

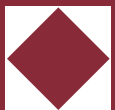
Recht und Politik  
in der Europäischen Union

7

Johannes Osing

# Die Netzneutralität im Binnenmarkt

Zur Bindung der Internet-Provider an die Europäischen  
Grundfreiheiten und Grundrechte



**Nomos**

Recht und Politik in der Europäischen Union

Herausgegeben von

Prof. Dr. Claudio Franzius,  
Prof. Dr. Franz Mayer,  
Prof. Dr. Jürgen Neyer

Band 7

Johannes Osing

# Die Netzneutralität im Binnenmarkt

Zur Bindung der Internet-Provider an die Europäischen  
Grundfreiheiten und Grundrechte



**Nomos**

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Bielefeld, Univ., Diss., 2017  
u.d.OT „Freie Meinung, freier Handel, freies Internet“

ISBN 978-3-8487-4201-1 (Print)  
ISBN 978-3-8452-8470-5 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

*Meiner Familie*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde Anfang des Jahres 2017 von der juristischen Fakultät der Universität Bielefeld als Dissertation angenommen. Sie entstand während meiner Tätigkeit als Referent bei der Landesanstalt für Medien Nordrhein-Westfalen.

Meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Franz C. Mayer, LL.M. bin ich für die engagiert-interessierte und stets zugewandte Betreuung dieser Arbeit sehr verbunden. Dankbar bin ich ihm insbesondere auch für die äußerst zügige Erstellung des Erstgutachtens. Frau Professorin Dr. Angelika Siehr, LL.M. danke ich für die zeitnahe Erstellung des Zweitgutachtens.

Eine berufsbegleitende Promotion bringt zwangsläufig gewisse zeitliche Einschränkungen im Privatleben mit sich. Mein größtmöglicher Dank gilt deshalb meiner Freundin Anika Neuhöffer, die mir in jeder Phase des Projekts mit ihrer Liebe und Geduld zur Seite stand. Ganz besonders möchte ich mich aber auch für ihre ausgesprochen gründliche und hilfreiche Arbeit als Korrekturleserin bedanken. Auch das Korrekturlesen durch meine Schwester Anne und meinen Freund Mirco Schwettmann war mir eine wertvolle Unterstützung. Ihnen gilt ebenfalls mein größter Dank.

Insbesondere dankbar bin ich auch der Landesanstalt für Medien Nordrhein-Westfalen für die wohlwollende Unterstützung des Projekts von Anfang bis Ende und nicht zuletzt auch meinen lieben, ehemaligen Kolleginnen im Bereich „Recht“. Vor allem die vielen, inhaltlichen Bezüge meiner seinerzeitigen Tätigkeit zu dem Thema „Netzneutralität“ waren ein wesentlicher Faktor für das zügige Vorankommen bei der wissenschaftlichen Aufbereitung dieser Arbeit. Dem Städte- und Gemeindebund Nordrhein-Westfalen danke ich für die uneingeschränkte Unterstützung während der Abschlussphase des Projekts.

Die in der nunmehr veröffentlichten Fassung der Arbeit zitierte Rechtsprechung befindet sich auf dem Stand der Einreichung der Dissertation. Die in Bezug genommene Literatur habe ich soweit dienlich über diesen Stichtag hinaus aktualisiert.

Hagen, im März 2017

*Johannes Osing*





# Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	17
I. Die Bedeutung der Netzneutralität	17
II. Die rechtliche Debatte	19
III. Zielsetzung dieser Arbeit	21
IV. Gang der Untersuchung	24
B. Technische Grundlagen des Internets	25
I. Entstehung	25
II. Datentransport von Ende zu Ende	27
1. Erste und zweite Schicht: Physische Grundlage und Frames	27
2. Dritte, vierte und fünfte Schicht: Routing und Transport	28
3. Sechste und siebte Schicht: Darstellung und Anwendungen	29
4. Die Rolle der einzelnen Schichten in Bezug auf die Netzneutralität	29
III. IP-Pakete als Transportgegenstand	30
IV. Das Best-Effort-Prinzip	31
C. Neutralität im Internet	32
I. Erfasste Netze	32
II. Die Netzebenen	33
1. Generelle Unterteilung	33
2. Märkte für einzelne Netzebenen	34
3. Die Rolle der Provider	35
4. Relevanz für den Datentransport	36
III. Diskriminierungen im Internet	38
1. Eingriffe durch Netzwerkmanagement	39
a) Deep Packet Inspection	39
b) IPv 6	40
2. Diskriminierungsarten	40
a) Konkrete und unmittelbare Diskriminierungen	40
b) Generelle und mittelbare Diskriminierungen	41

