



Würzburger Online-Schriften zum Europarecht

Julius-Maximilians-

**UNIVERSITÄT
WÜRZBURG**

Nr. 10

Rico Neidinger

Europa- und
verfassungsrechtliche
Rahmenbedingungen
der Netzneutralität



Würzburger Online-Schriften zum Europarecht

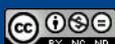
Die Würzburger Online-Schriften zum Europarecht werden herausgegeben von Professor Dr. Markus Ludwigs, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht, Juristische Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Die Reihe bietet ein Forum für hervorragende Seminar- und Magisterarbeiten aus dem gesamten Bereich des Europarechts, einschließlich des Rechts der EMRK. Sie gibt den Studierenden der Universität Würzburg die Möglichkeit, ihre wissenschaftlichen Ideen und Konzepte der Fachöffentlichkeit zugänglich zu machen.

© Prof. Dr. Markus Ludwigs
Julius-Maximilians-Universität Würzburg
Juristische Fakultät
Domerschulstraße 16
97070 Würzburg
Tel.: +49 (0) 931 - 31-80023
Fax: +49 (0) 931 - 31-80651
l-oeur-ur@jura.uni-wuerzburg.de
<http://www.jura.uni-wuerzburg.de>
Alle Rechte vorbehalten.
Würzburg 2020.

Dieses Dokument wird bereitgestellt durch
den Publikationsservice der Universität
Würzburg.

Universitätsbibliothek Würzburg
Am Hubland
D-97074 Würzburg
Tel.: +49 (0) 931 - 31-85906
opus@bibliothek.uni-wuerzburg.de
<http://opus.bibliothek.uni-wuerzburg.de>
Titelblattgestaltung / Foto: Kristina Hanig

ISSN: 2199-790X



Zitiervorschlag:

Neidinger, Rico: Europa- und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Netzneutralität. Würzburger Online-Schriften zum Europarecht, Nr. 10 (2020). DOI: 10.25972/OPUS-19829

Rico Neidinger*

Europa- und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Netzneutralität

- * Der Autor ist Student der Rechtswissenschaften und des Begleitstudiums Europarecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Die vorliegende Arbeit entstand im Rahmen des Seminars „Regulierung als rechtsbereichsübergreifendes Phänomen“ unter der Leitung von *Prof. Dr. Markus Ludwigs* im Wintersemester 2018/2019. Der veröffentlichte Text stellt eine überarbeitete Fassung unter Berücksichtigung der Korrekturhinweise dar und ist auf dem Stand Dezember 2019. Ein besonderer Dank gilt *Prof. Dr. Markus Ludwigs* für die Möglichkeit der Publikation, sowie die engagierte und konstruktive Zusammenarbeit im Rahmen des Seminars und der Nachbearbeitung.

Inhalt

A.	Einleitung.....	1
B.	Grundlagen	2
I.	Technischer Hintergrund und Begrifflichkeiten	2
II.	Definition von Netzneutralität	4
C.	Aktueller Rechtsrahmen und Anwendungsfall.....	6
I.	Historische Entwicklung.....	6
II.	Die EUNNVO	6
III.	Aktueller Anwendungsfall – „StreamOn“	12
1.	Standpunkt der Bundesnetzagentur	12
2.	Verteidigung der Deutschen Telekom.....	13
3.	Entscheidung der Gerichte und eigene Bewertung	13
D.	Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen.....	16
I.	Art. 87f GG	17
II.	Die Grundrechte.....	18
1.	Anwendbarkeit der nationalen Grundrechte.....	19
2.	Die Grundrechtspositionen der Internetserviceprovider	20
a)	Die Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG	20
b)	Die Eigentumsfreiheit, Art. 14 GG	21
c)	Zwischenergebnis	22
3.	Die Grundrechtspositionen der Content Provider und End-User	23
a)	Einordnung in einen Schutzbereich von Art. 5 GG.....	23
b)	Bindung der Internetserviceprovider.....	25
III.	Probleme mit dem Demokratieprinzip.....	26
IV.	Zwischenergebnis	29
E.	Europarechtliche Rahmenbedingungen	29

I.	Die Grundfreiheiten	30
1.	Wirkung zwischen Privaten.....	30
2.	Einschlägige Grundfreiheiten.....	32
3.	Auswirkungen auf die EUNNVO.....	33
II.	Transeuropäische Netze, Art. 170 AEUV.....	34
III.	Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, Art. 14 AEUV, Art. 36 GR-Charta.....	35
IV.	Wettbewerbsrecht	35
V.	Unionsgrundrechte.....	37
1.	Verpflichtete der Unionsgrundrechte	37
2.	Unternehmerische Freiheit und Eigentum der Internetserviceprovider, Art. 15, 16, 17 GR-Charta	38
3.	Allgemeiner Gleichheitssatz, Art. 20 GR-Charta.....	39
4.	Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit der Content-Provider und End User, Art. 11 GR-Charta.....	40
F.	Schluss	41
	Literaturverzeichnis	III

A. Einleitung

Das 21. Jahrhundert lässt sich wohl trefflich als „Netzzeitalter“¹ beschreiben. Das Internet hat mittlerweile eine überragende Bedeutung in der Gesellschaft eingenommen und ist aus dem Alltag vieler nicht mehr wegzudenken. Nicht umsonst bezeichnet der Bundesgerichtshof die Nutzbarkeit des Internets als „ein Wirtschaftsgut, dessen ständige Verfügbarkeit seit längerer Zeit [...] auch im privaten Bereich für die eigene wirtschaftliche Lebensgestaltung typischerweise von zentraler Bedeutung ist, und bei dem sich eine Funktionsstörung als solche auf die materielle Grundlage der Lebensgestaltung signifikant auswirkt“.² Trotz seiner Bedeutung ist das Internet und seine Funktionsweise für viele noch „Neuland“.³

Die immer weiter fortschreitende Entwicklung stellt das Recht vor neue Herausforderungen und macht Anpassungen desselben erforderlich, um möglichen Fehlentwicklungen vorzubeugen, beziehungsweise entgegenzutreten. Neben Änderungen im Datenschutz- sowie Urheberrecht⁴ stellt das Thema Netzneutralität eine der aktuellen und umstrittensten Debatten dar. Nach einem langen „Hin und Her“ zwischen Europäischer Kommission, Europaparlament und Europäischem Rat wurde Ende November 2015 eine Verordnung,⁵ die sich dieses Themas annimmt, erlassen (im Folgenden: EUNNVO). Doch damit ist das Tauziehen um die Netzneutralität nicht beendet. Erst 2017 hat die amerikanische Regulierungsbehörde Federal Communications Commission (FCC) ihre Regeln zur Netzneutralität aufgegeben und das Thema wieder den freien Kräften des Marktes überlassen.⁶ Dieses Abrücken

¹ Davon spricht etwa: *Klement*, EuR 2017, 532, 532.

² BGH NJW 2013, 1072 (1074).

³ Vgl. dazu das Interview von Bundeskanzlerin Merkel mit dem damaligen US-Präsidenten Obama, in dem Merkel das Internet als Neuland für uns alle bezeichnete. Vgl. die Mitschrift, online abrufbar unter: <https://archiv.bundesregierung.de/archiv-de/dokumente/pressekonferenz-von-bundeskanzlerin-merkel-und-us-praesident-obama-844776>, zuletzt abgerufen am: 30.12.2019.

⁴ Vgl. zum Datenschutz die VO (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.04.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der RL 95/46/EG (ABl. L 119/1); sowie zum Urheberrecht die RL (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.04.2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG (ABl. L 139/97); allgemein: *Schütz*, MMR, 2018, 36 ff.

⁵ VO (EU) 2015/2120 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2015 über Maßnahmen zum Zugang zum offenen Internet und zur Änderung der RL 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen sowie der VO (EU) Nr. 531/2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union (ABl. L 310/1).

⁶ Vgl. *Rieger*, FAZ v. 26.12.2017, abrufbar unter www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/netzneutralitaet-wie-internet-firmen-amerika-erpressen-15344404.html, zuletzt abgerufen am: 30.12.2019. Der Bundesstaat Kalifornien hat gegen den Willen der US-Regierung die Netzneutralität wieder eingeführt, dazu: <https://www.nzz.ch/international/kalifornien-fuehrt-netzneutralitaet-wieder-gegen-den-willen-der-us-regierung-ld.1424543>, zuletzt abgerufen am: 30.12.2019.

von der bisherigen Regulierungslinie zeigt, dass Netzneutralität nicht in Stein gemeißelt ist und weiteren Veränderungen unterliegt. Daran wird auch die sekundärrechtliche Regelung in der EUNNVO nichts ändern. Auch die rechtswissenschaftliche Literatur hat das Thema Netzneutralität nicht zu den Akten gelegt, zu brisant ist die Thematik und zu viele offene Fragen gilt es zu klären.⁷ Aus diesem Grund lohnt es sich, die europa- und verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Netzneutralität näher zu beleuchten. Dies will die vorliegende Arbeit leisten.

Nach einem Kapitel, in dem die technischen Grundlagen dargestellt werden sowie eine Begriffsklärung erfolgt (B.), wird aufgezeigt, wie sich die rechtlichen Rahmenbedingungen der Netzneutralität durch die EUNNVO *de lege lata* darstellen (C.). Im Anschluss soll ein Blick ins nationale Recht in Gestalt der verfassungsrechtlichen Grundlagen geworfen werden (D.). Es folgen die primärrechtlichen Rahmenbedingungen, insbesondere die Grundfreiheiten, das Wettbewerbsrecht sowie die Grundrechte, wobei geklärt wird, inwieweit die EUNNVO den an sie gestellten Anforderungen gerecht wird (E.). Abschließend erfolgt eine Zusammenfassung der Ergebnisse sowie ein Ausblick auf künftige Entwicklungen (F.).

B. Grundlagen

Einführend sollen der technische Hintergrund und die Begrifflichkeiten des Internets erläutert werden. Damit wird sichergestellt, dass auch diejenigen über ein ausreichendes Hintergrundwissen verfügen, für die das Internet noch „Neuland“ ist. Außerdem wird erst durch die Erläuterung des technischen Hintergrundes schlüssig, weshalb die Debatte um Netzneutralität überhaupt (so spät) entbrannte.

I. Technischer Hintergrund und Begrifflichkeiten

Das Internet besteht aus mehreren Teilnetzen, die miteinander verbunden sind, und dient der Kommunikation zwischen Endgeräten. Dadurch entsteht die weltweite Verfügbarkeit der Daten. Man spricht deshalb auch vom „Netz der Netze“.⁸

Die mit dem Netzwerk verbundenen Endgeräte werden in *Server*, auf denen die Informationen bereitgehalten werden, und *Clients*, die die Informationen abrufen, unterteilt.⁹ Der komplexe Vorgang der Datenübermittlung zwischen ihnen wird durch das „Open Systems Interconnection Reference Model“ erklärt, welches das

⁷ Beispielsweise die Dissertation von *Osing* oder der Beitrag von *Klement*, EuR 2017, 532 ff.

⁸ *Bortnikov*, S. 10. Zum Aufbau des Internets anschaulich auch: *Rogge*, S. 28 ff.

⁹ *Larisch*, S. 37.

Netzwerk in sieben Schichten (*Layer*) differenziert.¹⁰ Dabei interessiert vorliegend hauptsächlich die dritte Schicht, die sogenannte Netzwerkschicht. Auf ihr wird entschieden, auf welchem Weg die Daten versendet werden. Dafür unterteilt das *Internet Protocol* die Daten in Datenpakete und leitet sie einzeln an den Client weiter.¹¹ Grundsätzlich werden die Datenpakete unabhängig von ihrem Inhalt auf dem schnellsten vorhandenen Weg an ihr Ziel gesendet. Diesen Grundsatz nennt man das *Best-Effort-Prinzip*, das dem Aufbau des Internets und dem damaligen Stand der Netzwerktechnik geschuldet ist.¹² Die Daten werden nach dem *First-in-First-out-Prinzip* behandelt, wonach sie in der Reihenfolge ihres Eingangs bearbeitet werden.¹³ Probleme treten immer dann auf, wenn für die Datenmenge die vorhandene Infrastruktur nicht ausreicht und es wegen der Kapazitätsengpässe zu Qualitätseinbußen kommt.¹⁴ Als Qualitätsmerkmale zählen neben der Übertragungskapazität der Leitung (*Bandbreite*) das Nichtüberschreiten einer bestimmten Übertragungsdauer vom Sender zum Empfänger (*Delay*), die relative Abweichung hinsichtlich der Transportdauer (*Jitter*) sowie die Paketverlustrate (*Packet loss*) als schwerwiegendste Folge einer Überlastung.¹⁵

Mittlerweile ist es durch *Deep Package Inspection* (DPI) technisch möglich, auf den Inhalt der einzelnen Datenpakete zuzugreifen und auf die Route der Daten Einfluss zu nehmen.¹⁶ Darüber hinaus ermöglicht das neue Internetprotokoll IPv6, bereits in der Adresszeile (*Header*) des Datenpaketes eine Priorisierung vorzunehmen.¹⁷ Es besteht damit die Möglichkeit eines gezielten Netzwerkmanagements,¹⁸ was Abweichungen vom Best-Effort- und First-in-First-out-Prinzip bedeutet. Neben einer Bevorzugung von qualitätssensiblen Diensten, wie beispielsweise der Sprachtelefonie, ist auch die Behinderung, Verlangsamung, Blockierung oder Veränderung von Inhalten möglich.¹⁹ Daneben besteht die Möglichkeit der Einrichtung von *Spezialdiensten* bzw. *Managed Services*.²⁰ Darunter werden Dienste verstan-

¹⁰ Zisler, S. 23 f. Ein weiteres Erklärungsmodell stellt das TCP/IP-Referenzmodell dar, das vier Schichten definiert, dazu: Larisch, S. 101 f.

¹¹ Sieber, CR 1997, 581, 593.

¹² Osing, S. 31; Sieber, CR 1997, 581, 594.

¹³ Guggenberger, S. 88; Gersdorf, AfP 2011, 209.

¹⁴ Gersdorf, AfP 2011, 209, 211.

¹⁵ Klement, in: Scheurle/Mayen, EU-NNVO Rn. 26; Guggenberger, S. 63 f.

¹⁶ Koenig/Fechtner, K&R 2011, 73, 74.

¹⁷ Kiefer, in: Schmitz/Kiefer/Maucher u.a., S. 127, 176.

¹⁸ Osing, S. 47.

¹⁹ Ziebarth, S. 23.

²⁰ Brüggemann, CR 2013, 565, 567.

den, bei denen die Netzbetreiber eine bestimmte Übertragungsqualität fest zusichern und dafür eine bestimmte Bandbreite innerhalb des Netzes reservieren.²¹ Dies bietet sich besonders für qualitätssensible Dienste wie IP-Telefonie oder der Telemedizin an, ist aber keinesfalls darauf beschränkt.²² Für das Angebot solcher Spezialdienste bedarf es einer netzübergreifenden Vereinbarung über die Qualitätsmerkmale und die erfassten Dienste unter den einzelnen Netzbetreibern. Nur so kann eine einheitliche Qualität sichergestellt werden, da Daten durch Netze unterschiedlicher Netzbetreiber geleitet werden können.²³

Mit diesen technischen Entwicklungen begann die Diskussion um die Netzneutralität. Ihren Ausgangspunkt nahm die Kontroverse in den USA, bevor auch in Europa das Thema aktuell²⁴ und einer Regelung zugeführt wurde. Dabei blieb es nicht nur bei der theoretischen Möglichkeit. Vielmehr kam es tatsächlich zum Einsatz von Netzmanagementmaßnahmen. So blockierte beispielsweise T-Mobile zunächst die Nutzung von Skype auf Mobiltelefonen²⁵ oder Kabel Deutschland die Nutzung der Musiktaschbörse BitTorrent.²⁶ Dieser Befund heizte die Debatte um das Thema Netzneutralität weiter an. Bevor der Begriff Netzneutralität einer Definition zugeführt wird, gilt es einen Blick auf die Internetakteure zu werfen.

Im Bereich des Internets sind im Wesentlichen drei Akteure tätig. Zum einen sind dies die *Internet-Service-Provider* (ISP),²⁷ die die Netzinfrastruktur bereithalten bzw. den einzelnen Zugang zum Internet durch Verträge ermöglichen (z.B. Deutsche Telekom). Sie sind auf dem sogenannten Primärmarkt tätig.²⁸ Zum anderen die *Content-Provider* (z.B. Netflix), die Inhalte zum Abruf zur Verfügung stellen, welche durch die *End-User* auf dem Sekundärmarkt nachgefragt werden.²⁹

II. Definition von Netzneutralität

Obwohl die Diskussion um Netzneutralität³⁰ bereits seit einiger Zeit andauert, besteht über die genaue begriffliche Fassung noch immer Streit und bedarf deshalb

²¹ Klement, in: Scheurle/Mayen, EU-NNVO Rn. 26, 35.

²² Gersdorf, K&R 2015, Heft 2 Beiheft 1, 1, 2.

²³ Schweitzer/Fetzer, in: Fetzer/Peitz/Schweitzer, 19 ff.; Gersdorf, AfP 2011, 209, 212.

²⁴ Für einen Überblick zu der historischen Entwicklung eingehend: Spies/Ufer, MMR 2015, 91 ff.

²⁵ Martini, S. 13.

²⁶ Schlauri, S.157.

²⁷ Er erfasst als Überbegriff *Netzbetreiber* und *Internetzugangsanbieter*, vgl. Guggenberger, S. 68.

²⁸ Bortnikov, S. 22.

²⁹ Guggenberger, S. 72 f., der auf Abgrenzungsschwierigkeiten hinweist.

³⁰ Den Begriff führte Tim Wu (engl.: Network Neutrality) ein: Wu, Journal on Telecommunications & High Technology Law 2 (2003), 141, 141.

vor jeder inhaltlichen Auseinandersetzung einer Klärung.³¹ Dabei ist anzumerken, dass Netzneutralität kein allein auf das Internet bezogenes, sondern im Ausgangspunkt ein allgemeines regulierungsrechtliches Problem von Netzwerken darstellt.³² Gleichwohl soll im Folgenden nur das Internet beleuchtet werden.

Im Wesentlichen lassen sich in der Diskussion zwei große Strömungen ausmachen. Nach dem strengen Verständnis von Netzneutralität umfasst diese die neutrale Übermittlung aller Datenpakete, unabhängig von Inhalt, Dienst, Herkunft, Ziel oder benutztem Endgerät.³³ Netzneutralität lässt sich so als differenzierungsfreie Datenübermittlung im Internet³⁴ bzw. als eine „Wendung des Best-Effort-Prinzips ins Normative“³⁵ definieren. Im Gegensatz dazu steht ein weites Begriffsverständnis im Sinne einer netzseitigen Chancengleichheit, die nur eine willkürliche Beeinträchtigung ausschließt, im Übrigen aber Differenzierungen aus sachlichen Gründen innerhalb des Begriffs für zulässig erachtet.³⁶

Für das letztere Begriffsverständnis spricht, dass es flexibel und entwicklungs offen ist und damit der besonderen Dynamik im Technikrecht gerecht wird. Es dient nicht der Festschreibung eines starren Prinzips und fördert damit die Innovationsoffenheit des Internets.³⁷ Allerdings lässt sich auf Grund dieser Definition keine Aussage über den genauen Inhalt und Umfang der Netzneutralität treffen. Auch kann nicht eindeutig festgestellt werden, ob eine konkrete Maßnahme zulässig oder untersagt ist. Vielmehr spricht für ein enges Verständnis die technische Verknüpfung mit dem Best-Effort-Prinzip.³⁸ Nur durch dieses Verständnis können mögliche Interventionen durch die ISP an der Netzneutralität gemessen werden. Ob die Eingriffe zulässig sind, ist dann erst in einem zweiten Schritt zu prüfen.³⁹ Diese Struktur passt sich in die Dogmatik einer Grundrechteprüfung mit Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung ein.

Die besseren Argumente sprechen daher für ein enges Verständnis des Begriffs Netzneutralität im Sinne des Best-Effort-Prinzips. Gleichwohl soll das nicht bedeuten, dass es nicht auch zulässige Abweichungen von dem Grundsatz geben kann.

