

Netzneutralität und Presse-Grosso in der Informationsgesellschaft*

von

Prof. Dr. Michael Kloepfer, Berlin

Inhaltsübersicht

A.	Grundsätzliches	1
I.	Netz und Wirtschaft	1
II.	Nutzen von Netzen	4
B.	Rechtlicher Rahmen	4
I.	Staatliche Netze	5
II.	Privatisierte Netze	5
III.	Internet	7
IV.	Private Netze	8
V.	Grundrechtliche Aspekte	9
C.	Netzneutralität	10
D.	Netzverselbständigung	16
I.	Allgemeines	16
II.	Netzverselbständigung bei Kommunikationsnetzen	17
III.	Presse-Grosso	19
E.	Handlungsmöglichkeiten und Handlungspflichten des Staates im Bereich des Presse-Grosso	20
I.	Verfassungsgarantie des Presse Grosso	20
II.	Schutz der Netzselbständigkeit	20
III.	Schutz der Netzneutralität	21
F.	Ausblick	24

A. Grundsätzliches

I. Netz und Wirtschaft

Warenherstellung und Warendistribution sind deutlich unterscheidbare fundamentale Funktionen einer entwickelten Wirtschaft. Während der mittelalterliche Bauer oder Korbmacher seine Früchte oder Produkte selbst auf dem nahen städtischen Markt verkaufen,

* Der Beitrag lag als Manuskript einem Vortrag zugrunde, den der Verf. am 3.12.2009 auf dem 6. Forum der Stiftung Presse-Grosso in Karlsruhe gehalten hat. Die eingeklammerten Passagen wurden nicht vorgetragen. Meinem Mitarbeiter, Herrn Assessor *Holger Greve*, danke ich sehr für die Mitarbeit.

verselbstständigten sich in großräumigen Handelsräumen Produktion und Distribution schnell. Zu denken ist insbesondere u.a. an die Ausbildung der großen Handelshäuser im Mittelalter und in der Neuzeit. Der Trend wurde im Welthandel insgesamt weiter verstärkt, wenngleich die „global players“ auch heute teilweise noch immer versuchen, die internationale Distribution ihrer Waren selbst (meist freilich in gesellschaftsrechtlicher Verselbständigung) zu organisieren. Der Warentransport und der Warenhandel ist heute typischerweise (aber noch nicht ausnahmslos) von der Produktion getrennt bzw. ausgelagert.

Die überörtliche Warenverteilung hat sehr frühzeitig zu Verkehrsnetzen geführt, wie etwa die alten Handelsstraßen von der sog. Seidenstraße bis hin zu den alten Salzstraßen, aber etwa auch das System der Hanse zeigt. Straßen dienten indessen nicht nur dem Warenverkehr, sondern auch dem Bedürfnis reisender Menschen.

Mit der Technisierung der modernen Gesellschaft werden die Verkehrsnetze immer dichter und vielfältiger, die Straßen und Wasserstraßen werden zunehmend von immer mehr maschinengetriebenen Fahrzeugen bzw. Schiffen befahren. Technikdominierte Netze, insbes. die Eisenbahnnetze und schließlich die Luftverkehrsnetze entstehen. Diese zum Warentransport benutzten Verkehrsnetze sind offensichtlich etwas anderes als die Warendistribution selbst, ganz unabhängig davon, dass es nicht nur Waren-, sondern auch Personenverkehr gibt. Die Verkehrsnetze sind nicht Warendistribution, sondern Voraussetzung für Warendistribution. In der Regel dienen sie nicht nur dem Interesse eines Einzelunternehmens, sondern dem vieler Unternehmen und genauer gesagt: der Allgemeinheit. Es sind öffentliche Netze. Die juristische Konstruktion zieht nach, indem sie Straßen zu öffentlichen Sachen mit Gemeingebrauch erklärt.

Aber es bleibt nicht bei diesen Verkehrsnetzen. Der arbeitsteilige Handel bildet schnell andere organisatorische Netze heraus, beispielsweise Vertriebs- und Zahlungsnetze bis hin zu modernen Servicenetzen (z.B. Ketten von Eis- und Getränkeautomaten).

Dem Prototyp des Eisenbahnnetzes folgen die Energienetze als weitere technische Netze (Strom-, Gas- und Wassernetze), die für längere Zeit erlauben, Produktion von Energie bzw. Wasser und deren Distribution in einer Hand (häufig der öffentlichen Hand) zu behalten, bis es insbesondere unter dem Einfluss von markteuphorischen Ideen und des Europäischen Rechts zu Privatisierungen und Entflechtungen kommt.

Die Kommunikationsnetze gehen einen eigenen Weg, weil sie regelmäßig Informationen verbreiten, die jedenfalls überwiegend keine Waren darstellen. Die Post ist der Prototyp eines frühen, noch nicht primär technischen Informationsverteilungssystems, indem die Informationserzeugung und die Informationsverteilung nahezu hermetisch voneinander getrennt sind. Dies gilt auch für das erste technische Informationsnetz, das Telefon, und später auch für die Funk- und Fernschreibnetze. Bei den Rundfunknetzen war diese Trennung von Rundfunkerzeugung und Rundfunkverbreitung hingegen häufig nicht von Anfang an vorhanden und das Internet hat schließlich sehr viel Misch- und Zwischenformen zwischen Individual- und Massenkommunikation hervorgebracht.

Die Netze der gedruckten Informationen, also der Pressemarkt und der Buchmarkt, enthalten die Merkmale sowohl der Warendistribution einerseits wie der damit verbundenen Informationsdistribution andererseits. Damit wird deutlich, dass diese Distribution nicht nur als Ausdruck von wirtschaftlicher Freiheit, sondern gerade auch von Kommunikationsfreiheit zu sehen ist. Dies unterscheidet den Buchgroßhandel und den Pressegroßhandel entscheidend vom sonstigen Großhandel. Die strikte Trennung von Informationsgenerierung und Informationsverbreitung – wie bei der Post oder beim Telefon – hinterlässt auch im Presse- und Buchbereich prägende Spuren. Von daher stellen die in jüngerer Zeit angestrebten Verlagsbeteiligungen an einzelnen Postunternehmen¹ den Versuch dar, eine bewährte Ebenentrennung im Informationswesen zu beseitigen.

Die Ebenentrennung im Informationswesen zeigt sich besonders an der einzigartigen Konzentration des deutschen Presse-Grosso. Dieses gewährleistet seit langem durch ein Vertragsgeflecht die Trennung von Waren- und Informationsproduktion einerseits sowie Waren- und Informationsverteilung andererseits.

II. Nutzen von Netzen

¹ Siehe etwa zum Versuch der Axel-Springer AG den Postdienst PIN zu werben die Meldung beim Tagesspiegel vom 28.6.2007 abrufbar unter <http://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/Unternehmen-Pin-Briefzustellung-Axel-Springer;art129,2329975>.

Durch ein Netz kann der Anbieter mehr Abnehmer und diese damit kostengünstiger erreichen. Umgekehrt hat der Kunde durch Netze eine größere Auswahl bei geringeren Kosten. Diese sog. Netzexternalitäten² führen dazu, dass durch die Verknüpfung der einzelnen Marktteilnehmer deren gemeinsamer Nutzen aus dem Netz mit zunehmender Größe und Verknüpfungsdichte überproportional steigt.

Mit der Netzneutralität bzw. Netzselbständigkeit von Netzen steigen insgesamt prinzipiell die Größe und der Nutzen eines Netzes, weil alle Netzbenutzer grundsätzlich gleich behandelt werden. Dies kann zu günstigeren Kostenstrukturen, vor allem aber zu größerer Presse- und damit Meinungsvielfalt führen. Die Netzverselbständigung erlaubt zudem eine arbeitsteilige Optimierung der Netzfunktion. Die Ebenentrennung ermöglicht die effizientere, ganz auf den Vertrieb bezogene Organisation der Pressedistribution und verhindert verdeckte Quersubventionierungen für die Presseherstellung durch verfälschte Kostenstrukturen des Vertriebs.

B. Rechtlicher Rahmen

In einem gelebten Rechtsstaat können so bedeutsame Erscheinungen wie die Netze nicht ohne rechtliche Reaktion bleiben. Jedenfalls Entscheidungen zu den großen Infrastrukturnetzen dürfen für das Zusammenleben in der Gesellschaft „wesentlich“ im Sinne der Wesentlichkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts³ sein und deshalb im Prinzip einer parlamentsgesetzlichen Ausgestaltung bedürfen. Dies ist bei den großen Netzen jedenfalls bei den staatlichen Netzen und bei den ehemaligen staatlichen Netzen der Fall, während naturgemäß die schon immer privaten Netze überwiegend ohne gesetzliche Regelungen entstanden sind oder noch bestehen. Das Internet stellt bei alledem eine interessante Zwischenkategorie dar, in der künftig möglicherweise hoheitliche Normierungen an Einfluss gewinnen werden.

