



Dr. Dominic Hörauf, Hamburg*

Schutz der Grundrechte *durch* oder *vor* Netzneutralität?

Netzmanagement als Vorbedingung effektiver Grundrechtsverwirklichung – eine Perspektivumkehr

Die Verteidigung unbedingter Netzneutralität erfolgt in gegenwärtigen Diskursen in Teilen unter bisweilen vorschnellem und einseitigem Rückgriff auf ihre vermeintlich grundrechtsabsichernde Wirkung. Bei genauerem Hinsehen greift diese Argumentation indes nicht voll durch. Maßvolles Netzmanagement, die Abkehr also von kompromissloser Netzneutralität, entpuppt sich bei näherer Betrachtung stattdessen als echte Grundrechtsvoraussetzung, weshalb transportanforderungsblinde Netzneutralität mehr Gefahr für die Grundrechte ist als ihr Schutzpatron. Als wirkungskatalysierende Plattform der Kommunikations- und Informationsgrundrechte sind das Internet, seine trotz wachsender Verkehrslast gesicherte Stabilität und das eben dafür unverzichtbare Netzmanagement schlechterdings demokratie- wie grundrechtskonstitutiv.

S. 71

- HFR 7/2011 S. 1 -

1 A. Einleitung

I. Ausgangslage

Die Debatte um das Thema Netzneutralität verliert nicht an Aktualität. Im Gegenteil: ihr Höhepunkt scheint noch bevorzustehen. Das suggerieren jedenfalls sich in immer engerer Taktung aneinander reihende Gutachten und Verlautbarungen verschiedenster öffentlicher Foren, die sich allesamt engagiert eben jenem Thema widmen. Vor allem auf politischer Ebene, schließlich ist das Internet und der Zugang dazu doch längst zur *res publica* avanciert, nimmt die Spiegelung dieses Komplexes breiten Raum ein. Mal mahnt die von der Bundesregierung in Auftrag gegebene Empfehlung der Expertenkommission Forschung und Innovation Netzneutralität an, allenfalls einschränkbar durch Kapazitätsengpässen geschuldeten Preisdifferenzierungen,¹ mal bekennt sich die Europäische Kommission mit Blick auf das zuvor ausdrücklich formulierte Ziel² der Netzneutralität dazu, das Erfordernis stringenter Maßnahmen zu Erreichung eben der Netzneutralität prüfen zu wollen.³ Auch der Bundestag schenkt dem Thema derzeit insofern besondere Aufmerksamkeit, als er seit Mitte 2010 eine eben jenen Komplex beratende Projektgruppe unterhält,⁴ die immerhin 25 Mitglieder stark ist.⁵ Ganz aktuell befasst sich zudem der Bundestagsausschuss für Wirtschaft und Technologie im Rahmen von Sachverständigen-Anhörungen zum Entwurf der TKG-Novelle mit Fragen der Netzneutralität.⁶

2 Diese sich kontinuierlich verdichtende Betriebsamkeit auf staatlicher und

* Der Autor ist Mitarbeiter im Bundesinnenministerium. Ab August 2011 nimmt er ein postgraduales Studium zum Master of Laws an der Columbia Law School in New York/USA auf.

¹ Expertenkommission Forschung und Innovation, Gutachten zu Forschung, Innovation und technologischer Leistungsfähigkeit Deutschlands, 2011, S. 10.

² RL 2009/140/EG und Erklärung der Kommission zur Netzneutralität, Amtsblatt der Europäischen Union, L 337/69.

³ EU-Kommission, The open internet and net neutrality in Europe, 2011, S. 9.

⁴ Eingesetzt durch die Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“, siehe MMR-Aktuell 2010, 303956.

⁵ http://www.bundestag.de/internetenquete/dokumentation/2010/Netzneutralitaet/NEU_Mitglieder_Netzneutralit_t_05_08_2010.pdf, zuletzt aufgerufen am 07.06.2011.

⁶ BT-Drs. 17/5707, S. 81.

überstaatlicher Ebene überrascht nur auf den ersten Blick. Eine genauere Betrachtung legt offen, dass das Thema Netzneutralität kein lediglich technisches, sondern auch verfassungsrechtlich wie verfassungspolitisch in hohem Maße aufgeladenes Feld ist. Form und Gestalt staatlicher Vorgaben zur Ausgestaltung der Netzadministration oder auch ihre Absenz – und die Entscheidung für das eine oder das andere steht politisch soeben an – stellen zugleich Antworten dar auf elementare, sich mit dem technischen Fortschritt fortwährend aktualisierende Verfassungsfragen zum Verhältnis von Staat und Gesellschaft. Darin sind Fragen zur Konzeption von Regulierung beziehungsweise Selbstregulierung, aber ebenso zur Ermöglichung des Grundrechtsgebrauchs und des staatlichen Grundrechtsabstands enthalten. Diese damit gegebenen Antworten leiten sich ab aus der Anwendung eines gewachsenen, aber entwicklungs-offenen Staatsverständnisses auf vorgefundene Verhältnisse und deren gesellschaftlich relevanten Veränderungen. Aus diesem Grund muss eine Bewertung eben dieser Antworten, so wie sie der Gesetzgeber bezogen etwa auf die Netzadministration aktuell mit dem Entwurf zur Novelle des Telekommunikationsgesetzes (TKG-E) zu geben sucht, notwendig zuerst an der Analyse dieser Verhältnisse ansetzen, hier den Beziehungen von Grundrechtsschutz und Netzneutralität/Netzmanagement.

