundrechtsträger hinaus. Einen Maßstab zur Bestimmung der zulässigen Eingriffsreichweite in die kollidierenden Grundrechte bildet das Untermaßverbot. Zwar vertraut das Grundgesetz dem Gesetzgeber die Realisierung der Schutzpflicht an, es konkretisiert diesen Auftrag jedoch nicht. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verletzt der Gesetzgeber seine Schutzpflicht jedenfalls dann, wenn er überhaupt keine Schutzvorkehrungen getroffen hat oder die getroffenen Maßnahmen „gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen“.¹⁹ Dabei ist der Gesetzgeber gehalten, das Untermaßverbot zu beachten, wonach er einen angemessenen und wirksamen Schutz – unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter – zu gewährleisten hat.²⁰ Das Untermaßverbot gilt dann als beachtet, wenn die Ausgestaltung des Schutzes durch die Rechtsordnung Mindestanforderungen entspricht.²¹ Die gleichzeitige Berücksichtigung der entgegenstehenden Rechtsgüter relativiert dabei den Maßstab des Unter-

¹⁶ So im Bezug auf den Gewährleistungsauftrag des Art. 87f GG *Badura*, in: BK-GG, Art. 87f, Rn. 31; *Mörtl*, Maunz/Dürig, GG, Art. 87f, Rn. 63.

¹⁷ Zur Kontroverse um das Untermaßverbot siehe statt vieler *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 451 ff.

¹⁸ BVerfGE 81, 242 (255); anders *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, S. 218 ff. m.w.N., der auf den Mindestschutz für die involvierten Rechtsgüter abstellt.

¹⁹ BVerfG NVwZ 2013, 502; ständige Rechtsprechung: BVerfGE 56, 54 [(80 f.); 77, 381 (405); 79, 174 (202)].

²⁰ BVerfGE 88 203 (262).

²¹ BVerfGE 88, 203 (254 f.).

maßverbots.²² Der Gesetzgeber muss zumindest soweit in das Grundrecht des Dritten eingreifen, als dies die aus dem kollidierenden Grundrecht resultierende Schutzpflicht gebietet.²³ „Eine abstrakte Bestimmung des Mindestmaßes der Erfüllung grundrechtlicher Schutzaufträge bedarf eines Orientierungspunktes in dieser (Staat-Störer-Opfer) Dreiecksituation.“²⁴

C. Mindestschutz in Fällen des neutralen Netzes

Die Netzneutralität dient der grundgesetzlichen Kommunikationsverfassung. Es fördert die öffentliche und private Meinungsbildung. Der Netzneutralität gebührt mithin staatlicher Schutz. Maßnahmen, die die Netzneutralität sichern, sind deshalb gesetzlich festzuschreiben, um die im Einklang mit der Netzneutralität stehenden Praktiken der Zugangsanbieter zu gewährleisten. Zum Schutz des neutralen Netzes hat der Gesetzgeber Regeln aufzustellen, und zwar in Form von Geboten und Verboten, die den Gefahren für das neutrale Netz hinreichend zu begegnen in der Lage sind.²⁵

Das grundrechtlich begründete Verlangen nach netzneutraler Internetkommunikation wird letztlich zulasten der Zugangsanbieter befriedigt. Eine Umsetzung der Schutzpflicht des neutralen Netzes führt demnach dazu, dass die Grundrechte der Zugangsanbieter hinter die Grundrechte der Nutzer zurückzutreten haben. Ohne gesetzlichen Zwang sind die Zugangsanbieter aus wirtschaftlichen Erwägungen allerdings nicht gehalten, von sich aus Netzneutralität zu gewährleisten. Eine netzneutrale Internetkommunikation, wie sie als zu schützende und die Kommunikation gewährleistende Voraussetzung vertieft ausgearbeitet wurde²⁶, ist deshalb nur dann denkbar, wenn sie mit gesetzlich normierten Einschnitten der Datensteuerungspraktiken der Zugangsanbieter einhergeht. Gesetzliche Vorgaben dürfen zwar nicht soweit gehen, dass sie den Zugangsanbietern die Führung ihres Unternehmens vorschreiben, geschweige denn gänzlich unmöglich machen; sie dürfen allerdings Verbote statuieren, die in die Überlegungen wirtschaftlicher Unternehmensführung von den Zu-

²² Zum Untermaßverbot als eingeschränkt relativer Maßstab, siehe besonders deutlich bei *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, S. 217 ff.

²³ *Jarass*, AöR 110 (1985), S. 363 (383).

²⁴ *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, S. 218.

²⁵ BVerfGE 88, 203 (255).

²⁶ Siehe oben Kapitel 5 und Kapitel 6.

gangsaniemern einzubeziehen wärem. Zudem müssen es Regeln präventiver Art sein. Aufgrund der Komplexität der Telekommunikationsinfrastrukturen ist es dem Endverbraucher nahezu unmöglich, die diskriminierende Behandlung seiner Daten zu bemerken. Die Möglichkeit heimlicher Eingriffe schwebt wie ein Damoklesschwert über der Internetkommunikation und kann einzig durch präventive Verbote größtenteils ausgeschlossen werden. Nur die netzneutrale Übertragung von Daten gewährleistet schließlich eine von jeglichen Einflüssen Dritter freie zwischenmenschliche Kommunikation im Internet. Ausnahmen von der Best-Effort-Übertragung gefährden diese Einflussfreiheit, ihr Einsatz wäre folgenreich und könnte nicht ohne weiteres nachträglich beseitigt werden. Zur Minimierung solcher Folgen wäre ihr Einsatz vorsorglich durch zwingende Transparenzregelungen als repressive Verbote mit Befreiungsvorbehalt denkbar.

Die Eingriffe in die Grundrechte der Zugangsanbieter zugunsten der Schutzpflicht eines neutralen Netzes müssen den Zugangsanbietern zumutbar sein. Der Gesetzgeber entledigt sich seiner Pflicht nicht, wenn er Verbote diskriminierender Datenübermittlung aufstellt. Vielmehr beschreitet erst dann den beidseitig grundrechtskonformen Weg, wenn er gleichzeitig dafür Sorge trägt, dass der Bestand und die Attraktivität der Universaldienstleistungen der Zugangsanbieter nichtsdestotrotz gewahrt bleiben. Der Staat muss insbesondere Anreize für Innovationen wahren. Die Entwicklung der Telekommunikationsinfrastrukturen muss weiterhin eine Priorität der Zugangsanbieter sein. Der Gesetzgeber ist angehalten, die Wirkung seiner Vorgehensweise zum Schutze der Netzneutralität zu beobachten, zu bewerten und die bis dahin getroffene Regelungen nach Bedarf anzupassen.

D. Regulierungsverantwortung des Staates

Das Grundgesetz schreibt die staatliche Schutzpflicht eines neutralen Netzes vor. Dieses Ergebnis entbindet den Gesetzgeber nicht von konkreten inhaltlichen Ausgestaltungen der „Netzneutralitätsregulierung“. Die Art und Weise der Verwirklichung dieses grundgesetzlichen Auftrags obliegt dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers²⁷. Die sozialstaatlich begründete Infrastrukturverantwortung verpflichtet den Staat, in die sich bereits in den Händen Privater befindliche Erbringung der infrastrukturellen Daseinsvorsorge regulierend

²⁷ So bereits *Mengering*, in: Säcker, BerlKommTKG, § 41a Rn. 44.

einzugreifen.²⁸ Wegen der grundrechtlichen Schutzpflicht gegenüber den Endkunden folgt im gleichen Zug seine Handlungspflicht zum Schutze des neutralen Netzes in Form von Regulierungsmaßnahmen.²⁹ Aus der vormals staatlichen Erfüllungsverantwortung folgt deshalb zwingend eine staatliche Regulierungsverantwortung.³⁰ Ein öffentlich-rechtlicher Ordnungsrahmen muss freiheitssichernde Funktionen erfüllen und der privaten Selbstregulierung und dem Privatorisationsrecht in Grenzfällen entgegenwirken.³¹ Die Regulierungsverwaltung muss für einen prinzipiell gleichberechtigten Zugang zu „den unverzichtbaren Einrichtungen eines (bestimmten) Wirtschaftssektors“ sorgen.³² Insoweit erscheint die Delegation der Kontrolle des Netzes im Hinblick auf die Netzneutralität im § 41a TKG auf die Exekutive auf den ersten Blick vielversprechend.

Gegen die Regulierungsnotwendigkeit des neutralen Netzes wird eingewendet, es sei an erster Stelle dem Markt selbst zu überlassen, durch Angebot und Nachfrage den Datenverkehr im Internet zu regulieren.³³ Allerdings muss ebenso der Manipulierbarkeit der Internetkommunikation durch gesellschaftliche und wirtschaftliche Machtträger entgegenwirkt werden; wo Marktmachtpositionen bestehen, sind missbräuchliche Methoden wahrscheinlich. Missbräuchliches Handeln der Zugangsanbieter aufzudecken ist schwierig, da aufgrund der Komplexität der Übermittlungsmethoden und -prozesse solche Verstöße kaum nachweisbar sind.³⁴ Um den gegensätzlichen Polen – zum einen der Notwendigkeit des neutralen Netzes und zum anderen dem gleichzeitigen Zugeständnis an den Markt, sich vorrangig selbst zu regulieren – gerecht zu werden, ist eine Verantwortungsteilung zwischen Staat und Gesellschaft als Ziel der Reglementierung der Informationsordnung die adäquate Lösung.³⁵

²⁸ Normiert in Art. 87f Abs. 1 GG. So *Schoch*, VVDStRL 57 (1997), 158 (198).

²⁹ Siehe *Durner*, VVDStRL 70 (2011), S. 398 ff. (426 ff.).

³⁰ *Schoch*, VVDStRL 57 (1997), 158 (199).

³¹ *Schoch*, VVDStRL 57 (1997), 158 (208 aE, 210).

³² *Görisch*, EuZW 2012, 494 (498) und *Ruffert*, in: Fehling/ders. (Hrsg.), Regulierungsrecht, § 7, Rn. 49.

³³ Siehe dazu *Mengering*, in: Säcker, BerIKommTKG, § 41 a Rn. 27 ff.

³⁴ So schon *Hoffmann-Riem*, Kommunikationsfreiheiten, S. 36 und S. 54 ff.

³⁵ So schon *Schoch*, in: Leipold (Hrsg.), Rechtsfragen des Internet und der Informationsgesellschaft, S. 95 f.

Ob die bestehenden, insbesondere die im europäischen Telekompaket normierten Transparenzverpflichtung sowie hilfsweise die Verpflichtungen des Wettbewerbsrechts und die Instrumente des § 41a TKG ausreichen, um netzneutralitätswidrigen Praktiken der Zugangsanbieter entgegenzuwirken, wird die Zukunft zeigen. Die Bewährungsprobe ihrer Mechanismen stellt der Fall der Deutschen Telekom AG dar, die angekündigt hat, ab dem Jahr 2016 den Datentransport im Internet zu drosseln. Während die Bürger eine Petition ins Leben gerufen haben, die eine gesetzliche Verankerung der Netzneutralität verlangt und die immerhin zu den ersten Entwürfen einer Verordnung zur Netzneutralität führte,³⁶ klagte die Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen mit Erfolg vor dem Landgericht Köln gegen die angekündigte Tempodrosselung der Deutschen Telekom AG.³⁷

Dem Gesetzgeber ist insgesamt anzuraten, über eine Normierung der Netzneutralität in § 41a TKG hinaus tätig zu werden.³⁸ Solange der Gesetzgeber seiner Schutzpflicht, ein neutrales Netz zu gewährleisten nicht nachkommt, steht es den Zugangsanbietern offen, Datenpakete beliebig zu diskriminieren. Im Hinblick auf die funktionierende Kommunikationsverfassung sind die Folgen schwerwiegend. Die Ermächtigung in § 41a TKG³⁹ stellt bisher eine bloße Verlagerung des „Problems“ dar. So zeitintensiv, wie die Verabschiedung einer Verordnung auf der Grundlage des § 41a TKG bislang ist, vermag kaum eine Gesetzesnovellierung zu sein. Damit ist die „Verordnungslösung“ keinesfalls der flexibelste Weg zur Beantwortung der Frage nach einem neutralen Netz.

Unter Beachtung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Umfang der staatlichen Schutzpflicht scheint nur eine Grundsatz-Ausnahme-Regel bei der Behandlung von Daten im Internet zielführend, um die Datentransportstrukturen des Internet bei dem Grundsatz des Best Effort-Prinzips zu belassen und gleichzeitig eine effizientere Infrastrukturnutzung zu ermöglichen. Der Gesetzgeber sollte ausschließlich unter strengen Voraussetzungen die Datenpriorisierung als Ausnahme zum Best-Effort-Prinzip zulassen. Welche Maßnahmen eine Ausnahme zur diskriminierungsfreien Behandlung von Daten im

³⁶ Siehe unter https://epetitionen.bundestag.de/petitionen/_2013/_04/_23/Petition_41906.nc.html (zuletzt abgerufen am 04.11.2013).