I. Staatliche Netze

² Hierzu ausführlich *Blankart/Knieps*, in: Jahrbuch für politische Ökonomie 1992, S. 73, 78; *dies.* Path dependence, network externalities and standardization; *Klodt/Laaser/Lorz/Maurer*, Wettbewerb und Regulierung in der Telekommunikation, S. 40 ff.; *Thum*, Netzwerkeffekte, Standardisierung und staatlicher Regelungsbedarf, S. 12; *Kutzschbach*, Grundrechtsnetze, 2004, S. 50 f.

³ Vgl. BVerfGE 34, 165 (192 f.); 40, 237 (248 f.); 45, 400 (417 f.); 47, 46 (78 f.); 48, 210 (221); 49, 89 (126 f.); 58, 257 (268 f.); 76, 171 (184 ff.); 95, 267 (307 f.); 98, 218 (251); 116, 24 (58); dazu auch *Kloepfer*, JZ 1984, 685 (689 ff.); *ders.*, Wesentlichkeitstheorie als Begründung oder Grenze des Gesetzesvorbehalts?, in: Hill (Hrsg.), Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung, Berlin 1988, 187 (189 ff.).

Die klassischen staatlichen Netze (Straßen, Wasserstraßen und „Flugkorridore“) sind primär öffentlich-rechtlich geregelt. Die mit der Föderalismusreform II⁴ geschaffene Regelung zur Errichtung eines Verbindungsnetzes des Bundes (Art. 91 c Abs. 4 GG) sieht folgerichtig auch eine bundesgesetzliche Grundlage und Ausgestaltung vor. Allerdings dringen europäische und internationale Rechtsnormen hier immer weiter vor und sind z.B. im Flugverkehr längst dominant.⁵

II. Privatisierte Netze

Insbesondere die Privatisierungen⁶ vormals staatlicher Netze im Bereich des Schienennetzes, der Post und der Telekommunikation, teilweise aber auch der Strom-, Gas- und Wassernetze hat zunächst zu einer erheblichen Verrechtlichungswelle, dem sog. Regulierungsrecht⁷, d.h. – jedenfalls zunächst – nicht zu weniger, sondern eher zu mehr Recht geführt. Vormals als Kernaufgaben staatlicher Daseinsvorsorge ausgestaltet, sind diese Aufgaben insbesondere durch den Einfluss des europäischen Rechts zu einem erheblichen Teil auf Privatunternehmen verlagert worden.⁸ Den Staat trifft nach der Privatisierung nicht mehr eine Erfüllungsverantwortung, er muss jedoch als Gewährleistungsstaat für die Erhaltung und Bereitstellung gemeinwohlbezogener Versorgungsnetze eintreten.⁹ An die staatlichen Sicherstellungspflichten sind jedoch keine überspannten Forderungen zu stellen.¹⁰ Aus der Verfassung lassen sich mit Art. 87e Abs. 4 GG für den Bereich des Schienenverkehrs¹¹ sowie Art. 87f Abs. 1 GG für den Bereich des Postwesens und der Telekommunikation spezifische Gewährleistungspflichten¹² des Staates als Ausdruck seiner Infrastrukturverantwortung ableiten. Begleitend zur Liberalisierung und Deregulierung früher staatlich monopolisierter Märkte war die Sicherung der Grundversorgung bei gemeinwohlbezogenen Dienstleistungen ein wesentliches Anliegen.

⁴ BGBl. I S. 2248; *Siegel*, NVwZ 2009, 1128 ff.; *Seckelmann*, DÖV 2009, 747 ff.

⁵ Dazu *Hobe*, Humboldt Forum Recht 2008, 143 ff.

⁶ Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen *Maurer*, *Juridica International XVI/2009*, 4 ff.; *Burgi*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf, Gutachten D 67. DJT 2008, 2008.

⁷ Vgl. etwa *Höppner*, Die Regulierung der Netzstruktur, 2009; *Heise*, Das Verhältnis von Regulierung und Kartellrecht im Bereich der Netzwirtschaften, 2008; *Eifert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR I, § 19; *Säcker*, AöR 130 (2005), 180 ff.; *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004; *Masing*, Die Verwaltung 36 (2003), 1 ff.

⁸ Siehe dazu *Kämmerer*, Privatisierung, 2001, S. 90 ff.; *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), 266 (286).

⁹ Zum Wandel der Aufgaben staatlicher Daseinsvorsorge *Bull*, Der Staat 47 (2008), 1 ff.; zum Einfluss des europäischen Verfassungsrechts auf die Entwicklung des Gewährleistungsstaates *Ruffert*, AöR 134 (2009), 197 (205 ff.).

¹⁰ Vgl. *Cornils*, AöR 131 (2006), 378 (383).

¹¹ Dazu näher *Ruge*, AöR 131 (2006), 1 (10 ff.).

¹² Vgl. *Masing*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 90 Rn. 37 f.

[Die staatliche Gewährleistungsverantwortung wurde von der Einführung des Universaldienstmodells flankiert.¹³ Dieses Vorhaben soll eine zum einen den Nutzern die Inanspruchnahme jedenfalls eines Minimaldienstes mit einer spezifizierten Qualität und zu erschwinglichen Preisen ermöglichen.¹⁴ Überdies soll eine flächendeckende infrastrukturelle Versorgung der Endnutzer sichergestellt werden und der Konflikt zwischen diesem Ziel und dem Wettbewerbssystem der EU abgemildert werden.¹⁵ Das Universaldienstmodell läuft auf folgendes hinaus: Soweit bei einer Privatisierung der Markt die Grundversorgung nicht erbringt, kann als Schutz vor einem möglichen Marktversagen entweder allen oder einzelnen Anbietern Universaldienstverpflichtungen auferlegt werden, wobei die anfallenden Lasten auszugleichen sind.¹⁶]

Die Gewährleistung dieser Grundversorgung als staatliche Sicherstellungsaufgabe bestimmt sich vornehmlich durch die Regulierung der jeweiligen Gesamtmärkte.¹⁷ [Hierbei kommen maßgeblich die traditionellen Instrumente des Wirtschaftsverwaltungsrechts zum Einsatz, die von der Ausübung ordnungsrechtlicher Eingriffsbefugnisse über die kartellrechtliche Kontrolle bis hin zu einer spezifischen Art von Rechts- und Fachaufsicht über die einzelnen Anbieter, die auf den Märkten des Post- und Telekommunikations-, Eisenbahn- und Energiesektor tätig sind.¹⁸] Gemeinsamer Ausgangspunkt für die Regulierung ist zunächst der freie Marktzutritt für alle Anbieter von Dienstleistungen ebenso wie eine hinreichende Gemeinwohlsicherung durch die Implementierung von allgemeinen Wettbewerbsparametern oder marktkonformen Instrumenten.¹⁹

[Der Marktzugang bestimmt sich dabei nach den sektorspezifischen Zugangsregeln z.B. in den §§ 20 ff. EnWG, §§ 16 ff., 70 TKG und § 14 AEG.²⁰ Dabei ist die staatliche

¹³ Siehe auch Art. 87f Abs. 1 GG, § 78 TKG. Zu den Universaldiensten im Bereich der Telekommunikation *Masing*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 90 Rn. 46 f.

¹⁴ *Butzer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 74 Rn. 26.

¹⁵ *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: EG, 4. Aufl. 2007, Art. 86 Abs. 2 Rn. 8.

¹⁶ Vgl. etwa *Vofßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), 266 (287).

¹⁷ Für den Ausbau des Regulierungsrechts leistungsfähigerer Aufgabenerfüllung und Gemeinwohlsicherung *Ruffert*, AöR 134 (2009), 197 (236).

¹⁸ *Butzer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 74 Rn. 2; zu den einzelnen Netzwirtschaften etwa die Beiträge von *Lüdemann*, *Schneider*, *Fehling*, in: Lüdemann (Hrsg.) Telekommunikation, Energie, Eisenbahn, 2008.

¹⁹ *Masing*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 90 Rn. 40; *ders.*, in: Lüdemann (Hrsg.), Telekommunikation, Energie, Eisenbahn, 2008, 155 (160). Überdies erscheint es sinnvoll allgemeine Grundsätze der Regulierungsverwaltung übergreifend zu regeln. Siehe dazu *Masing*, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, Gutachten zum 66. DJT 2006.

²⁰ Vgl. auch § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB. Vgl. insgesamt *Höppner*, Netzveränderungen im Zugangskonzept, 2009.

Netzverantwortung als Gewährleistungsverantwortung für Infrastruktur maßgeblich auch durch die Gestaltung der Netzträgerschaft geprägt. Insbesondere in den Fällen, in denen nur ein Netzbetreiber besteht, dessen Netz aber nach dem Trennungsmodell verschiedenen Diensteanbietern offen stehen soll, erstreckt sich die staatliche Netzverantwortung im besonderem Maße auf die Sicherstellung eines offenen Netzzugangs, auf die Nutzungsbedingungen, die Verteilung knapper Kapazitäten und das Nutzungsentgelt.²¹ Über diese Aspekte hinaus ergeben sich insbesondere für Kommunikationsnetze weitergehende Gewährleistungspflichten, die maßgeblich grundrechtlich determiniert sind.]