S. 72

- HFR 7/2011 S. 2 -

3 II. Ziel und Gang der Untersuchung

Bei der Durchsicht neuerer, diesbezüglicher Vorträge und Veröffentlichungen ist bei Plädoyers für die Netzneutralität häufig von ihrer Grundrechtsschutz stiftenden Wirkung zu lesen.⁷ Ebenso legitim und erörterungspflichtig, gleichwohl selten entfaltet, ist aber die perspektivisch invers gewendete Frage, ob auch umgekehrt die Grundrechte die Netzneutralität schützen, also gebieten oder – im Gegenteil, vielleicht weil beherrschtes Netzmanagement vonnöten ist – sogar verbieten. Weil die Antwort darauf eine wichtige Hilfestellung leisten kann bei der Bewertung gegenwärtiger, legislativer Konzepte zu Fragen der Netzadministration, versucht dieser Beitrag, die Beziehungen von Grundrechtsschutz, Netzneutralität und Netzmanagement aus dieser Perspektiv inversion heraus aufzuhellen und vor dieser Folie die darauf Bezug nehmenden Lösungen des TKG-E zu analysieren und zu bewerten.

- 4 Hierfür sollen zunächst die Begriffe strikter Netzneutralität und des Netzmanagements mit Konturen versehen, voneinander abgegrenzt und schließlich deren Verhältnis zueinander skizziert werden (B.). In einem zweiten Schritt geht es darum, die damit verbundenen, verfassungsrechtlichen Implikationen herauszuarbeiten. Konkret sollen auf Basis der in der aktuellen Debatte vorgetragenen Argumente die Kausalbeziehungen der präzisierten Schlüsselbegriffe noch genauer freigelegt werden – insbesondere unter Einbeziehung der Einflussgröße der Grundrechte (C.). Daraus sind sodann an den Gesetzgeber gerichtete Forderungen für einen Rechtsrahmen zu deduzieren (D). Sie werden anschließend mit dem relevanten Regelungsgehalt des TKG-E verglichen, um zu prüfen, für welchen Weg sich der Kabinettsentwurf entschieden hat und was davon im Ergebnis zu halten ist (E.).

⁷ So etwa die Vorträge von Constanze Kurz und Axel E. Fischer, s. Tagungsbericht Netzneutralität in der Informationsgesellschaft, in: MMR-Aktuell 2011, 314468 oder aber bei Libertus/Wiesner, Netzneutralität, offenes Internet und kommunikative Grundversorgung, in: Media Perspektiven 2011, S. 81.

S. 73

- HFR 7/2011 S. 3 -

5 B. Begriffsklärungen – um was geht es?

I. Netzneutralität

1. Begriff

Um den bisher nicht einheitlich definierten⁸ Begriffskern⁹ der Netzneutralität erfassen und verstehen zu können, muss man sich wenigstens cursorisch die Funktionsweise des Internets vergegenwärtigen. Das Internet, so wie wir es kennen und benutzen, basiert auf der Übermittlung von Datenpaketen, sichergestellt durch *Internet Service Provider* (ISP). Diese Internetdiensteanbieter, private Unternehmen, stellen die für den Internetbetrieb erforderliche Infrastruktur zur Verfügung (Datenautobahnen) und tragen für deren Nutzung insoweit Sorge, als sie von *Content*-Anbietern, *Usern* also, abgeschickte Datenpakete erhalten und an den bestimmungsgemäßen Empfänger weiterleiten. Die Forderung nach Netzneutralität bezieht sich dabei auf die inhaltliche Ausgestaltung eben dieser Datendurchleitung durch die ISPs, folglich die Art und Weise ihrer Übermittlungsdienste. Netzneutralität fordert nach dem *best effort*-Prinzip¹⁰ von den ISPs die gleichberechtigte Übertragung aller Datenpakete ohne Ansehung ihres Inhalts, Absenders und – je nach Interpretation – ihrer technischen Transportanforderungen. Gleichzeitig untersagt sie als Ausprägung des Diskriminierungsverbots¹¹ damit eine nach derartigen Kriterien (dank intelligenter Netze inzwischen mögliche)¹² in Punkte Geschwindigkeit oder Qualität gestufte, mithin bevorzugende/benachteiligende Übermittlung bzw. Verweigerung der Übermittlung einzelner Datenpakete.

6 2. Rechtliche Verankerung und problematische Einzelfälle

Obwohl das Prinzip der Netzneutralität politisch von einem breiten Konsens getragen zu werden scheint¹³ (in welcher Lesart ist allerdings umstritten), ist es im deutschen Recht (bislang) weder explizit verankert, noch sind zu seiner Wahrung bestimmte Instrumente vorgesehen. Ob die bestehenden Regelungen dennoch ausreichen, um eine diskriminierungsfreie Netznutzung zu gewährleisten, wird derzeit kontrovers debattiert.¹⁴ Anlass dazu geben unter anderem problematische Einzelfälle der jüngeren Vergangenheit, die belegen, dass es einzelne ISP in Teilen so genau nicht genommen haben mit der Netzneutralität – im engeren wie im weiteren Sinne, egal wie weit man sie definieren möchte. So ist bekannt geworden, dass ISP bestimmte Datenpakete ihres Inhalts wegen nicht nur verlangsamt, sondern in Teilen überhaupt nicht übermittelt haben. Beispielsweise haben diverse Mobilfunkanbieter ihren Internet-Nutzern die *Skype*-Applikation gesperrt, mithilfe der sich über *Voice-over-IP*-Dienste

⁸ Nach Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e. V., Stellungnahme zum Kabinettsentwurf TKG-Novelle, Ausschussdrucksache 17(9)479, 2011, S. 10 f. ist Netzneutralität nicht definierbar. Einen instruktiven Überblick über verschiedene Definitionsansätze geben Koenig/Fechtner, Netzneutralität – oder: wer hat Angst vor dem schwarzen Netzbetreiber?, in: K&R 2011, 73 sowie Ufer, Der Kampf um die Netzneutralität oder die Frage, warum ein Netz neutral sein muss, in: K&R 2010, 383 f..

