

Das Recht auf Internet als Grundlage der Online-Grundrechte

**Anika D. Luch
Sönke E. Schulz**

Kiel 2013

Schriften zur Modernisierung von Staat und Verwaltung Nr. 16

Die Reihe »Schriften zur Modernisierung von Staat und Verwaltung« wird vom Vorstand des Lorenz-von-Stein-Instituts herausgegeben, namentlich von

Herrn Professor Dr. Christoph Brüning (geschäftsführend),
Herrn Professor Dr. Utz Schliesky,
Herrn Professor Dr. Ulrich Schmidt.

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet unter <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

ISBN: 978-3-936773-80-4

Verlag:

Lorenz-von-Stein-Institut für Verwaltungswissenschaften
an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel
Olshausenstraße 40
24098 Kiel

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Der Nachdruck, die Vervielfältigung, die Verbreitung oder Bearbeitungen dieses Werkes oder Teile dieses Werkes bedürfen der vorherigen schriftlichen Zustimmung des Verlages.

© Lorenz-von-Stein-Institut für Verwaltungswissenschaften
an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel
Kiel 2013

Verkaufspreis: 29,00 €

Vorwort

In einer Entscheidung vom 24. 01. 2012 (III ZR 98/12) hat der Bundesgerichtshof anerkannt, dass das Internet mittlerweile zur Grundversorgung des Einzelnen zähle. Unabhängig von einem konkret darlegbaren Schaden lasse sich allein aus der Nichtverfügbarkeit ein Schadensersatzanspruch begründen (eine ähnliche Bedeutung wurde bisher nur dem Kfz und dem herkömmlichen Telefonanschluss zugebilligt). Dieser Einordnung ist zuzustimmen, sichert der Zugang zum Internet – und um diesen kann es nur gehen – doch eine zeitgemäße, dem Stand der Zivilisation entsprechende Persönlichkeitsentfaltung.

Nur welche Folgen hat diese Erkenntnis für Gesetzgebung und Verwaltung? Dieser Frage wurde in einem vom ISPRAT e. V. geförderten Projekt am Lorenz-von-Stein-Institut nachgegangen. Dies nicht ohne Grund, lässt sich mit Ausnahme des eingängigen u. a. von *Forsthoff* geprägten Begriffs der Daseinsvorsorge die Erkenntnis, dass unter den Daseinsbedingungen des modernen technischen Zeitalters jeder Mensch auf Verwaltungsleistungen angewiesen ist, durch die der Staat ihm das Dasein ermöglicht, bereits auf *Lorenz von Stein* zurückführen.

Das Internet besitzt mittlerweile elementare Bedeutung – nicht nur für gesellschaftliche Prozesse (»Open Government«), für IT-basierte Wirtschaftsprozesse (einschließlich der kritischen Infrastrukturen) und die staatliche Aufgabenerfüllung (E-Government), sondern gerade auch für das Individuum. Die digitale Dimension aller Freiheitsgrundrechte zwingt den Staat dazu, seiner Gewährleistungsfunktion nachzukommen und neben rechtlicher, auch tatsächliche Freiheit zu sichern.

Die Diskussion über eine »Neubestimmung der Privatheit«¹ kreist derzeit vornehmlich um den Passivschutz im Sinne eines Rechts darauf, »allein gelassen zu werden« und den Schutz der durch das »Verhalten im Netz« generierten Daten. Allerdings ist Privatheit nicht darauf beschränkt – vielmehr sind zahlreiche aktive Handlungsweisen des Individuums ebenfalls als privat einzustufen. Diese nach dem eigenen Lebensentwurf zu gestalten und auszuleben, ist essenziell für die Persönlichkeitsbildung und -entfaltung. Insofern ist die nachfolgende Analyse geeignet, die Diskussion zur Rolle des Staates bezogen auf das Internet um eine weitere Dimension zu ergänzen. Die – vor allem nach der kommenden Bundestagswahl – anstehenden Debatten im neuen Themenfeld der Netzpolitik müssen auch diesen Aspekt zunehmend berücksichtigen, bspw. wenn es um die Bewertung staatlicher Eingriffsmaßnahmen geht.

¹ So der Titel einer Tagung, die am 17. und 18. Januar 2013 gemeinsam von der DUV Speyer und dem Lorenz-von-Stein-Institut ausgerichtet wurde. Die Ergebnisse werden im Laufe des Jahres in einer Publikation im Nomos-Verlag dokumentiert.

Die Dokumentation dieses – weiteren² – Ergebnisses des Forschungsprojektes zur »E-Daseinsvorsorge« gibt Anlass, Dank zu sagen, und zwar vor allem an den ISPRAT e. V., seinen Vorstandsvorsitzenden *Matthias Kammer* sowie den Geschäftsführer Staatssekretär *Horst Westerfeld*.

Gedankt sei zudem allen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Lorenz-von-Stein-Instituts, ohne deren tatkräftige Unterstützung das Forschungsprojekt nicht so angenehm und erfolgreich verlaufen wäre. Die Arbeit in dem Forschungsprojekt hat wegen der kollegialen und freundschaftlichen Atmosphäre trotz hoher Arbeitsbelastung immer sehr viel Freude bereitet.

Kiel, im Januar 2013

Prof. Dr. Utz Schliesky

Mitglied des Vorstandes des Lorenz-von-Stein-Instituts für Verwaltungswissenschaften an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel und
Leiter des Forschungsbereichs
»Staatliches Innovationsmanagement«

Direktor des Schleswig-Holsteinischen Landtages

² Auf folgende weitere Veröffentlichungen sei in diesem Zusammenhang hingewiesen:

- *Luch/Schulz*, in: Hill/Schliesky (Hrsg.), Herausforderung e-Government, 2009, S. 305 ff.
- *Luch/Schulz*, MMR 2009, 19 ff.
- *Luch/Schulz*, VM 2011, 104 ff.
- *Luch/Schulz*, in: Schliesky (Hrsg.), Technikgestütztes Identitätsmanagement, 2010, S. 1 ff.
- *Schulz*, in: Schliesky/Ernst/Schulz (Hrsg.), Die Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa, Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig zum 70. Geburtstag, 2011, S. 17 ff.
- *Schulz*, DuD 2010, 689 ff.
- *Schulz*, in: Schliesky (Hrsg.), Selbstverwaltung im Staat der Informationsgesellschaft, 2010, S. 13 ff.
- *Schliesky/Schulz*, in: Rave/Schlie/Schliesky (Hrsg.), Erdgas, Strom, Breitband – Netzinfrastrukturen in Schleswig-Holstein im Wandel, 2010, S. 13 ff.
- *Schliesky/Schulz/Tallich*, in: Schliesky (Hrsg.), Staatliches Innovationsmanagement, 2010, S. 19 ff.

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	1
II. Zunehmende Bedeutung des Internets als Infrastrukturkomponente	5
III. Das Konzept der E-Daseinsvorsorge.....	9
IV. Online-Grundrechte und Online- Handlungsfreiheit(en)	13
1. Begriff.....	13
2. Spezielle Online-Handlungsfreiheiten	14
a. Art. 4 GG – Online-Religions- und Bekenntnisfreiheit	15
b. Art. 5 Abs. 1 GG – Online-Meinungs-, Informations-, Presse-, Rundfunk- und Filmfreiheit	16
c. Art. 5 Abs. 3 GG – Online-Kunst- und Wissenschaftsfreiheit	17
d. Art. 6 Abs. 1 GG – Schutz der Online-Familie?.....	19
e. Art. 7 Abs. 4 GG – Schutz der Online-Schule?	19
f. Art. 8 Abs. 1 GG – Schutz von Online-Demonstrationen?	20
g. Art. 9 GG – Schutz der Online-Betätigung von Vereinen oder Online- Vereinigungsfreiheit?	22
h. Art. 11 GG – Übertragung der Schranken des Art. 11 Abs. 2 GG auf die Online-Freizügigkeit?	24
j. Art. 12 Abs. 1 GG – »Online-Berufsfreiheit«	24
k. Art. 13 GG – kein Schutz virtueller Räume	25
l. Art. 14 Abs. 1 GG – Online-Eigentum	27
m. Art. 17 GG – »Online-Petition« oder: Gibt es eine verfassungsrechtliche Schriftform?.....	28
n. Art. 21 GG – Gibt es »Online-Parteien«?	32
o. Art. 38 GG – Recht auf Internet-Wahlen?	33
3. Auffangfunktion der allgemeinen Online-Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG ...	37
4. Schutzrichtung der Online-Grundrechte	38
5. Ergänzender Schutz des Online-Verhaltens	39
a. Passivschutz.....	40
aa. Recht auf informationelle Selbstbestimmung sowie am eigenen Bild und am eigenen Wort	40
bb. Digitales Persönlichkeitsrecht – Schutz der »Online-Identität«	41
b. Schutz von Infrastruktur und Übermittlungsdiensten	43
aa. Schutz der Kommunikationsinfrastruktur über Art. 10 GG	44
bb. Schutz der Integrität und Vertraulichkeit informations- technischer Systeme	47
cc. Schutzrichtungen des grundrechtlichen Infrastrukturschutzes	50

c.	Keine eigenständige Bedeutung des Rechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums	52
aa.	Inhaltsneutraler Internetzugang als Element des Existenzminimums.....	52
bb.	Modalitätsneutraler Schutz der sozio-kulturellen Teilhabe	53
V.	Recht auf Internet	55
1.	<i>Gewährleistungsverantwortung des Staates</i>	<i>56</i>
a.	Individuelle Bedeutung: Sicherung der Online-Handlungsfreiheit.....	57
b.	Gesellschaftliche Bedeutung: Eintrittskarte zur »digitalen Agora« – die Online-Meinungsfreiheit als demokratisches Essential.....	59
c.	Auswirkungen des Internets auf rechtsstaatliche Grundsätze: Zugang zu Staat, Verwaltung und Gerichten weitgehend analog möglich.....	61
d.	Auswirkungen auf die Wirtschaft: eine internetunterstützte Wertschöpfungskette	63
e.	Staatliche Aufgabenerfüllung ohne IT? Unmöglich!	64
f.	Das Internet als grundrechts- und demokratieessenzieller öffentlicher Raum – zur räumlich-gegenständlichen Dimension der Grundrechte	65
2.	<i>Schutzrichtungen des Rechts auf Internet.....</i>	<i>68</i>
3.	<i>Bereitstellung einer übergreifenden Infrastruktur</i>	<i>69</i>
4.	<i>Individueller Zugang zum Internet</i>	<i>71</i>
5.	<i>Individuelle Infrastruktur (Hard- und Software).....</i>	<i>73</i>
6.	<i>Realisierungskompetenz</i>	<i>76</i>
VI.	Eingriffe und Schranken.....	79
1.	<i>Recht auf Internet: Internetsperren und Internetführerschein.....</i>	<i>80</i>
2.	<i>Online-Handlungsfreiheit: Online-Streifen als Mittel der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung</i>	<i>84</i>
3.	<i>Online-Persönlichkeitsrecht: Die Online-Durchsuchung als Eingriff mit großer Streubreite</i>	<i>91</i>

I. Einleitung

Während die neue Staatsaufgabe E-Daseinsvorsorge¹ vorrangig die *objektive* Bedeutung des Internets referenziert, soll nachfolgend analysiert werden, ob und inwieweit diesbezüglich auch eine Subjektivierung denkbar erscheint, die sich in einem *subjektiven* Recht auf Internet äußert². Ein solches (subjektives) Recht auf Internet könnte dann wiederum als Rechtfertigung staatlicher Aktivitäten zur Sicherstellung der E-Daseinsvorsorge, gleich welcher Art, herangezogen werden – die Annahme eines solchen Rechts enthält nämlich nicht automatisch auch eine Aussage über die vom Staat geforderten Maßnahmen zu dessen Realisierung, sodass neben der Befriedigung individueller Ansprüche auch die Bereitstellung von Sach- und Dienstleistungen im Sinne der Daseinsvorsorge stehen kann. Bei der Konkretisierung einer verfassungsrechtlichen Schutz- oder objektiven Pflicht kommt dem Gesetzgeber ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu; die Anerkennung originärer Leistungsansprüche, wie dies die plakative Formulierung eines »Rechts auf ...« indizieren könnte, bleibt der enge Ausnahmefall, zudem bezogen auf die Essentialia eines menschenwürdigen Daseins³. Insofern wird schnell deutlich, dass es »das« Recht auf Internet nicht geben kann, dieses vielmehr zahlreiche Facetten aufweist. Gegenstand ist

- einerseits die Bereitstellung einer **übergreifenden** (Telekommunikations-) **Infrastruktur**, die einen Zugang zum Internet gewährleisten kann,
- andererseits muss der Einzelne auch über **individuelle Infrastrukturkomponenten** verfügen, die einen Zugang ermöglichen,
- und schließlich bedarf er auch eines solchen **individuellen Zugangs**, im Sinne einer privatrechtlichen Vereinbarung mit einem Provider, die die konkrete Nutzung sicherstellen kann.

¹ Zum Konzept der E-Daseinsvorsorge umfassend *Luch/Schulz*, in: Hill/Schliesky (Hrsg.), Herausforderung e-Government, 2009, S. 305 ff.; *dies.*, MMR 2009, 19 ff.; *dies.*, VM 2011, 104 ff.; zu Einzelaspekten auch *Schulz*, in: Schliesky/Ernst/Schulz (Hrsg.), Die Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa, Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig zum 70. Geburtstag, 2011, S. 17 (41 ff.); *ders.*, DuD 2010, 689 ff.; *ders.*, in: Schliesky (Hrsg.), Selbstverwaltung im Staat der Informationsgesellschaft, 2010, S. 13 ff.; *Schliesky/Schulz*, in: Rave/Schlie/Schliesky (Hrsg.), Erdgas, Strom, Breitband – Netzinfrastrukturen in Schleswig-Holstein im Wandel, 2010, S. 13 (31 ff.); *Luch/Schulz*, in: Schliesky (Hrsg.), Technikgestütztes Identitätsmanagement, 2010, S. 1 (10 ff.); *Schliesky/Schulz/Tallich*, in: Schliesky (Hrsg.), Staatliches Innovationsmanagement, 2010, S. 19 (48 ff.).

² Siehe insbesondere v. *Lewinski*, RW 2011, 70 ff.

³ So bleibt es auch nach dem BVerfG grundsätzlich dem Gesetzgeber überlassen, »ob er das Existenzminimum durch Geld-, Sach- oder Dienstleistungen sichert«; vgl. BVerfGE 125, 175 (222).

Zunächst ist aber eine Rückführung der E-Daseinsvorsorge auf eine individuelle, (zumindest im Grundsatz) subjektivierbare Grundlage erforderlich, die als Ausgangspunkt etwaiger »Realisierungsaktivitäten« des Staates dienen kann. Das überkommene Konzept der Daseinsvorsorge – und damit auch der E-Daseinsvorsorge – lässt sich auf verschiedene Wurzeln zurückführen, die von der Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse über das Sozialstaatsprinzip bis hin zu den Grundrechten des Grundgesetzes reichen. Die Verbindung von Grundrechten und E-Daseinsvorsorge soll näher analysiert werden, geht es dabei doch nicht ausschließlich um die sozio-kulturelle Teilhabe als Element eines (Leistungs-) Rechts auf Sicherung und Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums (welches sich u. U. in einen subjektiven Leistungsanspruch wandeln kann), sondern vielmehr um die Bedeutung des Internets und seiner Dienste für die allgemeine Grundrechtsausübung, was wiederum auf die objektive und Schutzpflichtdimension der Grundrechte verweist. Diese Grundrechtsfunktionen können insbesondere über (Infrastruktur-) Maßnahmen realisiert werden, die man klassischer Weise mit der Daseinsvorsorge verbindet, ohne dass zugleich ein subjektiver Anspruch auf Schaffung von oder Zugang zu konkreten Angeboten existieren würde.

Zur Umschreibung der Grundrechtsrelevanz des Internets, seiner Dienste und Funktionen soll der Begriff der »Online-Grundrechte« bzw. der »Online-Handlungsfreiheit(en)« gewählt werden, ohne dass damit eine Verengung auf Art. 2 Abs. 1 GG beabsichtigt ist. Online-Handlungsfreiheit und Recht auf Internet stehen in einem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis und verfügen über zahlreiche Querbezüge; nicht nur weil die Bedeutung der Online-Handlungsfreiheit (über ihre objektive Funktion) überhaupt erst ein Recht auf Internet begründen kann, andersherum ein Recht auf Internet ohne Online-Handlungsfreiheit aber inhaltsleer bliebe, sondern z. B. auch, weil Beschränkungen (z. B. Sperrung des Zugangs zum Internet und damit eine Negierung des Rechts auf Internet) aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen zugleich auch eine Verhinderung der Online-Handlungsfreiheit(en) bezwecken oder zumindest bewirken. Nachfolgend soll zunächst – nämlich ausgehend von der besonderen Bedeutung des Internets für den Einzelnen – eine Perspektive gewählt werden, die die Online-Handlungsfreiheit(en) als Ausgangspunkt wählt, obwohl es genauso gerechtfertigt wäre, das Recht auf Internet an den Anfang zu setzen.

Die Zuordnung bestimmter Rechtsfragen zur Online-Handlungsfreiheit einerseits oder zum Recht auf Internet andererseits ist nicht immer trennscharf, sie wird jedoch erleichtert, wenn man sich vergegenwärtigt, dass das Recht auf Internet eher auf der technischen (Zugangs-) Ebene angesiedelt ist, während die Online-Grundrechte und die Online-Handlungsfreiheit die inhaltliche Komponente der Entfaltung *im* Internet betreffen⁴. Ausgehend von dieser Grunddifferenzierung wird auf den ersten Blick deutlich, dass beim technischen Recht auf Internet leistungs-

⁴ So v. *Lewinski*, RW 2011, 70 (91) – Hervorhebung nur hier.

und schutzrechtliche Grundrechtsgehalte (begründet durch die Bedeutung der Online-Handlungsfreiheit) bzw. eine Aktivierung der objektiven Grundrechtsfunktion überwiegen dürften, ohne abwehrrechtliche Gehalte vollständig zu negieren⁵, während im Bereich der (inhaltlichen) Online-Handlungsfreiheiten die klassische Grundrechtsfunktion als Abwehr staatlicher Eingriffe überwiegt.

⁵ So muss davon ausgegangen werden, dass wenn alle Voraussetzungen für einen Zugang zum Internet vorliegen (Infrastruktur, individueller Zugang und individuelle Infrastruktur) – unabhängig davon, ob selbst geschaffen oder aufgrund der Gewährleistungspflicht seitens des Staates zur Verfügung gestellt oder subventioniert – auch der (inhaltsneutrale bzw. -leere) Zugang durch die allgemeine Handlungsfreiheit (als Teilelement der Online-Handlungsfreiheit) geschützt ist; Eingriffe sind also z. B. Zugangssperren, aber auch Entzug der individuellen Infrastruktur.

II. Zunehmende Bedeutung des Internets als Infrastrukturkomponente

Insbesondere unter dem Aspekt der Gewährleistungsverantwortung ähnelt das Internet anderen Einrichtungen, die dem überkommenen Verständnis der Daseinsvorsorge⁸ zugeordnet werden können. Obwohl eine enge Beziehung zwischen (staatlicher) Daseinsvorsorge und (staatlichen) Infrastrukturen besteht, sind beide Begriffe nicht gleichbedeutend⁹. Vielmehr können zahlreiche Infrastrukturen, aber gerade nicht alle, der Daseinsvorsorge zugeordnet werden; andersherum existieren auch Elemente der Daseinsvorsorge, die nicht, oder nur bei einem sehr weiten Verständnis, der Infrastruktur zugehörig sind¹⁰.

Ursprünglich bezeichnete der Begriff der »Infrastruktur« erdgebundene Anlagen, die der Mobilität dienen, bspw. Bahnhöfe und Brücken¹¹, im englischen Sprachraum wurde er zunächst vorrangig militärisch, bspw. für Kasernen und Radarstationen, verwendet¹². Später setzte sich ein erweitertes Begriffsverständnis durch, das Infrastruktur definiert als die Gesamtheit der materiellen, institutionellen und personalen Anlagen, Einrichtungen und Gegebenheiten, die den Wirtschaftseinheiten im Rahmen einer arbeitsteiligen Wirtschaft zur Verfügung stehen¹³. Materiell erfasst werden bspw. Anlagen und Ausrüstungen der Energieversorgung und des Verkehrs, institutionell die Gesamtheit der gesetzlichen Normen, Einrichtungen und Verfahrensweisen sowie personell die Anzahl von Menschen und deren Fähigkeiten¹⁴. Gemeinsam ist diesen Begriffsverständnissen, dass es sich bei der Infrastruktur um langlebige Güter handelt, die eine Vielzahl von Nutzungen ermöglichen¹⁵.

Unter IT-Infrastrukturen versteht man Hardware, einschließlich der Netzanbindungen, Software und bauliche Einrichtungen für die Nutzung von Diensten im Internet und den Betrieb von (Anwendungs-) Software. Das Internet verfügt über alle Eigenschaften einer Infrastruktur, wird zum Teil gar als sog. kritische Infrastruktur ein-

⁸ Zum Begriff statt Vieler *Ringwald*, Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff, 2008.

⁹ Dazu auch *Schliesky/Schulz*, in: *Rave/Schlie/Schliesky* (Fn. 1), S. 13 (31 ff.).

¹⁰ Ausführlich *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, S. 340 ff.

¹¹ Dieses Verständnis entstand im französischen Sprachraum um 1875; vgl. *Patig*, IT-Infrastruktur, in: *Kurbel u. a.* (Hrsg.), *Enzyklopädie der Wirtschaftsinformatik*, Online-Lexikon; abrufbar unter www.enzyklopaedie-der-wirtschaftsinformatik.de.

¹² *V. Laak*, *Archiv für Begriffsgeschichte* 41 (1999), 280 ff.

¹³ *Jochimsen*, *Theorie der Infrastruktur*, 1966, S. 145; vgl. *ders./Gustafsson*, in: *Simonis* (Hrsg.), *Infrastruktur*, 1977, S. 38 ff.; *Schulze*, *Infrastruktur als politische Aufgabe*, 1993, S. 40 ff.; *Scheele*, *Privatisierung von Infrastruktur*, 1993, S. 18 ff.; s. auch *Wilke*, *Systemtheorie II*, 1994, S. 240: »öffentliche Komplementär- und Supporteinrichtungen«.

¹⁴ Ausführlich zum Begriff auch *Hermes* (Fn. 8), S. 164 ff.

¹⁵ *Patig* (Fn. 9).

geordnet¹⁶. Es dient Staat, Wirtschaft und Gesellschaft systemübergreifend als Handlungsplattform, zudem erscheint es als Prototyp einer Einrichtung, die eine Vielzahl unterschiedlicher Nutzungen ermöglicht – angesichts der Entwicklungen z. B. zum Smart Life¹⁷, zum Internet der Dinge¹⁸ und des mobilen Internets werden die Nutzungsmöglichkeiten in den nächsten Jahren weiter ansteigen. Vielleicht handelt es sich beim Internet (bzw. den Infrastrukturen, auf denen dieses basiert¹⁹) um *die* entscheidende Infrastruktur der nächsten Jahrzehnte²⁰.

Die Bedeutung des Internets für Staat, Verwaltung, Wirtschaft und Gesellschaft ist auf das Engste mit den Veränderungen und (bisher kaum abschließend bewertbaren) soziologischen Konsequenzen für das menschliche Miteinander verbunden, die grundsätzlich mit dem vermehrten IT-Einsatz in allen Lebensbereichen einhergehen²¹. Während im Jahre 2001 lediglich 37 % der über 14-jährigen Bevölkerung das Internet nutzten, sind es im Jahre 2011 bereits 75 %, wobei von diesen ein immer weiter steigender Anteil auf einen Breitband-Internetanschluss zugreifen kann. In der Altersgruppe der 14- bis 29-Jährigen beträgt der Anteil der »Nonliner« gerade noch 2,7 %²². Die Gruppe der »Digital Natives«, die kaum noch zwischen virtuellem

¹⁶ Dazu Kloepfer (Hrsg.), Schutz kritischer Infrastrukturen: IT und Energie, 2010.

¹⁷ Aus juristischer Perspektive Heckmann, K&R 2011, 1 ff.

¹⁸ Mattern/Flörkemeier, Informatik-Spektrum 33 (2010), 107 ff.; Bullinger/ten Hompel (Hrsg.), Internet der Dinge, 2007; Fleisch/Mattern (Hrsg.), Das Internet der Dinge – Ubiquitous Computing und RFID in der Praxis, 2005.

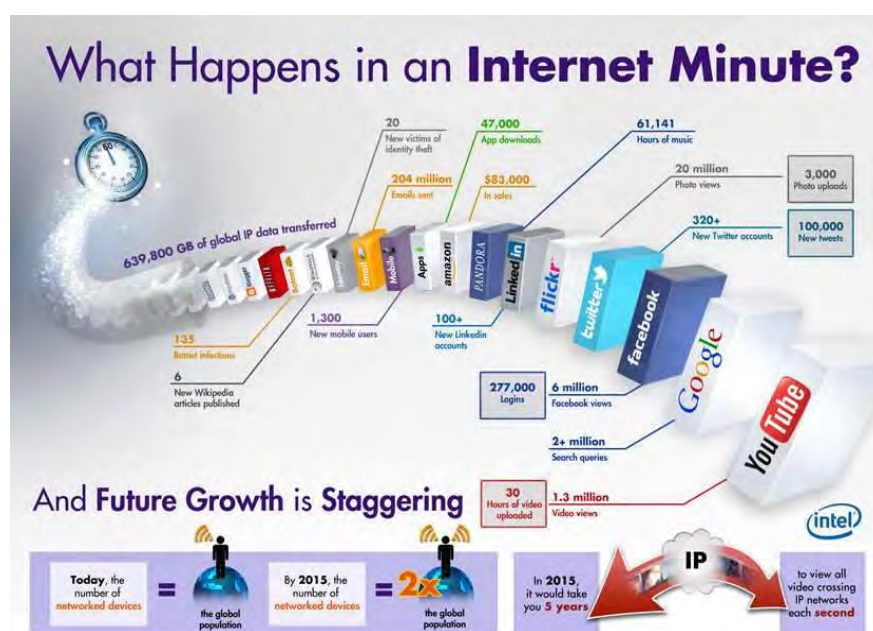
¹⁹ Das Internet besteht aus Netzwerken unterschiedlicher administrativer Verwaltung, welche zusammengesaltet werden. Dazu zählen vor allem Providernetzwerke, an die die Rechner der Kunden eines Internetproviders angeschlossen sind, Firmennetzwerke (Intranets) sowie Universitäts-, Forschungs- und auch Verwaltungsnetzwerke. Physikalisch besteht das Internet im Kernbereich (in den Backbone-Netzwerken) sowohl kontinental als auch interkontinental hauptsächlich aus Glasfaserkabeln, die durch Router zu einem Netz verbunden sind. Auf der sogenannten letzten Meile, also bei den Hausanschlüssen, werden die Daten oft auf Kupferleitungen von Telefon- oder Fernsehanschlüssen und vermehrt auch über Funk, mittels WLAN oder UMTS übertragen. An Internet-Knoten werden verschiedene Backbone-Netzwerke über leistungsstarke Verbindungen und Geräte (Router und Switches) miteinander verbunden. Darauf wird der Austausch von Erreichbarkeitsinformationen zwischen jeweils zwei Netzen vertraglich und technisch als Peering, also auf der Basis von Gegenseitigkeit, organisiert und somit der Datenaustausch ermöglicht.

²⁰ Was sich auch daran zeigt, dass es zunehmend als strategisch relevant angesehen wird, auf die Regulationsinstrumente und -organisationen des Internets Einfluss ausüben zu können; zur Internet-Governance Voegeli-Wenzl, GRUR Int 2007, 807 ff.; s. auch Gernroth, Die Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) und die Verwaltung des Internets, 2008.

²¹ Früh Schwalm, Globale Kommunikation – Der Wandel sozialer Beziehungen durch die Kommunikation in Computernetzwerken, 1998; unter Berücksichtigung der Neuropsychologie Carr, Wer bin ich, wenn ich online bin ... und was macht mein Gehirn solange? Wie das Internet unser Denken verändert, 2010.

²² Zahlen nach dem (N)onliner-Atlas der Initiative D21; s. www.initiaved21.de.

und realem »Ich« unterscheidet, ist auf ca. 40 % angewachsen und auch aus dem Alltag der »Digital Immigrants« (weitere 20 % der Bevölkerung) dürfte das Internet trotz gezielter und keinesfalls ubiquitärer Nutzung kaum noch wegzudenken sein²³. Grund dieser Entwicklungen ist das Web 2.0-Angebot mit Communities, Chats, Blogs und Foren, die speziell bei jüngeren Altersgruppen und den Digital Natives starken Anklang finden. Nach einer Studie ist bis 2012 gegenüber dem Jahr 2008 eine Vervierfachung des über das Internet bewegten Datenvolumens zu erwarten, wobei vor allem Video- und Livestream-Funktionalitäten sowie der zunehmende Breitbandzugang als Treiber fungieren. »Das Internet« sei damit 75-mal so »groß« wie im Jahr 2002²⁴. Die folgende Abbildung zeigt die Aktivität und Produktivität des Internets und seiner Nutzer in einer Minute²⁵:



²³ Deutsches Institut für Vertrauen und Sicherheit im Internet (Hrsg.), DIVSI Milieu-Studie zu Vertrauen und Sicherheit im Internet, 2012; abrufbar unter www.divsi.de.

²⁴ CISCO Whitepaper »Approaching the Zettabyte Era«, 2008.

²⁵ www.intel.de/content/www/de/de/communications/internet-minute-infographic.html.

Ob diese Berechnungen auch schon die Entwicklungen des mobilen Internets, insbesondere die aus der Verbindung mit modernen Möglichkeiten der Satellitenortung entstandenen Location-based-Services, zutreffend berücksichtigen konnten, erscheint angesichts des rasanten Wachstums und der kurzen Innovationszyklen in diesem Bereich fraglich. Um 50 Millionen Nutzer zu erreichen, benötigte das Radio noch 38 Jahre, das Fernsehen immerhin 13 Jahre, das Internet hatte diese Schwelle bereits nach vier Jahren überschritten²⁶.

²⁶ Vgl. www.un.org/cyberschoolbus/briefing/technology/tech.pdf.

III. Das Konzept der E-Daseinsvorsorge

Dieser gesellschaftliche Wandel kann auch im Bereich der Daseinsvorsorge nicht ohne Folgen bleiben. Es besteht nämlich Einigkeit, dass das Rechtsinstitut der Daseinsvorsorge ein wandelbares und die von der Grundversorgung umfasste Infrastruktur regelmäßig den aktuellen wirtschaftlichen, sozialen und technischen Anforderungen anzupassen ist. Die Wandelbarkeit ist jeder Analyse der Realbedingungen immanent, die bewerten will, welche Güter und Leistungen für ein sinnvolles menschliches Dasein notwendig sind. Die Rückführung auf das soziale Staatsziel und die grundrechtlichen Schutzpflichten zwingen ebenfalls dazu, Veränderungen anzuerkennen. Ganz auf dieser Linie befindet sich auch schon die Analyse *Forstoffs*, der im Jahre 1971 den Fernsehempfang als Leistung der Daseinsvorsorge bezeichnet, während er es zwölf Jahre zuvor noch abgelehnt hatte, die Verbesserung des Rundfunkempfangs in unterversorgten Landstrichen der Grundversorgung der Bevölkerung zuzurechnen²⁷. Dies macht deutlich, dass es gerade kein für alle Zeiten feststehendes Verständnis von Daseinsvorsorge geben kann.

Im Rahmen moderner Staatlichkeit stellt sich die Frage nach der Freiheit des Einzelnen nämlich nicht ausschließlich im Sinne einer Freiheit von staatlichen Eingriffen und damit im Sinne der primären Abwehrfunktion der Grundrechte. Teilweise verfügt der Einzelne nicht über die erforderlichen Mittel für eine freie und autonome Lebensgestaltung. Individuelle Freiheiten sind nur wahrnehmbar, wenn hierfür die entsprechenden wirtschaftlichen und infrastrukturellen Voraussetzungen bestehen, wobei im hier zu bewertenden Kontext sowohl eine allgemeine (Telekommunikationsnetze) als auch eine individuelle Komponente (Zugang des Einzelnen zum Internet) angesprochen ist. Grundlage der Daseinsvorsorge ist also die Leistungs-, Teilhabe- und Schutzpflichtdimension der Grundrechte²⁸. Es sind die unabdingbaren Voraussetzungen grundrechtlicher Freiheit herzustellen und zu gewährleisten²⁹.

Die Staatsaufgabe Daseinsvorsorge ergibt sich zudem aus dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG³⁰. Die auf freie Entfaltung der Persönlichkeit angelegten Grundrechte enthalten Elemente einer liberalen Wirtschaftsverfassung³¹, die angesichts der Grundrechte des Eigentums, der Berufsfreiheit, der Freizügigkeit und der

²⁷ S. *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959, S. 13 einerseits; *ders.*, Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, S. 33 andererseits. Die Parallelen mit der aktuellen Diskussion um die Breitbandversorgung des ländlichen Raums sind augenfällig; s. dazu die Nachweise in Fn. 302.

²⁸ Ausführlich zu den Rechtsgrundlagen *Luch/Schulz*, in: Hill/Schliesky (Fn. 1), S. 305 ff.

²⁹ *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1995, Rn. 214.

³⁰ *Haack*, *VerwArch* 99 (2008), 197 (203).

³¹ *Everling*, in: Immenga u. a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker, 1996, S. 365 (367).

allgemeinen Handlungsfreiheit marktwirtschaftlich konstruiert ist³². Allerdings bedarf auch die wettbewerbsgetragene Wirtschaft der Ordnung und Korrektur durch staatliche Eingriffe, insbesondere zur Ermöglichung der Teilhabe Aller zu gerechten Bedingungen und erschwinglichen Preisen an den für das Leben wesentlichen Elementen. Die sozialstaatlichen Wurzeln der Daseinsvorsorge sind daher unübersehbar³³. Das Sozialstaatsprinzip legitimiert steuernde Eingriffe, um die größtmögliche Inklusion des Individuums zwar nicht wohlfahrtsstaatlich zu erzwingen, jedem aber grundsätzlich zu ermöglichen.

Beiden Rechtsgrundlagen ist gemein, dass die Realisierung der objektiven und Schutzpflichtdimension der Grundrechte ebenso wie die Ausgestaltung des Sozialstaatsprinzips weitgehend dem einfachen Gesetzgeber überlassen bleibt. Es besteht ein weiter Einschätzungsspielraum, welche Inhalte im Einzelnen der Grundversorgung zugehörig sind, aber umso wichtiger, auch wie der Staat dieser Verantwortung nachkommen will – beides unterliegt einem beständigen Wandel. Das BVerfG formuliert zutreffend, dass das Sozialstaatsgebot den Gesetzgeber anhalte, die soziale Wirklichkeit zeit- und realitätsgerecht im Hinblick auf die Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums zu erfassen, »die sich etwa in einer technisierten Informationsgesellschaft anders als früher darstellt«³⁴.

Die Wandelbarkeit und die Wechselbeziehung zwischen Recht und Realbedingungen zwingen auch (und gerade) zur Berücksichtigung der zunehmenden Verbreitung der Informations- und Kommunikationstechnologien vor allem der Internetnutzung sowohl im Privaten als auch in der öffentlichen Verwaltung. Begriffe wie E-Payment, E-Commerce, E-Identity o. Ä. und im Kontext der Modernisierung der öffentlichen Verwaltung E-Government, E-Procurement und One-Stop-Government sind in aller Munde.

Die damit beschriebenen tatsächlichen Veränderungen der Lebenswirklichkeit werden zwar überwiegend akzeptiert und auch die regulatorische Durchdringung dieser neuen Rechtsgebiete hat – zwar mit zeitlicher Verzögerung – mittlerweile eingesetzt. Doch welche Folgen zeitigen diese Entwicklungen nun konkret für den Bereich der Daseinsvorsorge? Diesbezüglich ist eine Fortentwicklung bisher nicht zu erkennen. Dabei geht es nicht um die Frage, ob auch bei der Erbringung der klassischen Daseinsvorsorge moderne Kommunikationsmittel eingesetzt werden³⁵, sondern vielmehr, ob zur Grundversorgung des Bürgers (und der Unternehmen) auch

³² Herzog, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Loseblatt (65. Erg.-Lieferung 2012), Art. 20 VIII Rn. 60.

³³ Dazu auch Lerche, in: Maunz/Dürig (Fn. 30), Art. 87f Rn. 73; Eifert, Grundversorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen im Gewährleistungsstaat, 1998, S. 132 f.

³⁴ BVerfGE 125, 175 (232).

³⁵ Dies kann einerseits der Fall sein in Form eines Einsatzes von E-Government-Lösungen auch bei der »Daseinsvorsorgeverwaltung«, andererseits ist aber auch ein mit der IT verbundener Wandel im Bereich klassischer Daseinsvorsorgeaufgaben erkennbar. Als Beispiel kann hier die dem technischen Fortschritt geschuldete Möglichkeit des Smart-Meterings dienen.

Informations- und Kommunikationstechnologien sowie die dazu notwendigen Infrastrukturen zählen. Gewisse Elemente werden der Daseinsvorsorge immer zugehörig sein, während andere abgelöst werden oder neue hinzutreten. Bspw. wird der Bürger zu seinem Dasein auch zukünftig auf Strom, Wasser, Straßen o. Ä. angewiesen sein, da virtuelle Welten nicht in der Lage sind, existenzielle Bedürfnisse zu ersetzen. Die zunehmende Technisierung, Virtualisierung und Digitalisierung nahezu aller Lebensbereiche erfordert aber zusätzlich eine Erweiterung des bisherigen Verständnisses. Fraglich ist nur, was das konkret bedeutet. Gehört zukünftig neben einem Strom- und einem (herkömmlichen) Telefonanschluss³⁶ auch der Zugang zum Internet, ggf. sogar die Breitbandversorgung, zu den für ein sinnvolles menschliches Dasein notwendigen Gütern und Leistungen³⁷? Muss zukünftig jeder Bürger einen marktüblichen Personal Computer, einen Laptop, ein Handy oder gar ein Smartphone besitzen, um an der Gesellschaft der Zukunft teilzuhaben? Begriffe wie »Volkscomputer« und »Volkshandy« schienen dies abgesehen von der Werbewirkung derartiger Aussagen nahe zu legen. Braucht man vergleichbar dem Sozialkonto, welches vor allem von den überwiegend in der Rechtsform der Anstalt des öffentlichen Rechts betriebenen – und somit staatlichen – Sparkassen zur Verfügung gestellt werden, ein »Sozial-E-Mailkonto« und die Nutzungsmöglichkeit von E-Payment-Systemen, um bestimmte Bevölkerungsschichten nicht (bspw. weil diese nicht über eine Kreditkarte verfügen) vom E-Commerce abzuschneiden? Der Vergleich mit dem klassischen Konto und der Zuordnung der Sparkassen zur Daseinsvorsorge spricht dafür, auch wenn die zahlreichen kostenlosen E-Mail-Accounts ein Einschreiten des Staates oder eine Aktivierung seiner Gewährleistungsverantwortung derzeit nicht aktuell werden lassen.

Über die unter dem Recht auf Internet zusammengefassten Teilelemente des individuellen Zugangs sowie der persönlichen und übergreifenden Infrastrukturen hinaus geht es aber auch um weitergehende Folgen der Verlagerung des gesamten Lebens (als Ausübung der Online-Handlungsfreiheiten) in das Internet – wie z. B. die Pflege persönlicher Beziehungen über Networking-Plattformen (Xing, Facebook, StudiVZ etc.) oder auch die Wahrnehmung von Online-Verwaltungsdienstleistungen. Ist ein für jedermann zugängliches, einfach handhabbares und finanzierbares Identitätsmanagement – verstanden als eine rechtssichere, in der Regel webbasierte, seitens eines Serviceproviders angebotene Möglichkeit, persönliche Daten, Dokumente, partielle Identitäten und Pseudonyme elektronisch zu spei-

³⁶ So schließt die Universaldienstverpflichtung der §§ 78 ff. TKG nur einen »funktionalen«, d. h. nicht zwingend breitbandigen, Internetzugang ein; *Schliesky*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2008, S. 308; *Holznagel/Enaux/Nienhaus*, Telekommunikationsrecht, 2. Aufl. 2006, § 15 Rn. 610.