³¹ Vgl. nur *Klement*, EuR 2017, 532, 535; *Brüggemann*, CR 2015, 361, 362.

³² *Kloepfer*, in: ders., S. 9.

³³ *Holznapel*, K&R, 2010, 95; *Degenhart*, in: *Kloepfer*, S. 67; *Osing*, S. 55.

³⁴ *Guggenberger*, S. 93 ff.

³⁵ So: *Klement*, EuR 2017, 532, 535; vgl. *Körber*, in: *Bien/Ludwigs*, S. 105, 109; *Schlauri*, S. 33.

³⁶ *Koenig/Fechtner*, K&R 2011, 73, 73; *Ufer*, CR 2010, 634, 634; *Ziebarth*, S. 42 f.

³⁷ *Bortnikov*, S. 34.

³⁸ *Guggenberger*, S. 112; *Osing*, S. 55.

³⁹ *Osing*, S. 56.

C. Aktueller Rechtsrahmen und Anwendungsfall

I. Historische Entwicklung

Nachdem das technische und begriffliche Fundament gelegt ist, kann nun in die rechtliche Bedeutung der Materie eingestiegen werden.

Seinen Ausgangspunkt nahm die Regelung zur Netzneutralität in Europa 2009, als die Netzneutralität erstmals als Regulierungsziel festgeschrieben wurde.⁴⁰ Daneben wurden in der Universaldienstrichtlinie Transparenzverpflichtungen für die Zugangsanbieter festgelegt.⁴¹ Der Unionsgesetzgeber setzte damit, anders als die amerikanische FCC, auf die regulierende Kraft des Marktes durch die Verbraucher.⁴² In Deutschland wurde zur Umsetzung des Telekom-Pakets unter anderem §41a TKG erlassen.⁴³ Dieser ermächtigte die Bundesregierung zum Erlass einer Verordnung, welche die grundsätzlichen Anforderungen an eine diskriminierungsfreie Datenübermittlung und einen ebensolchen Zugang zu Inhalten und Anwendungen festschreiben sollte. Daneben wurde in Abs. 2 die Bundesnetzagentur zum Erlass technischer Richtlinien zur Mindestqualität ermächtigt. Von der Ermächtigung wurde nie Gebrauch gemacht.⁴⁴ Mittlerweile ist §41a TKG aufgehoben.⁴⁵

II. Die EUNNVO

Die jetzige EU-Verordnung geht auf einen mehrjährigen Rechtssetzungsprozess zurück. Die Kommission hatte 2013 einen Entwurf einer einheitlichen Verordnung vorgelegt, der auch Regelungen zur Netzneutralität enthielt. Sie setzte darin weiterhin auf den Wettbewerb als ordnende Kraft. Dem Europäischen Parlament ging das

⁴⁰ Dort wurde durch die RL 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 zur Änderung der RL 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste, der RL 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung und der RL 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und –dienste (ABl. L 337/37) bei Art. 8 Abs. 4 der RL 2002/21/EG ein lit. g eingefügt, welcher das Ziel normierte, „die Endnutzer in die Lage (zu) versetzen, Informationen abzurufen und zu verbreiten oder beliebige Anwendungen und Dienste zu benutzen“.

⁴¹ Art. 20 und 21 der RL 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.03.2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und –diensten (ABl. L 108/51) in der Fassung der RL 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 zur Änderung der RL 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und –diensten, der RL 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre und der elektronischen Kommunikation und der VO (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz (ABl. L 337/11).

⁴² Greve, VR 2013, 109, 113; Schrey/Frevert, MMR 2010, 596, 599.

⁴³ § 41a Abs. 1 TKG i.d.F. bis zum 04.07.2017.

⁴⁴ Brüggemann, CR 2015, 361, 363; es existierten lediglich Vorschläge des BMWi, dazu: Wimmer/Löw, MMR 2013, 636 ff.

⁴⁵ Art. 1 Nr. 1 des Dritten Gesetzes zur Änderung des TKG vom 27.6.2017 (BGBl. I 1963).

nicht weit genug, weshalb es erhebliche Änderungen anregte. Der Vorschlag des Europäischen Parlaments enthielt erstmals eine Legaldefinition des Begriffs Netzneutralität und sah eine strenge Festschreibung dieses Grundsatzes vor. Auch der Rat brachte seinerseits mehrere Vorschläge ein.⁴⁶ Letztlich einigten sich die Akteure nach einem intensiven Trilog in einer letzten zwölfstündigen Verhandlung am 30.06.2015.⁴⁷ Die Verordnung wurde am 25.11.2015 verabschiedet und gilt im Wesentlichen seit dem 30.04.2016.⁴⁸ Sie ist auf den weit gefassten Art. 114 AEUV gestützt. Der Anwendungsbereich der Verordnung beschränkt sich auf Internetzugangsdienste, die Art. 2 Abs. 2 Nr. 2 EUNNVO legaldefiniert. Erfasst sind nach Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 EUNNVO nur Anbieter öffentlicher elektronischer Kommunikation, mithin die Unternehmen, die Endkunden einen Zugang zum Internet bieten. Nicht erfasst sind damit die reinen Netzbetreiber.⁴⁹ Gemeinsam mit den entsprechenden Leitlinien des Gremiums der europäischen Regulierungsstellen für die elektronische Kommunikation (GEREK), die gemäß Art. 5 Abs. 3 EUNNVO in Zusammenarbeit mit der Kommission bis zum 30.08.2016 zu erarbeiten waren, und denen die nationalen Regulierungsbehörden weitestgehend Rechnung zu tragen haben,⁵⁰ stellt die EUNNVO den Rechtsrahmen für die Netzneutralität dar. Dabei ist hinsichtlich der Leitlinien anzumerken, dass sie für Gerichte bei der Auslegung der Verordnung nicht bindend sind.⁵¹ Streitig wird beurteilt inwieweit das GEREK, nach dem es von seiner Ermächtigung zum Erlass der Leitlinien Gebrauch gemacht hat, die Kompetenz für etwaige Änderungen besitzt. Eine Auffassung hält das GEREK nur zum einmaligen Erlass ermächtigt.⁵² Für diese Ansicht spricht insbesondere die Zeitangabe „spätestens bis zum 30. August 2016“ in Art. 5 Abs. 3 EUNNVO sowie das Fehlen einer ausdrücklichen Aktualisierungsregelung. Gegen eine solche statische Festschreibung streitet aber der Umstand, dass es sich bei der

⁴⁶ Zum ganzen Prozess: *Spies/Ufer*, MMR 2015, 91, 92f; *Brüggemann*, CR 2015, 361, 364ff.; detailliert auch: *Francke*, S. 138 ff.

⁴⁷ *Werkmeister/Hermstrüwer*, CR, 2015, 570, 571.

⁴⁸ Art. 10 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2015/2120. Zu einer möglichen Erfassung der Netzneutralität im europäischen Sekundärrecht vor dieser VO vgl. *Rogge*, S. 136 ff. Die durch Art. 50 der VO (EU) 2018/1971 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 zur Errichtung des Gremiums europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) und der Agentur zur Unterstützung des GEREK (GEREK-Büro), zur Änderung der VO (EU) 2015/2120 und zur Aufhebung der VO (EG) Nr. 1211/2009 (ABl. L 321/1) erfolgten Änderungen betreffen nicht die Regelungen zur Netzneutralität und können deshalb unbeachtet bleiben.

⁴⁹ *Osing*, S. 85; *Klement*, in: Scheurle/Mayen, EU-NNVO Rn. 19.

⁵⁰ Erwägungsgrund 19 der VO (EU) 2015/2120.

⁵¹ *Klement*, EuR 2017, 532, 551; OVG Münster, BeckRS 2019, 14541 Rn. 15.

⁵² So: *Klement*, EuR 2017, 532, 551; ebenso unter Berufung auf denselben: *Sodtalbers*, in: Spindler/Schuster, TKG § 43a Rn. 57.

vorliegenden Materie um ein höchst entwicklungsoffenes Regelungsgebiet handelt und deshalb Sinn und Zweck für eine Aktualisierungskompetenz sprechen. Zudem könnten künftig ergehende EuGH Judikate wegen der Offenheit der Verordnung eine Anpassung notwendig machen. Auch kann aus der Verwendung des Plurals „Leitlinien“ auf eine Aktualisierungskompetenz geschlossen werden. Ferner nutzt *Klement* seine ohne nähere Argumentation getroffene Feststellung nur dazu, den Leitlinien ihre Verbindlichkeit abzusprechen. Dafür ist das Bestehen oder Nichtbestehen einer Aktualisierungskompetenz nicht zwingend notwendig. Vielmehr kann sein Schluss, dass es sich bei den Leitlinien dem Charakter nach um Verwaltungsvorschriften handelt,⁵³ für die Zulässigkeit von Aktualisierungen ohne Voraussetzungen angeführt werden. Es spricht deshalb viel dafür, dass die zeitliche Beschränkung im Sinne einer erstmaligen Fristsetzung zu verstehen ist, welche das GEREK zum Erlass dieser Leitlinien verpflichten und anhalten sollte, aber keinesfalls eine Aktualisierung derselben verbietet. Nur so kann zudem die effektive Wirksamkeit⁵⁴ und einheitliche Anwendung der EUNNVO gewährleistet werden. Auch der Europäische Gesetzgeber geht erkennbar davon aus, dass dem GEREK eine solche Aktualisierungskompetenz zusteht. Schließlich schreibt er ihm in Art. 4 Abs. 1 lit. e der Verordnung (EU) 2018/1971⁵⁵ als Regulierungsaufgabe, die Erstellung weiterer Leitlinien zur Sicherstellung der einheitlichen Umsetzung des Rechtsrahmens für die elektronische Kommunikation zu, worunter auch die EUNNVO fällt.⁵⁶

Bei der Analyse der EUNNVO ist zunächst festzustellen, dass der Begriff Netzneutralität nicht ausdrücklich im Verordnungstext enthalten ist.⁵⁷ Art. 1 Abs. 1 bestimmt als Gegenstand der Verordnung „gemeinsame Regeln zur Wahrung der gleichberechtigten und nichtdiskriminierenden Behandlung des Verkehrs bei der Bereitstellung von Internetzugangsdiensten“ und Art. 3 ist mit „Gewährleistung des Zugangs zum offenen Internet“ überschrieben, sodass kein Zweifel bezüglich der Regelungsrichtung besteht. Hinsichtlich des Gewährleistungsgehaltes differenziert

⁵³ Vgl. *Klement*, EuR 2017, 532, 551 f.

⁵⁴ Zur effektiven Wirksamkeit als Auslegungskriterium im Europarecht allgemein m.w.N.: *Potacs*, EuR 2009, 465 ff.

⁵⁵ Siehe Fn. 48.

⁵⁶ Art. 5 Abs. 3 EUNNVO als Ermächtigungsgrundlage bedarf es freilich nur, wenn man die Regelung in Art. 4 Abs. 1 lit. e VO (EU) 2018/1971 nicht selbst als Ermächtigung ansieht, wogegen zumindest nach deutschem Verständnis der aus dem Ordnungsrecht bekannte Grundsatz „Kein Schluss von der Aufgabe zur Befugnis“ spricht. Auch die tatsächliche Praxis des GEREK geht davon aus: Vgl. Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Umsetzung der Bestimmungen zum freien Internetzugang der VO (EU) 2015/2120 vom 30.04.2019 (COM [2019] 203), wo auf S. 13 eine Aktualisierung der Leitlinien angekündigt wird.

⁵⁷ Diese Feststellung treffen alle Autoren, die sich mit der VO beschäftigen, vgl. nur *Osing*, S.53.

die Verordnung zwischen einer zugangsbezogenen Netzneutralität in Art. 3 Abs. 1 und der übermittlungsbezogenen Netzneutralität in Abs. 3 EUNNVO, wobei die beiden Regelungen nicht im Sinne einander ausschließender Anwendungsbereiche zu verstehen sind.⁵⁸

Die zugangsbezogene Netzneutralität umfasst den gleichberechtigten Zugang der Endnutzer⁵⁹ zu Inhalten, Informationen, Anwendungen oder Diensten, unabhängig von Standort, Ursprung oder Bestimmungsort,⁶⁰ sowie die Möglichkeit der Verbreitung selbiger. Die zugangsbezogene Netzneutralität schreibt ein subjektives Recht fest, das neben den ISP auch andere Beteiligte insbesondere staatliche Stellen bindet.⁶¹ Diese Rechte gelten allerdings nur für rechtmäßige Inhalte, wie Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 EUNNVO deutlich macht. Daneben wird eine Endgerätefreiheit festgeschrieben, wodurch eine technologiebedingte Diskriminierung ausgeschlossen wird.⁶² Gleichwohl soll die Verordnung keinen Anspruch auf die technisch beste Qualität oder andere Parameter begründen, denn wie sich als Umkehrschluss aus Art. 3 Abs. 2 ergibt, sind Vereinbarungen zwischen den Anbietern und den Endnutzern über die gewerblichen und technischen Bedingungen zulässig, solange sie die Rechte aus Abs. 1 nicht einschränken.⁶³ Damit dürfte die Praktik des sog. *Zero Ratings*, bei welchem ISP den Datenverbrauch bestimmter Anwendungen nicht auf das (Inklusiv-) Datenvolumen anrechnen, erfasst sein.⁶⁴ Im Zusammenhang mit dieser Art von Vertragsausgestaltung kam es zum ersten Anwendungsfall der EUNNVO in Deutschland.⁶⁵

Die übermittlungsbezogene Netzneutralität bezieht sich hingegen auf den differenzierungsfreien Übertragungsvorgang der Daten und damit den ursprünglichen Kerngehalt der Netzneutralität.⁶⁶ Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 EUNNVO schreibt gleichwohl nicht den strengen Neutralitätsgrundsatz vor, sondern verlangt lediglich eine

⁵⁸ OVG Münster, BeckRS 2019, 14541 Rn. 16 ff.

⁵⁹ I.S.v. Art. 2 lit. n) RL 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.03.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (ABl. L 108/33) fallen darunter End-User und Content-Provider.

⁶⁰ Klement, EuR 2017, 532, 535.

⁶¹ Sodtalbers, in: Spindler/Schuster, TKG § 43a Rn. 61

⁶² Klement, EuR 2017, 532, 544.

⁶³ Dazu auch Erwägungsgrund 7 der VO (EU) 2015/2120, der Abreden hinsichtlich von Datenvolumina und Geschwindigkeit für zulässig erachtet.

⁶⁴ Dazu: Götzinger/Gerecke, ZUM, 2018, 341, 343 f.; Fetzer, MMR 2017, 579.

⁶⁵ Siehe dazu unten S. 12 ff.

⁶⁶ Klement, in: Scheurle/Mayen, EU-NNVO Rn. 24.

Gleichbehandlung ohne Diskriminierung, Beschränkung oder Störung.⁶⁷ Weiter eingeschränkt wird der Grundsatz durch UAbs. 2, wonach angemessene Verkehrsmanagementmaßnahmen zulässig sind. Was Verkehrsmanagementmaßnahmen sind, definiert die Verordnung selbst nicht. Das GEREK versteht darunter Funktionen, die den Verkehrsfluss durch das Netzwerk regeln oder den Zugriff auf Netzwerkressourcen zwischen verschiedenen Paketen oder zwischen verschiedenen Verkehrsströmen vermitteln.⁶⁸ Wann die Maßnahmen als angemessen gelten können, regelt hingegen die Verordnung. Sie gibt vor, dass selbige transparent, nicht-diskriminierend und verhältnismäßig sein müssen, nicht auf kommerziellen Erwägungen beruhen und nicht länger als erforderlich aufrechterhalten werden dürfen. Erwägungsgrund 9 der EUNNVO stellt auf objektiv unterschiedliche Anforderungen an die technische Qualität ab. Nicht erlaubt ist es im Rahmen von Managementmaßnahmen, bestimmte Inhalte, Anwendungen oder Dienste zu blockieren, zu verlangsamen, zu verändern, einzuschränken, zu stören, zu verschlechtern oder zu diskriminieren. Damit steht fest, dass Anknüpfungen an einzelne Inhalte und Dienste grundsätzlich nicht erlaubt sind. Vielmehr müssen anhand „abstrakt genereller Merkmale“⁶⁹ Datenverkehrskategorien gebildet werden. Durch die Managementmaßnahmen soll eine effiziente Nutzung der Ressourcen ermöglicht und die generelle Übertragungsqualität verbessert werden.⁷⁰

Über diese angemessenen Managementmaßnahmen hinaus sind drei weitere Ausnahmen möglich, wonach dann auch Beschränkungen einzelner Inhalte möglich werden.⁷¹ Dies gilt erstens, wenn die Internetzugangsanbieter per Rechtsvorschrift der Union oder mit dem Unionsrecht in Einklang stehenden mitgliedstaatlichem Recht, gerichtlicher Anordnung oder behördlicher Verfügung dazu verpflichtet werden (lit. a). Dazu gehören nach Erwägungsgrund 13 auch Vorschriften zum Schutz der öffentlichen Sicherheit oder Strafnormen, die an die Rechtmäßigkeit von Anwendungen, Diensten oder Inhalten anknüpfen. Zweitens sind Maßnahmen zum Schutz der Integrität und Sicherheit des Netzes, von Diensten oder Endgeräten zulässig (lit. b). Damit sollen Maßnahmen zur Vorbeugung gegen Cyberangriffe oder

⁶⁷ Erwägungsgrund 8 der VO 2015/2120/EU verweist dazu auf die allgemeinen Grundsätze des Unionsrecht, wonach vergleichbare Situationen nicht unterschiedlich und unterschiedliche Situationen nicht gleich zu behandeln seien, es sei denn dies sei objektiv gerechtfertigt.

⁶⁸ GEREK BoR (16) 127 v. 30.8.2016, Ziffer 57 verweist dazu auf BoR (11) 53 S. 18.

⁶⁹ So: *Klement*, EuR 2017, 532, 548.

⁷⁰ Erwägungsgrund 9 der VO (EU) 2015/2120; *Werkmeister/Hermstrüwer*, CR, 2015, 570, 572.

⁷¹ Vgl. dazu und dem Folgenden: Art. Abs. 3 UAbs. 3 der VO (EU) 2015/2120.

die Verbreitung von Schadsoftware sichergestellt werden.⁷² Letztlich ist Verkehrsmanagement auch zulässig, um eine drohende Netzüberlastung zu verhindern oder einer außergewöhnlichen oder vorübergehenden Netzüberlastung zu begegnen (lit. c). Eine drohende Netzüberlastung ist nach Erwägungsgrund 15 gegeben, wenn sich die Überlastung abzeichnet. Entsprechende Maßnahmen sind nur zulässig, sofern sie zeitweilig oder unter außergewöhnlichen Umständen erfolgen. Zeitweilige Überlastungen sind vor allem im Mobilfunk denkbar, wenn sich beispielsweise wegen eines Großereignisses eine ungewöhnlich hohe Anzahl von Endgeräten in das Netz eines Sendemasts einwählt.⁷³ Diese Ausnahmen sollen einer strengen Auslegung unterliegen.⁷⁴

Nach Art. 3 Abs. 5 EUNNVO ist es den ISP auch erlaubt, „andere Dienste“ anzubieten, solange eine Optimierung aus Qualitätsgründen erforderlich ist, die Netzkapazität ausreicht und kein Nachteil für die Verfügbarkeit oder Qualität des „normalen“ Internet besteht. Damit wird die Zulässigkeit sog. „Spezialdienste“ geregelt.⁷⁵ Aus der Formulierung, dass diese anderen Dienste nur angeboten werden sollen, wenn die Netzkapazität ausreicht, um sie zusätzlich zu den bereitgestellten Internetzugangsdiensten zu erbringen,⁷⁶ lässt sich schließen, dass die Spezialdienste einem „technisch geschlossenen Bereich des Internet zugeordnet“ werden.⁷⁷ Gleichzeitig soll ein ausreichender Netzausbau sichergestellt werden.⁷⁸

Neben diesen unmittelbaren Regeln zur Netzneutralität enthält die EUNNVO in ihrem Art. 4 Transparenzvorschriften für die ISP, die zu den Bestimmungen der Richtlinie 2002/22/EG hinzutreten.⁷⁹ Damit soll sichergestellt werden, dass die Endnutzer sachkundige Entscheidungen treffen können.⁸⁰ Hierin kommt das ursprünglich von der Kommission verfolgte Prinzip der Regulierung durch Wettbewerb zum Ausdruck.⁸¹

Letztlich verpflichtet Art. 5 EUNNVO die nationalen Regulierungsbehörden, in Deutschland die Bundesnetzagentur, zur Überwachung und Sicherstellung der

⁷² Erwägungsgrund 14 der VO (EU) 2015/2120.