3. Gründe für Netzwerkmanagement	42
a) Anstieg der Datenmengen	43
b) QoS und Spezialdienste	44
c) Datenvolumen und Zero-Rating	45
d) Vertikal integrierte Provider	46
IV. Zusammenfassung	47
D. Der Begriff „Netzneutralität“	49
I. Geschichte	49
1. Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“	50
2. Entwurf einer Netzneutralitätsverordnung nach § 41a TKG	50
3. Open Internet Order der Federal Communications Commission	51
4. EU-Netzneutralitätsverordnung (VO 2015/2120)	52
II. Ansätze in der Literatur	53
III. Stellungnahme	55
E. Bisheriger Stand der Regulierung	57
I. Verzicht auf staatliche Regulierung	57
II. Regulierung durch Architektur	59
1. Ausbau	59
a) Investitionen	59
b) Pflicht zum Ausbau	61
c) Begrenzte Wirkung	62
2. Anreize für neue Protokolle und Dateiformate	63
3. Zwischenergebnis	64
III. Bestehende Rechtsgrundlagen	64
1. Wettbewerbsrecht	65
a) Europäische Wettbewerbsregeln	65
b) Telekommunikationsrecht als sektorspezifisches Wettbewerbsrecht	67
aa) Sekundärrechtliche Vorgaben	67
bb) Umsetzung in Deutschland	69
(1) Telekommunikationsgesetz	69
(2) Netzneutralitätsverordnung nach § 41a TKG	72

c) Zusammenfassung	74
2. Medienrecht	75
IV. EU-Netzneutralitätsverordnung (VO 2015/2120) und BEREC-Leitlinien zur Netzneutralität	78
1. Begriffsbestimmungen	79
2. Regelung zur Netzneutralität	81
a) Diskriminierungsverbot	81
b) Ausnahmen von Diskriminierungsverbot	82
c) Geltung nur für Anbieter von Internetzugängen	85
3. Spezialdienste	86
V. Zwischenergebnis	88
F. Zu einem Konzept der Bindung der Provider an die Europäischen Grundrechte und -freiheiten	90
I. Binnenmarktbezug des Internets	90
II. Zusammenspiel von Grundrechten und -freiheiten	92
1. Vergleichbarkeit von Grundrechten und -freiheiten	92
a) Auseinandersetzung in der deutschen Literatur	92
aa) Gemeinsamkeiten	93
bb) Unterschiede	94
b) Annäherung im Primärrecht und der Rechtsprechung	97
c) Zwischenergebnis	98
2. Wechselwirkungen	99
a) Grundrechte als Schranken	99
b) Grundfreiheiten als Schranken	102
c) Grundrechte als Schranken-Schranken	103
3. Weitergehende Interaktionsmöglichkeiten	105
III. Zwischenergebnis	106
G. Vorgaben aus den Grundfreiheiten der EU	108
I. Das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV	108
II. Die Warenverkehrsfreiheit nach Art. 28ff. AEUV	110
III. Die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56ff. AEUV	111
1. Abgrenzung zu anderen Grundfreiheiten	112
2. Merkmale der Dienstleistung	113

IV. Beeinträchtigungen	114
1. Diskriminierungen	114
2. Beschränkungen	115
3. Marktzugang bei Beschränkungen	116
V. Rechtfertigung	118
VI. Wirkungen der Grundfreiheiten zwischen Privaten	120
1. Bestimmung des Begriffs „Private“	121
2. Horizontale Wirkung der Grundfreiheiten	123
a) Private als Verpflichtete	123
aa) Rechtsprechungslinie des EuGH	124
(1) Walrave und Koch	124
(2) Bosman	125
(3) Angonese	126
(4) Viking und Laval	127
(5) Fra.bo	129
bb) Grammatikalische Argumente	130
cc) Systematische Argumente	131
(1) Vorrang der Wettbewerbsregeln	131
(2) Zuschnitt der Begleitnormen	134
(3) Drittwirkung von Art. 18 AEUV	135
dd) Teleologische Argumente	139
(1) Präambel des AEUV	139
(2) Niedergelegte Ziele in den Vertragsvorschriften	141
(3) Effet utile	142
ee) Stellungnahme	145
b) Tatbestandliche Einschränkung	146
aa) Ansätze in der Rechtsprechung	147
bb) Ansätze in der deutschen Literatur	150
(1) Voluntative Elemente	150
(2) Spürbarkeitstest	151
(3) Mittelbare Drittwirkung	152
(4) Privatautonomie	153
(5) Beschränkung auf bestimmte Kategorien von Privaten	155
(6) Marktzugang	158
cc) Stellungnahme	160

c)	Rechtfertigung von Beschränkungen	161
aa)	Allgemeine und besondere Rechtfertigungsgründe	161
(1)	Geschriebene Rechtfertigungsgründe	161
(2)	Wirtschaftliche Gründe	163
(3)	Rechtsprechung des EuGH	163
bb)	Schranken aus den Grundrechten	164
cc)	Stellungnahme	166
d)	Zwingende Gründe für Diskriminierungen beim Datentransport	168
aa)	Netzüberlastung	168
bb)	Sprachtelefonie und Notrufe	169
cc)	Rundfunk und Mediendienste	170
dd)	Filterung illegaler Inhalte	171
ee)	Wohlfahrtsökonomische Aspekte	172
ff)	Dienste mit besonderen Anforderungen	173
3.	Zwischenergebnis	174
VII.	Schutzpflichten	175
VIII.	Zwischenergebnis	176
H.	Vorgaben aus den Grundrechten der EU	177
I.	Überblick	177
1.	Verhältnis zu anderen Grundrechten	178
2.	Schrankenvorbehalt	179
3.	Anwendungsbereich	179
II.	Einzelne Grundrechte	181
1.	Recht auf Achtung der Kommunikation, Art. 7 GRC	181
2.	Recht auf Datenschutz, Art. 8 GRC	183
3.	Meinungs- und Informationsfreiheit, Art. 11 GRC	187
a)	Gewährleistungsgehalt	188
aa)	Europäische Menschenrechtskonvention	188
bb)	EU-Grundrechtecharta	189
(1)	Meinungs- und Informationsfreiheit	189
(2)	Medienfreiheit als eigenes Grundrecht	190
(3)	Objektiv-rechtliche Aussagen	192
cc)	Grundgesetz	195
dd)	Zusammenfassung	197
b)	Eingriff	198