³⁷ In umgekehrter Zielrichtung wird aufgrund der Verbreitung des Mobilfunks und von Handys mglw. der § 78 Abs. 2 Nr. 4 TKG (»die flächendeckende Bereitstellung von öffentlichen Münz- oder Kartentelefonen an allgemeinen und jederzeit für jedermann zugänglichen Standorten entsprechend dem allgemeinen Bedarf«) entbehrlich.

chern, zu verwalten und mittels unterschiedlicher Schreib-, Lese- und Zugriffsrechte anderen zu offenbaren³⁸ – in geeigneter Form regulatorisch seitens des Staates abzusichern? Gehört die Zukunft entsprechend der zeitgenössischen Möglichkeit, wichtige analoge Dokumente rechtssicher durch einen klassischen – »analogen« – Notar verwahren zu lassen, »digitalen Notaren« für digitale Dokumente? Lässt sich die zunehmende Nutzung von privat betriebenen Dokumentensafe-Systemen oder geschützten behördlichen Sicherheitsbereichen im Internet aufhalten?

Nicht allein die Verbreitung des Internets, sondern auch das vielfältige Zusammenspiel mit anderen Faktoren – bspw. des demografischen Wandels (im Kontext der Versorgung mit Breitband-Internetanschlüssen) oder der zunehmenden Skepsis gegenüber staatlichen und privaten Datensammlungen (im Kontext des technikgestützten Identitätsmanagements) – zwingen möglicherweise zu einer Neubewertung der Daseinsvorsorge in diesem Bereich. Die Reaktion des Staates in Form einer Innovation im Recht steht hinsichtlich der genannten Aspekte noch aus – das Beispiel der Umsetzung des Konjunkturpaketes II (Ausbau der Breitbandversorgung, Starter-Kits für den elektronischen Personalausweis als Element eines technikgestützten Identitätsmanagements) zeigt aber, dass innovative Entwicklungen in der Gesellschaft nicht ohne Rückwirkungen auf staatliche Infrastrukturen sowie deren Erklärungsmuster der Daseinsvorsorge bleiben. Zwar ist nicht jede Aufgabe, der sich der Staat annimmt, und jede Infrastruktur, in dessen Ausbau der Staat investiert, zwangsläufig der Daseinsvorsorge mit den damit ggf. verbundenen rechtlichen Implikationen zuzuordnen, angesichts der zunehmend erkennbaren Tendenz zum Rückzug des Staates aus der Infrastrukturverantwortung ist jedoch der indizielle Charakter derartiger Fördermaßnahmen für die Zugehörigkeit zur Grundversorgung nicht zu leugnen.

³⁸ Umfassend Schliesky (Hrsg.), Technikgestütztes Identitätsmanagement, 2010.

IV. Online-Grundrechte und Online-Handlungsfreiheit(en)

Betrachtet man den Standardkommentar zum Grundgesetz³⁹ und damit auch zu den Grundrechten, mag es angesichts der Bedeutung des Internets verwundern, wenn eine Suchabfrage mit dem Schlagwort »digital« lediglich fünf, für das Suchwort »Internet« nur 50 Fundstellen ergibt – und dies bei einem Gesamtumfang von fast 250 Randnummern allein bei Art. 2 Abs. 1 GG. Hinzu kommt, dass sich die entsprechenden Passagen in den wenigsten Fällen mit der Entfaltung des Individuums im oder mithilfe des Internets befassen, sondern lediglich mit der sog. Online-Durchsuchung⁴⁰ oder den technischen Aspekten des Internets als Teil der Telekommunikation (im Sinne des Art. 10 GG) bzw. der Telekommunikationsinfrastruktur (im Sinne des Art. 87f GG).

Dennoch dürfte unbestritten sein, dass auch der Zugang zum Netz von Art. 2 Abs. 1 GG geschützt wird⁴¹ und die allgemeine Handlungsfreiheit aufgrund ihres offenen Schutzbereichs auch digitale Aktivitäten abdeckt. Die Bedeutung der speziellen Freiheitsverbürgungen für die digitale Entfaltung des Einzelnen wird jedoch kaum näher analysiert⁴², sodass im Folgenden – nach einer kurzen begrifflichen Klarstellung (1.) – zunächst eine eingehende Betrachtung der speziellen Freiheitsverbürgungen des Grundrechtskatalogs erfolgen soll (2.). Erst nachfolgend rücken das (aktive) Auffanggrundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG (3.) und die Schutzrichtungen der Online-Grundrechte (4.) in den Fokus. Schließlich müssen auch komplementäre Grundrechte betrachtet werden (5.), die die Online-Handlungsfreiheit umgeben und eine Schutzverstärkung bewirken – dies sind u. a. der (passive) Schutz der durch das Handeln im Netz (vor allem in sozialen Netzwerken) generierten Daten, deren Gesamtheit unter Umständen auch einen Teil einer digitalen Persönlichkeit darstellt, der Schutz der essentialen Infrastrukturen bzw. der Kommunikation über diese aus Art. 10 GG und aus dem Recht auf Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme sowie der leistungsrechtliche Gehalt eines Rechts auf Gewährleistung des Existenzminimums.

1. Begriff

Wie bereits angedeutet, muss eigentlich immer von Online-Handlungsfreiheiten in der Mehrzahl gesprochen werden, da sich der grundrechtlich vermittelte Schutz des Verhaltens im Netz nicht in Art. 2 Abs. 1 GG erschöpft. Vielmehr ist anzuerken-

³⁹ Maunz/Dürig (Fn. 30), Suchabfrage am 15. 11. 2012.

⁴⁰ BVerfGE 120, 274 ff.; dazu später ausführlich unter Gliederungspunkt VI. 3.

⁴¹ V. Lewinski, RW 2011, 70 (77 f.).

⁴² Zutreffend stellt v. Lewinski, RW 2011, 70 (84), immerhin fest, dass sich »fast allen Grundrechten Schutzgehalte in Bezug auf Internetsachverhalte entnehmen« lassen.

nen, dass der überwiegende Teil der speziellen Freiheitsverbürgungen auch eine digitale Dimension beinhaltet, also Verhaltensweisen unabhängig davon schützt, ob diese analog oder digital ausgeübt werden. Es handelt sich jeweils um einen Teilausschnitt des grundrechtlichen Schutzbereichs, wobei die Handlungsfreiheit ganz allgemein, ob in der realen Wirklichkeit oder in der Virtualität des Netzes, nur *aktive* Handlungsweisen schützt.

Art. 2 Abs. 1 GG enthält aber mit seiner Formulierung »Recht auf die freie Entfaltung [... der] Persönlichkeit« darüberhinaus eine weitere Komponente – während die »freie Entfaltung« für den Aktivitätsschutz und damit für die allgemeine Handlungsfreiheit steht, bildet der Begriff der »Persönlichkeit« demgegenüber den Passivschutz bzw. den Schutz der persönlichen Integrität ab⁴³. Dabei entsteht ein interessantes Gegenseitigkeitsverhältnis: Aktivitätsschutz beruht auf Integritätsschutz⁴⁴. Die allgemeine Handlungsfreiheit ist ohne das Fundament des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ebenso nicht zu verwirklichen wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht dauerhaft nicht ohne die allgemeine Handlungsfreiheit genutzt werden kann⁴⁵. Dies gilt auch und gerade in der virtualisierten Welt⁴⁶. Insofern ist die Existenz eines digitalen Persönlichkeitsrechts ebenfalls anzuerkennen, wobei auf eine Besonderheit hingewiesen werden soll: während sich im herkömmlichen Verständnis Persönlichkeit und Persönlichkeits*entfaltung* gegenseitig bedingen, ohne dass definitiv gesagt werden könnte, welches Element der Ausgangspunkt dieses Abhängigkeitsverhältnisses ist⁴⁷, stellt sich dies bei der digitalen Persönlichkeit bzw. Identität anders dar. Diese entsteht erst aufgrund konkreter aktiver (digitaler) Handlungsweisen im Sinne der Persönlichkeitsentfaltung.

2. Spezielle Online-Handlungsfreiheiten

Ausgehend von den begrifflichen Vorüberlegungen kann man also unterstellen, dass (mittlerweile) nahezu jedem Grundrecht des grundgesetzlichen Katalogs eine digitale Dimension innewohnt. Dieser verfassungsrechtliche Gewährleistungsbereich sichert jeweils die freiheitliche Betätigung im Internet, soweit im Netz spezielle Handlungen vorgenommen werden, die in der analogen Welt ebenfalls einem speziellen Freiheitsrecht unterfallen würden. Der Grundrechtskatalog lässt sich nicht in reine Online-Grundrechte und ausschließlich »analoge Freiheitsrechte« einteilen, wobei Ausnahmen denkbar sind: So dürfte der Schutz der körperlichen Unversehrtheit und Bewegungsfreiheit (Art. 2 Abs. 2 GG) ebensowenig Bedeutung

⁴³ Luch, Das Medienpersönlichkeitsrecht, 2008, S. 86 f.

⁴⁴ Dreier, in: ders. (Hrsg.), GG, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 2 I Rn. 25.

⁴⁵ Luch (Fn. 41), S. 86 f.

⁴⁶ Luch, MMR 2011, 75 (77).

⁴⁷ Ausgehend vom Menschenbild des Grundgesetzes und Art. 1 Abs. 1 GG wird man den Ausgangspunkt im rechtlichen Sinn wohl bei der Persönlichkeit sehen müssen.

in der Online-Welt haben wie eine Online-Freizügigkeit aus Art. 11 GG⁴⁸. Gleiches gilt für Art. 8 GG, der Online-Demonstrationen nicht erfasst⁴⁹.

Angesichts der Vielfältigkeit der Querbezüge zwischen den speziellen Grundrechten und den Entwicklungen der Informations- und Kommunikationstechnologien, einschließlich des Internets, können die nachfolgenden Ausführungen nur einen Teilaspekt abbilden. Sie sollen anhand von Beispielen die Bedeutung der digitalen Grundrechtsdimension untermauern und eine Diskussion anregen. Hinzu kommen die (bisher kaum abschließend bewertbaren) soziologischen Konsequenzen der Internetkommunikation für das menschliche Miteinander⁵⁰, die ihrerseits wiederum (als Teil der Verfassungswirklichkeit) Rückwirkungen auf das Verständnis der grundrechtlichen Schutzgehalte und ihrer Schutzrichtungen haben dürften. Wenn die gesellschaftliche Realität nicht alleiniger Maßstab bleibt, sondern ein gesellschaftlicher Wandel nur bei Übereinstimmung mit übergeordneten Rechtsprinzipien, andauernder Akzeptanz in der Bevölkerung und Eingang der gesellschaftlichen Realitäten in das Rechtsbewusstsein zu einer Fortentwicklung führt⁵¹, ist diese Entwicklungsoffenheit nicht dem Vorwurf der Konturenlosigkeit ausgesetzt. Die Wandelbarkeit zu verneinen, hieße vielmehr die Wandlungsfähigkeit menschlicher Persönlichkeit, der postindustriellen Gesellschaft und mithin auch einen Teil der Verfassungswirklichkeit zu verleugnen.

a. Art. 4 GG – Online-Religions- und Bekenntnisfreiheit

Die Freiheit aus Art. 4 Abs. 1 GG schützt nicht nur das Festhalten an religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen, sondern gerade auch das aktive Ausleben und Zelebrieren dieser Maßstäbe und Traditionen, das sog. forum externum. Sie umfasst »das Recht des Einzelnen, sein gesamtes Verhalten an den Lehren seines Glaubens auszurichten und seiner inneren Glaubensüberzeugung gemäß zu handeln«⁵². Der Subsumtion eines Interesses unter diesen Schutzbereich ist das Selbstverständnis des Grundrechtsträgers zugrunde zu legen⁵³; so wird z. B. auch das Werben für die eigene Religion umfasst⁵⁴.

Denkbar ist es daher, dass ein Internetzugang genutzt wird, um dort entsprechende Werbung zu platzieren (Beispiel: Facebook-Seiten der Kirchentage⁵⁵) oder sich mit

⁴⁸ Ausführlich dazu v. *Lewinski*, RW 2011, 70 (93 f.); s. auch Gliederungspunkt IV. 2. h.

⁴⁹ Dazu Gliederungspunkt IV. 2. f.

⁵⁰ Siehe bereits die Nachweise in Fn. 19.

⁵¹ *Schulz*, Änderungsfeste Grundrechte, 2008, S. 76.

⁵² BVerfGE 108, 282 (297).

⁵³ BVerfGE 24, 236 (247 f.); 33, 23 (29); 53, 366 (401); BVerwG, ZevKR 2005, 125 (127).

⁵⁴ *Morlok*, in: Dreier (Fn. 42), Art. 4 Rn. 60, 61, 73. Bei der religiösen Werbung handelt es sich um einen speziellen Fall der Meinungsäußerungsfreiheit; vgl. auch v. *Lewinski*, RW 2011, 70 (84).

⁵⁵ www.facebook.com/kirchentag.

Gleichgesinnten auszutauschen. Die Möglichkeiten reichen aber darüberhinaus bis hin zum Besuch eines Online-Gottesdienstes, zur »virtuellen Beichte« oder Gesprächen mit einem Seelsorger. Hierfür existieren bereits Angebote im Netz: z. B. die vollständig virtuelle, aber von der katholischen Kirche geweihte Gemeinde »Funcity«⁵⁶ oder das eher klassische Angebot der Kirchengemeinden, bei dem einzelne Predigten oder Andachten online gestellt werden⁵⁷. Auch virtuelle Trauerräume⁵⁸ weisen einen nicht übersehbaren Bezug zur Religionsausübung des Einzelnen auf. Diese Angebote bzw. deren Nutzung werden somit von Art. 4 Abs. 1 GG erfasst. Für die Eröffnung des Schutzbereichs der Religionsfreiheit ist es unerheblich, über welche Plattform, welches Medium oder in welcher Weise die Religion ausgeübt wird.

Gestützt wird diese Ansicht durch ein Gerichtsurteil des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 2011, das eine Kollision von religiösen Äußerungen und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zum Gegenstand hatte. Die beanstandeten Äußerungen wurden im Rahmen einer Predigt getätigt, die nachfolgend im Internet publiziert wurde. Ohne auf das gewählte Medium einzugehen, stellt das Gericht fest, dass die Religionsfreiheit die Bekenntnis- und die Religionsausübungsfreiheit und insoweit – als gegenüber Art. 5 Abs. 1 GG speziellere Gewährleistung – auch die Äußerungen im Rahmen einer Predigt umfasst⁵⁹.

b. Art. 5 Abs. 1 GG – Online-Meinungs-, Informations-, Presse-, Rundfunk- und Filmfreiheit

Die Grundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG werden typischerweise im Kontext des Internets genannt. So sind es gerade Äußerungen im Netz oder ganze Internetangebote⁶⁰, die in Konflikt mit dem Persönlichkeitsrecht von Dritten geraten. Dass auch die im Internet geäußerte Meinung den besonderen Schutz des Art. 5 Abs. 1 GG genießt, ist in diesem Zusammenhang nie in Frage gestellt worden. So wird jede Äußerung in Blogs, Chatrooms oder auf anderen Webseiten aufgrund des weiten Schutzbereichs der Meinungsäußerungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG unter grundgesetzlichen Schutz gestellt⁶¹. Gleiches gilt für Bilder, Videos und andere Medien, die ebenfalls erfasst werden, soweit sie geeignet sind, eine Meinungsäußerung zu

⁵⁶ www.kirche.funcity.de.

⁵⁷ So der Taufgottesdienst des Neffen der Autoren dieses Beitrages unter: www.kirche-harsefeld.de/audio/download-mp3.php?id=2.

⁵⁸ Beispielsweise des Bistums Essen: www.trauerraum.de.

⁵⁹ BVerwG, NVwZ 2011, 1278 ff.

⁶⁰ Bspw. Bewertungsportale; vgl. dazu vor allem BGHZ 181, 328 ff.; dazu *Ladeur*, JZ 2009, 966 ff.; *Wiese*, JZ 2011, 608 ff.; *Kaiser*, NVwZ 2009, 1474 ff.

⁶¹ Die Aufzählung des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG (»Wort, Schrift und Bild«) ist nur exemplarisch; vgl. statt Vieler *Schemmer*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GG (Ed. 16, Stand: 01. 10. 2012), Art. 5 Rn. 14. S. auch *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 42), Art. 5 Rn. 67, zu »neuen Formen von Online-Protestkampagnen«.

transportieren. Erfasst werden schließlich auch neue Formen von Online-Protestkampagnen (»E-Protest«)⁶², die umgangssprachlich auch als Online-Demonstrationen bezeichnet, aber nicht spezialfreiheitsrechtlich von Art. 8 Abs. 1 GG geschützt werden⁶³. Problematisch ist hingegen die Einordnung einiger typischer Handlungsweisen im Internet, bspw. das Verlinken auf fremde Inhalte oder das Zitieren fremder Äußerungen, die nur bedingt von Art. 5 Abs. 1 GG umfasst sind⁶⁴.

Da hinsichtlich der Presse- und Filmfreiheit eine historische Auslegung mit der Folge vorherrscht, dass als Presse nur Druckerzeugnisse, dinglich verkörperte Papierwerke, als Film nur das »Lichtspiel« angesehen werden, erfasst der Gewährleistungsgehalt des Art. 5 Abs. 1 GG Internet-Zeitungen und bspw. das Video-Portal »YouTube« nicht⁶⁵. Dennoch besitzen die Medienfreiheiten des Grundgesetzes auch Bedeutung für Internetsachverhalte: einerseits lassen sich derartige Angebote als »Rundfunk« klassifizieren, zumal sie in Abgrenzung zur Individualkommunikation als »1-zu-n-Kommunikation« konzipiert sind⁶⁶. Andererseits können sich auch Anbieter herkömmlicher Film- oder Presseerzeugnisse hinsichtlich bestimmter Tätigkeiten im Internet (bspw. Werbung für Presseerzeugnisse, Recherche im Internet) auf die speziellen grundrechtlichen Verbürgungen berufen.

Schließlich ist das Internet eine »allgemein zugängliche Quelle« im Sinne der Informationsfreiheit⁶⁷. Insofern muss das Recht, sich aus dieser Quelle zu informieren, über Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG garantiert werden.

c. Art. 5 Abs. 3 GG – Online-Kunst- und Wissenschaftsfreiheit

Die Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG schützt sowohl den Bereich der künstlerischen Betätigung (Werkbereich) als auch die Darbietung und Verbreitung des Kunstwerks (Wirkbereich), schützt also nicht nur den Künstler, sondern auch den Mittler sowie die Werbung⁶⁸. Dass sich der Wirkbereich allein aufgrund der kostengünstigen und mit einem enormen Verbreitungsgrad verbundenen Möglichkeiten zunehmend (auch) im Internet entfaltet, liegt nahe. Das Ausstellen der eigenen Kunstwerke in virtuellen Galerien, Video- und Fotoportalen ist somit eine nicht nur von Art. 2 Abs. 1 GG, sondern auch von der digitalen Dimension des Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Handlungsweise.

⁶² *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 42), Art. 5 Rn. 68.

⁶³ Dazu Gliederungspunkt **IV. 2. f.**

⁶⁴ *V. Lewinski*, RW 2011, 70 (85).

⁶⁵ *V. Lewinski*, RW 2011, 70 (85).

⁶⁶ *V. Lewinski*, RW 2011, 70 (85).

⁶⁷ *Schemmer*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 59), Art. 5 Rn. 26.

⁶⁸ *Kannengießler*, in: Schmidt-Beibtreu/Klein (Hrsg.), GG, 10. Aufl. 2004, Art. 5 Rn. 27 m. w. N.

Es lässt sich zudem nicht in Zweifel ziehen, dass auch dem Werkbereich der Kunstfreiheit eine digitale Dimension innewohnt. So sind neue Kunstformen auszumachen, die originär auf das Internet angewiesen sind. Künstler bedienen sich der digitalen Netzkunstform Web Art⁶⁹, die als künstlerische Arbeit mit Webseiten über deren reine Gestaltung hinausweist, bspw. indem sie die Bedingungen für Wahrnehmung und Manipulation im Internet künstlerisch thematisiert. Kunst im Netz als mediale digitale Kunst benötigt Rechnernetze, Internetdienste wie Mailboxen oder Webseiten als unverzichtbare Mittel der Interaktion und der Bild-, Klang- und Texterzeugung. Dabei ist nicht entscheidend, ob die Kunst durch eine oder mehrere Personen entsteht, sondern dass wesentliche Aspekte und Aussagen der Werke nur in Verbindung mit einem Rechnernetz erfahrbar sind. Die überkommenen Kunstformen der Malerei, Bildhauerei, Dichtung usw. sind nur exemplarisch zu verstehen; sie schließen weitere Ausdrucksformen der Kunst nicht aus. Der Gewährleistungsgehalt der Kunstfreiheit ist entwicklungs offen gehalten, liegt es doch ähnlich der Glaubensfreiheit vor allem im Ermessen des Grundrechtsträgers (und nebenbei im Auge des Betrachters), was Kunst darstellt⁷⁰. Dem Internet kommt schließlich auch als – ebenfalls von Art. 5 Abs. 3 GG geschützte – »Inspirationsquelle für den Künstler«⁷¹ Bedeutung zu.

Gleiches gilt im Wesentlichen für die Wissenschaftsfreiheit. Forschung hat einerseits das Internet als eigenes Forschungsgebiet für sich entdeckt⁷², andererseits bieten das Internet und die dort angebotenen Dienste eine kaum überschaubare Vielzahl an Recherchemöglichkeiten⁷³. Diese können zudem auch im Bereich der Lehre genutzt werden; darüberhinaus existieren zunehmend auch internetbasierte Lehrangebote von Universitäten. Livestreams von Vorlesungen, kollaborative Arbeitsplattformen, abgeschlossene Gruppen in sozialen Netzen und anderes lassen

⁶⁹ *Baumgärtel*, [net.art] Materialien zur Netzkunst, 1999; *Türstig*, Netzkunst als Kunstnetz. Kooperationen der Kreativität im Internet, 2003; *Weiß*, Netzkunst. Ihre Systematisierung und Auslegung anhand von Einzelbeispielen, 2009.

⁷⁰ Das BVerfG hängt zumindest einem formal weitem Kunstbegriff an, E 30, 173 (189); 67, 213 (226); 81, 278 (291 f.); 83, 130 (138). *Bethge*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2011, Art. 5 Rn. 184 m. w. N., misst dem Selbstverständnis des »Autors« Bedeutung zu, plädiert aber für eine darüberhinausgehende Einbeziehung gesellschaftlicher Wertungen, Auffassungen der Kunstszene und anderer Implikationen einer pluralistischen, offenen Werteordnung.

⁷¹ V. *Lewinski*, RW 2011, 70 (86).

⁷² Siehe bspw. ZIM – Zentrum für Internetforschung und Medienintegration an der Ludwig-Maximilians-Universität München, www.zim.uni-muenchen.de/index.html; Institut für Internet und Gesellschaft an der Alexander-von-Humboldt-Universität Berlin, www.hiig.de; Stiftung Internetforschung in Osnabrück, www.stifo.de.

⁷³ Für den juristischen Bereich seien nur die marktführenden Internetportale »juris« und »Beck-Online« genannt. Zutreffend ordnet v. *Lewinski*, RW 2011, 70 (86), die Rolle des Internets als »Erkenntnisquelle für den Wissenschaftler« dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG zu.

sich finden⁷⁴. Schließlich ist das Internet – wie auch im Bereich der Kunst – mittlerweile ein entscheidendes Medium zur Veröffentlichung und Präsentation der eigenen Forschungsergebnisse geworden⁷⁵. Es handelt sich hierbei jeweils um von Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Teilelemente der digitalen Dimension der Wissenschaftsfreiheit.

d. Art. 6 Abs. 1 GG – Schutz der Online-Familie?

Das Grundrecht aus Art. 6 GG bildet eine wertentscheidende Grundsatznorm für das gesamte Ehe- und Familienrecht. Die Gewährung »besonderen« Schutzes in Art. 6 Abs. 1 GG erlegt dem Staat positiv die Aufgabe auf, Ehe und Familie vor Drittbeeinträchtigungen zu schützen und ihren Zusammenhalt durch geeignete Maßnahmen zu fördern. In seiner Eigenschaft als Grundrecht verstärkt die Verfassungsbestimmung die Entfaltungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG im privaten (familiären) Lebensbereich. Geschützt wird das ungestörte Zusammenleben in Ehe und Familie nach familiären Eigengesetzlichkeiten⁷⁶. Dies erfasst auch die Kontaktpflege innerhalb der Familie, sodass bspw. bei der Ermittlung des Bedarfs von Leistungsempfängern zu berücksichtigen ist, dass getrenntlebende Kinder regelmäßig besucht werden können. Insofern sind aber auch anderweitige Kommunikationsformen in den Schutzbereich einbezogen; diese sind zwar keinesfalls ein vollständiger Ersatz für persönliche Treffen, umgekehrt aber als zumutbare zusätzliche virtuelle Besuchsmöglichkeiten in Betracht zu ziehen. Auf den ersten Blick mag dies zwar befremdlich klingen. Der Befund, dass ganze Familien die weltweite Vernetzung nutzen, um trotz häufiger Ortsabwesenheit regelmäßigen Kontakt und Austausch zu pflegen, lässt sich aber kaum noch bestreiten. Jede über »Skype« oder eine andere Vernetzungsmöglichkeit erzählte »Gute-Nacht-Geschichte« für das eigene Kind eröffnet insofern den Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 1 GG.

e. Art. 7 Abs. 4 GG – Schutz der Online-Schule?

Der Bezug der Grundrechte aus Art. 7 GG zum Internet ist nicht offensichtlich – diskutiert wird allenfalls über die Zulässigkeit von Lehrerbewertungsportalen im Internet⁷⁷. Vergegenwärtigt man sich aber die rasanten Innovationszyklen im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnologien, auch und gerade was den Bildungsbereich betrifft, sowie Entwicklungen in anderen Staaten, erscheint

⁷⁴ Bspw. Vorlesungen des Lehrstuhls für Förder und Lagerwesen (FLW) der Technischen Universität Dortmund, abrufbar unter: www.podcast.flw.mb.tu-dortmund.de; oder die »Forschungsgruppe Untertage« bei Facebook, www.facebook.com/pages/Forschungsgruppe-Untertage/-94476211480.

⁷⁵ So existieren Disziplinen, in denen Forschungsergebnisse und Zeitschriften fast ausschließlich online publiziert werden.

⁷⁶ V. Coelln, in: Sachs (Fn. 68), Art. 6 Rn. 19, 22 m. w. N.

⁷⁷ Dazu bereits die Nachweise in Fn. 58 im Kontext des Art. 5 Abs. 1 GG.

selbst die »Online-Schule« eine durchaus denkbare Alternative. So gewährleistet Art. 7 Abs. 4 Satz 1 GG jedermann – deutschen und nicht-deutschen, natürlichen und juristischen Personen⁷⁸ – ein Grundrecht, Privatschulen zu errichten und zu betreiben⁷⁹. Geschützt wird auch die Freiheit der Eltern, ihre Kinder eine private Ersatzschule besuchen zu lassen⁸⁰. Ob eine ohne physische Präsenz realisierte Schule schon heute geeignet ist, alle Anforderungen, die auch an Ersatz- und Ergänzungsschulen formuliert werden, zu erfüllen, erscheint fraglich, aber perspektivisch nicht ausgeschlossen. So findet in dünnbesiedelten Gegenden Australiens bereits seit jeher der Unterricht über Rundfunktechnologien, zunehmend auch unter Nutzung des Internets, von Videokonferenzsystemen, Anwendungen zum kollaborativen Bearbeiten von Dokumenten und anderem statt⁸¹. In einer langfristigen Perspektive erscheint es auch möglich, gerade aus der Kombination von Art. 6 und 7 GG herzuleiten, dass vermehrt Fernunterrichtsmöglichkeiten zu etablieren sind, um dem modernen ortsflexiblen Familienbild Rechnung zu tragen und die Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu fördern.

f. Art. 8 Abs. 1 GG – Schutz von Online-Demonstrationen?

Wie auch im Rahmen der Vereinigungsfreiheit lässt sich bei Art. 8 Abs. 1 GG differenzieren zwischen der Nutzung des Internets im Zusammenhang mit »echten« (körperlichen) Versammlungen auf der einen und »Online-Versammlungen bzw. -Demonstrationen«, also neuen Protestformen im Internet, auf der anderen Seite.

Der Einsatz moderner Kommunikationsmittel im Kontext klassischer Demonstrationen wird vom Schutzbereich des Art. 8 GG ebenso erfasst wie auch schon seit jeher die Nutzung der jeweils zur Verfügung stehenden anderen Medien (Zeitungen, Flugblätter, Radio etc.). Die Versammlungsfreiheit erfasst in der zeitlichen Dimension neben der eigentlichen Versammlungsdurchführung auch alle vorbereitenden Maßnahmen⁸². Dazu gehören die Ankündigung der Veranstaltung, Teilnahmeaufrufe oder sonstige Einladungsformen⁸³, insbesondere auch in Form der Organisation sog. Flash-Mops oder Facebook-Parties über die sozialen Netzwerke, soweit diese nicht ausschließlich einen Vergnügungszweck verfolgen, sondern auch auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichtet sind⁸⁴. Diese eignen sich vor allem aufgrund der sog. »viralen« Effekte, also der Möglichkeit, schnell

⁷⁸ BVerwGE 40, 347 (349).

⁷⁹ Sog. Grundrecht der Privatschulfreiheit, vgl. nur BVerfGE 27, 195 (200 f.); 88, 40 (46); 90, 107, (114).

⁸⁰ BVerfGE 34, 165 (197 f.).

⁸¹ Weitere Informationen auf deutsch bspw. unter www.australien-info.de/school-of-the-air.html#KLASSENZIMMER.

⁸² Jarass, in: ders./Pieroth (Hrsg.), GG, 11. Aufl. 2011, Art. 8 Rn. 5 m. w. N.

⁸³ Schneider, in: Epping/Hillgruber (Fn. 59), Art. 8 Rn. 19.

⁸⁴ BVerfGE 104, 92 (104); BVerfG-K, NJW 2001, 2460; BVerwGE 129, 42 Rn. 15.

viele Adressaten zu erreichen. Als Kommunikationsmedium bietet das Internet den Veranstaltern von Versammlungen heutzutage neue und wirksamere Möglichkeiten der Mobilisierung. Die korrespondierende Internet-Recherche der Behörde als Mittel der Gefahrenprognose nimmt bei der Vorbereitung der behördlichen Entscheidung über ein Versammlungsverbot oder Auflagen eine entsprechend herausgehobene Stellung ein⁸⁵.

Demgegenüber werden Online-Protestformen, die umgangssprachlich auch als Online-Versammlung oder -Demonstration bezeichnet werden, nach überwiegender Ansicht nicht vom Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG erfasst: »Mangels Körperlichkeit sind virtuelle Versammlungen keine im Sinne des Art. 8 GG. Unabdingbar erfordert eine Versammlung die gleichzeitige *körperliche* Anwesenheit mehrerer Personen an einem Ort«⁸⁶. Dies werde schon durch die Wendung »sich versammeln« impliziert; der Zusammenhang mit dem Subjekt »alle Deutschen« mache klar, dass *Menschen* körperlich *präsent* sein müssten⁸⁷. Festzustellen ist zwar, dass Formen des konzertierten virtuellen Protests im Internet in den letzten Jahren stark zugenommen haben⁸⁸. Internet-Diskussionsforen sind aber eher Telefonkonferenzen vergleichbar, die ebenfalls nicht von der Versammlungsfreiheit erfasst werden⁸⁹. »Auch bei einer Webseiten-Besetzung in Form des Massenzugriffs in obstructiver Absicht finden sich nur elektronische Signale, die von räumlich getrennten Menschen an unterschiedlichen Orten ausgelöst worden sind, in einem Server zusammen. Im körperlichen Fernbleiben der Signalerzeuger liegt gerade ein Verzicht auf die von der Versammlungsfreiheit geschützte spezifische Form der kollektiven Grundrechtsausübung. Im übrigen sind Verhaltensweisen, die als virtueller Protest den klassischen Demonstrationzug ersetzen und effektiver machen sollen, im Kern nicht neu«⁹⁰. So wird schon seit Jahrzehnten zu massenhaften, oft vorgefertigten Protestschreiben an staatliche Funktionsträger, Behörden oder Unternehmen aufgefordert. Mit Versammlungen i. S. d. Art. 8 Abs. 1 GG haben derartige Protestformen nichts zu tun⁹¹. Inwieweit diese Sichtweise einen Widerspruch zur Zulässigkeit virtueller Mitgliederversammlungen im Vereinsrecht darstellt⁹², welches herkömmlich auch auf dem Gedanken des realen Zusammenkommens, der

⁸⁵ *Depenheuer*, in: Maunz/Dürig (Fn. 30), Art. 8 Rn. 88; vgl. bspw. OVG Münster, NJW 2001, 1441 (1442); OVG Lüneburg, NdsVBl 2006, 226 ff.; zur Online-Recherche von Sicherheitsbehörden auch Gliederungspunkt VI. 3.

⁸⁶ *Depenheuer*, in: Maunz/Dürig (Fn. 30), Art. 8 Rn. 45; vgl. auch *Seidel*, DÖV 2002, 283 (285).

⁸⁷ *Klutzny*, RDV 2006, 50 (51 ff.).

⁸⁸ Zur Aktion »Lufthansa goes offline« AG Frankfurt a.M., NSTZ 2006, 399 (400); OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 22. 05. 2006 – 1 Ss 319/05, zitiert nach juris. Zum Problem auch *Kraft/Meister*, MMR 2003, 366 ff.

⁸⁹ *Depenheuer*, in: Maunz/Dürig (Fn. 30), Art. 8 Rn. 45.

⁹⁰ *Depenheuer*, in: Maunz/Dürig (Fn. 30), Art. 8 Rn. 45.

⁹¹ *Depenheuer*, in: Maunz/Dürig (Fn. 30), Art. 8 Rn. 45.

⁹² Dazu sogleich Gliederungspunkt IV. 2. g.

physischen Präsenz, basierte, lässt sich nicht abschließend bewerten. Online-Protestformen werden aber in jedem Fall über die Online-Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG, ggf. auch über Art. 5 Abs. 1 GG geschützt.

g. Art. 9 GG – Schutz der Online-Betätigung von Vereinen oder Online-Vereinigungsfreiheit?

Art. 9 Abs. 1 GG schützt nicht nur die Bildung einer Vereinigung einschließlich der zeitlichen, lokalen und modalen Gründungsaspekte sowie den Beitritt zu einer Vereinigung und das Verbleiben in derselben⁹³, sondern auch vereinigungsspezifische Betätigungen einschließlich der nach außen wirkenden Tätigkeiten⁹⁴. Diese sind unabhängig davon geschützt, über welches Medium sie realisiert werden: dies gilt bspw. für die Mitgliederwerbung und die Selbstdarstellung⁹⁵, die sich zunehmend auch ins Netz verlagert. Insofern gibt es in jedem Fall eine »Online-Betätigungsfreiheit« aus Art. 9 Abs. 1 GG.

Fraglich ist, ob darüberhinaus auch eine echte »Online-Vereinigungsfreiheit« existiert. Dies wird derzeit vor allem als Frage des einfachen (Vereins-) Rechts diskutiert, weil dieses rein virtuellen Zusammenschlüssen mit virtuellen Gremiensitzungen ggf. die Anerkennung versagt⁹⁶. Erst jüngst wurde die satzungsmäßige Option von Online-Mitgliederversammlungen anerkannt. Das OLG Hamm führt zutreffend aus⁹⁷, dass »die Ansicht [...], dass eine Versammlung eine räumliche Zusammenkunft erfordert« nicht überzeugt. »Dies ergibt sich weder aus dem Wortlaut noch der Systematik des Gesetzes. In den §§ 27, 36, 37, 41 BGB einerseits und dem § 32 BGB andererseits wird zwischen dem Organ der Mitgliederversammlung und dem Verfahrensmodus unterschieden. Da § 32 BGB⁹⁸ den Verfahrensmodus regelt,

⁹³ *Cornils*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 59), Art. 9 Rn. 9.

⁹⁴ Auch wenn die Einzelheiten umstritten sind; vgl. statt Vieler *Cornils*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 59), Art. 9 Rn. 12 m. w. N.

⁹⁵ Die unzweifelhaft von der Garantie des Art. 9 Abs. 1 GG erfasst wird; dazu BVerfG, NJW 1992, 549.

⁹⁶ Rechtliche Hinweise zur Ausgestaltung sowie eine Dokumentation von virtuellen Vereinssitzungen finden sich auf der Seite des *wikivoyage* e. V. unter www.wikivoyage.org.

⁹⁷ OLG Hamm, MMR 2012, 420 f.; zum Problemkreis auch *Fleck*, DNotZ 2008, 245 ff.; *Scheuch*, ZStV 2012, 141 ff.; *Piper*, NZG 2012, 735 ff.; *Mecking*, ZStV 2011, 161 ff.; die Forderung, Online-Versammlungen als gleichwertig anzusehen, findet sich bereits bei *Erdmann*, MMR 2000, 526 ff.

⁹⁸ § 32 BGB lautet:

»(1) Die Angelegenheiten des Vereins werden, soweit sie nicht von dem Vorstand oder einem anderen Vereinsorgan zu besorgen sind, durch Beschlussfassung in einer Versammlung der Mitglieder geordnet. Zur Gültigkeit des Beschlusses ist erforderlich, dass der Gegenstand bei der Berufung bezeichnet wird. Bei der Beschlussfassung entscheidet die Mehrheit der abgegebenen Stimmen.

unterliegt er nach § 40 BGB der Disposition des Satzungsgebers. Dagegen spricht auch nicht, dass im Falle einer Onlineversammlung die Geschäftsfähigkeit der Mitglieder nicht eindeutig festgestellt werden kann. Soweit es keine entgegenstehenden Anhaltspunkte gibt, kann der Versammlungsleiter von der Geschäftsfähigkeit der Vereinsmitglieder ausgehen. Es ist nicht erforderlich, dass diese vor jeder Versammlung erneut geprüft wird. Auch im Falle einer schriftlichen Zustimmung gemäß § 32 Abs. 2 BGB hat der Versammlungsleiter keinen persönlichen Eindruck vom Vereinsmitglied.« Sicherzustellen ist hingegen, dass nur Vereinsmitglieder mitwirken; ein weiterer Aspekt, der die Bedeutung von leicht handhabbaren aber hinreichend sicheren Identifizierungsdiensten im Internet untermauert⁹⁹. Es reiche aber auch aus, so das OLG Hamm weiter, wenn die Satzung vorsehe, »dass die Mitgliederversammlung in einem nur für Mitglieder mit ihren Legitimationsdaten und einem gesonderten Zugangswort zugänglichen Chat-Raum durchgeführt« werde, dass »das nur für die aktuelle Versammlung gültige Zugangswort [...] erst mit einer gesonderten E-Mail unmittelbar vor der Versammlung bekannt gegeben« und dass den »Mitgliedern [...] die Verpflichtung« auferlegt werde, »ihre Legitimationsdaten und das Zugangswort keinem Dritten zugänglich zu machen und unter strengem Verschluss [zu] halten«.

Von weitergehender Bedeutung könnten auch die Ausführungen des Gerichts zu einer ggf. aus der Beschränkung auf Internetzusammenkünfte resultierenden Benachteiligung von Vereinsmitgliedern sein, da die öffentliche Verwaltung stets zurückhaltend mit Beschränkungen der klassischen Zugangskanäle umgeht¹⁰⁰. Das OLG Hamm führt aus: »Es liegt auch keine unangemessene Benachteiligung der Vereinsmitglieder vor, die über keinen eigenen Computer verfügen. Abgesehen davon, dass der Verein seinen Satzungszweck insbesondere durch die Präsenz im Internet verwirklicht, muss ein Verein nicht einem beliebigen Personenkreis offen stehen. Er muss daher auch nicht Kommunikation auf jede erdenkliche Weise anbieten. Darüberhinaus gibt es auch öffentliche Internetzugänge, auf die die Vereinsmitglieder zumutbar zurückgreifen können.« Letztgenannter Aspekt verdeutlicht zum einen wiederum die Bedeutung eines jedermann – zumindest potenziell – offenstehenden Zugangs zum Internet, zum anderen aber auch die sich langsam, aber stetig gesellschaftlich wandelnde Vorstellung der Zumutbarkeit des Einsatzes von Internettechnologie durch jedermann.

(2) Auch ohne Versammlung der Mitglieder ist ein Beschluss gültig, wenn alle Mitglieder ihre Zustimmung zu dem Beschluss schriftlich erklären.«

⁹⁹ Dazu *Luch/Schulz*, in: *Schliesky* (Fn. 36), S. 1 (10 ff.).