³⁷ Wegen „unangemessen Benachteiligung“ erklärte das LG Köln, Urteil vom 30.10.2013 - 26 O 211/13 eine solche Klausel für unzulässig; die Telekom AG kündigte allerdings die Berufung an.

³⁸ Anderer Ansicht *Görisch*, EuZW 2012, 494 (498).

³⁹ Dazu bereits oben: Einleitung C.V. sowie Kap.5.C.IV.

Internet bilden, muss unter Abwägung beidseitiger Interessen bestimmt werden; hierfür sind Fachgremien zu Rate zu ziehen. Dieser Weg wird den Interessenkonflikten zwischen den Internetteilnehmern gerecht. Es erlaubt den Zugangsanbietern, auf ihre Kunden zugeschnittene Pakete anzubieten, die aber nicht zu Lasten der normalbedürftigen Endkunden gehen. Eine funktionierende Kommunikationsordnung im Internet wäre auf diese Weise gewährleistet.

Kapitel 7: Ergebnis, Zusammenfassung und Thesen

A. Netzneutralität als grundrechtliche Gewährleistungspflicht

Dass nicht nur das Recht die Gesellschaft prägt, sondern auch die Gesellschaft das Recht zu prägen vermag¹, beweist die Problematik um die Netzneutralität. Auch wenn die Netzneutralität ein neuartiges Problem für die Informationsordnung darstellt, lässt sich ihre Grundidee in den grundrechtlichen Schutzbereichen verorten. Das liegt vor allem daran, dass Kommunikationsfreiheiten von Veränderungen in der Gesellschaft beeinflusst und geprägt werden.

Die grundgesetzliche Kommunikationsverfassung liefe ohne hinreichenden Schutz vor Diskriminierungen bei Datenübermittlungen ins Leere.² Die Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Transports von und Zugangs zu Daten ist allen kommunikationsrelevanten Grundrechten immanent und als eine Bedingung dieser Grundrechte zu begreifen, ohne die die private und öffentliche Meinungsbildung unmöglich würde.³ Könnte der Bürger vom Informationsfluss abgeschnitten und ausgeschlossen werden, wäre eine freie Verbreitung von Informationen und Meinungen aufgrund der Kommunikationsfreiheiten aus Art. 5 Abs. 1 GG nicht denkbar.⁴ Ihr Zusammenspiel, das der freien öffentlichen und privaten Meinungsbildung dient, sichert deshalb bereits den Transport von und den Zugang zu Informationen.

Diesen Zwecken dient die Netzneutralität, wenn sie als verfassungsrechtlich begründete Verhaltensregel im Internet die diskriminierungsfreie Übermittlung von Daten im Internet sichert. Sie stellt einen Grundsatz der grundgesetzlichen Kommunikationsverfassung dar. Sie entspringt der verfassungsrechtlich zu gewährleistenden Kommunikationsordnung, ist dabei aber keine Voraussetzung eines bestimmten Grundrechts, sondern der kommuni-

¹ In diesem Sinne *Reinwald*, Kommunikationsinhalt und Grundgesetz, S. 61 f.

² Hierzu siehe *Kloepfer*, Grundrechte, S. 16 ff. *ders.*, in: Prütting, S. 7 (9) spricht in diesem Zusammenhang von der sog. „entstehenssichernden Variante des Grundrechts“.

³ Zum etwas weiteren Ergebnis kommen Ansätze in der Literatur, die den offenen und manipulationsfreien Zugang zum Internet, insbesondere für Suchmaschinen, als vom Staat zu sicherndes Gut erkannt haben: So ausdrücklich *Degenhart*, BK-GG, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 318; *Jarass*, in: *ders./Pieroth*, GG, Art. 5, Rn. 101 a; *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*, GG, Art. 5 I,II, Rn. 224 m.w.N; nur ansatzweise *Schemmer*, BeckOK GG, Art. 5, 155.

⁴ *Bismark*, Neue Medientechnologien und grundgesetzliche Kommunikationsverfassung, S. 133.

kationsrelevanten Grundrechte insgesamt. Jedes der kommunikationsrelevanten Grundrechte erfordert bereits die Übermittlung von Kommunikationsinhalten, da ohne sie die Gewährleistung funktionierender Kommunikationsverfassung keinen Bestand hätte. Deshalb ist sie als Kern des zu gewährleistenden Schutzbereichs eines jeden kommunikationsrelevanten Grundrechts zu begreifen. Die Netzneutralität entspringt den Kommunikationsfreiheiten in ihrem „Wirkungsverbund“⁵.

Die diskriminierungsfreie Datenübermittlung im Internet stellt somit das Objekt der staatlichen Schutzpflicht des neutralen Netzes dar und gibt dem Staat Handlungspflichten auf. Ihr Umfang bestimmt sich nach dem Untermaßverbot; die Netzneutralität ist einfachgesetzlich so auszugestalten, dass die Grundrechte der Zugangsanbieter in ihrem Mindestgehalt zur Wirksamkeit gelangen.

B. Zusammenfassung der vorliegenden Untersuchung

Das Internet, das Daten bisher unabhängig von ihrer Art nach dem Best-Effort-Prinzip übermittelte, wandelt sich. Die Zunahme an datenintensiven Anwendungen beansprucht die vorhandenen Telekommunikationsinfrastrukturen in einem solchen Maße, dass Datenstaus kaum noch verhindert werden können. Um diesen Engpässen entgegenzuwirken, ermöglichen neue technische Methoden der Zugangsanbieter die Steuerung aller Datenübermittlungsprozesse. Dafür ist es allerdings unvermeidbar, die zu übermittelnden Daten nach ihren Qualitäten zu sortieren, um sie sodann je nach ihrer Datenintensivität anzuordnen und nacheinander zu versenden. Die Datensteuerung wird aufgrund ihrer Komplexität und Intransparenz für die Endkunden unter dem Stichwort der Netzneutralität ausgesprochen kritisch bewertet. Ein Blick auf die Verbreitung der Datensteuerung zeigt, dass Zugangsanbieter auf der ganzen Welt diese Methode bereits für sich entdeckt haben. Neben den USA wurden Verletzungen der Netzneutralität auch in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union verzeichnet. Als Reaktion auf diese Entwicklung reagieren manche Staaten mit einer gesetzlichen Verankerung der Netzneutralität als ein Prinzip des Telekommunikationsrechts. Andere wiederum vertrauen auf die Selbstregulierungskraft des Telekommunikationsmarktes. Im Ergebnis dient diese Methode der effizienten Nutzung der vor-

⁵ Zum „Wirkungsverbund“ von Grundrechten *Aulehner*, Grundrechte und Gesetzgebung, S. 396 ff. m.w.N.

handenen Infrastrukturen und einem qualitativ hochwertigen Datenempfang beim Kunden. Allerdings hat es zugleich deutlich nachteilige Folgen für den Endkunden. Der Zugangsanbieter ist bei diesen Praktiken darauf angewiesen, Einblick in die Daten zu nehmen, um ihre Qualität zu bestimmen. Neben der datenschutzrechtlichen Problematik wird befürchtet, dass der Zugangsanbieter selbst bestimmen kann, ob und wie die Daten an ihre Ziele übermittelt werden. Auf diese Weise ist es den Zugangsanbietern möglich, erheblichen Einfluss auf die Kommunikation der Internetkunden zu nehmen. Dies zeitigt Folgen für die gesamten Kommunikationsstrukturen, so dass geboten ist, die Debatte um die Netzneutralität aus der Warte des Verfassungsrechts näher zu beleuchten. Die vorliegende Arbeit nimmt daher die grundgesetzliche Kommunikationsverfassung in den Blick, die wesentlich durch die Grundrechte ausgestaltet wird.

Die Debatte um die Netzneutralität setzt an der Diskriminierung und Blockierung von Daten sowie ihrer willkürlichen Verkehrssteuerung an. Schrifttum und Praxis definieren die Netzneutralität im Wesentlichen gleich – allen Definitionsbemühungen ist gemeinsam, dass sie unter Netzneutralität die Gleichbehandlung von Daten verstehen und zugleich beschreiben, auf welche Weise sie zu verwirklichen ist. Die Grundsätze der Netzneutralität statuieren in der Gesamtschau eine Art Verhaltensregel für die diskriminierungsfreie Behandlung von Daten im Internet. Diese Definition trägt für eine verfassungsrechtliche Untersuchung jedoch nur wenig bei. Der Ausspruch der notwendigen Gleichbehandlung von Daten stellt keinen Lebenssachverhalt dar, der sich unter die grundgesetzliche Kommunikationsverfassung fassen ließe. Insbesondere die grundrechtlichen Schutzbereiche bedürfen konkreter Tatbestände eines zu schützenden Verhaltens. Für diese Zwecke ist stattdessen aus dem Sinn und Zweck der Netzneutralität auf den Tatbestand der Netzneutralität zu schließen, an den sich eine Rechtsfolge anknüpft. Hierbei erweisen sich die Onlinedienste in ihren zahlreichen Formen als geeignete Anknüpfungspunkte, wobei die vorliegende Untersuchung als Referenzgruppe auf diejenigen Onlinedienste abstellt, die über das world wide web vermittelt werden. Anhand der Onlinedienste lassen sich die betroffenen Nutzer als Grundrechtsberechtigte und deren Verhaltensweisen ermitteln. Die Definition der Netzneutralität als Gleichbehandlung von Daten verweist auf die Datenübermittlung im Internet, an der regelmäßig zwei betroffene Personenkreise beteiligt sind – der Absender und der Empfänger der Daten. Der Tatbestand der Netzneutralität dient mithin der Wahrung des gleichen Zugangs zu und des gleichen Transports von Diensten im Internet.

Die Frage nach der Netzneutralität lenkt den Blick auf die Bedeutung der Internetkommunikation für die Informations- und Kommunikationsordnung, die mit einer funktionierenden Informationsgesellschaft und gesellschaftlichen Wohlstand zusammenhängt. Der Einfluss der Internetkommunikation auf die öffentliche Meinungsbildung steigt. Entsprechende Studien zeigen, dass die von der Bevölkerung genutzten Onlinedienste vor allem solche der Mediennutzung und der Individualkommunikation sind. Zwar prägt das Internet das kommerzielle Verhalten der Bevölkerung in gleichem Maße; kommerzielle Onlinedienste weisen hingegen wenig bis gar keine kommunikative Relevanz auf und werden von der vorliegenden Untersuchung nicht umfasst. Die Informations- und Kommunikationsordnung wird durch die grundgesetzliche Kommunikationsverfassung geprägt. Einen wesentlichen Beitrag zur Kommunikationsverfassung leisten die kommunikationsrelevanten Grundrechte. Neben den Grundrechten gestaltet die staatliche Gewährleistungsverantwortung für eine Grundversorgung der Bevölkerung mit flächendeckend angemessenen und ausreichenden Telekommunikationsdienstleistungen aus Art. 87f Abs. 1 GG die zu sichernde Informations- und Kommunikationsordnung aus. Diese Elemente der grundgesetzlichen Kommunikationsverfassung bilden den Rahmen für die verfassungsrechtliche Untersuchung der Netzneutralität.

Als kommunikationsrelevante Grundrechte sind vorrangig die Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, die Medienfreiheiten aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, das Fernmeldegeheimnis gemäß Art. 10 Abs. 1 GG, das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung sowie das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität Informationstechnischer Systeme, jeweils aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und schließlich die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG zu nennen. Diese Zusammenstellung von kommunikationsrelevanten Grundrechten lässt nicht auf eine eindeutige Einordnung von Internetsachverhalten schließen. Bei genauerer Betrachtung entzieht sich das Internet vielmehr einer eindeutigen grundrechtlichen Zuordnung. Deshalb plädieren manche für ein neues Grundrecht in Form der Internetdienstefreiheit. Dieser Vorschlag überzeugt indes mangels einer Regelungslücke nicht. Denn auch vermeintlich neue Kommunikationsarten im Internet – insbesondere die kollektiven Kommunikationen unter Vielen (Many-to-Many-Kommunikation) – lassen sich unter das bisherige Schema der Kommunikationsfreiheiten fassen. Eine Zusammenschau der bisherigen Einordnungsversuche von Internetsachverhalten unter die Rundfunkfreiheit zeigt, dass jedenfalls unter Zuhilfenahme des starren Gehalts des verfassungsrechtlichen Rundfunkbe-

griffs zwar eine absolute Anwendung der Rundfunkfreiheit auf die Internetsachverhalte abzulehnen ist. Eine differenzierte Betrachtung, die die Spezifika der unterschiedlichen Onlinedienste berücksichtigt, ermöglicht hingegen eine Einordnung einzelner Onlinedienste. Bei der Ermittlung der Onlinedienste ist danach zu unterscheiden, ob sie individual- oder massenkommunikative Eigenschaften aufweisen und welche Differenzen sie ferner charakterisieren. Erst dann ist nach den bisher gängigen Kriterien der Systematik der Kommunikationsgrundrechte mit ihrer Einordnung fortzufahren. Diese Einordnung muss einer durch die Systematik des Art. 5 Abs. 1 GG geprägten Struktur folgen, die nach einem Ausschlussprinzip funktioniert. Ausgangspunkt ist dabei der verfassungsrechtliche Begriff des Rundfunks, der als ein Informationen und Meinungen vermittelndes, planhaft ablaufendes Programm in Ton- oder Bewegtbild zu begreifen ist. In einem zweiten Schritt sind die Annexdienste des Rundfunks herauszuarbeiten, die im Ergebnis ebenfalls dem verfassungsrechtlichen Rundfunk entsprechen. Im dritten Schritt ist die Hürde der Abgrenzung zwischen Rundfunk- und Presseonlinediensten zu überwinden. Alle übrigen Onlinedienste massenkommunikativer Art werden von der Meinungsäußerungsfreiheit aufgefangen. Am Ende dieser dreistufigen Vorgehensweise sind alle massenkommunikativen Onlinedienste ihren grundrechtlichen Kategorien zugeordnet. Die übrigen Dienste sind als individualkommunikative Dienste zumeist durch die Informationsfreiheit, das Fernmeldegeheimnis, das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung und die allgemeine Handlungsfreiheit als Auffanggrundrecht geschützt.