III. Internet

Eine bedeutsame und interessante Zwischenkategorie stellt das Internet dar, dass sich inzwischen zu einer der bedeutendsten Informationsquelle der Bevölkerung ebenso wie zum wichtigen Freiheitsraum persönlicher Entfaltung entwickelt hat.²² Neben dem schier unerschöpflichen Reservoir an Informationen eröffnen sich gerade im Hinblick auf Partizipationsmöglichkeiten des Einzelnen vielfältige netzwerkartige Kommunikationsstrukturen, die ihrerseits zu demokratisierenden Effekten auf Teilhabe, Gestaltung und Verbreitung von Kommunikation führen können.²³ Das Internet wurde größtenteils auf der technischen Grundlage ursprünglich staatlicher und heute privatisierter sowie seit langem privater technischer Telekommunikationsnetze geschaffen.²⁴ Die Netzorganisation und inhaltliche Netzgestaltung ist aber ganz primär Privatsache, wenngleich staatliche Einflüsse durchaus vorhanden sind, die sich beim Trend zu einer staatlichen Internet-Zensur²⁵ auch verstärken könnten.

Auffällig ist, dass im Internet bisher maßgeblich das Prinzip der internationalisierten gesellschaftlichen Selbstregulierung gilt (ICANN)²⁶, das freilich durchaus auch Demokratiedefizite aufweist.²⁷ Mit Fortschritten bei der Erarbeitung technischer

²¹ *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, S. 348.

²² Vgl. *Bullinger*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 163 Rn. 127; *Kube*, : Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 148 Rn. 70; *Gusy/Worms*, APuZ 18-19/2009, 26 (30).

²³ Vgl. *Balkin*, New York University Law Review Vol. 79 (2004, 1 (7 ff.); *Dickerson*, Houston Law Review, Vol. 46 (2009), 61 (64 ff.).

²⁴ Zur Entwicklung des Internet *Abbate*, *Inventing the Internet*, 1999; *Kloepfer*, Informationsrecht, 2002, § 1 Rn. 9 f.

²⁵ Plakativ etwa *Marbeth-Kubicki*, NJW 2009, 1792 ff.

²⁶ Dazu *Dederer*, AVR 47 (2009), 367 ff.

²⁷ Vgl. *Kloepfer*, Informationsrecht, 2002, § 3 Rn. 63.

Zutrittssperren und Filtertechniken ist allerdings mit verstärktem staatlichen Einfluss zu rechnen.²⁸

[Dies gilt nicht nur für nicht demokratische bzw. vordemokratische Staaten (z.B. China, Singapur, Saudi-Arabien), sondern zunehmend auch für demokratische Staaten im Kampf gegen verfassungsfeindliche, gewaltverherrlichende und kinderpornographische Gehalte, wie z.B. das noch nicht in Kraft getretene deutsche Zugangserschwerungsgesetz zeigt.²⁹ Dies stellt eine elementare Wende in den bisherigen wildwüchsigen Baustrukturen des Internets dar, die in Rechtsstaaten - schon aus grundrechtlichen Gründen – nicht ohne gesetzliche Grundlagen vorgenommen werden darf.]

IV. Private Netze

Trotz aller Faszination, die insbesondere für die Ökonomen, aber auch für die Juristen von der Privatisierung und den Privatisierungsfolgen³⁰ ausgeht, darf nicht übersehen werden, dass wichtige private Netze nicht Produkte von Privatisierungen sind. Solche Netze von vornherein von Privaten geschaffen worden, ohne vorher in staatlicher Hand gewesen zu sein. Das bezieht sich vornehmlich auf primär nicht-technische Netze, selbst wenn im Einzelnen doch Technik zum Einsatz kommt. Zu diesen schon immer privaten Netzen gehören z.B. das Speditions- und Taxigewerbe, vor allem aber die Distributionssysteme des Handels, insbesondere des Großhandels. Auch das Presse-Grosso zählt hierzu. Diese schon immer privaten Netze sind Produkte individueller Freiheitsbetätigungen, vornehmlich der Berufsfreiheit, der Unternehmensfreiheit und beim Presse-Grosso auch und gerade der Pressefreiheit.³¹

V. Grundrechtliche Aspekte

²⁸ Dass mittlerweile viele Staaten weltweit versuchen den Informationsfluss im Internet zu filtern bzw. zu blockieren, belegen etwa eindeutig die Untersuchungen der Open Net Initiative, bestehend aus einem Forschungsverbund der Universitäten Harvard, Toronto, Cambridge und Oxford. Vgl. <http://opennet.net/>; ferner *Deibert/Palfrey/Rohozinski*, *Access Controlled: The Shaping of Power, Rights, and Rule in Cyberspace*, 2010; *Deibert/Palfrey/Rohozinski/Zittrain*, *Access Denied: The Practice and Policy of Global Internet Filtering*, 2008.

²⁹ Das verfassungsrechtlich umstrittene Gesetz ist bisher noch nicht in Kraft getreten und soll nach Willen der Regierungskoalition 1 Jahr nicht angewendet werden (Nichtanwendungserlass), um zunächst andere Mittel im Kampf gegen kinderpornographische einzusetzen (Löschen statt Sperren). Der Bundespräsident *Horst Köhler* weigert sich momentan, das Gesetz auszufertigen und verlangt zusätzliche Informationen durch die Bundesregierung. Vgl. hierzu Spiegel-Online vom 28.11. 2009, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/0,1518,663980,00.html>. Ebenso

³⁰ Dazu etwa *Kämmerer*, *Privatisierung*, 2001, S. 423 ff.; *Burgi*, *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR*, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 75 Rn. 28.

³¹ Vgl. *Kloepfer/Kutzschbach*, *AfP* 1999, 1 ff.

Grundrechtlich bedeutet dies, dass die schon immer bestehenden privaten (und nach und nach auch die privatisierten) Netze zunächst auch den Schutz von Grundrechtserträgen, d.h. von Resultaten von Grundrechtsbetätigungen bedeutet.³² Darin liegt aber grundrechtlich nur ein, wenn auch gewichtiger Seitenaspekt. Die grundrechtliche Hauptbedeutung des Netzes ist aber seine Funktion als Grundrechtsverwirklichungsnetz.³³ Das Netz ermöglicht die Wahrnehmung vielfältiger Grundrechtsfunktionen des Betreibers und der Benutzer, wobei diese Verkäufer und Käufer, Informationsgeber und Informationsempfänger sein können. Beim Presse-Grosso als Grundrechtsverwirklichungsnetz geht es um die Grundrechte der Grossisten, der Verleger, letztlich aber auch der Journalisten sowie last but not least um die Grundrechte der Leser. Durch das Presse-Grosso als Netz werden die genannten Grundrechte verwirklicht bzw. tatsächlich ausübbar gemacht. Diese Vielheit der grundrechtlichen Verwirklichungsmöglichkeiten lässt es sinnvoll erscheinen, jedenfalls das private bzw. privatisierte Grundrechtsnetz – hier also das Presse-Grosso – selbst unter Grundrechtsschutz zu stellen und zwar im Rahmen einer institutionellen Garantie. Der Grundrechtsschutz des Netzes selbst ist dabei etwas anderes als die Addition, d.h. die Summe aller individuellen Grundrechtsberechtigungen im Hinblick auf das Netz.

Der grundrechtliche Schutz von Netzen zielt zunächst auf die Abwehr von aktivem staatlichen Handeln, also etwa von imperativen Eingriffen (Verboten), aber auch von Behinderungen durch den Staat sowie u.U. auch von staatlicher Konkurrenz. Anders ist dies, wenn ein netzbezogener Grundrechtsschutz sich gegen staatliches Unterlassen richtet, wenn also im konkreten Fall staatliches Handeln unter Berufung auf Grundrechte erzwungen werden soll. Das kann sich u.U. auf staatliche Förderungspflichten (Subventionen), vor allem aber auf die staatliche Abwehr von Drittangriffen, also von Angriffen Privater auf das Grundrechtsgut beziehen. Für das Presse-Grosso könnten dies z.B. Finanzhilfen für den Pressevertrieb in dünn besiedelten Räumen, vor allem aber die staatliche Abwehr von Verlagsgrossisten in angestammten Grossistengebieten bedeuten.

Zwar hat der Staat hier einen erheblichen Entscheidungsraum, die Maßnahmen zur Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten dürfen ein bestimmtes Minimum nicht unterschreiten (Untermaßverbot³⁴), sollten aber auch nicht verkennen, dass die Dritteinwirkungen (z.B. im

³² Zur staatlichen Schutzaufgabe für Kommunikationsnetze *Hoffmann-Riem*, AöR 134 (2009), 513 (533 ff.).

³³ Vgl. *Kloepfer*, Presse-Grosso unter dem Schutz von Verfassungsrecht und Europarecht, 2000, S. 57 f.; *Kutzschbach*, Grundrechtsnetze, 2004, S. 148 ff.