c) Rechtfertigung	199
4. Kunst- und Wissenschaftsfreiheit und Recht auf Bildung, Art. 13/14 GRC	200
5. Berufsfreiheit und Unternehmerische Freiheit, Art. 15/16 GRC	201
6. Eigentumsrecht, Art. 17 GRC	203
7. Gleichheitssatz und Diskriminierungsfreiheit, Art. 20 und 21 GRC	205
a) Gewährleistungsgehalt	206
aa) Europäische Menschenrechtskonvention	206
bb) Grundrechte auf Ebene der Europäischen Union	207
cc) Grundgesetz	208
b) Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen	209
c) Zusammenfassung	209
8. Zugang zu Dienstleistungen, Art. 36 GRC	209
III. Schutzpflichten	210
1. Europäische Menschenrechtskonvention	211
2. EU-Grundrechtecharta	212
3. Grundgesetz	214
a) Art. 3 GG	214
b) Art. 5 GG	215
aa) Gesetzgeberischer Gestaltungsauftrag	218
bb) Überblick über die Rundfunkentscheidungen	220
cc) Übertragung der Rechtsprechung auf das Internet	224
(1) Technischer Hintergrund	224
(2) Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft	225
(3) Grundversorgungsauftrag	225
(4) Absicherung der Meinungsvielfalt	226
dd) Zusammenfassung	228
4. Zwischenergebnis	228
IV. Drittwirkung	229
1. Europäische Menschenrechtskonvention	229
2. Grundrechte auf Ebene der Europäischen Union	230
a) Ansätze in der Rechtsprechung	230
b) Ansätze in der deutschen Literatur	232
c) Stellungnahme	235

*Inhaltsverzeichnis*

3. Grundgesetz	237
a) Art. 3 GG	237
b) Art. 5 GG	239
4. Zwischenergebnis	241
I. Aspekte bei der Abwägung	242
J. Schluss	246
K. Thesen	249
Literaturverzeichnis	251





## A. Einleitung

Was haben der grenzüberschreitende Handel und die freie Meinungsäußerung gemeinsam, wenn es um das Internet geht? Waren- bzw. Dienstleistungsströme sind – ebenso wie Meinungen – grundsätzlich am effektivsten, wenn sie ungehindert fließen können. Beschränkungen können zwar aus sachlichen Gründen im Einzelfall gerechtfertigt sein, doch generell ist ihre Entfaltung bedeutend für die Demokratie bzw. den wirtschaftlichen Erfolg einer Gesellschaft. Das Internet unterstützt die Wirkung beider in zuvor noch nie dagewesener Weise. Doch das freie Internet ist in Gefahr: Einschränkungen der sog. Netzneutralität bedrohen den ungehinderten Datentransport – was eine Gefahr für den freien Meinungs austausch und den Handel darstellen könnte.

### *I. Die Bedeutung der Netzneutralität*

Egal ob für E-Mails, Gesundheitsdienste oder Videos: Die Übertragung von Daten im Internet erfolgt paketbasiert, was bedeutet, dass der eigentlich zu übertragende Inhalt von einem Endgerät in mehrere Segmente zerlegt wird, die später beim Empfänger wieder zusammengesetzt werden.<sup>1</sup> Kleinere Dateien verursachen weniger, größere Dateien mehr Pakete, wodurch der vollständige Inhalt entsprechend schneller oder langsamer sein Ziel erreicht. Prinzipiell sind die für das Internet notwendigen Router und Transportnetze so ausgelegt, dass alle Datenpakete unterschiedslos behandelt werden, insbesondere jedes Paket die maximal zur Verfügung stehende Geschwindigkeit nutzen kann. Der Vorteil: Auf alle Inhalte und Dienste des Internets so schnell wie möglich zugreifen zu können, bedeutet maximale Wahlfreiheit für den Nutzer. Bietet jemand für einen bestimmten Zweck ein besseres Angebot an, kann man einfach wechseln. So konnten sich kleine, innovative Start-Ups zu heute täglich genutzten und vertrauten Produkten wie Google, Facebook oder YouTube entwickeln. Der Nachteil: Wird die Zahl der zu transportierenden Datenpakete in den Netzen immer

---

1 Hoeren/Sieber/Holznagel-Sieber, Multimedia-Recht, Teil 1 Rn. 45.

größer, dauert es bei gleich bleibenden Transportkapazitäten auch länger, bis die für einen Inhalt benötigten Datenpakete ihr Ziel vollständig erreicht haben und der Inhalt dargestellt werden kann. Einige heutige Anwendungen des Internets (z.B. Audio- oder Video-Streaming, Online-Games, Voice over IP (VoIP), Videokonferenzen sowie Telemedizin) leben jedoch davon, dass sie in Echtzeit stattfinden, weshalb sie keine oder höchstens ganz geringe Verzögerungen erlauben.<sup>2</sup> Um zu funktionieren, müssten sie also Vorrang vor anderen Diensten haben, wenn dies wegen zu hoher Netzauslastung notwendig wird.