⁹ Für eine gründliche Klärung des Begriffshofs fehlt an dieser Stelle leider der Raum.

¹⁰ Wonach eine Datenübermittlung bestmöglich zu erfolgen hat. Siehe Koenig, Zu guter Letzt..., in: N&R 2011, 112.

¹¹ Körber, TKG-Novelle 2011 – Breitbandausbau im Spannungsfeld von Europäisierung, Regionalisierung und Netzneutralität, in: MMR 2011, 215, 220.

¹² Hoeren/Sieber-Beckmann/Müller, Multimedia-Recht, Kartellrecht, 26. Ergänzungslieferung, 2010, Rn. 26.

¹³ Allen voran von der Initiative „Pro Netzneutralität“ (SPD/Grüne), aber auch gestützt durch CDU/CSU und FDP (vgl. deren Koalitionsvereinbarung, Auszüge abgedruckt bei Berger-Kögler/Kind, Netzneutralität – juristisch und ökonomisch geboten?, in: MMR-Aktuell 2010, 302774 und neuerlich bekräftigt im Kabinettsentwurf zur TKG-Novelle, BT-Drs. 17/5707, S. 81).

¹⁴ Vgl. nur die insofern bzgl. des Verbots inhaltlicher und technischer Diskriminierung gegensätzlichen Stellungnahmen der Sachverständigen Kirchner (Ausschussdrucksache 17(9)480, S. 12) und Holznapel (Ausschussdrucksache 17(9)481, S. 1) vor dem Bundestagsausschuss für Wirtschaft und Technologie.

kostenfrei telefonieren lässt;¹⁵ das Motiv des Konkurrentenausschlusses bzw. des Schutzes des eigenen Angebots drängt sich hier auf. In einem anderen Fall hat der ISP *Freenet* seinen Kunden wohl aus ähnlichen Gründen den Zugang zu einem *Freenet*-kritischen Forum gesperrt.¹⁶ Politisch noch heikler ist die *Causa Wikileaks*. Hier versagte der ISP *Amazon* auf Druck der US-Regierung der Enthüllungsplattform Ende 2010 vollständig die Nutzung seiner Server,¹⁷ wohl um unerwünschten Veröffentlichungen Einhalt zu gebieten. An diesen drei Beispielen wird deutlich, dass Netzneutralität jedenfalls nicht durchweg verwirklicht ist, vielmehr Internetprovider das *Ob* und *Wie* ihrer Dienstleistung in Einzelfällen sehr wohl abhängig machen vom Inhalt und/oder dem Absender der Datenpakete.

S. 74

- HFR 7/2011 S. 4 -

7 II. Netzmanagement

Auch unabhängig von diesen drei brisanten Konstellationen, bei denen *Inhalt* und/oder die Person des *Absenders* der Datenpakete Auslöser einer evident gegen das *best effort*-Prinzip verstoßenden Behandlung waren, haben Internetdienstanbieter ein vitales Interesse daran, vom Prinzip der strikten Netzneutralität im engeren Sinne abweichen zu dürfen. Allerdings unterscheiden sich dabei sowohl Motive als auch Differenzierungskriterien; dies ändert die Sachlage gravierend.

- 8 Tatsächlich unterscheiden sich Datenpakete in ihren Übermittlungsanforderungen mitunter erheblich. Datenintensive Anwendungen wie *Voice-over-IP*, *IP-TV* oder Online-Spiele stellen die ISP vor größere Transportherausforderungen als das zeitunkritische Anwendungen wie etwa Email-Dienste tun.¹⁸ Das gilt umso mehr, als die Übertragungskapazität des Netzes inzwischen an ihre Grenzen stößt,¹⁹ sodass Kapazitäten mittlerweile passgenau verteilt werden müssen. Um Netzüberlastung zu verhindern, und um das Internet insgesamt stabil zu halten, sind die ISP gezwungen, Übertragungskapazitäten *bedarfsorientierter* zu verteilen. Übertragungsgeschwindigkeit zugunsten der einen, kapazitätssensitiven Anwendung geht dann indes zulasten einer anderen, übermittlungsanforderungsarmen. Das stellt streng genommen, so ließe sich argumentieren, insoweit ebenso eine Verletzung des *best effort*-Grundsatzes dar, als damit eine unterschiedslose Behandlung der Datenpakete eben nicht stattfindet. Allerdings ist im Fall der diesem Netzmanagement geschuldeten „Ungleichbehandlung“ nicht der Inhalt oder die Person des Absenders maßgebliches Differenzierungskriterium, sondern allein die jeweiligen technischen Transportanforderungen (Netzmanagement als Verkehrsmanagement).

S. 75

- HFR 7/2011 S. 5 -

9 III. Netzneutralität und Netzmanagement: Versuch einer Verhältnisskizze

Bei der Synthese der bis hierhin erreichten Einsichten zeigt sich, dass die für die weiteren Ausführungen wichtige Verhältnissklärung von Netzneutralität und Netzmanagement entscheidend von der Reichweite des Netzneutralitätsbegriffs abhängt. Versteht man unter Netzneutralität nämlich ein lediglich inhalts- und absenderbezogenes Diskriminierungsverbot, treten keine Konflikte mit dem nur

¹⁵ Bruch, Netzneutralität in der Informationsgesellschaft, in: LKV 2011, 169.

¹⁶ Enquete-Kommission Internet und digitale Gesellschaft – Projektgruppe Netzneutralität, Protokoll der 6. Sitzung, 2010, S 6 f..

¹⁷ <http://www.sueddeutsche.de/politik/wikileaks-aerger-mit-amazon-vom-jaeger-zum-gejagten-1.1031087>, zuletzt aufgerufen am 10.06.2011.