³⁴ BVerfGE 88, 203 (254 f., 262); 96, 409 (412); aus der Literatur jüngst *Störring*, Das Untermaßverbot in der Diskussion, 2009.

Rahmen wirtschaftlicher Konkurrenz) selbst Grundrechtsschutz genießen können (z.B. beim Vordringen von Verlagsgrossisten in traditionelle Presse-Grosso-Gebiete). Der Staat gerät dann in widerstreitende Grundrechtserwartungen von verschiedenen Grundrechtsträgern. Er muss in solchen Fällen versuchen, diese Grundrechtskollision zu lösen, d.h. eine praktische Konkordanz der betroffenen Grundrechtspositionen durch einen schonenden Ausgleich zwischen diesen Positionen herzustellen. Dieser Ausgleich berücksichtigt die Zahl der Betroffenen sowie die Intensität der Betroffenheit am Maßstab der grundgesetzlichen Werteordnung, z.B. an der objektiven Bedeutung von Pressefreiheit und Pressevielfalt, deren Bedeutung für die Demokratie „schlechthin konstituierend“ ist.³⁵

C. Netzneutralität

1. Allgemeines

Das Netz als Ergebnis und Ermöglichung von Grundrechtsberechtigungen ist nicht allein eine Berechtigung. Es gilt vielmehr auch der Satz: Netz-Sein verpflichtet. Gerade weil viele Menschen gleichlaufend, aber auch in unterschiedlicher Weise für ihre Grundrechtsentfaltung auf das Netz angewiesen sind, gehören die Forderungen nach offenem Netzzugang und diskriminierungsfreier Teilhabe und Nutzung von Netzen zu den einschlägigen politischen Standardforderungen, die unterdessen längst Gesetz sind.³⁶

2. Netzneutralität im Internet

Die Diskussion um den Begriff der Netzneutralität entfaltet sich momentan in besonderer Intensität am Kommunikationsnetz des Internet. Netzneutralität meint in diesem Zusammenhang, vor allem die Gleichbehandlung von Datenpaketen, unabhängig davon, von welcher Quelle sie stammen, an wen sie geschickt werden oder was sie transportieren. Bislang ist der Zugang der weltweiten Netze, aus denen sich das Internet konstituiert, bisher für jedermann unterschiedslos gewährleistet. Die technologische Entwicklung macht es jedoch möglich, die Quelle – den Computer, von dem das Datenpaket versandt wird – sowie den Inhalt eines Datenpackets (Deep Packet Inspection³⁷) herauszufinden. Dies ermöglicht einerseits eine qualitative oder quantitative Vorzugsbehandlung bei der Datenübertragung, andererseits eine Behinderung Dritter bzw. eine Filterung oder Blockierung unliebsamer

³⁵ Vgl. BVerfGE 5, 85 (205); 7, 198 (208); 12, 113 (125); 20, 162 (174 ff.); 50, 234 (239 f.); 117, 244 (258 f.); siehe auch *Bullinger*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 163 Rn 40 ff.

³⁶ §§ 20 ff. EnWG, 16 ff., 70 TKG und 14 AEG.

³⁷ Der Begriff Deep Packet Inspection steht für ein Verfahren in der Netzwerktechnik Datenpakete zu überwachen und zu filtern. Siehe dazu *Sandoval*, Fordham Law Review, Vol. 78 (2009), 641 ff.; *Ohm*, University of Illinois Law Review, Vol. 5 (2009), 1417 ff.

Datenpakete. Die technischen Voraussetzungen ermöglichen es also den Netzbetreibern, die Neutralität des Internets einzuschränken.³⁸

[Das End to End-Prinzip³⁹ hat die Entwicklung der Internetanwendungen und der Internetwirtschaft, wie sie sich heute darstellt, befördert: Dessen einfache Konstruktion machte das Internet offen und innovationsfreudig. Jeder Anbieter konnte auf der IP-Basis aufbauend seine Vorstellungen von neuen Diensten verwirklichen. Das immer größer werdende Datenvolumen wurde durch die sog. Backbone⁴⁰-Betreiber aufgefangen.⁴¹ Diese Backbones sind breitbandige zentrale Datenverbindungen, die quasi das „Rückgrat“ des Internet darstellen, über die ein Großteil des Internetdatenverkehrs fließt. Finanziert werden diese großen Netzbetreiber sowie zentrale Austauschpunkte für den Datenverkehr von den Zugangsanbietern, die ihrerseits die Diensteanbieter zur Kasse bitten.]

Mit dem Aufkommen immer neuer Dienste im Internet, die eine ständig größere Bandbreite fordern, wird dieses Prinzip des neutralen Netzes, das alle Datenpakete gleich behandelt, mehr und mehr in Frage gestellt. Ob es sich um Voice over IP (VoIP), also das Telefonieren über das Internet, oder das Streaming von Multimediainhalten handelt: Damit beim Kunden ein Film ohne Ruckeln und Pausen in Echtzeit ankommt und ein Telefongespräch ohne Aussetzer geführt werden kann, wird das Zeitfenster für die Zustellung der einzelnen Datenpakete immer enger, die Netzlast zugleich immer größer. Aktuelle Studien gehen davon aus, dass die Zunahme solcher Multimediaangebote dazu führen wird, dass im Jahr 2010 die Kapazitätsgrenzen des Internet in seiner derzeitigen Form erreicht sein werden.⁴²

Vor diesem Hintergrund werden seitens der Provider Überlegungen angestellt, das Internet neu zu organisieren. Eine sog. „intelligente“ Netzwerktechnik könnte z.B. bereits den Transport der Daten abhängig von deren Inhalt, Absender oder Empfänger gestalten. Möglich

³⁸ *van Schewick*, Journal on Telecommunications and High Technology Law, Vol. 5 (2007), 329 (336 ff.); *Beckmann/Müller*, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, 21. Lfg. 2008, Teil 10 Kartellrecht, Rn. 26.

³⁹ Das End-to-End-Prinzip bedeutet, dass alle anwendungsspezifischen Funktionen bei den Endgeräten konzentriert bleiben, die unteren Transportebenen sind so allgemein und neutral wie möglich gehalten. Die Implementation von Funktionen an den Enden der Kommunikation und nicht an Netzknotenpunkten soll somit gewährleisten, dass Funktionen vollständig implementiert werden. Dadurch kann etwa für die Enden sichergestellt werden, dass eine Datei vollständig und unverändert übertragen wurde.

⁴⁰ Als Backbone (Rückgrat) werden die Hauptdatenleitungen eines Netzwerks bezeichnet, die kleinere Teilnetze verbinden.

⁴¹ Die größten Backbone-Betreiber in Deutschland sind die Deutsche Telekom AG, Telefónica und Arcor. Zusammengeschaltet sind die deutschen Backbones im zentralen deutschen Internetknoten DE-CIX, der vom Providerverband eco – Verband der deutschen Internetwirtschaft ev. betrieben wird.

⁴² *Nemert Research*, The Internet Singularity, Delayed: Why Limits in Internet Capacity Will Stifle Innovation on the Web, passim.

wäre so z.B. die Schaffung unterschiedlicher Klassen von Datenverkehr, die unterschiedlich behandelt würden: Wer mehr bezahlt, dessen Inhalte könnten künftig bevorzugt transportiert werden. Insbesondere Anbieter von bandbreitenhungrigen oder zeitintensiven Diensten wie VoIP müssten dann entsprechend mehr bezahlen, um die Bandbreite und Übertragungsgeschwindigkeit zugesichert zu bekommen, damit sie ihre Dienste weiter anbieten können.⁴³

An dieser Stelle entsteht allerdings ein Dilemma, das sich aus der teilweise bestehenden Verquickung zwischen Zugangsprovidern und Inhalteanbietern ergibt. Vermittels eines solchen intelligenten Netzwerks wären große Netzbetreiber auch in der Lage, eigene Dienste gegenüber denen der Konkurrenten, die möglicherweise nicht in diesem Umfang über eigene Netzkapazitäten verfügen, zu bevorzugen. So hat es in den USA bereits erste Versuche seitens einzelner Netzbetreiber gegeben, die VoIP Dienste eines Konkurrenten künstlich auszubremsen.⁴⁴

Vor diesem Hintergrund wird insbesondere in den USA die Debatte um die Netzneutralität geführt.⁴⁵ Die Befürworter fordern ein regulatorisches Eingreifen des Gesetzgebers bzw. der Regulierungsbehörde, um auch in Zukunft die Gleichbehandlung aller Angebote über das Internet zu garantieren. Die Regulierungsgegner wollen die Frage dem Wettbewerb überlassen und lediglich einem etwaigen Missbrauch mittels der allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Regelungen begegnen.⁴⁶

Die US-Regierung hat sich nunmehr ausdrücklich für die Netzneutralität stark gemacht und will diese über die Regulierungsbehörde FCC (Federal Communications Commission) durchsetzen.⁴⁷ 2004 hatte die FCC vier Internet-Grundsätze aufgestellt, nach denen sie ihre Amtshandlungen ausrichtet: - erstens - Zugangsfreiheit für Verbraucher zu allen legalen Inhalten, - zweitens - das Recht, Anwendungen und Dienste frei auszuwählen, – drittens - Geräte frei benutzen zu dürfen und – viertens - Tariftransparenz.⁴⁸

⁴³ Lapp, CR 2007, 774, 776.