⁷³ *Holznagel/Hartmann*, in: Kops (Hrsg.), S. 177, 187.

⁷⁴ Erwägungsgrund 11 der VO (EU) 2015/2120.

⁷⁵ Dazu oben S. 3; zu den Begrifflichkeiten: *Klement*, in: Scheurle/Mayen, EU-NNVO Rn. 26.

⁷⁶ Erwägungsgrund 17 der VO (EU) 2015/2120.

⁷⁷ *Klement*, EuR 2017, 532, 549.

⁷⁸ *GEREK BoR* (16) 127 v. 30.8.2016, Ziffer 116.

⁷⁹ *Holznagel/Hartmann*, in: Kops (Hrsg.), S. 177, 187.

⁸⁰ Erwägungsgrund 18 der VO (EU) 2015/2120.

⁸¹ *Klement*, in: Scheurle/Mayen, EU-NNVO Rn. 24.

Pflichten der ISP. Zu diesem Zwecke wird sie ermächtigt, Anforderungen an technische Merkmale, Mindestanforderungen an die Dienstqualität und sonstige geeignete und erforderliche Maßnahmen für einen oder mehrere ISP festzulegen. Dabei handelt es sich um eine ausgesprochen weite Ermächtigung, die insbesondere in Kombination mit der Vielzahl an unbestimmten Rechtsbegriffen der Verordnung und der grundsätzlichen Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit der Regulierungsbehörden nach Art. 3 Abs. 2 S. 1, Abs. 3a S. 1 der Richtlinie 2002/21/EG, unter demokratiethoretischen Gesichtspunkten durchaus problematisch erscheint.⁸²

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die EUNNVO auf der einen Seite zwar umfassende Anforderungen an die Netzneutralität stellt, andererseits aber weitgehende Einschränkungsmöglichkeiten bereithält.⁸³ Keinesfalls schreibt sie den hier vertretenen engen Begriff der Netzneutralität wörtlich fest. In der Literatur wird bisher einhellig die Unbestimmtheit der Verordnung kritisiert.⁸⁴ Bevor im Folgenden die europa- und verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen ermittelt werden, woran anschließend die EUNNVO gemessen wird, soll noch ein Blick auf einen aktuellen Anwendungsfall der EUNNVO in Deutschland und die dazu ergangenen Gerichtsentscheidungen geworfen werden.

III. Aktueller Anwendungsfall – „StreamOn“

1. Standpunkt der Bundesnetzagentur

Die Bundesnetzagentur verbot der Deutschen Telekom 2017 Teile ihres im Rahmen von „StreamOn“ angebotenen Zero-Rating-Dienstes für Audio- oder Video-streaming bestimmter „Content-Partner“.⁸⁵ Sie sah unter anderem in der grundsätzlichen Beschränkung der Datenübertragungsrate auf 1,7 Mbit/s für Videos einen Verstoß gegen das Gebot zur Gleichbehandlung des Datenverkehrs (Art. 3 Abs. 3

⁸² Dazu unten S. 25 f.

⁸³ *Klement*, in: Scheurle/Mayen, EU-NNVO Rn. 36; *Rogge* sieht gar das eigentliche Ziel der Netzneutralität in Form einer gleichberechtigten Übertragung nicht in der VO enthalten, sondern erkennt in ihr lediglich einen „Leitrahmen“ für Netzwerkmanagementmaßnahmen, vgl. *Rogge*, S. 148.

⁸⁴ *Osing*, S. 89; *Rogge*, S. 143; *Werkmeister/Hermstrüwer*, CR, 2015, 570, 576; *Klement*, EuR 2017, 532, 560; *Klement*, in: Scheurle/Mayen, EU-NNVO Rn. 85.

⁸⁵ Der Bescheid der BNetzA gegen das StreamOn der Telekom ist online abrufbar unter: https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Netzneutralitaet/Entscheidung_zu_StreamOn.pdf?__blob=publicationFile&v=2 zuletzt abgerufen am: 30.12.2019. Das Zero Rating Angebot von Vodafone („Vodafone Pass“) wurde von der BNetzA zwar ebenfalls beanstandet, allerdings nicht wegen eines Verstoßes gegen die EUNNVO vgl. insoweit: https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Anbieterpflichten/EUROaming/Vodafone-Pass.pdf?__blob=publicationFile&v=3 zuletzt abgerufen am: 30.12.2019.

EUNNVO), welcher auch nicht gerechtfertigt sei.⁸⁶ Die Reduzierung galt für den gesamten Videobereich, unabhängig ob er von „Content-Partnern“ stammte oder nicht, und konnte durch die Endkunden deaktiviert werden, wobei dann eine Anrechnung auf das Datenvolumen erfolgte. Die dagegen von der Telekom ergriffenen Rechtsbehelfe blieben bisher ohne Erfolg. Sowohl das VG Köln als auch das OVG Münster hielten den Bescheid der Bundesnetzagentur im einstweiligen Rechtsschutz für rechtmäßig und ordneten eine aufschiebende Wirkung bereits aus diesem Grund nicht an.⁸⁷ Auch wenn im einstweiligen Rechtsschutz nur eine summarische Prüfung erfolgte,⁸⁸ ist mit einem anderen Ausgang in der Hauptsache nicht zu rechnen, denn beide Gerichte nahmen eine sehr umfangreiche Überprüfung vor.

2. Verteidigung der Deutschen Telekom

Die Deutsche Telekom berief sich zuvorderst darauf, dass es sich bei der Beschränkung der Übertragungsgeschwindigkeit von Videos auf 1,7 Mbit/s um eine vertragliche Vereinbarung im Sinne von Art. 3 Abs. 2 EUNNVO handle, die unproblematisch sei. Hilfsweise brachte sie vor, dass es sich jedenfalls um eine angemessene Verkehrsmanagementmaßnahme gemäß Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EUNNVO handle, weil die Maßnahme zu einer optimalen Auslastung der vorhandenen Netzressourcen beitrage.⁸⁹ Zudem könne damit eine drohende Netzüberlastung verhindert werden,⁹⁰ was letztlich auf Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit c EUNNVO abzielt.

3. Entscheidung der Gerichte und eigene Bewertung

Beide Gerichte widersprechen den vorgebrachten Rechtsansichten der Deutschen Telekom, indem sie lehrbuchartig anhand der Auslegungsmethoden des Europarechts den Sachverhalt unter die Voraussetzungen der Verordnung subsumieren.

Zunächst stellen die Gerichte fest: allein der Umstand, wonach die Drosselung auf einer Vereinbarung mit dem Endkunden beruht, führt nicht dazu, dass kein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 EUNNVO vorliegt. Zu dieser Erkenntnis kommen sie durch

⁸⁶ Die ebenfalls enthaltene Beanstandung, dass die Regelung, welche vorsah, dass eine Anrechnung der Daten im Ausland gleichwohl erfolge, gegen Art. 6a der VO (EU) 2017/920 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.05.2017 zur Änderung der VO (EU) 531/2012 in Bezug auf Vorschriften für Großkunden-Roamingmärkte (ABl. L 147/1) verstoße, ist vorliegend nicht von Belang.

⁸⁷ Vgl. VG Köln, CR 2019, 56 ff; OVG Münster, BeckRS 2019, 14541. Der Rechtsstreit spielt sich im einstweiligen Rechtsschutz ab, da § 137 Abs. 1 TKG den Entfall der aufschiebenden Wirkung (§80 Abs. 1, 2 VwGO) anordnet.

⁸⁸ Dazu allgemein aus neuerer Zeit: *Heinemann*, NVwZ 2019, 517 ff.

⁸⁹ Vgl. die Zusammenfassung des Tatbestandes durch das OVG Münster, BeckRS 2019, 14541 Rn. 3.

⁹⁰ Vgl. insoweit VG Köln, MMR 2019, 197, 200.

eine Analyse des Wortlauts, der keinen solchen Vorbehalt enthält. Vor allem aber, indem sie dem Telos und der Historie der EUNNVO das Best-Effort-Prinzip als ein Funktionsprinzip im Sinne eines objektiven Gebots zugunsten sämtlicher Internetnutzer entnehmen, auf dessen Schutz der einzelne End-User nicht wirksam durch vertraglichen Ausschluss verzichten kann, da diese Abrede einem Vertrag zulasten Dritter gleichkäme.⁹¹ Dem ist insofern zuzustimmen, als jene Anbieter von Video-streamingangeboten, die nicht zugleich „Content-Partner“ der Telekom sind, gleichfalls der Drosselung unterliegen, ohne dass sie in irgendeiner Weise darauf Einfluss hätten. Gegen die Annahme eines objektiven Gebots spricht auch nicht, dass Art. 3 Abs. 1 EUNNVO als subjektives Recht zugunsten der Endverbraucher ausgestaltet wurde. Denn wie aus Erwägungsgrund 1 der Verordnung hervorgeht, sollte durch sie *gleichzeitig* das Ökosystem des Internets als Innovationsmotor geschützt werden,⁹² wodurch der objektive Ansatz zum Ausdruck kommt. Noch deutlicher wird dies durch die oben vorgenommene Trennung zwischen zugangs- und übermittlungsbezogener Netzneutralität. Da die Drosselung im vorliegenden Fall auf dem Teilgebiet der Videoinhalte erfolgt, liegt die vertragliche Vereinbarung nicht im Bereich des generellen Internetzugangs (Art. 3 Abs. 1 EUNNVO), wo gegebenenfalls Vereinbarungen zulässig sind, sondern regelt die Modalitäten der Übertragung einer bestimmten Verkehrskategorie (Art. 3 Abs. 3 EUNNVO), wo solche Vereinbarungen gerade nicht mehr vorgesehen sind. Damit sind nach dem systematischen Aufbau der EUNNVO Vereinbarungen von Datenvolumina oder Geschwindigkeit im Allgemeinen zwar zulässig, bezogen auf einzelne Verkehrskategorien hingegen nicht.⁹³

Folglich kommt es weiter auf die Frage an, ob es sich bei der Beschränkung der Übertragungsgeschwindigkeit auf 1,7 Mbit/s um eine angemessene Verkehrsmanagementmaßnahme im Sinne von Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EUNNVO handelt. Um als angemessen zu gelten, müssen die Verkehrsmanagementmaßnahmen transparent, nichtdiskriminierend und verhältnismäßig sein und dürfen nicht auf kommerziellen Erwägungen beruhen (Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 S. 2 EUNNVO). Das VG Köln sieht, insofern unbeanstandet durch das OVG, letzteres als nicht gegeben an und lässt bereits daran die Zulässigkeit als angemessene Verkehrsmaßnahme scheitern.

⁹¹ OVG Münster, BeckRS 2019, 14541 Rn. 17 ff; VG Köln, CR 2019, 56, 57 ff; siehe auch: *Kühling*, K&R 2017, Editorial zu Heft 11; a.A. insoweit *Fetzer*, MMR 2017, 579, 582; *Gerpott*, K&R 2017, 677, 681.

⁹² Vgl. auch: OVG Münster, BeckRS 2019, 14541 Rn. 19.

⁹³ OVG Münster, BeckRS 2019, 14541 Rn. 24.

Es stellt dabei die Regel auf, dass immer dann, wenn eine Differenzierung nicht durch objektiv verschiedene Anforderungen an die technische Qualität der Dienste zu rechtfertigen ist, kommerzielle Erwägungen anzunehmen seien.⁹⁴ Diese Auslegung führt zwangsläufig dazu, dass eine Drosselung der Übertragungsgeschwindigkeit einzelner Verkehrskategorien nie eine angemessene Verkehrsmanagementmaßnahme im Sinne von Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EUNNVO sein kann. Denn es scheint nicht vorstellbar, dass ein Dienst als objektive Anforderung eine verlangsamte Übertragung voraussetzt. Damit können über diesen Unterabsatz allenfalls Priorisierungen besonders qualitätssensibler Dienste gerechtfertigt werden.

Letztlich kommt damit nur noch Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. c EUNNVO als Rechtfertigungsgrund in Betracht. Zu Recht lehnen dies die Gerichte ab. Zwar trägt die Begründung, wonach die Gefahr der Netzüberlastung erst durch die Einführung des Produkts „StreamOn“ entsteht und deshalb nicht zugleich eine Drosselung eingeführt werden kann,⁹⁵ nicht. Denn woher die Netzüberlastung stammt, kann für die Zulässigkeit der Managementmaßnahmen nicht ausschlaggebend sein. Allerdings greift Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 lit. c EUNNVO bei der zu Recht gewählten engen Auslegung als Ausnahmetatbestand schon deshalb nicht, weil die Verkehrsmanagementmaßnahme nur für Videostreaming innerhalb von „StreamOn“-Verträgen gilt und damit nicht alle Verkehrsarten (alle Videos) gleichbehandelt werden. Bereits der systematische Aufbau der Ausnahmetatbestände und deren Anknüpfen an außerhalb der einzelnen Vertragsbeziehung liegende Umstände (Zulässigkeit durch Rechtsakte untersagt, Schutz der Netzintegrität und vor Netzüberlastungen) spricht für eine Auslegung, wonach die Ausnahmetatbestände nur netzübergreifende Maßnahmen unabhängig von einzelnen Vertragsbeziehungen rechtfertigen können. Die vorliegende Gestaltung der Deutschen Telekom sollte aber allenfalls zur Schonung der vorhandenen Netzressourcen vor mit dem „StreamOn“ Angebot möglicherweise einhergehendem erhöhtem Datenverbrauch dienen, sodass eine Umgehung des allgemeinen Verbots der Ungleichbehandlung vorliegt.⁹⁶

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Zero-Rating-Angebote auch nach den Entscheidungen des VG Köln sowie des OVG Münster nicht generell mit der

⁹⁴ VG Köln, MMR 2019, 197, 199 Rn. 56 a.E.

⁹⁵ So: VG Köln, MMR 2019, 197, 200 Rn. 62; unbeanstandet durch das OVG Münster, BeckRS 2019, 14541 Rn. 42 f.

⁹⁶ OVG Münster, BeckRS 2019, 14541 Rn. 43.

EUNNVO unvereinbar sind, in ihren Einzelheiten aber genau geprüft werden müssen. Ein von der Bundesnetzagentur bislang nicht beanstandeter Regelungsbestandteil des „StreamOn“ Angebots ist beispielsweise die Beschränkung, dass die Freistellung von der Datenanrechnung dann nicht gilt, wenn der Dienst mittels Tethering⁹⁷ über ein drittes Gerät abgerufen wird. Dies stellt sich zumindest hinsichtlich der Endgerätefreiheit als nicht gänzlich unproblematisch dar.⁹⁸ Die Gerichte heben bei ihren Entscheidungen aber durchweg die Unbestimmtheit der Verordnung hervor.⁹⁹ Es ist daher zu begrüßen, wenn der EuGH aktuell im Rahmen von zwei Vorabentscheidungsersuchen¹⁰⁰ Gelegenheit dazu hat, durch seine Urteile eine Konkretisierung vorzunehmen und damit zu einer europaweit einheitlicheren Anwendung der EUNNVO beitragen kann.

D. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

Bevor zu den europarechtlichen Rahmenbedingungen übergegangen wird, die vor allem im Bereich der Regulierung immer wichtiger werden,¹⁰¹ soll ein Blick in das nationale Verfassungsrecht und dessen Anforderungen geworfen werden. Diese sind trotz der mittlerweile erfolgten europarechtlichen Regelung nicht obsolet, da, wie gezeigt, die EUNNVO nur die Internetzugangsanbieter auf Endkundenebene erfasst.¹⁰² Außerdem hat die EUNNVO der Vorbehaltejudikatur¹⁰³ des BVerfG standzuhalten.

Zunächst ist festzuhalten, dass das Grundgesetz keine allgemeinen Aussagen zu den Anforderungen an das Wirtschaftssystem trifft.¹⁰⁴ Es gibt weder vor, dass eine umfassende Regulierung zu erfolgen, noch dass eine solche möglichst zu unterbleiben

⁹⁷ Beim Tethering wird die mobile Datenverbindung eines Mobiltelefons mittels eines PC's o.Ä. genutzt. Das Smartphone fungiert dabei als eine Art Modem. Die Verbindung zwischen den Geräten kann sowohl kabelgebunden als auch drahtlos erfolgen. Zum Ganzen näher: *Schreiner*, S. 161.

⁹⁸ Vgl. dazu: BoR (16) 127 v. 30.8.2016, Ziffer 27; *Gerpott*, K&R 2017, 677, 682 f.; a.A. insoweit zu einer vergleichbaren Regelung beim „Vodafone Pass“: LG Düsseldorf, MMR 2019, 626, 629.

⁹⁹ Vgl. z.B. VG Köln, MMR 2019, 197, 199 Rn. 53.

¹⁰⁰ Vgl. die Vorabentscheidungsersuchen des Fővárosi Törvényszék (Ungarn) vom 20. Dezember 2018 - C807/18- (ABl. C 139/23) und vom 23. Januar 2019 – C39/19 (ABl. C 139/31), wo unter anderem die Frage aufgeworfen wird, ob Art. 3 Abs. 3 EUNNVO dahingehend auszulegen ist, dass er eine objektive Gewährleistung enthält, in deren Abbedingung der Einzelne nicht wirksam einwilligen kann.

¹⁰¹ Dazu nur: *Schmidt-Preuß*, in: *Bien/Ludwigs*, S.11, 13; *Fischer*, in: *Kloepfer*, S. 29, 31f.

¹⁰² In den GEREK Leitlinien wird explizit erwähnt, dass die Zusammenschaltungsdienste von der Regulierung ausgenommen sind, vgl. BoR (16) 127 v. 30.8.2016, Ziffern 5, 6, 50.

¹⁰³ Zur Grundrechtskontrolle: BVerfGE 73, 339, 387; zur Ultra-vires- und Identitätskontrolle: BVerfGE 123, 267, 353 f.; zum ganzen eingehend: *Ludwigs/Sikora*, EWS 2016, 121, 123 ff.

¹⁰⁴ H.M. aber str. vgl. dazu allgemein: *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 2 Rn. 76; BVerfGE 4, 7, 8 spricht von der wettbewerbspolitischen Neutralität des Grundgesetzes.

hat.¹⁰⁵ Auch enthält das Grundgesetz keine unmittelbaren Vorschriften zur Netzneutralität.¹⁰⁶ Die Notwendigkeit bzw. Zulässigkeit einer Regulierung muss vielmehr im Einzelfall anhand einzelner Gewährleistungen, insbesondere der Grundrechte, beurteilt werden.

I. Art. 87f GG

Erster Anknüpfungspunkt für Regelungen zur Telekommunikation, worunter auch das Internet als körperlose Übermittlungsform mittels elektromagnetischer Signale fällt,¹⁰⁷ ist Art. 87f GG. Danach ist das eigenständige *Erbringen* von Telekommunikationsdienstleistungen keine staatliche Aufgabe mehr.¹⁰⁸ Der Staat hat sich vielmehr auf eine indirekte Gewährleistungsverantwortung als Teil der staatlichen Daseinsvorsorge zurückgezogen.¹⁰⁹ Art. 87f GG stellt deshalb „eine wesentliche Weiche zur Bestimmung der Modalitäten der Kommunikationsverfassung (...) dar.“¹¹⁰

Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG schreibt die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen als privatwirtschaftliche Tätigkeiten durch die aus dem Sondervermögen Deutsche Bundespost hervorgegangenen Unternehmen und durch andere private Anbieter vor. Aus diesem Gebot der Privatwirtschaftlichkeit¹¹¹ lässt sich *prima facie* ein Vorrang der marktwirtschaftlichen Selbstregulierung ableiten.¹¹² Allerdings muss der Absatz durch seine systematische Stellung im Zusammenhang mit Art. 87f Abs. 1 GG gesehen werden.¹¹³ Dieser fordert flächendeckende, angemessene und ausreichende Dienstleistungen. Er schreibt insofern eine generelle Infrastrukturgarantie und Überwachungsverantwortung für den Telekommunikationssektor sowie die kommunikationstechnischen Voraussetzungen fest.¹¹⁴ Davon nicht erfasst sind nach ganz herrschender Auffassung *Inhalte* der Kommunikation, deren Schutz den Grundrechten obliegt.¹¹⁵

Das Merkmal „angemessen“ bezieht sich auf die Qualität und den Preis der Dienstleistung.¹¹⁶ Hier ist am ehesten eine Anknüpfung für eine Regulierung zugunsten

¹⁰⁵ So auch *Guggenberger*, S. 228 f.