¹⁰⁰ Anerkannt bspw. nur bei der elektronischen Abgabe von Lohnsteuer-Anmeldungen und Umsatzsteuer-Voranmeldungen, Online-Bewerbungen für Stellen, die IT-Kenntnisse voraussetzen, oder im Bereich der E-Vergabe; vgl. dazu *Schulz/Hoffmann/Tallich*, *Die Verwaltung* 45 (2012), 207 (214).

Selbst wenn man unter Geltung des § 32 BGB noch zu einer anderen Sichtweise gelangt, führt die grundrechtliche Gewährleistung der Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 Abs. 1 GG, deren Inhalt – wie alle Grundrechte – einem den tatsächlichen Gegebenheiten geschuldeten (Verfassungs-)Wandel¹⁰¹ unterliegt, zwangsläufig zu einer erweiterten Sichtweise. Entgegenstehende Vorschriften aus dem einfachen Recht wären verfassungskonform auszulegen.

h. Art. 11 GG – Übertragung der Schranken des Art. 11 Abs. 2 GG auf die Online-Freizügigkeit?

Art. 11 GG ist ein Grundrecht, welches aufgrund seiner Bezüge zu realen Räumen, kein unmittelbares Äquivalent im Internet haben kann. Dennoch weist die klassische Freizügigkeit von ihrer Struktur deutliche Parallelen zu einer Online-Freizügigkeit auf, da beide die freie Bewegung in einem Raum, sei er real oder virtuell, sichern. Die Vergleichbarkeit virtueller und herkömmlicher Räume wird – vor allem auch was die ähnliche Bedeutung für die Persönlichkeitsentfaltung und die demokratische Willensbildung betrifft – an anderer Stelle dargelegt¹⁰². Auch wenn es angesichts der Auffangwirkung des Art. 2 Abs. 1 GG, der allgemeinen Online-Handlungsfreiheit, die auch eine Online-Freizügigkeit beinhaltet, nicht erforderlich ist, den Schutzbereich des Art. 11 GG erweiternd auch auf Internetsachverhalte auszudehnen, erscheint eine Debatte, ob nicht die Schranken des Freizügigkeitsrechts (zulässig sind Eingriffe zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, der Jugend vor Verwahrlosung, zur Bekämpfung einer Seuchengefahr sowie bei besonderen Lasten der Allgemeinheit) weitaus besser auch auf Eingriffe in die Online-Handlungsfreiheiten passen als der allgemeine Schrankenvorbehalt des Art. 2 Abs. 1 GG, durchaus zielführend¹⁰³.

j. Art. 12 Abs. 1 GG – »Online-Berufsfreiheit«

Eine enge Verbindung der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG zum Internet besteht zunächst hinsichtlich derjenigen Personengruppe, deren berufliche Tätigkeiten originär auf das Internet angewiesen sind, also Berufe und Branchen, deren Existenz das Internet erst hervorgebracht hat. Dies gilt bspw. für die Provider, für die Betreiber sozialer Netzwerke, von Videoplattformen, Online-Shops und viele mehr. Im Fokus dieser Betrachtung sollen jedoch die Nutzer und deren Online-Freiheiten

¹⁰¹ Ausführlich zum Verfassungswandel *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, § 5 III 2 (S. 160 ff.); *Leisner*, Der Staat 8 (1969), 273 ff.

¹⁰² Dazu Gliederungspunkt **V. 1.**

¹⁰³ Soweit ersichtlich, ist dieser Gedanke bisher lediglich von v. *Lewinski*, RW 2011, 70 (93), aufgeworfen worden. Er verweist in diesem Kontext auf die vergleichbare Diskussion zur Erfassung virtueller Räume durch das Wohnungsgrundrecht des Art. 13 GG; dazu Gliederungspunkt **IV. 2. k.**

stehen, sodass bspw. auch im Kontext der Eingriffe und Schranken die anbieterbezogenen Maßnahmen ausgeblendet bleiben¹⁰⁴.

Die Bedeutung des Internets für die Berufsfreiheit reicht aber auch weit über die anbieterbezogene Perspektive hinaus: Für eine breite Masse beruflicher Tätigkeiten ist die Nutzung des Internets und seiner Informations-, Weiterleitungs-, Werbe- und sonstigen Möglichkeiten nicht mehr aus dem Alltag wegzudenken; auch diese Nutzungsformen werden insofern von der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG grundrechtlich abgesichert¹⁰⁵.

Betrachtet man eine generische Wertschöpfungskette, zeigt sich recht schnell, dass IT und Internet auf allen Ebenen und für eine Vielzahl von Unternehmen mittlerweile entscheidende Funktionen wahrnehmen¹⁰⁶. Selbst bei der Berufswahlentscheidung vieler junger Menschen ist das Internet kaum wegzudenken: Nicht nur die Information¹⁰⁷ und Stellenvermittlung erfolgt online¹⁰⁸, vielmehr gehen zahlreiche Unternehmen mittlerweile zur ausschließlich elektronischen Bewerbung über¹⁰⁹. Über die Online-Berufsfreiheit sind demnach sowohl die Jobsuche über Internetportale, Online-Bewerbungsverfahren als auch die Nutzung von Internetangeboten zur Werbung, Information oder des Vertriebs im Zuge der Berufsausübung geschützt. Da Art. 12 Abs. 1 GG über den Wortlaut hinaus nicht allein die freie Wahl der Ausbildungsstätte, sondern die gesamte Freiheit der berufsbezogenen Ausbildung, insbesondere das Studium oder die Teilnahme am Unterricht sowie an Prüfungen gewährleistet¹¹⁰, kommen ggf. auch eine internetgestützte Fernausbildung, ein Online-Fernstudium oder Online-Lehrgänge im Bereich der Online-Berufsfreiheit in Betracht¹¹¹.

k. Art. 13 GG – kein Schutz virtueller Räume

Das Schutzgut des Art. 13 Abs. 1 GG in Form der Unverletzlichkeit der Wohnung ist die räumliche Sphäre, in der sich das Privatleben entfaltet¹¹². Dabei erschöpft sich der Grundrechtsschutz zwar nicht in der Abwehr eines körperlichen Eindringens in

¹⁰⁴ Siehe Gliederungspunkt VI.

¹⁰⁵ Zutreffend v. *Lewinski*, RW 2011, 70 (80, 84).

¹⁰⁶ *Cronin*, Doing More Business on the Internet, 1995, S. 55 ff.; *Alpar*, Kommerzielle Nutzung des Internet – Unterstützung von Marketing, Produktion, Logistik und Querschnittsfunktionen durch Internet, Intranet und kommerzielle Online-Dienste, 2. Aufl. 1998, S. 217 ff.

¹⁰⁷ Beispiel: www.ich-bin-gut.de.

¹⁰⁸ Beispiel: <http://jobboerse.arbeitsagentur.de>.

¹⁰⁹ Zu Einsatzmöglichkeiten im öffentlichen Dienst *Hartmann/Nöllenburg*, ZBR 2007, 242 ff.

¹¹⁰ *Jarass*, in: ders./Pieroth (Fn. 80), Art. 12 Rn. 93, 95.

¹¹¹ Vgl. insoweit auch die Ausführungen zur Online-Wissenschafts- und Lehrfreiheit unter Gliederungspunkt IV. 2. c. sowie zu »Online-Schulen« unter Gliederungspunkt VI. 2. d.

¹¹² Vgl. BVerfGE 89, 1 (12); 103, 142 (150 f.); BVerfG, ZUM 2008, 301 (312).

die Wohnung. Als Eingriff in den Schutzbereich sind vielmehr auch Maßnahmen anzusehen, durch die sich staatliche Stellen mit besonderen Hilfsmitteln einen Einblick in Vorgänge innerhalb der Wohnung verschaffen, die der natürlichen Wahrnehmung von außerhalb des geschützten Bereichs entzogen sind. Dazu gehört nicht nur die akustische oder optische Wohnraumüberwachung¹¹³, sondern bspw. auch die Messung elektromagnetischer Abstrahlungen, mit der die Nutzung eines informationstechnischen Systems in der Wohnung überwacht werden kann. Der Gewährleistungsgehalt ist selbstverständlich berührt, wenn zwecks Beschlagnahme oder Manipulation eines informationstechnischen Endgerätes in die Wohnung eingedrungen wird oder ein solches Gerät so infiltriert wird, dass mit dessen Hilfe Vorgänge innerhalb der Wohnung bspw. über eine installierte Kamera beobachtet oder abgehört werden können¹¹⁴. Art. 13 Abs. 1 GG vermittelt dem Einzelnen allerdings keinen generellen, von den Zugriffsmodalitäten unabhängigen Schutz gegen die Infiltration eines informationstechnischen Systems, auch wenn sich dieses System in einer Wohnung befindet¹¹⁵.

Insofern ist – wie auch im Kontext des Art. 10 GG und beim Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme – zwischen den geschützten Inhalten (die immer dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung unterliegen) und der geschützten Infrastruktur im Sinne eines Systemschutzes zu differenzieren. Dieser wird entweder von Art. 10 GG (im Falle des Kommunikationsbezugs), von Art. 2 Abs. 1 GG in Form des Rechts auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme oder Art. 13 GG in Form eines räumlichen Rückzugsbereichs vermittelt. Angesichts der Vorfeldwirkungen dieses Systemschutzes¹¹⁶ müssen Eingriffe jeweils an beiden Grundrechten, die in Idealkonkurrenz nebeneinander stehen (da unterschiedliche Schutzobjekte erfasst werden), gemessen werden, zumal ohne Beeinträchtigung der Integrität von Infrastruktur bzw. System kein Zugriff auf die personenbezogenen Daten möglich ist, umgekehrt aber nicht jede Integritätsbeeinträchtigung zugleich auch die Erhebung personenbezogener Daten zum Gegenstand hat. Der besondere Infrastruktur- bzw. Systemschutz lässt sich ausgehend von der Bedeutsamkeit für die Persönlichkeitsentfaltung begründen; dieser Zweck begrenzt aber wiederum auch den Schutzbereich. Diese Sichtweise steht zudem in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BVerfG zum absolut geschützten Kernbereich, der sich unabhängig vom Systemschutz – sei er aus Art. 10, Art. 2 Abs. 1 oder auch Art. 13 GG ableitbar

¹¹³ Vgl. BVerfGE 109, 279 (309, 327); BVerfG, ZUM 2008, 301 (312).

¹¹⁴ BVerfG, ZUM 2008, 301 (312).

¹¹⁵ BVerfG, ZUM 2008, 301 (312), unter Verweis auf *Beulke/Meininghaus*, StV 2007, 63 (64); *Gercke*, CR 2007, 245 (250); *Schlegel*, GA 2007, 648 (654 ff.); a. A. etwa *Buermeyer*, HRRS 2007, 392 (395 ff.); *Rux*, JZ 2007, 285 (292 ff.); *Schaar/Landwehr*, K&R 2007, 202 (204).

¹¹⁶ *Luch*, MMR 2011, 75 (75).

– mit den erhobenen Inhalten rechtfertigen lässt und daher seine Grundlage in Art. 2 Abs. 1 GG, ggf. in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG findet.

	Daten / Inhalte	Infrastruktur
Räumliche Infrastruktur	Art. 2 Abs. 1 GG (ggf. beim Menschenwürdegehalt i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG)	Art. 13 Abs. 1 GG Begrenzung des Systemschutzes auf Wohnräume
Telekommunikationsinfrastrukturen	Art. 2 Abs. 1 GG (ggf. beim Menschenwürdegehalt i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG)	Art. 10 Abs. 1 GG Begrenzung des Systemschutzes auf die Kommunikation zwischen zwei Personen
Computerinfrastruktur	Art. 2 Abs. 1 GG (ggf. beim Menschenwürdegehalt i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG)	Art. 2 Abs. 1 GG (Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme) Begrenzung des Systemschutzes auf komplexe Systeme, die auch personenbezogene Daten enthalten)

Eingriffe in im Internet geschaffene virtuelle Privatbereiche aktivieren nicht den Gewährleistungsgehalt des Art. 13 Abs. 1 GG. Selbst wenn hier geschützte Bereiche angelegt werden, die bspw. wie ein zugangslimitierter Chatroom in kommunikativer Hinsicht den gleichen Zwecken dienen mögen wie das eigene Wohnzimmer, genießen diese virtuellen Rückzugsbereiche keinen Grundrechtsschutz über das spezielle Freiheitsrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung. Über Art. 13 GG soll vielmehr der tatsächliche Rückzugsraum des Einzelnen gewährleistet werden, in den sich der jeweilige Betroffene begibt und auf dessen gegenständliche Unversehrtheit er vertrauen können muss. Das Internet als virtuelle Welt ohne Mauern und Türen kann keinesfalls die gleichen Funktionen erfüllen oder dieselben tatsächlich begründeten Schutzerwartungen erzeugen. Eine unmittelbare Online-Dimension des Grundrechts aus Art. 13 Abs. 1 GG scheidet infolgedessen aus.

1. Art. 14 Abs. 1 GG – Online-Eigentum

Im Bereich des Art. 14 Abs. 1 GG besteht eine besondere Wechselwirkung zwischen Verfassung und einfachem Recht. Zu den schutzfähigen Rechtspositionen im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG gehören alle vermögenswerten Rechte, die das bürgerliche Recht einem privaten Rechtsträger als Eigentum zuordnet, die durch privatrechtliche Normen dem Einzelnen also so »zugeordnet sind, dass er die damit verbunde-

nen Befugnisse nach eigenverantwortlicher Entscheidung zu seinem privaten Nutzen ausüben darf¹¹⁷. Darunter fallen neben dem Eigentum im Sinne des Zivilrechts auch alle anderen dinglichen Rechte sowie Ansprüche und Forderungen des Privatrechts¹¹⁸. Auch die vermögenswerten Aspekte des geistigen Eigentums sind erfasst¹¹⁹. Die Rechtspositionen genießen – soweit sie nicht verkörpert sind – unabhängig davon Schutz, über welches Medium sie verbreitet oder, wie insbesondere im Internet im Bereich von Marken und Urheberrechten typisch, unberechtigt von dritter Seite beeinträchtigt werden. Es handelt sich dennoch aber nicht um ein besonderes »Online-Eigentum«. Gleiches gilt für Gegenstände, die im Internet, insbesondere in Online-Spielen, wie Eigentumspositionen gehandelt, verkauft und »übereignet« werden¹²⁰. Diese unterfallen nicht dem Schutz des Art. 14 GG. Ergänzende Bedeutung besitzt Art. 14 GG hingegen hinsichtlich des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs, soweit die digitale Dimension des Art. 12 Abs. 1 GG keinen hinreichenden Schutz bietet¹²¹.

Neben Elementen der Online-Handlungsfreiheit beinhaltet die Garantie des Art. 14 Abs. 1 GG jedoch auch Teilaspekte des Rechts auf Internet in Form des Rechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums. Diese umfasst nicht ausschließlich leistungsrechtliche Gehalte, sondern auch einen Schutz vor dem Entzug von essenziellen Einrichtungen¹²², bspw. vor der Pfändung eines PCs¹²³.

m. Art. 17 GG – »Online-Petition« oder: Gibt es eine verfassungsrechtliche Schriftform?

Gemäß Art. 17 GG hat jedermann das Recht, sich einzeln oder in Gemeinschaft mit anderen schriftlich mit Bitten oder Beschwerden an die zuständigen Stellen und an die Volksvertretung zu wenden. Das Petitionsrecht eröffnet dem Bürger damit zum einen ein individuelles, auch dem kollektiven Gebrauch offenstehendes »Notrufrecht«. Zum anderen bietet es den Bürgern die Möglichkeit der Einflussnahme auf

¹¹⁷ BVerfGE 112, 93 (107); 97, 350 (371); 123, 186 (258).

¹¹⁸ BVerfGE 68, 183 (222); 83, 201 (208 f.); 112, 93 (107); BGHZ 160, 197 (200).

¹¹⁹ BVerfGE 31, 229 (238 ff.); *Wieland*, in: Dreier (Fn. 42), Art. 14 Rn. 59; *Jarass*, in: ders./Pieroth (Fn. 80), Art. 14 Rn. 8.

¹²⁰ Insbesondere virtuelle Gegenstände im Kontext von Online-Rollenspielen sind Gegenstand lebhafter Diskussionen; vgl. dazu *Lutzi*, NJW 2012, 2070 ff.; *Spindler*, ZGE/IPJ 3 (2011), 129 ff.

¹²¹ In diese Richtung auch v. *Lewinski*, RW 2011, 70 (84).

¹²² Ausführlich zur Abgrenzung von leistungs- und abwehrrechtlichen Gehalten des Grundrechts auf Achtung und Gewährung des menschenwürdigen Existenzminimums *Schulz*, in: Schliesky/Ernst/Schulz (Hrsg.), *Die Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa*, Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig zum 70. Geburtstag, 2011, S. 17 ff.

¹²³ Dazu auch Gliederungspunkt **IV. 5. c.**

die politische Willensbildung unter gleichzeitiger Verstärkung der Rückkopplung zu den Entscheidungsträgern der Politik und Verwaltung¹²⁴.

Die Frage nach dem Inhalt der verfassungsrechtlich postulierten Schriftform ist bislang nicht abschließend beantwortet. Zum Teil wird der Kontext der gesamten Rechtsordnung zur Auslegung des Verfassungsbegriffs herangezogen und eine eigenhändige Unterschrift im Sinne von § 126 BGB gefordert¹²⁵. Seit 2005 ist jedoch in den Verfahrensgrundsätzen des Petitionsausschusses des Deutschen Bundestages die elektronische Übermittlung von Petitionen vorgesehen. Danach ist die von der Verfassung geforderte »Schriftlichkeit gewahrt (...), wenn der Urheber und dessen Postanschrift ersichtlich sind und das im Internet für elektronische Petitionen zur Verfügung gestellte Formular verwendet wird (elektronischer Ersatz der Unterschrift)«.

Die Bedeutung des Internets als Zugangskanal zur Verwaltung nimmt weiterhin stetig zu. Diese Entwicklung geht auch nicht am Petitionswesen vorbei. Selbst wenn man davon ausgehen möchte, dass § 126 BGB einst eine einfachgesetzliche Konkretisierung auch des verfassungsrechtlichen Verständnisses der Schriftform darstellte, machte bereits die Einführung der elektronischen Signatur in § 126a BGB, § 3a VwVfG die Weiterentwicklung des Formerfordernisses deutlich. Darüberhinaus ist seit jeher anzuerkennen, dass die zivilrechtliche Schriftform nicht mit den Schriftformerfordernissen im öffentlichen Recht gleichzusetzen ist, weil hier zumindest im Kommunikationsverhältnis zwischen Staat und Bürger ein großzügigeres Verständnis angemessen ist¹²⁶. So werden seit geraumer Zeit auch das Tele- und das Computertex als Schriftformäquivalente angesehen¹²⁷.

Maßgeblich für die Auslegung des Rechtsbegriffs sind Sinn und Zweck und damit die hinter dem (konkreten) Schriftformerfordernis stehenden Funktionen:

- Abschlussfunktion, d. h. sie bringt das Ende der Erklärung zum Ausdruck,
- Perpetuierungsfunktion, d. h. sie gewährleistet die fortdauernde Wiedergabe der Erklärung in einer Urkunde mit der Möglichkeit zur Überprüfung,
- Identitätsfunktion, d. h. sie ermöglicht es, den Erklärenden zu erkennen,

¹²⁴ Guckelberger/Geber/Zott, LKRZ 2012, 125 (126) m. w. N.

¹²⁵ So bspw. Rauball, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl. 2000, Art. 17 Rn. 11; a. A. Stein, in: Denninger u. a. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Losebl., Stand: 2001, Art. 17 Rn. 20. Einhellig wird von der Zulässigkeit einer Petition per Telefax oder Telegramm ausgegangen, weil dies auch für die formstrengeren Klagen und Rechtsmittel anerkannt sei.

¹²⁶ Vgl. Schmitz, NVwZ 2003, 1437 (1438); Luch/Tischer, DÖV 2011, 598 (601 f.); dazu auch Hoffmann u. a., Der E-Postbrief in der öffentlichen Verwaltung, 2011, S. 113 ff., 141 ff.

¹²⁷ GmS-OGB, NJW 2000, 2340 f.

- Echtheitsfunktion, d. h. sie gewährleistet die inhaltliche Zuordnung der Erklärung zum Erklärenden,
- Verifikationsfunktion, d. h. sie dient der Überprüfbarkeit der Echtheit der Erklärung,
- Beweisfunktion, d. h. sie ist zum Nachweis der Erklärung geeignet,
- Warnfunktion, d. h. der Erklärende wird auf die rechtliche Verbindlichkeit der Erklärung hingewiesen und vor Übereilung geschützt¹²⁸.

Da Verfahrensvorschriften nicht Selbstzweck sein dürfen, schließt das Erfordernis der Schriftlichkeit die eigenhändige Unterzeichnung nicht um ihrer selbst willen, sondern vor allem deshalb ein, weil sie in der Regel die Verlässlichkeit der Eingabe sicherstellt. Folglich ist eine Ausnahme vom Unterschriftserfordernis zuzulassen, wenn die verwendete Technik dies bedingt und sich die Gewähr für die Urheberschaft und den Erklärungswillen anderweitig hinreichend sicher ergibt¹²⁹. Für das Erfordernis der Unterschrift wird im Zusammenhang mit Petitionen vor allem auf die Echtheitsfunktion – inhaltliche Zuordnung der Erklärung zum Erklärenden – abgestellt. Selbst ein wirksamer Verfahrens Antrag kann trotz fehlender Unterschrift vorliegen, wenn sich ohne Rückfragen und Beweiserhebung sicherstellen lässt, dass die Erklärung vom Antragsteller stammt und mit seinem Willen in den Rechtsverkehr gebracht worden ist¹³⁰. Entsprechendes kann für das Petitionsverfahren gelten: Hier ist eigenhändige Unterschrift nicht zwingend erforderlich, wenn bei einer elektronischen bzw. Online-Übermittlung die mit den Formen des schriftlichen Verkehrs verknüpften Zwecke gleichfalls erreicht werden (sog. Funktionsäquivalenz)¹³¹. Der vom Bundestag und mittlerweile auch von einigen Landesparlamenten gewählte Weg, Online-Formulare für die Eingabe von Petitionen vorzuhalten, die als Schriftformäquivalent in jedem Fall anerkannt werden, zeigt, dass die Funktionsäquivalenz als erfüllt angesehen wird. Über das zu nutzende Online-Formular wird durch die zwingend erforderliche Eingabe von Name und Adresse die Identitätsfunktion gewahrt. Falsche Angaben lassen sich dabei ebenso wenig vermeiden wie bei postalisch zugestellten Eingaben. Die Erkennbarkeit der Ernsthaftigkeit des Anliegens und der Entäußerungswille werden durch das Aufrufen der offiziellen Internetseite der jeweiligen Volksvertretung unterstützt. Zudem ist zu beachten, dass – Sinn und Zweck des Petitionsverfahrens entsprechend – weder eine Frist gesetzt wird noch ein Kostenrisiko besteht; nicht einmal eine individuelle Beschwerde des Betroffenen wird verlangt. Insofern steht die Identifizierungsfunktion der

¹²⁸ Statt anderer *Schmitz*, NVwZ 2003, 1437 (1438); *Luch/Tischer*, DÖV 2011, 598 (601).

¹²⁹ BVerwG, NJW 1995, 2121 (2122).

¹³⁰ *Stelkens/Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), *VwVfG*, 7. Aufl. 2008, § 22 Rn. 31 m. w. N.

¹³¹ *Hoffmann-Riem*, in: *ders./Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, 2000, S. 9 (46 ff.); *Schmitz/Schlatmann*, NVwZ 2002, 1281 (1283). Zum Ganzen *Schmitz*, NVwZ 2003, 1437 (1438).

Schriftlichkeit absolut im Vordergrund¹³² – eine Unterschrift ist zur Ermittlung des Absenders häufig gerade nicht geeignet¹³³.

Angesichts der Verifizierbarkeit des Absenders auch bei anderen Kommunikationsmedien erscheint die Begrenzung auf Webformulare aber nicht angebracht; auch einfache E-Mails können die genannten Anforderungen gewährleisten¹³⁴. Einer qualifizierten elektronischen Signatur bedarf es nicht; § 3a VwVfG kommt nicht zur Anwendung¹³⁵. In jedem Fall müssen perspektivisch die De-Mail, auf dem neuen Personalausweis aufbauende Lösungen sowie vergleichbar sichere Systeme (wie der E-Postbrief) zugelassen werden.

Neben der Online-Petition bildet das Institut der »öffentlichen Petition« ebenfalls seit 2005 eine verfahrenstechnische Neuerung im Petitionswesen. Hier können Petenten ihre Eingaben über ein Internetformular des Bundestages für jeden Dritten zugänglich ins Netz stellen. Es entsteht dadurch ein öffentliches Diskussionsforum, in dem sich die Mitnutzer der eingestellten Petition per elektronischer Post als Mitunterzeichner anschließen können¹³⁶. Kritische Stimmen geben zu bedenken, dass ein in dieser Weise elektronisch potenziertes Verfahren das Wesen einer ursprünglich rein individuellen Petition zu sehr in Richtung auf eine allgemein politische Bekundung verändert. Es werde ein mehr oder weniger unverbindliches Bekundungsverfahren eingeführt, das mit dem Schutzbereich des Petitionsrechts kaum noch etwas zu tun habe¹³⁷. Insoweit überzeugt aber bereits ein Blick in den Wortlaut des Art. 17 GG vom Gegenteil. Das Jedermann-Grundrecht kann ausdrücklich »einzeln oder in Gemeinschaft« ausgeübt werden. Das Petitionswesen soll gerade nicht den Einzelnen aufgrund von überhöhten Anforderungen abschrecken, seine Rechte zu verfolgen. Die Niederschwelligkeit von Online-Verfahren entspricht insofern dieser Intention. Die Bündelung von gleich gerichteten Anliegen über öffentliche Petitionen ist daher vielmehr geeignet, die Bedeutung der Eingabe zu unterstreichen, anstatt die Ernsthaftigkeit derselben zu nivellieren. Diese Form der Petitionen – unterstellt man sie dem Schutzbereich des Art. 17 GG – ist aber ohne digitale Dimension nicht denkbar: erscheint es doch ausgeschlossen unter Rückgriff auf herkömmliche Medien ein derartiges »Zustimmungssystem« zu fremden Petitionen zu ermöglichen.

¹³² Siehe auch *Guckelberger/Geber/Zott*, LKRZ 2012, 125 (127) m. w. N.

¹³³ Der saarländische Petitionsausschuss und der rheinland-pfälzische Bürgerbeauftragte legen einen sehr großzügigen Formmaßstab an und akzeptieren Online-Petitionen auch in Form von einfachen E-Mails (ohne qualifizierte elektronische Signatur). Dazu *Guckelberger/Geber/Zott*, LKRZ 2012, 125 (128, 130).

¹³⁴ Exemplarisch die Argumentation des FG Düsseldorf (MMR 2010, 144); dazu *Schulz*, CR 2010, 402 f.

¹³⁵ Tendenziell anders *Klein*, in: Maunz/Dürig (Fn. 30), Art. 17 Rn. 63.

¹³⁶ *Pagenkopf*, in: Sachs (Fn. 68), Art. 17 Rn. 9.

¹³⁷ *Pagenkopf*, in: Sachs (Fn. 68), Art. 17 Rn. 9.

Insgesamt zeigt sich, dass auch Art. 17 GG eine Online-Dimension innewohnt, die sich ebenso wie bei den anderen Freiheitsrechten erst durch vermehrte tatsächliche Inanspruchnahme realisiert und nach und nach Anerkennung in Recht und Verfahren findet. Angesichts der Entwicklungen der Informations- und Kommunikationstechnologie sollten den Petenten durch entsprechende Ausgestaltung der Regelungen jeweils zeitgemäße Einreichungswege eröffnet werden. In anderen europäischen Ländern können Eingaben zum Teil per SMS unterstützt oder Blogs eingesetzt werden¹³⁸. Beschränkende einfachgesetzliche oder bloß verfahrensrechtliche Ausgestaltungen stehen daher im Widerspruch zu Art. 17 GG in Form der Online-Petitionsfreiheit – diese stellt alle elektronischen Kommunikationsformen, die die Funktionen der verfassungsrechtlichen Schriftform hinreichend verwirklichen, unter grundrechtlichen Schutz.

n. Art. 21 GG – Gibt es »Online-Parteien«?

Mit der Piratenpartei hat sich zwar eine Partei etabliert, deren Hauptaugenmerk auf dem Internet liegt – eine reine Online-Partei sind auch die Piraten dennoch nicht. Hinsichtlich der Zulässigkeit und des Schutzes von reinen Online-Parteien über Art. 21 GG dürfte aber im Wesentlichen das gleiche gelten wie im Rahmen der allgemeinen Vereinigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 GG. Die Parteienfreiheit des Art. 21 GG stellt insofern lediglich eine Sonderform dar¹³⁹. Die Betätigung einzelner in den und für die Parteien ist ebenso wie der Bestand und die Betätigung der Parteien selbst geschützt¹⁴⁰. Insofern ist die Betätigung der Parteien im Netz ebenfalls von Art. 21 GG erfasst wie auch – selbst wenn das derzeitige einfache Recht noch entgegensteht – virtuelle Online-Parteitage eine zulässige Form der innerparteilichen Meinungs- und Willensbildung sein können¹⁴¹. »Neuerdings bietet das Internet den Parteien wieder eine Möglichkeit, sich unmittelbar an ein breiteres Publikum zu wenden. Das Internet eröffnet auch den Parteien neue Möglichkeiten der Kommunikation: Es ist ein kraft des Grundrechts der Meinungsäußerungsfreiheit jedermann, also auch den Parteien, zustehendes Mittel zur Verbreitung eigener und fremder Meinungen.«¹⁴² Da aber nicht nur die nach außen gerichtete Tätigkeit dem Schutz des Art. 21 GG unterfällt, sondern auch interne Prozesse von Vereinigungen ganz allgemein durch Art. 9 GG und für Parteien im Speziellen über Art. 21 GG Schutz genießen, unterfallen auch die zur innerparteilichen Information und Abstimmung eingesetzten Instrumente wie Wikis¹⁴³, Audio oder Videostreams¹⁴⁴

¹³⁸ Guckelberger/Geber/Zott, LKRZ 2012, 125 (132) m. w. N.

¹³⁹ Vgl. Maurer, JuS 1991, 881 (883).

¹⁴⁰ BVerwGE 110, 126 (131); Jarass, in: ders./Pieroth (Fn. 80), Art. 21 Rn. 15 m. w. N.

¹⁴¹ Vgl. insofern die Argumentation zu virtuellen Mitgliederversammlungen des OLG Hamm (MMR 2012, 420 f.); s. auch die Nachweise in Fn. 95.

¹⁴² Klein, in: Maunz/Dürig (Fn. 30), Art. 21 Rn. 190.

¹⁴³ Beispiel: <http://wiki.piratenpartei.de/Hauptseite>.

und vor allem Liquid Feedback und Liquid Democracy¹⁴⁵ dem Gewährleistungsbereich des Parteiengrundrechts.

o. Art. 38 GG – Recht auf Internet-Wahlen?

Nach § 31 BWahlG hat die Wahlhandlung öffentlich, d. h. im Wahllokal, zu erfolgen. Zur optimalen Gewährleistung der Allgemeinheit der Wahl, also einer breiten Beteiligungsquote, wurde dennoch in § 36 BWahlG die Möglichkeit der Briefwahl festgeschrieben. In der modernen technisierten Informationsgesellschaft stellt sich insofern die Frage nach einer weiteren Fortentwicklung der Möglichkeiten der Stimmabgabe – E-Voting, Online-Wahl, E-Democracy, Teledemokratie, Cyberdemocracy¹⁴⁶ sind einige der in diesem Zusammenhang genannten Stichworte. Eine Online-Stimmabgabe¹⁴⁷ ist jedoch aufgrund der in §§ 31 ff. BWahlG enthaltenen Vorgaben bislang zumindest einfachgesetzlich ausgeschlossen. Neben der Möglichkeit der Briefwahl sieht § 35 BWahlG lediglich als Option technischer Verfahrensmodernisierung die Stimmabgabe mit Hilfe von Wahlgeräten vor¹⁴⁸. Diese können zur »Erleichterung der Abgabe und Zählung der Stimmen (...) anstelle von Stimmzetteln und Wahlurnen« eingesetzt werden. Diese Wahlform befreit den Wähler aber nicht von der Notwendigkeit, sich in ein Wahllokal zu begeben, wo diese Geräte aufzustellen sind.

Fraglich ist allerdings, ob durch eine einfache Ergänzung der Wahlgesetze auf Bundes- oder Landesebene eine Möglichkeit der Stimmabgabe über das Internet, unabhängig vom Aufenthaltsort des Wahlberechtigten geschaffen werden könnte. Maßstab sind insoweit ausschließlich die verfassungsrechtlichen Grundsätze. Für die Abgeordneten des Deutschen Bundestages – und über Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG auch für die Volksvertretungen in den Ländern, Gemeinden und Gemeindeverbänden – gilt gemäß Art. 38 Abs. 1 GG, dass sie in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl zu wählen sind. Erste Voraussetzung für eine verfassungskonforme Online-Lösung wäre daher zunächst, dass die einzelnen Anforderungen auch technisch abgebildet werden können. Zum einen müsste also sichergestellt sein, dass die Wahlberechtigung auch bei dieser Form der Distanzwahl nachgewiesen wird und die Stimmabgabe pro Wähler nur ein einziges Mal vorgenommen werden kann. Zum anderen muss die Stimme unumkehrbar von den per-

¹⁴⁴ Beispiel: www.csu.de/partei/parteitag/livestream_mitschnitte/index.htm.

¹⁴⁵ Exemplarisch die Diskussion innerhalb der FDP, ob man auf das Liquid Feedback-Tool, welches auch von der Piratenpartei genutzt wird, zurückgreift: <http://forum.fdp-bundesverband.de/read.php?7,1524178>.

¹⁴⁶ Siehe dazu *Karpen*, in: Brenner (Hrsg.), *Der Staat des Grundgesetzes*, Festschrift für P. Badura, 2004, S. 217 (219, 222).

¹⁴⁷ Estland geht (auch) insoweit als Pionier voran.

¹⁴⁸ Das allerdings bereits seit den 1960er Jahren. Vom Einsatz dieser Geräte wurde jedoch nur sehr selten Gebrauch gemacht.

sonenbezogenen Daten des Wählers getrennt werden können, um die geheime Wahl sicherzustellen. Das eingesetzte System müsste darüberhinaus vor Manipulationen oder Infiltration geschützt sein, der Auslastung am jeweiligen Wahltag gewachsen sein und mit einem transparenten, sicheren, der Nachprüfbarkeit offenstehenden Auszählverfahren verknüpft sein¹⁴⁹. Diese hohen Hürden wurden schon vom BVerfG für die nach § 35 BWahlG zugelassenen Wahlgeräte aufgestellt¹⁵⁰; sie dürften erst recht für Wahlhandlungen, die über allgemein zugängliche Netze vermittelt werden, gelten. Neben der Frage, ob diese hohen inhaltlichen Anforderungen mit ausreichender Verlässlichkeit technisch realisiert werden können, ist aber insbesondere umstritten, ob eine Online-Wahl unabhängig davon überhaupt mit den durch Art. 38 Abs. 1 GG postulierten Grundsätzen vereinbar sein kann.

Das BVerfG hat sich bereits kritisch zur Form der Briefwahl als Distanzwahl geäußert und der Wahl im Wahllokal eindeutig normativen Vorrang eingeräumt¹⁵¹. Über die Wahl in der Wahlkabine sollen die verfassungsrechtlich verankerten Wahlgrundsätze sichergestellt werden, indem eine individuell freie und geheim vorzunehmende Wahlentscheidung gewährleistet wird. Jeder Wahlberechtigte soll zwar vor oder nach der eigentlichen Stimmabgabe auf das Wahlgeheimnis verzichten können; im Moment des tatsächlichen Ausfüllens des Stimmzettels soll aber die von jeder Beeinflussung freie Entscheidung ohne Rechtfertigung des geheimen Ankreuzens getroffen werden können¹⁵².

Zielsetzung einer Erweiterung der Möglichkeiten der Stimmabgabe ist einerseits die Erhöhung der Wahlbeteiligung, andererseits gerade auch die Reaktion auf die veränderte Lebenswirklichkeit vieler Bürger. Fordern moderne Arbeitswelt und Staat zunehmende Flexibilität und Mobilität, wirkt das Erfordernis an einem bestimmten Tag an einem bestimmten Ort zu sein (um wählen zu können) – alternativ den herkömmlichen Brief zu nutzen – doch antiquiert.

In der optimalen Verwirklichung der von Art. 38 Abs. 1 GG geforderten Allgemeinheit der Wahl kann man eine aus diesem Grund ggf. gerechtfertigte Wahlmodalitätenlockerung zulasten der Prinzipien der Geheimhaltung und der Freiheit der Wahl sehen, die nach dem BVerfG aber nur in begrenztem Umfang zulässig ist¹⁵³. Zunächst durfte auch die Briefwahl nur unter Angaben von Hinderungsgründen beantragt werden. Da dies effektiv jedoch nicht überprüft wurde, sieht § 14 Abs. 3 BWahlG keine Glaubhaftmachung solcher Gründe mehr vor. Der Briefwähler hat

¹⁴⁹ Zu den erforderlichen technischen Bedingungen *Rüß*, ZRP 2001, 518 (519 ff.); *Karpen*, in: Brenner (Fn. 144), S. 217 (225 f.); *Aden*, KJ 2002, 398 (406 ff.); *Henning/Volkammer/Budurushi*, DÖV 2012, 789 (791 f.).

¹⁵⁰ BVerfGE 123, 39 ff.; dazu *Schiedermaier*, JZ 2009, 572 ff.; *Will*, NVwZ 2009, 700 ff.; *Buchmann/Roßnagel*, K&R 2009, 543 ff.

¹⁵¹ BVerfGE 21, 200 (204 f.).

¹⁵² Vgl. *Buchstein*, ZParl 2000, 886 (897 ff.).

¹⁵³ *Schreiber*, Kommentar zum Bundeswahlgesetz, 8. Aufl. 2009, § 35 Rn. 10.

aber an Eides statt zu versichern, dass die Wahlhandlung persönlich oder ordnungsgemäß durch eine Hilfsperson im Sinne des Wählers stattgefunden hat. Das Risiko unzulässiger Wahlbeeinflussungen und von Verletzungen des Wahlgeheimnisses soll durch den Ausnahmecharakter der Distanzwahl grundsätzlich begrenzt sein.

Die Befürworter¹⁵⁴ einer Online-Stimmabgabe führen an, es sei heutzutage unwahrscheinlich, dass Wähler in signifikanter Anzahl bei einer Online-Stimmabgabe in unzulässiger Weise beeinflusst würden. Zudem könnten durch die technische Variante, dass die Wahlentscheidung innerhalb eines bestimmten Zeitfensters mehrmals geändert werden könne, beeinflusste Wahlentscheidungen korrigiert werden (iterative Wahl)¹⁵⁵. Andere betonen, dass die Online-Wahl allenfalls an die Stelle der Briefwahl als Ausnahme von der Präsenzwahl treten könne; das E-Voting wäre insofern ein zusätzlicher Weg, die Stimme vorab abzugeben¹⁵⁶.

Maßgeblich ist letztlich, ob Art. 38 Abs. 1 GG als klassisches Abwehrrecht zu verstehen ist, das staatliche Eingriffe in die (u. a.) freie und geheime Wahlentscheidung verbietet oder ob es Art. 38 Abs. 1 GG erfordert, dass die verfassungskonforme Stimmabgabe in der Regel staatlicherseits überwacht werden muss, damit die Wahlgrundsätze möglichst optimal verwirklicht werden. Der Wahlakt als Kernstück der repräsentativen Demokratie mag letzteres nahelegen. In jedem Fall hat sich diese Sichtweise in der Entscheidung des BVerfG zur Briefwahl durchgesetzt. Die bequeme Stimmabgabe von zu Hause, weitgehend unabhängig von Zeit und Raum, könnte insofern weiterhin die Ausnahme bleiben müssen. Andererseits hat auch das BVerfG festgestellt, dass sich bei der näheren Ausgestaltung des Wahlrechts nicht jeder Wahlrechtsgrundsatz in voller Reinheit verwirklichen lässt. Dem Gesetzgeber wird vielmehr ein weiterer Gestaltungsspielraum eingeräumt, der lediglich im Bereich der demokratisch grundlegenden Wahlrechtsgleichheit – also des gleichen Zähl- und Erfolgswerts jeder abgegebenen Stimme – stark eingeschränkt ist. Insbesondere bei der Festlegung des Wahlsystems können sich Modifizierungen der Wahlrechtsgrundsätze als notwendig erweisen¹⁵⁷. Die fundamentale Bedeutung des Wahlrechts und der dynamische Charakter des Grundsatzes der Allgemeinheit der Wahl erfordern eine ständige Überprüfung und gegebenenfalls Anpassung der Beschränkungsgründe an die sich ändernden Bedingungen für die Ausübung des Wahlrechts¹⁵⁸. Wie Demokratie ausgeübt wurde, hing immer mit der jeweils verfügbaren Kommunikationstechnik zusammen, denn »Demokratie ist Diskussion«. Weder ging es bei den vorangegangenen Modernisierungsschritten wie der Brief-

¹⁵⁴ Rüß, ZRP 2001, 518 (518).