Da Onlinedienste nicht dem Schutze eines einzigen „Internet-Grundrechts“ unterliegen, müssen die Schutzbereiche aller kommunikationsrelevanten Grundrechte auf ihre netzneutrale Ausrichtung hin untersucht werden. Da der personelle Tatbestand der Netzneutralität sowohl den Absendern als auch den Adressaten der Daten dient, sind bereits zu Beginn die sachlichen Schutzbereiche der kommunikationsrelevanten Grundrechte nach ihrer transport- und zugangsschützenden Ausrichtung zu differenzieren. Im Ergebnis zeigt sich, dass die Kommunikationsgrundrechte auch den Prozess der Übermittlung von Inhalten als Voraussetzung ihrer Ausübung schützen. So, wie die Gewährleistung des Instituts des freien Rundfunks den Transport der Rundfunkdaten voraussetzt, ist die Pressefreiheit nicht ohne den Schutz des Transports ihrer Inhalte denkbar. Die Informationsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG und das Fernmeldegeheimnis gemäß Art. 10 Abs. 1 GG stehen schützen die Onlinedienste individualkommunikativer Art. Die Informationsfreiheit sichert die Funktionsfähigkeit der einflussfreien Informationsgesellschaft. Das Fernmelde-

geheimnis dient der Vertraulichkeit von im Internet stattfindenden Informationsprozessen der distanzierten Kommunikation. Schließlich schützt das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung die Endkunden davor, dass die Zugangsanbieter mithilfe der *deep packet inspection*-Methode ihre Daten ausspähen. Das Fernmeldegeheimnis und das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung haben gemeinsam, dass sie weniger den Übermittlungsprozess der Onlinedienste schützen, sondern sich vielmehr gegen die Steuerungstechniken der Zugangsanbieter wenden. Sie erweitern das Anliegen der Netzneutralität um die Perspektive des Datenschutzes.

Nach überkommener Auffassung schützen die Grundrechte ausschließlich vor Eingriffen durch den Staat. Seit der Privatisierung der Telekommunikationsinfrastrukturen ist es aber nicht mehr der Staat, der Einfluss auf die Art und Weise der Datenübermittlung im Internet nehmen kann. Die technischen Voraussetzungen der Internetkommunikation liegen einzig in den Händen von Privaten, die aber nicht der unmittelbaren Grundrechtswirkung unterliegen. In Anbetracht der Rolle der Internetkommunikation für die Meinungsvielfalt ist zu überlegen, auf welche Weise die grundrechtlichen Werte auf die Privatrechtsverhältnisse einwirken. Tatsächlich weisen die grundrechtlichen Schutzbereiche eine objektive Dimension auf, deren Wertung auf die Privatrechtsverhältnisse ausstrahlt. Freilich sind nur einige dieser Wertentscheidungen dem Grundgesetz ausdrücklich zu entnehmen. Die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte wird durch gesetzgeberisches Tätigwerden verwirklicht. Die Lehre von der grundrechtlichen Schutzpflicht gibt dem Gesetzgeber auf, der Grundrechtsverwirklichung im Privatrecht aufgrund der objektiven Dimension eines grundrechtlichen Schutzbereichs auf einfachgesetzlicher Ebene zur Geltung zu verhelfen. Eine wesentliche Voraussetzung zur Feststellung der staatlichen, aus den Grundrechten ableitbaren Schutzpflicht des neutralen Netzes ist, dass den die Netzneutralität stützenden Schutzbereichen eine objektiv-rechtliche Wertung in der Gesamtrechtsordnung zuzusprechen ist. Eine Untersuchung der einschlägigen Schutzbereiche ergibt, dass ihre Bedeutung für die öffentliche Meinung sie zu einem solch wesentlichen Schutzgut erhebt, dass sie eine staatliche Schutzpflicht begründen. Während diese Schlussfolgerung für das Fernmeldegeheimnis schon längst Einklang innerhalb der Privatrechtsverhältnisse in Form des § 88 TKG gefunden hat, gilt im Sinne der Netzneutralität Gleiches für die Medienfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG sowie die Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG, um sie als Einrichtungen des Grundgesetzes zu garantieren. Die Informationsfreiheit dient einer funktionierenden Informationsordnung, die keine Informationsmonopole gestat-

tet. Für diese Zwecke ist staatlicherseits ein freier Informationsfluss zu gewährleisten, der die öffentliche Meinungsbildung ermöglicht. Da sich die informationelle Selbstbestimmung gegen die Einflüsse auf die höchstpersönliche Sphäre richtet, ist ihre objektivrechtliche Dimension gerade dort zwingend anzunehmen, wo anderenfalls heimliche Eingriffe auf die private Kommunikation unentdeckt blieben. Schließlich umfasst der Auftrag der Minimalversorgung des Art. 87f Abs. 1 GG die Gewährleistung einer gleichen Übermittlung von Internetangeboten. Das Zusammenspiel aus den objektivrechtlichen Wertgehalten der einschlägigen kommunikationsrelevanten Grundrechte und die besondere Einflussnahme der Zugangsanbieter auf die Internetkommunikation als internetspezifische Gefahr aktiviert die grundrechtlichen Mechanismen zum Schutze des neutralen Netzes. Die Rechtsfolge der vorliegenden grundrechtlichen Gewährleistungspflicht eines neutralen Netzes ist ein Tätigwerden des Gesetzgebers. Zwar sollte ein solches Tätigwerden nicht von den Mechanismen der dualen Rundfunkordnung geprägt sein. Allerdings bedarf es zur Gewährleistung eines neutralen Netzes des staatlichen Schutzes. Dieser Schutz ist in Form einer einfachgesetzlichen Regelung zur Geltung zu bringen. Nur auf diese Weise wird den netzneutralitätswidrigen Praktiken der Zugangsanbieter spürbar entgegengewirkt.

Der grundrechtliche Schutz einer netzneutralen Internetkommunikation ist nicht bedingungslos. Der Staat ist in alle Richtungen Grundrechtsadressat. Stellt er sich also schützend vor bestimmte Grundrechtsgüter, muss er auch entgegenstehende Grundrechtsgüter anderer Grundrechtsträger berücksichtigen. Im Falle der Netzneutralität sind es die Grundrechte der Zugangsanbieter, die bei der Verwirklichung eines neutralen Netzes beschnitten werden können und zugleich Grenzen vorgeben. So berechtigt die Zugangsanbieter ihre Unternehmensfreiheit, selbst zu bestimmen, wie sie ihr Unternehmen führen wollen. Dazu gehört etwa die Preisfreiheit. Sie dürfen bestimmen, nach welchen Kriterien und Methoden sie ihre Dienstleistungen anbieten. Da Zugangsanbieter bewusst Aufgaben Grundversorgung übernommen haben und sich damit in einem ursprünglich staatlichen Bereich bewegen, treten ihre Grundrechte in einer Abwägung regelmäßig hinter die Grundrechte der Internetnutzer zurück. In welchem Ausmaß die Grundrechte der Zugangsanbieter im Übrigen die Verwirklichung des neutralen Netzes begrenzen, lässt sich mithilfe des Untermaßverbotes bestimmen. So kommt der Gesetzgeber der ihm von Verfassung wegen aufgegebenen Ausgestaltung des Schutzes nach, wenn die Rechtsordnung bei der Abwägung der sich entgegenstehenden Grundrechtspositionen gewissen Mindestanforderungen entspricht. Will er den Anforderungen des Untermaßverbotes entsprechen, so muss er die netzneutrali-

tätskonforme Datenübermittlung insoweit gewährleisten, wie es die Grundrechte der Zugangsanbieter verkraften. Die wirtschaftliche Betätigung muss aber für die Zugangsanbieter attraktiv bleiben, um den Bestand von Telekommunikationsinfrastrukturen zu gewährleisten und Investitionsanreize beizubehalten. Für diese Zwecke erscheint nur eine Grundsatz-Ausnahme-Regel bei der Behandlung von Daten im Internet geeignet, um die Datentransportstrukturen des Internet beim Grundsatz des Best Effort-Prinzips zu belassen und gleichzeitig eine effizientere Infrastrukturnutzung zu ermöglichen.

C. Thesen

Einleitung

1. Neue technische Möglichkeiten zur effizienteren Nutzung von Telekommunikationsinfrastrukturen erlauben es, Daten nach Klassen zu unterscheiden, um sie ihrer Zuordnung entsprechend zu übermitteln. Aus dem bisher informationen neutral übermittelnden Internet droht damit ein Internet der Interessen zu werden, das insbesondere die infrastrukturmächtigen Netzanbieter dominieren. Hiergegen wendet sich die Forderung nach Netzneutralität.
2. Während die Befürworter der Netzneutralität die Offenheit der Internetkommunikation gefährdet sehen, fürchten ihre Gegner, dass eine Reglementierung der Netzneutralität Innovationen der Telekommunikationsinfrastrukturen hemmt und die Qualität der Datenübermittlung im Internet verringert.
3. Durch die zunehmende Internetnutzung steigt die Menge der zu transportierenden Daten, ohne dass ein Ausbau der Telekommunikationsinfrastrukturen damit einherginge. Eine sinnvolle Organisation des Datentransports mindert zwar Kapazitätsengpässe. Diese Methode widerspricht aber den Interessen von Endkunden, deren laufenden Kommunikationsvorgänge manipuliert werden.
4. Die deutsche Diskussion über die Netzneutralität mündete in der Einführung des § 41a TKG. Ein weitergehender normativer Anknüpfungspunkt für die Netzneutralität lässt sich weder auf nationaler noch auf europäischer Regelungsebene identifizieren.
5. Der Eingriff in die Datenübermittlung bedeutet zugleich einen Eingriff in Kommunikationsvorgänge. Hierdurch erhält das Problem der Netzneutralität seine verfassungsrechtliche Dimension: Eingriffe in die Datenübermittlung berühren die grundgesetzliche Kommunikationsverfassung, die durch die Grundrechte ausgestaltet ist und die der freiheitlichen demokratischen Ordnung im Verfassungsstaat dient. Im Mittelpunkt der vorliegenden Arbeit steht daher die Frage, inwieweit die Netzneutralität von Verfassung wegen, insbesondere von Grundrechts wegen geboten ist.

Der Begriff der Netzneutralität

6. Die bisherigen Definitionsversuche beschreiben Netzneutralität als einen Grundsatz zur Gleichbehandlung von Daten im Internet. Damit liefern sie keinerlei Verhaltensweisen, die von grundrechtlichen Schutzbereichen erfasst sind. Für diese Zwecke muss der Tatbestand der Netzneutralität bestimmt werden.
7. Schutzobjekte der Netzneutralität sind Onlinedienste, die in Form kumulierter Daten bzw. Datenpakete im Netz verfügbar sind und unterschiedliche kommunikative Verhaltensweisen im Netz ermöglichen. Das von der Netzneutralität geschützte Verhalten ist die Datenübermittlung. Ihr personaler Schutz richtet sich sowohl an Absender als auch an Empfänger der Onlinedienste.
8. Netzneutralität als die Idee der Gleichbehandlung von Daten im Internet dient damit der Wahrung freien Zugangs zu Daten und des freien Transports von Daten im Internet. Sie ist eine Verhaltensregel zur optimalen Behandlung von Daten im Internet.