¹⁰⁶ *Bortnikov*, S. 39.

¹⁰⁷ Zur Subsumtion des Internet unter den Begriff Telekommunikation vgl. BVerfG (K), NJW 2016, 3508, Rn. 31 m.w.N.

¹⁰⁸ *Gersdorf*, AfP 2011, 209, 212.

¹⁰⁹ *Windhorst*, in: Sachs, Art. 87f Rn. 8; *Kloepfer*, AfP 2010, 120, 121.

¹¹⁰ *Ziebarth*, S. 167.

¹¹¹ BVerfGE 108, 169, 183 (zu Postdienstleistungen); *Windhorst*, in: Sachs, Art. 87f Rn. 22.

¹¹² *Guggenberger*, S. 226.

¹¹³ BVerfGE 108, 370, 393 (zu Postdienstleistungen); *Ziebarth*, S. 169.

¹¹⁴ Vgl. *Degenhart*, in: *Kloepfer*, S. 67, 71.

¹¹⁵ Satt vieler: *Gersdorf*, in v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 87f Rn. 13 m.w.N.

¹¹⁶ BReg, BT-Dr 12/7296, S. 10.

der Netzneutralität denkbar. Allerdings bezeichnet Art. 87f Abs. 1 GG weder das konkrete Ausmaß noch die Grenzen der staatlichen Intervention.¹¹⁷ Er ist vielmehr als Staatszielbestimmung zu verstehen, die dem Einzelnen keine einklagbaren Rechte gewähren soll.¹¹⁸ Wegen der weiten Fassung der Regelung lassen sich keine konkreten und fassbaren Steuerungsinhalte für das einfache Recht zur Netzneutralität ableiten.¹¹⁹ Art. 87f Abs. 1 GG schreibt damit nicht unmittelbar das Best-Effort-Prinzip vor, sondern verlangt lediglich eine angemessene Grundversorgung,¹²⁰ welche nach den objektiven Bedürfnissen der Nutzer zu bestimmen ist.¹²¹ Dem Gesetzgeber kommt ein weiter Gestaltungsspielraum zu,¹²² wobei er nicht auf ein Untermaßverbot beschränkt ist.¹²³ Insbesondere gilt es die Versorgung der Bürgerinnen und Bürger mit Kommunikationsdienstleistungen so sicherzustellen, dass die Realisierung ihrer Grundrechte und eine ausreichende Teilhabe am gesellschaftlichen Leben ermöglicht wird.¹²⁴

Abschließend lässt sich feststellen: Art. 87f Abs. 2 GG führt zunächst dazu, dass sich die privaten ISP auf das Wettbewerbsprinzip berufen können und damit staatliche Eingriffe abwehren können.¹²⁵ Dies findet allerdings seine Grenze in der Gewährleistungsverantwortung des Art. 87f Abs. 1 GG.¹²⁶ Vor diesem Hintergrund steht Art. 87f GG einer Regulierung auch auf EU-Ebene nicht im Weg.

II. Die Grundrechte

Die grundrechtliche Konstellation hinsichtlich der Netzneutralität ist komplex. Mit den ISP, den Content-Providern und den End-Usern sind drei Akteure in den Blick zu nehmen.¹²⁷ Noch spannender wird die Sachlage durch den Umstand, dass einige ISP selbst Inhalte anbieten und damit vertikal integriert sind.¹²⁸ Nicht betrachtet werden sollen die Grundrechte des Persönlichkeits- und Privatsphärenschutzes (etwa Art. 10 GG), die vor allem im Hinblick auf einzelne Verkehrsmanagementmaßnahmen (DPI) betroffen sein können,¹²⁹ aber für das Thema Netzneutralität

¹¹⁷ *Schneider*, in: Kloepfer, S. 35, 41 f.

¹¹⁸ *Windhorst*, in: Sachs, Art. 87f Rn. 14.

¹¹⁹ *Schneider*, in: Kloepfer, S. 35, 43; *Bortnikov*, S. 65; *Guggenberger*, S. 228.

¹²⁰ *Bortnikov*, S. 60 f; *Greve*, VR 2013, 109, 111.

¹²¹ Vgl. *Möstl*, in: Maunz/Dürig, Art. 87f Rn. 72.

¹²² *Greve*, VR, 2013, 109, 111.

¹²³ *Degenhart*, in: Kloepfer, S. 67, 74.

¹²⁴ *Möstl*, in: Maunz/Dürig, Art. 87f Rn. 72.

¹²⁵ So zumindest: *Gersdorf*, AfP 2011, 209, 212.

¹²⁶ *Ziebarth*, S. 178

¹²⁷ *Degenhart*, in: Kloepfer, S. 67, 68; *Bäcker*, in: Kloepfer, S.109, 112.

¹²⁸ *Rockenbach*, S. 18.

¹²⁹ Dazu näher: *Bortnikov*, S. 130 ff.; *Ziebarth*, S. 114 ff;

nicht unmittelbar relevant sind, da sie lediglich die Frage der Art und Weise des Managements betreffen. Zunächst muss geklärt werden, inwieweit die nationalen Grundrechte überhaupt relevant werden (1.). Anschließend sollen die Grundrechte der ISP in den Blick genommen werden, da dort die übliche Abwehrfunktion gegen Regulierungen durch den Staat greift und damit ein leichter Zugriff möglich ist (2.). Darauf folgend wird das Augenmerk auf die Gewährleistungen des Art. 5 GG zugunsten sowohl der Content Provider als auch der End User gerichtet (3.). Dabei ist neben der genauen Einordnung in die unterschiedlichen Schutzbereiche vor allem die Frage nach der Bindung der ISP an die Grundrechte von Interesse.

1. Anwendbarkeit der nationalen Grundrechte

Bevor in eine Prüfung der einzelnen Grundrechtspositionen eingestiegen werden kann, muss zunächst die Anwendbarkeit der nationalen Grundrechte angesprochen werden. Die Einzelheiten des Verhältnisses von Unionsrecht zum nationalen Recht sind umstritten und würden eine eigenständige Abhandlung rechtfertigen, sodass nur holzschnittartig darauf eingegangen werden kann.¹³⁰ Eine Prüfung der EUNNVO an den Gewährleistungen des Grundgesetzes ist nicht selbstverständlich. Schließlich handelt es sich um einen Rechtsakt der Union, welcher vorrangig an den Gewährleistungen der Grundrechtecharta zu messen ist.¹³¹ Die nationalen Grundrechte haben ihre Bedeutung allerdings nicht vollständig verloren. Zum einen hat das BVerfG eine Prüfung von Unionsakten an den Grundrechten des Grundgesetzes nur so lange zurückgenommen, wie die EU generell einen wirksamen Schutz der Grundrechte gewährleistet, der jenem im Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen vergleichbar ist.¹³² Zum anderen prüft das BVerfG innerstaatliches Recht auch dann primär anhand der Gewährleistungen der deutschen Grundrechte, wenn es zur Durchführung des Unionsrechts dient, von diesem aber nicht vollständig determiniert ist.¹³³ Letzteres dürfte im Anwendungsbereich der EUNNVO im Hinblick auf Maßnahmen der BNetzA auf Grundlage von Art. 5 Abs. 1 der Verordnung virulent werden. Im Übrigen spielen die nationalen

¹³⁰ Dazu im Überblick: *Ehlers*, in: ders., § 14 Rn. 73 ff. m.w.N.

¹³¹ Insoweit stimmen EuGH und BVerfG überein. Gleiches würde gelten, wenn eine innerstaatliche Rechtsvorschrift vorläge, welche eine Richtlinie in deutsches Recht umsetzt und kein Umsetzungsspielraum bestünde, vgl. BVerfGE 118, 79, 95. Zum Ganzen eingehend: *Ludwigs/Sikora*, EWS 2016, 121, 122 ff.; *Ludwigs*, EuGRZ 2014, 273, 280 ff.

¹³² So jedenfalls die Solange II Formel des BVerfG (BVerfGE 73, 339), zu der es, nach einer Abweichung im Maastricht Urteil (BVerfGE 89, 155) in der Bananenmarktentscheidung (BVerfGE 102, 147) wieder zurückgekehrt ist.

¹³³ Zuletzt: BVerfG, EuZW 2019, 1021, 1022 Rn. 42 ff.

Gewährleistungsgehalte der Verfassungsüberlieferungen gemäß Art. 53 Abs. 4 GR-Charta für die Auslegung der Charta gegebenenfalls eine Rolle.

2. Die Grundrechtspositionen der Internetserviceprovider

Als einschlägige Grundrechte kommen vor allem Art. 12 und 14 GG in Betracht.

a) Die Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG

Die Berufsfreiheit schützt als einheitliches Grundrecht jede auf Dauer ausgerichtete und nicht nur vorübergehende, der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienenden Tätigkeit.¹³⁴ Der Betrieb der Netze, sowie die Vermittlung von Zugangsverträgen zum Internet, stellen eine solche Betätigung dar, sodass der sachliche Schutzbereich unproblematisch eröffnet ist. Daneben erfasst Art. 12 Abs. 1 GG die sogenannte Unternehmerfreiheit, also das Recht, ein Unternehmen frei zu gründen und nach eigenen Vorstellungen zu führen,¹³⁵ sowie die Gewährleistung der freien Preisbildung.¹³⁶ Darunter lässt sich der Einsatz von Netzmanagementmaßnahmen und damit einhergehende neue Preismodelle subsumieren.¹³⁷ Da es sich bei den ISP um juristische Personen des Privatrechts handelt, muss das Grundrecht nach Art. 19 Abs. 3 GG seinem Wesen nach auf sie anwendbar sein. Weil die Berufsausübung gerade häufig durch die Gründung juristischer Personen erfolgt und damit eine besondere Nähe besteht, ist dies bei der Berufsfreiheit nach nahezu einhelliger Meinung der Fall.¹³⁸ Problematisch könnte bei einzelnen ISP sein, dass sie als Folgeunternehmen der Deutschen Bundespost noch immer in Teilen in staatlicher Hand sind.¹³⁹ Die Grundrechtsfähigkeit wird aber ganz herrschend nicht mehr in Frage gestellt, da gerade kein staatlich beherrschender Einfluss bei dem gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen mehr besteht.¹⁴⁰

Schreibt der Staat den ISP vor, wie sie die Daten durch ihre Netze zu transportieren und welche Transparenzvorschriften sie einzuhalten haben bzw. gibt er Anforderungen bzgl. der Ausgestaltung des Angebots von Spezialdiensten, so stellt dies

¹³⁴ *Wieland*, in: Dreier, Art. 12 Rn. 55ff. m.w.N.

¹³⁵ BVerfGE 50, 290, 363.

¹³⁶ BVerfGE 114, 196, 244; *Ludwigs*, NVwZ 2008, 954, 957; eine a.A. ordnet dies Art. 2 I GG zu vgl. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Art. 2 Rn. 101 ff.

¹³⁷ *Guggenberger*, S. 222; *Ziebarth*, S. 140.

¹³⁸ Dazu: BVerfG, NVwZ 2010, 1212, 1214; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Art. 12 Rn. 106 f. m.w.N.; eine Mindermeinung vertritt insoweit *Rittsteig*, in: AK GG, Art. 12 Rn. 158.

¹³⁹ Dies betrifft die Deutsche Telekom, von der die BRD noch 31,9 % der Anteile hält, vgl. <https://www.telekom.com/de/investor-relations/unternehmen/aktionaersstruktur>, zuletzt abgerufen am: 30.12.2019.

¹⁴⁰ BVerfGE 115, 205, 227 f.; *Möstl*, in: Maunz/Dürig, Art. 87 f Rn. 52.

Eingriffe mit einer objektiv berufsregelnden Tendenz¹⁴¹ in Art. 12 Abs. 1 GG dar. Jene erfolgen nach der Drei-Stufen-Lehre¹⁴² auf unterster Ebene in Form von Berufsausübungsregelungen. Den ISP wird es weder rechtlich noch persönlich unmöglich gemacht, Telekommunikationsdienstleistungen zu erbringen.¹⁴³ Ihnen werden Vorgaben hinsichtlich der Art und Weise der Ausübung gemacht.

Die Berufsfreiheit wird allerdings nicht schrankenlos gewährleistet, sondern steht unter dem Vorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG. Zur Rechtfertigung einer Berufsausübungsregelung bedarf es vernünftiger Erwägungen des Allgemeinwohls.¹⁴⁴ Die Gewährleistung eines offenen Internets durch Regelungen zur Netzneutralität stellt eine solche vernünftige Erwägung dar, was insbesondere durch die anschließende Erörterung der betroffenen Belange der Content-Provider und End-User deutlich wird. In diesem Kontext ist überdies Art. 87f Abs. 1 GG zu berücksichtigen, der eine weitergehende Sozialverpflichtung der Netzbetreiber festschreibt und damit eine stärkere Belastung durch den Gesetzgeber ermöglicht.¹⁴⁵

b) Die Eigentumsfreiheit, Art. 14 GG

Neben der Berufsfreiheit könnte auch die Eigentumsfreiheit des Art. 14 Abs. 1 GG für die ISP ins Feld geführt werden. Die Abgrenzung erfolgt herkömmlicherweise danach, dass die Eigentumsfreiheit das bereits Erworbene schützt, wohingegen die Berufsfreiheit die Erwerbssaussicht erfasst.¹⁴⁶ Demnach könnten die bestehenden Netze unter Art. 14 GG fallen. Unter den Eigentumsbegriff fallen alle vermögenswerten Rechte, die ihrem Inhaber von der Rechtsordnung in der Weise zugeordnet sind, dass dieser die damit verbundenen Befugnisse nach eigenverantwortlicher Entscheidung zu seinem privaten Nutzen ausüben darf.¹⁴⁷ Netzneutralitätsverpflichtungen verkürzen zunächst die Nutzungsbefugnis der Netzeigentümer.¹⁴⁸ Aber auch das Nutzungsrecht der ISP als Internetzugangsanbieter und damit Mieter der Netzinfrastruktur wird geschützt.¹⁴⁹ Der Schwerpunkt der Netzneutralitätsregeln liegt in der Regelung zur Zulässigkeit von Netzmanagement und der

¹⁴¹ Zu diesem Kriterium: BVerfGE 113, 29, 48 m.w.N., dessen es aber wegen des klassischen Eingriffs nicht unbedingt bedürfte.

¹⁴² BVerfGE 7, 377, 405

¹⁴³ *Bortnikov*, S. 85.

¹⁴⁴ BVerfGE 7, 377, 405; *Wieland*, in: Dreier: Art. 12, Rn. 118.

¹⁴⁵ *Windhorst*, in: Sachs, Art. 87 f Rn. 16; *Möstl*, in: Maunz/Dürig, Art. 87 f Rn. 43.

¹⁴⁶ BVerfGE 88, 388, 377; *Wieland*, in: Dreier, Art. 12 Rn. 181.

¹⁴⁷ BVerfGE 115, 97, 110 f; BVerfGE 112, 93, 107 m.w.N.

¹⁴⁸ *Guggenberger*, S. 222.

¹⁴⁹ Vgl. *Bortnikov*, S. 94, der in Fußnote 625 auf BVerfGE 89, 1, 6f. Bezugnimmt.

Frage, ob dies als Geschäftspraxis zulässig ist oder nicht, auch wenn das Nutzungsrecht mitbetroffen ist.¹⁵⁰ Das BVerfG ist in jüngster Zeit in einzelnen Entscheidungen dazu übergegangen, bei mehreren einschlägigen Grundrechten mit derselben Schutzrichtung eine Schutzverstärkung anzunehmen,¹⁵¹ was zwar nicht unumstritten ist,¹⁵² vorliegend aber zu einer hinreichenden Berücksichtigung der Wertungen von Art. 14 GG führt. Im Übrigen ist zu beachten, dass das Eigentum ebenfalls einer Schrankenregelung unterliegt, die bereits explizit eine Sozialbindung in Art. 14 Abs. 2 GG vorsieht. Aus dem oben Gesagten und den folgenden Erläuterungen lässt sich gar über eine gesteigerte Sozialbindung der ISP nachdenken,¹⁵³ sodass sich der Nutzen einer Berufung auf Art. 14 GG in abwehrrechtlicher Hinsicht für die ISP in Grenzen hält.

c) Zwischenergebnis

Staatliche Regulierung zur Netzneutralität muss sich grundsätzlich an den Grundrechten der ISP messen lassen. Da vorliegend eine europarechtliche Normierung erfolgte, schwindet, wie oben ausgeführt, die Bedeutung der nationalen Grundrechte. Weder mit Blick auf die Berufsfreiheit noch die Eigentumsgarantie dürfte ein *generelles* Schutzdefizit vorliegen, sodass der Solange II-Vorbehalt nicht aktualisiert wird. Darüber hinaus scheint die EUNNVO, selbst wenn sie an nationalen Grundrechten zu messen wäre, nicht als unverhältnismäßig. Schließlich schreibt die Verordnung gerade keine strikte Netzneutralität vor, sondern beschränkt sich auf ein Diskriminierungsverbot. Außerdem sind angemessene Netzmanagementmaßnahmen zulässig und auch das Angebot von Spezialdiensten wird nicht generell untersagt. Das BVerfG sieht es darüber hinaus als erwiesen an, dass eingetretene Fehlentwicklungen auf dem medienrechtlichen Feld nur noch schwer umkehrbar sind,¹⁵⁴ was für einen erweiterten Handlungsspielraum des Gesetzgebers und für die Zulässigkeit von Regulierungsmaßnahmen spricht.

¹⁵⁰ Jäkel, S. 48ff.

¹⁵¹ Z.B.: BVerfGE 113, 29, 48 ff.; BVerfGE 104, 337, 347; BVerfGE 101, 361, 386; BVerfGE 91, 346, 356; BVerfGE 90, 255, 259; 82, 236, 258.

¹⁵² Eine Übersicht mit weiteren Nachweisen bietet: Hofmann, AöR 2008, 523 ff.

¹⁵³ Ludwigs, NVwZ 2008, 954, 958; Schlauri, S. 127.

¹⁵⁴ BVerfGE 119, 181, 217; BVerfGE 121, 30, 52 m.w.N.

3. Die Grundrechtspositionen der Content Provider und End-User

Anders als bei den Grundrechten der ISP stellt sich die Lage bei den Content-Providern und End-Usern weniger eindeutig dar. Zum einen ist bereits die genaue Einordnung in einen grundrechtlichen Schutzbereich umstritten. Zum anderen wird durch das Netzwerkmanagement der ISP potentiell von privaten Unternehmen in die Grundrechtspositionen eingegriffen. Es stellt sich mithin die Frage, inwieweit eine Bindung der ISP angenommen werden kann bzw. ob und in welchem Umfang der Staat durch Schutzpflichten zum Handeln aufgefordert ist.

a) Einordnung in einen Schutzbereich von Art. 5 GG

Einigkeit besteht dahingehend, dass die Tätigkeiten der Content-Provider und End-User nicht ohne grundrechtlichen Schutz sind.¹⁵⁵ Wie dieser auszusehen hat und durch welche Verfassungsbestimmung er konkret vermittelt wird, ist streitig.¹⁵⁶ Das Meinungsspektrum deckt alle möglichen Teilaspekte von Art. 5 GG ab und lässt sich in zwei Hauptströmungen differenzieren.