¹⁵⁵ Bei den estnischen Parlamentswahlen wird in dieser Weise verfahren. Kritisch *Buchstein*, ZParl 2000, 886 (901).

¹⁵⁶ *Buchstein*, ZParl 2000, 886 (900); siehe auch *Aden*, KJ 2002, 398 (407, 408).

¹⁵⁷ *Magiera*, in: Sachs (Fn. 68), Art. 38 Rn. 78 unter Verweis auf BVerfGE 3, 383 (394).

¹⁵⁸ *Magiera*, in: Sachs (Fn. 68), Art. 38 Rn. 82.

wahl noch geht es bei den weiteren zeitgemäßen Bemühungen heute um die »Technisierung der Demokratie«, sondern um die Anpassung der Demokratie an die neuen technischen Rahmenbedingungen¹⁵⁹. Die angedrohten strafrechtlichen Konsequenzen und eine stringente Verfolgung von etwaigen Verstößen gegen die freie und gleiche Wahl durch Nötigung, Täuschung oder Bestechung von Wählern (§§ 108 ff. StGB) oder die Verletzung des Wahlheimnisses (§ 107c StGB) können ebenso wie die Möglichkeit der Wahlanfechtung (§ 49 BWahlG) als zur Umsetzung der aus Art. 38 Abs. 1 GG erwachsenden staatlichen Schutzpflichten ausreichend angesehen werden¹⁶⁰, soweit sich das Ausmaß von Rechtsverletzungen damit gering halten lässt¹⁶¹, zumal auch durch die Präsenzwahl keine absolute Sicherheit der unbeeinflussten Stimmabgabe erreicht werden kann¹⁶². Der Einwand, maßgeblich sei nicht nur die Quantität der Wähler, sondern auch auf die Qualität der Wahlentscheidung (Demokratie brauche Zeit; der Gang zum Wahllokal biete Gelegenheit zur Abkühlung, zum Nachdenken¹⁶³) lassen sich nicht aus den verfassungsrechtlich verbürgten Wahlgrundsätzen ableiten; sie verkehren diese vielmehr in ihr Gegenteil – Schutzobjekt ist bei dieser Sichtweise nicht mehr die freie Wahlentscheidung des Einzelnen, sondern eine staatliche Optimalvorstellung der Stimmabgabe.

Ob und unter welchen Voraussetzungen den Gesetzgeber eine Handlungspflicht trifft, die Möglichkeit einer Online-Stimmabgabe zu schaffen, lässt sich nicht abschließend beantworten¹⁶⁴. Angesichts der zur Zeit noch vorherrschenden Skepsis gegenüber der Datensicherheit im Netz, was sich beispielsweise auch in der längst noch nicht flächendeckenden Nutzung von Online-Banking-Angeboten widerspiegelt, kann sicherlich noch nicht von einer Änderung der Gewohnheiten und Lebensumstände gesprochen werden, die ein Reagieren des Wahlgesetzgebers zwingend erforderlich macht. Sollte es aber perspektivisch ein den Anforderungen des Art. 38 Abs. 1 GG entsprechendes Online-Wahlsystem geben, wäre der individuelle Einsatz durch jeden Wahlberechtigten über die Online-Dimension des Art. 38 Abs. 1 GG geschützt. Hauptunterschied zwischen dem politischen Grundrecht des Art. 38

¹⁵⁹ *Karpen*, in: Brenner (Fn. 144), S. 217 (222): »Weil große Versammlungsräume nicht verfügbar waren, traf man sich auf der Agora [...]. Telegraf, Telefon, die Briefpost führen zu einer Zunahme der Meinungsumfragen, [...], auch zur Briefwahl. [...] Heute sind Fernsehtalkshows zu politischen Themen ebenso wichtig wie die Fernsehduelle der Spitzenkandidaten«.

¹⁶⁰ Von der Vereinbarkeit einer Online-Stimmabgabe mit Art. 38 Abs. 1 GG geht auch *Rüß*, ZRP 2001, 518 (518), aus.

¹⁶¹ Optimistisch insoweit bspw. *Aden*, KJ 2002, 398 (410).

¹⁶² *Aden*, KJ 2002, 398 (410), weist daraufhin, dass auch im Rahmen einer Online-Wahl die persönliche Stimmabgabe an Eides statt versichert werden könne. Fraglich ist allerdings, ob dies erforderlich ist.

¹⁶³ *Bull*, in: Kubicek/Braczyk/Klumpp (Hrsg.), *Multimedia@Verwaltung*, Jahrbuch Telekommunikation und Gesellschaft, 1999, S. 293 (298).

¹⁶⁴ Das BVerfG stellte in einer frühen Entscheidung bspw. fest, dass der Gesetzgeber nicht gezwungen sei, die Möglichkeit der Briefwahl zu schaffen, BVerfGE 12, 139 ff.

Abs. 1 GG und den anderen Freiheitsrechten ist in jedem Fall, dass die Modalitäten der Grundrechtsausübung beim aktiven Wahlrecht dem Wähler aus Schutzerwägungen maßgeblich staatlicherseits vorgegeben werden, während dies ansonsten in der freien Entscheidung des Grundrechtsträgers liegt.

3. Auffangfunktion der allgemeinen Online-Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG

Wie ganz allgemein eine Staatsordnung, die nur *spezielle* Verhaltensweisen schützt, nicht menschenwürdekonform ist, gilt dies auch für die digitale Dimension der Grundrechtsentfaltung. Es gehört zum unantastbaren, auf Art. 1 Abs. 1 GG rückführbaren Bereich des Art. 2 Abs. 1 GG, dass dem Einzelnen eine möglichst umfassende Freiheit gewährleistet wird; er sich also grundsätzlich in jedem beliebigen Verhalten selbst verwirklichen kann. Aus einem so verstandenen Menschenwürdegehalt resultiert nicht der absolute Schutz des gesamten Schutzbereichs des Art. 2 Abs. 1 GG, jedoch muss ein hinreichend großes Betätigungsfeld – auch in der Digitalität des Internets – verbleiben, welches frei von staatlichen Eingriffen und Sanktionen ist. Ansonsten kann Persönlichkeitsentfaltung nicht im menschenwürdeerforderlichen Maß gelingen. Dem Einzelnen muss bei der – mitunter diskutierten¹⁶⁵ – Herausnahme aus dem Schutzbereich, der Sanktionierung oder des Verbots einzelner Verhaltensweisen eine möglichst große Ausweichmöglichkeit erhalten bleiben. Gleiches gilt auch für die positive Schutzgewähr, die dem Einzelnen nicht nur die Mittel für spezielle, typischerweise persönlichkeitsrelevante Aktivitäten, sondern auch für einen engumgrenzten »Auffangbereich« zur Verfügung stellen muss. Jede menschenwürdige Ordnung bedarf also einer allgemeinen (rechtlichen wie tatsächlichen) Freiheitsgarantie¹⁶⁶.

Nur so wird es dem Einzelnen ermöglicht, den praktischen Selbstentwurf nach seinem Willen¹⁶⁷ zu gestalten. Es ist Aufgabe des Art. 2 Abs. 1 GG jenes thematisch nicht vorweg durch andere als den Grundrechtsträger im Schutzbereich bestimmbare Grundrecht zu bilden. Um seiner Würde willen soll er selbst und nicht der Staat entscheiden können, welches Verhalten für seine Persönlichkeitsentwicklung relevant, irrelevant, wichtig oder unwichtig ist und diese Auswahl kann – wenn der in Art. 1 Abs. 1 GG niedergelegte Grundsatz absolut gelten soll – nur effektiv gesi-

¹⁶⁵ Bspw. wird entgegen der h. M. (statt Vieler *Jarass*, in: ders./Pieroth [Fn. 80], Art. 12 Rn. 9 m. w. N.) zum Teil vertreten, dass sozial- und gemeinschaftschädliches Verhalten nicht den Schutzbereich der Berufsfreiheit eröffnet; vgl. *Mann*, in: Sachs (Fn. 68), Art. 12 Rn. 53; *Dietlein*, in: Stern (Hrsg.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. IV/1, 2006, Rn. 1791; zu Versuchen, die Öffentlichkeitssphäre bereits aus dem Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung auszunehmen, Gliederungspunkt **IV. 5. a. aa.**

¹⁶⁶ Ähnlich *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Fn. 30), Art. 2 Rn. 15: »Diese Reservfunktion ist im Grunde auch unentbehrlich, nimmt man das Recht auf Selbstentwurf des Einzelnen ernst«.

¹⁶⁷ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Fn. 30), Art. 2 Rn. 13.

chert werden, wenn dem Einzelnen grundsätzlich jedes Verhalten nicht nur gestattet und ermöglicht wird, sondern er dieses – weil grundrechtlich abgesichert – auch gegenüber dem Staat durchsetzen kann. Ein diesbezüglicher Unterschied, der eine rechtliche Differenzierung begründen könnte zwischen herkömmlichen Verhaltensweisen und der Persönlichkeitsentfaltung im Netz, die zunehmend an Bedeutung gewinnt, ist nicht erkennbar. Unabhängig von der staatlichen Möglichkeit, diese – für den Einzelnen persönlichkeitsprägenden Tätigkeiten – auf der Einschränkungsebene anders zu bewerten, nähme eine Rechtsordnung, die einzelnen Verhaltensweisen »a limine als zu banal« den grundrechtlichen Schutz abspräche, den Menschen nicht ernst, sie wäre »präzeptoral«¹⁶⁸ und stünde zu Art. 1 Abs. 1 GG im Widerspruch.

Einerseits wird also von Art. 2 Abs. 1 GG das inhaltsneutrale Zugangsrecht (»das Recht, sich einzuwählen«) geschützt, andererseits aber auch alle aktiven Handlungsweisen im Netz, denen der Bezug zu einem speziellen Freiheitsrecht fehlt. Art. 2 Abs. 1 GG will eine umfassende Persönlichkeitsentfaltung grundrechtlich garantieren. Welche Entfaltungswege, ob medial, kommunikativ oder Ähnliches, genutzt werden, bleibt unerheblich. Vielmehr ist jede Form der aktiven Entfaltung vom Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit umfasst. Die digitale Handlungsfreiheit ist ein nicht weg zu denkender Bestandteil der aus Art. 2 Abs. 1 GG erwachsenden Grundrechtsgarantie. Das Internet wird zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen eingesetzt, ebenso bildet es Teilbereiche des gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Lebens ab. Das Internet, der Zugang zu diesem bzw. das Agieren innerhalb desselben bestimmen das Leben des Durchschnittsbürgers in der gegenwärtigen Gesellschaft insofern, als es die infrastrukturellen Voraussetzungen einer zeitgemäßen, dem Stand der Zivilisation entsprechenden Persönlichkeitsentfaltung sicherstellt.

4. Schutzrichtung der Online-Grundrechte

Hinsichtlich der Schutzrichtungen entsprechen die Online-Grundrechte – da es sich um die digitale Dimension der speziellen und der Auffanggrundrechte handelt – der herkömmlichen Grundrechtsanwendung. Dies bedeutet, dass auch in diesem Zusammenhang die Eigenschaft als liberales freiheitliches Abwehrrecht im Mittelpunkt steht. Die Freiheit des Einzelnen soll demnach in erster Linie vor staatlichen Eingriffen bewahrt werden, indem jeder staatliche Eingriff verfassungsrechtlich einem besonderen¹⁶⁹ oder allgemeinen¹⁷⁰ Rechtfertigungserfordernis unterworfen wird. Die Abwehrfunktion schützt vor inhaltsbezogenen Maßnahmen des Staates, also vor dem Zugriff auf bestimmte Handlungsweisen im Netz, während der in-

¹⁶⁸ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Fn. 30), Art. 2 Rn. 14, mit dem Beispiel des Taubenfütterns.

¹⁶⁹ Bspw. in Form eines qualifizierten Gesetzesvorbehalts, vgl. Art. 6 Abs. 3, Art. 8 Abs. 2, Art. 11 Abs. 2 oder Art. 13 Abs. 2, 7 GG.

¹⁷⁰ Bspw. in Form eines einfachen Gesetzesvorbehalts wie in Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG.

haltsneutrale Zugang zum Netz zwar auch in den Gewährleistungsgehalt des Art. 2 Abs. 1 GG fällt, dies aber in seiner Ausprägung als »Recht auf Internet«.

Des Weiteren ist zu beachten, dass die digitale Dimension der Grundrechte vor allem dann relevant wird, wenn internetspezifische Maßnahmen bewertet werden sollen. Diese Internetspezifität kann sich entweder daraus ergeben, dass Handlungsweisen reglementiert werden, die ohnehin nur im Netz stattfinden. Alternativ ist es denkbar, dass eine auch in der analogen Welt mögliche Aktivität nur hinsichtlich ihrer Realisierung im Netz erfasst wird. Handelt es sich hingegen um modalitätsneutrale Eingriffe in die Grundrechte, die unabhängig davon sind, ob die Handlungsweise im Netz oder herkömmlich vollzogen wird, ist nicht ausschließlich die digitale Dimension betroffen¹⁷¹.

Staatliche Gewährleistungspflichten im Sinne der objektiven Bedeutung der Grundrechte sind bezogen auf Inhalte nur schwer vorstellbar, sie betreffen eher – ausgehend vom Recht auf Internet – den zunächst inhaltsneutralen technischen Zugang¹⁷². Demgegenüber zwingt aber die staatliche Schutzpflicht, bspw. aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht oder dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung, den Staat dazu, den Bedrohungen dieser Rechtspositionen durch andere private – insbesondere marktstarke – Akteure entgegenzutreten bzw. adäquate Schutzmaßnahmen, sei es präventiver, reglementierender oder strafrechtlicher Art, zu ergreifen. Schließlich ist auch der leistungsrechtliche Gehalt der Grundrechte vorrangig auf den technischen Zugang und nicht auf bestimmte Inhalte bezogen; soweit auch die zur sozio-kulturellen Teilhabe erforderlichen Mittel von einem Leistungsanspruch abgedeckt werden, ist dieser Anspruch aber modalitätsneutral¹⁷³.

5. Ergänzender Schutz des Online-Verhaltens

Der Schutz der aktiven Entfaltung im Netz wäre jedoch lückenhaft, wenn nicht auch die dadurch generierten Daten und die aus der Entfaltung resultierende Online-Persönlichkeit ihrerseits (passiv) abgesichert wären (a.). Gleiches gilt für die Infrastrukturen und technischen Systeme, auf denen sich die Online-Entfaltung vollzieht, die nämlich anders als »analoge« Verhaltensweisen zwingend auf solche angewiesen ist (b.). Schließlich wird zu bewerten sein, ob auch das Grundrecht auf Achtung und Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums seinerseits ergänzende Schutzwirkungen entfalten kann (c.), wobei dieser Aspekt bereits starke Bezüge und Schnittmengen zum technischen Recht auf Internet aufweist.

¹⁷¹ Zu dieser Abgrenzung auch Gliederungspunkt VI.

¹⁷² Zur Abgrenzung von inhalts- und modalitätsneutralen Elementen des Grundrechts auf Gewährleistung und Achtung des menschenwürdigen Existenzminimums Gliederungspunkt IV. 5. c.

¹⁷³ Dazu sogleich Gliederungspunkt IV. 5. c.

a. Passivschutz

Unter dem Aspekt des Passivschutzes, der ebenfalls von Art. 2 Abs. 1 GG in Form des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vermittelt wird¹⁷⁴, ist zunächst dem Schutz der nutzergenerierten Datensätze, der »Spuren«, die notwendigerweise im Netz hinterlassen werden, nachzugehen (aa.), der als Teilelement des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung weitgehend anerkannt ist. Demgegenüber wird ein digitales Persönlichkeitsrecht (bb.), also die Existenz einer solchen Online-Persönlichkeit, in der Auseinandersetzung mit dem grundrechtlichen Schutz des Handelns im Internet nur selten diskutiert.

aa. Recht auf informationelle Selbstbestimmung sowie am eigenen Bild und am eigenen Wort

Das in der Rechtsprechung des BVerfG entwickelte Recht auf informationelle Selbstbestimmung beinhaltet die Befugnis des Einzelnen, über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten grundsätzlich selbst zu bestimmen¹⁷⁵. Es ist Teilelement des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Über den durch die Kriterien der Unmittelbarkeit und Finalität geprägten klassischen Eingriffsbegriff hinaus schützt es vor jeder Form der Erhebung, schlichten Kenntnisnahme, Speicherung, Verwendung, Weitergabe oder Veröffentlichung von individualisierten oder individualisierbaren Informationen¹⁷⁶. Da auch das eigene im Internet oder anderswo gesprochene oder geschriebene Wort als personenbezogenes Datum anzusehen ist, sind diese beiden – in der Rechtsprechung anerkannten Rechtspositionen¹⁷⁷ – nicht nur ein Unterfall des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, sondern im Speziellen auch des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung¹⁷⁸. Gleiches gilt für das Recht am eigenen Bild¹⁷⁹. Insofern werden zahlreiche Aspekte des Handelns im Internet, vorrangig in sozialen Netzwerken und anderen Web 2.0-Anwendungen¹⁸⁰, die auf sog. nutzergenerierten Inhalten basieren, bzw. die durch dieses Verhalten generierten Daten vom Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung erfasst. Dies beginnt bereits bei der Tatsache, dass jemand überhaupt einen Account bei einem bestimmten Netzwerk besitzt, geht über die sog. Bestandsdaten (also in der Regel Benutzername, E-Mail-Adresse, Passwort,

¹⁷⁴ Eines zusätzlichen Rückgriffs auf Art. 1 Abs. 1 GG bedarf es nicht; s. dazu *Luch* (Fn. 41), S. 75 ff.; ausführlich auch *Britz*, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, 2007.

¹⁷⁵ Grundlegend BVerfGE 65, 1 (43).

¹⁷⁶ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Fn. 30), Art. 2 Rn. 176.

¹⁷⁷ Statt vieler *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Fn. 30), Art. 2 Rn. 196 ff. m. w. N.

¹⁷⁸ *Schulz* (Fn. 49), S. 484 f.

¹⁷⁹ *Schulz* (Fn. 49), S. 482 f.

¹⁸⁰ Ausführlich Schliesky/Schulz (Hrsg.), *Transparenz, Partizipation, Kollaboration – Web. 2.0 für die öffentliche Verwaltung*, 2011.

Geburtsdatum etc.) und reicht bis zu den sog. nutzergenerierten Inhalten¹⁸¹, also vor allem Bilder, Statusmeldungen, Informationen zu Freundschafts- und Verwandtschaftsbeziehungen. Darüberhinaus zählen hierzu die unwillkürlich oder unbemerkt hinterlassenen Daten wie Cookies und andere Netzspuren, die es ermöglichen, das Internetverhalten des Einzelnen nachzuvollziehen.

Der Einbeziehung dieser Daten in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG steht auch nicht generell der Öffentlichkeitsbezug entgegen, auch wenn zum Teil argumentiert wird, die sog. Öffentlichkeitsphäre sei ein grundrechtlich nur eingeschränkt schützenswerter Bereich, da dort mit Beobachtungen zu rechnen sei. Dies ergebe ein Vergleich mit der analogen Welt¹⁸²: Auch die Streifenfahrt sei nicht als Grundrechtseingriff zu werten¹⁸³. Gegen eine solche Sichtweise spricht aber der Umstand, dass es auch im Kontext der Beobachtung des (analogen) öffentlichen Raums auf die konkrete staatliche Maßnahme ankommt. So wird der Eingriffscharakter von Videobeobachtungen kaum noch bestritten¹⁸⁴. Weiterhin sind in der analogen Welt tatsächlich »öffentliche« Räume denkbar¹⁸⁵ – dies ist im Internet gerade nicht der Fall. Es gibt keine den Straßen vergleichbare Internetseiten, vielmehr befindet sich derjenige, der sich im Internet bewegt, in der Regel auf privat betriebenen Homepages, deren Betreibern ein virtuelles Hausrecht zukommt¹⁸⁶. Und schließlich zeigt das allgemeine Persönlichkeitsrecht, für das vom BVerfG die sog. Sphärentheorie entwickelt wurde¹⁸⁷, dass der Öffentlichkeitsbezug allenfalls ein Abwägungstopos im Rahmen der Rechtfertigung ist und den Schutz nicht *per se* ausschließt¹⁸⁸.

bb. Digitales Persönlichkeitsrecht – Schutz der »Online-Identität«

Veranschaulicht man sich die Schutzrichtungen des Jedermann-Freiheitsrechts in Art. 2 Abs. 1 GG, ist zu differenzieren: Die weit formulierte Grundrechtsbestimmung enthält zwei Komponenten – die »freie Entfaltung« steht für den Aktivitätsschutz der Person und damit für die allgemeine Handlungsfreiheit; der Begriff der

¹⁸¹ Ausführlich Große Ruse-Khan (Hrsg.), *Nutzergenerierte Inhalte als Gegenstand des Privatrechts: aktuelle Probleme des Web 2.0*, 2009.

¹⁸² So *Ger mann*, *Gefahrabwehr und Strafverfolgung im Internet*, 2000, S. 512.

¹⁸³ Statt vieler *Gusy*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 7. Aufl. 2009, Rn. 165.

¹⁸⁴ *Gusy* (Fn. 181), Rn. 214 ff.; *Petri*, in: *Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts*, 4. Aufl. 2007, H Rn. 193 ff. m. w. N.

¹⁸⁵ Ausführlich zur »räumlichen« Dimension der Grundrechte und zum Erfordernis öffentlicher Räume als Korrelat zahlreicher Grundrechtsverbürgungen *Ernst*, in: *Schliesky/Ernst/Schulz* (Fn. 1), S. 79 ff.

¹⁸⁶ Zum »virtuellen Hausrecht« *Karavas*, *Digitale Grundrechte*, 2007, S. 18 ff.; *Maume*, *MMR* 2007, 620 ff.; *Schmidl*, *K&R* 2006, 563 ff.; *Redeker*, *CR* 2007, 265 ff.

¹⁸⁷ Ausführlich zur Sphärentheorie *Luch* (Fn. 41), S. 42 ff. m. w. N.

¹⁸⁸ So *Luch* (Fn. 41), S. 73; zum Polizeirecht allgemein *Petri* (Fn. 182), Rn. 19, zum Internet Rn. 154.

»Persönlichkeit« bildet demgegenüber den Passivschutz ab¹⁸⁹. Es wird damit die persönliche Integrität gewährleistet. Insgesamt kann zur dogmatischen Abgrenzung von einem durch Art. 2 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als allgemeines Persönlichkeitsrecht vermittelten Passivschutz gesprochen werden. Das aktive Tun und Entfalten des Einzelnen wird in jeder Hinsicht durch das Auffanggrundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit geschützt, während das allgemeine Persönlichkeitsrecht den Schutz der Person selbst – ihrer Identität, ihrer hinterlassenen Spuren und Selbstdarstellung – bedeutet.

Ein Konkurrenzverhältnis zwischen Persönlichkeitsrecht sowie seinen speziellen (nunmehr allgemein anerkannten oder auch neu entdeckten) Ausprägungen, bspw. dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung oder dem IT-Grundrecht, und der allgemeinen Handlungsfreiheit ist nicht denkbar. Sie stehen sich vielmehr in einem Ausschließlichkeitsverhältnis gegenüber¹⁹⁰. Dabei entsteht ein interessantes Gegenseitigkeitsverhältnis: Aktivitätsschutz beruht auf Integritätsschutz¹⁹¹. Die allgemeine Handlungsfreiheit ist ohne das Fundament des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ebenso nicht zu verwirklichen wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht dauerhaft nicht ohne die allgemeine Handlungsfreiheit genutzt werden kann¹⁹².

Dies gilt auch und gerade in der virtualisierten Welt: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht übernimmt in der digitalen Welt den Schutz der Online-Identität. Der Einzelne entfaltet durch seine Aktivität im Internet seine Persönlichkeit auch über das Medium des World Wide Web. Insbesondere soziale Netzwerke machen in der Bandbreite der Aktivitätsmöglichkeiten deutlich, dass hier viele persönlichkeitsrelevante Handlungen vorgenommen werden. Vielerorts finden Meinungsbekundungen oder Diskussionen statt; Informationen werden ausgetauscht oder kundgetan. Die persönliche Selbstdarstellung in Form von Berichten oder Bildern eigener Erlebnisse wird ermöglicht. Das berufliche Wirken ist über das Werbemedium Internet, den direkten Kundenkontakt oder die Online-Recherchertools sichergestellt. Nachzeichnende Bewegungsprofile durch Ortsangaben gewähren Einblick in das private oder öffentliche Tun des Einzelnen und erlauben eine andere Art der Selbstdarstellung und -verwirklichung als in der unmittelbaren Kommunikation. Zum einen werden weltweite Distanzen ebenso leicht überwunden wie der Gang in die Nachbarschaft; zum anderen kann mühe- und kostenlos per Mausclick ein unüberschaubarer Verbreitungsgrad erzielt werden. Diese Offenbarung, auch an eine unüberschaubare Internet-Community, ist nicht automatisch gleichbedeutend mit einem antizipierten Einverständnis in die staatliche oder anderweitige Kennt-

¹⁸⁹ Luch (Fn. 41), S. 86 f.

¹⁹⁰ Dazu Näheres Luch (Fn. 41), S. 203 ff.

¹⁹¹ Dreier, in: ders. (Fn. 42), Art. 2 I Rn. 25; so auch Stein/Frank, Staatsrecht, 19. Aufl. 2004, S. 250; Termini nach Schwerdtner, Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung, 1977, S. 93; aufgegriffen von Laufs/Reiling, NJW 1994, 776.

¹⁹² Luch (Fn. 41), S. 86 f.

nisnahme. Vielmehr ist auch der – unvernünftige – Umgang mit persönlichen Daten grundrechtlicher Freiheitsgebrauch, dessen Inanspruchnahme zu respektieren ist¹⁹³.

Anzuerkennen ist auch, dass dieses Verhalten identitätsstiftend oder -prägend sein kann. Manche Kontakte, ob zu Kunden oder privaten Bekannten, werden ausschließlich über das Netz via Internettelefonie, Chats oder Foren gepflegt. Profile, die im Auftrag potenzieller Arbeitgeber über Bewerber erstellt werden, können nicht anders als Online-Persönlichkeitsprofile überschrieben werden. Die Existenz einer – auch rechtlichen Kategorie – einer Online-Persönlichkeit und somit auch eines Online-Persönlichkeitsrechts kann daher nicht (mehr) bestritten werden, wobei auf eine Besonderheit hingewiesen werden soll: während sich im herkömmlichen Verständnis Persönlichkeit und Persönlichkeits*entfaltung* gegenseitig bedingen, ohne dass definitiv gesagt werden könnte, welches Element der Ausgangspunkt dieses Abhängigkeitsverhältnisses ist¹⁹⁴, stellt sich dies bei der digitalen Persönlichkeit bzw. Identität anders dar. Diese entsteht erst aufgrund konkreter aktiver (digitaler) Handlungsweisen im Sinne der Persönlichkeitsentfaltung.

Die Online-Identität ist zudem stets untrennbar mit der »Offline-Persönlichkeit« des Einzelnen verknüpft. Auch aufgrund der Anonymität des Internets durch Übertreibungen oder Unwahrheiten erschaffene Profile bzw. Identitäten sind selbstverständlich lediglich als Teil der Persönlichkeit der dahinter stehenden realen Person Gegenstand des Schutzbereichs des allgemeinen Persönlichkeitsrechts¹⁹⁵. Letztlich verhält es sich im (Schutz-)Bereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht anders als hinsichtlich der Gewährleistungsgehalte der anderen Grundrechte. Auch hier besteht eine Online-Dimension, die sich in jeder Einzelausprägung oder jedem denkbaren Teilgehalt¹⁹⁶ des allgemeinen Persönlichkeitsrechts – ob hinsichtlich des Rechts am eigenen Wort, des Rechts auf Schutz der persönlichen Ehre oder auch des Rechts auf Resozialisierung – realisiert.

b. Schutz von Infrastruktur und Übermittlungsdiensten

Eine Besonderheit der Online-Freiheiten ist, dass diese zwingend auf einer spezifischen Infrastruktur basieren. Wird der grundrechtliche Schutz nicht auch auf diese und auf das Vorfeld von Eingriffen im Sinne einer Gefährdung ausgedehnt, könnte es zu Schutzlücken kommen, die letztlich wieder zulasten von Online-Handlungs-

¹⁹³ Schulz, DuD 2009, 601 (604).

¹⁹⁴ Ausgehend vom Menschenbild des Grundgesetzes und Art. 1 Abs. 1 GG wird man den Ausgangspunkt im rechtlichen Sinn wohl bei der Persönlichkeit sehen müssen.

¹⁹⁵ Erst im Rahmen der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs ist auf den Umstand der Unwahrheit für die Bewertung der Schutzbedürftigkeit abzustellen; für die Frage der Schutzbereichseröffnung spielt dies hingegen keine Rolle.

¹⁹⁶ Zu den Kategorien der Einzelausprägungen sowie benannte und unbenannte Teilgehalte siehe Luch (Fn. 41), S. 96 ff.

freiheit und digitalem Persönlichkeitsrecht gehen. Insofern bestehen weitgehende Parallelen zwischen dem Schutz der Vertraulichkeit der Telekommunikation im Allgemeinen – vermittelt durch Art. 10 Abs. 1 GG – und von informationstechnischen Systemen im Allgemeinen.

aa. Schutz der Kommunikationsinfrastruktur über Art. 10 GG

Nutzer des Internets können sich auch auf den Schutz von Art. 10 GG berufen. Das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis will die freie Entfaltung der Persönlichkeit durch einen privaten Austausch von Informationen gewährleisten¹⁹⁷. Da der Einzelne die von ihm genutzten Kommunikationsmittel nicht vollständig beherrschen kann¹⁹⁸ und auf die Einschaltung von dritter Seite betriebener Infrastruktur angewiesen ist, ergibt sich ein besonderes Risiko für nicht legitimierte Zugriffe. Dem daraus resultierenden gesteigerten Schutzbedürfnis trägt Art. 10 GG durch besondere Zugriffsschranken Rechnung¹⁹⁹. Art. 10 GG schützt deshalb die Vertraulichkeit und Integrität von Kommunikationsmedien. Es erfolgt eine Verlagerung der Schutzwirkungen auf das Vorfeld der eigentlichen Kommunikation im Sinne eines Systemschutzes – nämlich auf die hierzu notwendigen Infrastrukturen.

Vom Schutz des Art. 10 GG sind neben dem nach h. M. auch geschützten Inhalt ebenfalls die Art und Weise bzw. die Umstände der Kommunikation erfasst²⁰⁰. Diese erweiterte Schutzwirkung liegt darin begründet, dass bereits aus den bloßen Kommunikationsumständen, unabhängig vom Inhalt, Folgerungen gezogen werden können. Aufgrund der Entwicklungsoffenheit des Grundrechts ist nicht nur die Kommunikation mittels traditioneller Medien erfasst, sondern jegliche Kommunikation mittels der jeweils verfügbaren Telekommunikationstechniken²⁰¹. Damit sind neben herkömmlichen E-Mails auch Nachrichten geschützt, die innerhalb eines sozialen Netzwerks versendet und empfangen werden. Gleiches gilt für dort stattfindende Echtzeit-Kommunikation, bspw. im Rahmen von Chats oder Videokonferenzen, darüberhinaus aber auch für »Verbindungsdaten«, also bspw. den Umstand, von welcher IP-Adresse²⁰² zu welchem Zeitpunkt auf ein bestimmtes Profil eines sozialen Netzwerkes zugegriffen wurde.

¹⁹⁷ BVerfGE 67, 157 (171); 106, 28 (35 f.); 110, 33 (53); 124, 43 (54).

¹⁹⁸ Die (fehlende) Beherrschbarkeit »informationstechnischer Systeme« war auch Hintergrund der Ausdehnung des grundrechtlichen Schutzes auf deren »Vertraulichkeit und Integrität«; dazu sogleich unter Gliederungspunkt IV. 5. c.

¹⁹⁹ BVerfGE 85, 386 (396); 106, 28 (36); 115, 166 (184); *Hermes*, in: Dreier (Fn. 42), Art. 10 Rn. 15, 56.

²⁰⁰ *Jarass*, in: ders./Pieroth (Fn. 80), Art. 10 Rn. 9; *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 10 Rn. 24.

²⁰¹ BVerfGE 46, 120 (144); 115, 166 (182).

²⁰² Überblick zur Personenbezogenheit von IP-Adressen bei *Krüger/Maucher*, MMR 2011, 433 ff.

Beschränkt wird der durch Art. 10 GG gewährte Schutz durch die Eingrenzung auf Inhalte und Umstände der *laufenden* Kommunikation. Nicht erfasst sind solche Inhalte und Umstände, die sich nach Abschluss des Kommunikationsvorgangs im Herrschaftsbereich des Nutzers befinden²⁰³. Dies führt bei herkömmlichen E-Mails dazu, dass diese nach dem Herunterladen auf ein lokales Endgerät nicht mehr dem Schutz von Art. 10 GG, sondern lediglich dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung bzw. dem Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme unterliegen²⁰⁴. Dieser Ansicht ist zuzustimmen.

Demgegenüber überzeugt die Auffassung des BVerfG, dass E-Mails (genauer: deren Inhalt) auch weiterhin von Art. 10 GG erfasst werden, solange sie sich auf den Servern von Providern befinden²⁰⁵, nur mit einer Einschränkung. Zum einen ist gleichgültig, ob die E-Mails nur zwischen- oder endgespeichert sind, und zum anderen, ob sie bereits gelesen wurden oder nicht. Begründet wird dieses Ergebnis richtigerweise damit, dass die Nutzer an einem Beherrschbarkeitsdefizit leiden, wenn sich die Nachrichten auf physisch entfernten Servern befinden, was angesichts der Entwicklungen hin zum Cloud Computing²⁰⁶ zunehmen wird. Da bspw. auch in den sozialen Netzwerken klassischer Weise die Nachrichten nicht auf das eigene Endgerät heruntergeladen werden, führt die Rechtsprechung des BVerfG dazu, dass alle Nachrichten, die innerhalb eines sozialen Netzwerks versendet und empfangen werden und anschließend im eigenen Nutzerkonto abrufbar sind, stets als »laufende Kommunikation« betrachtet werden müssen und dem Schutz von Art. 10 GG unterliegen. Allerdings ist die Wirkung des Art. 10 GG – wie auch diejenige des Art. 13 Abs. 1 GG und die des Art. 2 Abs. 1 GG in Form des Grundrechts auf Gewährleistung der Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme – auf das System selbst und somit auf den Schutz vor Beeinträchtigungen der Integrität und Vertraulichkeit der Kommunikationsinfrastruktur beschränkt.

²⁰³ BVerfGE 115, 166 (183 ff.); 120, 274 (307 f.); *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 25. Aufl. 2009, Rn. 838.

²⁰⁴ Vgl. zur Abgrenzung *Luch*, MMR 2011, 75 (76 f.); ausführlich *Hoffmann*, Die Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität elektronischer Daten- und Dokumentensafes, 2012, S. 89 ff.

²⁰⁵ BVerfGE 124, 43 ff.; dazu *Härting*, CR 2009, 581 ff.; *Krüger*, MMR 2009, 680 ff.; *Hoppe/Braun*, MMR 2010, 80 ff.; *Klein*, NJW 2009, 2996 ff.

²⁰⁶ Unter Cloud Computing versteht man die gemeinsame Nutzung von Hard- und Software- sowie Rechenkapazitäten, die nicht mehr lokalisierbar, sondern weltweit auf verschiedenen Servern nachfrage- und einzelfallabhängig zur Verfügung gestellt werden, durch verschiedene Organisationseinheiten; zu Einsatzoptionen für die öffentliche Verwaltung *Schulz*, MMR 2010, 75 ff.; *ders.*, VM 2010, 36 ff.

	Daten / Inhalte	Infrastruktur
Räumliche Infrastruktur	Art. 2 Abs. 1 GG (ggf. beim Menschenwürdegehalt i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG)	Art. 13 Abs. 1 GG Begrenzung des Systemschutzes auf Wohnräume
Telekommunikationsinfrastrukturen	Art. 2 Abs. 1 GG (ggf. beim Menschenwürdegehalt i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG)	Art. 10 Abs. 1 GG Begrenzung des Systemschutzes auf die Kommunikation zwischen zwei Personen
Computerinfrastruktur	Art. 2 Abs. 1 GG (ggf. beim Menschenwürdegehalt i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG)	Art. 2 Abs. 1 GG (Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme) Begrenzung des Systemschutzes auf komplexe Systeme, die auch personenbezogene Daten enthalten)

Eine Auslegung, die den Schutz des Art. 10 GG auch auf den Inhalt der Kommunikation bezieht, mag zwar dem Schutzbedarf derartiger Nachrichten gerecht werden, führt aber dazu, dass der grundrechtliche Schutz von der technischen Ausgestaltung und zum Teil von Zufälligkeiten abhängig wäre. So müssten Daten- und Dokumentensafes bzw. Clouds, die eine Freigabe vorsehen und damit den erforderlichen potenziellen Kommunikationsbezug aufweisen, von solchen abgegrenzt werden, deren Inhalte ausschließlich dem Nutzer zur Verfügung stehen sollen. Zielführender erscheint es zwischen den geschützten Inhalten (die immer dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung unterliegen) und der geschützten Infrastruktur im Sinne eines Systemschutzes zu differenzieren. Dieser wird entweder von Art. 10 GG (im Falle des Kommunikationsbezugs) oder von Art. 2 Abs. 1 GG in Form des Rechts auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme vermittelt. Angesichts der Vorfeldwirkungen dieser beiden Ausprägungen von Systemschutz müssen Eingriffe an beiden Grundrechten, die in Idealkonkurrenz nebeneinander stehen (da unterschiedliche Schutzobjekte erfasst werden), gemessen werden, zumal ohne Beeinträchtigung der Integrität von Infrastruktur bzw. System kein Zugriff auf die personenbezogenen Daten möglich ist. Umgekehrt hat aber nicht jede Integritätsbeeinträchtigung zugleich auch die Erhebung personenbezogener Daten zum Gegenstand. Diese Sichtweise steht zudem in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BVerfG zum absolut geschützten Kernbereich, der sich unabhängig vom Systemschutz – sei er aus Art. 10, 2 Abs. 1 oder auch Art. 13 GG ableitbar – mit den erhobenen Inhalten rechtfertigen lässt und daher seine Grundlage in Art. 2 Abs. 1 GG, ggf. in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG findet.

bb. Schutz der Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme

Eine vergleichbare Funktion erfüllt seit der Entscheidung des BVerfG zur Online-Durchsuchung das Grundrecht auf Gewährleistung der Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme²⁰⁷. Auch hier findet im Interesse der auf diesen Systemen befindlichen (personenbezogenen) Daten eine Vorverlagerung der Schutzwirkungen der Grundrechte auf die Infrastruktur selbst statt. Nach dem BVerfG wird der Schutzbereich des IT-Grundrechts mit dem Interesse des Nutzers umschrieben, dass die von einem (vom Schutzbereich erfassten) informationstechnischen System erzeugten, verarbeiteten und gespeicherten Daten vertraulich bleiben. Ein Eingriff sei zudem anzunehmen, wenn die Integrität des Systems angegriffen wird, indem auf das System so zugegriffen wird, dass dessen Leistungen, Funktionen und Speicherinhalte durch Dritte genutzt werden können; dann sei die entscheidende Hürde für eine Ausspähung, Überwachung und Manipulation des Systems genommen.

Die Ausführungen des Gerichts legen nahe, dass das Recht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme zwei Komponenten aufweist. Der Bestandteil der Vertraulichkeit spiegelt jedoch lediglich eine subjektive Erwartungshaltung wider – die im System vorzufindenden Daten sollen vertraulich bleiben. Das Grundrecht macht so Eingriffe in die Vertraulichkeitserwartung des Berechtigten rechtfertigungsbedürftig, mit denen zugleich ein Eingriff in die Integrität eines Systems verbunden ist. Die Beeinträchtigung der Integrität ist nämlich die entscheidende Hürde für einen unberechtigten Zugriff auf einzelne oder eine Vielzahl von – über das Recht auf informationelle Selbstbestimmung geschützten – Daten. Aus dem Eingriff in die Integrität erwächst eine unmittelbare Gefährdung der vertraulichen Daten; die Infiltration des informationstechnischen Systems überschreitet die Schwelle zum »Jetzt geht's los«, die ein konkretes Schutzbedürfnis auslöst (und rechtfertigt). Die Phase vor einem konkreten Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung – mithin die Persönlichkeitsgefährdung – wird über die Vertraulichkeitserwartung Bestandteil des grundrechtlichen Schutzes²⁰⁸.