Die Frage, welche Daten im Zweifel Priorität genießen sollen, wird immer drängender. Die internetbasierte Kommunikation (über Whatsapp, Facebook etc.) ist bereits einer der alltäglichsten Vorgänge geworden. Gleichzeitig bildet das Netz für immer mehr Dinge die grundlegende Infrastruktur, etwa das Online-Shopping, Homeoffice und bald Smart-Homes, also an das Internet angeschlossene Häuser. Heizkörper, Waschmaschine und Co. sollen wegen der effizienteren Steuerbarkeit auch aus energetischen Gründen mit dem Internet verbunden werden.<sup>3</sup> Selbst Pflanzen können dank intelligenter Blumentöpfe per App von unterwegs aus bewässert werden.<sup>4</sup>

Überspitzt könnte man sagen: Das Internet ersetzt nicht nur Briefe, Telefon und Unterhaltungen, sondern auch Fußgängerzonen, Büroräume, Gießkannen und Heizungs-Thermostate. Zahlreiche Lebensvorgänge werden so – über eine Vielzahl von technischen Hilfsmitteln – zum „Internet der Dinge“<sup>5</sup>. Zu bedenken ist dabei auch, dass die vernetzte Kommunikation in zunehmendem Maße losgelöst von menschlichem Zutun stattfindet, nämlich als M2M-Kommunikation (engl. „Machine to Machine“) zwischen Maschinen untereinander, so etwa bei Autos und Haushaltsgeräten. M2M ist insbesondere im wirtschaftlichen Bereich schon heute von großer

---

2 Müller-Terpitz, K&R 2012, 476 (478); siehe zum Überblick über die verschiedenen Anwendungstypen und ihre Anforderungen an Echtzeit-Darstellung und Datendurchsatz Zarnekow/Wulff/von Bornstaedt, S. 18.

3 Heeg, Vernetzte Welt, in: FAZ v. 03.09.2014, S. 15.

4 Lindner, Jetzt gehen sogar Blumentöpfe ans Netz, in: FAZ v. 6.1.2015, S. 22.

5 Fiedler, in: Jahrbuch Netzpolitik 2014, S. 237; Jopp, Blitzartiger Empfang fürs Smartphone, in: Die Welt v. 23.8.2014, S. 24.

Bedeutung und ein noch wichtigerer Zukunftsmarkt.<sup>6</sup> Man spricht in diesem Zusammenhang von der „Industrie 4.0“<sup>7</sup>.

Durch die Automatisierung nehmen die Datenströme dabei nicht nur zu, sondern sind außerdem weniger kontrollier- bzw. überhaupt nachvollziehbar.<sup>8</sup> Um hier keine andauernde Benachteiligung von Privatpersonen oder Wirtschaftsteilnehmern entstehen zu lassen, kommt es umso mehr auf eine Regelung zur Behandlung der Daten an. Gerade wenn der Nutzer (anders als beim klassischen Surfen) den Beginn bzw. das Ende von Übertragungsvorgängen nicht bewusst steuern kann, ist eine verlässliche technische Basis vonnöten.<sup>9</sup>

All dies zeigt, warum die Frage der Netzneutralität die gesamte Gesellschaft betrifft. Bei der tiefgehenden Vernetzung handelt es sich um einen Trend, der unumkehrbar scheint, und eben voraussetzt, dass das Internet für jeden zur gleichen Zeit in gleichem Umfang genutzt werden kann.

## II. Die rechtliche Debatte

Für den Betrieb der Datennetze und die damit verbundene Steuerung der verwendeten Technologien sind nahezu ausschließlich private Unternehmen, die Telekommunikationsanbieter (Provider), verantwortlich. Technisch besteht für sie längst die Möglichkeit, in den Datenverkehr einzugreifen und Daten für bestimmte Dienste der eingangs genannten Art schneller zu transportieren – erst recht, wenn hierfür seitens der Diensteanbieter eine gewisse Zahlungsbereitschaft besteht.<sup>10</sup>

Ohne rechtliche Vorgaben liegt die Entscheidungsgewalt, ob und welche Daten bevorzugt werden dürfen, also letztlich allein bei den finanzstarken Marktteilnehmern. In verfassungsrechtlicher Hinsicht ist dies nicht unbedenklich. Denn neben der eben genannten Innovationskraft bildet die Netzneutralität in nicht weniger großem Umfang den Eckpfeiler für die

---

6 Fiedler, in: Jahrbuch Netzpolitik 2014, S. 237; zur rechtlichen Behandlung von M2M *Grünwald/Nüßing*, MMR 2015, 378ff.

7 Zum Begriff und den rechtlichen Herausforderungen *Bräutigam/Klindt*, NJW 2015, 1137.

8 *Bräutigam/Klindt*, NJW 2015, 1137 (1138f.).

9 Vgl. auch *Bräutigam/Klindt*, NJW 2015, 1137 (1141), welche die Sicherheitsanforderungen an die Systeme an sich, aber auch die Notwendigkeit des verantwortungsvollen Umgangs der Nutzer mit diesen hervorheben.