Ein Ansatz subsumiert die Tätigkeit der Content-Provider unter die Medienfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, wohingegen die andere Strömung eine Zuordnung zur Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG vornimmt. Diese Standpunkte orientieren sich zunächst an der herkömmlichen Abgrenzung, ob eine Individual- oder Massenkommunikation stattfindet.¹⁵⁷ Bereits an dieser Unterscheidung wird deutlich, dass eine Zuordnung des Internets als Ganzes nicht möglich ist.¹⁵⁸ So findet beispielsweise der E-Mail-Verkehr regelmäßig zwischen zwei Individuen statt, wohingegen Nachrichtenportale um eine möglichst breite Wirkung bemüht sind. Daneben existiert eine Vielzahl von Mischformen wie etwa Social-Media-Plattformen. Nahezu einhellig wird der bloße Abruf von allgemein zugänglichen Informationen durch die End-User unter die Informationsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG gefasst.¹⁵⁹ Wobei auch diese Zuordnung an ihre Grenzen stößt, da im Internet „der Rollenwechsel vom Rezipienten hin zum Kommunikator“ typisch ist.¹⁶⁰ Aus diesem Grund plädieren einige Stimmen für die Neuschöpfung einer „Internetdienstefreiheit“ als weitere Medienfreiheit, wobei als Unterscheidungskriterium zur

¹⁵⁵ Vgl. nur: *Guggenberger*, S. 209; *Bortnikov*, S. 58; *Ziebarth*, S. 123; *Koreng*, CR 2009, 758, 759 f.; *Greve*, VR 2013, 109, 111; *Holznapel*, AfP 2011, 532, 534; *Degenhart*, CR 2011, 231, 232; a.A.: *Koenig/Fechter*, K&R 2011, 76 unter der Annahme eines nichtdiskriminierenden Transports.

¹⁵⁶ *Degenhart*, CR 2011, 231, 232.

¹⁵⁷ *Bortnikov*, S. 51 f., m.w.N.

¹⁵⁸ *Ziebarth*, S. 86.

¹⁵⁹ *Holznapel*, AfP 2011, 532, 534; *Ziebarth*, S. 83.

¹⁶⁰ *Holznapel/Schumacher*, in: *Kloepfer*, S. 47, 55.

Rundfunkfreiheit auf die Linearität des Dienstes abgestellt wird. Danach würden alle nicht-linearen Dienste der neuen Internetdienstefreiheit unterstellt.¹⁶¹ Gegen eine solche Neuschöpfung sprechen indes schon der fragliche Mehrwert, sowie systematische Bedenken und der abschließende Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG.¹⁶² Außerdem handelt es sich beim Internet nicht um ein Kommunikationsmedium, sondern um eine technische Infrastruktur zur Verbreitung von Kommunikation.¹⁶³ Ihm kommt damit allenfalls eine der Kommunikation dienende Funktion zu, ähnlich wie dies bei den Pressegrossisten für die Pressefreiheit der Fall ist,¹⁶⁴ wobei anders als dort eine Vielzahl unterschiedlicher Kommunikationsformen existiert.¹⁶⁵ Nur vereinzelt wird eine Einordnung in die Rundfunkfreiheit vertreten.¹⁶⁶ Dafür spräche das für die bisherige Abgrenzung zur Pressefreiheit verwendete Kriterium des technischen Übertragungswegs.¹⁶⁷ Allerdings greift diese Betrachtung zu kurz und geht an der Realität des Internets vorbei, indem sie die Art und Weise der dargebotenen Inhalte nicht berücksichtigt.

Andere wiederum wollen den Pressebegriff von seiner bisherigen Verknüpfung als Druckerzeugnis¹⁶⁸ lösen und technologieneutral verstehen.¹⁶⁹ Diese Ansicht überzeugt insofern, als dass sie einen einheitlichen Schutzzumfang für publizistische Inhalte gewährt, unabhängig davon, ob sie in einem Printmedium abgedruckt oder virtuell am Bildschirm gelesen wird.

Wegen der auftretenden Schwierigkeiten der Einordnung sieht ein Teil des Schrifttums die allgemeine Meinungsfreiheit für einschlägig an,¹⁷⁰ wobei andere allgemein auf Art. 5 Abs. 1 GG als einheitliches Grundrecht abstellen und damit eine Annäherung an Art. 11 GR-Charta suchen.¹⁷¹

Für und gegen jede Position lassen sich, wie gezeigt, gute Argumente finden. Letztlich stimmen sie im Ergebnis darin überein, dass sämtliche wertenden Inhalte des Internets sowie deren Verbreitung von den Garantien des Art. 5 Abs. 1 GG umfasst

¹⁶¹ *Holznel*, AfP 2011, 532, 534 f.; *ders./Schumacher*, in: Kloepfer, S. 47, 58 f.

¹⁶² *Degenhart* in: Kloepfer, S. 67, 72; *ders.*, CR 2011, 231, 236; *Guggenberger*, S. 204.

¹⁶³ *Bortnikov*, S. 52; *Degenhart*, CR 2011, 231, 234.

¹⁶⁴ *Kloepfer*, AfP 2010, 120, 122 f.

¹⁶⁵ Vgl. *Jäkel*, S. 47 ff.; *Degenhart* in: Kloepfer, S. 67, 78.

¹⁶⁶ So: *Stern*, Staatsrecht IV/1, S. 1673 m.w.N.

¹⁶⁷ Dazu: *Bethge*, in: Sachs, Art 5 Rn. 90a.

¹⁶⁸ Vgl. BVerfGE 66, 116, 134.

¹⁶⁹ *Fiedler*, AfP 2011, 15 ff.; für Inhalte, die dem Printexemplar entsprechen auch: *Degenhart* in: Kloepfer, S. 67, 75 f.; *Degenhart*, CR 2011, 231, 234.

¹⁷⁰ *Brüggemann*, CR 2013, 565, 570; *Degenhart*, CR 2011, 231, 234.

¹⁷¹ *Greve*, VR 2013, 109, 111; *Bortnikov*, S. 58; *Guggenberger*, S. 204 m.w.N.

sind.¹⁷² Viele sehen auch die kommunikative Chancengleichheit als wesentliches Element, das für die Netzneutralität in Stellung gebracht werden kann.¹⁷³ Durch Netzwerkmanagement kann damit in vielfacher Weise in den Gewährleistungsgehalt eingegriffen werden.¹⁷⁴ Werden meinungsrelevante Inhalte komplett blockiert, ist dies wohl am deutlichsten.¹⁷⁵ Aber auch durch die gezielte Verlangsamung hat der Äußernde keinen Einfluss mehr auf die konkreten Umstände, unter denen er seine Meinung abgibt.¹⁷⁶ Das Angebot kostenpflichtiger Spezialdienste stellt für Endkunden nur einen Eingriff in die Informationsfreiheit dar, wenn sie „wegen ihrer [Preishöhe] objektiv dazu geeignet wären, nutzungswillige Interessenten von der Information aus bestimmten Quellen fernzuhalten.“¹⁷⁷

Letztlich erscheint es am zielführendsten, den jeweiligen Einzelfall unter die bestehenden Schutzbereiche zu subsumieren. Nur so kann den spezifischen Besonderheiten jeweils Rechnung getragen werden ohne die bestehende Dogmatik zu Art. 5 GG aufzusprengen.

b) Bindung der Internetserviceprovider

Können sich nun die Content-Provider und End-User grundsätzlich auf die Gewährleistungen des Art. 5 GG berufen, so ist immer noch nicht geklärt, ob dies auch im Verhältnis zu den ISP möglich ist. Schließlich handelt es sich dabei um Private. In der deutschen Grundrechtsdogmatik nimmt die weit überwiegende Auffassung an, dass zwischen Privaten, bis auf wenige Ausnahmen (insb. Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG), keine unmittelbare Grundrechtsbindung herrscht.¹⁷⁸ Auch für die Deutsche Telekom, die nur zu rund 30 % in staatlicher Hand ist,¹⁷⁹ kann keine unmittelbare Grundrechtsbindung angenommen werden, da nicht von einer staatlichen Beherrschung ausgegangen werden kann.¹⁸⁰ Damit kommt nur eine mittelbare Grundrechtsbindung in Betracht. In seinem Fraport Urteil¹⁸¹ hat das BVerfG in einem

¹⁷² Guggenberger, S. 209; Bortnikov, S. 55 ff.; im Ergebnis auch: Ziebarth, S.114.

¹⁷³ Holznapel/Hartmann, in: Kops (Hrsg.), S. 177, 183; Bortnikov, S. 47; Ziebarth, S. 67; Holznapel/Schumacher, in: Kloepfer, S.47, 63.

¹⁷⁴ A.A. Koenig/Fechtner, K&R 2011, 76 ff. aber unter der Annahme eines nichtdiskriminierenden Transports.

¹⁷⁵ Bortnikov, S. 80 ff.

¹⁷⁶ Holznapel/Schumacher, in: Kloepfer, S.47, 54.

¹⁷⁷ BVerfG, NJW 2000, 649, 649; Bortnikov, S. 111.

¹⁷⁸ Dreier, in: ders., Allgemeine Grundrechtslehren Rn. 98.

¹⁷⁹ Siehe Fn. 139.

¹⁸⁰ BVerfGE 128, 226, 246 f.

¹⁸¹ BVerfGE 128, 226 ff.

obiter dictum zur Reichweite der mittelbaren Grundrechtsbindung von Telekommunikationsunternehmen Stellung genommen. Danach komme für den Schutz der Kommunikation eine mittelbare Grundrechtsbindung Privater einer Grundrechtsbindung des Staates nahe oder auch gleich, wenn sie die Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation selbst übernehmen und damit in die Funktion eintreten, die früher dem Staat als Aufgabe der Daseinsvorsorge zugewiesen war.¹⁸² In seiner Folgejudikatur leitete das BVerfG unter Betonung der nur mittelbaren Grundrechtsbindung Privater aus Art. 3 Abs. 1 GG in spezifischen Konstellationen der ungleichen Machtverteilung, in Kombination mit einer hohen gesellschaftlichen Bedeutung des vermittelten Vertragsverhältnisses, gleichheitsrechtliche Anforderungen an Privatrechtsverhältnisse ab.¹⁸³ Mit diesem deutlichen Fingerzeig dürfte klar sein, dass sich die ISP nicht mit dem Verweis auf die privatrechtliche Natur ihrer Tätigkeit aus der Verantwortung ziehen können, sondern den Grundrechtspositionen der Content-Provider und End-User im Rahmen der Gewährleistung von Internetzugangsdiensten hinreichend Rechnung tragen müssen.

III. Probleme mit dem Demokratieprinzip

Nach Art. 5 Abs. 1 EUNNVO haben die nationalen Regulierungsbehörden die Einhaltung der Vorgaben der Verordnung zu überwachen und die kontinuierliche Verfügbarkeit von nichtdiskriminierenden Internetzugangsdiensten zu fördern. Hierfür werden sie ermächtigt, Anforderungen an technische Merkmale, Mindestanforderungen an die Dienstqualität und sonstige geeignete und erforderliche Maßnahmen vorzuschreiben. Namentlich *Jan Henrik Klement* sieht darin einen höchst problematischen Teil der Verordnung.¹⁸⁴ Die weitreichende Ermächtigung, in Kombination mit einer Vielzahl an unbestimmten Rechtsbegriffen und der besonders unabhängigen und weisungsfreien Stellung der Bundesnetzagentur¹⁸⁵ vor Einflussnahmen durch die Politik nach Art. 3 Abs. 3a S. 1 der RL 2002/21/EG, sieht er als Verstoß gegen das Demokratieprinzip,¹⁸⁶ womit der Identitätsvorbehalt des

¹⁸² BVerfGE 128, 226, 249 f.

¹⁸³ BVerfGE 148, 267, 283 f. (Bindung von Stadionbetreibern); im Bereich des Internets bezeichnete das BVerfG zuletzt im einstweiligen Rechtsschutz zwar eine Grundrechtsbindung von Facebook als ungeklärte und schwerwiegende Rechtsfrage, zitierte aber gleichwohl die einschlägige Rspr. zur mittelbaren Drittwirkung (ohne die Fraport-Entscheidung) und ordnete eine einstweilige Verfügung an. Vgl. BVerfG, B. v. 22.5.2019 – 1 BvQ 42/19 = NVwZ 2019, 959 ff. Zuletzt wurde die Fraport-Entscheidung und ihre Bedeutung für die Reichweite der mittelbaren Bindung für Private in der Entscheidung „Recht auf Vergessen I“ vom BVerfG wieder aufgegriffen. Vgl. BVerfG, EuZW 2019, 1021, 1028 Rn. 88.

¹⁸⁴ *Klement*, EuR 2017, 532, 550 ff.

¹⁸⁵ Zu dieser Stellung der BNetzA eingehend: *Ludwigs*, Die Verwaltung 44 (2011), 41 ff.

¹⁸⁶ *Klement*, in: Scheurle/Mayen, EU-NNVO Rn. 117ff.

BVerfG aus Art. 23 Abs. 1 S. 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG aktiviert werden könnte. Dem ist insofern zuzustimmen, als die Ministerialfreiheit der Regulierungsbehörde dem traditionellen Verständnis des BVerfG zuwiderläuft, das bisher für die demokratische Legitimation im Wesentlichen auf die personelle sowie sachlich-inhaltliche Legitimation abstellt.¹⁸⁷ Die personelle Legitimation erfolgt über das Präsidium der Bundesnetzagentur, das gemäß § 3 Abs. 3 S. 1 und Abs. 4 BNetzAG von der Bundesregierung benannt und vom Bundespräsidenten ernannt wird. *Ludwigs* sieht darin eine besonders tragfähige Legitimationskette, die allerdings nicht zur Kompensation der sachlich-inhaltlichen Legitimationslücke durch die ministerielle Weisungsfreiheit genügt.¹⁸⁸ Er fordert deshalb eine verstärkte parlamentarische Kontrolle.¹⁸⁹ Nicht zulässig dürfte es sein, die unbestimmten Rechtsbegriffe der EUNNVO durch nationales Recht zu konkretisieren.¹⁹⁰ Auch eine sachlich-inhaltliche Legitimation über den europäischen Regulierungsverbund mag nicht gelingen. So hat das GEREK zwar gem. Art. 5 Abs. 3 EUNNVO Leitlinien zu erlassen, denen die Regulierungsbehörden „weitestgehend Rechnung“¹⁹¹ zu tragen haben, und die nationalen Regulierer haben der Kommission und dem GEREK jährlich Berichte zu übermitteln. Allerdings setzt sich das GEREK aus Vertretern der nationalen Regulierungsbehörden sowie der Kommission zusammen, die jedoch nur als Beobachterin an den Sitzungen teilnimmt.¹⁹² Ließe man dies als Legitimation genügen, würde man zirkelschlüssig vorgehen. Dann würden sich die Vertreter der BNetzA selbst legitimieren. Eine großzügigere Auslegung kommt auch nicht wegen der Entwicklungsdynamik im Technikrecht in Betracht,¹⁹³ da es sich bei der Entscheidung für oder gegen Netzneutralität um eine grundlegende Richtungsentscheidung handelt.¹⁹⁴ In diesem Zusammenhang scheinen auch unter dem Blickwinkel der Wesentlichkeitstheorie Bedenken zu bestehen. Wie gezeigt, weist das Thema Netzneutralität eine hohe Grundrechtssensibilität auf. Damit und mit der hohen Bedeutung der Materie für das Volk als Souverän, sind beide typische Faktoren genannt, die für eine Regelung durch einen unmittelbar legitimierten Körper

¹⁸⁷ BVerfGE 93, 37, 67 f; BVerfGE 107, 59, 87f.

¹⁸⁸ *Ludwigs*, Die Verwaltung 44 (2011), 41, 50 f.

¹⁸⁹ *Ludwigs*, Die Verwaltung 44 (2011), 41, 52.

¹⁹⁰ *Klement*, in: Scheurle/Mayen, EU-NNVO Rn. 18.

¹⁹¹ Erwägungsgrund 19 der VO (EU) 2015/2120.

¹⁹² Art. 4 Abs. 2 UAbs. 5 VO (EG) 1211/2009.

¹⁹³ *Spieß/Ufer*, MMR 2015, 91, 91.

¹⁹⁴ So zurecht: *Klement*, EuR, 2017, 532, 559.

sprechen.¹⁹⁵ Es spricht folglich einiges dafür, dass ein Verstoß gegen das Demokratieprinzip vorliegt, auch wenn das BVerfG keinen Gleichlauf zwischen verfassungsrechtlichen und unionsrechtlichen Anforderungen an die demokratische Kontrolle fordert.¹⁹⁶ Damit scheint es nicht ausgeschlossen, dass bei einer etwaigen verfassungsrechtlichen Überprüfung das BVerfG den Identitätsvorbehalt aus Art. 23 Abs. 1 S. 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG aktiviert. Schließlich sieht es das Demokratieprinzip als Teil der integrationsfesten Verfassungsidentität. Bei der Abschwächung der demokratischen Legitimationskette von Behörden handelt es sich auch um eine „Strukturveränderung [...] im staatsorganisationsrechtlichen Gefüge“, die nicht unerheblich ist.¹⁹⁷ Allerdings ist zu bedenken, dass die Weisungsfreiheit der Bundesnetzagentur bereits seit einiger Zeit besteht. Dieser Umstand und die ergangene Entscheidung zur Bankenunion, machen eine Beanstandung durch das BVerfG nicht unbedingt wahrscheinlich, trotz der aus Sicht des Demokratiegebots prekären Lage.¹⁹⁸ Schließlich waren dort mit der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung und dem Budgetrecht des Parlaments zwei in der Rechtsprechung des BVerfG als „unverfügbarer Teil des grundgesetzlichen Demokratieprinzips“¹⁹⁹ bezeichnete und damit als besonders gewichtig eingeordnete Positionen tangiert, und dennoch wurde ein Verstoß gegen den Identitätsvorbehalt verneint. Es kann letztlich nur ein geringer Trost sein, dass die Bundesnetzagentur äußerst behutsam und im Dialog mit den betroffenen Unternehmen vorgeht.²⁰⁰

Darüber hinaus legt *Klement* die Ermächtigung zum Erlass von Anforderungen gegenüber mehreren ISP als Erlaubnis zur abstrakt-generellen Regelungssetzung und damit als eine Umgehung von Art. 80 GG aus.²⁰¹ Dem ist entgegenzutreten. Zwar kann es nach den Leitlinien des GEREK in Ausnahmefällen auch nötig sein, Anforderungen generell gegenüber allen ISP zu erlassen.²⁰² Das führt aber nicht zwin-

¹⁹⁵ Zur Wesentlichkeitstheorie vgl. nur: BVerfGE 49, 89 ff.

¹⁹⁶ Vgl. dazu: BVerfG, NJW 2019, 3204, 3207, Rn. 125.

¹⁹⁷ Vgl. BVerfG, NJW 2016, 2473, 2475, Rn. 121; BVerfG, NJW 2019, 3204, 3207, Rn. 124.

¹⁹⁸ BVerfG, NJW 2019, 3204, 3208, Rn. 138. Wobei zu beachten ist, dass es sich im entschiedenen Fall um eine unabhängige Einrichtung und Stelle der Europäischen Union handelte. Inwieweit das Ergebnis auf die BNetzA als nationale Behörde übertragen werden kann erscheint fraglich. Jedenfalls steht fest, dass es eines Mindestmaßes an effektiver demokratischer Legitimation trotz europarechtlicher Determination bedarf. Hinsichtlich der Ausgestaltung im Einzelfall besteht wohl ein gewisser Spielraum.

¹⁹⁹ BVerfG, NJW 2019, 3204, 3206, Rn. 123 unter Verweis auf: BVerfGE 123, 267, 359; 129, 124, 177; 132, 195, 239; 135, 317, 399 f.; 142, 123, 195; 146, 216, 253 f.

²⁰⁰ So: *Klement*, in: Scheurle/Mayen, EU-NNVO Rn. 118.

²⁰¹ *Klement*, in: Scheurle/Mayen, EU-NNVO Rn. 113; *Klement*, EuR 2017, 532, 553 ff.

²⁰² *GEREK*, BoR (16) 127 v. 30.8.2016, Ziffer 180.

gend zu einer Einordnung als Rechtsverordnung. Vielmehr dürfte darin eine Allgemeinverfügung i.S.v. § 35 S.2 VwVfG zu sehen sein.²⁰³ Der Adressatenkreis kann mit den ISP, an die auch die Bekanntgabe erfolgt, als hinreichend bestimmt angesehen werden.²⁰⁴ Der BGH hat, insofern vergleichbar, die Festlegung allgemeiner Bedingungen und Methoden für Netzanschluss und -zugang nach § 29 EnWG als Allgemeinverfügung qualifiziert.²⁰⁵ In der Regelung einer bestimmten Qualitätsanforderung für das Internet ist die notwendige Konkretisierung zu sehen, um nicht von einer abstrakt-generellen Regelung ausgehen zu müssen.