Grundgesetzliche Kommunikationsverfassung

9. Netzneutralität zielt auf den Schutz von kommunikationsrelevanten Inhalten im Internet und dient der Funktionsfähigkeit der Informationsgesellschaft. Sie muss daher aus der Warte der grundgesetzlichen Kommunikationsverfassung beleuchtet werden, die den Dreh- und Angelpunkt auch für die Internetkommunikation darstellt und von den Kommunikationsgrundrechten sowie der staatlichen Verantwortung zur Grundversorgung der Bevölkerung mit flächendeckend angemessenen und ausreichenden Telekommunikationsdienstleistungen aus Art. 87f Abs. 1 GG geprägt ist.

Grundrechte und das Internet

10. Die Zuordnung des Internets zu grundrechtlichen Schutzbereichen ist umstritten. Zwar wurde die Internetdienstefreiheit entwickelt, um alle Internetsachverhalte unter einen Schutzbereich zu fassen. Eine solch pauschale Lösung ist indes nicht angezeigt: Das Internet ist eine Verbreitungsform für diverse Medien und Dienste, deren grundrechtliche Einordnung vom jeweiligen Inhalt bestimmt ist. Deshalb

sind weder die Rundfunkfreiheit allein noch die Internetdienstefreiheit in der Lage, allen Formen von Onlinediensten ausreichend Rechnung zu tragen. Die Diversität der Onlinedienste erfordert eine einzelfallbezogene Zuordnung zu den einschlägigen Kommunikationsfreiheiten.

11. Eine systematische Herangehensweise, die einem Ausschlussprinzip folgt, ist der geeignete Weg zur einzelfallbezogenen Einordnung massen- und individuumkommunikativer Onlinedienste. Dabei sind zu Beginn Dienste zu bestimmen, die dem verfassungsrechtlichen Rundfunk entsprechen; es ist denkbar, dass sich darunter Onlinedienste befinden werden, die zudem vom Schutzbereich der Pressefreiheit abgegrenzt werden müssen. Die übrigen Onlinedienste massenkommunikativer Art werden vom Grundrecht der Meinungsäußerung aufgefangen. Dienste individuumkommunikativer Art schützen die Informationsfreiheit, das Fernmeldegeheimnis, das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung oder die allgemeine Handlungsfreiheit.

Grundrechtlicher Gefährdungstatbestand: Netzneutrale Kommunikation im Internet

12. Die Rundfunk-, Presse- und Meinungsfreiheit gewähren den Kommunikatoren der Massenmedien ein Recht auf neutralen Transport ihrer Inhalte, da die Gewährleistung des Transports von Medieninhalten die Grundrechtsverwirklichung sichert.
13. Die Informationsfreiheit sichert den Rezipienten den Zugang zu solchen Onlinediensten, die Informationsträger sind und der Allgemeinheit zugänglich gemacht wurden.
14. Das Fernmeldegeheimnis und das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung schützen nicht nur die Übermittlung von Kommunikationsdiensten auf Distanz, sondern auch die Art und Weise der Datenübermittlung. Ihr Schutz richtet sich gegen Methoden der Datenübermittlung, die die Vertraulichkeit der Internetkommunikation gefährden. Die allgemeine Handlungsfreiheit sichert als Auffanggrundrecht das Recht auf neutralen Zugang zu Daten.

Netzneutralität als Gegenstand grundrechtlicher Schutzpflichten

15. Die Netzneutralität betrifft ausschließlich Internetsachverhalte in Privatrechtsverhältnissen. Zugangsanbieter sind seit der Privatisierung des Telekommunikationsmarktes private Dritte, die grundsätzlich nicht an die Verfassung, insbesondere nicht an die Grundrechte gebunden sind. Dieses Privatisierungsfolgeproblem haftet dem Internet als Teil der Telekommunikationsinfrastruktur an. Die Netzneutralität verliert allerdings ihre Grundrechtsrelevanz nicht dadurch, dass sie vorrangig Sachverhalte im Privatrechtsverhältnis betrifft. Zu Recht verschafft die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten den grundrechtlichen Schutzbereichen unter bestimmten Umständen auch in Privatrechtsverhältnissen Geltung. Weisen Grundrechte einen objektiv-rechtlichen Wertgehalt auf, so ist der Staat verpflichtet, diese zu schützen.
16. Die einschlägigen kommunikationsrelevanten Grundrechte, die eine netzneutrale Übermittlung von Daten im Internet schützen, beinhalten allesamt den Tatbestand der Netzneutralität als jeweils eigenes Schutzgut. Sie alle dienen einer grundrechtlich begründeten, freien und selbstbestimmten Kommunikation sowie der öffentlichen und privaten Meinungsbildung im Internet. Diese Schutzgüter erreichen zudem die Schwelle einer objektiv-rechtlichen Wertentscheidung des Grundgesetzes, d.h. sie haben eine besondere Bedeutung für die verfassungsmäßige Ordnung, die die staatliche Schutzpflicht begründet.
17. Die grundrechtliche Schutzpflicht des neutralen Netzes wird flankiert durch die Staatszielbestimmung des Art. 87f Abs. 1 GG, wonach der Gesetzgeber zu einer telekommunikativen Minimalversorgung verpflichtet ist. Dazu gehört die netzneutrale Übermittlung von Daten, da sie denotwendig für die Erfüllung des Universaldienstauftrags aus Art. 87f Abs. 1 GG ist.
18. Die aus der besonderen Rolle der Netzneutralität für die grundgesetzliche Kommunikationsverfassung erwachsende staatliche Schutzpflicht ist durch staatliche Organe zu verwirklichen. Insbesondere der Gesetzgeber ist in der Pflicht, den Schutz dieser grundrechtlichen Gehalte im einfachen Recht zu verankern.

Umfang der Schutzpflicht und Auflösung von Kollisionslagen

19. Der Verwirklichung der Schutzpflicht eines neutralen Netzes im einfachen Recht stehen die Grundrechte der Zugangsanbieter entgegen, in deren Schutzbereiche bei der Umsetzung der Schutzpflicht des neutralen Netzes eingegriffen wird. Die kollidierenden Grundrechtspositionen müssen in Ausgleich gebracht werden. Das Untermaßverbot bildet den Maßstab für die Bemessung einer angemessenen staatlichen Reaktion auf die Kollision der gleichrangigen Grundrechtsgüter bei der Verpflichtung zum Schutz des neutralen Netzes. Danach muss die Ausgestaltung des Schutzes durch die Rechtsordnung Mindestanforderungen entsprechen. Der Gesetzgeber darf nur soweit in das Grundrecht der Zugangsanbieter eingreifen, wie es für die Verwirklichung der ihm obliegenden Schutzpflicht notwendig ist.

20. Der Gesetzgeber ist wegen seiner Regulierungsverantwortung dazu verpflichtet, die diskriminierungsfreie Datenübermittlung im Internet einfachgesetzlich zu verankern. Hierfür erscheint eine Grundsatz-Ausnahme-Regel geeignet, wonach eine Datenpriorisierung als Ausnahme vom Grundsatz der Best-Effort-Übertragung ausnahmsweise unter strengen Voraussetzungen und unter ständiger Kontrolle zuzulassen ist. Die Art und Weise der Umsetzung muss dem Gesetzgeber überlassen werden.

Literaturverzeichnis

- Alexy, Robert*, Theorie der Grundrechte, Frankfurt am Main 1994
- Amlung, Robert/Fisch, Martin*, Digitale Rundfunkangebote im Netz – Bewegtbild in der digitalen Welt, ZUM 2009, 442 ff.
- Aulehner, Josef*, Grundrechte und Gesetzgebung, Tübingen 2012
- Badura, Peter*, Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bieten Rundfunk und Telemedien an, AöR 134 (2009) 240 ff.
- Bäcker, Matthias*, Grundrechtlicher Informationsschutz gegen Private, Der Staat 2012, 91 ff.
- Bäcker, Matthias*, Die Vertraulichkeit der Internetkommunikation, in: Rensen, Hartmut/Brink, Stefan (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 2009, S. 99 ff.
- Bärwolff, Matthias*, DPI Considered Not Harmful, abrufbar unter <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=mbaer> (zuletzt abgerufen am 20.10.2013)
- Barnes, Susan B.*, Computer-mediated communication: human to human communication across the Internet, Boston, Massachusetts (u.a.) 2002
- Beck, Klaus*, Soziologie der Online-Kommunikation, in: Schweiger, Wolfgang/ders. (Hrsg.), Handbuch Online-Kommunikation, Wiesbaden 2010, S. 16 ff.
- Beckmann, Kirsten/Müller, Ulf*, Kartellrecht, in: Hoeren, Thomas/Sieber, Ulrich/Holznapel, Bernd (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht – Rechtsfragen des elektronischen Rechtsverkehrs³⁴. Ergänzungslieferung, München 2013, Teil 10
- Bedner, Marc*, „Deep Packet Inspection“ – Technologie und rechtliche Initiativen. Steht die Freiheit im Internet auch in westlichen Demokratien auf dem Spiel?, C&R 2010, 339 ff.
- Berger-Kögler, Ulrike/Kind, Benedikt*, Netzneutralität – eine juristische und ökonomische Analyse, N&R Beilage 4/2010, S. 1-8.
- v. *Bernstorff, Jochen*, Die völkerrechtliche Verantwortung für menschenrechtswidriges Handeln transnationaler Unternehmen: Unternehmensbezogene menschenrechtliche Schutzpflichten in der völkerrechtlichen Spruchpraxis, INEF Forschungsreihe Menschenrechte, Unternehmensverantwortung und Nachhaltige Entwicklung, Duisburg 2010
- Betzler, Christina*, Finalität des Rundfunkbegriffs, in: in: Dittmann/Fechner/Sander, Der Rundfunkbegriff im Wandel der Medien, Symposium zum 65. Geburtstag von Professor Dr. iur. Dr. h.c. Thomas Oppermann, Berlin 1997, S. 155 ff.
- Bismark, Hans*, Neue Medientechnologien und grundgesetzliche Kommunikationsverfassung, Berlin 1982
- Brand, Torsten*, Rundfunk im Sinne des Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 GG. Eine Analyse der Reichweite des verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriffs unter besonderer Berücksichtigung neuerer medialer Angebotsformen, Berlin 2002

- Brennan, Timothy J.*, Net Neutrality or Minimum Quality Standards: Network Effects vs. Market Power Justifications, in: Spiecker Döhm, Indra/Krämer, Jan (Hrsg.), Network Neutrality and Open Access, Baden-Baden 2011, S. 61 ff.
- Breuer, Rüdiger*, Freiheit des Berufs, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band 8, 3. Auflage, Heidelberg u.a. 2010, § 170, S. 63 ff.
- Britz, Gabriele*, Informationelle Selbstbestimmung zwischen rechtswissenschaftlicher Grundsatzkritik und Beharren des Bundesverfassungsgerichts, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang, Offene Rechtswissenschaft: ausgewählte Schriften von Wolfgang Hoffmann-Riem mit begleitenden Analysen, Tübingen 2010, S. 561 ff.
- Bronsema, Frauke*, Medienspezifischer Grundrechtsschutz der elektronischen Presse. Darstellung des Grundrechtsschutzes in der Europäischen Union und Entwicklung eines Lösungsansatzes für den Grundrechtsschutz aus Art. 5 Abs. 1 GG, Berlin 2008
- Büttgen, Peter*, Datenschutz im Telekommunikationsrecht, in: Hoeren, Thomas/Sieber, Ulrich (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht: Rechtsfragen des elektronischen Rechtsverkehrs, 34. Ergänzungslieferung, München 2013, Teil 16.3
- Bull, Hans Peter*, Netzpolitik: Freiheit und Rechtsschutz im Internet, Baden-Baden 2013
- Bullinger, Maria*, Netzneutralität. Aktueller Begriff, Dok. Nr. 014/10, Deutscher Bundestag, Wissenschaftlicher Dienst
- Bullinger, Martin*, Kommunikationsfreiheit im Strukturwandel der Telekommunikation, Baden-Baden 1980
- Bullinger, Martin*, Der Rundfunkbegriff in der Differenzierung kommunikativer Dienste, AfP 1996, 1 ff.
- Bullinger, Martin*, Die Aufgaben des öffentlichen Rundfunks: Wege zu einem Funktionsauftrag, Studie im Auftrag der Bertelsmann Stiftung, Gütersloh 1999
- Bullinger, Martin*, Freiheit von Presse, Rundfunk und Film, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht Band 7, 3. Auflage 2009, § 163, S. 667 ff.
- Bullinger, Martin/Mestmäcker, Ernst-Joachim*, Multimediadienste – Struktur und staatliche Aufgaben nach deutschem und europäischem Recht, Baden-Baden 1997
- Busemann, Katrin/Engel, Bernhard*, Wandel der Mediennutzungsprofile im Zeitalter des Internets - Analysen auf Basis der ARD/ZDF-Langzeitstudie Massenkommunikation, Media Perspektiven 3/2012, Frankfurt am Main 2012, S. 133 ff.
- Calliess, Christian*, Rechtsstaat und Umweltstaat – Zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsrechtsverhältnisse, Tübingen 2001
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Grundrechte und Privatrecht – Eine Zwischenbilanz; stark erweiterte Fassung des Vortrags gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 10. Juni 1998, Berlin u.a. 1999
- Castendyk, Oliver*, Das Angebot der Rundfunkanstalten im Internet – was müssen sie dürfen?, AfP 2008, 467 ff.
- Cave, Martin/Pietro Crocioni*, Does Europe Need Network Neutrality Rules?, International Journal of Communication 1, 2007, S. 669 ff.
- Chirico, Filomena /van der Haar, Ilse/Larouche, Pierre*, TILEC Discussion Paper Network Neutrality in the EU, September 2007