Das IT-Grundrecht bringt damit einen Systemschutz zum Ausdruck; die für unterschiedliche Lebensbereiche genutzten informationstechnischen Systeme müssen in ihrer unübersehbaren Komplexität und ohne ausreichende Möglichkeit für die Mehrzahl der Bevölkerung, wirksam Selbstschutzmaßnahmen zu ergreifen, (prä-

²⁰⁷ BVerfGE 120, 274 ff.; zur umfangreichen Lit. vgl. nur: *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, 1009 ff.; *Volkmann*, DVBl 2008, 590 ff.; *Kutscha*, NJW 2008, 1042 ff.; *Britz*, DÖV 2008, 411 ff.; *Hornung*, CR 2008, 299 ff.; *Bartsch*, CR 2008, 613 ff.; *Stögmüller*, CR 2008, 435 ff.; *Heckmann*, in: Kluth u. a. (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stober, 2008, S. 615 ff.; umfassend Roggan (Hrsg.), *Online-Durchsuchung*, 2008; *Bäcker*, in: Rensen/Brink (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 2009, S. 99 ff.; zur mglw. weitaus relevanteren objektiven Schutzdimension des Grundrechts die Nachweise in Fn. 227.

²⁰⁸ Zum Ganzen *Luch*, MMR 2011, 75 ff.

ventiv) geschützt werden, um ein abstraktes Vertrauen in die Integrität und damit letztlich die Vertraulichkeit zu schaffen, damit nicht erst (repressiv) auf den Schutz der einzelnen Daten über das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und seine Durchsetzung vertraut werden muss. Die subjektive Vertraulichkeitserwartung des Systemnutzers entspricht der objektiven Integrität des Systems. Die Integrität des Systems wird über die Vertraulichkeitserwartung subjektiviert²⁰⁹.

Hinsichtlich des Schutzbereichs führt das BVerfG aus: »Das Grundrecht auf Gewährleistung der Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme ist [...] anzuwenden, wenn die Eingriffsermächtigung Systeme erfasst, die allein oder in ihrer technischen Vernetzung personenbezogene Daten des Betroffenen in einem Umfang und in einer Vielfalt enthalten können, dass ein Zugriff auf das System es ermöglicht, einen Einblick in wesentliche Teile der Lebensgestaltung einer Person zu gewinnen oder gar ein aussagekräftiges Bild der Persönlichkeit zu erhalten. Eine solche Möglichkeit besteht etwa bei Zugriff auf PC [...] oder auf solche Mobiltelefone oder elektronische Terminkalender, die über einen großen Funktionsumfang verfügen und personenbezogene Daten vielfältiger Art erfassen und speichern können«²¹⁰. Zusammengefasst existieren also drei Merkmale, die für die Eröffnung des Schutzbereichs des Rechts auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme feststellbar sein müssen²¹¹:

- die Komplexität des Systems,
- der Persönlichkeitsbezug der enthaltenen Daten sowie
- die Datenhoheit des Betroffenen²¹², in diesem Zusammenhang gleichbedeutend mit einer *berechtigten* Vertraulichkeitserwartung²¹³.

Ein komplexes System liegt vor, wenn das System entweder selbst eine Datenfülle aufweist, die einen tiefen Einblick in die persönlichen Lebensverhältnisse Einzelner zulässt, oder die Vernetzung des Systems mit anderen Datenpools im Fall der Infiltration des einen einen Einblick in dieser Intensität ermöglicht. Dies wird vor allem bei der Infiltration von Geräten der Fall sein, die als Zugangsmöglichkeit zu extern – bspw. in der Cloud – gespeicherten Daten genutzt werden können. Letztlich geht es bei dem aus dem Persönlichkeitsrecht hergeleiteten informationellen Selbstbestimmungsschutz stets um den Schutz vor der Bündelung vielfältiger – möglicherweise einzeln betrachtet belangloser – Daten zu umfassenden Persönlichkeitsprofi-

²⁰⁹ Luch, MMR 2011, 75 (75).

²¹⁰ BVerfGE 120, 274 (315).

²¹¹ Dazu auch Luch, in: Schliesky (Fn. 36), S. 137 ff.; zum Schutzbereich ausführlich Hoffmann (Fn. 202), S. 76 ff.

²¹² Zur »Datenhoheit« im veränderten Kommunikationsumfeld demnächst ausführlich Bosesky/Hoffmann/Schulz, DuD 2013, 95 ff.

²¹³ Luch, MMR 2011, 75 (76).

len. Von daher meint die Komplexität des Systems nicht, dass der Systemzugriff nur mit erheblichem Aufwand möglich sein darf²¹⁴ – Komplexität ist insofern nicht mit Kompliziertheit gleichzusetzen. Es geht insoweit lediglich um die enthaltene Datenmenge, -vielfalt und -qualität²¹⁵.

Bei den (durch die Infiltration gefährdeten) Daten muss es sich zudem um Informationen mit Personenbezug handeln. Nur deren Schutzbedürftigkeit rechtfertigt eine Vorverlagerung des grundrechtlichen Schutzes. Das Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme ist als Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts immer auf Persönlichkeitsschutz, also auf einen konkreten Grundrechtsträger und dessen informationelles Selbstbestimmungsrecht bezogen. Aus diesem Zusammenhang resultiert auch die dritte Schutzbereichsvoraussetzung: die berechtigte Vertraulichkeitserwartung. Der Betroffene muss über die entsprechende Datenhoheit verfügen, was gegeben ist, wenn das jeweils genutzte informationstechnische System entweder das eigene ist oder ein fremdes, bei dem der Nutzer von einem alleinigen Zugriffsrecht unter Ausschluss nicht autorisierter Dritter ausgehen darf²¹⁶ (z. B. bei Nutzung elektronischer Datensafes). Dabei ist jedoch nicht erforderlich, dass der Betroffene den vollen Datenbestand übersieht, da das IT-Grundrecht auch systembedingt selbstständig generierte Daten schützen soll. Der Einzelne soll gerade nicht fürchten, in einem komplexen, für den Laien gemeinhin nicht durchschaubaren System Eingriffe in seinen schützenswerten Persönlichkeitsbereich dulden zu müssen. Soweit der Betroffene allerdings wissentlich Systeme nutzt, bei denen er darin einwilligt, dass nicht nur er selbst Zugriff auf die von ihm generierten Daten hat, oder dies zumindest bewusst billigt, kann von keiner berechtigten Vertraulichkeitserwartung ausgegangen werden.

Das Verhältnis zwischen Systemschutz und dem Schutz der Inhalte durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gestaltet sich ebenso wie bei Art. 13 Abs. 1 und Art. 10 Abs. 1 GG. Kommt es tatsächlich zu einem Zugriff auf personenbezogene Daten, sind beide Grundrechte parallel anwendbar (Idealkonkurrenz), da unterschiedliche Schutzgüter (Infrastruktur und Daten) betroffen sind und es zwangsläufig einer Beeinträchtigung der Integrität des Systems bedarf, um auf die personenbezogenen Daten zugreifen zu können. Umgekehrt hat aber nicht jede Integritätsbeeinträchtigung zugleich auch die Erhebung personenbezogener Daten zum Gegenstand.

²¹⁴ BVerfGE 120, 274 (315).

²¹⁵ Vgl. *Luch*, MMR 2011, 75 (76).

²¹⁶ BVerfGE 120, 274 (315).

	Daten / Inhalte	Infrastruktur
Räumliche Infrastruktur	Art. 2 Abs. 1 GG (ggf. beim Menschenwürdegehalt i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG)	Art. 13 Abs. 1 GG Begrenzung des Systemschutzes auf Wohnräume
Telekommunikationsinfrastrukturen	Art. 2 Abs. 1 GG (ggf. beim Menschenwürdegehalt i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG)	Art. 10 Abs. 1 GG Begrenzung des Systemschutzes auf die Kommunikation zwischen zwei Personen
Computerinfrastruktur	Art. 2 Abs. 1 GG (ggf. beim Menschenwürdegehalt i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG)	Art. 2 Abs. 1 GG (Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme) Begrenzung des Systemschutzes auf komplexe Systeme, die auch personenbezogene Daten enthalten)

cc. Schutzrichtungen des grundrechtlichen Infrastrukturschutzes

Hauptadressat der Gewährleistungen des Art. 10 GG war bis zur Postreform, in dessen Rahmen eine umfassende Privatisierung von Post und Telekommunikationsdiensten erfolgte, die öffentlich-rechtlich organisierte Bundespost²¹⁷. Mit der Privatisierung und Liberalisierung war daher auch ein Wandel der für die Betroffenen relevanten Schutzwirkungen des Art. 10 GG verbunden. War es zuvor das Abwehrrecht gegenüber dem staatlichen Anbieter, erhalten die objektiven Schutz- und Gewährleistungsfunktionen des Art. 10 GG zunehmende Bedeutung. Diese Grundrechtsfragen, insbesondere die Frage eines Verlusts staatlich garantierter Kommunikationsvertraulichkeit oder auch eines Bedeutungswandels der in Art. 10 GG normierten Gewährleistungen, wurden im Umwandlungsprozess durch den verfassungsändernden Gesetzgeber nicht berücksichtigt²¹⁸, obwohl die gewandelte Gefährdungslage durchaus erkennbar war²¹⁹.

Die Rechte aus Art. 10 GG sichern den Einzelnen nicht nur gegenüber staatlichen Anbietern von Telekommunikations- und Postdienstleistungen ab, sondern schützen Kommunikationsinhalte unabhängig davon, wer Betreiber der entsprechenden Beförderungs-, Übertragungs- und Vermittlungseinrichtungen ist, gegen die Infiltra-

²¹⁷ Durner, in: Maunz/Dürig (Fn. 30), Art. 10 Rn. 106.

²¹⁸ Groß, JZ 1999, 326 (329).

²¹⁹ Vgl. etwa Gramlich, CR 1996, 102 (103 f.) m. w. N.; Kubicek, DuD 1995, 656 ff.

tion durch staatliche Stellen²²⁰. Grundrechtsverpflichtet ist daher zunächst und vor allem der Staat. Art. 10 GG begründet ein klassisches Abwehrrecht²²¹. Private Kommunikationsanbieter sind grundsätzlich keiner unmittelbaren Grundrechtsbindung unterworfen²²². Gleiches gilt auch für die Anbieter von informationstechnischen Systemen und E-Mail-Provider, die dem Nutzer zur alleinigen Beherrschung zugewiesene Bereiche (bspw. in Form von E-Mail-Postfächern oder Datensafes) zur Verfügung stellen.

Nach allgemeinen Maßstäben begründen die Grundrechte aber auch Schutzpflichten, die den Staat verpflichten, den Bürger vor Grundrechtsverletzungen anderer Privater zu bewahren²²³. Das BVerfG hat diesen Ansatz auch im Kontext des Art. 10 GG im Anschluss an die Privatisierung der Post betont²²⁴. Art. 10 Abs. 1 GG enthält einen staatsgerichteten Auftrag, »Schutz auch insoweit vorzusehen, als private Dritte sich Zugriff auf die Kommunikation verschaffen.« Dieser Schutzauftrag bezieht sich insbesondere »auch auf die von Privaten betriebenen Telekommunikationsanlagen«²²⁵, zielt aber nicht auf den Schutz der Kommunikationsteilnehmer untereinander²²⁶. Eng mit der Schutz- und Gewährleistungsfunktion verknüpft ist die Ausstrahlung der Grundrechte in das Privatrecht, insbesondere ihre Berücksichtigung im Rahmen von Generalklauseln²²⁷ (Drittwirkung). Entsprechende Aussagen finden sich auch in der Rechtsprechung zu Art. 10 GG²²⁸: Der ausstrahlende Schutzgehalt des Fernmeldegeheimnisses ist auch im Rahmen privatrechtlicher Streitigkeiten zu beachten, etwa im Zusammenhang der Speicherung von Verkehrsdaten durch ein Telekommunikationsunternehmen²²⁹.

Insbesondere in einem modernen Staatsgefüge, in dem den Staat vermehrt eine Gewährleistungs- und weniger eine Erfüllungsverantwortung trifft, weil Aufgaben vermehrt durch Private erledigt werden, kommt dem aus dem Grundrechtkanon erwachsenden objektiv-rechtlichen Schutzpflichtgedanken, der mit positiven subjektiven Ansprüchen des Einzelnen korrespondieren kann, daher besondere Bedeutung zu²³⁰. Die für Art. 10 GG entwickelte Argumentation lässt sich auch auf andere – ebenso schützenswerte – Infrastrukturen, die privatrechtlich organisiert betrie-

²²⁰ Durner, in: Maunz/Dürig (Fn. 30), Art. 10 Rn. 107.

²²¹ Horn, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 149 Rn. 105; Tietje, MDR 1994, 1078 (1079).

²²² Durner, in: Maunz/Dürig (Fn. 30), Art. 10 Rn. 108.

²²³ Durner, in: Maunz/Dürig (Fn. 30), Art. 10 Rn. 112.

²²⁴ Vgl. Durner, in: Maunz/Dürig (Fn. 30), Art. 10 Rn. 112.

²²⁵ BVerfGE 106, 28 (39).

²²⁶ Durner, in: Maunz/Dürig (Fn. 30), Art. 10 Rn. 112.

²²⁷ Grundlegend BVerfGE 7, 198 (208 ff.).

²²⁸ Durner, in: Maunz/Dürig (Fn. 30), Art. 10 Rn. 113.

²²⁹ BAG, NZA 1986, 643 (645); Palm/Roy, NJW 1996, 1791 (1794).

²³⁰ Luch, MMR 2011, 75 (77).

ben werden oder bei denen Gefahren von privaten Dritten drohen, übertragen – z. B. informationstechnische Systeme im Sinne des IT-Grundrechts²³¹.

Auch in diesem Kontext geht es nicht nur um die Vermeidung nicht gerechtfertigter Eingriffe des Staates in den grundrechtlichen Freiheitsgehalt des Einzelnen (klassische Abwehrfunktion), sondern auch um einen gerechten Ausgleich von Privaten untereinander, wo ähnlich dem Staat-Bürger-Verhältnis ein (Macht-) Ungleichgewicht entstehen kann. Mit der Entscheidung zur Online-Durchsuchung schafft das BVerfG nicht nur den erforderlichen subjektiven Anknüpfungspunkt für ein »IT-Schutzrecht«; durch das Recht auf Schutz der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme wird vielmehr der Schutzanspruch des Einzelnen unmittelbar in Form eines Grundrechts subjektiviert²³². Dass auch Gewährleistungsgehalte im Sinne der schon bisher anerkannten Grundrechtsfunktion umfasst sind, zeigt schon die Bezeichnung des Grundrechts durch das BVerfG. Im Bereich der Drittwirkung vermittelt das Recht auf Schutz der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme nicht nur einen zivilrechtlichen Anspruch auf Unterlassung von unautorisierten Systemzugriffen; es geht vielmehr auch um einen positiven Anspruch auf Schutz der durch einen Dienstanbieter zur Nutzung bereitgestellten Systeme vor unbefugten Zugriffen Dritter. Dies erscheint allein deswegen gerechtfertigt, weil es dem einzelnen Nutzer nicht möglich ist, in solch komplex vernetzten Systemen Eigenschutz effektiv zu betreiben²³³.

c. Keine eigenständige Bedeutung des Rechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums

In einem engen Kontext zur Bedeutung des Internets für das alltägliche Leben steht auch das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums, da dieses das Mindestmaß an sozio-kultureller Teilhabe sichert, zu der mittlerweile auch die durch die Nutzung moderner Medien vermittelte sozio-kulturelle Teilhabe gehört²³⁴.

aa. Inhaltsneutraler Internetzugang als Element des Existenzminimums

Allerdings betrifft dieser Teilaspekt des Art. 2 Abs. 1 GG nach der hier zugrunde gelegten Abgrenzung zunächst nur die (technische) Zugangsebene. Es geht schlicht um die Gewährleistung eines inhaltsneutralen Internetzugangs als Element des

²³¹ S. auch *Böckenförde*, JZ 2008, 925 (928, Fn. 38); *Gusy*, DuD 2009, 33 (36 ff.); *Hömig*, Jura 2009, 207 (210, Fn. 63); *Heckmann*, in: Rüßmann (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Käfer, 2009, S. 129 ff.

²³² *Luch*, MMR 2011, 75 (78).

²³³ *Luch*, MMR 2011, 75 (78).

²³⁴ Ausführlich zum Grundrecht auf Achtung und Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums *Schulz*, in: Schliesky/Ernst/Schulz (Fn. 1), S. 17 ff.; speziell zum Gewährleistungsgehalt in einer technisierten Informationsgesellschaft *ders.*, DuD 2010, 698 ff.

Existenzminimums. Diesem lässt sich nämlich lediglich entnehmen, dass aufgrund der Bedeutung des Internets nicht nur für die allgemeine, sondern auch für die menschenwürderelevante Persönlichkeitsentfaltung hinsichtlich des auf Art. 1 Abs. 1 GG rückführbaren Kernbereichs²³⁵ die staatlichen Erfüllungsmodalitäten zum Teil eingeschränkt sind, zumal diesbezüglich ein individueller Leistungsanspruch besteht. Dieser ist jedoch weitgehend »inhaltsneutral«, weil der Staat nicht – auch nicht in einem engen Kernbereich – vorgeben kann (oder will und darf), welche (digitalen) Aktivitäten zur Persönlichkeitsentfaltung gewählt werden. Auch die klassische Handlungsfreiheit ist inhaltlich offen gestaltet, da alle beliebig denkbaren Handlungen den gleichen grundrechtlichen Schutz erfahren. Eine nähere Bestimmung des Menschenwürdekerns, der jeglichem staatlichen Zugriff entzogen ist und der leistungsrechtlichen Schutz erfährt, ist ebenfalls nur über die anderen Grundrechte, einschließlich der allgemeinen Handlungsfreiheit als Auffanggrundrecht möglich. Dies gilt sowohl für die analoge²³⁶, wie auch die digitale Persönlichkeitsentfaltung – sozio-kulturelle Teilhabe in all ihren Facetten vollzieht sich heutzutage partiell gerade auch im Netz. Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums sichert die tatsächlichen Grundlagen der Grundrechtsausübung, zu denen mittlerweile auch der Zugang zum Internet zählt²³⁷ – unabhängig davon, zu welchem Zweck das Internet konkret genutzt werden soll.

bb. Modalitätsneutraler Schutz der sozio-kulturellen Teilhabe

Demgegenüber ist die umgekehrte Sichtweise eines modalitätsneutralen Schutzes der sozio-kulturellen Teilhabe weder geeignet, die Online-Handlungsfreiheit inhaltlich näher zu konkretisieren, noch Anhaltspunkte für den leistungsrechtlichen Gehalt eines Rechts auf Internet zu liefern. Zum Existenzminimum rechnet nämlich – neben dem inhaltsneutralen Zugang zum Internet – auch ein modalitätsneutraler Anspruch auf sozio-kulturelle Teilhabe in Form von »Freizeit, Unterhaltung, Kultur«, »Bildung« sowie mithilfe »anderer Waren und Dienstleistungen«²³⁸. Dieser kann sowohl für analoge als auch für digitale Angebote verwendet werden; auch der Ermittlung eines Regelbedarfs liegt also die Differenzierung zwischen technischen Zugangsmöglichkeiten und inhaltlichen Betätigungen zugrunde. Der Regelsatz sichert damit sowohl die Online-Handlungsfreiheit als auch das Recht auf Internet einfachgesetzlich ab.

²³⁵ Sog. Menschenwürdegehalt der Grundrechte; ausführlich dazu *Schulz* (Fn. 49).

²³⁶ Ausführlich zu dem Ansatz, den Inhalt des Grundrechts auf Achtung und Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums mithilfe der übrigen Freiheitsrechte zu konkretisieren, *Schulz*, in: *Schliesky/Ernst/Schulz* (Fn. 1), S. 17 (35 ff.).

²³⁷ Abgesichert bspw. durch § 5 Abs. 1 Abt. 8 RBEG, der für den Aspekt »Nachrichtenübermittlung« einen Betrag von 31,96 € ansetzt.

²³⁸ § 5 Abs. 1 Abt. 9, 10 und 12 RBEG.

V. Recht auf Internet

Die Grundrechte, und damit auch die Online-Handlungsfreiheit(en), verfügen – wie dargestellt²³⁹ – nicht ausschließlich über eine abwehrrechtliche Funktion, sondern vielmehr auch über eine Schutzpflichtkomponente sowie einen objektiven Gestaltungsauftrag an Gesetzgebung und Verwaltung. Angesichts der Bedeutung des Internets für den Einzelnen, für die Gesellschaft, Wirtschaft, Verwaltung und die Grundrechtsausübung im Allgemeinen trifft den Staat eine Verpflichtung, nicht nur die rechtlichen Voraussetzungen einer effektiven Grundrechtsausübung (vorrangig gesichert durch die Rechtfertigungsbedürftigkeit von Eingriffen in die Online-Handlungsfreiheit), sondern auch tatsächliche Vorkehrungen zu schaffen, die eine Grundrechtsausübung ermöglichen und die – insofern in Übereinstimmung mit dem ursprünglichen Daseinsvorsorge-Konzept – besondere Bedeutung hinsichtlich der (aus welchen Gründen auch immer) benachteiligten Bevölkerungsgruppen besitzen. Den Staat trifft eine diesbezügliche Gewährleistungsverantwortung²⁴⁰ unabhängig davon, welche Maßnahmen er zur »Realisierung« ergreift. Insofern erscheint die oft gewählte Gegenüberstellung von »Gewährleistung« und »Erfüllung« nicht zielführend, zumal Erstere strenggenommen einen »Oberbegriff« darstellt: Der Staat kann seiner Gewährleistungsverantwortung durch eigene staatliche Leistungserbringung (Erfüllung) oder durch die Inpflichtnahme Privater sowie zahlreiche andere Erscheinungsformen nachkommen, die zwischen diesen beiden Polen angesiedelt sind (Subventionierung etc.).

Nachfolgend gilt es daher die verschiedenen Komponenten eines Rechts auf Internet – Infrastruktur (3.), individueller Zugang (4.) sowie individuelle Infrastrukturalternativen (5.) – inhaltlich näher zu konkretisieren, um ausgehend von der Bedeutung des Internets sowie für die Grundrechtsausübung im Speziellen im Sinne einer Online-Handlungsfreiheit eine diesbezügliche Gewährleistungsverantwortung des Staates zu begründen. Angesichts der unterschiedlichen Schutzrichtungen des Rechts auf Internet verfügt der Staat hinsichtlich der Realisierung über einen weiten Gestaltungsspielraum, sodass zielführende und rechtlich zulässige Realisierungsvarianten nur andiskutiert werden können, ohne jedoch eine abschließende Bewertung vorzunehmen, weil es sich letztlich um »politische« und nicht im Einzelnen verfassungsdeterminierte Entscheidungen handelt. Das hinsichtlich der Realisierungsmodalitäten bestehende Ermessen wird lediglich in einem engen – vom Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums²⁴¹

²³⁹ Dazu Gliederungspunkt IV. 4.

²⁴⁰ Vgl. zu den ebenfalls existierenden »Verkehrssicherungspflichten« des Staates im Hinblick auf Infrastrukturen und denkbare Möglichkeiten, diesen auch für »das Internet« effektiv nachzukommen, Schulz, in: Hill/Schliesky (Hrsg.), Die Vermessung des digitalen Raums, 2012, S. 265 (295 ff.).

²⁴¹ S. auch Gliederungspunkt IV. 5. c.

geschützten – Kernbereich eingeschränkt, da diesbezüglich eine leistungsrechtliche Komponente unabdingbar ist.

1. Gewährleistungsverantwortung des Staates

Fraglich ist, ob den Staat eine Verpflichtung trifft, die verschiedenen Elemente eines Rechts auf Internet (individueller Zugang sowie übergreifende und individuelle Infrastruktur) zu garantieren oder abzusichern. Insofern sind unterschiedliche Begründungsansätze einer (infrastrukturellen²⁴²) Gewährleistungsverantwortung denkbar:

- die (tatsächliche) Bedeutung des Internets für die individuelle Grundrechtsausübung im Sinne der Online-Handlungsfreiheit (a.),
- eine demokratieunterstützende Funktion im Kontext der Verlagerung demokratischer Prozesse in das Internet (b.),
- rechtsstaatliche Prinzipien, sobald der Zugang zu Rechtsschutz und zur Verwaltung auf elektronische Medien verlagert wird (c.),
- sowie die Bedeutung des Internets für wirtschaftliche Prozesse (d.)
- und die staatliche Aufgabenerfüllung (e.).
- Schließlich lässt sich ausgehend von diesen verschiedenen Begründungsansätzen das Internet als grundrechts- und demokratieessenzieller (virtueller) öffentlicher Raum konzipieren (f.), mit der Folge, dass sich aus den Parallelen zum herkömmlichen Verständnis öffentlicher Räume eine staatliche Verantwortung ableiten lässt.

Verlagern sich zunehmend weitere Bereiche des gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und politischen Lebens in das Internet, wird ggf. perspektivisch eine Situation erreicht, in der die »umgekehrte« Gewährleistungsverantwortung des Staates aktualisiert werden muss – bspw. in Form der Aufrechterhaltung klassischer Medien, Angeboten für die herkömmliche Persönlichkeitsentfaltung oder des klassischen Zugangs zu Verwaltungsverfahren²⁴³. Die daraus ableitbaren Verpflichtungen ste-

²⁴² Auf *inhaltliche* Gewährleistungspflichten wird vorliegend nicht eingegangen; vgl. dazu v. *Lewinski*, RW 2011, 70 (78 ff.).

²⁴³ So auch v. *Lewinski*, RW 2011, 70 (82, Fn. 63), der ebenfalls ein »Recht auf analogen Zugang« diskutiert. Überwiegend wird derzeit (noch) argumentiert, der klassische Zugang zu Staat und Verwaltung müsse – allerdings oft ohne dessen Modalitäten näher zu konkretisieren – aus verfassungsrechtlichen Gründen aufrechterhalten werden; vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, 2000, S. 405 (422); *Hoffmann-Riem*, ebd., S. 9 (49 f.); in diese Richtung auch noch *Heckmann*, MMR 2006, 3 (6). Nur für besondere Bereiche, bei denen im Regelfall alle Beteiligten über elektronische Kommunikationsmittel verfügen, kann die Behörde verlangen, dass ihr elektronischer Zugang genutzt wird. Dies kann bspw. angenommen werden bei der Abgabe von Lohnsteuer-

hen zwar in einem gewissen Spannungsverhältnis zu den auf die E-Daseinsvorsorge und das Recht auf Internet rückführbaren Realisierungsaktivitäten des Staates, stehen diesen jedoch nicht grundsätzlich entgegen.

Des Weiteren ist auf folgende Besonderheit hinzuweisen: Da eine inhaltliche Differenzierung des Zugangs zum Internet kaum realistisch ist (»wer erst einmal drin ist, kann dort im Prinzip alle Angebote nutzen«), führt bereits *ein* Begründungsansatz – sei es die Bedeutung für die individuelle Entfaltung oder für ein Staatsstrukturprinzip – zu einem »unbeschränkten« Recht auf Internet. Anders ausgedrückt: Ist die Online-Meinungsfreiheit demokratieessenziell, ist ein Recht auf Internet zu gewährleisten, auch wenn die »Begünstigten« (nicht im Sinne eines Leistungsrechts) überwiegend privaten oder wirtschaftlichen Tätigkeiten im Netz nachgehen²⁴⁴.

a. Individuelle Bedeutung: Sicherung der Online-Handlungsfreiheit(en)

Daseinsvorsorge und eine darauf bezogene Gewährleistungsverantwortung des Staates lassen sich (auch) grundrechtlich begründen – der Staat ist gehalten, zumindest grundsätzlich und hinsichtlich eines Minimums, die tatsächlichen Grundlagen der Persönlichkeitsentfaltung durch Grundrechtsausübung zu sichern. Dabei ist auch die Versorgung mit nicht lebensnotwendigen, aber in unserer Gesellschaft nicht wegzudenkenden und für die sozio-kulturelle Teilhabe essenziellen Gütern Gegenstand der Daseinsvorsorge²⁴⁵.

Diese Charakterisierung – nicht lebensnotwendig, aber zugleich nicht ohne erhebliche Auswirkungen auf die Persönlichkeitsentfaltung wegzudenken – beschreibt die mittlerweile erreichte Bedeutung des Internets zutreffend. Das Internet ermöglicht nicht nur eine globale Kommunikation, sondern wird zunehmend zum virtuellen Marktplatz für Waren und Dienstleistungen. Große Teile des Wirtschafts-, Verwaltungs- und gesellschaftlichen Lebens verlagern sich in das Internet. Dies zeigt sich nicht nur am fortschreitenden Volumen des internetbasierten Handels und Onlinebankings, sondern auch (und viel mehr) am Erfolg und der stetig weiteren Verbreitung von Social Networking Sites wie Facebook, MySpace und Xing. Auch das Cloud Computing mit seinen zusätzlichen Möglichkeiten und die unter dem Schlagwort »Smart Life« zusammengefassten Entwicklungen werden die Virtualisierung aller Lebensbereiche vorantreiben. Sowohl im E-Commerce als auch im E-Government

anmeldungen und Umsatzsteuer-Voranmeldungen, Online-Bewerbungen für Stellen, die IT-Kenntnisse voraussetzen, oder im Bereich der E-Vergabe. Weitere Fragen, die in diesem Kontext derzeit diskutiert werden, sind die Gefahr des sog. Digital Divide (zum Begriff *Skrobotz*, Das elektronische Verwaltungsverfahren, 2005, S. 133 ff.) sowie die Barrierefreiheit von Internet-Angeboten der öffentlichen Verwaltung; speziell zum barrierefreien E-Government *Roggenkamp*, NVwZ 2006, 1239 ff.

²⁴⁴ Und insofern nicht vollständig der Verfassungserwartung genügen; zur Verfassungserwartung *Isensee*, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 3. Aufl., § 71 Rn. 125 ff.

²⁴⁵ *Becker/Ambrock*, Die Gemeinde SH 2011, 3 (3).

wird eine weitere Steigerung der Nutzung elektronischer Angebote perspektivisch zum Abbau von (analogen) Doppelstrukturen führen können. Angesichts der zum Teil noch vorhandenen Skepsis wird der elektronische (und mobile) Zugangskanal zwar noch nicht in den nächsten Jahren, aber spätestens, wenn die Generation der Digital Natives in der Überzahl ist, zum Normalfall der Kommunikation werden. Meldungen, nach denen Jugendliche bereits heute täglich das Internet nutzen²⁴⁶, zeigen diese Entwicklung deutlich. Dass das Internet mittlerweile partiell die sozio-kulturelle Teilhabe an der Gesellschaft absichert, kann daher kaum noch bestritten werden.

Dies zeigt vor allem auch die Analyse der speziellen Freiheitsrechte und der allgemeinen Handlungsfreiheit auf deren Bezüge zum Internet²⁴⁷ – nahezu alle Lebensbereiche lassen sich, wenn auch nicht ausschließlich, aber doch partiell, virtuell ausleben bzw. ergänzen. Das Internet wird zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen eingesetzt, ebenso bildet es Teilbereiche des gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Lebens ab, von dem derjenige, der die technischen, wirtschaftlichen, körperlichen oder intellektuellen Fähigkeiten zur Nutzung des Internets nicht besitzt, ausgeschlossen wird. Das Internet bzw. der Zugang zu diesem bestimmt das Leben des Durchschnittsbürgers in der gegenwärtigen Gesellschaft insofern, als es die infrastrukturellen Voraussetzungen einer zeitgemäßen, dem Stand der Zivilisation entsprechenden Persönlichkeitsentfaltung sicherstellt. Keine Teilhabe am »Netz« bedeutet unter Umständen Ausschluss aus sozialen Gruppen, aus Diskussionen, aus der Vielfalt der nicht von einzelnen Medien oder Presseorganen vorgefilterten Informationen bis hin zum Ausschluss aus kommerziellen Plattformen. Mangelnde Teilhabe an solchen Möglichkeiten des Internets mag zwar nicht in jedem Fall zum schützenden sozio-kulturellen Existenzminimum an gesellschaftlichen Teilhabemöglichkeiten gehören, zur Online-Handlungsfreiheit hingegen zählen grundsätzlich sämtliche denkbaren Handlungsoptionen in der digitalen Welt. Der Bedeutungszuwachs des Internets korreliert zudem mit der sich verschlechternden Ausstattung (insbesondere des ländlichen Raums) mit herkömmlichen Infrastrukturen. In gewisser Weise sind Online-Shops, Online-Nachrichten und Online-Kommunikation geeignet, den (fehlenden) Dorfladen und die gesellschaftlich-kommunikative Bedeutung der (fehlenden) Dorfkeipe oder einer guten Verkehrsanbindung an die nächstgrößere Stadt zu kompensieren²⁴⁸.

²⁴⁶ www.welt.de/print/die_welt/politik/article12356014/Fast-jeder-Teenager-im-Internet.html.

²⁴⁷ Siehe Gliederungspunkt IV. 2.

²⁴⁸ Zu den Auswirkungen des demografischen Wandels auf den ländlichen Raum auch *Kersten*, DVBl 2006, 942 (943).

b. **Gesellschaftliche Bedeutung: Eintrittskarte zur »digitalen Agora«
– die Online-Meinungsfreiheit als demokratisches Essential**

Hinzu kommt, dass das Internet zwischenzeitlich nicht nur ein Essential individueller Freiheiten geworden ist, sondern sich auch weitere – staatsstrukturnotwendige – Prozesse zunehmend in die Virtualität verlagern. Damit angesprochen sind vor allem die Grundrechte des Art. 5 GG, die ihrerseits ebenfalls als Online-Grundrechte im Interesse der Persönlichkeitsentfaltung bestehen, zugleich aber auch eine darüberhinausgehende Bedeutung für die Demokratie haben. Das Bundesverfassungsgericht beschreibt diese Funktion zutreffend als »schlechthin konstituierend für die grundgesetzliche Demokratie«²⁴⁹. Ob diese Einschätzung auch für die virtuelle und digitale Meinungsfreiheit Geltung beansprucht, mag dahinstehen, zumal eine ergänzende Funktion neuer Kommunikationsformen schon heute nicht komplett verneint werden kann. Insbesondere im Kontext des weiteren Einsatzes von Web 2.0-Tools durch Verwaltung und Politik sowie von E-Partizipations- und Beteiligungsverfahren (bspw. sog. Bürgerhaushalte²⁵⁰) wird diese Bedeutung noch zunehmen.

Das Internet dürfte in seiner Gesamtheit bereits das bedeutendste (auch politische) Informationsmedium darstellen; es wird damit, da gerade auch demokratische Grundrechte²⁵¹ im Internet ausgeübt werden können, zu einem entscheidenden Faktor für Meinungs-, Willensbildungs- und Beteiligungsprozesse, sowohl im Sinne einer Einwirkung auf staatliche als auch auf nicht-staatliche Akteure. Bei dem in diesem Kontext oft verwendeten Begriff des »Open Government«²⁵² liegt der inhaltliche Schwerpunkt zunächst auf dem Handeln von Politik und Verwaltung. Es ist jedoch zu erwarten, dass sich um die Ansätze des Open Government herum ein umfangreiches Geflecht von weiteren Aktivitäten entwickeln wird. Neben Politik und Verwaltung werden auch und vermutlich sogar in wesentlich stärkerem Maße Bürger, die Privatwirtschaft, die Wissenschaft, Verbände und Interessenvertretungen Akteure in diesem Geflecht sein. Im Sinne einer im 21. Jahrhundert beheimateten Version der Markt- und Versammlungsplätze in den Städten des antiken Griechenlands, die das Zentrum von Politik, Rechtsprechung, Handel und sozialer Interaktion bildeten, kann dieses Geflecht als »digitale Agora« bezeichnet werden²⁵³. Kennzeichen der digitalen Agora ist eine institutionen- und systemübergreifende Arbeitsteilung, keine oder zumindest eine eingeschränkte Hierarchie der Akteure sowie die Nutzung von (auch staatlichen) Informationen auf Basis von Angebot und

²⁴⁹ Seit BVerfGE 10, 118 (121) st. Rspr.

²⁵⁰ Dazu bspw. *Franzke/Kleger*, Bürgerhaushalte – Chancen und Grenzen, 2010; *Hellermann*, DVBl 2011, 1195 ff.; *Märker/Wehner*, gemeindehaushalt 2011, 3 ff.; umfassend *Tischer*, in: Schliesky/Schulz (178), S. 69 ff.

²⁵¹ Zum Begriff *Schulz* (Fn. 49), S. 251 ff.

²⁵² *Graudenz u. a.*, Vom Open Government zur Digitalen Agora, ISPRAT Whitepaper, 2011.

²⁵³ Zum Ganzen *Graudenz u. a.* (Fn. 250).

Nachfrage in einem »Informationsmarkt«²⁵⁴. Da es sich bei den Akteuren und ihren Beziehungen untereinander um ein Netzwerk handelt²⁵⁵, sind Netzwerkeffekte zu erwarten, d. h., der Gesamtnutzen wird mit zunehmender Zahl der Akteure überproportional steigen²⁵⁶. Angesichts dieser Charakteristika der digitalen Agora erscheint das sog. Web 2.0 prädestiniert, diesen Entwicklungen als Katalysator zu dienen. Das Internet sowie die Online-Handlungsfreiheit sind die »Eintrittskarte« des Einzelnen zu diesen Möglichkeiten der Teilhabe²⁵⁷. Auch die staatliche Verantwortung für die Gewährleistung von Meinungsvielfalt kann Bedeutung für die Sicherung des Zugangs zum Internet haben²⁵⁸.

Derzeit wird man allein mit der demokratischen und legitimationsstiftenden Funktion des Internets, der Internetkommunikation sowie der darüberhinausgehenden Angebote kein Recht auf Internet begründen können – dennoch ist die Entwicklung dynamisch²⁵⁹ und die Bedeutung der Internet-Meinungs- und Informationsfreiheit ein zusätzliches Indiz für das Bestehen einer staatlichen Gewährleistungsverantwortung.

²⁵⁴ Wie auch die digitale Agora eine analoge historische Parallele hat, kann zur Umschreibung dieses – allen weitgehend unbeschränkt zur Verfügung stehenden – Informationsmarktes ebenfalls eine historische Anlehnung vorgenommen werden. Zutreffend lässt sich von einer »Datenallmende« (so bereits *Reinermann*, Beitrag des Seminars »Informationssysteme für den Bürger und für die Verwaltungsführung« zur International Design Competition for an Advanced Information City, 1986) sprechen – angesichts der heutigen Diskussionen zu »Open Government Data« (vgl. nur *Hoffmann/Klessmann*, VM 2011, 306 ff) eine höchst aktuelle Forderung. Eine Allmende stellte während des Mittelalters eine weitere Form einer im weitesten Sinne öffentlichen Institution dar, die als räumlich abgetrenntes Gebiet nicht nur dem einzelnen Individuum als Privateigentum diente. Die Allmende stand im Eigentum einer Körperschaft und das von ihr umfasste Gebiet in Form von Wald, Weide und Wasser stand den Mitgliedern der Körperschaft zur gemeinsamen Nutzung zur Verfügung. Zwar stellte die Allmende für die Dorfgemeinschaft so ebenfalls eine Art öffentlichen Raum dar. Im Gegensatz zur Agora diente dieser aber primär der ökonomischen Versorgung mit Gütern des täglichen Bedarfs und war lediglich für einen bestimmten Personenkreis zugänglich und nutzbar; ausführlich zu Unterschieden und Parallelen *Ernst*, in: *Schliesky/Ernst/Schulz* (Fn. 1), S. 79 (85 ff.) m. w. N.

²⁵⁵ Allgemein zum Netzwerkgedanken *Jansen*, Einführung in die Netzwerkanalyse, 3. Aufl. 2006; unter verschiedenen juristischen Perspektiven die Beiträge in: *Boysen u. a.* (Hrsg.), *Netzwerke*, 2008; eine rechts- und verwaltungswissenschaftliche Weiterentwicklung des Netzwerkgedankens aus historischer und grundlegender Perspektive findet sich bei *Schliesky*, DÖV 2009, 641 ff.