IV. Zwischenergebnis

Trotz der grundrechtssensiblen Thematik lassen sich aus dem Grundgesetz keine konkreten Vorgaben für oder gegen die Netzneutralität ableiten. Angesichts der Weite der Regelungen dürfte die EUNNVO jedenfalls kein unverhältnismäßiger Eingriff in Art. 12 und 14 GG darstellen. Auch den Anforderungen von Art. 5 GG dürfte wegen der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers Genüge getan sein. Entscheidend dürfte dafür die Festschreibung der Zugangsneutralität ins Gewicht fallen. Hinsichtlich des Demokratieprinzips bestehen allerdings wegen der Kombination einer Vielzahl an unbestimmten Rechtsbegriffen und der Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde verfassungsrechtliche Bedenken.

E. Europarechtliche Rahmenbedingungen

Beim Erlass der EUNNVO als Sekundärrecht hat der europäische Verordnungsgeber die allgemeinen europarechtlichen Rahmenbedingungen zu beachten.²⁰⁶ Dazu zählt insbesondere der EUV, AEUV sowie die Grundrechtecharta (GR-Charta). In der folgenden Betrachtung sollen die Anforderungen der EMRK unberücksichtigt bleiben und eine Beschränkung auf das Europarecht im engeren Sinne erfolgen, da wegen des engen Gleichlaufs der Gewährleistungen von EMRK und GR-Charta kein weiterer Erkenntnisgewinn zu erwarten ist.²⁰⁷

Es stellt sich die Frage, ob sich aus dem Primärrecht Anforderungen an die Ausgestaltung der Netzneutralität herleiten lassen und inwieweit die Verordnung diesen gerecht wird. Dies könnte insbesondere deshalb interessant sein, da die EUNNVO

²⁰³ So: *Werkmeister/Hermstrüwer*, CR 2015, 570, 574.

²⁰⁴ *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, §35 Rn. 28.

²⁰⁵ BGH, NVwZ 2009, 195, 195 Rn. 8ff.

²⁰⁶ EuGH, Rs. C-51/93, Slg. 1994, I-3879, Rn. 11 – Meyhui.

²⁰⁷ So auch: *Guggenberger*, S. 189.

gerade hinter der hier vertretenen strengen Auffassung der Definition von Netzneutralität zurückbleibt. Außerdem sind Sekundärrechtsakte nach der Rechtsprechung des EuGH im Lichte des Primärrechts auszulegen,²⁰⁸ sodass aus der Klärung der europarechtlichen Rahmenbedingungen Auslegungshilfen für die unbestimmten Rechtsbegriffe der EUNNVO ermittelt werden können.

I. Die Grundfreiheiten

Durch die Heranziehung von Art. 114 AEUV als Kompetenznorm für den Erlass der EUNNVO macht der europäische Gesetzgeber deutlich, dass er dem Thema Netzneutralität eine Bedeutung für den Binnenmarkt und Potential für dessen Beeinträchtigung beimisst. Durch seine technische Konzeption ist dem Internet ein grenzüberschreitender Bezug praktisch inhärent.²⁰⁹ Datenpakete können, auch wenn sowohl Server als auch Client in einem Land sitzen, quer durch Europa geschickt werden, bevor sie ihr Ziel erreichen. Zunächst besteht die Möglichkeit, dass europarechtliche oder mitgliedstaatliche Regelungen zur Netzneutralität Verstöße gegen die Grundfreiheiten der ISP bedeuten. Durch Netzwerkmanagementmaßnahmen der ISP werden gegebenenfalls Inhalte, Anwendungen oder Dienste von Content-Providern behindert oder ausgeschlossen, sodass es auch dadurch zu Beschränkungen des Binnenmarktes kommen kann.

1. Wirkung zwischen Privaten

Zunächst ist klärungsbedürftig, ob die Grundfreiheiten zwischen Privaten überhaupt Anwendung finden. Dies ist noch immer streitig. Kritiker einer direkten Wirkung zwischen Privaten berufen sich vor allem auf den Wortlaut der Bestimmungen, welcher sich unmittelbar an die Mitgliedstaaten richtet.²¹⁰ Der EuGH sieht aber wegen der Möglichkeit, dass Beschränkungen des Binnenmarktes auch durch Private erfolgen können, eine Bindung derselben als erforderlich an. Zunächst hat er im Bereich der Personenverkehrsfreiheiten sowie der Dienstleistungsfreiheit eine Bindung vor allem von mächtigen Verbänden und quasistaatlichen Akteuren (sog. Intermediäre) anerkannt,²¹¹ mittlerweile aber auch auf Private ohne eine solche

²⁰⁸ Vgl. nur: EuGH, Rs. C-346/06, Slg. 2008, I-1989, Rn. 36 – Ruffert.

²⁰⁹ *Osing*, S. 91.

²¹⁰ Dazu nur: *Streinz*, Europarecht Rn. 850 m.w.N. *Ludwigs/Weidermann* weisen demgegenüber zu Recht auf die neutrale Formulierung der Normen hin, vgl. *Ludwigs/Weidermann*, JURA 2014, 152, 155.

²¹¹ Vgl. dazu exemplarisch: EuGH, Rs. 36/74, Slg. 1974, 1405, Rn. 16, 19 – Walrave und Koch; EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Rn. 69 ff. – Bosman; EuGH, Rs C-438/05, Slg. 2007, I-10779, Rn. 68 ff – Viking.

Machtstellung übertragen.²¹² Bei der Warenverkehrsfreiheit zeigt sich die Rechtsprechung lange uneinheitlich und schwankte von einer ohne weiteres angenommenen Bindung²¹³ zu einer vollständigen Ablehnung²¹⁴ der Privatrechtswirkung und über die Annahme von staatlichen Schutzpflichten²¹⁵ wieder hin zu einer unmittelbaren Wirkung der Art. 34 ff. AEUV zwischen Privaten.²¹⁶ Im Vordergrund der Annahme einer Bindung an die Grundfreiheiten steht dabei vor allem das Kriterium der funktionalen Äquivalenz im Hinblick auf die Stellung der privaten Akteure. Die Vergleichbarkeit von privatem Handeln mit einem hoheitlichen Akt ergibt sich dabei vornehmlich aus einer vorhandenen Möglichkeit zur Normgebung sowie eine entsprechende Unentrinnbarkeit auf der Gegenseite.²¹⁷ Wendet man diese Kriterien auf die vorliegende Konstellation an, kann von einer Bindung der ISP ausgegangen werden. Dies erscheint deshalb naheliegend, da ihnen durch die Entscheidungsgewalt über den Abschluss eines Vertrages eine Schlüsselstellung in Hinblick auf den Internetzugang²¹⁸ zukommt und den Unternehmen damit die Eröffnung des Marktzugangs für ein mittlerweile wesentliches Element gesellschaftlicher Teilhabe²¹⁹ obliegt. Im Rahmen ihrer jeweiligen Vertragsbedingungen steht es den ISP frei, die Einzelheiten der Leistungserbringung einseitig vorzugeben und entsprechende Klauseln zu Managementmaßnahmen aufzunehmen. Gegen eine Bindung der ISP schlägt auch nicht das Argument der Privatautonomie durch. Die einzelnen End-User bzw. Content-Provider werden kaum in der Lage sein, die Vertragsbedingungen einseitig zu verhandeln. Sie sind für ihre gesellschaftliche Teilhabe durch das Internet zwangsläufig auf einen Zugang zu diesem angewiesen und werden deshalb nahezu alle Bedingungen akzeptieren (Unentrinnbarkeit). Diese Abhängigkeit ist – wenn auch nicht in allen Einzelheiten – zumindest strukturell mit der Situation zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vergleichbar, sodass eine Übertragung der in

²¹² EuGH, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139, Rn. 36 – Agonese; EuGH, Rs.C-94/07, Slg. 2008, I-5939, Rn.46 – Raccanelli.

²¹³ EuGH, Rs. 58/80, Slg. 1981, 181, Rn. 17 – Dansk Supermarked.

²¹⁴ Vgl. etwa: EuGH, Rs. 311/85, Slg. 1987, 3801 Rn. 20 – Vlaamse Reisebureau; EuGH, Rs. C-159/00, Slg. 2002, I-5031, Rn. 74 – Sapod Audic.

²¹⁵ EuGH, Rs. C-265/95, Slg. 1997, I-6959, Rn. 30 ff. – Spanische Erdbeeren; EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659, Rn. 59 f. – Schmidberger. Zum ganzen eingehend: *Ludwigs/Weidermann*, JURA 2014, 152, 158 f.

²¹⁶ EuGH, Rs. C-171/11, ECLI:EU:C:2012:453, Rn. 31 f. – Fra.bo. Da der EuGH dabei in seiner Begründung mit keinem Wort auf seine vorherige Rechtsprechung eingeht, sehen viele Kritiker die Entscheidung als besonderen Einzelfall, ohne dass ihr allgemeine Aussagen zur Drittwirkung entnommen werden könnten. In diese Richtung: *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, 607, 610.

²¹⁷ *Ludwigs/Weidermann*, JURA 2014, 152, 160.

²¹⁸ *Osing*, S. 149; *Mayer*, in: *Kloepfer*, S. 81, 88; *Ziebarth*, S. 79 bezeichnet sie als „Machtträger“, wohingegen *Guggenberger*, S. 163 sie nur als faktischen Ursprungs ansieht.

²¹⁹ BGH NJW 2013, 1072 (1074).

diesem Bereich bestehenden gefestigten Rechtsprechung des EuGH²²⁰ naheliegt. Darüber hinaus dürfte sich im Bereich der Netzneutralität die staatliche Schutzpflicht aktualisieren, sodass bereits aus diesem Grund zumindest in Hinblick auf ein Untermaßverbot eine Prüfung der EUNNVO zu erfolgen hätte.²²¹

2. Einschlägige Grundfreiheiten

Zunächst ist zu klären, welche der Grundfreiheiten einschlägig ist.²²² In Betracht kommt sowohl die Warenverkehrs- als auch die Dienstleistungsfreiheit.

Die Dienstleistungsfreiheit²²³ aus Art. 56 ff. AEUV umfasst nicht-körperliche Leistungen gegen Entgelt.²²⁴ Sie schützt umfassend das Angebot und den Konsum der Leistung.²²⁵ Die ISP bieten sowohl den Content-Providern als auch den End-Usern durch Verträge einen Zugang zum Internet. Sie gewähren also einen Datenaustausch über ihre Netze. Dies stellt eine unkörperliche Leistung dar. Anders als bei den sogenannten Korrespondenzdienstleistungen,²²⁶ wo Dienstleister und Empfänger in unterschiedlichen Mitgliedstaaten sitzen und die Dienstleistung die Grenze überschreitet, ist es bei Internetverträgen der Regelfall, dass sich sowohl der ISP als auch sein Kunde im selben Mitgliedstaat befinden. Aufgrund der Architektur des Internets als weltumspannendes Netz und der damit unweigerlich bestehenden Folge, dass der Datentransport als eigentliche Leistungserbringung über Ländergrenzen hinweg erfolgt, liegt dennoch ein grenzüberschreitender Bezug vor, sodass die Dienstleistungsfreiheit einschlägig ist.²²⁷

²²⁰ So: *Ehlers*, in: ders., §7 Rn. 60.

²²¹ EuGH, Slg. 1997, I-6959, Rn. 30 – Spanische Erdbeeren; EuGH, Slg. 2003, I-5659, Rn. 94 – Schmidberger. Zur insoweit umstrittenen Frage ob die Figuren unmittelbare Drittwirkung und staatliche Schutzpflichten kumulativ anwendbar sind oder sich ausschließen vgl. *Ludwigs/Weidermann*, JURA 2014, 152, 162 f. m.w.N. zu den jeweiligen Ansichten.

²²² Das gleichfalls einschlägige allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV tritt im Wege der Subsidiarität hinter die spezielleren Diskriminierungsverbote zurück, sodass letztlich auch die besonders umstrittene Frage zu seiner Drittwirkung offenbleiben kann. Dazu: EuGH, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139, Rn. 30, 34 ff. allgemein: *Streinz*, in: ders., Art.18 AEUV, Rn. 44 m.w.N. Art. 18 AEUV ist allenfalls insofern zu berücksichtigen, als er als grundlegendes Prinzip und Auslegungshilfe dem gesamten EU-Recht zugrunde liegt. Vgl. *Epiney*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 18 AEUV Rn. 1; EuGH, Rs. 175/78, Slg. 1979, 1129, Rn. 8f. – Saunders.

²²³ Die RL 2006/123/EG findet gemäß Art. 2 Abs. 2 lit. c keine Anwendung auf Dienstleistungen und Netze der elektronischen Kommunikation, sodass kein abschließendes Primärrecht vorliegt.

²²⁴ *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 57 AEUV, Rn. 35.

²²⁵ *Pache*, in: *Ehlers*, §11 Rn. 56 f. m.w.N.

²²⁶ Siehe dazu nur: EuGH, Rs. C-243/01, Slg. 2003, I-13031, Rn. 53 – Gambelli; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 56 AEUV Rn. 54 m.w.N.

²²⁷ *Guggenberger*, S. 166; *Rogge*, S. 149 f. weist daraufhin, dass der eigentliche Wert in den übermittelten Daten und nicht den sie übermittelnden elektromagnetischen Signalen liegt. Letzteres würde eine Vergleichbarkeit mit der Lieferung von Strom nahelegen, welcher vom EuGH unter die

Im Gegenzug ist auch die passive Dienstleistungsfreiheit der Content-Provider und End-User als Nachfrager dieser Leistungen erfasst. Die Content-Provider stellen daneben Online-Inhalte, Dienste und Anwendungen zum Abruf bereit. Auch insoweit können sie an der Dienstleistungsfreiheit partizipieren, solange sie dafür eine Gegenleistung verlangen.²²⁸

Unter den Warenbegriff der Warenverkehrsfreiheit der Art. 34 ff AEUV fallen körperliche Gegenstände, die einen Geldwert haben und Gegenstand von Handelsgeschäften sein können.²²⁹ Nach dem EuGH gehört es zu den geschützten Verhaltensweisen, Waren „zu erwerben, anzubieten, auszustellen oder feilzuhalten, zu besitzen, herzustellen, zu befördern, zu verkaufen, entgeltlich oder unentgeltlich abzugeben, einzuführen oder zu verwenden.“²³⁰ Online-Shops, die zum Verkauf von Waren dienen, fallen somit unter die Warenverkehrsfreiheit und können sich, sollte es durch Neutralitätsabweichungen zu Beschränkungen kommen, darauf berufen.²³¹

3. Auswirkungen auf die EUNNVO

Regelungen zur Netzneutralität können einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit der ISP darstellen, weshalb eine europaweite Regelung dieses Themas grundsätzlich zu begrüßen ist. Aber auch EU-einheitliche Regelungen können in die Grundfreiheiten eingreifen, da die EU-Organe ebenfalls daran gebunden sind.²³² In diesem Zusammenhang ist es höchst problematisch, dass die EUNNVO die mitgliedstaatlichen Regulierungsbehörden zu weitreichenden Maßnahmen ermächtigt, ohne selbst einen konkreten Regelungsrahmen vorzugeben. Dadurch kann durch unterschiedliche Verfügungen der Behörden ein ähnlicher Flickenteppich entstehen wie durch einzelstaatliche Regelungen.²³³ Dem können auch die erlassenen Leitlinien des GEREK nur eingeschränkt entgegenwirken, da auch diese nur bedingt konkret sind.²³⁴

Warenverkehrsfreiheit gefasst wird. Vgl. EuGH Rs. C-393/92, Slg. 1994, I-01477 – Gemeente Almelo, Rn. 34 f.; im Übrigen vgl.: EuGH, Rs. C-55/98, Slg. 1999, I-7641, Rn.19 – Vestergaard; EuGH, Rs. C-154/89, Slg. 1991, I-659, Rn. 9 – Fremdenführer.

²²⁸ Guggenberger, S. 167 m.w.N.

²²⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-7/68, Slg. 1969, 633, 642 – Kunstschätze I; *Epiney*, in: Ehlers, §8 Rn. 8.

²³⁰ EuGH, Rs C-293/94, Slg. 1996, I-3159, Rn. 6 – Brandsma.

²³¹ *Osing*, S.112; *Guggenberger*, S. 169.

²³² H.M. vgl. nur: EuGH, Rs. C-293/94, Slg. 1994, I-3879, Rn. 11 – Meyhui; *Ehlers*, in: ders. §7 Rn. 53; auch mit Nachweisen zur Gegenauffassung.

²³³ So: *Klement*, in: Scheurle/Mayen, EU-NNVO Rn. 61.

²³⁴ *Fetzer*, MMR 2017, 579, 579.

Den Eingriffen steht aber eine Rechtfertigung offen. Neben den geschriebenen Rechtfertigungsgründen nach Art. 62 i.V.m. 51 ff. AEUV kommen auch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe in Frage.²³⁵ Insbesondere sind die Grundrechte in Betracht zu ziehen.²³⁶ Der EuGH hat die Förderung der Medienpluralität und die Stärkung der Meinungsfreiheit im Bereich des Rundfunks als zwingende Gründe des Allgemeinwohls anerkannt.²³⁷ Diese Judikatur ist auf die vorliegende Konstellation übertragbar, sodass eine Rechtfertigung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit als Schranken-Schranke möglich erscheint.²³⁸

Aus den Grundfreiheiten folgt weder eine unbedingte Forderung zugunsten der Netzneutralität, noch stehen sie den Regelungen unüberwindbar gegenüber.²³⁹ Die nationalen Regulierungsbehörden haben bei der Umsetzung der EUNNVO darauf zu achten, dass durch die einzelfallbezogenen Regelungen die eigentlich angestrebte Vereinheitlichung im Binnenmarkt nicht ad absurdum geführt wird. Dazu haben sie sich im Rahmen des europäischen Regulierungsverbundes eng abzustimmen.

II. Transeuropäische Netze, Art. 170 AEUV

Schaffen die Grundfreiheiten die rechtliche Basis für die Verwirklichung des Binnenmarktes, so bilden die transeuropäischen Netze die infrastrukturelle Grundlage.²⁴⁰ Ihren rechtlichen Niederschlag finden sie in den Art. 170 ff. AEUV. Dabei lassen sich aus Art. 170 AEUV, der zwar keine Kompetenzgrundlage darstellt, allerdings mit der Verwirklichung des Binnenmarktes und der Stärkung des wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt (Art. 174 AEUV) die Ziele und Grundsätze der Netzpolitik niederlegt,²⁴¹ möglicherweise Wertentscheidungen zugunsten der Netzneutralität entnehmen. Nach Art. 170 Abs. 2 AEUV zielt die Tätigkeit der Union im Rahmen eines Systems offener und wettbewerbsorientierter Märkte auf die Förderung des Verbunds und der Interoperabilität der einzelstaatlichen Netze ab. Unter die entsprechenden Netze fallen nach Abs. 1 auch die Telekommunikationsinfrastruktur und mithin das Internet. Zunächst bekennt sich Art.

²³⁵ Dazu *Ehlers*, in: ders. § 7 Rn. 117ff. m.w.N.

²³⁶ EuGH Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659, Rn. 71 ff. – Schmidberger

²³⁷ EuGH, Rs. C-288/89, Slg. 1991, I-4007, Rn. 22 f. – Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda; EuGH, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689, Rn. 18 – Familiapress.

²³⁸ *Mayer*, in: Kloepfer, S. 81, 87; *Guggenberger*, S. 168; *Osing*, S. 119, f.

²³⁹ *Guggenberger*, S. 169.

²⁴⁰ *Calliess/Lippert*, S. 1.

²⁴¹ *Calliess/Lippert*, S. 5.