¹⁸ Ufer, Der Kampf um die Netzneutralität oder die Frage, warum ein Netz neutral sein muss, in: K&R 2010, 385 und Berger-Kögler/Kind, Netzneutralität – juristisch und ökonomisch geboten?, in: MMR-Aktuell 2010, 302773.

¹⁹ Hoeren/Sieber-Beckmann/Müller, Multimedia-Recht, Kartellrecht, 26. Ergänzungslieferung, 2010, Rn. 29; Curran, Deutsche Telekom AG, Stellungnahme zum Fragenkatalog der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft, 2010, S. 5, der darlegt, dass deshalb große Content-Anbieter in Teilen bereits jetzt dazu übergehen in Reaktion darauf eigene Server zu etablieren; a. A. hingegen Kurz, s. Tagungsbericht Netzneutralität in der Informationsgesellschaft, in: MMR-Aktuell 2011, 314468.

verkehrsdatenbezogenen Netzmanagement auf. Interpretiert man Netzneutralität hingegen weiter und verbietet auf dessen Grundlage jedwede Transportunterschiede, auch, soweit sie allein technischen Verkehrsanforderungen geschuldet sind, muss man im Netzmanagement einen Verstoß gegen das Prinzip der Netzneutralität sehen. Obwohl nach Sinn und Zweck der Netzneutralität (Meinungspluralismus) viel dafür spricht, der engeren Auffassung den Vorzug einzuräumen, jener also, die nur inhalts- wie absenderorientierte Benachteiligungen verbietet und gerade nicht zwischen Netzneutralität und dem nur nach technischen Metadaten differenzierenden Netzmanagement unterscheidet, sei aus Gründen der Dialektik im Folgenden unterstellt, Netzneutralität verlange *unbedingte* Gleichbehandlung.

10 **C. Verfassungsrechtliche Implikationen der Netzneutralität/des Netzmanagements – oder: zu den Beziehungen zwischen Netzneutralität, Netzmanagement und effektiver Grundrechtsverwirklichung**

Sind die Begriffsverhältnisse in ihren Grundzügen umrissen, lässt sich die Berechtigung der Frage, warum Netzneutralität und Netzmanagement aus grundgesetzlicher Warte so interessant sind, besser nachvollziehen: die Grundrechtsrelevanz von Netzneutralität und Netzmanagement wird bereits anhand der drei vorerwähnten Negativbeispiele sichtbar. Wie sind diese Streitfragen der Tatsächlichkeit, die abstrakten wie konkreten, verfassungs- und vor allem grundrechtsdogmatisch zu dekodieren? Anders gewendet: Welche Beziehungen bestehen abstrakt, welche im Einzelfall zwischen Grundrechten und Netzneutralität, zwischen Grundrechten und Netzmanagement? Ist es tatsächlich so, dass Grundrechte, wie es sooft heißt, die Netzneutralität voraussetzen, die Netzneutralität die Grundrechte schützt? Wenn ja, zu welchem Grad und in welcher Form? Oder ist es vielleicht sogar umgekehrt, dass die Grundrechte also vor bedingungsloser Netzneutralität geschützt werden müssen, durch ein zielgenaues Netzmanagement etwa?

- 11 Das sind interessante wie drängende Fragen, die gegenwärtig politisch eine hohe Aktualität aufweisen. Schließlich hat der Gesetzgeber darauf Antworten zu finden. Er hat konkret festzulegen, wie der Rechtsrahmen auszusehen hat, ob das Prinzip der strikten Netzneutralität zum Fixstern unseres Internetrechts aufsteigen soll – und wenn ja, über welchen Modus der Staat das zu realisieren gedenkt (Regulierung/Selbstregulierung) – oder ob er das Prinzip der Netzneutralität sich, wie bisher, selbst überlassen will. Um das wiederum bewerten zu können, bedarf es eigener Überzeugungen bei der Frage nach bestehenden Wechselwirkungen zwischen Grundrechten und Netzadministration. Das führt erneut zurück zur Aufgabe der Verhältnisklärung zwischen Netzneutralität und -management, dieses Mal jedoch ergänzt um die dritte Einflussgröße der *Grundrechte*. Wie also verhalten sich Netzneutralität, Netzmanagement und Grundrechte zueinander?

S. 76

- HFR 7/2011 S. 6 -

12 **I. Strikte Netzneutralität als Schutzschild der Grundrechte?**

Die unbedingte Netzneutralität ist angesichts der objektiven Wirkdimension der Grundrechte und über deren Ausstrahlungswirkung auch im Verhältnis zwischen Privatpersonen wirksamer Schutzschild der Grundrechte. Davon gehen jedenfalls die Anhänger der Netzneutralität aus. Sie sei, so etwa die Initiative *Pro Netzneutralität*, „Garant für freien Meinungs Austausch weltweit und damit die direkte Ableitung des Rechts auf Meinungsfreiheit“²⁰ aus Art. 5 Abs. 1 GG, gegebenenfalls, soweit eine Benachteiligung die kommunikative Chancengleichheit beeinträchtigt, auch in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG.²¹ Gleichzeitig ginge mit der – unterstellten – Beeinträchtigung des freien Meinungs Austauschs wohl ebenso eine Beeinträchtigung

²⁰ <http://pro-netzneutralitaet.de/erklaerung>, zuletzt aufgerufen am 10.06.2011.