- Cornils, Matthias*, Allgemeine Handlungsfreiheit, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band 7, 3. Auflage, Heidelberg u.a. 2009, § 168, S. 1155 ff.
- Danckert, Burkhard/Mayer, Franz Joachim*, Die vorherrschende Meinungsmacht von Google – Bedrohung durch einen Informationsmonopolisten?, MMR 2010, 219 ff.
- Degenhart, Christoph*, Rundfunk und Internet, ZUM 1998, 333 ff.
- Degenhart, Christoph*, Verfassungsfragen der Internet-Kommunikation – Wie die Rundfunkfreiheit in die Online-Welt hineinstrahlt, C&R 2011, 231 ff.
- Degenhart, Christoph*, Medienkonvergenz zwischen Rundfunk- und Pressefreiheit, in: Sachs, Michael/Siekmann, Helmut (Hrsg.), Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat – Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag, Berlin 2012, S. 1299 ff.
- Determann, Lothar*, Kommunikationsfreiheit im Internet, Freiheitsrechte und gesetzliche Beschränkungen, Baden-Baden 1999
- Dewenter, Ralf*, Netzneutralität, in: Haucap, Justus/Kühling, Jürgen (Hrsg.), Effiziente Regeln für Telekommunikationsmärkte in der Zukunft – Kartellrecht, Netzneutralität und Preis-Kosten-Scheren, Baden-Baden 2009, S. 115 ff.
- Dietlein, Johannes*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Auflage, Berlin 2005
- Di Fabio, Udo*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat – Zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel der Arzneimittelüberwachung, Tübingen 1994
- Dörr, Dieter*, Multimedia und die Rundfunkfreiheit des Art. 10 EMRK, in: Ziemske, Burkhardt/Langheid, Theo/Wilms, Heinrich/Haverkate, Görg (Hrsg.), Staatsphilosophie und Rechtspolitik, Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag, München 1997, S. 1417 ff.
- Doetz, Jürgen*, Vom Engpass zum Kompass – Schöne neue Regulierungswelt?, MMR 2012, 277 f.
- Dreier, Horst* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band 1 – Präambel, Artikel 1-19, 3. Auflage, Tübingen 2013
- Durner, Wolfgang*, Schutz der Verbraucher durch Regulierungsrecht, Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 70 (2011), S. 398 ff.
- Eberle, Carl-Eugen*, Rundfunk – Regelungsmodell für Online-Dienste?, in: Dittmann, Armin/Fechner, Frank/Sander, Gerald G. (Hrsg.), Der Rundfunkbegriff im Wandel der Medien. Symposium zum 65. Geburtstag von Professor Dr. iur. Dr. h. c. Thomas Oppermann, Berlin 1997
- Eberle, Carl-Eugen*, Öffentlich-rechtlicher Rundfunk und Telemedienauftrag, AfP 2008, 329 ff.
- Eberle, Carl-Eugen*, Netzneutralität – Determinanten und Anforderungen, in: Mehde, Veith/Ramsauer, Ulrich/Seckelmann, Margrit (Hrsg.), Staat, Verwaltung, Information, Festschrift für Hans Peter Bull zum 75. Geburtstag, Berlin 2011, S. 979 ff.
- Ecke, Oliver*, Relevanz der Medien für die Meinungsbildung. Empirische Grundlagen zur Ermittlung der Wertigkeit der Mediengattungen bei der Meinungsbildung. Präsentation der Studienergebnisse am 15. Juli 2011, TNS Infratest MediaResearch, abrufbar unter

- <http://www.blm.de/apps/documentbase/data/pdf1/Medienkonzentration.pdf> (zuletzt abgerufen am 19.10.2013)
- Eckhardt, Jens*, Fernmeldegeheimnis, in: Spindler, Gerald/Schuster, Fabian (Hrsg.), *Recht der elektronischen Medien*, 2. Auflage, München 2011, Elfter Teil TKG, § 88
- Eifert, Martin*, *Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat*, Baden-Baden 1998
- Eifert, Martin*, *Informationelle Selbstbestimmung im Internet – Das BVerfG und die Online-Durchsuchungen*, NVwZ 2008, 521 ff.
- van Eimeren, Birgit/Frees, Beate*, 76 Prozent der Deutschen online – neue Nutzungssituationen durch mobile Endgeräte - Ergebnisse der ARD/ZDF-Onlinestudie 2012, *Media Perspektiven* 7-8/2012, S. S. 362 ff., abrufbar unter http://www.ard-zdf-onlinestudie.de/fileadmin/Onlinestudie_2012/0708-2012_Eimeren_Frees.pdf (zuletzt abgerufen am 25.10.2013)
- van Eimeren, Birgit/Frees, Beate*, Rasanter Anstieg des Internetkonsums – Onliner fast drei Stunden täglich im Netz – Ergebnisse der ARD/ZDF-Onlinestudie 2013, *Media Perspektiven* 7-8/2013, S. 358 ff., abrufbar unter http://www.ard-zdf-onlinestudie.de/fileadmin/Onlinestudie/PDF/Eimeren_Frees.pdf (zuletzt abgerufen am 25.10.2013)
- van Eimeren, Birgit/Ridder, Christa-Maria*, Ergebnisse der ARD/ZDF-Langzeitstudie Massenkommunikation 2010 – Trends in der Nutzung und Bewertung der Medien 1970 bis 2010, *Media Perspektiven* 1/2011, S. 2 ff., abrufbar unter http://www.media-perspektiven.de/uploads/tx_mppublications/01-2011_Eimeren_Ridder.pdf (zuletzt abgerufen am 25.10.2013)
- Engel, Christoph*, *Inhaltskontrolle im Internet*, AfP 1996, 220 ff.
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian*, *Grundgesetz Beck'scher Online-Kommentar*, Stand: 15.5.2013, Edition 18, München 2013
- Expertenkommission Forschung und Innovation (EFI), *Gutachten zu Forschung, Innovation und technologischer Leitungsfähigkeit, Deutschlands*, 2011, abrufbar unter http://www.e-fi.de/fileadmin/Gutachten/2011_deu.pdf (zuletzt abgerufen am 04.11.2013)
- Fehling, Michael/Ruffert, Matthias* (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, Tübingen 2010
- Ferger, Herbert/Junker, Harald*, *Neue Medien und Fernmelderecht - Die Fernmeldekompetenz des Bundes aus Art. 73 Nr. 7 GG im Lichte neuer Formen der Individualkommunikation*, DÖV 1981, 439 ff.
- Fetzer, Thomas*, *Breitbandnetzzugang als Universaldienst? Rechtliche Zulässigkeit und ökonomische Angemessenheit einer Universaldienstverpflichtung*, MMR 2011, 707 ff.
- Fetzer, Thomas/Peitz, Martin/Schweitzer, Heike*, *Impulsstudie „Ökonomische und juristische Grundlagen der Netzneutralität“ im Rahmen der Studienreihe Netzneutralität – Handlungsbedarf und -optionen des Staates im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie*, 2012
- Fetzer, Thomas/Peitz, Martin/Schweitzer, Heike*, *Impulsstudie „Wettbewerbs- und medienrechtliche Aspekte von Netzneutralität“ im Rahmen der Studienreihe Netzneutralität – Handlungsbedarf und -optionen des Staates im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie*, 2012

- Fiedler, Christoph*, Technologieneutrale Pressefreiheit, AfP 2011, 15 ff.
- Fink, Udo*, in: Spindler, Gerald/Schuster, Fabian (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien – Kommentar, 2. Auflage, München 2011, Verfassungsrecht, Erster Teil C
- Frevert, Tobias*, Netzneutralität 2012 – Aktueller Stand der Diskussion und Gesetzgebung, MMR 2012, 510 ff.
- Frevert, Tobias*, All bits are equal? – Zum Entwurf einer Netzneutralitätsverordnung, ZRP 2013, 166 ff.
- Ganley, Paul/Allgrove, Ben*, Net Neutrality: A User's Guide, Computer Law & Security Report 22 (2006), S. 454 ff.
- Geiger, Willi*, Die Grundrechte der Informationsfreiheit, in: Ehmke, Horst/Schmid, Carlo/Scharoun, Hans (Hrsg.), Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag, Frankfurt am Main 1969, S. 119 ff.
- Gerhardt, Nina*, Presseähnliche Angebote nach dem 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag – Zur Zulässigkeit von Onlinetextangeboten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, AfP 2010, 16 ff.
- Gersdorf, Hubertus*, Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff im Lichte der Digitalisierung der Telekommunikation – Ein Rechtsgutachten im Auftrag der Hamburgischen Anstalt für neue Medien, Berlin 1995
- Gersdorf, Hubertus*, Multi-Media: Der Rundfunkbegriff im Umbruch? - Insbesondere zur verfassungsrechtlichen Einordnung der Zugriffs- und Abrufdienste, AfP 1995, 565 ff.
- Gersdorf, Hubertus*, Regelungskompetenzen bei der Belegung digitaler Kabelnetze. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Abgrenzung von Bundes- und Länderzuständigkeiten und zu den Rechten der Netzbetreiber bei der Zuweisung von Kabelkapazitäten für multimediale Dienste, Berlin 1996
- Gersdorf, Hubertus*, Das Grundrecht der Rundfunkfreiheit als „Supergrundrecht“? Zur Notwendigkeit einer dogmatischen Weiterentwicklung des verfassungsrechtlichen Begriffsbildes, in: Dittmann/Fechner/Sander, Der Rundfunkbegriff im Wandel der Medien, Symposium zum 65. Geburtstag von Professor Dr. iur. Dr. h.c. Thomas Oppermann, Berlin 1997, S. 137 ff.
- Gersdorf, Hubertus*, Chancengleicher Zugang zum digitalen Fernsehen. Eine Untersuchung des verfassungsrechtlichen Regulierungsrahmens am Beispiel des Entwurfs zum vierten Rundfunkänderungsstaatsvertrag vom 27. Februar 1998 – Rechtsgutachten erstellt im Auftrag der in der Arbeitsgemeinschaft der Landesmedienanstalten (ALM) zusammengeschlossenen Landesmedienanstalten, vertreten durch die Hamburgische Anstalt für Neue Medien (HAM), Berlin 1998
- Gersdorf, Hubertus*, Der Zugang zu Kabel und Satellit, in: Prütting, Hanns (Hrsg.), Probleme des Zugangs zu den Medien und Telekommunikationseinrichtungen sowie Fragen der Zugangssicherung, München 2004, S. 29 ff.
- Gersdorf, Hubertus*, Legitimation und Limitierung von Onlineangeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, Konzeption der Kommunikationsverfassung des 21. Jahrhunderts – Rechtsgutachten im Auftrag der Stiftervereinigung der Presse e.V., Berlin 2009
- Gersdorf, Hubertus*, Verbot presseähnlicher Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, AfP 2010, 421