170 AEUV mit der Forderung offener und wettbewerbsorientierter Märkte zur offenen Marktwirtschaft,²⁴² was grundsätzlich gegen eine Regulierung spricht. Daneben soll aber auch die Interoperabilität gefördert werden, deren wesentlicher Bestandteil die technische Standardisierung der jeweiligen Transportbedingungen ist.²⁴³ Dies spricht gegen die Zulässigkeit von Netzwerkmanagementmaßnahmen einzelner ISP und damit für eine Regelung zugunsten der Netzneutralität, um europaweit einheitliche Bedingungen zu ermöglichen. Letztlich können auch hier keine eindeutigen Wertungen entnommen werden.²⁴⁴

III. Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, Art. 14 AEUV, Art. 36 GR-Charta

Nach Art. 14 AEUV tragen die Union und die Mitgliedstaaten dafür Sorge, dass für die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse die Grundsätze und Bedingungen so gestaltet sind, dass diese ihren Aufgaben nachkommen können. Auch Art. 36 GR-Charta nimmt auf die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse Bezug. Dadurch werden keine subjektiven Rechte begründet,²⁴⁵ sondern die Regelungen enthalten in Form einer Funktionsgarantie Wertungen, die Gemeinwohlbelange konkretisieren und in Wertungsfragen zu berücksichtigen sind.²⁴⁶ Es lassen sich aber daraus keine Schlüsse zur Netzneutralität ziehen.²⁴⁷ Zwar spricht für eine solche Regelung, dass dadurch die Allgemeinheit einen diskriminierungsfreien Zugang zur „Ressource“ Internet hat. Allerdings kann durch den Einsatz von Netzmanagement die Effizienz des Internets in Überlastungssituationen verbessert und dadurch eine bessere Funktion desselben gewährleistet werden. Allenfalls ließe sich die Festschreibung eines Mindeststandards rechtfertigen.²⁴⁸ Aus Art. 14 AEUV und Art. 36 GR-Charta folgt somit kein weiterer Erkenntnisgewinn.

IV. Wettbewerbsrecht

Vor dem Erlass der EUNNVO wurden das Wettbewerbsrecht und insbesondere der Missbrauchstatbestand des Art. 102 AEUV als mögliche Lösung für Probleme im

²⁴² *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 170 AEUV, Rn 24.

²⁴³ *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 170 AEUV, Rn 19.

²⁴⁴ So auch: *Mayer*, in: *Kloepfer*, S. 81, 86 f.; *Guggenberger*, S. 175 f.; *Rogge*, S. 133 f.

²⁴⁵ *Jung*, in: *Calliess/Ruffert*, Art 14 AEUV, Rn. 23; *Calliess*, in: *Ehlers*, § 23 Rn. 5.

²⁴⁶ *Wernicke*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 14 AEUV, Rn. 45.

²⁴⁷ Dazu und nachfolgend: *Guggenberger*, S. 170 f.

²⁴⁸ *Klement*, in: *Scheurle/Mayen*, EU-NNVO Rn. 62.

Zusammenhang mit der Netzneutralität diskutiert.²⁴⁹ Schon der EuGH formulierte, dass der effektiven Unterbindung missbräuchlichen Verhaltens auf den Internetkommunikationsmärkten eine erhebliche Bedeutung zukommt.²⁵⁰ Das Wettbewerbsrecht ist trotz der mittlerweile erfolgten sekundärrechtlichen Regelung stets anwendbar.²⁵¹ Art. 101 AEUV kommt dann zur Anwendung, wenn die Beschränkung der Netzneutralität durch eine Vereinbarung erfolgt. Hier können vor allem die Spezialdienste relevant werden. Zum einen bedarf es dazu, wie ausgeführt, horizontaler Vereinbarungen zwischen den Netzbetreibern. Andererseits sind auch vertikale Vereinbarungen mit Content-Providern möglich, die bei Exklusivklauseln unwirksam sein dürften.²⁵²

Entscheidend für die Anwendbarkeit von Art. 102 AEUV ist, ob eine marktbeherrschende Stellung der ISP vorliegt.²⁵³ Damit ist eine „wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens gemeint, die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.“²⁵⁴ Entscheidend kommt es dabei auf die Marktabgrenzung an.²⁵⁵ Die Marktabgrenzung sowie die Feststellung von Marktmacht für einzelne ISP, würden hier den Rahmen sprengen,²⁵⁶ sodass im Folgenden eine solche jeweils unterstellt wird und eine Beschränkung auf allgemeine Ausführungen erfolgt. Interessant dürfte vor allem die Essential Facilities Doktrin sein, wonach es missbräuchlich sein kann, wenn Unternehmen, die den Zugang zu wesentlichen Einrichtungen kontrollieren, potentiellen Wettbewerbern auf einem nachgeordneten Markt den Zugang verweigern.²⁵⁷ Die ISP können den Content Providern den Zugang zum Internet als wesentliche Einrichtung unmöglich machen und damit den Wettbewerb auf dem nachgelagerten Sekundärmarkt des Inhaltsangebotes beeinträchtigen. Dies gilt insbesondere für vertikal integrierte ISP, die selbst auf diesem Markt tätig sind.²⁵⁸

²⁴⁹ *Bäcker*, in: Kloepfer, S. 109, 125; *Görisch*, EuZW 2012, 494, 498; *Guggenberger*, S. 231 ff.

²⁵⁰ EuGH, Rs. C-52/09, Slg. 2011, I-00527, Rn. 108f. – Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige.

²⁵¹ *Gersdorf*, AfP 2011, 209, 215 m.w.N.; *Klotz*, in: Bien/Ludwigs, S. 39, 41.

²⁵² *Bäcker*, in: Kloepfer, S. 109, 127.

²⁵³ *Schlauri*, S. 198.

²⁵⁴ EuGH, Rs. C-52/09, Slg. 2011, I-00527, Rn. 23. – Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige; mit Verweis auf: EuGH, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, Rn. 38 – Hoffmann-La Roche/Kommission; und: EuGH, Rs. C-280/08, Slg. 2010, I-0000, Rn. 170 – Deutsche Telekom/Kommission.

²⁵⁵ *Schlauri*, S. 196 m.w.N.

²⁵⁶ Dazu eingehend: *Guggenberger*, S. 251 ff.

²⁵⁷ *Bäcker*, in: Kloepfer, S. 109, 126; *Guggenberger*, S. 374.

²⁵⁸ *Klement*, in: Scheurle/Mayen, EU-NNVO Rn. 135.

Die Essential Facilities Doktrin beschreibt aber auch eine Gleichbehandlungspflicht, sodass sämtliche Netzmanagementmaßnahmen erfassbar sind.²⁵⁹ Allerdings ist zu bedenken, dass eine sachliche Rechtfertigung möglich ist. Insbesondere mit Managementmaßnahmen einhergehende Effizienzsteigerungen für die End-User sind zu bedenken.²⁶⁰ Damit müssen Eingriffe in die Netzneutralität durch ISP jeweils im Einzelfall bewertet werden. Jedenfalls ist es denkbar, sie über das Wettbewerbsrecht zu erfassen.

V. Unionsgrundrechte

Neben diesen Gewährleistungsgehalten aus dem AEUV sind im Folgenden noch die Europäischen Grundrechte zu beachten. Ihnen kommt im Hinblick auf den europarechtlichen Ursprung der EUNNVO in diesem Fall weitaus größere Bedeutung zu als den Grundrechten auf der nationalen Ebene. Interessieren sollen im Folgenden hauptsächlich die geschriebenen Rechte aus der GR-Charta, wobei in diesem Zusammenhang auch auf die vom EuGH entwickelten allgemeinen Rechtsgrundsätze eingegangen wird.

1. Verpflichtete der Unionsgrundrechte

Zunächst ist zu klären, wer durch die Unionsgrundrechte überhaupt verpflichtet wird. Dies richtet sich im Wesentlichen nach Art. 51 Abs. 1 GR-Charta. Danach sind zunächst die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union verpflichtet. Dies bedeutet, dass sich auch das Sekundärrecht der Union an den Unionsgrundrechten messen lassen muss.²⁶¹ Daneben gilt die GR-Charta für die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Rechts der Union. Die Durchführung umfasst neben der Umsetzung von Unionsrecht auch dessen Vollzug durch die Exekutive.²⁶² Für die Bundesnetzagentur als für den Vollzug der EUNNVO zuständige Behörde gilt es demnach, bei Eingriffen zulasten der ISP die Gewährleistungen der Charta zu beachten. Daran ändert auch das ihr eingeräumte Ermessen zumindest aus europarechtlicher Sicht nichts, da sie dabei an die Ziele der Verordnung gebunden ist.²⁶³

²⁵⁹ *Guggenberger*, S. 387.

²⁶⁰ EuGH, Rs. C-95/04, Slg. 2007, I-2373 Rn. 86 – *British Airways*; *Guggenberger*, S. 388 f.

²⁶¹ *Ehlers*, in: ders., §14 Rn. 59, mit dem Verweis, dass dies vom EuGH bisher selten erfolge, aber eine Trendwende abzeichne. Vgl. EuGH, Rs. C-293/12, ECLI:EU:C:2014:238 – *Digital Rights Ireland*.

²⁶² *Ehlers*, in: ders., §14 Rn. 73.

²⁶³ *Klement*, in: Scheurle/Mayen, EU-NNVO Rn. 65; zumindest nach der Rspr. des EuGH sind die Unionsgrundrechte unproblematisch anwendbar vgl. nur: EuGH verb. Rs. C-411/10 und C-439/10 Slg. 2011 I-13905 – N.S. und M.E. Rn. 64 ff. Zur insoweit abweichenden Sicht des BVerfG im

Fraglich ist ferner, inwieweit die Grundrechte auch direkt zwischen Privaten zur Anwendung gelangen. Anders als bei den Grundfreiheiten ist dies durch den EuGH bislang noch nicht eindeutig entschieden.²⁶⁴ Die herrschende Lehre lehnt unter Rekurs auf Art. 51 GR-Charta und die weitreichende Beschränkung der Privatautonomie eine unmittelbare Drittwirkung ab.²⁶⁵ Das bedeutet allerdings nicht, dass den Grundrechten zwischen Privaten keine Bedeutung zukommt. Vielmehr wirken sie, vergleichbar wie im nationalen Recht, mittelbar durch die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe im Lichte der Gewährleistungsgehalte der Grundrechte ein.²⁶⁶ Darüber hinaus können aus ihnen staatliche Schutzpflichten erwachsen, woraus allerdings keine Kompetenzen zugunsten der EU ableitbar sind.²⁶⁷ Die Bundesnetzagentur hat bei ihrem Tätigwerden somit auch die Grundrechte der Content-Provider und End-User zu beachten, soweit daraus Gewährleistungen zugunsten der Netzneutralität ableitbar sind. Dies wird im Folgenden nach den Erläuterungen zu den Rechten der ISP herausgearbeitet.

2. Unternehmerische Freiheit und Eigentum der Internetserviceprovider, Art. 15, 16, 17 GR-Charta

Die ISP können sich, vergleichbar mit dem nationalen Recht, gegen Eingriffe auf ihre Berufs- und Eigentumsfreiheit berufen. Diese werden auch auf Unionsebene gewährleistet.²⁶⁸ In der Literatur wird das Verhältnis zwischen den Art. 15 und 16 GR-Charta, die beide berufsspezifische Gewährleistungsgehalte aufweisen, als Spezialitätsverhältnis gesehen, wohingegen der EuGH zumeist beide Artikel parallel anwendet.²⁶⁹ Diese Differenzierung ist im Ergebnis allerdings unerheblich, denn es besteht Einigkeit, dass die Gewährleistung eine umfassende wirtschaftliche Betätigungsfreiheit enthält.²⁷⁰ Die unternehmerische Freiheit umfasst unter anderem das Recht jedes Unternehmens, in den Grenzen seiner Verantwortlichkeit für die

Hinblick auf die nationalen Grundrechte bei durch das Unionsrecht eröffneten Handlungsspielräumen bei der legislativen Umsetzung vgl. bspw. BVerfGE 133, 277 ff. Zum ganzen auch eingehend: *Ludwigs/Sikora*, EWS 2016, 121, 124 f.

²⁶⁴ *Ehlers*, in: ders., §14 Rn. 81; vgl. aber EuGH Rs. C-144/04, Slg. 2005, I-9981 – Mangold.

²⁶⁵ Vgl dazu nur: *Jarass*, Art. 51 Rn. 27 ff. m.w.N.

²⁶⁶ EuGH, Rs. C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317, Rn. 68 – Google Spain, m.w.N.

²⁶⁷ Art. 51 Abs. 2 GR-Charta; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 51 GR-Charta Rn. 26 ff.

²⁶⁸ Sie zählen zu den ersten Grundrechten, die der EuGH als allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts entwickelt hat: EuGH Rs. 4/73, Slg. 1974, 491 – Nold.

²⁶⁹ EuGH, Rs. C-544/10, ECLI:EU:C:2012:526, Rn. 44, 54 – Dt. Weintor; *Streinz*, in: ders., Art. 15 GR-Charta, Rn. 7.

²⁷⁰ *Ruffert*, in: Ehlers, §19 Rn. 10 m.w.N.

eigenen Handlungen frei über die jeweiligen wirtschaftlichen, technischen und finanziellen Ressourcen verfügen zu können.²⁷¹ Darunter sind die Tätigkeiten der ISP unstreitig zu subsumieren,²⁷² sodass sie die Gewährleistungen gegen die EUNNVO in Stellung bringen können.²⁷³ Der EuGH geht wie selbstverständlich davon aus, dass sich auch juristische Personen auf die entsprechenden Grundrechte berufen können.²⁷⁴ Daneben differenziert er in seiner Rechtsprechung nicht immer präzise zwischen der Berufsfreiheit und dem Eigentumsschutz aus Art. 17 GR-Charta.²⁷⁵ Die Literatur nimmt die Abgrenzung wie im deutschen Recht vor,²⁷⁶ sodass auf die obigen Ausführungen verwiesen werden kann. Gleichwohl gilt die Gewährleistung nicht schrankenlos, sondern ist im Zusammenhang mit ihrer gesellschaftlichen Funktion zu sehen.²⁷⁷ Trotz der „erheblichen Beschränkung der Vertragsfreiheit“²⁷⁸ durch die EUNNVO ist der Eingriff in die Rechte der ISP nicht unverhältnismäßig.²⁷⁹ Eine Rechtfertigung ist insbesondere in Hinblick auf die noch darzustellenden gewichtigen Rechtspositionen der Content Provider und End-User möglich (s. dazu 4.).

3. Allgemeiner Gleichheitssatz, Art. 20 GR-Charta

Art. 20 GR-Charta verbürgt ein allgemeines Gleichbehandlungsgebot im Sinne eines Verbotes der Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem oder der Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem.²⁸⁰ Allerdings ist er primär gegen die hoheitliche Gewalt und nicht gegen private Unternehmen gerichtet.²⁸¹ Allenfalls könnte durch eine entsprechende Schutzpflicht eine gleichheitsrechtliche Regelung wie die Netzneutralität zu fordern sein.²⁸² Bei der Bildung der Vergleichsgruppen ist auf die Austauschbarkeit der Datenpakete abzustellen, wobei bei einer Ungleichbehandlung die hinter den Datenströmen stehenden Personen diskriminiert würden.²⁸³ In ihrem Ursprung sind die einzelnen Datenpakete als elektrische Signale

²⁷¹ EuGH, Rs. C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192, Rn. 49 – UPC Telekabel Wien.

²⁷² Siehe dazu oben die insoweit übertragbaren Ausführungen zu Art. 12 GG.

²⁷³ Mayer, in: Kloepfer, S. 81, 92; Osing, S. 201 ff.; Görisch, EuZW 2012, 494, 497; Guggenberger, S. 182 f. sieht insbesondere die Vertragsfreiheit beeinträchtigt.

²⁷⁴ Streinz, in ders., Art.16 GR-Charta, Rn. 7; Ruffert, in: Ehlers, §19 Rn. 25 m.w.N.

²⁷⁵ EuGH, Rs. C-84/95, Slg. 1996, I-3953 Rn. 21 f. – Bosphorus; EuGH, Rs. C-63/93, Slg. 1996, I-569, Rn. 30 – Duff.

²⁷⁶ Streinz, in ders., Art.15 GR-Charta, Rn. 7; Jarass, Art. 17 Rn. 4.

²⁷⁷ EuGH, Rs. C-283/11, Slg. 2013, I-0000, Rn. 44, 51 – Sky Österreich

²⁷⁸ So jedenfalls: Sodtalbers, in: Spindler/Schuster, TKG § 43a Rn. 57.

²⁷⁹ So auch: OVG Münster, BeckRS 2019, 14541 Rn. 28 ff.

²⁸⁰ Kingreen, in: Ehlers, § 17 Rn. 11 ff.

²⁸¹ Klement, in: Scheurle/Mayen, EU-NNVO Rn. 59.

²⁸² Guggenberger, S. 185.

²⁸³ Jäkel S. 57 f. zu Art. 3 GG.

vergleichbar. Allerdings lässt diese Betrachtung außer Acht, dass allein mit einem einzelnen Datenpaket kein Inhalt oder Dienst geladen werden kann. Stellt man allerdings auf die Qualitätsanforderungen der Anwendungen ab, sind diese nicht mehr vergleichbar.²⁸⁴ Eine E-Mail bedarf, selbst wenn sie dringend ist, keiner solchen Qualität wie ein IP-Telefonat. Bei letzterem bricht die Verbindung bei einer verspäteten Ankunft von Datenpaketen ab, wohingegen eine E-Mail nur wenige Sekunden später (aber trotzdem vollständig) ankommt. Damit besteht schon keine Vergleichbarkeit, sodass in einem differenzierten Transport kein Verstoß gegen den Gleichheitssatz anzunehmen ist.²⁸⁵

4. Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit der Content-Provider und End User, Art. 11 GR-Charta

Die Meinungsfreiheit wurde vom EuGH bereits vor Ausarbeitung der GR-Charta als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts anerkannt.²⁸⁶ Art. 11 Abs. 1 GR-Charta soll die gleiche Tragweite wie Art. 10 EMRK haben.²⁸⁷ In diesem Sinne ist die Meinungsfreiheit als allgemeines Kommunikationsgrundrecht anzusehen und weit zu verstehen, sodass jede Art von geäußerten Werturteilen und Tatsachenäußerungen, aber auch die Weitergabe von Informationen und Ideen erfasst sind.²⁸⁸ Die Informationsfreiheit ist damit eine Teilgewährleistung der Meinungsfreiheit.²⁸⁹ Art. 11 Abs. 2 GR-Charta schützt generell die Medienfreiheit und ist im Gegensatz zu Art. 5 GG technologieoffen. Damit ist sowohl das Verhalten der Content-Provider als auch der End-User durch Art. 11 GR-Charta erfasst und spricht für eine Regelung der Netzneutralität.²⁹⁰ Auch wenn sich diese nicht unmittelbar gegenüber den ISP darauf berufen können, sind die Gewährleistungen dennoch bei der Anwendung der EUNNVO zu berücksichtigen. So verlangte der EuGH im Hinblick auf das Grundrecht der Internetnutzer auf Informationsfreiheit, dass Sperrmaßnahmen von Internetseiten wegen Urheberrechtsverletzungen streng zielorientiert sind, indem sie die Urheberrechtsverletzung beenden, ohne Internetnutzern die Möglichkeit zu nehmen, rechtmäßig Zugang zu Informationen zu erlangen.²⁹¹ Daraus lässt sich ableiten, dass eine generelle Blockade von Inhalten, Diensten und Anwendungen

²⁸⁴ *Ufer*, CR 2010, 634, 638.

²⁸⁵ So auch *Guggenberger*, S. 186; im Ergebnis: *Klement*, in: Scheurle/Mayen, EU-NNVO Rn. 59.

²⁸⁶ Vgl. nur: EuGH, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689 – Familiapress.

²⁸⁷ *Streinz*, in ders., Art. 11 GR-Charta, Rn. 1; mit Verweis auf die Erläuterungen des Präsidiums.

²⁸⁸ *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, Art. 11 GRC, Rn. 5 f.

²⁸⁹ EuGH, Rs. C-479/04, Slg. 2006, I-8089, Rn. 64 – Laserdisken.

²⁹⁰ *Guggenberger*, S. 181; *Osing*; S. 197; *Mayer*, in: Kloepfer, S. 81, 91.