²¹ So Holzengel, s. Tagungsbericht Netzneutralität in der Informationsgesellschaft, in: MMR-Aktuell 2011, 314468.

der Informationsfreiheit einher.²² Schließlich bedeuten Einbußen an Meinungspluralität gleichzeitig spiegelbildliche Abstriche bei den Informationsmöglichkeiten des Meinungskonsumenten. Auch der Schutzbereich des Fernmeldegeheimnis', so die Netzneutralitätsverfechter, sähe sich ernster Gefahr ausgesetzt, geböte die Netzneutralität dem *Datenpaketscanning* der Dienstebetreiber nicht Einhalt.²³ Weiterhin fördere Netzneutralität die Entfaltung kreativer und ökonomischer Potentiale und sichere damit das Innovationspotential des Internets.²⁴ Würde die Übertragungsgüte oder gar das Ob der Übertragung nach monetären Kriterien entschieden, würden einkommensschwächere *Content*-Anbieter verdrängt, eine digitale Spaltung der Gesellschaft in ein Zwei-Klassen-Internet wäre die Folge. Aufgrund der elementaren Bedeutung des Internets für die Demokratie und die benannten Freiheits- wie Gleichheitsrechte müsse jedoch die Teilhabe aller gewährleistet sein, ein gleichberechtigter Netzzugang sonach zur politischen Aufgabe werden. Hierfür sei strikte Netzneutralität schlechthin unverzichtbar. Das alles, so die Befürworter strikter Netzneutralität, sei Grund genug, das Prinzip über eine Legaldefinition nicht nur in gesetztes Recht zu überführen,²⁵ sondern seine Durchsetzung über spezifische Handlungsmöglichkeiten der Bundesnetzagentur zu ermöglichen.²⁶

S. 77

- HFR 7/2011 S. 7 -

13 **II. Oder doch als deren Bedrohung? Netzmanagement: Funktion für und seine Wirkung auf Grundrechte**

Kritiker uneingeschränkter Netzblindheit verweisen demgegenüber darauf, dass ein mit der Forderung nach *strikter* Netzneutralität über Kreuz liegendes Netzmanagement unverzichtbar sei für die Stabilität und Fortentwicklung des Internets.

14 **1. Netzmanagement und anspruchsgestaffelte Lastenverteilung zur Lösung wachsender Kapazitätsengpässe**

Weil bis 2015 weltweit mit einer Verzehnfachung des Datenvolumens zu rechnen ist²⁷ und die Grenzen der Netzkapazitäten – wie dargetan – bereits jetzt sichtbar werden, insbesondere zu Zeiten der Spitzenauslastung in den frühen Abendstunden, muss zum einen mit den verfügbaren Ressourcen ökonomisch verantwortungsvoll umgegangen werden, was ein *Netzverkehrsmanagement* schlechterdings voraussetzt, und zum anderen über deren Ausbau gesprochen werden. Hierbei zeichnen sich indes Ausbaukosten in Höhe von 30 bis 50 Milliarden Euro ab,²⁸ die von den ISP nicht allein getragen werden können. Es liegt also nahe, die Nutznießer dieses Strukturausbaus in die Pflicht zu nehmen, und zwar entsprechend des Verursacherprinzips analog der Übertragungsanforderungen.²⁹ Gerechtfertigt wäre es mithin, qualitätssensitive Dienste proportional zur Güte der beanspruchten Durchleitungsdienstleistung zu verpflichten,³⁰ die Übermittlung kapazitätsanspruchsvoller Datenpakete preislich anders zu behandeln als kapazitätsgenügsame. Wer mehr Platz braucht, muss auch mehr bezahlen. Oder:

²² EU-Kommission, *The open internet and net neutrality in Europe*, 2011, S. 9.

²³ So Holznagel, s. Tagungsbericht Netzneutralität in der Informationsgesellschaft, in: MMR-Aktuell 2011, 314468.

²⁴ Expertenkommission Forschung und Innovation, *Gutachten zu Forschung, Innovation und technologischer Leistungsfähigkeit Deutschlands*, 2011, S. 10.

²⁵ Wofür Holznagel augenscheinlich eintritt, Ausschussdrucksache 17(9)481, 2011, S. 1.

²⁶ Kurz, s. Tagungsbericht Netzneutralität in der Informationsgesellschaft, in: MMR-Aktuell 2011, 314468 sowie der Verbraucherzentrale Bundesverband, Ausschussdrucksache 17(9)469, 2011, S. 11.

²⁷ Holznagel/Schumacher, *Netzpolitik Reloaded*, in: ZRP 2011, 76.

²⁸ Ufer, *Der Kampf um die Netzneutralität oder die Frage, warum ein Netz neutral sein muss*, in: K&R 2010, 384.

²⁹ Curran, Deutsche Telekom AG, *Stellungnahme zum Fragenkatalog der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft*, 2010, S. 11.

³⁰ Schrey/Frevert, *Muss die Bundesnetzagentur die Netzneutralität verteidigen? – Eine Standortbestimmung zur Zulässigkeit des Breitbandmanagements*, in: MMR 2010, 598.

wer die Schnellstraße befahren will, muss eben eine *Highway*-Maut entrichten.³¹ Das erhöht das zum Netzausbau verfügbare Investitionsvolumen.

S. 78

- HFR 7/2011 S. 8 -

15 **2. Die Grundrechtsbetrachtung – der Versuch mit einigen Irrtümern aufzuräumen**

a. Was Netzmanagement nicht beeinträchtigt, sondern sogar stützt

Unabhängig von diesen technisch-tatsächlichen Umständen bedarf die etwas ideologisierte Debatte³² um das Dogma strikter Netzneutralität und ihren grundrechtlichen Auswirkungen der verfassungsgestützten Versachlichung. Auch wenn das Thema gut dafür geeignet ist, politische Grundsatzpositionen neu geschärft gegenüberzustellen, dürfen Gehalt wie Unantastbarkeit der Netzneutralität nicht um der politischen Profildividende willen überspannt werden.