- Gersdorf, Hubertus*, Netzneutralität: Juristische Analyse eines „heißen Eisens“, AfP 2011, 209 ff.
- Gersdorf, Hubertus*, Öffentlich-rechtlicher Rundfunk 2.0: Von der Voll- zur Qualitätsversorgung. K&R 2012, 94 ff.
- Görisch, Christoph*, Netzneutralität – ein Grundsatz des europäischen Regulierungsrechts?, EuZW 2012, 494 ff.
- Goerlich, Helmut/Radeck, Bernd*, Rundfunk und Empfänger – zur Mediatisierung subjektiver Rechte, NJW 1990, 302 ff.
- Gornig, Gilbert-Hanno*, Äußerungsfreiheit und Informationsfreiheit als Menschenrechte – Die Verankerung der Äußerungs-, Informations-, Presse- und Rundfunkfreiheit sowie des Zensurverbots in völkerrechtlichen Übereinkommen und in den Rechtsordnungen der KSZE-Staaten unter besonderer Berücksichtigung rechtsphilosophischer und rechtsgeschichtlicher Hintergründe, Berlin 1988
- Gounalakis, Georgios/Rhode, Lars*, Persönlichkeitsschutz im Internet, München 2002
- Greve, Holger*, Netzinfrastruktur und Kommunikationsfreiheit, K&R 2013, 87 ff.
- Grzeszick, Bernd*, Der Telemedien-Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zwischen Verfassungs- und Gemeinschaftsrecht, NVwZ 2008, 608 ff.
- Gurlit, Elke*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des Datenschutzes, NJW 2010, 1035 ff.
- Hahn, Caroline*, Der Online-Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, ZRP 2008, 217 ff.
- Hahn, Werner/Vesting, Thomas* (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 3. Auflage, München 2012
- Hain, Karl-E.*, Die zeitlichen und inhaltlichen Einschränkungen der Telemedienangebote von ARD, ZDF und Deutschlandradio nach dem 12. RÄndStV – Rechtsgutachten für ARD, ZDF und Deutschlandradio, Baden-Baden 2009
- Hain, Karl-E.*, Zur Rundfunkgebührenpflicht für internetfähige PC, JZ 2011, 723 ff.
- Hain, Karl-E.*, Medienmarkt im Wandel: Technische Konvergenz und Anbieterkonkurrenz als Herausforderung an Verfassungsrecht und Regulierung, AfP 2012, 313 ff.
- Hasebrink, Uwe/Schmidt, Jan-Hinrik*, Informationsrepertoires der deutschen Bevölkerung. Konzept für eine regelmäßig durchzuführende bevölkerungsrepräsentative Befragung im Rahmen des Vorhabens „Erfassung und Darstellung der Medien- und Meinungsvielfalt in Deutschland“, Hamburg 2012, abrufbar unter http://www.hans-bredow-institut.de/webfm_send/657 (zuletzt abgerufen am 19.10.2013)
- Held, Thorsten*, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten – Eine Untersuchung des verfassungsrechtlich geprägten und einfachgesetzlich ausgestalteten Funktionsauftrags öffentlich-rechtlichen Rundfunk im Hinblick auf Internet-Dienste, Baden-Baden 2008
- Hermes, Georg*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit – Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, Heidelberg 1987
- Herrmann, Günter*, Fernsehen und Hörfunk in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland – zugleich ein Beitrag zu weiteren allgemeinen verfassungsrechtlichen und kommunikationsrechtlichen Fragen, Tübingen 1975

- Hesse, Albrecht*, Von der pluralen Rundfunkordnung zur dienstespezifisch diversifizierten Informationsordnung? Möglichkeiten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, in: Kops, Manfred/Schulz, Wolfgang/Held, Thorsten (Hrsg.), Von der pluralen Rundfunkordnung zur dienstespezifisch diversifizierten Informationsordnung?, Baden-Baden 2001, S. 265 ff.
- Höflich*, Zwischen massenmedialer und technisch vermittelter interpersonaler Kommunikation – der Computer als Hybridmedium und was die Menschen damit machen, in: Beck, Klaus/Vowe, Gerhard (Hrsg.), Computernetze – ein Medium öffentlicher Kommunikation?, Berlin 1997, S. 85 ff.
- Hölscher, Frank*, Das Internet als Herausforderung für die Interpretation der Rundfunkfreiheit, in: Albers, Marion/Heine, Manfred/Seyfarth, Georg (Hrsg.), Beobachten – Entscheiden – Gestalten, Symposium zum Ausscheiden von Dieter Grimm aus dem Bundesverfassungsgericht, Berlin 2000, S. 195 ff.
- Hörauf, Dominic*, Schutz der Grundrechte durch oder vor Netzneutralität? Netzmanagement als Vorbedingung effektiver Grundrechtsverwirklichung – eine Perspektivumkehr, Humboldt Forum Recht 2011, 71 ff.
- Hoeren, Thomas*, Das Telemediengesetz, NJW 2007, 801 ff.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Kommentierung des Art. 5 Abs. 1, 2 GG, in: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Band 1 Art. 1 – 37, bearb. von Bäumlin, Richard (u.a.), 2. Auflage, Neuwied 1989
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Kommunikationsfreiheit und Chancengleichheit, in: Schwartländer, Johannes/Riedel, Eibe (Hrsg.), Meinungsfreiheit Band 2: Neue Medien und Meinungsfreiheit im nationalen und internationalen Kontext, Kehl am Rhein 1990, S. 27 ff.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Aufgaben zukünftiger Medienregulierung, in: Tauss, Jörg/Kollbeck, Johannes/Mönikes, Jan (Hrsg.), Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft – Herausforderungen und Perspektiven für Wirtschaft, Wissenschaft, Recht und Politik, Baden-Baden 1996, S. 568 ff.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Der Rundfunkbegriff in der Differenzierung kommunikativer Dienste, in: Tauss./Kollbeck/Mönikes (Hrsg.), Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft – Herausforderungen und Perspektiven für Wirtschaft, Wissenschaft, Recht und Politik, Baden-Baden 1996, S. 584 ff.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Der Rundfunkbegriff in der Differenzierung kommunikativer Dienste, AfP 1996, 9 ff.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Informationelle Selbstbestimmung in der Informationsgesellschaft – Auf dem Weg zu einem neuen Konzept des Datenschutzes, AöR 123 (1998), 513 ff.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schulz, Wolfgang/Held, Thorsten*, Konvergenz und Regulierung: Optionen für rechtliche Regelungen und Aufsichtsstrukturen im Bereich Information, Kommunikation und Medien, Baden-Baden 2000
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Kommunikationsfreiheiten: Kommentierung zu Art. 5 Abs. 1 und 2 sowie Art. 8 GG, Baden-Baden 2002
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch – Zur Qualitätsgewährleistung durch Normen, AöR 130 (2005), 5 ff.

- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Kommunikationsfreiheiten als rechtlich ausgestaltete Freiheit, in: ders., Wandel der Medienordnung – Reaktionen in Medienrecht, Medienpolitik und Medienwissenschaft, ausgewählte Abhandlung, Baden-Baden 2009, S. 83 ff.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Regelungsstrukturen für öffentliche Kommunikation im Internet, AöR 137 (2012), 509 ff.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Neue Kollektivität im World Wide Web als Herausforderung für das Recht, JZ 2012, 1081 ff.
- Holznagel, Bernd*, Netzneutralität und offener Netzzugang, in: Picot, Arnold/Schenck, Marcus (Hrsg.), Ökonomie der Regulierung: Neue Spielregeln für Kapitalmärkte und Netzindustrien, 2009, S. 209 ff.
- Holznagel, Bernd*, Netzneutralität als Aufgabe der Vielfaltssicherung, K&R 2010, 95 ff.
- Holznagel, Bernd*, Die Zukunft der Mediengrundrechte in Zeiten der Konvergenz, MMR 2011, 1 ff.
- Holznagel, Bernd*, Meinungsbildung im Internet, NordÖR, 2011, 205 ff.
- Holznagel, Bernd*, Die Freiheit der Internetdienste – Verfassungsrechtliche Anforderungen an einen zeitgemäßen Schutz der Massenkommunikation im Internet, in: Becker, Jürgen/Weber, Peter (Hrsg.), Funktionsauftrag, Finanzierung, Strukturen – Zur Situation des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland, Baden-Baden 2012, S. 163 ff.
- Holznagel, Bernd/Nolden, Christine*, in: Hoeren, Thomas/Sieber, Ulrich (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht: Rechtsfragen des elektronischen Rechtsverkehrs, 34. Ergänzungslieferung, München 2013
- Holznagel, Bernd/Nüßing, Christoph*, Legal Framework of Net Neutrality: USA vs. Europe, in: Spiecker Döhm, Indra/Krämer, Jan (Hrsg.), Network Neutrality and Open Access, Baden-Baden 2011, S. 27 ff.
- Holznagel, Bernd/Schumacher, Pascal*, Die Freiheit der Internetdienste, MIND – Co:llaboratory Discussion Paper Series No. 1 (2011), S. 14 ff.
- Holznagel, Bernd/Schumacher, Pascal*, Kommunikationsfreiheit und Netzneutralität, in: Kloepfer, Michael (Hrsg.), Netzneutralität in der Informationsgesellschaft, Berlin 2011, S. 47 ff.
- Holznagel, Bernd/Schumacher, Pascal*, Netzpolitik Reloaded – Pflichten und Grenzen staatlicher Internetpolitik, ZRP 2011, S. 74 ff.
- Hufen, Friedhelm*, Staatsrecht II – Grundrechte, 3. Auflage, München 2011
- Informationsgesellschaft Deutschland 2006 – Aktionsprogramm der Bundesregierung, herausgegeben vom Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit Referat LP4 – Kommunikation, Internet und Bundesministerium für Bildung und Forschung Referat LS 15 – Publikationen, Internetredaktion
- Isensee, Josef*, Grundrecht auf Ehre, in: Ziemke, Burkhardt/Langheid, Theo/Wilms, Heinrich/Haverkate, Görg (Hrsg.), Staatsphilosophie und Rechtspolitik, Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag, München 1997, S. 5 ff.
- Isensee, Josef*, Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung, in: ders./Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band V – Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl., § 190, 265 ff., Heidelberg 2011

- Isensee, Josef*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: ders./Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IX – Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl., § 191, 413 ff., Heidelberg 2011
- Jaeckel, Liv*, Die Simulation des Urknalls vor dem Bundesverfassungsgericht – Zur Reichweite staatlicher Schutzpflichten, DVBl. 2011, 13 ff.
- Jäkel, Florian*, Internetformate und Grundgesetz – Ist eine Internetfreiheit wirklich nötig?, AfP 2012, 224 ff.
- Janik, Viktor*, Der deutsche Rundfunkbegriff im Spiegel technischer Entwicklungen, AfP 2000, 7 ff.
- Jarass, Hans D.*, Freiheit der Massenmedien – Zur staatlichen Einwirkung auf Presse, Rundfunk, Film und andere Medien, Baden-Baden 1978
- Jarass, Hans D.*, Grundrechte als Wertentscheidung bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 110 (1985), S. 262 ff.
- Jarass, Hans D.*, In Welcher Weise empfiehlt es sich, die Ordnung des Rundfunks und sein Verhältnis zu anderen Medien – auch unter dem Gesichtspunkt der Harmonisierung – zu regeln? Gutachten G für den 56. Deutschen Juristentag, München 1986
- Jarass, Hans D.*, Rundfunkbegriffe im Zeitalter des Internet. Zum Anwendungsbereich der Rundfunkfreiheit, des Rundfunkstaatsvertrages und des Mediendienste-Staatsvertrags, AfP 1998, 133 ff.
- Jarass, Hans D.*, Die verfassungsrechtliche Stellung der Post- und TK-Unternehmen, MMR 2009, 223 ff.
- Jarass, Hans D.*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union unter Einbeziehung der vom EuGH entwickelten Grundrechte, der Grundrechtregelungen der Verträge und der EMRK, 2. Auflage, München 2013
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo*, Grundgesetz für die Republik Deutschland, Kommentar, 12. Auflage, München 2012
- Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian* (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 162. Aktualisierung, Heidelberg, Juli 2013 (zitiert: *Verf*, BK-GG)
- Keber, Tobias O.*, Internet- und Telemedienrecht, in: Dörr, Dieter/Kreile, Johannes/Cole, Mark D., Handbuch Medienrecht: Recht der elektronischen Massenmedien, Frankfurt am Main 2011, Buchst. M, S. 493 ff.
- Kitz, Volker*, Das neue Recht der elektronischen Medien in Deutschland – sein Charme, seine Fallstricke, ZUM 2007, 368 ff.
- Klaes, Roland L.*, Verfassungsrechtlicher Rundfunkbegriff und Internet – Eine dogmatische Bestandsaufnahme vor dem Hintergrund des 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrages, ZUM 2009, 135 ff.
- Klein, Eckart*, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, 1633 ff.
- Klein, Hans Hugo*, Der öffentlich-rechtliche Rundfunk und das Internet, abrufbar unter www.ifp.uni-mainz.de/files/klein.doc (zuletzt abgerufen am 25.10.2013)
- Klickermann, Paul H.*, Reichweite der Onlinepräsenz von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nach dem 12. RÄndStV, MMR 2008, 793 ff.