10 Vgl. *van Schewick*, Stanford Law Review, Vol. 67, 2015, 1 (6).

heute gewohnte Dimension der Informations- und Meinungsäußerungsfreiheit. Um in der gesellschaftlichen Debatte gehört werden zu können, ist ein Internetzugang unerlässlich. Besonders die sozialen Netzwerke ermöglichen es, nicht nur die eigene Meinung kundtun, sondern auch Gleichgesinnte mobilisieren und so etwa auf politische Vorgänge Einfluss nehmen zu können. Das Internet ist damit, vor allem bezogen auf die Kommunikationsgrundrechte, ein „Grundrechtsverwirklichungsnetz“<sup>11</sup>. Wenn sich theoretisch jeder zu jeder Zeit Gehör verschaffen oder sich informieren kann, stärkt dies also eine der wichtigsten demokratischen Grundlagen. Ob Daten neutral behandelt oder bevorzugt werden spielt aber eine entscheidende Rolle für die tatsächliche Nutzungsbereitschaft. Ein stark verlangsamter Zugriff auf Angebote von Interesse bzw. die mangelnde Reichweite der eigenen Äußerungen können die Nutzung des Internets für den Einzelnen unattraktiv machen und seine positiven Effekte damit quasi aufheben.<sup>12</sup> Bei der Netzneutralität geht es also nicht allein um das *Wie*, sondern letztlich auch um das *Ob* des Internetzugangs.

Wie das Internet selbst, so nahm auch die Debatte, ob die Internet-Provider die Datenströme unangetastet lassen müssen oder nicht, ihren Ausgangspunkt in den USA.<sup>13</sup> *Tim Wu* prägte hierfür im Jahr 2003 den Begriff Netzneutralität (engl. network neutrality).<sup>14</sup> Spätestens mit den ersten Fällen tatsächlich vorgenommener Diskriminierungen, wie etwa das gezielte Stören des BitTorrent-Filesharingprotokolls durch den Provider Comcast im Jahr 2008, nahm auch die Diskussion um eine rechtliche Absicherung der Netzneutralität zu.<sup>15</sup> In den Folgejahren fand eine ausgiebige Debatte statt, bis im Jahr 2015 die für die Regulierung von Netzbetreibern zuständige Federal Communications Commission (FCC) die aktuell geltenden Regeln für die Netzneutralität aufgestellt hat.<sup>16</sup> Neben den USA erkannten auch andere Länder die Notwendigkeit einer Regulierung. So kam es zu einer gesetzlichen Verankerung der Netzneutralität im Schweizer Fernmel-

---

11 *Kloepfer*, AfP 2010, 120 (122).

12 *Newman*, Hastings Communications and Entertainment Law Journal, Vol. 31, 2008, Number 1, 153 (170).

13 *Farrell/Weiser*, Harvard Journal of Law & Technology, Vol. 17, 2003, 85 (86ff.).

14 *Wu*, Journal of Telecommunications and High Technology Law, Vol. 2, 2003, 141.

15 Einzelheiten etwa bei *van Schewick*, Stanford Law Review, Vol. 67, 2015, 1 (152ff.).

16 Zur Open Internet Order der FCC siehe D. I. 3.; zum Stand der Diskussion und der Regulierung in den USA siehe außerdem *Berghel*, Computer 2016, Vol. 49, 73ff.

degesetz<sup>17</sup> und im brasilianischen Marco Civil da Internet<sup>18</sup>. In der Europäischen Union zählen die Niederlande zu den Vorreitern. Artikel 7.4a Telecommunicatiewet (Niederländisches Telekommunikationsgesetz) gehört sogar zu den striktesten Regelungen weltweit.<sup>19</sup>

Nach einem vorerst zurückgestellten deutschen Anlauf, auf den noch im Einzelnen eingegangen wird, erreicht die Regulierung auf europäischer Ebene mit der im Jahr 2016 in Kraft getretenen EU-Netzneutralitäts-Verordnung<sup>20</sup> (im Folgenden: EU-NN-VO) ihren vorläufigen Schlusspunkt. Vorweggenommen werden soll an dieser Stelle schon, dass auch nach Inkrafttreten der Verordnung weiterhin viele Aspekte der Netzneutralität offen geblieben sind, vor allem in höheren Netzebenen.

### III. Zielsetzung dieser Arbeit

Die Frage, welche Rolle Netzneutralität in rechtlicher Hinsicht spielt, war bereits Gegenstand mehrerer wissenschaftlicher Arbeiten.<sup>21</sup> Der Fokus lag in der deutschsprachigen Literatur allerdings bislang im Wesentlichen auf den Grundrechten des Grundgesetzes, der Einpassung der Netzneutralität

---

17 MMR-Aktuell 2014, 360374.

18 MMR-Aktuell 2014, 358152.

19 Einzelheiten und Übersetzung der Norm bei *Jäkel*, S. 255ff.

20 Verordnung (EU) 2015/2120 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Maßnahmen zum Zugang zum offenen Internet und zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten sowie der Verordnung (EU) Nr. 531/2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union. Zur Verordnung im Einzelnen E. IV.