16 Netzmanagement bedeutet zwar Abstriche vom Gebot der strikten Netzneutralität. Als „Verkehrsordnung“ geht es um Leitungsmanagement aber nie darum, eine bestimmte Meinungsäußerung zu behindern. Ihr Ziel ist es vielmehr, das Internet als Forum für Meinungsäußerung umgekehrt im Überlastfall proaktiv erst stabil und zugänglich zu halten,³³ indem Kapazitäten präzise ermittelt und zugewiesen werden. Dabei erfolgt die Festlegung des Durchleitungsweges bzw. der -geschwindigkeit nicht in Abhängigkeit des Inhalts, sondern des *Inhaltsumfangs* – letztlich also einzig orientiert an vom Paketinhalt im engeren Sinne zu unterscheidenden Metadaten, an reinen Transporterfordernissen also. Von Zensur oder Ähnlichem kann daher keine Rede sein.³⁴

17 Ebenso wenig überzeugen die auf den Gleichheitsgrundsatz gestützten Bedenken (i. V. m. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG). Nur weil die ISP zu unterschiedlichen Tarifen unterschiedliche Übertragungsgeschwindigkeiten anbieten, folgt daraus noch nicht *eo ipso* eine verfassungsrechtlich relevante Diskriminierung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG. Schließlich gebietet der Gleichheitssatz nicht mehr, als wesentlich Gleiches gleich zu behandeln. Schon die Frage der Vergleichbarkeit begegnet jedoch ernsthaften Zweifeln. Sie steht nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nämlich dann bereits infrage, wenn sich ein vernünftiger, aus der Natur der Sache ergebender oder sonst wie sachlich einleuchtender Grund für die Differenzierung finden lässt.³⁵ Einen solchen liefert aber bereits die besonders aufwändige Leistung, die bei der Übertragung größerer Datenmengen zu erbringen ist,³⁶ solange sie jedenfalls alleiniger Anknüpfungspunkt für eine Differenzierung bleibt. Wenn das jedoch zutrifft, ist aus dem Verbot, wesentlich *Ungleiches* willkürlich gleich zu behandeln, sogar die *Pflicht* zu deduzieren, anspruchsvollere Datenpakete anspruchsvoll, also anspruchsvoll, zu bedienen³⁷ bzw. bedienen zu

³¹ Krempl, Mautstellen für das Internet, Der Kampf um die Netzneutralität, c't. Magazin für Computertechnik 14/2006, 78 ff.

³² Koenig, Zu guter Letzt..., in: N&R 2011, 111, spricht insoweit zu Recht vom Politikum der Netzneutralität.

³³ Ähnlich Berger-Kögler/Kind, Netzneutralität – juristisch oder ökonomisch geboten?, in: MMR-Aktuell 2010, 302773.

³⁴ So auch vertreten bei Koenig, Netzneutralität – oder: wer hat Angst vor dem schwarzen Netzbetreiber?, in: K&R 2011, 76, ebenso bei Holznagel und Degenhart, Tagungsbericht Netzneutralität in der Informationsgesellschaft, in: LKV 2011, 168, nach denen aus Art. 5 I GG jedenfalls keine staatliche Verpflichtung zur Unterbindung von entgeltlichen Datenpriorisierungen folgt.

³⁵ BVerfGE 1, 14, 52, zitiert nach Kischel, Kommentar zu Art. 3 GG, in: Hrsg.: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar GG, 10. Edition, 2011, Rn. 17 f..

³⁶ Schrey/Frevert, Muss die Bundesnetzagentur die Netzneutralität verteidigen? – Eine Standortbestimmung zur Zulässigkeit des Breitbandmanagements, in: MMR 2010, 598.

³⁷ Darauf weist Koenig hin, Zu guter Letzt..., in: N&R 2011, 111. Nach Ufer, Der Kampf um die Netzneutralität oder die Frage, warum ein Netz neutral sein muss, in: K&R 2010, 388, läge im Fall unterschiedsloser Behandlung vor allem zulasten derjenigen übertragungssensitiven Dienste eine Diskriminierung vor, deren Erbringung in Überlast-Situationen unmöglich werden.

lassen. Anders als bisweilen angenommen³⁸ steht das nicht direkt in Widerspruch zum *best effort*-Prinzip, sondern stellt – ganz im Gegenteil – erst dessen maximale Verwirklichung dar. Weil selbiges nach seinem Sinn und Zweck das situativ jeweils bestmögliche Übertragungsergebnis vermitteln soll, liegt es entgegen seines Wortlauts näher, das *best effort*-Prinzip eher *ergebnis-* als *behandlungsbezogen* auszulegen; und das daraus abzuleitende Ziel bedarfsgerecht-idealer Übermittlung, ist nur über ein effektives Verkehrsmanagement zu erreichen. Art. 3 Abs. 1 GG entfaltet im Netz also erst dank Netzmanagement seine volle objektive Wertedimension.³⁹

S. 79

- HFR 7/2011 S. 9 -

18 Auch eine gestufte, an unterschiedliche Übertragungsgeschwindigkeiten gekoppelte Preisstruktur der TSP ändert nichts an der Vereinbarkeit des Netzmanagements mit Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG. Dem einzelnen wird dadurch solange nicht per se der Netzzugang abgeschnitten, wie auf der günstigsten Übertragungsrates eine angemessene Mindestübermittlungsqualität gewährleistet bleibt.⁴⁰ Umgekehrt wird über eine präzise Bedarfsbedienung erst sichergestellt, dass die zugesagte Übertragungsgüte auch gewährleistet werden kann. Einzig eine vollständige Blockade eines Datenpakets, nicht hingegen eine preisgestaffelt unter Umständen verzögerte Übermittlung, bedeutet eine relevante Beeinträchtigung der Meinungs- und Informationsfreiheit. Solche Sachverhalte sind, mit Ausnahme der oben erwähnten Einzelfälle, indes nicht bekannt und daher glücklicherweise nicht maßgebend in der hiesigen Debatte um Netzmanagement. Eine echte Schutzbereichsrelevanz vermag lediglich an der Sache orientiertes Netzmanagement für Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG (gleichviel, ob in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG) somit nicht auszulösen. *Schrey/Frevert* ist insofern darin beizupflichten, dass staatlicherseits eine objektive „Schutzpflicht sich zurzeit daher wohl nicht aktualisiert“.⁴¹