⁴⁴ Vgl. Spies/Ufer, MMR 2010, 13 (14); <http://www.heise.de/ct/hintergrund/meldung/92819>.

⁴⁵ Siehe dazu nur Spies/Ufer, MMR 2010, 13 ff.; van Schewick, Journal on Telecommunications and High Technology Law, Vol. 5 (2007), 329 ff.; Atkinson/Weiser, New Atlantis 2007, 47 ff.

⁴⁶ Lapp, CR 2007, 774 ff.

⁴⁷ Genachowski, Preserving a Free and Open Internet: A Platform for Innovation, Opportunity, and Prosperity, Rede vor der Brookings Institution, Washington DC, 21.09.2009, www.openinternet.gov/read-speech.html; siehe auch Spies, MMR 12/2009, S. V f.

⁴⁸ Powell, Preserving Internet Freedom: Guiding Principles For The Industry, Rede vor der Universität von Boulder, Colorado 02.08.2004, S. 5 (http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-243556A1.pdf).

Diese vier „Internet-Grundsätze“ der FCC sollen nach den neuen Plänen durch zwei weitere erweitert werden: Provider dürfen einmal Inhalte und Dienste nicht diskriminieren und müssen zum anderen ihr Netzwerkmanagement offenlegen. Als Beispiel für die Notwendigkeit der zwei neuen Grundsätze wird der Versuch eines Internetproviders genannt, unbemerkt Peer-To-Peer⁴⁹ Netzwerkverkehr zu blockieren, was durch die FCC nach Bekanntwerden unterbunden wurde.⁵⁰

Dieser administrative Ansatz befindet sich bereits in der Umsetzung. Flankiert wird er durch einen vom republikanischen Kongressabgeordneten *Markey* im Kongress eingebrachten Gesetzentwurf,⁵¹ dem „Internet Freedom Preservation Act 2009“. Dieser Entwurf verbietet in relativ detaillierten Regelungen, Internetinhalte willkürlich zu diskriminieren oder zu bevorzugen. Eingriffe in den Datenverkehr sind nur aus Netz-Managementgründen, also beispielsweise zur Laststeuerung, zulässig. Es handelt sich bereits um den dritten Anlauf, um Netzneutralität in den USA gesetzlich zu verankern. Nach dem politischen Richtungswechsel in den USA werden dem Gesetzentwurf konkrete Erfolgsaussichten zugesprochen.⁵²

Das nunmehr von der EU beschlossene Telekom-Paket macht zwar Vorgaben zur Netzneutralität, die aber bereits als unzureichend im Hinblick auf eine nachhaltige Sicherung der Netzneutralität kritisiert werden.⁵³ Der Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP vom Herbst 2009 hat sich nunmehr ebenfalls des Themas der Netzneutralität im Internet und in anderen neuen Medien angenommen. Sollte der freie Wettbewerb dieses Prinzip nicht sicherstellen, so soll nötigenfalls mit dem Ziel der Netzneutralität gegengesteuert werden.⁵⁴

⁴⁹ In einem Peer-to-Peer-Netzwerk sind grundsätzlich alle Computer gleichberechtigt und können sowohl Dienste in Anspruch nehmen, als diese auch zur Verfügung stellen. Klassische Beispiele hierfür sind etwa Filesharing-Tauschbörsen wie eDonkey oder Pirate Bay auf denen Dateien getauscht werden, die oftmals urheberrechtlich geschützt sind. Die Peer-to-Peer-Technologie verzichtet auf feste Strukturen, in denen die Rolle eines Teilnehmers entweder als Client oder als Server eindeutig zugewiesen ist. Vielmehr fungiert jeder Rechner in einem Peer-to-Peer-Netzwerk zugleich als Client wie auch als Server. Dadurch entsteht ein dezentrales Datenverteilsystem, bei dem die relevanten Informationen sich regelmäßig nicht mehr nur auf einem Server befinden, sondern gleichzeitig auf einer Vielzahl von Computersystemen verfügbar sind. Vgl. *Sieber*, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, 19. Lfg. 2008, Teil 1 Technische Grundlagen, Rn. 139.

⁵⁰ Genachowski aaO.

⁵¹ H.R. 3458: Internet Freedom Preservation Act of 2009; abrufbar unter <http://markey.house.gov/images/PDFs/netneutralitybill.pdf>.

⁵² Zum aktuellen Stand der Gesetzgebung siehe <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d111:h.r.03458>.

⁵³ Siehe etwa die Meldung bei Futurezone vom 24.11. 2009, abrufbar unter <http://futurezone.orf.at/stories/1632590/>.

⁵⁴ Koalitionsvertrag, Wachstum. Bildung. Zusammenhalt, Rn. 4639 ff.; abrufbar unter <http://www.cdu.de/doc/pdfc/091024-koalitionsvertrag-cducsu-fdp.pdf>. Für möglichst wenig staatliche Regulierung spricht sich indessen die Bundesministerin der Justiz *Leutheusser-Schnarrenberger*, K&R 2010, 1, aus.

Instrumente des Regulierungsverwaltungsrechts wären gangbare Wege, um eine Durchsetzung des Prinzips der Netzneutralität bei erfolgloser Selbstregulierung des Marktes letztlich gesetzlich zu verankern.

Sieht man das Internet nicht lediglich als Marktplatz für die Anbieter von Dienstleistungen, sondern auch als eines der mittlerweile wichtigsten Kommunikationsmedien, so hat der Gedanke der Netzneutralität hier auch einen sehr grundsätzlichen Aspekt. Menschen nutzen das Internet nicht nur zum Einkaufen, sondern gerade auch, um sich aus möglichst unabhängigen und unterschiedlichen Quellen zu informieren oder um ihre Meinung zu dem sie interessierenden Themen zu äußern, sei es über eigene Webseiten, in so genannten Blogs, durch das Kommentieren von Online-Artikeln oder durch die Teilnahme an Diskussionsforen. So gesehen kann eine Bevorzugung oder Benachteiligung bestimmter Inhalte oder Absender durch die Netzbetreiber auch jeweils unmittelbare entgegengesetzte (benachteiligende oder bevorzugende) Auswirkungen auf die Informationsfreiheit oder die freie Meinungsäußerung der übrigen Netznutzer haben. Insgesamt wird deutlich, dass das Konzept der Netzneutralität auch dem Erhalt der Meinungsfreiheit und der Meinungsvielfalt dienen kann. Gleichwohl sollte nicht außer Betracht gelassen werden, dass hinter der Diskussion um die Netzneutralität auch große Internetdienstleister stehen, seien es große Onlinehändler oder Anbieter von Suchmaschinen, deren Motivation auch in der Sorge um ihre Kosten und Gewinnmargen begründet sein dürfte. Wie dem auch immer sei, ist die Rolle der Netzneutralität in der Massenkommunikation unverkennbar. Ihr Fehlen würde den freien Informationsfluss im Internet und anderen Medien stark behindern können.

3. Netzneutralität und Presse-Grosso

Was im Internet noch diskutiert wird und u.U. nach gesetzlicher Sicherung ruft, ist im deutschen Presse-Grosso seit vielen Jahren im Rahmen der Selbstregulation der Pressebranche i.w.S. bereits verwirklicht. Das Presse-Grosso gewährleistet seit langem die Neutralität des Pressevertriebs. Dies ist nicht nur – vor allem für die kleineren und mittleren Presseunternehmen – wirtschaftlich wichtig, sondern ist damit auch vor dem Hintergrund der Vielfaltsförderung und Vielfaltserhaltung im Presse- und Meinungsmarkt von besonderer Bedeutung. Die Neutralität des Presse-Grosso korreliert mit der grundsätzlichen Alleinauslieferung durch die jeweiligen Presse-Grossisten und verlangt von ihnen, die Produkte *aller* Verlage zu nichtdiskriminierenden Bedingungen in das Sortiment

aufzunehmen.⁵⁵ Insbesondere darf diese Entscheidung nicht vom Inhalt des jeweiligen Presseprodukts abhängig gemacht werden. Dem entspricht auf Seiten der Verleger ein Anspruch gegen den Pressegrossisten, dass ihre Produkte in die Sortimente der Grossisten aufgenommen werden.⁵⁶

Diese Neutralitätspflicht der Grossisten wird über ihr Dispositionsrecht an den Einzelhandel weitergegeben, der seinerseits verpflichtet ist, das an ihn gelieferte Sortiment vollständig und diskriminierungsfrei zu präsentieren.⁵⁷

Die Rechtsnatur der Neutralitätspflicht im Presse-Grosso ist im einzelnen strittig. Teilweise wird diese lediglich als (rechtlich unverbindliches) Standesethos von Verlegern und Grossisten aufgefasst: Die Grossisten nehmen alle Verlagsprodukte in ihr Sortiment auf, im Gegenzug sind die Verlage verpflichtet, angemessene Handelsspannen einzuräumen, um den Vertrieb auch weniger rentabler Produkte zu ermöglichen.⁵⁸

Eine weit verbreitete Meinung befürwortet die Neutralitätspflicht als Ausfluss der Alleinstellung des Presse-Grosso. Würden die Gebietsgrossisten einzelnen Verlagen oder deren Titeln den Zugang verweigern, verlöre ihr Alleinstellungsanspruch die kartellrechtliche Legitimation und sie sähen sich gegebenenfalls kartellrechtlichen Sanktionen ausgesetzt.⁵⁹ Allerdings liegt die Einhaltung der Neutralitätspflicht ohnehin im wohlverstandenen Eigeninteresse der Grossisten, die nur so ihre Sonderstellung dauerhaft legitimieren können.