21 *Bortnikov*, Netzneutralität und Bedingungen kommunikativer Selbstbestimmung: Pflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates zur Gewährleistung der Neutralität des Internets im Lichte der grundrechtlichen Schutzpflichtenlehre; *Guggenberger*, Netzneutralität: Leitbild und Missbrauchsaufsicht; *Jäkel*, Netzneutralität im Internet: Verfassungsrechtliche Aspekte und Sicherungsmechanismen; *Peuker-Minecka*, Netzneutralität als grundrechtliche Gewährleistungspflicht; *Schlauri*, Network neutrality – Netzneutralität als neues Regulierungsprinzip des Telekommunikationsrechts; ferner zu den zivilrechtlichen Berührungspunkten der Netzneutralität *Pothoff*, Telekommunikationsrecht und Verbraucherschutz; *Ziebarth*, Die Netzneutralität des Grundgesetzes. Siehe außerdem den Tagungsband *Kloepfer* (Hrsg.), Netzneutralität in der Informationsgesellschaft mit diversen Beiträgen sowie *Greve*, Zugangsbeschränkungen im Internet, in: *Dix u.a.*, Informationsfreiheit und Informationsrecht, S. 161ff.

in den telekommunikationsrechtlichen Rahmen sowie auf Schutzpflichten, die sich aus den deutschen Grundrechten, vor allem der Meinungsfreiheit, ergeben können. Die Diskussion über die Netzneutralität hat zudem eine Fülle von Aufsätzen hervorgebracht.<sup>22</sup> Auch hier liegt der Schwerpunkt auf deutschen Grundrechten sowie dem Für und Wider der gesetzlichen Regulierung.

Hingegen waren die europäischen Grundrechte und die Grundfreiheiten aus dem Vertrag über die Arbeitsweise der europäischen Union (AEUV) bisher kaum Gegenstand der Betrachtung.<sup>23</sup> Dabei ist das Internet längst essentieller Teil zur Verwirklichung des Binnenmarktes. Kaum ein Teil der Wirtschaft kann seine Tätigkeit noch ohne das Netz ausüben. Damit weisen Einschränkungen der Internetnutzung einen kaum von der Hand zu weisenden Bezug zum Binnenmarkt auf. Es stellt sich somit die Frage, welche Aussagen sich hierzu dem Europäischen Primärrecht entnehmen lassen. Außerdem kann sich ein Handlungsauftrag für die EU oder die Mitgliedstaaten ergeben, wenn durch fehlende Netzneutralität Eingriffe in die Grundrechte der Internetnutzer erfolgen. Möglicherweise kann sich ein Einzelner, gestützt auf die Grundfreiheiten und -rechte, gegen Beschränkungen auch auf horizontaler Ebene zur Wehr setzen.

Die Diskriminierungsverbote aus dem Unionsrecht können schließlich auch wertvolle Hinweise darauf geben, welche Beschränkungen seitens der Telekommunikationsanbieter sachlich gerechtfertigt sind. Neben den grundrechtlichen Schutzpflichten soll in dieser Arbeit verstärkt auf die Frage eingegangen werden, wie Anbieter von Diensten und Inhalten im Internet (Content-Provider) im Verhältnis zu Betreibern von Telekommu-

- 
- 22 *Bedner*, CR 2010, 339ff.; *Bortnikov*, MMR 2014, 435ff.; *Brüggemann*, CR 2013, 565ff.; *ders.*, CR 2015, 361ff.; *Degenhart*, CR 2011, 231ff.; *Frevert*, MMR 2012, 510ff.; *ders.*, ZRP 2013, 166ff.; *Gersdorf*, AfP 2011, 209ff.; *ders.*, K&R 2014, 642ff.; *Greve*, HFR 2015, 1ff.; *Holznagel*, K&R 2010, 95ff.; *ders.*, AfP 2011, 532ff.; *Hörauf*, HFR 2011, 71ff.; *Kloepfer*, AfP 2010, 120ff.; *Koenig/Fechtner*, K&R 2011, 73ff.; *Koreng*, CR 2009, 758ff.; *Mantz*, MMR 2015, 8ff.; *Müller-Terpitz*, K&R 2012, 476ff.; *Säcker/Mengering*, K&R 2013, 559ff.; *Schütze*, CR 2011, 785ff.; *Spies*, MMR 2010, 585ff.; *Spies/Ufer*, MMR 2015, 91ff.; *Ufer*, CR 2010, S. 634ff.; *Wimmer/Löw*, MMR 2013, 636ff.; *Wimmer*, ZUM 2013, S. 641ff. Mit der damals noch hypothetischen Frage, welche Folgen Kapazitätsengpässe in den Rechnernetzen auf das Verhalten der Provider haben könnten, beschäftigt sich außerdem bereits *Mecklenburg*, ZUM 1997, 525 (534f.).
- 23 Erste, wenn auch jeweils noch knapp gehaltene Ansätze finden sich bei *Mayer*, in: *Kloepfer*, Netzneutralität in der Informationsgesellschaft, S. 81 (88, 92); *Greve*, HFR 2015, 1 (15) und *Guggenberger*, S. 161ff.

nikationsnetzen (Internet-Provider) gegen Benachteiligungen gegenüber anderen Inhaltenanbietern vorgehen können, soweit der zuständige Gesetzgeber Schutzpflichten nicht oder erst teilweise erfüllt hat.