19 Ebenso wenig verfangen die Sorgen um ungerechtfertigte Beeinträchtigungen des Protektionsradius' des Art. 10 Abs. 1 GG infolge mutmaßlich unrechtmäßigen Inspizierens der Datenpakete, unabhängig davon, ob sie auf die Eigeninitiative des ISP zurückgehen⁴² oder staatlich veranlasst sind. Für die Erhebung der Übermittlungsanforderungen ist im Rahmen des Netzmanagements, anders als mit dem Schreckgespenst des gläsernen *Users* gerne kolportiert, keine Durchsicht des *gesamten* Übertragungspakets vonnöten. Es reicht vielmehr aus, einen einzigen Eintrag im dafür vorgesehenen Feld des IP-Pakets zu prüfen.⁴³ Die Einsicht dieser Verkehrsdaten – und mehr nicht! – ist den TK-Anbieter gemäß § 88 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 TKG *insoweit sogar de lege lata* bereits erlaubt, als sie dem Schutz der technischen Systeme dient, was wohl auch deren stabile Funktionsfähigkeit umfasst, oder für den Zweck der Dienstleistungserbringung erforderlich, Alt. 1, und im engeren Sinne verhältnismäßig ist, was im Falle bedarfsorientierter Übermittlungskapazitätszuweisung wohl ebenfalls zu bejahen sein dürfte.⁴⁴

S. 80

- HFR 7/2011 S. 10 -

20 b. Was Netzmanagement außerdem fördert

Netzmanagement ist aber nicht nur grundrechtsverträglich, sondern unter Umständen

³⁸ So wohl Körber, TKG-Novelle 2011 – Breitbandausbau im Spannungsfeld von Europäisierung, Regionalisierung und Netzneutralität, in: MMR 2011, 220.

³⁹ A. A. offenbar der Verbraucherzentrale Bundesverband, Ausschussdrucksache 17(9)469, 2011, S. 15.

⁴⁰ Holznagel/Schumacher, Netzpolitik Reloaded, in: ZRP 2011, 77.

⁴¹ Dies., Muss die Bundesnetzagentur die Netzneutralität verteidigen? Eine Standortbestimmung zur Zulässigkeit des Breitbandmanagements, in: MMR 2010, 599.

⁴² Dann müsste man die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte bemühen.

⁴³ Koenig, Netzneutralität – oder: wer hat Angst vor dem schwarzen Netzbetreiber?, in: K&R 2011, 75. Instrukтив zur Deep Packet Inspection insoweit auch Ufer, Der Kampf um die Netzneutralität oder die Frage, warum ein Netz neutral sein muss, in: K&R 2010, 385.

⁴⁴ Bedenken gegen die Verhältnismäßigkeit eines solchen Eingriffs, insbesondere seine Erforderlichkeit zu Zeiten hoher Netzauslastung räumen *Schrey/Frevert* aus, Muss die Bundesnetzagentur die Netzneutralität verteidigen? – Eine Standortbestimmung zur Zulässigkeit des Breitbandmanagements, in: MMR 2010, 598.

sogar -förderlich. Selten zur Sprache gebracht, in der Debatte gleichwohl nicht übersehen werden darf der grundrechtsspezifische Nutzen des Netzmanagements; auch auf Seiten der ISP. Eben selbiges Netzmanagement staatlicherseits zuzulassen, erlaubt den insoweit als juristischen Personen auch grundrechtsfähigen ISP die bestmögliche Entfaltung ihrer Freiheiten aus Art. 14 Abs. 1 GG (Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb), Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit) und Art. 2 Abs. 1 GG (Vertragsfreiheit).⁴⁵ Die staatliche Einebnung der Möglichkeit maßvollen Netzmanagements über die eventuelle Verordnung strikter Netzneutralität müsste sich insoweit an deren verfassungsrechtlichen Schranken und Schranken-Schranken messen lassen.

21 **III. Zwischenergebnis: Netzmanagement als echte Voraussetzung effektiver Grundrechtsverwirklichung**

Diese Überlegungen zeigen auf, dass die einseitige Annahme, strikte Netzneutralität schütze die Grundrechte, zu kurz greift. Eine genauere Betrachtung führt sogar zu einem gegenteiligen Befund: Wenn nämlich ein funktionierendes Netz strukturelle Vorbedingung effektiver, dem aktuellen Stand der Technik entsprechender Grundrechtsentfaltung ist,⁴⁶ und das ist das wohl wichtigste Argument, dann ist ein maßvolles Netzmanagement folgerichtig *conditio sine qua non* der Grundrechtsverwirklichung. Nicht nur, weil es die Funktionssicherheit des Internets bewahrt und so erst die Entwicklung von neuen, qualitätssensiblen Diensten und Anwendungen ermöglicht,⁴⁷ neuen Foren also für Meinungsfreiheit Geburtshilfe leistet, sondern auch, weil es *uni actu* die unternehmerischen Grundrechte der ISP schützt sowie derjenigen *Content*-Anbieter, die transportsensitive Datenpakete verschicken möchten. Nach alledem kommt Netzmanagement eine freiheitsermöglichende und -sichernde Funktion zugleich zu – und eben keine freiheitsgefährdende. Umgekehrt stellt eine politisiert überdehnte, anwendungsblinde Netzneutralität hingegen angesichts stetig anwachsender Verkehrslast im Netz mindestens perspektivisch sehr wohl eine ernst zu nehmende Gefahr für die Grundrechtsträger dar; sowohl für die ISP als auch, und das ist wichtig zu betonen, für die *Content*-Anbieter.