²⁵⁶ *Linde*, *Ökonomie der Information*, 2005, S. 25 ff.; *Pethig*, in: *Fiedler/Ullrich* (Hrsg.), *Information als Wirtschaftsgut*, 1997, S. 43 ff.

²⁵⁷ *Luch/Schulz*, VM 2011, 104 ff.

²⁵⁸ *Jarass*, in: *ders./Pieroth* (Fn. 80), Art. 5 Rn. 102.

²⁵⁹ *V. Lewinski*, RW 2011, 70 (76): »Diese sozial(verfassungs)rechtliche Bewertung muss sich aber in dem Maße ändern, in dem der Anschluss an das Telekommunikationsnetz und darauf basierend auch an das Internet rechtlich vorausgesetzt wird. Auch würde eine andere Beurteilung geboten sein, wenn das mobile Internet, also die ortsabhängige Nutzung von Kommunikationsmöglichkeiten, eine allgemeine gesellschaftliche Bedeutung bekommen hat«.

Zur Wahrnehmung der staatsbürgerlichen Rechte (in einem engen Verständnis, welches Online-Beteiligungs- und Diskussionsprozesse vernachlässigt) ist die staatliche Absicherung eines Rechts auf Internet ebenfalls (noch) nicht geboten²⁶⁰. »Denn für deren Ausübung und Wahrnehmung ist das Internet noch keine Voraussetzung. Die Wahl findet nach wie vor mittels eines Wahlzettels statt, möglicherweise auch als Briefwahl. Sofern Wahlcomputer überhaupt eingesetzt werden (dürfen), muss der Wahlberechtigte im Wahllokal anwesend sein.«²⁶¹ Dennoch darf die Funktion des Internets und seiner Angebote im Rahmen der Kommunikation und Information auch im Vorfeld von Wahlen nicht vernachlässigt werden. Perspektivisch erscheinen aber auch weitergehende Online-Abstimmungen (im Sinne einer direkten Demokratie) bzw. Online-Wahlen denkbar²⁶².

c. Auswirkungen des Internets auf rechtsstaatliche Grundsätze: Zugang zu Staat, Verwaltung und Gerichten weitgehend analog möglich

Wie auch unmittelbar demokratische Prozesse (insbesondere Wahlen) sich heutzutage noch analog vollziehen und das Internet allenfalls ergänzend hinzutritt, werden auch rechtsstaatliche Grundsätze vornehmlich noch analog erfüllt. Dies gilt vor allem für das Rechtsschutzverfahren und die Verkündung von Gesetzen, wobei bspw. § 4 der Landesverordnung über die örtliche Bekanntmachung und Verkündung in Schleswig-Holstein bereits seit Jahren eine Bekanntmachung von Ortsrecht im Internet ermöglicht²⁶³. Gesetze werden weiterhin konventionell in einem papiernen Gesetzesblatt verkündet²⁶⁴; soweit Gerichts- und Verwaltungsakten elektronisch geführt werden, betrifft dies in der Regel nur den staatlichen Binnenbereich. Im Kontext von Akteneinsichtsrechten besitzt dann aber ggf. auch der Zugang zu leistungsfähigen Internetzugängen bzw. Infrastrukturkomponenten weitergehende Bedeutung. Die ausdrückliche Aufnahme eines solchen Rechts in den Entwurf eines E-Government-Gesetzes des Bundes²⁶⁵ zeigt insofern auch die gewandelten Realitäten im Verwaltungskontext.

²⁶⁰ V. Lewinski, RW 2011, 70 (76).

²⁶¹ V. Lewinski, RW 2011, 70 (76).

²⁶² Vgl. dazu auch Gliederungspunkt IV. 2. o.

²⁶³ Dazu Schliesky/Schulz, in: Bülow u. a. (Hrsg.), Kommunalverfassungsrecht Schleswig-Holstein, § 4 GO SH Rn. 180 ff.

²⁶⁴ V. Lewinski, RW 2011, 70 (76); allerdings ist auch ein Übergang zum »elektronischen Gesetzes- und Verkündungsblatt« erkennbar; dazu Guckelberger, DVBl 2007, 985 ff.; dies., Der Übergang zur (ausschließlich) elektronischen Gesetzesverkündung, 2009.

²⁶⁵ BR-Drs. 557/12 v. 21. 09. 2012. § 8 EGovG-E lautet:

»Soweit ein Recht auf Akteneinsicht besteht, können die Behörden des Bundes, die Akten elektronisch führen, Akteneinsicht dadurch gewähren, dass sie

1. einen Aktenausdruck zur Verfügung stellen,
2. die elektronischen Dokumente auf einem Bildschirm wiedergeben,

Auch der Zugang zur Verwaltung bleibt voraussichtlich noch auf längere Zeit weiterhin analog möglich, da E-Government-Anwendungen nicht (bzw. nur in eng umgrenzten) Sachmaterien verpflichtend vorgegeben werden können²⁶⁶, was jedoch Anreizsystemen zur Nutzersteigerung, sei es in Form von Gebührenreduktionen oder bevorzugter Behandlung von elektronisch eingereichten Anträgen, nicht entgegensteht²⁶⁷. Umgekehrt basiert auch das Angebot elektronischer Zugänge und Informationen seitens des Staates weitgehend auf Freiwilligkeit – obwohl auch hier angesichts europäischer Initiativen (Anspruch aus Art. 8 EU-DLR auf elektronische Verfahrensabwicklung aus der Ferne²⁶⁸) vor allem zur Erfüllung der »Kundenwünsche«²⁶⁹ und damit letztlich zur Akzeptanzsteigerung zunehmend auf den elektronischen Kanal übergegangen wird²⁷⁰.

Soweit allerdings die öffentliche Verwaltung das Internet für die verschiedensten denkbaren Anlässe – Bürgerinformation, Presse- und Öffentlichkeitsarbeit, Abwicklung von Verwaltungsverfahren, fachlichen Diskurs²⁷¹ – nutzt, steigt auch die Bedeutung des Zugangs des Einzelnen zu diesen Angeboten. Gleiches gilt für Bestrebungen, weitere Teile der geschäftlichen und behördlichen Kommunikation (staatlich initiiert bzw. gefördert) auf den elektronischen Kanal zu überführen – kommt es zu einer umfassenden Verbreitung von rechtssicheren E-Mail-Diensten (De-Mail²⁷² oder E-Postbrief²⁷³), muss ggf. auch eine diesbezügliche Gewährleistungspflicht des Staates angenommen werden, die sich nicht nur auf ein Angebot rechtssicherer Dienste des technikgestützten Identitätsmanagements²⁷⁴ bezieht, sondern vorgelagert auch auf den Zugang zu den Infrastrukturen, auf denen diese aufbauen.

-
3. elektronische Dokumente übermitteln oder
 4. den elektronischen Zugriff auf den Inhalt der Akten gestatten.«

²⁶⁶ Siehe dazu bereits Fn. 241.

²⁶⁷ Ausführlich dazu *Schulz/Hoffmann/Tallich*, *Die Verwaltung* 45 (2012), 207 ff.

²⁶⁸ Statt Vieler ausführlich *Luch/Schulz*, in: Schliesky (Hrsg.), *Die Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie in der deutschen Verwaltung – Teil II: Verfahren, Prozesse, IT-Umsetzung*, 2009, S. 219 ff.

²⁶⁹ Ausführlich zur Kundenorientierung der öffentlichen Verwaltung *Schulz*, in: Horvath (Hrsg.), *Kunden und Markt im Fokus – Mit Marketingcontrolling zu mehr Erfolg*, 2010, S. 149 ff.; *ders.*, in: Schliesky (Hrsg.), *Staatliches Innovationsmanagement*, 2010, S. 135 ff.

²⁷⁰ *Zurückhaltender v. Lewinski*, *RW* 2011, 70 (81 f.).

²⁷¹ Zu dieser Differenzierung ausgehend von der Überlegung, Web 2.0-Angebote auch durch die öffentliche Verwaltung zu nutzen, *Schulz*, in: Schliesky/Schulz (Fn. 178), S. 121 (125 ff.).

²⁷² *BGBI* I, S. 666; dazu *Rose*, *K&R* 2011, 439 ff.; *Roßnagel*, *NJW* 2011, 1473 ff.; *Spindler*, *CR* 2011, 309 ff.; *Warnecke*, *MMR* 2010, 227 ff.

²⁷³ Grundlegend *Hoffmann u. a.* (Fn. 124).

²⁷⁴ Dazu ausführlich *Luch/Schulz*, in: Schliesky (Fn. 36), S. 1 (10 ff.).

d. Auswirkungen auf die Wirtschaft: eine internetunterstützte Wertschöpfungskette

Die Auswirkungen, die der Einsatz von Informations- und Kommunikationstechnologien und das Internet auf Wirtschaftsunternehmen haben, stehen in einem engen Zusammenhang mit dem Übergang von einer Industrie- zu einer (wissensbasierten) Dienstleistungsgesellschaft – vom Bundesverfassungsgericht auch als »technisierte Informationsgesellschaft« beschrieben²⁷⁵. Sowohl in der Privatwirtschaft als auch in der öffentlichen Verwaltung lassen sich eine wachsende Wissensintensität der angebotenen Leistungen, die schnelle Neuentwicklung von Produkten und Dienstleistungen, die zunehmende geografische Verteilung von wissensintensiven Prozessen sowie schnellere Veränderungen der Humanressourcen feststellen²⁷⁶. Es existieren eine systemübergreifende Wissensabhängigkeit und ein quantitativ und qualitativ stark zunehmender, zudem durch moderne Medien nahezu überall und jederzeit zugänglicher – ubiquitärer – Datenbestand²⁷⁷. Der weltweite Zugriff auf gemeinsame Datenbestände hat nicht nur ganz neue Formen der Arbeitsteilung ermöglicht, sondern verdeutlicht gerade auch das Angewiesensein auf eine allzeit verfügbare, möglichst breitbandige Internet-Verbindung zwischen allen Unternehmensstandorten, zu Zulieferern, externen Dienstleistern, Zwischenhändlern, Kunden und zahlreichen weiteren Akteuren.

Betrachtet man eine generische Wertschöpfungskette, zeigt sich recht schnell, dass IT und Internet nunmehr auf allen Ebenen entscheidende Funktionen wahrnehmen²⁷⁸. Zieht man exemplarisch die Primäraktivitäten, die den eigentlichen Wertschöpfungsprozess beschreiben, sowie die Unterstützungsaktivitäten, die den Wertschöpfungsprozess ergänzen, nach *Porter* heran²⁷⁹, ergibt sich folgendes Bild:

- Interne und externe Logistikprozesse vollziehen sich zunehmend automatisiert und weltweit vernetzt;
- der Produktionsprozess kann auf neue Arbeitsformen zurückgreifen;
- durch das Internet können neue Produkte und Dienstleistungen geschaffen werden
- und zugleich wird die bisherige Produktion durch moderne Technologien, die in der Regel auch auf dem Internet basieren, erleichtert;

²⁷⁵ BVerfGE 125, 175 (224); dazu *Schulz*, DuD 2010, 689 ff.; *ders.*, SGB 2010, 201 ff.

²⁷⁶ *Krcmar*, Informationsmanagement, 5. Aufl. 2010, S. 624.

²⁷⁷ *Augsberg*, DVBl 2007, 733 (733).

²⁷⁸ *Cronin*, Doing More Business on the Internet, 1995, S. 55 ff.; *Alpar*, Kommerzielle Nutzung des Internet – Unterstützung von Marketing, Produktion, Logistik und Querschnittsfunktionen durch Internet, Intranet und kommerzielle Online-Dienste, 2. Aufl. 1998, S. 217 ff.

²⁷⁹ *Porter*, Wettbewerbsvorteile (Competitive Advantage) – Spitzenleistungen erreichen und behaupten, 3. Aufl. 1992, S. 59 ff.

- Marketing und Werbung nutzen zunehmend das Internet, z. B. auch die sozialen Medien;
- das Internet ist zudem in vielen Bereichen zum Hauptvertriebs- und -distributionskanal geworden.
- Forschung und Entwicklung, Unternehmensinfrastruktur und Beschaffungsprozesse sind ebenfalls kaum noch »klassisch« realisierbar, so sind z. B. »Just-in-time-Geschäfte« und -Lieferketten nur mittels einer zielführenden IT-Unterstützung und einem Datenaustausch der Beteiligten abzubilden.
- Hinsichtlich des »Human Resource Management« ist ebenfalls ein erheblicher Wandel feststellbar: einerseits sind neue Arbeitsformen möglich geworden (Telearbeit, Videokonferenzen, Sharepoints etc.), andererseits stellt die zunehmende Durchdringung der Arbeitswelt mit IT neue Anforderungen an die Beschäftigten, die ihrerseits aber auch neue Erwartungen an den Arbeitgeber formulieren.

Besonders augenfällig wird die »Internetabhängigkeit« der Wirtschaft bei (anderen²⁸⁰) kritischen Infrastrukturen, z. B. Energie- und Wasserversorgung, Abwasserentsorgung, Verkehrsinfrastrukturen, aber auch Finanztransaktionen, die oftmals auf Steuerungsprozesse angewiesen sind, die zeit- und ortsunabhängige Reaktionen ermöglichen und – selbst wenn weitgehend abgetrennte, »eigene« und sichere Kanäle genutzt werden – oft dennoch über Schnittstellen zu allgemein zugänglichen Telekommunikationsinfrastrukturen oder individuellen Komponenten (USB-Sticks etc.) verfügen, die ein enormes Sicherheitsrisiko darstellen können.

e. Staatliche Aufgabenerfüllung ohne IT? Unmöglich!

Die genannten Auswirkungen des Internets auf die Wirtschaft betreffen Behörden in gleicher Weise – auch Verwaltungsprozesse unterliegen einer Wertschöpfungskette, die auf allen Ebenen mittlerweile Berührungspunkte zum Internet aufweist bzw. auf dieses essenziell angewiesen ist. Zwar verfügt die öffentliche Verwaltung in Deutschland in Teilbereichen über eigene Landes-, Kommunal- und Koppelnetze²⁸¹, dennoch ist die Internetabhängigkeit nicht weniger ausgeprägt als bei Wirtschaftsunternehmen. Nicht nur, weil der Staat das Internet zunehmend als Erkenntnis- und Informationsquelle nutzt, Informationen im Netz veröffentlicht, sich im Internet darstellt und kritische Infrastrukturen in eigener Regie betreibt. Auch

²⁸⁰ Zumal zum Teil auch das Internet aufgrund der gestiegenen Bedeutung selbst als kritische Infrastruktur bezeichnet wird; so die »Nationale Strategie zum Schutz Kritischer Infrastrukturen (KRITIS-Strategie)« der Bundesregierung vom 12. 06. 2009.

²⁸¹ S. zum TESTA-D-Netz *Sichel*, DVBl 2009, 1014 (1015, Fn. 11; 1018); mittlerweile wurde die Verantwortung für das Koppelnetz nach dem IT-NetzG (BGBl I 2009, S. 2702) auf den IT-Planungsrat überführt.

zahlreiche Verwaltungsprozesse, insbesondere sobald die behördeninterne Kommunikation verlassen wird, vollziehen sich ebenfalls unter Rückgriff auf Internet-Infrastrukturen. Dies gilt bspw. für die E-Mail- (perspektivisch: De-Mail-²⁸²) Kommunikation, aber auch die Sprachtelefonie, die zunehmend (in Form von Internet-Telefonie) über die gleichen Infrastrukturen abgewickelt wird²⁸³.

f. Das Internet als grundrechts- und demokratieessenzieller öffentlicher Raum – zur räumlich-gegenständlichen Dimension der Grundrechte

Während die bereits dargestellten Ansätze eine individual-, wirtschafts- und staatszentrierte Sichtweise zugrunde legen – die besondere Bedeutung des Internets also ausgehend von den Bedürfnissen einer bestimmten Nutzergruppe begründen – kann das Erfordernis einer übergreifenden Struktur, die ohnehin Basis aller individuellen Zugänge und Nutzungen ist, jedoch auch auf einen weitergehenden übergreifenden Ansatz zurückgeführt werden, der Parallelen zu den »öffentlichen Räumen« aufweist. Dies bringen die Metaphern des »Cyberspace«²⁸⁴, der sog. »Digital Natives« für die erste Generation, die bereits vollständig in der Zeit des dauerhaft auch mobil verfügbaren Internets sozialisiert wurde, und des »globalen Dorfes«, das der Kommunikationswissenschaftler *Marshall McLuhan* bereits 1962 postulierte²⁸⁵ und das mittlerweile Wirklichkeit geworden sein dürfte, zum Ausdruck. Eine Analogie zu den konventionellen »öffentlichen Räumen« – Straßen, Plätze, Einkaufszentren, Dörfer bzw. ganz allgemein Orte des menschlichen Zusammenkommens aber auch des Aufeinandertreffens unterschiedlicher Lebensentwürfe und -ansichten – kann ebenfalls staatliche Gewährleistungsansprüche begründen.

Die räumlich-gegenständliche Dimension der Grundrechte²⁸⁶ ist bisher (wie auch die digitale Dimension) nicht als eigenständige Funktion anerkannt, vielmehr handelt es sich um einen Teilaspekt der objektiven Grundrechtsfunktion²⁸⁷, die die Aufgabe besitzt, die tatsächlichen Voraussetzungen einer effektiven Grundrechtsausübung bzw. Grundrechtsausübungsmöglichkeit zu garantieren. Zu diesen tatsächlichen Voraussetzungen zählt bei vielen, insbesondere den auf Kommunikation angelegten Grundrechten ein räumliches Substrat, welches das Zusammentreffen

²⁸² Auch diese basiert auf den allgemeinen Internet- (TCP) und E-Mail- (SMTP) Protokollen und kann nicht unabhängig von einer allgemeinen Internet-Infrastruktur betrieben werden.

²⁸³ Dazu *Henkel*, Voice over IP – rechtliche und regulatorische Aspekte der Internettelefonie, 2008; *Bonnekoh*, Voice over IP: Rechtsprobleme der Konvergenz von Internet und Telefonie, 2007.

²⁸⁴ *Ellrich*, in: Maresch/Werber (Hrsg.), Raum Wissen Macht, 2002, S. 92 ff.

²⁸⁵ *McLuhan*, Gutenberg Galaxy, 1962; *McLuhan/Powers*, The Global Village – Der Weg der Mediengesellschaft in das 21. Jahrhundert, 1995.

²⁸⁶ Ausführlich *Ernst*, in: Schliesky/Ernst/Schulz (Fn. 1), S. 79 ff.

²⁸⁷ *Ernst*, in: Schliesky/Ernst/Schulz (Fn. 1), S. 79 (89), vergleicht sie daher zutreffend mit der »verfahrens- oder organisationsrechtlichen Dimension« der Grundrechte.

mit Anderen ermöglicht. Hintergrund der räumlichen Komponente der Grundrechte ist – wie bereits für die Virtualität dargelegt – die Idee der griechischen Agora²⁸⁸. Unter demokratischer Perspektive ist es also erst die Öffentlichkeit, die dem Einzelnen und dem Volk die Möglichkeit gibt, eine Position einzunehmen, durch die eine Auseinandersetzung mit staatlichem Handeln und dessen Beeinflussung möglich wird²⁸⁹. Im Mittelpunkt steht dabei weniger das Ergebnis der Meinungsbildung als die Freiheit des Meinungsbildungsprozesses und der entsprechenden Verfahren²⁹⁰, »bildhaft also die Abfolge von Rede und Replik, wie sie auch schon die griechische Agora beherrscht hat«²⁹¹. Der öffentliche Raum wird so zu dem Ort, an dem eine Legitimationsrückkopplung, ein »systemtheoretisches Feedback«²⁹², erfolgt²⁹³. Neben die demokratische Komponente tritt jedoch gleichberechtigt auch eine für die Persönlichkeitsbildung und -entfaltung unabdingbare Funktion: Der öffentliche Raum ist wie kein anderer gesellschaftlicher Faktor darauf ausgerichtet, das Zusammentreffen mit anderen Menschen zu ermöglichen, er dient seit jeher der menschlichen Selbstdarstellung²⁹⁴. Dies zeigt sich nicht nur in den vielfältigen Entfaltungsmöglichkeiten durch Grundrechtsausübung im öffentlichen Raum und in der gleichgerichteten, übereinstimmenden Inanspruchnahme, sondern auch daran, dass der öffentliche Raum ein Ort ist, »an dem man lernen muss, sich auf andere Menschen einzulassen und mit ihnen umzugehen«²⁹⁵.

Vor diesem Hintergrund lassen sich für den – klassischen – öffentlichen Raum verschiedene Aufträge für das staatliche Handeln formulieren. »Erstens darf der öffentliche Raum, der sowohl eine formelle und eine materielle Komponente aufweist und damit nicht nur materiell der Allgemeinheit zur Nutzung zur Verfügung steht, sondern dabei auch formell einem öffentlich-rechtlichen Nutzungsregime unterfällt, nicht vollständig abgeschafft werden. [...] Zweitens muss ungeachtet dessen, je mehr dieser [...] öffentliche Raum durch einen lediglich materiell geprägten öffentlichen Raum ersetzt wird, die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte

²⁸⁸ Ernst, in: Schliesky/Ernst/Schulz (Fn. 1), S. 79 (85 ff.).

²⁸⁹ Vgl. Ernst, in: Schliesky/Ernst/Schulz (Fn. 1), S. 79 (87); Kugelmann, Die informatorische Rechtsstellung des Bürgers, 2001, S. 8.

²⁹⁰ Kloepfer, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 42 Rn. 12.

²⁹¹ Ernst, in: Schliesky/Ernst/Schulz (Fn. 1), S. 79 (87 f.).

²⁹² Vgl. hierzu Thiery, in: Mols/Lauth/Wagner (Hrsg.), Politikwissenschaft, 4. Aufl. 2003, S. 220; Naßmacher, Politikwissenschaft, 5. Aufl. 2004, S. 126; Waschkuhn, in: Nohlen (Hrsg.), Wörterbuch Staat und Politik, 3. Aufl. 1995, S. 761.

²⁹³ Vgl. Ernst, in: Schliesky/Ernst/Schulz (Fn. 1), S. 79 (88).

²⁹⁴ Ernst, in: Schliesky/Ernst/Schulz (Fn. 1), S. 79 (90); siehe zur These »Homo homini ad hominem medium est«, also des Angewiesenseins des Menschen auf andere Menschen und Kommunikationsbeziehungen Luch (Fn. 41), S. 3 f.

²⁹⁵ Huning, Politisches Handeln in öffentlichen Räumen, 2006, S. 12; Zöller, in: Wiegandt (Hrsg.), Öffentliche Räume – öffentliche Träume, 2006, S. 73 (75).

stärker auf etwaige private Nutzungsverhältnisse einwirken. Die grundrechtsverpflichtete Staatsgewalt trifft insofern eine Gewährleistungsverantwortung.«²⁹⁶

Überträgt man diese Betrachtung der räumlich-gegenständlichen Dimension der Grundrechte auf die Online-Grundrechte werden die Parallelen zur klassischen Grundrechtsausübung deutlich. Nicht nur einzelne der Online-Handlungsfreiheiten sind auf einen virtuellen öffentlichen Raum angewiesen, vielmehr ist die Existenz eines solchen Raums sowie der individuelle Zugang zu diesem Raum unabdingbare Entstehensvoraussetzung der Online-Grundrechte (in einem ersten Schritt) und einer digitalen Persönlichkeit (in einem zweiten Schritt)²⁹⁷: ohne virtuellen Raum keine virtuellen Grundrechte. Je mehr sich also das Internet zu einem System entwickelt, in und mithilfe dessen sich gesellschaftliche Teilhabe vollzieht, sich zunehmend Partizipations-, Meinungsbildungs-, Wirtschafts- und Verwaltungsprozesse, aber auch persönlichkeitsrelevante Aktivitäten ins Netz verlagern, das Internet also zur digitalen Agora im ursprünglichen und umfassenden Verständnis wird, umso bedeutsamer wird es also, staatlicherseits die Existenz und den Zugang zu sichern.

Aufgrund des Gleichlaufs der Bedeutung der analogen und digitalen Agora für das demokratische Gemeinwesen, die Entfaltung des Einzelnen und wirtschaftliche Abläufe passen sich auch die daraus ableitbaren Verpflichtungen des Staates an. Es geht also einerseits um Abwehrrechte (gegenüber staatlichen Maßnahmen, die den Zugang zu diesen öffentlichen Räumen beeinträchtigen) und andererseits um die Gewährleistung des öffentlichen Raums, wobei das beim klassischen Raum bestehende Verbot der »Vollprivatisierung« aufgrund des von Anfang an nicht-staatlichen, sondern ausschließlich privaten Charakters des Internets keine Entsprechung findet. Da der virtuelle öffentliche Raum also überwiegend ein lediglich materiell geprägter öffentlicher Raum ist, steht die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf etwaige private Nutzungsverhältnisse im Mittelpunkt bzw. muss vom Staat (z. B. durch Regulierungsmaßnahmen in Form eines Kontrahierungszwanges zur Sicherung des Zugangs) aktiviert und unterstützt werden. Auch geht es – anders als bei den realen Räumen – weniger darum, die Grundrechtsbetätigung in privat beherrschten, funktional aber öffentlichen Räumen, wie z. B. Flughäfen²⁹⁸, Einkaufspassagen etc., sicherzustellen. Es soll vielmehr der Zugang im Sinne der drei genannten Komponenten (individuelle und übergreifende Infrastruktur sowie individueller Zugang) ermöglicht werden, da aufgrund der Vielfalt der Angebote und Dienste eigentlich jeder einen virtuellen Raum, dessen Betreiber ihn zulässt, für

²⁹⁶ Ernst, in: Schliesky/Ernst/Schulz (Fn. 1), S. 79 (89).

²⁹⁷ Siehe Gliederungspunkt IV. 5. a. aa.

²⁹⁸ Grundlegend BVerfG, NJW 2011, 1201 ff.; dazu Enders, JZ 2011, 577 ff.; Payandeh, JR 2011, 421 ff.; Schaefer, Der Staat 51 (2012), 251 ff.

seine Grundrechtsentfaltung finden dürfte. Insbesondere stehen ausreichend nicht (im klassischen Sinn) kommerzialisierte Angebote zur Verfügung²⁹⁹.

2. Schutzrichtungen des Rechts auf Internet

Wie die Herleitung einer Gewährleistungsverantwortung des Staates zeigt, ist Kernbestandteil eines Rechts auf Internet der objektive Gewährleistungsgehalt, der den Staat dazu anhält, nicht nur die rechtliche Freiheit im Internet zu sichern, sondern auch die tatsächliche Möglichkeit, die Online-Handlungsfreiheit wahrzunehmen. Dabei kommt dem Staat ein weiter Einschätzungsspielraum zu: einerseits, welche Inhalte genau der Grundversorgung zugehörig sind, andererseits, wie diese Verantwortung realisiert werden soll. Beide Aspekte unterliegen zudem einem zeitlichen Wandel.

In diesem Kontext zeigt eine Parallele zu herkömmlichen Kommunikationsmedien, dass die »Möglichkeit, Inhalte zu verbreiten und einzuholen«, zwar »immer durch die intellektuellen und wirtschaftlichen Möglichkeiten der Einzelnen begrenzt war«³⁰⁰, für denjenigen Personenkreis, der auf staatliche Hilfe angewiesen ist, die Teilhabe am kulturellen und politischen Leben aber abgesichert wurde. Daher ist in engen Grenzen ein originärer Leistungsanspruch des Einzelnen anzuerkennen, der den Gestaltungsspielraum von Gesetzgebung und Verwaltung begrenzt. Dieser auf Art. 1 Abs. 1 GG rückführbare elementare Leistungsanspruch steht nicht zur Disposition. Er beinhaltet – bezogen auf das Recht auf Internet –, wie dargestellt³⁰¹, zum einen einen inhaltsneutralen Anspruch auf Zugang zum Netz, zum anderen eine modalitätsneutrale Absicherung der sozio-kulturellen Teilhabe, die gerade auch im Netz realisiert werden kann, aber keinesfalls ausschließlich darauf bezogen sein muss.

Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass leistungsrechtliche Ansprüche des Einzelnen auf Gewährung des menschenwürdigen Existenzminimums zu sonstigen Angeboten des Staates in einem Wechselverhältnis stehen. Der Verpflichtung zur Schaffung menschenwürdiger Lebensbedingungen kann der Staat nämlich sowohl durch materielle Leistungen als auch durch die Schaffung einer Infrastruktur und von Daseinsvorsorgeeinrichtungen nachkommen. So kann der Anspruch auf materielle Unterstützung geringer ausfallen, wenn zusätzlich ein gewisses Maß an kostenlosen oder kostengünstigen Angeboten bereitsteht; demgegenüber steigt der Bedarf, je

²⁹⁹ Gleichwohl erhalten die Diensteanbieter in der Regel eine Gegenleistung, bspw. in Form personenbezogener Daten, die dann auf andere Weise kommerzialisiert werden.

³⁰⁰ V. Lewinski, RW 2011, 70 (82 f.).

³⁰¹ Siehe Gliederungspunkt IV. 5. c.

mehr Angebote der sozio-kulturellen Teilhabe (auch im Internet) kommerzialisiert sind³⁰².

Ein so verstandenes Recht auf Internet realisiert sich also vorrangig über seine Leistungs-, Schutz- und objektive Funktion, dennoch sind abwehrrechtliche Gehalte nicht vollständig ausgeschlossen. Unterstellt man alle tatsächlichen Vorkehrungen für eine individuelle Teilhabe am Internet – also Infrastruktur, individueller Zugang und individuelle Infrastruktur – als gesichert (unabhängig davon, ob der Einzelne und der Markt dies aus eigener Kraft oder mithilfe staatlicher Aktivitäten realisieren konnten), kommt eine Beeinträchtigung durch einen Entzug jeder dieser Komponenten in Betracht. Insbesondere der (physische) Entzug der individuellen Infrastruktur oder eine (technische) Sperre des Zugangs sind durchaus vorstellbare staatliche Eingriffe³⁰³.

3. Bereitstellung einer übergreifenden Infrastruktur

Ohne eine übergreifende Telekommunikationsinfrastruktur ist eine Internetnutzung von vornherein ausgeschlossen. Die Versorgung mit leitungsgebundenen oder Funknetzen ist Teilelement des Rechts auf Internet – die Breitbanddebatte der letzten Jahre hat dies deutlich gezeigt³⁰⁴. Sie illustriert auch, dass in diesem Bereich die staatliche oder staatlich initiierte Bereitstellung durch Private den Schwerpunkt bilden muss – niemand kann auf sich allein gestellt für diese Infrastrukturen sorgen. Die übergreifende Infrastruktur bzw. die darauf bezogene Gewährleistungspflicht beinhaltet zwei Komponenten: einerseits Aufbau, Pflege und Betrieb der Netzinfrastrukturen, andererseits aber auch nachgelagert die Erbringung von Diensten auf den Netzen, ohne die die Infrastruktur für den Einzelnen ohne Nutzen bliebe.

Aufgrund der ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Anordnung in Art. 87f GG sind Gesetzgebung und Verwaltung hinsichtlich der Telekommunikation auf eine Gewährleistungsfunktion begrenzt, die staatliche Erfüllung ist also – anders als bspw. bei Verkehrsinfrastrukturen oder im öffentlichen Personennahverkehr – ausge-

³⁰² In diese Richtung ist auch der Hinweis des Bundesverfassungsgerichts zu verstehen, dass es dem Gesetzgeber (und der Verwaltung) grundsätzlich überlassen bleibt, »ob das Existenzminimum durch Geld-, Sach- oder Dienstleistungen« gesichert wird; vgl. BVerfGE 125, 175 (222); zutreffend auch v. *Lewinski*, RW 2011, 70 (83): »Doch ist hierbei herkömmlicherweise auch etwa die Auslage von Zeitungen in öffentlichen Bibliotheken als Leistungsgewährung zu berücksichtigen. – Auf das Internet übertragen bedeutet dies, dass zukünftig einmal existierender kostenpflichtiger Content bei der Berechnung des Existenzminimums berücksichtigt werden muss, soweit er existenznotwendig ist und nicht kostenlos oder öffentlich-rechtlich erbracht wird«.

³⁰³ Dazu Gliederungspunkt VI. 1.

³⁰⁴ Aus juristischer Perspektive *Ritgen*, NdsVBI 2011, 97 ff.; *Koenig*, N&R 2011, 168 ff.; *Kühling*, WiVerw 2010, 135 ff.; *Holznagel/Deckers*, DVBI 2009, 482 ff.; *Holznagel/Deckers/Schramm*, NVwZ 2010, 1059 ff.

geschlossen³⁰⁵. Dieses Privatwirtschaftlichkeitsgebot ist zwar grundsätzlich zu begrüßen, sinnvolle staatliche Maßnahmen neben dem definitiv unzulässigen »verwaltungsmäßigen, unmittelbar daseinsvorsorgerisch motivierten Netzbetrieb durch den Staat oder Kommunen selbst«³⁰⁶ sind aufgrund dessen jedoch einer erhöhten Rechtfertigungsbedürftigkeit ausgesetzt. Art. 87f GG wird also vorrangig durch gesetzliche Bestimmungen zur Regulierung des Marktes und zu seiner Beaufsichtigung realisiert³⁰⁷. Dennoch geht es nicht ausschließlich um hoheitliche Eingriffsverwaltung³⁰⁸, statthaft sind vielmehr auch Formen der indirekten (externen) Steuerung durch finanzielle Förderung³⁰⁹.

Art. 87f GG enthält aber nicht nur Vorgaben zu den Modalitäten der Sicherstellung einer hinreichenden Versorgung, sondern unabhängig von den genannten Begründungsansätzen darüberhinaus auch eine unmittelbare Gewährleistungsverpflichtung. Sowohl Infrastrukturauftrag als auch Privatwirtschaftlichkeitsgebot beziehen sich nicht allein auf ausreichende Dienstleistungen auf bereits vorhandenen Netzen, sondern – gleichsam reflexartig – auch auf die logisch vorgelagerte Frage der staatlichen Gewährleistung des ausreichenden Vorhandenseins und nötigenfalls Aus- und Aufbaus von Netzinfrastrukturen, wie sie für ein ausreichendes Dienstleistungsniveau notwendig sind³¹⁰.

Die Gewährleistungsverpflichtung des Art. 87f GG umfasst allerdings nur die explizit genannte »Minimalgarantie« flächendeckender, angemessener und ausreichender Dienstleistungen im Bereich der Telekommunikation. Was insoweit im Einzelnen erforderlich ist, unterliegt der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers³¹¹; Art. 87f GG dürfte – in verfassungsgemäßer Weise – insofern von der Universaldienstverpflichtung der §§ 78 ff. TKG ausgefüllt sein. Diese schließt allerdings nur einen »funktionalen«, d. h. nicht zwingend breitbandigen Internetzugang ein³¹². Eine weitergehende Infrastrukturverantwortung des Staates ausgehend vom objektiven Gehalt der (Online-) Grundrechte oder über das Sozialstaatsprinzip wird jedoch von Art. 87f GG nicht ausgeschlossen³¹³; die Vorschrift dürfte dann hinsicht-

³⁰⁵ Allerdings ist diese verfassungsrechtliche Vorgabe ihrerseits nicht zum unantastbaren Essential der grundgesetzlichen Ordnung (Art. 79 Abs. 3 GG) zu zählen; sollte das erforderliche Versorgungsniveau so nicht gesichert werden können, entstünde ein verfassungsimmanenter Konflikt zwischen den grundrechtlich oder sozialstaatlich begründeten Pflichten auf der einen und dem Privatisierungsgebot des Art. 87f GG auf der anderen Seite.

³⁰⁶ Möstl, in: Maunz/Dürig (Fn. 30), Art. 87f Rn. 33.

³⁰⁷ Remmert, in: Epping/Hillgruber (Fn. 59), Art. 87f Rn. 9.

³⁰⁸ Möstl, in: Maunz/Dürig (Fn. 30), Art. 87f Rn. 77.

³⁰⁹ Cornils, AöR 131 (2006), 377 (411 ff.).

³¹⁰ Lepsius, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2009, § 4 Rn. 95; Kugelmann, VerwArch 95 (2004), 515 (521).

³¹¹ Remmert, in: Epping/Hillgruber (Fn. 59), Art. 87f Rn. 8.

³¹² Schliesky (Fn. 34), S. 308; Holznagel/Enaux/Nienhaus (Fn. 34), § 15 Rn. 610.

³¹³ So ausdrücklich auch v. Lewinski, RW 2011, 70 (73 f.).

lich der Erfüllungsmodalitäten aber ebenfalls Anwendung finden. Je mehr weitere Dienstleistungen (Breitband, mobile Dienste etc.) zu einer als unverzichtbar empfundenen Grundversorgung gezählt werden³¹⁴, desto mehr besteht ausgehend von Art. 87f GG eine Verpflichtung, durch geeignete Maßnahmen – und sei es außerhalb des Universaldienstkonzepts – auf einen ausreichenden Versorgungsgrad hinzuwirken. Aber auch jenseits dieses Bereichs folgt aus Art. 87f GG eine Direktive, in einer zukunftsgerichteten Weise neue Technologien, die vielleicht erst in einigen Jahren zum Standard werden (z. B. Next Generation Networks³¹⁵), bereits in der Gegenwart entsprechend zu fördern und einer geeigneten Regulierung zuzuführen (Optimierungsgebot)³¹⁶.

4. Individueller Zugang zum Internet

Zumal eine Telekommunikationsinfrastruktur für sich genommen nicht geeignet ist, ihre spezifische (gesellschaftliche) Funktion zu erfüllen, bedarf der Einzelne auch eines individuellen Zugangs zum Netz. Der individuelle Zugang zum Internet setzt dabei die grundsätzliche Möglichkeit voraus, einen entsprechenden Dienstleistungsvertrag über den Zugang – zu bestimmten Modalitäten – mit einem Provider abzuschließen.

Da unterschiedliche Qualitätsniveaus hinsichtlich des Zugangs existieren, ist zunächst zu klären, wie weit die staatliche Gewährleistungsverantwortung konkret reicht³¹⁷. Die übergreifenden Infrastrukturen sichern nämlich grundsätzlich ein deutlich höheres Versorgungsniveau ab als dem Einzelnutzer für eine der gesellschaftlichen Funktion gerecht werdende Teilhabe zur Verfügung stehen muss. Welche Dienstqualität der Einzelne nutzen kann, richtet sich vorrangig nach der vertraglichen Absprache mit seinem Anbieter, darüberhinaus aber auch nach der Universaldienstverpflichtung. Die Breitband-Debatte hat gezeigt, dass das – auch für die gesellschaftliche Teilhabe – erforderliche und gewünschte Breitbandniveau einem rapiden zeitlichen und technischen Wandel unterworfen ist. Umso schwerer wird die Bestimmung des gesellschaftlichen Minimums. Es bestehen jedoch berechtigte Zweifel, ob der »funktionale Zugang«, der von den §§ 78 ff. TKG gesichert wird und nur »schmalbandiges« Internet erfasst, dieses Minimum hinreichend sichert. Wo innerhalb der Breitbandangebote derzeit die Grenze liegt, die die staatliche Gewährleistung auslöst, lässt sich nur schwer näher eingrenzen. Vergegenwärtigt man sich aber die mit neuartigen Funktionen (z. B. Online-Videotheken, Online-Bibliotheken sowie Geoinformationsdiensten wie Google StreetView) verbundenen Up- und Download-Raten, ist in nächster Zeit ein erheblicher Anstieg zu erwarten.

³¹⁴ Möstl, in: Maunz/Dürig (Fn. 30), Art. 87f Rn. 72.

³¹⁵ Kühling, WiVerw 2010, 135 ff.; Fetzer, WiVerw 2010, 145 ff.

³¹⁶ Möstl, in: Maunz/Dürig (Fn. 30), Art. 87f Rn. 72.

³¹⁷ Vgl. dazu insbesondere die Debatte um eine Erweiterung des Universaldienstes im Zuge einer Novelle des TKG; exemplarisch Gerpott, CR 2011, 568 ff.; Kirchner, CR 2011, 365 ff.