²⁹¹ EuGH, Rs. C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192, Rn. 56 – UPC Telekabel Wien.

nicht mit Art. 11 GR-Charta zu vereinbaren ist. Der Schutz der Meinungsfreiheit erfordert darüber hinaus nach der Rechtsprechung des EuGH die Aufrechterhaltung der Medienvielfalt,²⁹² woraus eine Schutzpflicht für die Mitgliedstaaten hergeleitet werden kann. Inwieweit sich diese in Zusammenhang mit der Netzneutralität allerdings aktualisiert, erscheint fraglich.²⁹³ Dies dürfte jedenfalls erst bei einer erheblichen Beeinträchtigung erfolgen.²⁹⁴ Entscheidender dürfte sein, dass der EuGH der Meinungs- und Informationsfreiheit bei der Rechtfertigung von Einschränkungen anderer Grundrechte und der Grundfreiheiten eine hohe Bedeutung zumisst.²⁹⁵ Der Schutz von Art. 11 GR-Charta stelle „unbestreitbar ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel dar, dessen Bedeutung in einer demokratischen und pluralistischen Gesellschaft nicht genug betont werden (könne).“²⁹⁶ Aus dieser Formulierung lässt sich schließen, dass mögliche Eingriffe in die Rechte der ISP unter Rekurs auf die beschränkenden Wirkungen von deren Managementmaßnahmen auf die Kommunikationsfreiheiten des Art. 11 GR-Charta gerechtfertigt werden können.

F. Schluss

Die obigen Ausführungen zeigen die teils unübersichtliche Gemengelage, die mit dem Thema Netzneutralität einhergeht. Damit ist es nicht verwunderlich, dass ein so erbitterter Streit um dieses Thema geführt wird und sich die Parteien nahezu unversöhnlich gegenüberstehen. Bei nüchterner Betrachtung der rechtlichen Rahmenbedingungen wird deutlich, dass sich ihnen zum Thema Netzneutralität nur bedingt Aussagen entnehmen lassen. Zunächst spricht gegen eine Regulierung die grundsätzliche Wettbewerbsfreiheit der ISP. Diese sind primär für den Netzbetrieb und dessen Ausbau verantwortlich und haben deshalb ein Interesse an der wirtschaftlichen Verwertbarkeit ihrer Investitionen. Die immer weiter steigende Datenflut stellt die Netze vor eine Herausforderung.²⁹⁷

Bei einer solch einseitigen Betrachtungsweise kann aber nicht stehen geblieben werden. Insbesondere die hohe Bedeutung des Internets als Grundlage für einen

²⁹² EuGH, Rs. C-353/89, Slg. 1991, I-4069, Rn. 30 – Kommission/Niederlande; EuGH, Rs. C-23/93, Slg. 1994, I-4795, Rn. 25 – TV 10.

²⁹³ *Osing*, S. 193.

²⁹⁴ *Greve*, VR 2013, 109, 113; *Körber*, in: *Bien/Ludwigs*, S. 105, 112.

²⁹⁵ Vgl. EuGH, Rs. C-283/11, Slg. 2013, I-0000, Rn. 44, 51 – Sky Österreich; EuGH, Rs. C-70/10, Slg. 2011, I-11959, Rn. 50 ff. – *Scarlet Extended*.

²⁹⁶ EuGH, Rs. C-283/11, Slg. 2013, I-0000, Rn. 52 – Sky Österreich.

²⁹⁷ Dazu: *Rockenbach*, S. 36 f.; *Ceulic*, in: *Kloepfer*, S. 19, 27 f.

offenen Diskurs im Netzzeitalter gilt es im Blick zu behalten. Aber auch wirtschaftliche Faktoren, wie die Innovationsoffenheit des Internets, das mit niedrigen Zutrittsschranken viele Innovationen ermöglicht hat,²⁹⁸ sind zu berücksichtigen.

Klar ist auch, dass die Festschreibung des engen Begriffs der Netzneutralität weder erfolgt noch rechtlich geboten ist. Vielmehr stellt sie für die Rechte der Content-Provider und End-User den theoretischen Optimalzustand dar, der aber einer Abwägung mit den Rechten der ISP bedarf.

Die EUNNVO als momentaner Rechtsrahmen stellt auf der einen Seite vielfache Anforderungen an den neutralen Datentransport, lässt aber gleichzeitig weitestgehend Managementmaßnahmen zu. Blendet man die demokratietheoretische Problemlage einmal aus, könnte die Verordnung in ihrer Offenheit durchaus das richtige Mittelmaß gefunden haben. Sie ermöglicht einerseits den ISP zukunftsorientiert die anstehenden Herausforderungen der immer weiter fortschreitenden Digitalisierung zu lösen, ohne durch zu „enge Fesseln“ ein Innovationshemmnis zu sein. Andererseits gibt sie den Erhalt des offenen Internets als Leitidee vor und ermöglicht es den Regulierungsbehörden, negativen Fehlentwicklungen entgegenzutreten. Die EUNNVO liegt damit innerhalb der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative. Für die Regulierungsbehörden stellt die EUNNVO wegen ihrer Offenheit allerdings eine Herausforderung dar. Sie haben bei ihrem Vollzug die ausgearbeiteten Wertungen der rechtlichen Rahmenbedingungen zu beachten.

Damit bleibt abzuwarten, wie sich die Diskussion um die Netzneutralität zukünftig entwickelt. Wie ein Blick in die USA zeigt, ist die Zukunft durchaus offen. Für Europa wird allerdings zumindest vorübergehend der legislative Endpunkt erreicht sein. Spannend dürfte in jedem Fall eine potentielle Befassung des EuGH mit der Verordnung werden, da mit weitergehenden Aussagen, beispielsweise zur Bedeutung von Art. 11 GR-Charta oder der Bindung an Grundrechte zwischen Privaten, zu rechnen ist. Die Offenheit der Verordnung bietet dazu praktisch eine Steilvorlage. In legislativer Hinsicht sind die Diskussionen um Regulierungen rund um das Internetrecht jedenfalls weiterhin mannigfaltig. Interessant im Zusammenhang mit der Sicherung der kommunikativen Vielfalt im Netz ist dabei insbesondere die

²⁹⁸ Brüggenmann, CR 2013, 565, 567.

Frage, wie der Machtstellung der Suchmaschinen bei der Inhaltsauswahl zu begegnen ist.²⁹⁹ Diese neuen Problemlagen bedeuten auch für das Verfassungsrecht Herausforderungen, auf die es noch Antworten zu finden gilt.

²⁹⁹ Dazu beispielsweise *Paal*, ZRP 2015, 34 ff.

Literaturverzeichnis

- Bäcker, Matthias*, Hoheitliche Marktinterventionen zum Schutz der Netzneutralität, in: Klopfer, Michael (Hrsg.), Netzneutralität in der Informationsgesellschaft, Berlin 2011, S. 109.
- Bortnikov, Vyacheslav*, Netzneutralität und Bedingungen kommunikativer Selbstbestimmung- Pflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates zur Gewährleistung der Neutralität des Internets im Lichte der grundrechtlichen Schutzpflichtenlehre, München 2013.
- Brüggemann, Sebastian*, Netzneutralität- Aktuelle Entwicklungen in Europa, Deutschland und den USA, CR 2015, S. 361.
- Brüggemann, Sebastian*, Managed Services: Ausweg aus dem Datenstau oder Einstieg in das Zwei- Klassen- Netz?, CR 2013, S. 565.
- Calliess, Christian/Lippert, André*, Transeuropäische Netze als Grundlage des Binnenmarktes der Zukunft, in: Berliner Onlinebeiträge zum Europarecht, Nr. 102.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.), EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 5. Auflage, München 2016 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Calliess/Ruffert).
- Ceulic, Dean*, Netzneutralität und Freiheit im Internet, in: Klopfer, Michael, Netzneutralität in der Informationsgesellschaft, Berlin 2011, S. 19.
- Degenhart, Christoph*, Wie die Rundfunkfreiheit in die Online- Welt hineinstrahlt, CR 2011, S. 231.
- Degenhart, Christoph*, Netzneutralität- die Position von Presse und Rundfunk, in: Klopfer, Michael (Hrsg.), Netzneutralität in der Informationsgesellschaft, Berlin 2011, S. 67.
- Dreier, Horst* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band I, 3. Auflage, Tübingen 2013 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Dreier).
- Ehlers, Dirk* (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Auflage, Berlin/Boston 2014 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Ehlers).

- Fetzer, Thomas*, Zulässigkeit von Zero-Rating-Angeboten und Traffic-Shaping-Maßnahmen, Zulässigkeitsregelungen der europäischen Netzneutralitätsverordnung, MMR 2017, S. 579.
- Fetzer, Thomas/Peitz, Martin/Schweitzer, Heike*, Impulsstudie „Wettbewerbs- und medienrechtliche Aspekte von Netzneutralität, Berlin 2014.
- Fiedler, Christoph*, Technologieneutrale Pressefreiheit, AfP 2011, S. 15.
- Fischer, Axel E.*, Netzneutralität als Aufgabe der Politik?, in: Kloepfer, Michael (Hrsg.), Netzneutralität in der Informationsgesellschaft, Berlin 2011, S. 29.
- Francke, Felix*, Netzneutralität in Europa, Baden-Baden 2019.
- Gerpott, Torsten*, Zero Rating für ausgewählte Internetdienste als Totengräber der Netzneutralität?, K&R 2017, S. 677.
- Gersdorf, Hubertus*, Netzneutralität: Juristische Analyse eines „heißen Eisens“, AfP 2011, S. 209.
- Gersdorf, Hubertus*, Netzneutralität und Medienvielfalt, Rechtsgutachten im Auftrag der ANGA Verband Deutscher Kabelnetzbetreiber e. V., K&R 2015, Beiheft 1, S. 1.
- Görisch, Christopf*, Netzneutralität- ein Grundsatz des europäischen Regulierungsrechts?, EuZW 2012, S. 494.
- Götzinger, Lena/Gerecke, Martin*, Zur rechtlichen Zulässigkeit von Zero- Rating, ZUM 2018, S. 341.
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin* (Hrsg.), Das Rechts der Europäischen Union, Band 1, Loseblatt, 69. Auflage, München 2018. (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim).
- Greve, Holger*, Netzneutralität als zwingendes Prinzip zur Gewährleistung eines digitalen Meinungsmarktes?, VR 2013, S. 109.
- Guggenberger, Nikolas*, Netzneutralität: Leitbild und Missbrauchsaufsicht, Baden-Baden 2015.
- Heinemann, Patrick*, Verwaltungsgerichtlicher Eilrechtsschutz: Die Chimäre der summarischen Rechtsprüfung, NVwZ 2019, S. 517.

- Hoffmann, Ekkehard*, Grundrechtskonkurrenz oder Schutzbereichsverstärkung?, AöR 2008, S. 523.
- Holznagel, Bernd*, Internetdienstefreiheit und Netzneutralität, AfP 2011, S. 532.
- Holznagel, Bernd/Hartmann, Sarah*, Die Bedeutung von Netzneutralität für die Presse – Einschätzung der EU-Verordnung zur Sicherung des offenen Internets, in: Kops, Manfred (Hrsg.), Der Rundfunk als privates und öffentliches Gut. 25 Jahre Institut für Rundfunkökonomie, Leipzig 2016, S. 177.
- Holznagel, Bernd/Schumacher, Pascal*, Kommunikationsfreiheiten und Netzneutralität, in: Kloepfer, Michael (Hrsg.), Netzneutralität in der Informationsgesellschaft, Berlin 2011, S. 47.
- Holznagel, Bernd*, Netzneutralität als Aufgabe der Vielfaltssicherung, K&R 2010, S. 95.
- Jäkel, Florian*, Netzneutralität im Internet: verfassungsrechtliche Aspekte und Sicherungsmechanismen, Frankfurt a.M. 2013.
- Jarass, Hans D.*, Charta der Grundrechte der europäischen Union unter Einbeziehung der vom EuGH entwickelten Grundrechte, der Grundrechtsregelungen der Verträge und der EMRK, 3. Auflage, München 2016.
- Kiefer, Roland*, Multimedia-Netze, in: Schmitz, Roland/Kiefer, Roland/Maucher, Johannes/Schuitze, Jan/Suchy, Thomas, Kompendium Medieninformatik, Berlin 2006, S. 127.
- Klement, Jan Henrik*, Netzneutralität: der Europäische Verwaltungsbund als Legislative, EuR 2017, S. 532.
- Kloepfer, Michael* (Hrsg.), Netzneutralität in der Informationsgesellschaft, Berlin 2011.
- Kloepfer, Michael*, Netzneutralität und Presse- Grosso in der Informationsgesellschaft, AfP 2010, S. 120.
- Klotz, Robert*, Das europäische Kartellrecht in den Netzindustrien, in: Bien, Florian/Ludwigs, Markus (Hrsg.), Das Europäische Kartell- und Regulierungsrecht der Netzindustrien, Baden-Baden 2015, S. 39.
- Koenig, Christian/Fechtner, Sonja*, Netzneutralität- oder: Wer hat Angst vor dem schwarzen Netzbetreiber?, K&R 2011, S. 73.

- Körber, Torsten*, Neutralität im Netz- von neutraler Regulierung zur Netzneutralität durch Regulierung?, in: Bien, Florian/Ludwigs, Markus (Hrsg.), Das Europäische Kartell- und Regulierungsrecht der Netzindustrien, Baden-Baden 2015, S. 105.
- Koreng, Ansgar*, Meinungsmarkt und Netzneutralität- Kommunikationsrechtliche Aspekte des diskriminierungsfreien Netzzugangs, CR 2009, S. 758.
- Kühling, Jürgen*, Zero Rating – Regulatorisches Off für StreamOn?, K&R 2017, Editorial zu Heft 11.
- Larisch, Dirk*, Netzwerktechnik, 3. Auflage, Heidelberg 2010.
- Ludwigs, Markus*, Kooperativer Grundrechtsschutz zwischen EuGH, BVerfG und EGMR, EuGRZ 2014, S. 273.
- Ludwigs, Markus*, Die Bundesnetzagentur auf dem Weg zur Independent Agency?, Die Verwaltung 2011, S. 41.
- Ludwigs, Markus*, Maßstäbe und Methoden der Entgeltregulierung im Spiegel europa- und verfassungsrechtlicher Vorgaben, NVwZ 2008, S. 954.
- Ludwigs, Markus/Sikora, Patrick*, Der Vorrang der Unionsrechts unter Kontrollvorbehalt des BVerfG, EWS 2016, S. 121.
- Ludwigs, Markus/Weidermann, Sabine*, Drittwirkungen der Europäischen Grundfreiheiten – Von der Divergenz zur Konvergenz?, JURA 2014, S. 152.
- Martini, Mario*, Wie viel Gleichheit braucht das Internet?- Netzneutralität zwischen kommunikativer Chancengleichheit und Infrastruktureffizienz, Speyerer Vorträge, Heft Nr. 96, 2011.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter* (Begr.), Grundgesetz Kommentar, Band I, Loseblatt, 83. Lieferung April 2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Maunz/Dürig).
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter* (Begr.), Grundgesetz Kommentar, Band II, Loseblatt, 83. Lieferung April 2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Maunz/Dürig).
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter* (Begr.), Grundgesetz Kommentar, Band VI, Loseblatt, 83. Lieferung April 2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Maunz/Dürig).
- Mayer, Franz C.*, Die Verpflichtung auf Netzneutralität im Europarecht, Europaverfassungsrechtliche Vorgaben und netzpolitische Handlungsdefizite, in:

- Kloepfer, Michael (Hrsg.), Netzneutralität in der Informationsgesellschaft, Berlin 2011, S. 81.
- Osing, Johannes*, Die Netzneutralität im Binnenmarkt- zur Bindung der Internet-Provider an die Europäischen Grundfreiheiten und Grundrechte, Baden- Baden 2017.
- Paal, Boris P.*, Vielfaltssicherung im Suchmaschinenektor, ZRP 2015, S. 34.
- Potacs, Michael*, Effet utile als Auslegungsgrundsatz, EuR 2009, S. 465.
- Rockenbach, Florian*, Effektiver Rechtsschutz bei Verstößen gegen die Netzneutralität, Aachen 2017.
- Rogge, Sebastian*, Die Zukunft der Netzneutralität im Internet, Berlin 2018.
- Sachs, Michael*, Grundgesetz Kommentar, 8. Auflage, München 2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Sachs).
- Scheurle, Klaus-Dieter/Mayen, Thomas (Hrsg.)*, TKG Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, München 2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Scheurle/Mayen).
- Schlauri, Simon*, Network Neutrality: Netzneutralität als neues Regulierungsprinzip des Telekommunikationsrechts, Baden-Baden 2010.
- Schmahl, Stefanie/Jung, Florian*, Horizontale Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit? Überlegungen im Anschluss an EuGH, Urt. v. 12. 7. 2012 – C-171/11, EuZW 2012, 797 – DVGW, NVwZ 2013, S. 607.
- Schmidt-Preuß, Matthias*, Das Europäische Regulierungsrecht der Netzindustrien als inter- und intradisziplinäre Disziplin, in: Bien, Florian/Ludwigs, Markus (Hrsg.), Das Europäische Kartell- und Regulierungsrecht der Netzindustrien, Baden-Baden 2015, S. 11.
- Schneider, Jens-Peter*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen: Gewährleistungsverantwortung des Staates für Netzneutralität, in: Kloepfer, Michael (Hrsg.), Netzneutralität in der Informationsgesellschaft, Berlin 2011, S. 35.
- Schreiner, Rüdiger*, Computernetzwerke, 6. Auflage, München 2016.

- Schrey, Joachim/Frevert, Tobias*, Muss die Bundesnetzagentur die Netzneutralität verteidigen? Eine Standortbestimmung zur Zulässigkeit des Bandbreitenmanagements, MMR 2010, S. 596.
- Schütz, Raimund*, Regulierung in der digitalen Medienwelt – Fünf aktuelle Herausforderungen, MMR 2018, S. 36.
- Sieber, Ulrich*, Kontrollmöglichkeiten zur Verhinderung rechtswidriger Inhalte in Computernetzen, CR 1997, S. 581.
- Spies, Axel/Ufer, Frederic*, Quo vadis Netzneutralität? Status quo und Ausblick – Ein langer Weg zu einem tragfähigen Kompromiss in der EU, Deutschland und den USA, MMR 2015, S. 91.
- Spindler, Gerald/Schuster, Fabian* (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, 4. Auflage, München 2019 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Spindler/Schuster).
- Stein, Ekkehart/Denninger, Erhard/Hoffmann-Riem, Wolfgang* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (AK-GG), 3. Auflage, München 2001 Loseblatt (zitiert als: *Bearbeiter*, in: AK GG).
- Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael* (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 9. Auflage, München 2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Stelkens/Bonk/Sachs).
- Stern, Klaus*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1, München 2006 (zitiert als: Stern, Staatsrecht IV/1).
- Streinz, Rudolf* (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Auflage, München 2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Streinz).
- Streinz, Rudolf*, Europarecht, 11. Auflage, Heidelberg 2019.
- Ufer, Frederic*, Netzneutralität im Spannungsfeld zwischen Wettbewerb und Regulierung – was von der internationalen Debatte um Netzneutralität für Deutschland relevant ist, CR 2010, S. 634.
- v. *Mangold, Hermann/Klein, Friedlich/Starck, Christian* (Begr.), Grundgesetz Kommentar, Band 3, 7. Auflage, München 2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: v. Mangold/Klein/Starck).

Werkmeister, Christoph/Hermstrüwer, Yoan, Ausnahmen vom Grundsatz der Netzneutralität- wer darf auf die Überholspur im Internet? Warum das europäische Recht der Netzneutralität noch keine Rechtssicherheit schafft, CR 2015, S. 570.

Wimmer, Norbert/Löw, Franziska, Die gescheiterte Netzneutralitätsverordnung 2013, zum Entwurf des BMWi vom 17.6.2013, MMR 2013, S. 636.

Wu, Tim, Network Neutrality, Broadband Discrimination, Journal on Telecommunications & High Technology Law 2 (2003) S. 141.

Ziebarth, Lennart, Die Netzneutralität des Grundgesetzes, Baden-Baden 2016.

Zisler, Harald, Computer-Netzwerke, Grundlagen, Funktionsweise, Anwendung, Bonn 2016.