S. 81 - HFR 7/2011 S. 11 -

22 **D. Schlussfolgerungen für den deutschen Rechtsrahmen - Desiderata**

Daraus folgt, dass Netzmanagement – wenn es so konzipiert, verstanden und ausgefüllt wird, dass es nicht wirtschaftlichen Interessen, sondern einzig der ökonomischen Ressourcennutzung und damit der Stabilität des Internets zu dienen bestimmt ist – prominentes Instrument der Netzpolitik sein muss. Ein Rechtsrahmen sollte also, so eng er auch immer um das Netz gespannt sein mag, immer Raum lassen für stabilitätswahrende Steuerungsmöglichkeiten der Netzbetreiber. Gleichzeitig müssen Mechanismen dafür Sorge tragen, dass die ISP diesen Raum nicht zu Wettbewerbszwecken missbrauchen.

23 **E. Lösungskonzepte des TKG-E**

Wie positioniert sich der aktuelle Entwurf des TKG zu diesem Komplex, vor allem angesichts der politisch doch sehr emotional geführten Diskussionen?

24 Der Entwurf, mithilfe dessen die Änderungsrichtlinien 2009/140/EG und 2009/136/EG umgesetzt werden sollen, verbrieft die Netzneutralität zwar erstmals als Regulierungsziel (ein klares Statement!), verzichtet indes auf deren definitorische

⁴⁵ Ufer, Der Kampf um Netzneutralität oder die Frage, warum ein Netz neutral sein muss, in: K&R 2010, 386.

⁴⁶ Laut Ufer, Der Kampf um Netzneutralität oder die Frage, warum ein Netz neutral sein muss, in: K&R 2010, 385, ist das der Fall. Ohne Netzmanagement drohten Qualitätseinbußen, die hin bis zu vollständigen Datenverlusten reichen könnten.

⁴⁷ Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e. V., Stellungnahme zum Kabinettsentwurf TKG-Novelle, Ausschussdrucksache 17(9)479, 2011, S. 10.

Festlegung. Ein Verbot des Netzmanagements suchen Anhänger strikter Netzneutralität vergeblich.⁴⁸ Dadurch bleibt Netzmanagement - ganz im Geiste der vorrangig auf die Marktmacht,⁴⁹ also *Selbstregulierung* setzenden EU-Richtlinie - vom Grundsatz her zulässig. Dafür spricht auch, dass das TKG-E anstatt scharfer staatlicher Sanktionsmöglichkeiten zunächst mehr auf Transparenzpflichten der Dienste⁵⁰ setzt (§ 45 lit. n TKG-E) und damit dem Verbraucher, einmal mehr mithin dem Markt, die Kontrolle über das Augenmaß des Netzmanagements überlässt. So entscheidet sich der Entwurf dagegen, selbst verbindliche Mindestqualitätsvorgaben für die Basisübertragung gesetzlich festzuschreiben, was die Richtlinie zugelassen hätte. Stattdessen erhält die Bundesnetzagentur im Wege der Subdelegation erst subsidiär die Möglichkeit, derartige Standards zu formulieren (§§ 43 lit. a Abs. 2 Nr. 3, 45 lit. o TKG-E), soweit sich die vorrangig gewählten Transparenzmaßnahmen nicht bewähren. Aus dieser Stufenkonzeption folgt, dass sich der Gesetzgeber gegen behutsames Netzmanagement nicht sperrt, im Gegenteil: ihm - trotz nicht verhalten wollender Kritik - eine Chance gibt, ihm willentlich Raum lässt, was sehr zu begrüßen ist. Die damit verankerten Pflichten der ISP, Kunden aufzuklären über Kriterien und Art der Priorisierung ermöglichen dem Verbraucher eine informierte Vertragsentscheidung. ISP, die diesen Pflichten nicht entsprechen oder zweifelhafte Priorisierungspraktiken pflegen, werden sich langfristig nicht im Markt halten können. „Saubere“ Netzmanager hingegen, solche also, die Durchleitungsverwaltung nur um der Dienstqualität willen betreiben, werden sich, so die Hoffnung, behaupten.

S. 82

- HFR 7/2011 S. 12 -

25 F. Fazit

Im vorliegenden TKG-E offenbart sich damit ein Bekenntnis zur reinen Inhalte-Neutralität, verbunden mit einer konkludenten Absage an blinde Behandlungsneutralität. Gleichzeitig sollen Transparenzpflichten die ISP disziplinieren, an unstatthaften Kriterien orientierte Priorisierungen unterbinden. Mit diesem Lösungsweg - einem dem Netzmanagement freundlich, gleichwohl nicht *zu* freundlich gesonnenen - ist der Gesetzgeber gut beraten. Falsch verstandene, *bedingungslose* Netzneutralität verbessert den Grundrechtsschutz nicht, richtigerweise gefährdet sie ihn vielmehr. Maßvolles Netzmanagement - auf schlichte Netzstabilität bedachte Verkehrspriorisierung also - untergräbt grundrechtliche Gewährleistungen nicht. Umgekehrt: Grundrechte sind, wollen sie auf der Katalysatorfläche Internet wirken, auf demokratiekonstitutives Netzmanagement vielmehr zwingend angewiesen.

Zitierempfehlung: Dominic Hörauf, HFR 2011, S. 71 ff.

⁴⁸ Ein Beleg dafür, dass der Entwurf derjenigen Definition von Netzneutralität näher steht, die im Netzmanagement keinen Konflikt mit dem Prinzip der Netzneutralität sieht.

⁴⁹ 2009/140EG, S. 33. Danach will die Kommission zunächst die Entwicklungen des Markts abwarten und nur nötigenfalls zusätzliche Eingriffe veranlassen.

⁵⁰ BT-Drs. 17/5707, S. 115.