Der individuelle Zugang (besser: die individuelle *Zugangsmöglichkeit*) ist, unabhängig davon, welches Qualitätsniveau man für notwendig erachtet, aufgrund dieser Bedeutung staatlicherseits abzusichern. Die Gewährleistungsverantwortung bezieht sich jedoch ausschließlich auf das gesellschaftliche Minimum, darüberhinaus ist der Staat (aus verfassungsrechtlichen Gründen) nicht gehindert, den Markt sich vollständig frei entfalten und regulieren zu lassen³¹⁸. Aufgrund des Subsidiaritätsprinzips³¹⁹ ist eine Aktivierung der Gewährleistungsverantwortung zusätzlich davon abhängig, dass der Markt das erforderliche Minimum – für alle und zu angemessenen Preisen – nicht von sich aus zur Verfügung stellt, wie auch das Instrument des Universaldienstes der §§ 78 ff. TKG seine disziplinierende Wirkung weitgehend aus dem ihm innewohnenden »Drohpotenzial« entfalten konnte³²⁰. Als Optionen, den individuellen Zugang effektiv abzusichern, kommen also in Betracht:

- zunächst die Verpflichtung (marktmächtiger) Unternehmen, diese Minimaldienste jedermann zu angemessenen Preisen anzubieten (vgl. §§ 78 ff. TKG), da angesichts des Privatisierungsgebotes dem Staat die Möglichkeit der »Selbsterbringung«, wie z. B. beim ÖPNV, untersagt ist, sowie
- die Absicherung des Zugangs zu diesen Diensten über einen Kontrahierungszwang (marktmächtiger Unternehmen), wie er sich im TKG (§ 84 Abs. 1 TKG³²¹) finden lässt.

Neben einer vertraglichen Abrede setzt der individuelle Zugang jedoch auch – in der Regel – finanzielle Mittel voraus, zumal der Provider ein Entgelt für seine Dienstleistungen einfordern wird. Die »diskriminierungsfreie telekommunikative Zugangsmöglichkeit« ist keine hinreichende Bedingung für einen tatsächlichen Zugang³²². Vertragsschluss und regelmäßige Zahlung der Vergütung sichern erst im Zusammenspiel den individuellen Zugang. Zumal der Markt bei einer entsprechenden Gewinnaussicht bereit ist, derartige Angebote, auch an jedermann, zur Verfügung zu stellen, dürfte sich die Finanzierbarkeit des individuellen Zugangs als relevanterer Aspekt erweisen.

³¹⁸ Soweit nicht ausnahmsweise seitens eines Unternehmens eine marktbeherrschende Stellung ausgenutzt wird und daher das einfachgesetzliche Kartell- und Wettbewerbsrecht entsprechend zur Anwendung kommt.

³¹⁹ Allgemein zum Prinzip der Subsidiarität *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassung, 1968, S. 278 f.

³²⁰ So auch *Schneider*, in: Fehling/Ruffert (Fn. 308), § 8 Rn. 67.

³²¹ Diese Norm enthält einen Rechtsanspruch des »Endnutzers« auf Zugang zum Sprachtelefondienst und zu anderen Universaldienstleistungen i. S. d. §§ 78 ff. TKG »im Rahmen der Gesetze und der allgemeinen Geschäftsbedingungen«; ausführlich dazu *Cornils*, in: Geppert u. a. (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 2006, § 84 Rn. 8 ff.

³²² V. *Lewinski*, RW 2011, 70 (74).

Auch diesbezüglich stehen dem Staat unterschiedliche Realisierungsvarianten zur Verfügung:

- die Subventionierung von Telekommunikationsanbietern, einerseits um deren Kosten zu senken und so einen preiswerteren Endkundenpreis zu ermöglichen (eine im öffentlichen Personennahverkehr verbreitete Praxis³²³); andererseits erscheint es denkbar, die Förderung mit einer Auflage zu verbinden, (bestimmten Bevölkerungsgruppen) bestimmte Konditionen zu gewähren.
- die Verpflichtung der Anbieter, bestimmten Bevölkerungsgruppen sogenannte »Sozialtarife« zur Verfügung zu stellen, soweit der Markt diese nicht von sich aus anbietet³²⁴.
- die Einbeziehung in staatliche Sozialleistungen, wie z. B. in § 5 Abs. 1 Abt. 8 RBEG, der für den Aspekt der »Nachrichtenübermittlung« einen Betrag von 31,96 € ansetzt und mithin aufgrund der derzeitigen Marktpreise auch eine (Breitband-) »Flatrate« absichern dürfte³²⁵.
- sowie schließlich die Bereitstellung alternativer Zugangsmöglichkeiten.

5. Individuelle Infrastruktur (Hard- und Software)

Das Recht auf Internet realisiert sich schließlich nur, wenn bestimmte individuelle Infrastrukturkomponenten vorgehalten bzw. beschafft werden können³²⁶. Zunächst ist die Erschließung von Wohngebäuden mit Telekommunikationsleitungen erforderlich (»letzte Meile«); der individuelle Nutzer benötigt zudem Hard- und Softwarekomponenten – sei es in Form eines klassischen PCs oder zunehmend anderer, auch mobiler Datenendgeräte.

Dieser Aspekt zwingt zu einem Vergleich mit dem Zugang zu klassischen Verkehrsinfrastrukturen: Die Vorhaltung einer individuellen Infrastruktur in Form eines Kraftfahrzeugs ist angesichts des bestehenden ÖPNV nicht erforderlich³²⁷ und wird daher zutreffend auch nicht (nicht einmal durch Ansparen) in den Regelbedarf

³²³ In Form sog. Ausgleichszahlungen; dazu *Queisner*, IR 2008, 109 ff.

³²⁴ Vgl. zum Sozialtarif der Deutschen Telekom AG v. *Lewinski*, RW 2011, 70 (74, Fn. 21).

³²⁵ V. *Lewinski*, RW 2011, 70 (75).

³²⁶ Ausgeblendet bleibt hier der Aspekt, dass die Nutzer auch über entsprechende Expertise und Kompetenzen verfügen müssen (v. *Lewinski*, RW 2011, 70 [75]); dabei handelt es sich nicht um einen »internetspezifischen« Gesichtspunkt, vielmehr ist die Möglichkeit, zu kommunizieren bzw. Inhalte zu verbreiten oder einzuholen, immer (auch) durch die intellektuellen Fähigkeiten des Einzelnen begrenzt; so zutreffend zur Meinungs- und Informationsfreiheit *Schmidt-Jortzig*, in: *Isensee/Kirchhof* (Fn. 219), § 162 Rn. 43.

³²⁷ Vgl. bspw. LSG München, Beschl. v. 29. 01. 2010, L 7 AS 41/10 B ER, zitiert nach juris: »Auch Winterreifen und Reparaturen für den Pkw sind kein unabweisbarer Existenzbedarf, zumal der Beschwerdeführer im Bereich des Personennahverkehrs wohnt«.

einbezogen. Die Verfügbarkeit eines ausreichenden Angebots von Hard- und Software wird vom Markt gesichert, jedoch kann die erforderliche Infrastruktur nur beschafft und unterhalten werden, soweit entsprechende finanzielle Mittel zur Verfügung stehen. Die soziale Grundsicherung soll einen PC bisher nicht umfassen³²⁸, sodass dieser für Leistungsempfänger nur durch Ansparen³²⁹ aus den im Regelsatz enthaltenen Mitteln³³⁰ finanziert werden kann. Ob diese von der Sozialgerichtsbarkeit vertretene Ansicht allerdings Bestand haben wird, erscheint angesichts des rasanten Wachstums und der kurzen Innovationszyklen im IT-Bereich fraglich. Zutreffend ist, dass »nicht allein die Verbreitung bestimme, ob ein Einrichtungsgegenstand für einen Empfänger von Leistungen nach dem SGB II als Erstausrüstungsgegenstand erforderlich sei«, es vielmehr »wesentlich sei, ob ein PC für eine geordnete Haushaltsführung notwendig sei und der Leistungsempfänger ihn für ein an den herrschenden Lebensgewohnheiten orientiertes Leben benötige«³³¹. Zwar lässt sich »ein Haushalt ohne Probleme ohne einen PC führen«, ob er tatsächlich aber auch »für die Grundversorgung mit Informationen« entbehrlich ist, »da diese durch Fernseh- und Rundfunkgeräte sichergestellt werden könnte«³³², erscheint mittlerweile fraglich, zumal sich immer mehr Lebensbereiche ins Internet verlagern. Ein an den »herrschenden Lebensgewohnheiten orientiertes Leben« erfordert einen PC mit Internetzugang allemal.

Eine weitere Maßnahme, mit der der Staat seiner auf die individuelle Infrastruktur bezogenen Gewährleistungsverantwortung nachkommen kann, ist die Option, diese von der Zwangsvollstreckung auszunehmen³³³, also den Entzug zu untersagen. Da dies zum Teil bereits heute unter Berufung auf § 811 Abs. 1 Nr. 1 oder 5 ZPO erfolgt, ist der Schutz desjenigen, der bereits »besitzt«, weitergehend als desjenigen, der auf staatliche Leistungen angewiesen ist³³⁴. Jedenfalls dürfte eine – 2004 schon zweifelhafte – Ansicht, nach der »ein Computer mit Monitor und Drucker auch dann pfändbar ist, wenn der Schuldner als Jura-Student geltend macht, diesen zur Erstellung von Hausarbeiten während seines Studiums zu benötigen, weil Hausarbeiten auch mit einer Schreibmaschine geschrieben werden können

³²⁸ V. Lewinski, RW 2011, 70 (71) m. w. N.

³²⁹ LSG München, Beschl. v. 29. 01. 2010, L 7 AS 41/10 B ER, zitiert nach juris.

³³⁰ Bspw. für »Freizeit, Unterhaltung, Kultur«, »Bildung«, »Innenausstattung, Haushaltsgeräte und -gegenstände« sowie »andere Waren und Dienstleistungen« (§ 5 Abs. 1 Abt. 9, 10 und 12 RBEG).

³³¹ LSG Essen, Beschl. v. 23. 04. 2010, L 6 AS 297/10 B, zitiert nach juris.

³³² LSG Essen, Beschl. v. 23. 04. 2010, L 6 AS 297/10 B, zitiert nach juris.

³³³ Insofern dürfte es sich eher um die abwehrrechtliche, auf Art. 14 GG rückführbare, Komponente eines Rechts auf Gewährleistung des Existenzminimums handeln; zur Einbeziehung von abwehrrechtlichen Gehalten in den Schutz des Existenzminimums Schulz, in: Schliesky/Ernst/Schulz (Fn. 1), S. 17 ff.

³³⁴ Auf diese Diskrepanz weist v. Lewinski, RW 2011, 70 (75), zutreffend hin.

und in dieser Form auch akzeptiert werden«³³⁵, mittlerweile überholt sein. Ob insofern die Differenzierung zwischen Anspruch und Abwehrrecht mit der Bedeutung des Internets, des Zugangs zu diesem und damit auch der Zugangsinfrastruktur vereinbar ist, erscheint zumindest zweifelhaft.

Fraglich ist weiterhin, ob es tatsächlich *individueller* Infrastrukturkomponenten bedarf oder nicht die allgemein zugängliche staatliche Bereitstellung ein taugliches Äquivalent ist. So heißt es: »Der Zugang zum Internet muss nicht zwingend von daheim und mit eigenem Rechner hergestellt werden können, sondern der Betroffene kann auch auf den Besuch eines Internet-Cafés verwiesen werden«³³⁶. Im Grundsatz ist in der Tat anzuerkennen, dass der Staat seinen Verpflichtungen sowohl durch materielle Leistungen als auch durch die Schaffung von Daseinsvorsorgeeinrichtungen nachkommen kann, auf die er die Bürger vorrangig verweisen darf. Insofern müssen diese Vorkehrungen des Staates auch bei der zeit- und realitätsgerechten Ermittlung³³⁷ des Umfangs eines subjektiven Rechts auf Gewährung und Achtung des menschenwürdigen Existenzminimums Berücksichtigung finden. Dieser Zusammenhang lässt sich an zahlreichen Beispielen belegen: Sozio-kulturelle Teilhabe lässt sich einerseits durch eine bessere individuelle finanzielle Ausstattung der Grundrechtsträger sichern, andererseits aber auch durch kostenfreie oder kostengünstige Bildungsangebote (Nachhilfe, Volkshochschule), durch öffentliche Bibliotheken, die auch Tageszeitungen und Internetzugänge zur Verfügung stellen, durch einen subventionierten öffentlichen Nahverkehr oder durch Aktionsprogramme, die eine Teilhabe von Kindern aus benachteiligten Familien in Sport- und Musikvereinen ermöglichen.

Allerdings muss im Kontext des Zugangs zum Internet auch der Wandel der Internet-Kommunikation berücksichtigt werden: Während diese zunächst primär einer Informationsbeschaffung diente (sodass der Vergleich mit der Auslage von Zeitungen in Bibliotheken tatsächlich angebracht erschien), hat der Übergang zum Web 2.0 zahlreiche andere – auch (höchst-) persönliche – Interaktionen ins Internet überführt und neue Kommunikationsformen (Video-Telefonie, Echtzeit-Chat etc.) ermöglicht. Insofern kommen Internet-Cafés und andere frei zugängliche Einrich-

³³⁵ So das AG Kiel, JurBüro 2004, 334 f.; geradezu fortschrittlich das AG Bersenbrück (DGVZ 1990, 78) bereits vor über 20 Jahren: »Betreibt der Schuldner als Versicherungskaufmann eine Versicherungsagentur, so ist eine bei seiner Arbeitstätigkeit eingesetzte Computeranlage nicht pfändbar. Zwar hat der Schuldner die Möglichkeit, sich die gespeicherten Daten ausdrucken zu lassen oder auf Diskette zu übertragen, und mit einer manuellen Kartei oder einer sogenannten Bestandsliste zu arbeiten, doch wäre dann eine rationelle Arbeitsweise nicht mehr möglich, da dadurch ein Zeit- und Kostenaufwand entstehen würde, der nicht mehr zumutbar wäre. Bei der Erforderlichkeit ist nämlich darauf abzustellen, ob der Schuldner unter Berücksichtigung der Brancheneigenart, der Konkurrenz und der technischen Entwicklung auf den Gegenstand angewiesen ist«.

³³⁶ V. Lewinski, RW 2011, 70 (76).

³³⁷ Die das BVerfG von Gesetzgebung (und Verwaltung) einfordert; vgl. BVerfGE 125, 175 (232).

tungen weit weniger als taugliches Äquivalent zum »eigenen PC« in Betracht, zumal diese Art der Internet-Kommunikation auch einen räumlichen Rückzugsraum erfordert. So wurde auch der »Anspruch« auf einen eigenen Telefonanschluss nicht mit der Begründung, es stünden auch Telefonzellen in ausreichender Anzahl zur Verfügung, in Frage gestellt. In jedem Fall ist aufgrund der Entwicklungsoffenheit ein kontinuierlicher Abgleich mit den veränderten Realbedingungen und ggf. eine Anpassung des Rechtsrahmens erforderlich. Offensichtlich orientiert sich die derzeitige Rechtsprechung in diesem Kontext noch an einer Charakterisierung des Internets als eine Informationsquelle neben anderen.

6. Realisierungskompetenz

Allein die Anerkennung einer staatlichen Gewährleistungsverantwortung für die drei Komponenten eines Rechts auf Internet (übergreifende und individuelle Infrastruktur sowie Zugangsmöglichkeiten für jedermann) trifft keine Aussage darüber, welche staatliche Ebene – Bund, Länder, Kommunen – zur Realisierung aufgerufen ist. Ob der Bundes- oder der Landesgesetzgeber für die Konkretisierung der Basiselemente des Daseins und der Basis-Grundversorgung in bestimmten Sachbereichen zuständig ist, beurteilt sich zunächst nach der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung. In den Gesetzgebungskompetenzkatalogen der Art. 73 und 74 GG finden sich zahlreiche Anhaltspunkte (Schienenverkehr, Postwesen und Telekommunikation, Recht der Wirtschaft usw.); soweit die Verantwortung für das Dasein der Bürger also »durch Gesetze« verwirklicht werden soll, sind darüberhinaus im Zweifel nach Art. 70 Abs. 1 GG die Länder handlungsberechtigt und in engen Grenzen auch handlungs verpflichtet. Für die gesetzessfreie Verwaltung besteht aufgrund des Art. 30 GG ebenfalls ein Handlungsvorrang der Landes-, einschließlich der Kommunalverwaltungen, die staatsrechtlich der Landesebene zuzuordnen sind.

Dies führt dazu, dass für die hinreichende Abdeckung mit übergreifenden Infrastrukturen, die durch regulative Eingriffe in den Markt realisiert wird, vorrangig der Bund verantwortlich ist. Dies ergibt sich einerseits unmittelbar aus Art. 87f GG³³⁸, andererseits daraus, dass das Recht der Wirtschaft ebenso wie das Telekommunikationsrecht weitgehend vom Bund gestaltet werden (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11, Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG). Gleiches gilt auch für die gesetzlichen Maßnahmen zur Absicherung des individuellen Zugangs (bspw. Universaldienst und Kontrahierungszwang aus dem TKG) sowie die Absicherung der finanziellen Grundlagen des Zugangs für diejenigen Personengruppen, die nicht selbst über die erforderlichen Mittel verfügen. Dieser Teilbereich ist dem Recht der sozialen Sicherung zugehörig und damit ebenfalls dem Bund überantwortet (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG).

³³⁸ Zu Kompetenzfragen im Rahmen des Art. 87f GG auch v. *Lewinski*, RW 2011, 70 (71, Fn. 12); *Windthorst*, in: Sachs (Fn. 68), Art. 87f Rn. 32.

Dennoch bleiben vor allem hinsichtlich des individuellen Zugangs und der individuellen Infrastruktur Handlungsspielräume für die Bundesländer. Gleiches gilt für den Bereich der übergreifenden Infrastrukturen – bspw. in Form der Subventionierung des Breitbandausbaus im ländlichen Raum. Auch unter dem Regelungsregime des Art. 87f GG wird man es als eine zulässige (d. h. vom Gebot privatwirtschaftlicher Leistungserbringung nicht erfasste, aber am EU-Beihilfenregime zu messende) Form eines verwaltungsmäßigen Netzausbaus ansehen können, wenn der Staat oder eine Kommune Übertragungswege, die der Markt nicht bereitstellt, in Eigenregie errichtet; nicht um diese dann selbst technisch zu betreiben und auf ihnen Telekommunikationsdienstleistungen anzubieten, sondern um diese (im Wege der Vermietung, Veräußerung oder auf sonstige Weise) einem Betreiber und Anbieter zur Verfügung zu stellen, der seinerseits dem Privatwirtschaftlichkeitsgebot genügt³³⁹.

Die kommunale Ebene wird eine Rolle primär bei der Schaffung oder Förderung alternativer Zugangsmöglichkeiten einnehmen können. Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 GG steht »neben« den Kompetenzen von Bund und Ländern, nämlich immer dann, wenn eine Aufgabe gesetzlich nicht einer anderen Ebene (oder den Kommunen pflichtig) zugewiesen wurde, es sich um eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft handelt und andere gesetzliche Vorschriften nicht entgegenstehen. In diesen Fällen ist die kommunale Ebene aufgrund ihres Aufgabenfindungsrechts berechtigt, sich solcher Bereiche anzunehmen, die auch der Absicherung einer Basis-Grundversorgung dienen, also der Daseinsvorsorge zugehörig sein können. Das Handeln der Kommune kann dabei gerade auch von dem Gedanken getragen sein, eine Verpflichtung zur Vorhaltung existenzieller Einrichtungen für die Bürger zu realisieren. Vereinzelt kommunale Projekte, die sich zum Ziel gesetzt haben, der Gemeindebevölkerung ein kostenloses (oder zumindest günstiges) flächendeckendes kommunales W-LAN-Netz anbieten zu können, zeugen von der Bedeutung der sicheren und schnellen Versorgung mit Informationen³⁴⁰; das Angebot von Internet-Terminals in Rathäusern und Bibliotheken ergänzt die zur Realisierung des Rechts auf Internet ergriffenen Maßnahmen der Kommunen.

³³⁹ *Stephan*, Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden auf dem privatisierten Telekommunikationsmarkt, 2009, S. 107 f.

³⁴⁰ Vgl. zu nationalen und internationalen Initiativen sowie den Zielsetzungen der Akteure *Haack*, *VerwArch* 99 (2008), 197 (198 f.).

VI. Eingriffe und Schranken

Hinsichtlich der denkbaren staatlichen Eingriffe in die Online-Grundrechte oder das Recht auf Internet muss ebenfalls zwischen der technischen Zugangsebene und inhaltsbezogenen Maßnahmen differenziert werden. Weiterhin erscheint es denkbar, anbieter- und nutzerbezogene Eingriffe auseinanderzuhalten, wobei auf der Anbieterseite die internetspezifischen Maßnahmen häufiger vorkommen dürften als auf der Nutzerseite, bei der in der Regel modalitätsneutrale Handlungsvorgaben existieren. Damit ist ein weiteres Differenzierungskriterium angesprochen: Als »internetspezifisch« sind staatliche Maßnahmen zu klassifizieren, die gerade (und ausschließlich) für Betätigungen im Internet Geltung beanspruchen, z. B. auf Anbieterseite die Verpflichtung zur Kennzeichnung von Homepages³⁴¹, zur Einführung von Altersverifikationssystemen³⁴² oder auch die vieldiskutierte Sperrung von Homepages³⁴³. »Modalitätsneutral« sind hingegen z. B. die Verbote, pornografische oder nationalsozialistische Inhalte zu verbreiten – diese beziehen sich sowohl auf klassische Verbreitungsformen als auch auf die Online-Verbreitung³⁴⁴.

Angesichts dieser Vielgestaltigkeit der Eingriffe, die Auswirkungen auch auf das Handeln im Netz haben, soll hier ein begrenzter Fokus gewählt werden. Betrachtet werden nur internetspezifische Maßnahmen, die auf die Nutzer einwirken – allerdings unabhängig davon, ob der Zugriff das technische und damit zwangsläufig auch das inhaltliche Recht auf Internet oder Letzteres isoliert betrifft. Folgende staatliche Maßnahmen stehen damit im Mittelpunkt der nachfolgenden Betrachtung:

- Die als Eingriff in das **Recht auf Internet** zu wertenden und den individuellen Zugang betreffenden präventiven und repressiven Maßnahmen, also der »Internet-Führerschein« und die **Zugangssperre**. Beide sind – auch wenn durch eine bestimmte »Verfehlung« motiviert³⁴⁵ – inhaltsneutral und daher primär als Eingriff in das Recht auf Internet anzusehen, auch wenn zugleich (zwangsläufig) die Wahrnehmung der inhaltlichen Online-Grundrechte eingeschränkt wird. Eine Sperre ist jedoch als *actus contrarius* ebenso wie der positive Zugang inhaltsneutral, zumal derzeit aus

³⁴¹ Bspw. in Form der Impressumspflichten nach dem TMG; dazu *Schulte*, CR 2004, 55 ff.; *Klute*, MMR 2003, 107 f.

³⁴² Dazu *Engels/Jürgens*, NJW 2008, 1887 f.; *Liesching*, MMR 2008, 802 ff.

³⁴³ Bspw. nach dem Zugangerschwerungsgesetz; vgl. dazu *Gercke*, RdJB 2010, 436 ff.; *Koreng*, Jura 2010, 931 ff.; *Kahl*, SächsVBl 2010, 180 ff.; *Schnabel*, JZ 2009, 996 ff.; *Frey/Rudolph*, CR 2009, 644 ff.

³⁴⁴ So erfasst das »Zugänglichmachen« im Sinne des § 184 StGB auch die Bereitstellung auf einem Server in Computernetzen wie dem Internet, BGHSt 47, 55.

³⁴⁵ Diskutiert vor allem im Kontext von Urheberrechtsverletzungen; vgl. zum französischen Modell Fn. 346.

technischen Gründen die Sperrung einzelner Inhalte nicht generell, aber für einzelne Nutzer ausscheiden dürfte. Diesen Maßnahmen gleichzusetzen wäre ein Entzug der individuellen Infrastruktur.

- Hinsichtlich der **Online-Handlungsfreiheiten** die Überwachung des Verhaltens der Nutzer im Internet bzw. in sozialen Netzwerken, die sich zutreffend als »**Online-Streifek**« bezeichnen lässt. Selbst wenn der gesamte »Traffic« erhoben wird, ist Zweck derartiger Maßnahmen nicht die Überwachung des technischen Zugangs, sondern der über diesen geäußerten oder verbreiteten Inhalte. Diese werden jedenfalls über Art. 2 Abs. 1 GG in Form der allgemeinen Online-Handlungsfreiheit, oftmals aber auch durch spezielle Online-Grundrechte bzw. die digitale Dimension der speziellen Freiheitsrechte oder über das Recht auf informationelle Selbstbestimmung geschützt.
- Demgegenüber bezieht sich die **Online-Durchsuchung** (in Form der Recherche auf dem Endgerät des Nutzers und nicht zur Ermöglichung einer Quellen-TKU³⁴⁶) auf das **Online-Persönlichkeitsrecht**. Die auf einem Rechner vorhandenen Daten sind zwar (unbewusstes oder bewusstes) Ergebnis von Online-Aktivitäten, die über die Online-Handlungsfreiheit geschützt sind. Diese Daten werden aber über das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und die betroffenen Systeme ergänzend durch das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme als benannte Teilgehalte des allgemeinen – auch digitalen – Persönlichkeitsrechts geschützt.

1. Recht auf Internet: Internetsperren und Internetführerschein

Betrachtet man die Ebene des individuellen Zugangs bleibt zunächst festzuhalten, dass dieser derzeit weder rechtlich eingeschränkt ist³⁴⁷, noch tatsächlich einschränkbar erscheint. Jeder der über die erforderliche Infrastruktur, einen Providervertrag und die erforderlichen finanziellen Mittel verfügt bzw. diese vom Staat zur Verfügung gestellt bekommt, kann die Dienste im Internet nutzen. Es findet weder eine präventive Kontrolle statt, noch bestehen Sanktionen, die repressiv, bspw. bei Straftaten im Internet³⁴⁸, bestimmte Personen vom Netz ausschließen

³⁴⁶ Zu beiden Varianten *Luch*, Bonner Rechtsjournal 1/2012, 34 ff.

³⁴⁷ Eine Ausnahme gilt für Strafgefangene, für die die Telekommunikation – und damit auch der Zugang zum Internet – beschränkt wird; vgl. §§ 28, 32, 70 Abs. 2 Nr. 2 StVollzG; kritisch dazu jüngst *Wawzyniak*, KritV 2012, 198 ff.

³⁴⁸ Jüngst *Krumm*, ZRP 2011, 152 ff.; insbesondere diskutiert im Kontext von Urheberrechtsverletzungen; zum französischen »Hadopi«-Gesetz *Pritzkow*, MR-Int 2010, 51 ff.; *Geiger*, IIC 2011, 457 ff.; *Solmecke/Sebastian/Sahuc*, MMR-Aktuell 2011, 316298; s. auch *Greve/Schärdel*, ZRP 2009, 54 ff.; die Forderung nach dem sog. Three-Strikes-Verfahren wurde zuletzt prominent

könnten. Präventiv käme die Einführung einer Berechtigung zur Nutzung des Netzes in Betracht; repressiv die Zugangssperre, sei es isoliert oder im Zusammenspiel mit präventiven Maßnahmen als Entzug einer zuvor erteilten Erlaubnis.

Das Stichwort »Internet-Führerschein« (eigentlich geht es um das Äquivalent der Fahrerlaubnis) steht derzeit vor allem als Synonym für die (fehlende) Medienkompetenz von Jugendlichen und für Maßnahmen, die sich zum Ziel gesetzt haben, hier Abhilfe zu schaffen³⁴⁹. Weitergehende präventive Maßnahmen im Sinne einer Erlaubnis werden nicht ernsthaft diskutiert. Beklagt wird vor allem der leichtfertige Umgang mit personenbezogenen Daten in sozialen Netzwerken. Weitergehende politische Forderungen beziehen sich vor allem auf Urheberrechtsverstöße im Internet und auf die Gefahren, die von sog. Facebook-Parties³⁵⁰ ausgehen. Jeweils werden allenfalls aufklärende Maßnahmen angedacht – bei denen bereits, soweit freiwillig, die grundrechtliche Relevanz fraglich ist³⁵¹.

Diese Aspekte sollen hier vollständig ausgeblendet bleiben. Stattdessen soll der Fokus auf die Gefährdungen der Gesamtinfrastruktur Internet, der Nutzer selbst sowie dritter Personen gelegt werden, die daraus resultieren, dass (viele) Nutzer nicht die erforderlichen Gegenmaßnahmen gegen Hackerangriffe, Viren, Trojaner und Ähnliches ergreifen. Insofern bestehen nämlich tatsächlich Parallelen zum Erfordernis, eine Fahrerlaubnis zu besitzen, um am öffentlichen Straßenverkehr teilzunehmen. Diese Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit – in deren Schutzbereich der (technische und inhaltsneutrale) Zugang sowohl zum öffentlichen Straßenverkehr als auch zum Internet fällt³⁵² – wird vorrangig mit Sicherheitsgefahren, die von »ungeeigneten«³⁵³ Verkehrsteilnehmern ausgehen, gerechtfertigt und wurde in der Vergangenheit niemals ernsthaft in Frage gestellt³⁵⁴. § 2

von MdB *Siegfried Kauder* (CDU) erhoben; vgl. www.zeit.de/digital/internet/2011-09/kauder-three-strikes-netzsperrre.

³⁴⁹ S. dazu z. B. <http://netzpolitik.org/2010/mit-test-internet-enquete-tagt-zu-medienkompetenz>. In einem Bericht des wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages an die Internet-Enquete wurde zum Thema Medienkompetenz ein Verweis auf einen Bericht zum sog. Internet-Führerschein aufgenommen, bei dem es sich allerdings um einen Aprilscherz handelte.

³⁵⁰ Dazu aus juristischer Perspektive *Klas/Bauer*, K&R 2011, 533 ff.; *Söllner/Wecker*, ZRP 2011, 179 ff.

³⁵¹ Vergleichbar die Situation bei staatlicher Informationstätigkeit und Warnungen; zur (Erforderlichkeit einer) Rechtsgrundlage und den Grenzen staatlicher Informationstätigkeit, vor allem in grundrechtssensiblen Bereichen, grundlegend BVerfGE 105, 279 ff. (Osho); 105, 252 ff. (Glykol); ausführlich zu diesem Themenkomplex, insbesondere auch zu neueren Entwicklungen, *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 198), Art. 12 Rn. 86 ff. m. w. N.

³⁵² Zutreffend v. *Lewinski*, RW 2011, 70 (90).

³⁵³ So der Begriff in § 69 StGB; dazu statt Vieler *Kühl*, in: Lackner/Kühl (Hrsg.), StGB, 27. Aufl. 2011, § 69 Rn. 6.

³⁵⁴ S. BVerfG, NJW 1979, 1981 (1981): »Wer im öffentlichen Straßenverkehr ein Kraftfahrzeug führen will, bedarf seit jeher grundsätzlich einer behördlichen Erlaubnis, deren Erteilung von der Feststellung der erforderlichen Eignung und Befähigung abhängt (vgl. § 14 der Grundzüge

Abs. 1 Satz 1 StVG verlangt eine Fahrerlaubnis, die nur zu erteilen ist, wenn Befähigung und Eignung vorliegen, wobei dies »alle körperlichen, geistigen und charakterlichen Umstände« betrifft, »die vorhanden sein müssen, um eine Gefährdung der Allgemeinheit soweit als möglich auszuschließen«³⁵⁵. Überträgt man dies auf die Internet-Nutzung zeigt sich, dass dem Nutzer tatsächlich neben der Infrastruktur eine entscheidende Bedeutung zukommt, wie auch im Straßenverkehr erst das Zusammenspiel von Fahrerlaubnis und technischer Sicherheit (TÜV) das erforderliche Sicherheitsniveau sicherstellen kann. Selbst wenn zertifizierte Hard- und Software, ausgestattet mit modernen Sicherheitsanwendungen wie Firewall und Antivirus-Programmen, zum Einsatz kommen, kann ein ungeeigneter, unvorsichtiger oder vorsätzlich handelnder Nutzer wiederum Sicherheitsrisiken bewirken. Dass eine entsprechende Diskussion bisher nicht geführt wird, ist vor allem auf den Umstand rückführbar, dass die drohenden »Cyber-Gefahren« kaum greifbar sind und größere Unglücksfälle, insbesondere solche, die auch Menschenleben gefährdet haben, bisher ausgeblieben sind³⁵⁶.

Gleiches gilt für das – nicht zwingend mit einer präventiven Prüfpflicht verbundene – repressive Vorgehen gegen den individuellen Nutzer, z. B. weil er (fahrlässig oder vorsätzlich) keine Sicherheitsvorkehrungen hinsichtlich seiner Infrastruktur ergriffen, gar »Cyber-Angriffe« initiiert oder andere Straftaten im Internet begangen hat³⁵⁷. Eine Zugangssperre ggf. sogar ohne »Verschulden« und strafrechtliche Verantwortlichkeit weist ebenfalls Parallelen zum Fahrerlaubnisentzug auf, zumal

betreffend den Verkehr mit Kraftfahrzeugen des Bundesrats vom 3. 5. 1906 [Drucks, zu den Verh. des Bundesrates des Deutschen Reichs, 1906, Nr. 66; Prot. über Verh. des Bundesrates des Deutschen Reichs, 1906, § 320]; § 2 des Gesetzes über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 3. 5. 1909 [RGBl S. 437]). Eine solche Regelung enthält auch § 2 StVG vom 19. 2. 1952. Dagegen ist von Verfassungen wegen offensichtlich nichts zu erinnern«.

³⁵⁵ BVerfG, NJW 1967, 29 (30).

³⁵⁶ Dennoch haben sich die Gefahren auch heute schon realisiert; neben den »Angriffen« auf den Staat Estland (zu den Hintergründen »Wer steckt hinter dem Cyberangriff auf Estland?«, *Der Spiegel* 21/2007, S. 134; vergleichbare Attacken auf Deutschland sollen gar als »bewaffneter Angriff« im Sinne des Art. 115a GG anzusehen sein; vgl. *Schmitt*, NZWehrR 1999, 177 [194]; *Stein/Marauhn*, ZaöRV 2000, 1 [8]; *Schmidt-Radefeldt*, in: Epping/Hillgruber [Fn. 59], Art. 115a Rn. 4) sowie iranische Atomanlagen mittels des Wurms »stuxnet« (*Gaycken/Karger*, MMR 2011, 3 ff.) sind vor allem die stark ansteigenden Fälle der Wirtschaftsspionage über das Internet zu nennen; vgl. dazu exemplarisch bereits eine Meldung aus dem Jahr 2007: »Fast tägliche Cyber-Attacken aus China«, *SpiegelOnline* vom 22. 10. 2007, abrufbar unter www.spiegel.de/netzwelt/web/0,1518,512914,00.html.

³⁵⁷ Andere derzeit diskutierte Anlässe (Urheberrechtsverletzungen oder ganz allgemein Straftaten) bleiben ausgeblendet; bei der hier diskutierten Variante wäre der Bezug zwischen Vorwurf und Sanktion weitestgehend gegeben, während dies bei anderen Delikten nicht der Fall sein dürfte; insofern besteht auch hier wieder eine Parallele zum Fahrerlaubnisentzug, zumal dieser immer wieder auch als Sanktion für Straftaten ohne Verkehrsbezug diskutiert wird; dazu bereits *Kulemeier*, NVZ 1993, 212 ff.

allein auf das Vorliegen bzw. Fehlen einer *objektiven* Eignung abgestellt werden könnte.

Erscheinen Internet-Führerschein und Internet-Entzug auf den ersten Blick als taugliche Instrumente, die Sicherheit des Internets zu erhöhen und Gefahren auszuschließen, bleiben dennoch folgende Aspekte zu berücksichtigen:

- Weit mehr als bei Kraftfahrzeugen dürfte es die individuelle Infrastruktur sein, die ein erhöhtes Gefahrenpotenzial birgt, sodass ein Ansetzen auf der technischen Ebene zielführender erscheint³⁵⁸ als beim »Nutzer« und seiner Fähigkeit und Eignung.
- Der Nachweis konkreter Gefahren, die aus der fehlenden Befähigung einiger Nutzer resultieren, ist bisher nicht erbracht worden. Er ist jedoch erforderlich, um weitgehende Einschränkungen der Grundrechte zu rechtfertigen.
- Derzeit fehlt es an technischen Möglichkeiten, den Zugang zum Internet effektiv zu beschränken bzw. das Vorhandensein einer präventiven Erlaubnis zu überprüfen. Hinzu kommt, dass anders als für den Straßenverkehr Kriterien, nach denen die körperlichen, geistigen und charakterlichen Umstände, von deren Vorliegen eine Erlaubnis abhängig gemacht werden sollte, überhaupt nicht definiert sind. Bereits das »Einstiegsalter« erscheint fraglich³⁵⁹.
- Schließlich ist es aber die dargelegte besondere gesellschaftliche Bedeutung des Internets, die einem (vollständigen) Ausschluss bestimmter Personen entgegenstehen dürfte. Die Online-Grundrechte haben persönlichkeitsrelevante Bedeutung, zahlreiche gesellschaftliche, demokratische und wirtschaftliche Aktivitäten verlagern sich ins Netz, sodass die »Streubreite« einer Sperre oder der Beschränkung des Zugangs enorm ist und solche Maßnahmen kaum zu rechtfertigen sind, soweit nicht technische Optionen zur Verfügung stehen, gezielte und abgestufte Zugangssperren zu verwirklichen.

Insofern lässt sich ein Vergleich mit ähnlichen Maßnahmen aus der analogen Welt anführen – Ausgangssperren und Hausarrest werden zwar vorrangig an Art. 2 Abs. 2 bzw. Art. 11 GG, dem Grundrecht auf körperliche Bewegungsfreiheit bzw. Freizügigkeit, gemessen; im Rahmen der Verhältnismäßigkeit ist aber zu berücksichtigen, dass auch die Wahrnehmung zahlreicher anderer Grundrechte – vor allem derjenigen, die auf den öf-

³⁵⁸ Zu denkbaren Maßnahmen *Schulz*, in: Hill/Schliesky (Fn. 238), S. 265 (300 ff.).

³⁵⁹ So ist eine Anmeldung bei Facebook nach den Nutzungsbedingungen seitens des Diensteanbieters erst ab 14 Jahren zugelassen; effektive Überprüfungsmechanismen existieren aber nicht.

fentlichen Raum angewiesen sind – ebenfalls beeinträchtigt werden. Gleiches gilt im virtuellen Raum. Die zunächst inhaltsneutrale, auf den technischen Zugang bezogene Maßnahme realisiert sich in der Versagung zahlreicher Online-Handlungsfreiheiten und erweist sich daher in der Regel als unverhältnismäßig³⁶⁰.

Dies bedeutet aber nicht, dass der Staat den zunehmenden »Cyber-Gefahren« machtlos gegenübersteht, vielmehr kann er zahlreiche andere Maßnahmen ergreifen: bspw. eine bessere Aufklärung, die Subventionierung von sicheren Infrastrukturen, ein kostenloses Angebot von Sicherheitsprogrammen, ggf. aber auch »mildere Mittel« im Vergleich zum Internet-Führerschein, die ebenfalls die Nutzer in die Pflicht nehmen (»Computer-TÜV«, Haftungsregeln o. Ä.)³⁶¹.

2. Online-Handlungsfreiheit: Online-Streifen als Mittel der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung

Eine die allgemeine Online-Handlungsfreiheit, je nach erhobenen Inhalten oder Gesprächen auch die speziellen Freiheitsrechte, betreffende Maßnahme ist die sog. Online-Streife³⁶². Das Internet wird seitens staatlicher Stellen zunehmend als Informationsmedium benutzt. Dies gilt nicht nur für offen zugängliche Websites, sondern auch die sozialen Netzwerke, zumal diese einen enormen Datenbestand aus allgemeinen und personenbezogenen Daten, Fotos, Statusmeldungen, Beziehungsinformationen und vielem mehr bereit halten. Die Nutzung erfolgt seitens der Behörden vielfach ohne eine intensivere Beschäftigung mit den rechtlichen Grundlagen ihres Handelns. In der Regel wird auf den öffentlichen Charakter der Informationen verwiesen, der einer Erhebung auch durch staatliche Stellen nicht entgegenstehen könne (vgl. insoweit auch § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BDSG).

Während sich der Großteil der Behörden auf die Erfassung allgemein zugänglicher Websites und nicht personenbezogener Daten konzentrieren dürfte, sind es gerade die Sicherheitsbehörden, die auch auf zugangsgesicherte Dienste und Angebote, auf Daten mit Personenbezug zurückgreifen und eine Überwachung der Handlungen im Internet bezwecken. Hinsichtlich der Zugriffs- und Erhebungsmodalitäten erscheinen unterschiedliche Varianten denkbar³⁶³: die Nutzung eigener »offizieller« Accounts, solcher, die keinen Rückschluss auf die hoheitliche Eigenschaft zulassen,

³⁶⁰ Ob man allerdings aufgrund des parallelen Eingriffs in zahlreiche andere Grundrechte die Verfassungswidrigkeit auch aus einer Missachtung der Schranken-Schranke des Art. 18 GG ableiten kann, erscheint indes fraglich; s. dazu v. *Lewinski*, RW 2011, 70 (89 f.).