Netzneutralität ist im Übrigen nicht gleichzusetzen mit der Frage, wann von einem „offenen Internet“<sup>24</sup> gesprochen werden kann. Für ein offenes Internet ist Netzneutralität zwar ein notwendiger, keineswegs aber der einzige Baustein.<sup>25</sup> Offenes Internet betrifft letztlich die Konturierung des Online-Freiraums, sprich aller Angebote und Verhaltensweisen, die frei genutzt werden können bzw. erlaubt sind. Berücksichtigt werden müssen damit auch Fragestellungen wie das Recht auf Zugang<sup>26</sup>, die Regulierung von Diensten<sup>27</sup>, Benutzeroberflächen<sup>28</sup> und Endgeräten<sup>29</sup> sowie insbesondere auch die Themen Urheberrecht<sup>30</sup> und Datenschutz<sup>31</sup>. Eine Ausarbeitung zur Sicherstellung des offenen Internets insgesamt müsste daher noch wesentlich mehr technische und rechtliche Fragen und insbesondere auch das Zivilrecht hinreichend berücksichtigen.

Der Schwerpunkt dieser Arbeit soll mit der erwähnten Grundrechts- und Grundfreiheitsdimension in rechtlicher Hinsicht auf dem Europäischen Primärrecht und in tatsächlicher Hinsicht auf den – öffentlich-rechtlich regelbaren – übertragungstechnischen Einschränkungen des offenen Internets liegen. Gemeint sind also Diskriminierungen von Daten und verweigerten Zusammenschaltungen von Netzwerken und damit provider-

---

24 Diesen Begriff macht sich etwa – allerdings ohne erkennbares Leitbild – die EU-NN-VO (Fn. 20) zu Eigen. Zum offenen Internet siehe *Greve*, HFR 2015, 1 (18), vgl. auch *Kloepfer*, AfP 2010, 120 (123).

25 Zur rechtlichen Regulierung des Cyberspace schon *Mayer*, NJW 1996, 1782ff.; zu den Konturen einer Internetfreiheit siehe bereits *Mecklenburg*, ZUM 1997, 525 (535ff.); zu einer „allgemeinen Online-Handlungsfreiheit“ und Online-Grundrechten *Luch/Schulz*, MMR 2013, 88 (92).

26 *Baer*, Blätter für deutsche und internationale Politik 1/2011, 90 (95ff.).

27 Zur Regulierung von Sykpe, WhatsApp etc. als sog. Over-The-Top-Dienste (OTT-Dienste) siehe *Grünwald/Nüßing*, MMR 2016, 91ff.; zur Regulierung von sozialen Netzwerken wie Facebook *Erd*, NVwZ 2011, 19ff.

28 *Bosman*, K&R 2014, 784 (788).

29 *Bergmann/Schumacher*, MMR 2015, 13 (14).

30 *Stieper*, GRUR 2015, 1145ff.

31 Besonders dieser Punkt ist sehr facettenreich, zur Datenschutz-Grundverordnung der EU etwa siehe *Albrecht*, CR 2016, 88ff.; zu einem „Recht auf Vergessen“ im Internet *Nolte*, ZRP 2011, 236ff.; *Holzengel/Hartmann*, MMR 2016, 228ff.; zum Datenschutzniveau in den USA *Determann*, NVwZ 2016, 561ff.; zu Big Data und dem Schutz der Privatsphäre im Völkerrecht ausführlich *Aust*, AVR 52 (2014), 375ff.

## *A. Einleitung*

seitigen Faktoren, welche unmittelbar oder mittelbar Einfluss auf die Datenübertragung haben. Die Ergebnisse zu den Grundrechten und -freiheiten können aber möglicherweise auch für weitergehende Problemfelder fruchtbar gemacht werden.<sup>32</sup>

## *IV. Gang der Untersuchung*

Einleitend sollen kurz die wesentlichen technischen Aspekte des Internets dargestellt werden, um aufzuzeigen, wie diese Einfluss auf die Datenübertragung nehmen (Teil B). Ausführlich soll dann in Teil C darauf eingegangen werden, in welchen Bereichen des Internets Netzneutralität eine Rolle spielen kann und aus welchem Grund sie verletzt wird. Teil D stellt die verschiedenen Definitionsversuche für die Netzneutralität und damit das rechtliche Regulierungsziel vor. Der geltende einfach-gesetzliche Rechtsrahmen und seine Eignung für die Abwehr von Diskriminierungen wird in Teil E vorgestellt. In Teil F werden Grundsatzfragen für die sich in den folgenden Kapiteln anschließende Untersuchung der Grundrechte und -freiheiten des Unionsrechts geklärt, insbesondere zu der Frage, wie sich beide Rechtskategorien zu einander verhalten. In den Teilen G und H werden die unmittelbare Anwendbarkeit und die Schutzpflichten aus den Grundfreiheiten und -rechten untersucht. Teil I behandelt wichtige Aspekte für die Abwägung kollidierender Freiheitsrechte. Nach dem Schluss (Teil J) erfolgt eine Zusammenfassung in Thesen.

---

32 Anknüpfend an EuGH, Rs. C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 – Google Spain könnte man beispielsweise überlegen, an welche Grundfreiheiten und -rechte ein überragend wichtiger Diensteanbieter wie z.B. eine Suchmaschine gebunden ist und wie diese Rechte mit denen der Nutzer abzuwägen sind; erste Ansätze zu dieser Frage finden sich bei *Holzner/Hartmann*, MMR 2016, 228 (230f.).