- Kloepfer, Michael*, Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz, München 1970
- Kloepfer, Michael*, in: Prütting, Hanns (Hrsg.), Probleme des Zugangs zu den Medien und Telekommunikationseinrichtungen sowie Fragen der Zugangssicherung: Vortragsveranstaltung des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln vom 9. Mai 2003, München 2004
- Kloepfer, Michael*, Öffentliche Meinung, Massenmedien, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band 3, 3. Auflage, Heidelberg 2005, § 42, S. 389 ff.
- Kloepfer, Michael*, Netzneutralität und Presse-Grosso in der Informationsgesellschaft, AfP 2010, 120 ff.
- Kloepfer, Michael/Kutzschbach, Gregor*, Presse-Grosso zwischen Kartell- und Verfassungsrecht – Zu den Verfassungsgrenzen kartellrechtlicher Maßnahmen im Pressevertriebsraum, AfP 1999, 1 ff.
- Knieps, Günter*, Congestion Pricing, Quality of Service Differentiation and Network Neutrality, in: Spiecker Döhm, Indra/Krämer, Jan (Hrsg.), Network Neutrality and Open Access, Baden-Baden 2011, S. 19 ff.
- Koenig, Christian/Fechtner, Sonja*, Netzneutralität – oder: Wer hat Angst vor dem schwarzen Netzbetreiber?, K&R 2011, 73 ff.
- Koenig, Christian/Visbeck, Eveline*, Verursachungsgerechte Kostenverteilung der keineswegs neutralen „Google-Effekte“ – Keine regulatorische Kostenexternalisierung durch falsch verstandene Netzneutralität, MMR 2011, 443 ff.
- König, Eberhard*, Die Teletexte. Versuch einer verfassungsrechtlichen Einordnung, München 1980
- Köppen, Oliver M. H.*, Das Grundrecht der Informationsfreiheit unter besonderer Berücksichtigung der neuen Medien, Lohmar u.a. 2004
- Körber, Torsten*, TKG-Novelle 2011 – Breitbandausbau im Spannungsfeld von Europäisierung, Regionalisierung und Netzneutralität, MMR 2011, 215 ff.
- Koreng, Ansgar*, Zensur im Internet – Der verfassungsrechtliche Schutz der digitalen Massenkommunikation, Baden-Baden 2010
- Krings, Günter*, Die subjektiv-rechtliche Rekonstruktion der Schutzpflichten aus dem grundrechtlichen Freiheitsbegriff, in: Sachs, Michael/Siekmann, Helmut (Hrsg.), Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat – Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag, Berlin 2012, S. 425 ff.
- Kube, Hanno*, Neue Medien – Internet, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht Band 4, 3. Auflage, Heidelberg 2006, § 91, S. 843 ff.
- Kühling, Jürgen/Gauß, Nicolas*, Suchmaschinen – eine Gefahr für den Informationszugang und die Informationsvielfalt?, ZUM 2007, 881 ff.
- Kugelmann, Dieter*, Informationsfreiheit als Element moderner Staatlichkeit, DÖV 2005, 851 ff.
- Kunisch, Johann Kaspar*, Verfassungswidrige Telemedienaufsicht durch Regierungsstellen – Aufsicht über Internetdienste im Schutzbereich der Rundfunkfreiheit, MMR 2011, 796 ff.

- Kunisch, Johann Kasper*, Rundfunk im Internet und der Grundsatz der Staatsfreiheit des Rundfunks – Eine Untersuchung zur Rundfunkqualität von Internetdiensten und der Einhaltung des Staatsfreiheitsgrundsatzes bei der Aufsicht über Internetdienste im Schutzbereich der Rundfunkfreiheit, München 2011
- Ladewig, Karl-Heinz*, Zur Kooperation von staatlicher Regulierung und Selbstregulierung des Internet, ZUM 1997, 372 ff.
- Ladewig, Karl-Heinz*, Zur Verfassungswidrigkeit der Regelung des Drei-Stufen-Tests für Onlineangebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nach § 11 f RStV, ZUM 2009, 906 ff.
- Laxton Jr., William G.*, The End of Net Neutrality, 2006 Duke L. & Tech. Rev. 15, 3 ff.
- Lehr, William H./Gillett, Sharon E./Sirbu, Marvin A./Peha, Jon M.*, Scenarios for the Network Neutrality Arms Race, International Journal of Communication 1 (2007), 607 ff.
- Lenski, Sophie-Charlotte*, Die Tagesschau-App am Scheideweg des Medienwettbewerbs: Grund und Grenzen des öffentlich-rechtlichen Rundfunkauftrags im Internet, Die Verwaltung 45 (2012), 465 ff.
- Lent, Wolfgang*, Rundfunk-, Medien-, Teledienste: Eine verfassungsrechtliche Untersuchung des Rundfunkbegriffs und der Gewährleistungsbereiche öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten unter Berücksichtigung einfachrechtlicher Abgrenzungsfragen zwischen Rundfunkstaatsvertrag, Mediendienstestaatsvertrag und Teledienstegesetz, Frankfurt am Main 2001
- Lenz, Helmut*, Rundfunkorganisation und öffentliche Meinungsbildungsfreiheit, JZ 1963, 338 ff.
- Lerch, Janusz-Alexander*, Der Gegendarstellungsanspruch im Internet – Findet der Gegendarstellungsanspruch auch auf die „elektronische“ Presse Anwendung?, C&R 1997, 261 ff.
- Lerche, Peter*, Aktuelle Fragen der Informationsfreiheit, Jura 1995, 561 ff.
- von Lewinski, Kai*, Recht auf Internet, RW 2011, 70 ff.
- Libertus, Michael*, Medienrechtliche Einordnung von BusinessTV-Diensten, K&R 2000, 119 ff.
- Libertus, Michael/Wiesner, Jan*, Netzneutralität, offenes Internet und kommunikative Grundversorgung. Zum Stand der Debatte in Deutschland, Europa und den USA. In: Media Perspektiven, Heft 2, Frankfurt am Main 2011, S. 80 ff.
- Lieb, Wolfgang*, Kabelfernsehen und Rundfunkgesetze, Berlin 1974
- Lutzhöft, Niels*, Eine objektiv-rechtliche Gewährleistung der Rundfunkfreiheit in der Europäischen Union? – Nationales Rundfunkverfassungsrecht und unionsrechtlicher Grundrechtsschutz im Spiegel divergierender Tradition, Funktion und Konzeption der Grundrechte, Tübingen 2012
- Malsch, Thomas*, Kommunikationsbegriff und Agentengesellschaft: Überlegungen zu einer Soziologie des Cyberspace, in: Thiedeke, Udo (Hrsg.), Soziologie des Cyberspace – Medien, Strukturen und Semantiken, S. 97 ff.
- v. *Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian*, Das Bonner Grundgesetz: Kommentar, Band 1 Präambel, Artikel 1 bis 19, 6. Auflage, München 2010

- v. *Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian*, Das Bonner Grundgesetz: Kommentar, Band 3: Artikel 83 bis 146, 6. Auflage, München 2010
- Marko, Elisabeth*, Subjektive öffentliche Rechte auf Rundfunkveranstaltung und Rundfunkempfang?, Berlin 1997
- Martini, Mario*, Wie viel Gerechtigkeit braucht das Internet? Netzneutralität als Stell- schraube für die Zukunft des Internets, VerwArch 2011, 315 ff.
- Masing, Johannes*, Transparente Verwaltung: Konturen eines Informationsverwaltungs- rechts, Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 63 (2004), S. 379 ff.
- Masing, Johannes*, Herausforderungen des Datenschutzes, NJW 2012, 2305 ff.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günther*, Grundgesetz Kommentar, Band 1, Art. 1-5, 69. Ergän- zungslieferung, München 2013
- Mecklenburg, Wilhelm*, Internetfreiheit, ZUM 1997, 525 ff.
- Mende, Annette/Oehmichen, Ekkehardt/Schröter, Christian*, Medienübergreifende Infor- mationsnutzung und Informationsrepertoires – Fernsehen, Radio, Zeitung und Internet im Vergleich, Media Perspektiven 1, Frankfurt am Main 2012, S. 2 ff.
- Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band II Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren I, Heidelberg 2006
- Meyer, Sebastian*, Exklusive Grundversorgung im Internet – Rechtsfragen bei Suchma- schinen, in: Roßnagel, Alexander (Hrsg.), Elektronische Medien zwischen Exklusivität und Grundversorgung, Baden-Baden 2010, S. 61 ff.
- Micklitz, Hans-W./Schirmbacher, Martin*, in: Spindler, Gerald/Schuster, Fabian (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, 2. Auflage, München 2011, Zwölfter Teil, TMG § 6
- Miserre, Thomas*, Rundfunk-, Multimedia- und Telekommunikationsrecht – Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Art. 5 I 2 GG, Rundfunkstaatsvertrag, Teledienstegesetz, Mediendienstestaatsvertrag und Telekommunikationsgesetz, Frankfurt am Main 2006
- Misoch, Sabina*, Online-Kommunikation, Konstanz 2006
- Möller, Simon*, Was ist eigentlich Netzneutralität? in: Krone, Jan/Pellegrini, Tassilo (Hrsg.), Netzneutralität und Netzbewirtschaftung – Multimedia in Telekommunikati- onsnetzwerken, Baden-Baden 2012, S. 17 ff.
- Möllers, Christoph*, Pressefreiheit im Internet – Zu verfassungsrechtlichen Grenzen der Regulierung von Online-Bewegtbildern von Zeitungen, AfP 2008, 241 ff.
- Müller-Terpitz, Ralf*, Öffentlich-rechtlicher Rundfunk und Neue Medien – eine gemein- schafts- und verfassungsrechtliche Betrachtung, AfP 2008, 335 ff.
- Murswiek, Dietrich*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik – Verfas- sungsrechtliche Grundlagen und immissionsschutzrechtliche Ausformung, Berlin 1985
- Nawrath, Katharina*, Der Dreistufentest in der Praxis – Ausgestaltung und Umsetzung des Verfahrens durch die Gremien, MMR 2011, 79 ff.
- Neuberger, Christoph/Lobigs, Frank*, Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Viel- faltssicherung, Gutachten im Auftrag der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK), Berlin 2010

- Nieke, Wolfgang*, Allgemeinbildung durch informationstechnisch vermittelte Netzinformation und Netzkommunikation, in: von Gross, Friederike/Marotzki, Winfried/Sander, Uwe (Hrsg.), Internet-Bildung-Gemeinschaft, Wiesbaden 2008, S. 145 ff.
- Nierstein, Victor*, Der deutsche Rundfunkbegriff im Spiegel technischer Entwicklung, AfP 2000, 7 ff.
- Nüßing, Christoph/Ricke, Thorsten*, Netzneutralität: GEREK-Studie zum Einsatz von Traffic-Management in Europa veröffentlicht, MMR-Aktuell 2012, 333008
- O'Reilly, Tim*, What is Web 2.0, abrufbar unter <http://oreilly.com/web2/archive/what-is-web-20.html>
- Ory, Stephan*, Rundfunk und Presse im Internet – Die Tagesschau, das iPhone und die tripolare Medienordnung, AfP 2010, 20 ff.
- Ory, Stephan*, Herausforderungen der Medienfreiheit – oder: Der Rundfunk als Endpunkt der Konvergenz?, AfP 2011, 19 ff.
- Paal, Boris P.*, Netz- und Suchmaschinenneutralität im Wettbewerbsrecht, AfP 2011, 521 ff.
- Papier, Hans-Jürgen/Schröder, Meinhard*, Rechtsgutachten zur Abgrenzung der Rundfunk- und Pressefreiheit zur Auslegung des Begriffs der „Presseähnlichkeit“ und Anwendung des Verbots nicht sendungsbezogener presseähnlicher Angebote gem. § 11 d Abs. 2 Nr. 3 HS 3 RStV, 2010 (epd Nr. 60 vom 04. 08. 2010, 16 ff.) abrufbar unter <http://medienpolitik.eu/cms/media/pdf/Papier%20-%20Rechtsgutachten%20zum%20Begriff%20der%20Presseaehnlichkeit.pdf> (zuletzt abgerufen am 20.10.2013).
- Paschke, Marian*, Medienrecht, 3. Auflage, Berlin Heidelberg 2009
- Peine, Franz-Joseph*, Das Internet als Rundfunk im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, in: Zehetner, Franz (Hrsg.), Festschrift für Hans-Ernst Folz, Wien 2003, S. 257 ff.
- Peters, Butz*, Öffentlich-rechtliche Online-Angebote – Was dürfen die Rundfunkanstalten im Netz?, Baden-Baden 2010
- Peters, Butz*, Die Konsequenzen aus den Verbotstatbeständen des Rundfunkstaatsvertrags für öffentlich-rechtliche Online-Angebote, NJW 2010, 335 ff.
- Pitschas, Rainer*, Allgemeines Verwaltungsrecht als Teil der öffentlichen Informationsordnung, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Schuppert, Gunnar Folke (Hrsg.), Reform des Verwaltungsrechts: Grundfragen, Baden-Baden 1993, S. 219 ff.
- Polenz, Sven*, in: Kilian, Wolfgang/Heussen, Benno (Hrsg.), Computerrechts-Handbuch, 31. Ergänzungslieferung, München 2012
- Poscher, Ralf*, Grundrechte als Abwehrrechte – Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, Tübingen 2003
- Pünder, Hermann*, in: Ehlers, Dirk (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Auflage, Berlin 2009, Kommunikationsgrundrechte, § 16.2, S. 531 ff.
- Rahvar, Zahra*, Die Zukunft des deutschen Presserechts im Lichte konvergierender Medien, Baden-Baden 2011
- Rath-Glawatz, Michael*, Der Rechtsbegriff „Presse“ – Von den Anfängen bis ins digitale Zeitalter, in: Jacobs, Rainer/Loschelder Michael (Hrsg.), Berufung als Beruf, Festschrift für Sigmar-Jürgen Samwer zum 70. Geburtstag, München 2008, S. 163 ff.