D. Netzverselbstständigung

I. Allgemeines

Die Ebenentrennung ist eine wichtige Form der spezialisierenden Einflussverteilung in der Wirtschaft, speziell der Medienwirtschaft. Die Trennung funktionaler Ebenen ist Mittel der

⁵⁵ *Klammer*, Pressevertrieb in Ostdeutschland, 1997, S. 64.

⁵⁶ S.u. S. 8 ff. und 122 ff.

⁵⁷ Vgl. *Ascherfeld*, Presse-Grosso und Europarecht, 2001, S. 21.

⁵⁸ *Kaiser*, Das Recht des Presse-Grosso, 1979 S. 91 ff.

⁵⁹ *Ipsen*, Grosso im Verfassungsrahmen, 1980, S. 81.

Aufteilung, Verschränkung und der Kontrolle von Wirtschafts- und Meinungsmacht. Eine besondere Form der Kontrolle stellt dabei die Netzverselbstständigung dar. Gemeint ist damit insbesondere die Trennung der Produktionsebene von der Distributionsebene oder die Trennung der Informationsgenerierung von der Informationsverbreitung.

Die Netzverselbstständigung steht in einem dienenden Verhältnis zur Netzneutralität. Die Trennung zwischen Warenherstellern bzw. Dienstleistern einerseits und Netzbetreibern andererseits soll verhindern, dass durch den verweigerten oder benachteiligenden Zugang zum Netz Wettbewerbsbeschränkungen erfolgen, d.h. dass nicht mehr oder nicht mehr allein die Leistung (z.B. die Produkt- oder Informationsqualität), sondern der Netzzugang maßgeblich über den Markterfolg entscheidet. Dies wird durch eine Netzverselbstständigung grundsätzlich sichergestellt, soweit dies nicht durch wirtschaftliche Einflussnahmen oder Unternehmensbeteiligungen konterkariert wird, z.B. durch den Netzerwerb seitens der Produzenten bzw. durch die Übernahme von Presse-Grosso-Unternehmen durch Verlage.

Das sollte nicht den Blick dafür verstellen, dass Netzneutralität an sich auch bei rechtlich nicht verselbstständigten Netzen zu gewährleisten sein kann und zwar vor allem durch entsprechende gesetzliche Verpflichtungen der Netzbetreiber (siehe etwa §§ 20 ff. EnWG, 16 ff., 70 TKG und 14 AEG). Nur hat die Netzverselbstständigung selbst eben den eminenten Vorteil, die Neutralitätsforderungen auch institutionell, organisatorisch wie wirtschaftlich zu sichern. [Es ist ähnlich wie mit der Gewaltenteilung im Staatsrecht: Natürlich kann die staatliche Gewalt durch grundrechtliche und sonstige Aufträge zur Machtmäßigung verpflichtet werden. Die Gewaltenteilung sichert dies indessen institutionell ab.] Die Ebenentrennung ist institutionelle Neutralitätssicherung.

Es nimmt daher nicht wunder, dass die Forderungen nach Netzverselbstständigung gerade im Zusammenhang mit den ehemaligen Monopolbetrieben, sei es im Bahnbereich, sei es im Strombereich, erhoben werden und teilweise auch schon realisiert worden sind.

II. Netzverselbstständigung bei Kommunikationsnetzen

Dem entspricht es, dass im Bereich der Massenkommunikation der Unabhängigkeit vernetzter Vertriebsstrukturen gegenüber vor- oder nachgelagerten Ebenen, das heißt der Selbständigkeit

von Netzen als Ebenentrennung, ein erheblicher eigener politischer und u.U. auch verfassungsrechtlicher Wert beigemessen wird.

Deutlich wird dies am Beispiel des Rundfunks. Denn die Verbreitung von Rundfunk und damit die Verteilung von Übertragungskapazitäten wird – jedenfalls in Deutschland – nicht lediglich nach ökonomischen Kriterien entschieden. Die Verteilung der Sendelizenzen durch die Landesmedienanstalten ermöglicht es vielmehr, unmittelbar auf die meinungsbezogene Angebotsvielfalt, d.h. auf die Vielseitigkeit des Medienangebots, Einfluss zu nehmen.

Im Zuge der Konvergenz der Medien⁶⁰, insbesondere im Zuge des Zusammenwachsens der unterschiedlichen Übertragungsarten für Medienangebote, sei es in Form von Telemedien oder Rundfunk, wird dabei die Frage des Netzzugangs auch für den Rundfunk besonders virulent. Denn einerseits konkurrieren nun unterschiedliche Medienangebote um dieselben Übertragungswege. Andererseits verfolgt die Europäische Kommission den Plan, die im Telekommunikationssektor übernommenen Regulierungsmodelle auch auf die Frequenzvergabe für Rundfunkangebote zu übertragen. Das in Deutschland vorherrschende duale System von öffentlich-rechtlichem Rundfunk und Privatrundfunk, das als politische Zielvorgabe auch die Grundversorgung kennt und das die Meinungsvielfalt insbesondere auch durch Binnenpluralismus sicherzustellen hat, ist allerdings mit den eher marktwirtschaftlich ausgerichteten Regulierungsvorstellungen der EU-Kommission nur eingeschränkt kompatibel.⁶¹

Im Internet ist die Bedeutung der Netzselbstständigkeit bzw. der informationellen Ebenentrennung sehr groß. Auf das Problem unterschiedlicher Übertragungsgeschwindigkeiten wurde dabei bereits hingewiesen (s.o.). Zudem werden hier die allgemeinen Gefahren der Ebenenvermischung immer deutlicher. Zu denken ist z.B. bei den zunehmenden Trend, Informationsgenerierung und Informationsverteilung zusammenzuführen. Dies geschieht dadurch, dass die großen Internet-Provider, die Betreiber von Suchmaschinen, auch Inhalte anbieten und Medienunternehmen kaufen oder umgekehrt.⁶²

⁶⁰ *Kutzschbach*, Grundrechtsnetze, 2004, S. 22; *Bullinger*, Deregulierung des Rundfunks als Folge technischer Konvergenz?, 2001; *Hoff*, Technische Konvergenz, 2001; *Knothe*, Konvergenz der Medien, 1999; *Holznel*, NJW 2002, 2351 ff.; *Gounalakis*, NJW 2002, Beilage zu Heft 23, S. 20 ff.

⁶¹ Vgl. *Wille*, ZUM 2007, 89 ff.

⁶² Im Jahr 2000 fand der erste große Zusammenschluss von AOL (Internetdienstleistungen) und Time Warner (Inhalteanbieter im Bereich von Film und Fernsehen, Verlag von Büchern, Magazinen und Musik) in Form einer vertikalen Integration statt. AOL musste sich im Zuge dessen nach einer Entscheidung der EU-Kommission von Bertelsmann trennen. Vgl. *Beckmann/Müller*, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, 21. Lfg. 2008, Teil 10 Kartellrecht, Rn. 161 ff. Mittlerweile haben sich AOL und Time Warner wieder voneinander

[Die Gefahr einer Bildung von Monopolen und Medienkonzentration betrifft in der heutigen Zeit auch die Kommunikationsdienste des Internet. Der ökonomische Faktor als Anreiz zur Konzentration von Medien zur Schaffung oder Steigerung von Verdienstmöglichkeiten ist erheblich. Intermediäre⁶³ nehmen hinsichtlich der Vermittlung und der Verbreitungswirkung von Informationen einen zentralen Knotenpunkt im Geflecht der Netze des Internet ein. Die Suchmaschine Google hält mit ca. über 80 Prozent aller weltweiten Suchanfragen de facto eine Monopolstellung, die sich ihrerseits in der Vermarktung von Werbung ökonomisch niederschlägt. Der Informationsfluss als Vorbedingung der Meinungsbildung wird durch Intermediäre wie Google kanalisiert aber auch gefiltert⁶⁴ und damit unmittelbar beeinflusst, da es in der Hand der Informationsvermittler liegt, welche Inhalte den Zugang des öffentlichen Meinungsmarktes erreichen.⁶⁵ Die Pluralität von Inhalten im Internet sieht sich gerade im Hinblick auf den im Internet ebenfalls stattfindenden ökonomischen Wettbewerb ebenso der Gefahr der Bildung von Meinungsmonopolen ausgesetzt. Ob – wie im Bereich des Rundfunks – ein konkreter Gewährleistungsauftrag des Gesetzgebers besteht, die Meinungspluralität im Internet zu sichern⁶⁶, ist umstritten. Doch ist in diesem Zusammenhang zu bedenken, dass durchaus gravierende Unterschiede zum Rundfunk bestehen und gerade die Transnationalität des Internet dazu führt, dass eine einzelstaatliche Normierung zur Regulierung schnell an ihre Grenzen stößt.]