³⁶¹ Zum Ganzen *Schulz*, in: Hill/Schliesky (Fn. 238), S. 265 (300 ff.).

³⁶² Dazu auch *Schulz/Hoffmann*, CR 2010, 131 ff.

³⁶³ Nicht näher eingegangen werden soll auf die Möglichkeit der Ermittlungsbehörden, unmittelbar auf Datenbestände der Anbieter zuzugreifen, sei es durch eine förmliche Beschlagnahme oder ein informales Auskunftersuchen.

sowie schließlich auch die Nutzung »fremder« Zugangsdaten. Das Handeln der Sicherheitsbehörden zielt jeweils darauf ab, Aktivitäten im Netz zu erfassen und ggf. staatliche Maßnahmen zu ergreifen. Dies gilt beim Zugriff auf Datensätze sozialer Netze, die auch über Internet-Suchmaschinen von Externen (also Nichtmitgliedern) eingesehen werden können, insbesondere aber bei denjenigen Datensätzen und Kommunikationsaktivitäten, die den Mitgliedern eines sozialen Netzwerkes vorbehalten sind, auch wenn zwischen den Mitgliedern keine »Freundschaftsbeziehung«³⁶⁴ besteht. Diese – wie auch die nur für »Freunde« sichtbaren Informationen – lassen in Form von Fotos, Statusmeldungen und Ähnlichem nicht nur Rückschlüsse auf das Online-Verhalten, sondern auch auf das Verhalten außerhalb des Internets zu³⁶⁵.

Zum Teil wird bereits der Eingriffscharakter von Maßnahmen, die eine Erhebung von personenbezogenen Daten bzw. eine Registrierung von Verhaltensweisen im Internet bezwecken, im Hinblick auf den Erhebungsakt verneint, wenn offene Quellen betroffen sind³⁶⁶. Ein Gefährdungstatbestand, der als Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung zu behandeln ist, sei erst gegeben, wenn die gewonnenen Informationen systematisch zusammengetragen und ausgewertet werden³⁶⁷. Entweder wird mit einer eingeschränkten Schutzwirkung der Grundrechte bei sog. Bagatelleingriffen, einer (mutmaßlichen) Einwilligung der Betroffenen oder einer fehlenden Schutzwürdigkeit argumentiert – jeweils pauschal und ohne die unterschiedlichen Zugriffsmodalitäten und Zugriffsobjekte einer Erhebung von Internetaktivitäten zu berücksichtigen.

Gegen die Ausgrenzung bestimmter Beeinträchtigungen, ausgehend von der Intensität der Maßnahmen, also von Bagatelleingriffen³⁶⁸, bestehen jedoch grundsätzliche Einwände. Auch das Abstellen auf ein »gesteigertes Gefährdungspotenzial bestimmter Maßnahmetypen« oder die »besondere Sensibilität bestimmter Informationen«³⁶⁹ ermöglicht keine sachgerechte Abgrenzung. Wie bei allen Ausgrenzungen auf Schutzbereichs- oder Eingriffsebene bleiben die Kriterien unklar, nach denen die (fehlende) Schutzwürdigkeit bestimmt werden soll. Sinn und Zweck von Auffanggrundrechten (neben dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht vor allem die allgemeine Handlungsfreiheit) ist es gerade, das *gesamte* Spektrum aktiver Handlungsweisen (Handlungsfreiheit) oder Persönlichkeitsgefährdungen (Persönlichkeitsrecht) grundrechtlich zu sichern, da die in Art. 1 Abs. 1 GG wurzelnde Indivi-

³⁶⁴ Zum Freundesbegriff in sozialen Netzen Heckmann, K&R 2010, 1 ff.

³⁶⁵ Ausführlich auch Hoffmann/Luch/Schulz, in: Schliesky (Fn. 178), S. 209 ff.

³⁶⁶ Gusy, DVBl 1991, 1288.

³⁶⁷ BVerfGE 120, 274 (345); Bär, MMR 2008, 325 (326 f.); Böckenförde, JZ 2008, 925 (935 f.); Hornung, CR 2008, 299 (305); Sachs/Krings, JuS 2008, 481 (482).

³⁶⁸ Kritisch auch Sachs, in: Stern (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S. 157 f., 205 ff.; anders wohl Eckhoff, Der Grundrechtseingriff, 1992, S. 255 ff.

³⁶⁹ So Bäcker, in: Rensen/Brink (Fn. 205), S. 106 (122).

dualität zur Folge hat, dass die Persönlichkeitsrelevanz einzelner Verhaltensweisen vom Selbstverständnis des Grundrechtsträgers und der subjektiven Bedeutung abhängt. Es ist Aufgabe des Art. 2 Abs. 1 GG, jenes thematisch nicht vorweg durch andere als den Grundrechtsträger im Schutzbereich bestimmbare Grundrecht zu bilden. Um seiner Würde willen soll er selbst und nicht der Staat entscheiden können, welches Verhalten für seine Persönlichkeitsentwicklung relevant, irrelevant, wichtig oder unwichtig ist. Diese Auswahl kann nur effektiv gesichert werden, wenn dem Einzelnen grundsätzlich jedes Verhalten nicht nur gestattet wird, sondern er dieses – weil grundrechtlich abgesichert – auch gegenüber dem Staat durchsetzen kann. Gleiches gilt auch im Anwendungsbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Dabei soll die besondere Schutzbedürftigkeit einzelner Daten oder Handlungsweisen nicht negiert werden; je nach Bedeutung der Informationen gelten erhöhte Anforderungen an eine Rechtfertigung staatlicher Maßnahmen³⁷⁰.

Wenn das BVerfG hingegen von einer technischen Öffnung der Webserver und der fehlenden Schutzwürdigkeit des Vertrauens (in die fehlende Kenntnisnahme durch staatliche Stellen) spricht, beschreibt es eine Einwilligungslösung³⁷¹. Durch die Eröffnung des freien Zugangs erkläre sich der Betreiber mit dem Zugriff auf die Daten durch beliebige Dritte einverstanden³⁷². Bereits das pauschale Unterstellen dieser (mutmaßlichen) Einwilligung kann jedoch nicht überzeugen. Dies gilt insbesondere bei Angeboten, die eine vorherige Registrierung erfordern. Durch diese Individualisierung zeigt der Webseitenbetreiber gerade, dass er nicht jeden Zugriff zulassen will. Die Einwilligung ist eine reine Fiktion, zudem muss sie für jeden Grundrechtsberechtigten gesondert festgestellt werden. Das seitens des Betreibers erklärte Einverständnis kann Grundrechtseingriffe bei Dritten nicht legitimieren³⁷³. Der Umstand allein, dass der Personenkreis, dem eine Nachricht, bspw. die sog. Statusmitteilungen bei Facebook, StudiVZ oder Wer-kennt-wen, übermittelt wird, nicht überschaubar ist, heißt keinesfalls, dass man auch mit einer Kenntnisnahme durch staatliche Stellen in ihrer dienstlichen Eigenschaft einverstanden ist. Die Offenbarung im Privaten, und sei es auch an eine unüberschaubare Internet-Community, ist gerade nicht gleichbedeutend mit einem antizipierten Einverständnis auch für die staatliche Kenntnisnahme. Vielmehr ist auch der unvernünftige

³⁷⁰ Dazu Schulz (Fn. 49), S. 456 ff.

³⁷¹ Vgl. etwa Bär, MMR 1998, 463 (464); ausführlich zur Einwilligungslösung Schulz/Hoffmann, CR 2010, 131 ff.; dies., DuD 2012, 7 ff.

³⁷² Dagegen ist bereits zu Recht angemerkt worden, dass die technischen Möglichkeiten einer Privatperson schon generell keinen Maßstab für die Zulässigkeit staatlicher Ermittlungsmaßnahmen darstellen können, die aufgrund von Art. 1 Abs. 3 GG die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen einhalten müssen, vgl. Böckenförde, Die Ermittlung im Netz, 2003, S. 170 f.

³⁷³ Vielmehr ist die »eigene« Einwilligung des Nutzers maßgeblich – auch wenn diese ggf. durch die Zustimmung zu den Betreiber-AGBs erfolgt.

Umgang mit persönlichen Daten grundrechtlicher Freiheitsgebrauch, dessen Inanspruchnahme zu respektieren ist³⁷⁴.

In eine vergleichbare Richtung weist auch die Argumentation mit der fehlenden Schutzwürdigkeit des Vertrauens. Nur die Enttäuschung schutzwürdigen Vertrauens durch staatliche Stellen sei als Eingriff zu werten. Dies setze in der Regel wiederum eine grundsätzliche Identifizierbarkeit der Kommunikationspartner voraus: »Die Kommunikationsdienste des Internet ermöglichen in weitem Umfang den Aufbau von Kommunikationsbeziehungen, in deren Rahmen das Vertrauen eines Kommunikationsteilnehmers in die Identität und Wahrhaftigkeit seiner Kommunikationspartner nicht schutzwürdig ist, da hierfür keinerlei Überprüfungsmechanismen bereitstehen. Dies gilt selbst dann, wenn bestimmte Personen – etwa im Rahmen eines Diskussionsforums – über einen längeren Zeitraum an der Kommunikation teilnehmen und sich auf diese Weise eine Art elektronische Gemeinschaft gebildet hat. Auch im Rahmen einer solchen Kommunikationsbeziehung ist jedem Teilnehmer bewusst, dass er die Identität seiner Partner nicht kennt oder deren Angaben über sich jedenfalls nicht überprüfen kann. Sein Vertrauen darauf, dass er nicht mit einer staatlichen Stelle kommuniziert, ist in der Folge nicht schutzwürdig«³⁷⁵. Aus der fehlenden Verifizierbarkeit der Identitäten der Kommunikationspartner wird irrtümlich darauf geschlossen, dass es für den Betroffenen grundsätzlich irrelevant sei, wer sich dahinter verbirgt. Insofern wird letztlich wiederum auf eine (mutmaßliche) Einwilligung abgestellt. Diese Sichtweise ist jedoch zu pauschal und vernachlässigt die Besonderheiten der unterschiedlichen Kommunikationsformen im Internet und in sozialen Netzwerken. Die Besonderheit, dass es im Internet oftmals keiner »aktiven« Täuschung durch die Behörden bedarf, kann den Grundrechtsschutz nicht beeinträchtigen. Vielmehr ist die Situation mit dem Einsatz verdeckter Ermittler vergleichbar³⁷⁶, bei denen zwar ggf. umfangreichere täuschende Maßnahmen und Legenden notwendig sind, während im Internet schon ein Nickname oder Benutzername, der keine Hinweise auf die Polizeizugehörigkeit enthält, als »Legende« ausreichend sein mag. Hinzu kommt, dass diese Rechtsprechung die gewandelte »Lebenswirklichkeit« im Netz vernachlässigt – einerseits existieren durchaus digitale Identifikationsmittel und -dienste, andererseits haben digitale Beziehungen mittlerweile auch einen »realen« Hintergrund, sodass auch jenseits technischer Überprüfbarkeit die Identität des Gegenübers bekannt und relevant ist. Die Gruppe der »Digital Natives«, die gerade nicht mehr zwischen virtuellem und realem »Ich« unterscheidet, ist auf ca. 40 % angewachsen.

³⁷⁴ Schulz, DuD 2009, 601 (604).

³⁷⁵ BVerfG, NJW 2008, 822 (835).

³⁷⁶ Dieser Vergleich findet sich auch bei BVerfGE 120, 274 (345); Eifert, NVwZ 2008, 521 (522); Valerius, Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörden in den Kommunikationsdiensten des Internet, 2004, S. 125 f.; Warntjen, in: Roggan (Fn. 205), S. 57 (65).

Auf Grundlage dieser allgemeinen Einschätzung zum Eingriffscharakter staatlicher Maßnahmen zur Überwachung im Netz lassen sich die denkbaren Erhebungsmodalitäten im Internet bzw. in sozialen Netzwerken wie folgt bewerten:

- Ziel frei zugänglicher Homepages wie auch der frei verfügbaren Inhalte eines sozialen Netzwerks ist gerade das häufige Aufrufen, sodass der Betroffene nicht darauf vertrauen kann, dass keine staatlichen Stellen von diesem Angebot Gebrauch machen – es liegt also eine Einwilligung in den gleichwohl gegebenen Grundrechtseingriff vor. Einfachgesetzlich findet sich dieser Grundgedanke in § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BDSG. Öffentlich zugänglich sind Informationsquellen in diesem Sinne, »die sich sowohl ihrer technischen Ausgestaltung als auch ihrer Zielsetzung nach dazu eignen, einem individuell nicht bestimmbar Personenkreis Informationen zu vermitteln«³⁷⁷. Erst wenn eine Behörde die gewonnenen Informationen systematisch zusammenträgt und auswertet, kann sich ein Gefährdungsbestand ergeben, der einer gesonderten Legitimation bedarf³⁷⁸.
- Nach dem BVerfG soll ein Eingriff auch ausscheiden, wenn sich die auf der Website angezeigten Inhalte an »einen nicht weiter abgegrenzten Personenkreis richten«³⁷⁹. Hinsichtlich der sozialen Netzwerke geht es also um den Datensatz, der Mitgliedern zur Verfügung steht, unabhängig davon, ob eine Freundschaftsbeziehung besteht oder nicht. Angesichts entsprechender Formulierungen in den AGB, die vorrangig eine Anmeldung natürlicher Personen (in dieser Funktion) vorsehen und für offizielle Zwecke lediglich »Seiten« zur Verfügung stellen, könnte man am Vorliegen einer wirksamen Einwilligung in die staatliche Datenerhebung zweifeln. Jedoch ist aufgrund der Existenz zahlreicher »Funktions- und Unternehmens-Accounts«, die ihrerseits von Mitarbeitern verantwortlich gepflegt werden müssen, mittlerweile bekannt, dass soziale Netzwerke wie Facebook nicht ausschließlich »privat« genutzt werden. Insofern ist die Erhebung dieser Informationen ebenfalls aufgrund der Einwilligung nicht als Grundrechtseingriff zu bewerten.
- Ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung liegt nach dem BVerfG auch nicht vor, wenn eine staatliche Stelle sich unter einer Legende in eine Kommunikationsbeziehung zu einem Grundrechtsträger begibt, wohl aber, wenn sie dabei ein schutzwürdiges Vertrauen des Betroffenen in die Identität und die Motivation seines Kommunikationspart-

³⁷⁷ *Simitis*, in: ders. (Hrsg.), BDSG, 7. Aufl. 2011, § 28 Rn. 189.

³⁷⁸ BVerfGE 120, 274 (345); *Bär*, MMR 2008, 325 (326 f.); *Böckenförde*, JZ 2008, 925 (935 f.); *Hornung*, CR 2008, 299 (305); *Sachs/Krings*, JuS 2008, 481 (482).

³⁷⁹ BVerfGE 120, 274 (344 f.); so auch *Bär*, MMR 1998, 463 (464); *ders.*, Handbuch zur EDV-Beweissicherung im Strafverfahren, 2007, S. 309; zu den verschiedenen Anmeldeöglichkeiten in Chaträumen ausführlich *Böckenförde* (Fn. 370), S. 241 ff.

ners ausnutzt, um persönliche Daten zu erheben, die sie ansonsten nicht erhalten würde³⁸⁰.

Angesichts der Regelungen der AGB, die bspw. im Fall von Facebook eine Anmeldung nur mit echten Daten zulassen, kann in jedem Fall bei Aliasnamen von Beamten nicht von einer fehlenden Täuschung und einer Einwilligung ausgegangen werden. Aber auch wenn ein Beamter seine echte Identität verwendet, allerdings den Eindruck vermittelt, er nutze das soziale Netzwerk als Privatperson, kann dies nicht anders bewertet werden. Von Grundrechtsausübung kann nur gesprochen werden, wenn die Einwilligung ohne Zwang und Täuschung bei der Willensbildung und -betätigung abgegeben wird³⁸¹. Daher wird man eine Täuschung annehmen müssen, wenn sich die Sicherheitsbehörden bewusst für einen Privat- oder Legenden-Account und nicht einen Funktions-Account entscheiden, um so an weitere Informationen zu gelangen. Der Nutzer eines sozialen Netzwerks darf – trotz fehlender Überprüfbarkeit und insofern den verdeckten Ermittlern vergleichbar – darauf vertrauen, dass sein Kommunikationspartner »privat« und nicht im Auftrag einer Sicherheitsbehörde handelt. Er macht sich zwar in der Regel keine Gedanken über diesen Umstand, es ist aber anerkannt, dass für einen Irrtum ein sachgedankliches Mitbewusstsein in der Weise genügen kann, dass der Getäuschte aufgrund der ihm bewussten Sachlage davon ausgeht, es sei »alles in Ordnung«.

- Diese Bewertung gilt erst recht bei der Nutzung fremder Accounts, zumal wenn zu diesen ein schutzwürdiges Vertrauen besteht³⁸². Der Betroffene denkt, er kommuniziere mit seiner »Online-Bekanntheit«, zu der er ggf. schon zuvor regen Kontakt hatte. Die polizeiliche Maßnahme zielt gerade darauf ab, dieses personengebundene Vertrauen »zu erschleichen«; die Polizei kann so auf Daten zugreifen, die der Betroffene gerade nicht in einem öffentlich zugänglichen Chat oder gegenüber einem nicht abgrenzbaren Personenkreis geäußert hätte. Die erteilte Einwilligung in die Kenntnisnahme solcher Daten, die Freunden bekannt werden, bezieht sich nur auf diejenige natürliche Person, mit der tatsächlich eine »Online-Freundschaft« geknüpft wurde und nicht auf jeden, der dieses Profil nutzt.

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass sich keinesfalls alle in sozialen Netzwerken verbreiteten Daten oder dort nachvollziehbaren Online-Handlungsweisen an einen nicht abgegrenzten Personenkreis richten und damit prinzipiell öffentlich zugänglich sind. Ihre Erhebung kann somit einen Grundrechtseingriff darstellen;

³⁸⁰ BVerfG, NJW 2008, 822 (835).

³⁸¹ Geiger, NVwZ 1989, 35 (37).

³⁸² Dies schon allein, weil die »Weitergabe« der Benutzerdaten und des »Accounts« an Dritte laut AGB von Facebook untersagt ist.

auch § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BDSG schließt einen solchen nicht aus. Vielmehr ist jede Erhebungssituation isoliert zu bewerten – insbesondere auch im Hinblick auf die neben Art. 2 Abs. 1 GG betroffenen weiteren Online-Grundrechte. Wie dargestellt, genießt die in der analogen Welt besonders geschützte Kommunikation, bspw. in der Familie (Art. 6 GG), über religiöse Inhalte (Art. 4 GG) oder zum Zwecke der Meinungsbildung (Art. 5 GG), auch bei ihrer Verlagerung in die Virtualität besonderen Schutz.

Dennoch wird man die Internet-Streife, auch wenn diese mit dem Zugang zu geschlossenen Kommunikationssystemen in sozialen Netzen verbunden ist, rechtfertigen können. Lehnt die herrschende Meinung nämlich einen Eingriff wegen der fehlenden Intensität oder einer (mutmaßlichen) Einwilligung ab, können die gleichen Argumente in der Regel zur Rechtfertigung angeführt werden. Anders als Ausgrenzungen auf Tatbestands- und Eingriffsebene zwingt die Suche nach rechtfertigenden Gründen aber dazu, sich der staatlicherseits zu verfolgenden Ziele zu vergewissern und die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme daran ausgerichtet zu beurteilen.

Mangels spezieller Rechtsgrundlagen ist derzeit in der Regel ein Rückgriff auf die polizeilichen Generalklauseln der §§ 161, 163 StPO (für die Strafverfolgung) oder der §§ 174, 176 LVwG SH (für präventive Handlungen) angezeigt³⁸³. Da die Internet-Aufklärung lediglich eine geringe Eingriffsintensität aufweist, ist dies aus rechtsstaatlichen Gründen auch unbedenklich. Allerdings besteht dort das Erfordernis spezieller Rechtsgrundlagen, wo weitergehend andere Grundrechte mit besonderer Schutzintensität, insbesondere auch Art. 10 GG, betroffen sind. Zudem muss eine Erhebung von Daten, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zugeordnet werden können, unterbleiben – auch wenn der Grundrechtsschutz lediglich von Art. 2 Abs. 1 GG vermittelt wird. Die »Online-Beichte« ist, da auf den Menschenwürdegehalt des Art. 4 Abs. 1 GG rückführbar, ebenso erhebungsfest wie das reale Gespräch mit einem Seelsorger.

Insoweit dürfte es sich anbieten, eine neue Standardmaßnahme im Polizei- und Ordnungsrecht sowie für die Strafverfolgung zu normieren, die eine allgemeine Ermächtigung, aber auch einschränkende Voraussetzungen für spezielle Konstellationen bereithält. An dieser Stelle mögen wiederum Vergleiche mit der »analogen« Welt helfen: So ist es kaum erklärlich, dass die Beobachtung in einer (öffentlich zugänglichen) Kirche als Eingriff in Art. 4 GG zu qualifizieren sein wird, während dies bei religiösen Foren im Netz anders sein sollte. Die Beobachtung, selbst die Teilnahme staatlicher Stellen an einem öffentlichen politischen Forum im Internet soll nach h. M. keinen Grundrechtseingriff darstellen, während sich die Polizei gem.

³⁸³ Soweit nicht spezielle Regelungen ausdrücklich die Erhebung allgemein zugänglicher Daten gestatten (bspw. §§ 6 Nr. 2 HmbDVPolG, 13 Abs. 1 Nr. 2 HSOG, 26 Abs. 1 Nr. 2 POG RP); s. auch *Petri* (Fn. 182), Rn. 154. Fehlt es aber an der allgemeinen Zugänglichkeit der Daten, bedarf es auch hier weiterer Rechtsgrundlagen.

§ 12 VersG (des Bundes) auf (ebenfalls öffentlichen) Versammlungen zu erkennen zu geben und beim Veranstalter anzumelden hat. Letztgenanntes Beispiel zeigt vor allem auch, dass, obwohl der Verteilungsmodus der Zugangsberechtigungen auf eine allgemeine Zugänglichkeit hindeutet, nicht zwingend die Annahme, auch die Polizei oder andere staatliche Stellen in dienstlicher Eigenschaft seien erfasst, stützen kann.

3. Online-Persönlichkeitsrecht: Die Online-Durchsuchung als Eingriff mit großer Streubreite

Während die Online-Streife auch aktive Handlungsweisen – die nicht immer zugleich auch kommunikative Handlungen aus dem Schutzbereich des Art. 10 GG sind – erfassen soll, dient die Online-Durchsuchung u. a. der Erhebung der auf dem Endgerät des Nutzers gespeicherten Daten. Der Zugriff auf die Daten selbst unterliegt dem Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, die vorgelagerte Infiltration wird vom Grundrecht auf Gewährleistung der Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme erfasst. Art. 10 Abs. 1 GG kommt hingegen als alleiniger Prüfungsmaßstab der Online-Durchsuchung nur in Betracht, wenn ausschließlich laufende Telekommunikationsdaten erfasst werden³⁸⁴. Dieses setzt allerdings voraus, dass die Software technisch nicht in der Lage ist, auch Informationen zu erfassen, die keinen Bezug zur Telekommunikation haben³⁸⁵. Dies ist aber in der Regel nicht der Fall und auch nicht intendiert. Die Infiltration eines informationstechnischen Systems ermöglicht das Aufspielen unterschiedlichster Funktionen wie das Erstellen von Screenshots, eine Raumüberwachung mittels Webcam, die Ausspähung der Festplatte oder gar das sog. Keylogging, um sich so Zugriff zu weiteren geschützten Kommunikationseinrichtungen im Internet (z. B. soziale Netzwerke oder Dokumentensafes) zu verschaffen.

Ausgehend von der lückenschließenden Funktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts füllt das IT-Grundrecht die Lücke, die weder durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung noch das Fernmeldegeheimnis oder den Schutz der Wohnung abgedeckt werden kann. Die Nutzung komplexer informationstechnischer Systeme ist aus dem Alltag der Mehrheit der Bevölkerung nicht wegzudenken, ohne dass der Einzelne die Komplexität der darüber generierten Daten übersehen oder die Systeme selbst effektiv gegen Zugriffe schützen könnte. Der Einzelne ist daher auf die Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität angewiesen. Als Anknüpfungspunkt wird insofern das Infiltrieren eines gesamten Systems und nicht der Zugriff auf einzelne Daten oder Kommunikationsvorgänge gewählt. Die Phase vor einem konkret erfolgenden Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbe-

³⁸⁴ BVerfGE 120, 274 (309).

³⁸⁵ Hoffmann-Riem, JZ 2008, 1009 (1021).

stimmung – mithin die Persönlichkeitsgefährdung – wird über die Vertraulichkeitserwartung Bestandteil des Schutzbereichs des IT-Grundrechts.

Für den Gewährleistungsgehalt des IT-Grundrechts hat das BVerfG in der Entscheidung zur Online-Durchsuchung festgestellt, dass dieser nicht schrankenlos gewährt sei. Eingriffe könnten sowohl zu präventiven Zwecken als auch zur Strafverfolgung gerechtfertigt sein³⁸⁶. Nähere Vorgaben finden sich in den Ausführungen des Gerichts aber lediglich für den Bereich des Verfassungsschutzes (im Sinne einer Gefahrenabwehr bzw. Gefahrenvorsorge). Gefordert wird – angesichts der Intensität der freiheitsbeeinträchtigenden Wirkung eines heimlichen Zugriffs auf ein informationstechnisches System – eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut³⁸⁷. Zudem müsse das Gesetz den Grundrechtsschutz für den Betroffenen auch durch geeignete Verfahrensvorkehrungen wie den Vorbehalt richterlicher Anordnung (Ausnahme nur für Eilfälle)³⁸⁸ sichern und gesetzliche Vorkehrungen treffen, um Eingriffe in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung zu vermeiden³⁸⁹.

Aus dem Umstand, dass es sich beim Gewährleistungsgehalt des IT-Grundrechts um eine Ausweitung des Schutzbereichs in den vorgelagerten Bereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung handelt, lässt sich zudem das Erfordernis einer bereichsspezifischen Ermächtigungsgrundlage ableiten³⁹⁰. Dies ergibt sich einerseits daraus, dass im Falle einer Infiltration informationstechnischer Systeme die Eingriffsbreite ausgeprägt ist, weil Daten jeglicher Qualität (Öffentlichkeits-, Privat- und Intimsphäre) und in einer – selbst für den Betroffenen – unübersehbaren Fülle betroffen sein können und zum anderen, weil die technischen Möglichkeiten so ausdifferenziert sind, dass genaue Vorgaben erforderlich werden. Diese sind umso wichtiger, als dass der Einzelne aufgrund der Heimlichkeit und Ferne des Eingriffs nicht schutzlos stehen darf und die Zugriffsmöglichkeiten verschieden ausgestaltet sein können.

Fraglich ist, ob die derzeit existierenden Ermächtigungsgrundlagen diesen Vorgaben gerecht werden und eine Beeinträchtigung des Online-Persönlichkeitsrechts

³⁸⁶ BVerfGE 120, 274 (315).

³⁸⁷ BVerfGE 120, 274 (326). »Überragend wichtig sind zunächst Leib, Leben und Freiheit der Person. Ferner sind überragend wichtig solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt«, ebenda, S. 328.

³⁸⁸ BVerfGE 120, 274 (331 f.).

³⁸⁹ BVerfGE 120, 274 (335).

³⁹⁰ So auch *Becker/Meinicke*, StV 2011, 50; *Buermeyer/Bäcker*, HRRS 2009, 433 ff. m. w. N.; *Albrecht*, JurPC Web-Dok. 59/2011, Abs. 14 f. m. w. N.; *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, 1009 (1022); *Hornung*, VR 2008, 299 (300 f.); *Böckenförde*, JZ 2008, 925 (934); *Braun/Roggenkamp*, K&R 2011, 681 (682 f.). Siehe BVerfGE 120, 274 (316): »Der Gesetzgeber hat Anlass, Zweck und Grenzen des Eingriffs hinreichend bereichsspezifisch, präzise und normenklar festzulegen.«

rechtfertigen können. Aus dem Bereich der Gefahrenabwehr kommt § 20k BKAG als Rechtsgrundlage in Betracht; für die Strafverfolgung lediglich die allgemeinen Vorschriften der §§ 102 ff. StPO.

- § 20k BKAG bietet für den Bereich der Gefahrenabwehr eine spezifische Ermächtigungsgrundlage für verdeckte Eingriffe in informationstechnische Systeme³⁹¹. Der Abgleich mit den vom BVerfG aufgestellten Anforderungen an eine verfassungsrechtlich tragfähige Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe in das IT-Grundrecht macht deutlich, dass die Norm diesen Vorgaben Rechnung trägt (ähnliche Ermächtigungen finden sich auch im Polizeirecht einiger Länder³⁹²). Es sind zunächst die Rechtsgüter von überragender Bedeutung genannt, für deren Gefährdung ein bestimmtes Maß an Wahrscheinlichkeit vorliegen muss. Zudem muss sich die Maßnahme als ultima ratio für einen Ermittlungserfolg darstellen. Veränderungen am informationstechnischen System des Betroffenen müssen auf das erforderliche Maß reduziert bleiben. Das eingesetzte Mittel muss nach dem Stand der Technik gegen unbefugte Nutzung Dritter geschützt werden. Der Einsatz ist detailliert zu protokollieren. Andere Personen als die »Verdächtigen« dürfen nur betroffen werden, soweit dies unvermeidbar ist. Die Maßnahmen sind nur auf Antrag des Präsidenten des BKA vom Gericht anzuordnen, wobei die Anordnung detaillierte Vorgaben zu Art, Umfang, Dauer etc. enthalten muss und zu befristen ist. Ferner werden gesetzliche Vorkehrungen fixiert, die den Kernbereich privater Lebensgestaltung schützen sollen.
- Abgesehen von der seitens des BVerfG nicht abschließend erörterten Frage, welchen Anforderungen eine Ermächtigungsgrundlage für eine Online-Ausforschung informationstechnischer Systeme im repressiven Bereich gerecht werden müsste – hier könnten höhere Hürden aufzustellen sein, weil gerade keine akuten Gefahren mehr für wichtige Rechtsgüter drohen –, ist festzustellen, dass im Bereich der Strafverfolgung keine dem § 20k BKAG entsprechende Ermächtigung in der StPO zu finden ist.

Zurückgegriffen wird zur Rechtfertigung von Online-Durchsuchungsmaßnahmen durch die strafprozessualen Ermittlungsbehörden auf §§ 102 ff. StPO, die sich auf herkömmliche – analoge – Durchsuchungsmaßnahmen beziehen³⁹³. Von solchen Maßnahmen unterscheidet sich das heimliche

³⁹¹ Krit. hierzu *Roggan*, NJW 2009, 257 (261 f.).

³⁹² Siehe Art. 34d PAG Bayern; § 31c POG Rheinland-Pfalz.

³⁹³ Von der strafprozessualen Unzulässigkeit der Online-Durchsuchung geht wohl die h. M. aus, vgl. BGH, MMR 2007, 237 m. Anm. *Bär*; *Brodowski*, JR 2011, 533 (538) m. w. N.; *Schmitt*, in: *Meyer-Goßner* (Hrsg.), StPO, 55. Aufl. 2012, § 100a Rn. 7b m. w. N.; *Popp*, ZD 2012, 51 ff.; *Braun/Roggenkamp*, K&R 2011, 681 (682); *Stadler*, MMR 2012, 18 (20); anders noch BGH, *wistra* 2007, 28; *Hofmann*, NSTZ 2005, 121 (123 ff.).

Aufspielen einer Ausforschungssoftware auf dem privaten Rechner eines Betroffenen aber in erheblichem Maße. Strafverfahrensrechtlich zulässig sind de lege lata daher lediglich die offene Sicherstellung bzw. Beschlagnahme eines Datenträgers sowie der darauf gespeicherten Daten gem. §§ 94 ff. StPO und die Durchsicht elektronischer Speichermedien bei einem von einer offenen Durchsuchung nach §§ 102 ff. StPO Betroffenen (zu räumlich entfernten Speichermedien vgl. § 110 Abs. 3 StPO)³⁹⁴.

³⁹⁴ So auch *Popp*, ZD 2012, 51 (52).

Im Verlag des Lorenz-von-Stein-Instituts erscheinen folgende Schriftenreihen



Arbeitspapiere

- **AP 100: Werner**, Vermögensabgabe – eine empirische Untersuchung zur Überwindung des dt. Staatsschuldenproblems
- **AP 99: Brüning (Hrsg.)**, Prüfungskompetenzen der Rechnungshöfe bei ausgegliederter Aufgabenwahrnehmung
- **AP 98: Spindler**, Sportsponsoring unter staatlicher Verantwortung

Landesrecht Schleswig-Holstein

- **LSH 1.4: Hoefler (Hrsg.)**, Gesetze des Landes Schleswig-Holstein (Textsammlung), 4. Aufl. 2011
- **LSH 2: Caspar/Ewer/Nolte/Waack (Hrsg.)**, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein (Kommentar)

Modernisierung von Staat und Verwaltung

- **MSV 15: Tallich**: Shared Service Center als innovative Organisationsform
- **MSV 14: Brackmann/Schulz/Tischer/Warnecke**, Der *E-POST-BRIEF* in der Kommunalverwaltung
- **MSV 13: Hoffmann**, Die Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität elektronischer Daten- und Dokumentensafes

Quellen zur Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte

- **VG 33: Hering**: Lorenz von Stein und Schleswig-Holstein im Europa der Revolutionen 1848/49
- **VG 31: Geerds/Schliesky**, Parlamentarismus im Wandel
- **VG 30: Schliesky (Hrsg.)**, 30 Jahre Lorenz-von-Stein-Institut für Verwaltungswissenschaften

Schriftenreihe

- **SR 24: Blasius**, Lorenz von Stein - Deutsche Gelehrtenpolitik in der Habsburger Monarchie
- **SR 23: Nolte**, Staatliche Verantwortung im Bereich Sport
- **SR 22: Behrndt**, Neues Verwaltungsmanagement und kommunales Verfassungsrecht



Sonderpreis:

Alle drei Bände für 149,90 € (statt 167,00 €)

Die Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie in der deutschen Verwaltung

Prof. Dr. Utz Schliesky (Hrsg.)

Teil I – Grundlagen 2008, 236 S., ISBN: 978-3-936773-34-7, 49,- €	Teil II – Verfahren, Prozesse, IT-Umsetzung 2009, 324 S., ISBN: 978-3-936773-48-4, 59,- €
---	---

Aus dem Inhalt:

Das Ende der deutschen Verwaltung? (Schliesky)

Der personelle Anwendungsbereich der EU-Dienstleistungsrichtlinie (Luch/Schulz)

Der sachliche Anwendungsbereich der EU-Dienstleistungsrichtlinie (Luch/Schulz)

Einheitlicher Ansprechpartner: Umsetzungsmodell zum Ablauf des Verwaltungsverfahrens (Neidert)

und zahlreiche weitere Beiträge

Aus dem Inhalt:

Auswirkungen der DLR auf das Gewerberecht (Kluth)

Grundsatz der Unternehmerfreundlichkeit im Verwaltungsverfahren? (Korte)

Zwang zur Netzwerkverwaltung am Beispiel der DLR (Schliesky)

Änderungsbedarf im Verwaltungsverfahrensrecht aufgrund der DLR (Ramsauer)

und zahlreiche weitere Beiträge

Teil III – Information, Wissen und Verantwortung 2010, 352 S., ISBN: 978-3-936773-57-6, 59,- €
--

Aus dem Inhalt:

Die Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie als (gescheiterter) Innovationsprozess? (Schliesky)

Datenschutz im Rahmen der elektronischen Verfahrensabwicklung (Neidert)

und zahlreiche weitere Beiträge zur Umsetzung der Richtlinie in Deutschland

Reichweite der Informationsverpflichtungen staatlicher Stellen aus der EU-Dienstleistungsrichtlinie (Schulz)

Verantwortlichkeiten in geteilten Wissensmanagement-Systemen (Altmann)



In den „Schriften zur Modernisierung von Staat und Verwaltung“ sind zuletzt folgende Werke erschienen:

MSV 15	Shared Service Center als innovative Organisationsform Maximilian Tallich Kiel, 2012, 302 S. ISBN: 978-3-936773-78-1	39,- €
MSV 14	Der E-POSTBRIEF in der Kommunalverwaltung – Einsatzoptionen für kommunale Fachverfahren Franziska Brackmann/Sönke E. Schulz/Jakob Tischer/Thomas Warnecke Kiel, 2012, 160 S. ISBN: 978-3-936773-74-3	29,- €
MSV 13	Die Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität elektronischer Daten- und Dokumentensafes Christian Hoffmann Kiel, 2012, 298 S. ISBN: 978-3-936773-72-9	39,- €
MSV 12	Transparenz, Partizipation, Kollaboration – Web 2.0 für die öffentliche Verwaltung Utz Schliesky/Sönke E. Schulz (Hrsg.) Kiel, 2012, 235 S. ISBN: 978-3-936-773-71-2	39,- €
MSV 11	Der E-POSTBRIEF in der öffentlichen Verwaltung – Einsatzoptionen im Sozial- und Steuerverfahren sowie für Berufsheimnisträger Christian Hoffmann/Anika D. Luch/Sönke E. Schulz/Maximilian Tallich/Jakob Tischer Kiel, 2011, 150 S. ISBN: 978-3-936773-69-9	29,- €

MSV 10	Der E-POSTBRIEF in der öffentlichen Verwaltung – Chancen, Einsatzoptionen und rechtliche Handlungsspielräume Christian Hoffmann/Anika D. Luch/Sönke E. Schulz/ Maximilian Tallich/Jakob Tischer/Thomas Warnecke Kiel, 2011, 156 S. ISBN: 978-3-936773-65-1	29,- €
MSV 9	Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme Lutz Drallé Kiel, 2010, 175 S. ISBN: 978-3-936773-60-6	34,- €
MSV 8	Staatliches Innovationsmanagement Utz Schliesky (Hrsg.) Kiel, 2010, 394 S. ISBN: 978-3-936773-61-3	74,- €
MSV 7	Technikgestütztes Identitätsmanagement – Rechtsfragen und Lösungsvorschläge Utz Schliesky (Hrsg.) Kiel, 2010, 293 S. ISBN: 978-3-936773-62-0	59,- €
MSV 6	Die Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie in der deutschen Verwaltung – Teil III: Information, Wissen und Verantwortung Utz Schliesky (Hrsg.) Kiel, 2010, 339 S. ISBN: 978-3-936773-57-6	59,- €
MSV 5	Die Dienstleistungsrichtlinie der Europäischen Union und ihre Auswirkungen in Wirtschaft und Verwaltung Kieler Doctores Iuris e.V. (Hrsg.) Kiel, 2009, 96 S. ISBN: 978-3-936773-49-1	39,- €

Online-Shop:
www.lorenz-von-stein-institut.de

Eine vollständige Auflistung aller Publikationen, die im Eigenverlag des Lorenz-von-Stein-Instituts veröffentlicht wurden, sowie weitergehende Informationen finden Sie im Internet unter:
<http://www.lvstein.uni-kiel.de>

Die Publikationen können unter folgender Adresse bestellt werden:

Lorenz-von-Stein-Institut für Verwaltungswissenschaften
an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel
Olshausenstraße 40, 24098 Kiel
oder per Telefon: (0431) 880-4542,
per Fax: (0431) 880-7383
bzw. im Internet unter: <http://www.lvstein.uni-kiel.de>



Sonderpreis:

Alle drei Bände für 69,90 € (statt 87,00 €)

Der *E-POSTBRIEF* in der öffentlichen Verwaltung

Teil I: Chancen, Einsatzoptionen und rechtliche Handlungsspielräume

Christian Hoffmann/Anika D. Luch/Sönke E. Schulz/
Maximilian Tallich/Jakob Tischer/Thomas Warnecke
Kiel, 2011, 156 S.
ISBN: 978-3-936773-65-1

Teil II: Einsatzoptionen im Sozial- und Steuerverfahren sowie für Berufsheimnisträger

Christian Hoffmann/Anika D. Luch/Sönke E. Schulz/
Maximilian Tallich/Jakob Tischer
Kiel, 2011, 150 S.
ISBN: 978-3-936773-69-9

Teil III: Einsatzoptionen für kommunale Fachverfahren

Franziska Brackmann/Sönke E. Schulz/
Jakob Tischer/Thomas Warnecke
Kiel, 2012, 160 S.
ISBN: 978-3-936773-74-3