- Redeker, Helmut*, IT-Recht, 5. Auflage, München 2012
- Reinwald, Gerhard*, Kommunikationsinhalt und Grundgesetz: Die verfassungsrechtliche Ordnung für die Beobachtung, Bewertung und Regulierung von Inhalten elektronischer Kommunikation, Frankfurt am Main 2004
- Reitze, Helmut/Ridder, Christa-Maria*, Massenkommunikation VII – Eine Langzeitstudie zur Mediennutzung und Medienbewertung 1964-2005, Schriftenreihe Media Perspektiven Band 19, Baden-Baden, Nomos 2006 (ARD/ZDF-Langzeitstudie Massenkommunikation 2010)
- Rensmann, Thilo*, Wertordnung und Verfassung. Das Grundgesetz im Kontext grenzüberschreitender Konstitutionalisierung, Tübingen 2007
- Richter, Ingo*, Die Digitalisierung des Alltags, in: Mehde, Veith/Ramsauer, Ulrich/Seckelmann, Margrit (Hrsg.), Staat, Verwaltung, Information, Festschrift für Hans Peter Bull zum 75. Geburtstag, Berlin 2011, S. 1041 ff.
- Ricker, Reinhart*, Rundfunkgebühren für Computer mit Internet-Zugang?, NJW 1997, 3199 ff.
- Ricker, Reinhart*, Die Nutzung des Internets als dritte Säule des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, ZUM 2001, 28 ff.
- Ridder, Christa-Maria/Engel, Bernhard*, Ergebnisse der 10. Welle der ARD/ZDF-Langzeitstudie zur Mediennutzung und -bewertung Massenkommunikation 2010: Funktionen und Images der Medien im Vergleich, Media Perspektiven 11/2010, S. 537 ff., abrufbar unter http://www.media-perspektiven.de/uploads/tx_mppublications/11-2010_Engel.pdf
- Ring, Wolf-Dieter*, Rundfunk und Internet, ZUM 1998, 358 ff.
- Rossen-Stadtfeld, Helge*, Medienaufsicht unter Konvergenzbedingungen, ZUM 2000, 36 ff.
- Rudolf, Walter/Meng, Werner*, Rechtliche Konsequenzen der Entwicklung auf dem Gebiet der Breitbandkommunikation für die Kirchen. Gutachterliche Äußerung für die Publizistische Kommission der Deutschen Bischofskonferenz, Bonn 1978
- Rüberg, Johannes*, Kapazitätsengpässe vs. Netzneutralität. Dienstgüte- und Preisdiversifikation im deutschen Fernmeldewesen des 19. und 20. Jahrhunderts, in: Schorkopf, Frank (Hrsg.), Gestaltung der Freiheit: Regulierung von Wirtschaft zwischen historischer Prägung und Normierung (Ergebnis des Symposiums vom Juni 2012 in Köln), Tübingen 2013, S. 67 ff.
- Ruffert, Matthias*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts: eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes, Tübingen 2001
- Rusteberg, Benjamin*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, Tübingen 2009
- Sachs, Michael*, Grundgesetz – Kommentar, 6. Auflage, München 2011
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland* (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Recht, Band 1, 6. Auflage, München 2012
- Säcker, Franz Jürgen*, Telekommunikationsgesetz: Kommentar, 3. Auflage, Frankfurt am Main 2013
- Scherer, Joachim*, Teletextsysteme und prozedurale Rundfunkfreiheit, Der Staat 22 (1983), S. 347 ff.

- Scherer, Joachim*, Telekommunikationsrecht und Telekommunikationspolitik, Baden-Baden 1985
- Scherer, Joachim*, Rechtsprobleme des Staatsvertrags über Bildschirmtext, NJW 1983, 1832 ff.
- Schlauri, Simon*, Network Neutrality – Netzneutralität als neues Regulierungsprinzip des Telekommunikationsrechts, Baden-Baden 2010
- Schlögel, Martina*, Das Bundesverfassungsgericht, die informationelle Selbstbestimmung und das Web 2.0 – Von den Schwierigkeiten in den Weiten des Internets einen sicheren (Daten-)Hafen zu finden, ZfP 2012, 85 ff.
- Schmid, Tobias*, Rechtliche Herausforderungen des Hybridfernsehens aus der Sicht des privaten Rundfunks, ZUM 2011, 457 ff.
- Schmidt-Jortzig, Edzard*, Meinungs- und Informationsfreiheit, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht Band 7, 3. Auflage, Heidelberg (u.a.) 2009, § 162, S. 875 ff.
- Schmitz, Peter*, Datenschutz im Internet, in: Hoeren, Thomas/Sieber, Ulrich/Holznagel, Bernd (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht – Rechtsfragen des elektronischen Rechtsverkehrs, 34. Ergänzungslieferung, München 2013, Teil 16.2
- Schneider, Jens-Peter*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen: Gewährleistungsverantwortung des Staates für Netzneutralität, in: Kloepfer, Michael (Hrsg.), Netzneutralität in der Informationsgesellschaft, Berlin 2011
- Schoch, Friedrich*, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 57 (1997), S. 158 ff.
- Schoch, Friedrich*, Die Rolle des Staates in der Informationsgesellschaft, in: Leipold, Dieter (Hrsg.), Rechtsfragen des Internet und der Informationsgesellschaft – Symposium der rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und der Städtischen Universität Osaka, Heidelberg 2002, S. 83 ff.
- Schoch, Friedrich*, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung in der Informationsgesellschaft, in: Sachs, Michael/Siekmann, Helmut (Hrsg.), Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat – Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag, Berlin 2012, S. 1491 ff.
- Schote*, Die Rundfunkkompetenz des Bundes als Beispiel bundesstaatlicher Kulturkompetenz in der Bundesrepublik Deutschland – Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung natürlicher Kompetenzen und der neueren Entwicklung im Recht der Europäischen Union, Frankfurt am Main 1999
- Schrey, Joachim/Frevert, Tobias*, Muss die Bundesnetzagentur die Netzneutralität verteidigen? Eine Standortbestimmung zur Zulässigkeit des Bandbreitenmanagements, MMR 2010, 596 ff.
- Schulz, Wolfgang*, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung, Baden-Baden 1998
- Schulz, Wolfgang/Dreyer, Stephan/Hagemaier, Stefanie*, Machtverschiebung in der öffentlichen Kommunikation, Bonn 2011, abrufbar unter <http://library.fes.de/pdf-files/akademie/08342.pdf> (zuletzt abgerufen am 23.10.2013)

- Schulz, Wolfgang/Held, Thorsten/Kops, Manfred*, Perspektiven der Gewährleistung freier öffentlicher Kommunikation: Ein interdisziplinärer Versuch unter Berücksichtigung der gesellschaftlichen Bedeutsamkeit und Marktfähigkeit neuer Kommunikationsdienste, ZUM 2001, 621 ff.
- Schulz, Wolfgang/Held, Thorsten/Kops, Manfred*, Perspektiven der Gewährleistung freier öffentlicher Kommunikation – Ein interdisziplinärer Versuch unter Berücksichtigung der gesellschaftlichen Bedeutsamkeit und Marktfähigkeit neuer Kommunikationsdienste, Baden-Baden 2002
- Schwabenbauer, Thomas*, Kommunikationsschutz durch Art. 10 GG im digitalen Zeitalter, AöR 2012, 1 ff.
- Schweda, Sebastian*, Niederlande: Gesetz zur Festlegung der Netzneutralität passiert den Senat, MMR-Aktuell 2012, 333531
- Severin, Werner Joseph/Tankard, James W.*, Communication Theories – Origins, Methods, and Uses in the Mass Media, 5. Auflage, New York 2010
- Sharma, Aruna*, Der chancengleiche Zugang zum digitalen Kabelfernsehnetz - Das Verhältnis von Programmveranstalter und Kabelnetzbetreiber im Spannungsfeld von Rundfunkrecht und neuer Telekommunikationsordnung, Baden-Baden 2009
- Sokoll, Karen*, Der neue Drei-Stufen-Test für Telemedienangebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, NJW 2009, 885 ff.
- Spies, Axel*, USA: Kampf um die Netzneutralität, MMR 8/2006, XXI.
- Spies, Axel*, USA: Neue FCC-Order zur Netzneutralität, MMR-Aktuell 2011, 313008.
- Spies, Axel/Ufer, Frederic*, Netzneutralität: Stichwort oder Unwort des Jahres? Neues US-Regulierungsverfahren mit Auswirkungen auf Deutschland, MMR 2010, 13 ff.
- Stammler, Dieter*, Kabelfernsehen und Rundfunkbegriff, AfP 1975, 742 ff.
- Steinmüller, Wilhelm/Lutterbeck/Mallmann, Walter/Harbort/Kolb/Schneider*, Grundfragen des Datenschutzes – Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, Bundestagsdrucksachen VI/3826, Anlage 1, S. 5 ff.
- Stern, Klaus*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV: Die einzelnen Grundrechte, Teilband 1: Der Schutz und die freiheitliche Entfaltung des Individuums, München 2006
- Stern, Klaus*, Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte: Eine juristische Entdeckung, DÖV 2010, 421 ff.
- Stock, Martin*, Medienfreiheit als Funktionsgrundrecht: Die journalistische Freiheit des Rundfunks als Voraussetzung allgemeiner Kommunikationsfreiheit, München 1985
- Stock, Martin*, Allgemeine Kommunikationsfreiheit durch Medienfreiheit: Grund- und menschenrechtliche Gehalte des Medienrechts und ihre funktionale „Ergänzung und Verstärkung“, in: Schwartländer, Johannes/Riedel, Eibe (Hrsg.), Meinungsfreiheit Band 2: Neue Medien und Meinungsfreiheit im nationalen und internationalen Kontext, Kehl am Rhein 1990, S. 59 ff.
- Taraschewski, Max*, Frankreich: Parlament veröffentlicht Bericht zur Netzneutralität, MMR-Aktuell 2011, 318488

- Trute, Hans-Heinrich*, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 57 (1997), 213 ff.
- Ufer, Frederic*, Kampf um die Netzneutralität, K&R 2010, 383 ff.
- Unruh, Peter*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 1996
- Vogelsang, Ingo*, Die Debatte um Netzneutralität und Quality of Service angesichts der Komplementarität von Content und Netzen, Vortrag vom 08. Juni 2008 im Rahmen der Konferenz des Hans-Bredow-Instituts für Medienforschung: Chancengleichheit für Content auf Netzwerken und Plattformen?, abrufbar unter <http://www.ma-hsh.de/cms/upload/downloads/Publikationen/Prs-Vogelsang.pdf> (zuletzt abgerufen am 26.10.2013)
- Vollmeier, Ines*, Grundversorgung im konvergierenden Mediensektor: Die Sicherstellung der Teilhabe aller an der Informationsgesellschaft, Münster 2004
- Weber, Karsten*, Das Recht auf Informationszugang: Begründungsmuster der politischen Philosophie für informationelle Grundversorgung und Eingriffsfreiheit, Berlin 2005
- Weber, Peter*, Hybridfernsehen aus der Sicht des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, ZUM 2011, 452 ff.
- Weberling, Johannes*, Zwischen Presserecht und Rundfunkrecht, AfP 2008, 445 ff.
- Wellenreuther, Max*, Presseähnliche Telemedien öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, Berlin 2011
- Wimmer, Norbert*, Der Drei-Stufen-Test nach dem 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag – Was ist und wer entscheidet über den Public Value öffentlich-rechtlicher Online-Angebote?, ZUM 2009, 601 ff.
- Wimmer, Norbert*, Netzneutralität – Eine Bestandsaufnahme, ZUM 2013, 641 ff.
- Wu, Tim*, Journal of Telecommunications and High Technology Law, (2003) 2, 141 ff.

Erklärung

Hiermit erkläre ich ehrenwörtlich,

- dass mir die geltende Promotionsordnung der Fakultät bekannt ist;
- dass ich die Dissertation selbst angefertigt habe und alle von mir benutzten Hilfsmittel, persönlichen Mitteilungen und Quellen in meiner Arbeit angegeben habe;
- dass mich folgende Personen bei der Herstellung des Manuskripts durch Korrekturlesen unterstützt haben: Herr Dr. Enrico Peuker;
- dass die Hilfe eines Promotionsberaters nicht in Anspruch genommen wurde;
- dass Dritte weder unmittelbar noch mittelbar geldwerte Leistungen von mir für Arbeiten erhalten haben, die im Zusammenhang mit dem Inhalt meiner vorgelegten Dissertation stehen;
- dass ich die Dissertation noch nicht als Prüfungsarbeit für eine staatliche oder andere wissenschaftliche Prüfung eingereicht habe;
- dass ich weder die gleiche, eine in wesentlichen Teilen ähnliche oder eine andere Abhandlung bei einer anderen Hochschule als Dissertation eingereicht habe.

Berlin, 23. Juli 2014

Małgorzata Peuker-Minecka