III. Presse-Grosso

Auch im Bereich der Ebenentrennung im Informationswesen, d.h. hier bei der Netzverselbständigung, kann das Presse-Grosso zufrieden sagen: Ich bin allhier! Seit Jahrzehnten sichert es als organisatorisch und wirtschaftlich verselbstständigtes Distributionsnetz die Presseneutralität. Es hat bislang dafür gesorgt, dass trotz mancher wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Pressebranche - insbesondere durch die Konkurrenz

getrennt.

⁶³ Intermediäre nehmen im Kommunikationsprozess eine Vermittlungsposition ein. Dies gilt insbesondere im Rahmen der Internetkommunikation, in der etwa Zugangsvermittler oder Suchmaschinen eine zentrale Schaltstelle einnehmen. Umstritten ist, ob auf Intermediäre der Schutz von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG ebenso wie bei Presse-Grossisten auszudehnen ist. Siehe dazu etwa *Schulz*, CR 2008, 470 (472 f.).

⁶⁴ Google entfernt bestimmte Ergebnisse aus seiner Suchanzeige, die mit den spezifischen gesetzlichen Regelungen der jeweiligen Abrufländer in Konflikt stehen. Ebenso werden bestimmte Inhalte nicht weitergegeben, die gegen unternehmensinterne Richtlinien verstoßen. Siehe dazu etwa <http://www.golem.de/0610/48515.html>; <http://www.golem.de/0602/43155.html>.

⁶⁵ Zur Macht von Google zur Beeinflussung des Meinungsmarktes im Internet *Grimmelmann*, *The Google Dilemma*, *New York Law School Law Review*, Vol. 53 (2008/09), 939 ff.

⁶⁶ So *Koreng*, CR 2009, 758 (760); ähnlich *Spies/Ufer*, MMR 2010, 13 (17).

elektronischer Angebote - und trotz der Pressekonzentrationsprozesse in Deutschland die Angebotsvielfalt im Pressebereich nach wie vor im internationalen Vergleich relativ hoch ist.

Die Presse in Deutschland, aber auch das politische Gemeinwesen selbst können gewiss froh sein, dass hierzulande ein bewährtes, zur Neutralität verpflichtetes verselbstständigtes Vertriebsnetz im Pressebereich längst besteht. Dieser ist also schon erheblich weiter als die anderen Bereiche der Massenkommunikation, bei denen bisher allenfalls Teillösungen vorliegen und noch immer um die zutreffenden Strukturen gekämpft wird.

Die Wertschätzung des Presse-Grosso durch die Politik ist deshalb verständlich. So ist bezeichnend, dass sich sowohl Vertreter der (damaligen) Bundesregierung⁶⁷ als auch der (damaligen) Opposition⁶⁸ den Schutz und die Bewahrung des Presse-Grosso in seiner vielfalterhaltenden Funktion gefordert haben – wenngleich die Vorstellungen von den richtigen Instrumenten dabei naturgemäß auseinander gingen. Die neue schwarz-gelbe Bundesregierung steht also in der Kontinuität ihrer Vorgängerinnen, wenn sie es in ihrer Koalitionsvereinbarung vom Herbst 2009 (S. 124) zum „unverzichtbaren Teil unserer Medienordnung“ erklärt, was die Bundeskanzlerin erst vor kurzem noch einmal bekräftigt hat.⁶⁹

E. Handlungsmöglichkeiten und Handlungspflichten des Staates im Bereich des Presse-Grosso

I. Verfassungsgarantie des Presse-Grosso

Nicht jedes politische Ziel ist aber schon wegen seiner politischen Wünschbarkeit verfassungsgeboden. Das gilt auch für das Presse-Grosso in der vorliegenden Form. Diese branchenspezifische Großhandelsform ist begrüßenswert, erwächst aber nicht generell in Verfassungskraft. Als Ergebnis grundrechtlicher Freiheitsausübung und als Grundrechtsermöglichungsnetz ist es zwar grundrechtsgeschützt (insbesondere durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG⁷⁰, ferner durch Art. 12, 14 GG). Dies bedeutet freilich kein absolutes

⁶⁷ *Weiss*, Garant der Vielfalt an der Ladentheke, politik & kultur 3/2005, S. 5; *Harbort*, Die Gewährleistungsfunktion des Staates für eine pluralistische Medienordnung, S. 9; *Griefahn*, BT-Drs. 15/5055, 15395.

⁶⁸ Entschließungsantrag der FDP-Bundestagsfraktion, BT-Drs. 15/5055.

⁶⁹ Vgl. etwa die Meldung bei Presse-Grosso.de vom 1.10. 2009, abrufbar unter <http://www.presse-grosso.de/news-archiv/newsdetail/article/medienpolitische-rede-der-bundeskanzlerin/115.html>.

⁷⁰ BVerfGE 77, 346 (354 f.).

Veränderungsverbot kraft Verfassungsrecht. Allerdings muss der Staat sich bei jedem Eingriff an die begrenzten Beschränkungsmöglichkeiten der Grundrechte einschließlich des sog. Übermaßverbots halten.

Dadurch werden politisch verursachte Veränderungen des Presse-Grosso verfassungsrechtlich u.U. erschwert, aber nicht absolut verhindert. Nur in dieser relativierenden Form sind auch grundrechtliche Schutzansprüche für den Bestand des Presse-Grosso, d.h. insbesondere Ansprüche gegen den Staat auf Handeln gegenüber Dritteingriffen ableitbar, wobei der Staat allerdings hier das Untermaßverbot beachten muss.⁷¹ Bei staatlichem Schutz vor Dritteingriffen muss aber zugleich auch der Grundrechtsschutz der eingreifenden Dritten z.B. beim Vordringen von Verlagsgrossisten beachtet werden, die ja ihrerseits als Verleger den Schutz des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG genießen. Umgekehrt ist klar, dass der Staat prinzipiell zum Schutz des Presse-Grosso handeln darf, während eine Pflicht zum staatlichen Handeln nur ausnahmsweise vorstellbar ist, etwa bei einer für das Presse-Grosso existenzgefährdenden Dritteinwirkung.

II. Schutz der Netzselbstständigkeit

Sieht man im Presse-Grosso ein Netz, ist die Forderung nach Verlagsunabhängigkeit des Presse-Grosso nichts anderes als die Forderung nach Netz-Selbstständigkeit oder – allgemeiner gesprochen – nach Ebenentrennung in der Massenkommunikation. Diese Netzselbstständigkeit dient der Sicherung der Medienvielfalt und des unverfälschten Leistungswettbewerbs zwischen Presseprodukten. Instrumentell sichert es vor allem die Presseneutralität.

Damit sind die Möglichkeiten einschlägiger gesetzlicher Aktionen abgesteckt. Die grundrechtliche gesetzgeberische Befugnis zum Schutz der Netzselbstständigkeit, d.h. zur Sicherung der Verlagsunabhängigkeit des Presse-Grosso kann schwerlich bestritten werden. Entsprechende Gesetze müssen freilich die Grundrechte der betroffenen Verlage insbes. aus Art. 5 Abs. 1 S. 2, 12 und 14 GG wahren. Im Rahmen der Beschränkungsmöglichkeiten dieser Grundrechte kann der Staat allerdings die Eigenständigkeit des Presse-Grosso als Ausdruck der vielfaltsermöglichenden Ebenentrennung sichern.

⁷¹ BVerfGE 88, 203 (254, 262 f.); aus der Literatur jüngst *Störring*, Das Untermaßverbot in der Diskussion, 2009.

Von einschlägigen konkreten Handlungspflichten des Gesetzgebers d.h. von Pflichten zu einer konkreten Normierung wird man regelmäßig nicht ausgehen dürfen, um die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit grundsätzlich zu wahren. Nur in Ausnahmefällen – etwa bei Existenzgefährdung des Netzes – wird über einschlägige staatliche Handlungspflichten zur Sicherung der Netzselbständigkeit als Ausdruck grundrechtlicher Schutzpflichten des Staates zu sprechen sein.

III. Schutz der Netzneutralität

Dieser Ansatz verschiebt sich bei der Frage, ob es nun doch wenigstens beim Schutz der Netzneutralität bzw. des offenen und diskriminierungsfreien Netzzugangs nicht nur eine gesetzliche Handlungsfreiheit, sondern auch eine einschlägige gesetzliche Handlungspflicht gibt.

Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn es für Presseunternehmen hinsichtlich der Distribution ihrer Produkte nur ein Netz gibt und der Eigenvertrieb faktisch ausscheidet. Dann werden der offene und diskriminierungsfreie Netzzugang, die Netzneutralität faktisch zu entscheidenden Grundrechtsvoraussetzungen. Anders ausgesprochen: Ohne den offenen und diskriminierungsfreien Netzzugang können jedenfalls kleine und mittlere Verlage ihre Grundrechte faktisch nicht mehr oder doch nur noch äußerst beschränkt ausüben. Daran ändert auch die Existenz anderer Vertriebsnetze (insbesondere Abonnements, Bahnhofsbuchhandel) nichts Entscheidendes, weil der Verkauf über den Einzelhandel für die meisten Zeitungsverlage von existentieller Bedeutung ist.

Unter diesen Umständen ist der Gesetzgeber zum einschlägigen Grundrechtsschutz und zur Sicherung der Netzselbstständigkeit bzw. des offenen und diskriminierungsfreien Netzzugangs verpflichtet. Damit ist allerdings keine konkrete gesetzgeberische Lösung vorgegeben. Vielmehr hat der Gesetzgeber die Wahl zwischen verschiedenen Mitteln: Er kann dabei die inhaltliche Dirigierung von Netzen auch ohne Netzverselbständigung vorsehen (1, 2) oder er kann Strategien der Netzverselbständigung anstreben (3, 4, 5) bzw. schließlich die Pressedistribution in staatliche Hand legen.

1. Verpflichtung des bestehenden Pressegroßhandels auf Neutralität bzw. auf die Gewährung des offenen und diskriminierungsfreien Zugangs für Presseprodukte – für das bestehend Presse-Grosso eine pure Selbstverständlichkeit.
2. Ausbau eines Sonderkartellrechts für den Pressevertrieb u.a. mit Diskriminierungsverboten und Marktregulierungen u.U. mit Regulierungsbehörde. Staatliche Anreize zur Schaffung von Doppel- oder Mehrfachnetzen zum Anreiz eines Wettbewerbs zwischen den Netzen durch Verlage.
3. Einschränkung bzw. Verbot des flächendeckenden Direktvertriebs von Presseerzeugnissen, wenn dies das Presse-Grosso insgesamt existenziell gefährdet.
4. Künftige Zugangssperren für Verlage im Grosso-Geschäft, soweit eine Ebenenvermischung infolge Erwerbs eines Presse-Grosso-Unternehmens entsteht.
5. Eine Entflechtung der Ebenen, wenn ein Verlag bereits im Bereich eines Pressegroßhandels aktiv ist.
6. Aufbau eines Pressegroßhandels durch den Staat, d.h. durch den Betrieb oder die Verwaltung der erforderlichen Infrastruktur durch den Staat, wie dies hinsichtlich der Infrastrukturangebote für Post und Telekommunikationsdienste vor der Privatisierung der Fall war⁷² oder hinsichtlich der Verteilung der Sendeplätze im Rundfunk nach wie vor der Fall ist.⁷³ Das liefe auf den Aufbau staatlicher Distributionsstellen oder aber auf die (entschädigungspflichtige) Verstaatlichung des Pressegroßhandels und damit auf einen besonders schwerwiegenden Grundrechtseingriff hinaus.

Grundsätzlich steht dem Gesetzgeber – im Rahmen der Verfassung - diesbezüglich ein weites Ermessen zu. Allerdings ist der Gesetzgeber gehalten, die Grundrechtseingriffe möglichst gering zu halten und die beteiligten Verfassungspositionen zu einem schonenden Ausgleich zu bringen. Hierzu müssen die einschlägigen Grundrechtspositionen im Netz betrachtet und gewichtet werden: Dies sind insbesondere die Grundrechtspositionen von Netzeigentümern,

⁷² Oben S. 16.

⁷³ Oben S. 12.

von Netzbetreibern, Anbietern und Abnehmern auf dem Netz vor oder nachgelagerten Märkten und nicht zuletzt von Netznutzern.⁷⁴

Im Rahmen seiner grundsätzlichen Einschätzungsprärogative ist der Gesetzgeber dabei auf das Übermaßverbot verpflichtet. Von den zur Auswahl stehenden in etwa gleich geeigneten Mitteln hat er das in seiner Summe grundrechtsschonendste zu wählen. Angesichts der Vielfalt der beim Presse-Großhandel beteiligten Grundrechtspositionen ist es allerdings nicht immer leicht, die grundrechtsschonendste Alternative zu bestimmen.

Solange der Markt funktioniert und die gewünschten Ziele des Staates, im Pressemarkt also die Förderung der Meinungspluralität und Pressevielfalt, nachhaltig gewährleistet, kann (und muss) der Gesetzgeber auf wettbewerbssteuernde Maßnahmen verzichten. Dies gilt gerade angesichts der Gemeinschaftserklärung von Presseverbänden und den Vertretern des Presse-Grosso.⁷⁵ Im deutschen Pressemarkt herrscht trotz der in den letzten Jahren zu beobachtenden Konzentrationsprozesse das – namentlich auch durch das System des netzselbständigen Pressevertriebs geändert – bislang ein relativ hohes Maß von Meinungsvielfalt durch Netzneutralität, selbst wenn in Einzelfällen die „Gemeinsame Erklärung“ nicht eingehalten wird.

Diese Einzelfälle haben bisher, wenn sie nicht ohnehin von den Gerichten gestoppt wurden⁷⁶, das Presse-Grosso-System und damit das Wesen der Gemeinsamen Erklärung insgesamt bisher noch nicht nachhaltig gestört. Wenn allerdings die Selbstverpflichtungsvereinbarung überwiegend und flächendeckend verletzt werden sollte, wäre – um der Pressevielfalt und Pressefreiheit willen – eine gesetzliche Regelung angezeigt. Dass mit einer gesetzlichen Regelung in einem solchen Fall im Zweifel auch zu rechnen ist, zeigt auch ein Blick in den Koalitionsvertrag der schwarz/gelben Koalition vom Herbst 2009: Diese will das Medienkonzentrations- und Pressekartellrecht in der 17. Legislaturperiode überprüfen und hält dabei das Presse-Grosso für einen unverzichtbaren Teil der Medienordnung.⁷⁷

⁷⁴ Kloepfer, *Presse-Grosso unter dem Schutz von Verfassungsrecht und Europarecht*, 2000, S. 57.

⁷⁵ Siehe hierzu die „Gemeinsame Erklärung“ des Verbandes Deutscher Zeitschriftenverleger (VDZ), des Bundesverbandes Deutscher Zeitungsverleger (BVDZ) und des Bundesverbandes Deutscher Buch-, Zeitungs- und Zeitschriften-Grossisten (BVPG) vom 19.8. 2004, abrufbar unter http://www.pressegrasso.de/index.php?eID=tx_nawsecuredl&u=0&file=fileadmin/user_upload/Downloads/Branche/07-03-06_Gemeinsame_Erklaerung.pdf&t=1260971345&hash=b93c4c7374800aedfc694813fad5f9d8.

⁷⁶ LG Hannover, AfP 2009, 282 ff.

⁷⁷ Wachstum. Bildung. Zusammenhalt. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, 17. Legislaturperiode, S. 105.

F. Ausblick

Angesichts des „Vorzeigens der Instrumente“ nimmt es wunder, dass es seitens einzelner Vertreter der Presse bisweilen immer wieder Versuche gibt, die Fundamente des Presse-Grosso zu unterspülen, wenngleich manches auch nur Posen im Spannen-Kampf zwischen Verlagen und Grossisten sein mögen.

Das Presse-Grosso ist ein selbstbestimmtes Netz der Pressewirtschaft im weiteren Sinne. Ist von einem staatlichen Netzregime oder einer staatlichen Netzgewährleistung für die Presse wirklich Besseres zu erwarten? Die Presse kann mit dem klug dosierten und gehandhabten Instrument der Selbstbeschränkung viel erreichen, wie etwa die Aktivitäten des Deutschen Presserats zur Vermeidung staatlicher Datenschutzregelungen für die Presse zeigen.⁷⁸ Von daher sollte es geradezu ein natürliches Interesse der Presseunternehmen sein, die Funktionsfähigkeit oder gar Existenz des Presse-Grosso nicht zu gefährden.

Wer Pressefreiheit will, muss Pressevielfalt wollen. Und wer Pressevielfalt will, muss ein offenes und selbständiges neutrales Pressevertriebsnetz wollen. Das Presse-Grosso sichert diesen offenen und eben verselbständigten neutralen Netzzugang seit Jahrzehnten. Die deutsche Presselandschaft dankt dies mit einer in der Welt fast einzigartigen Vielfalt der Presseprodukte. Möge das auf Dauer so bleiben!

⁷⁸ Vgl. *Kloepfer*, AfP 2005, 118 ff.