## B. Technische Grundlagen des Internets

Um feststellen zu können, in welchen Bereichen Netzneutralität und damit rechtliche Regulierung eine Rolle spielen, ist zunächst ein kurzer Blick auf die technischen Grundlagen des Internets erforderlich. Dies trägt außerdem dazu bei, Begrifflichkeiten zu klären. So wird etwa im allgemeinen Sprachgebrauch häufig vom „World Wide Web“ (WWW) als Synonym für alle Bestandteile des Internets (wie etwa auch E-Mail) gesprochen, obwohl es sich hierbei nur um einen bestimmten Teil des Internets handelt. Für die rechtliche Beurteilung ist es daher wichtig zu erkennen, dass sich das Gesamtsystem Internet aus einer Vielzahl von Schichten (Layern) zusammensetzt, von denen manche fälschlicherweise annehmen, sie seien der einzige Bestandteil des Netzes. Tatsächlich ist die Trennung der verschiedenen Bestandteile des Internets dessen zentraler Erfolgsfaktor.<sup>33</sup>

### I. Entstehung

Den Beginn der Entstehung des Internets markiert die Einrichtung des weltweit ersten Rechnernetzes im Jahr 1969 bei der US Defense Advanced Research Project Agency (DARPA), das Computer an verschiedenen Standorten in den Vereinigten Staaten über das ARPANET verband.<sup>34</sup> Ursprünglich diente dieses Netzwerk der Erforschung einer Kommunikationsform für den Fall eines nuklearen Krieges.<sup>35</sup> Dies erklärt auch die dezentrale Struktur des Internets, die aus der Verknüpfung verschiedener Einzelnetzwerke besteht (z.B. auf lokaler, regionaler und (inter)nationaler Ebene), welche über eine große Zahl unterschiedlicher Verbindungen miteinander verknüpft sind – durch alternative Kommunikationsrouten erhöht sich die Ausfallsicherheit des gesamten Systems.<sup>36</sup> Erst im Jahr 1983 erfolgte eine Trennung in einen militärischen und einen zivilen Teil des ARPANET, wobei letzterer zunächst dem Austausch wissenschaftlicher Infor-

---

33 *Ceulic*, in: Kloepfer, Netzneutralität, S. 19 (20).

34 *Badach/Hoffmann*, S. 2.

35 *Badach/Hoffmann*, S. 2.

36 *Dewenter*, in: Haucap/Kühling, Telekommunikationsmärkte, S. 119.

mationen diene.<sup>37</sup> Der grundlegende Aufbau des Internets hat sich bis heute kaum verändert. Die sogenannten Backbones (Kernnetze) bildeten von Anfang an das für die überregionale Verbindungen nötige technische Rückgrat; sie wurden zu Beginn noch durch die US-amerikanische National Science Foundation betrieben und damit durch eine öffentliche Institution finanziert.<sup>38</sup> Heute dienen die Backbones dem schnellen, leistungsfähigen Datenaustausch im nationalen und internationalen Bereich.<sup>39</sup> Sie verbinden regionale Netzwerke miteinander, die meist von Internet Service Providern (ISPs) und damit privat betrieben werden.<sup>40</sup> Diese sind an Local Area Networks (LANs) angeschlossen, die schließlich einzelnen Endsystemen (PCs, Smartphones, Tablets etc.) den Zugang zum Internet ermöglichen.<sup>41</sup>

Der entscheidende Schritt für den weltweiten Durchbruch des Internets war die auf *Tim Berners-Lee* zurückgehende Erfindung der Programmiersprache HTML (Hypertext Markup Language) im Jahr 1990, mit der es möglich wurde, Informationen von Web-Servern grafisch aufzubereiten und mittels Hyperlinks untereinander zu verknüpfen; massenattraktiv wurde dies aber erst mit dem Aufkommen der ersten Browser ab 1993.<sup>42</sup> Dieser – wohl am meisten genutzte – Teil des Internets ist das WWW. Die Entwicklung blieb damit bekanntermaßen nicht stehen. Zu der bewussten Entscheidung der Erfinder des Internets gehört es, dass durch die Architektur dieser Plattform nicht bereits mögliche Nutzungsarten vorgegeben werden und hierüber auch nicht ein einzelner Akteur als „Gatekeeper“ bestimmen soll.<sup>43</sup>

---

37 *Betz/Kübler*, S. 46.

38 <http://www.nsfnet-legacy.org/about.php>.

39 *Badach/Hoffmann*, S. 7f.

40 Beispiele in Deutschland: Telekom, Telefónica und Vodafone, <http://www.teltarif.de/internet/backbone.html>.

41 *Badach/Hoffmann*, S. 7.

42 *Betz/Kübler*, S. 46. Beispiele: NCSA Mosaic, später Netscape und Microsoft Internet Explorer.

43 *Farrell/Weiser*, Harvard Journal of Law & Technology, Vol. 17, 2003, 85 (90). *Hoffmann-Riem*, AöR 2012, 509 (533) weist darauf hin, dass die technischen Regeln primär auf das bloße Funktionieren des Internets ausgelegt sind.