

i-call working paper

Nr. 2024/01

Technologische Voraussetzungen der Meinungsfreiheit – Grundrechtsanreicherung rechtssoziologisch betrachtet

Christoph B. Graber*

MÄRZ 2024

ZUSAMMENFASSUNG

Mittels zweier Parlamentarischer Initiativen haben Politiker unlängst beantragt, zwei neue Grundrechte in die Bundesverfassung aufzunehmen, um damit den Schutz der Meinungsfreiheit gegenüber neuen Gefährdungen zu verstärken, die spezifisch von den digitalen Technologien im Internet ausgehen. Obwohl das Parlament die beiden Initiativen nicht als Grundrechtsthema verstehen wollte, werfen sie interessante Fragen zum Grundrechtswandel im Spannungsfeld von technologiebedingter gesellschaftlicher Veränderung und Verfassungsstabilität auf, die in diesem Beitrag aus rechtssoziologischer Sicht beleuchtet werden.

SCHLÜSSELBEGRIFFE

Meinungsfreiheit, Grundrechtstheorie, Grundrechtswandel, Verfassungsstabilität, Rechtssoziologie, Recht und Technologie, Science and Technology Studies.

* Prof. Dr. iur., Ordinarius an der Universität Zürich, Lehrstuhl für Rechtssoziologie mit besonderer Berücksichtigung des Medienrechts. Für hilfreiche Kommentare zu früheren Fassungen dieses Textes und weiterführende Hinweise danke ich Frau MLaw Camilla Dul.

I-CALL WORKING PAPERS sind Forschungsergebnisse des i-call Forschungslaboratoriums. Die i-call Working Papers werden durch Peers begutachtet.

VORGESCHLAGENE ZITIERWEISE: Christoph Beat Graber, Technologische Voraussetzungen der Meinungsfreiheit – Grundrechtsanreicherung rechtssoziologisch betrachtet, in: i-call Working Paper, Universität Zürich, Nr. 01 (2024).

Herausgeber:

i-call, Forschungslaboratorium Information • Kommunikation • Kunst • Recht an der
Universität Zürich

Prof. Dr. Christoph B. Graber

Lehrstuhl für Rechtssoziologie mit besonderer Berücksichtigung des Medienrechts Uni-
versität Zürich, Rechtswissenschaftliche Fakultät

Treichlerstrasse 10/348

8032 Zürich

Schweiz

ISSN 1664-0144

© i-call Forschungslaboratorium, Schweiz

Alle Rechte vorbehalten. Kein Teil dieses Werkes darf in irgendeiner Form (Druck, Foto-
kopie oder einem anderen Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Herausgebers
reproduziert, übersetzt oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, ver-
vielfältigt oder verbreitet werden.

**TECHNOLOGISCHE VORAUSSETZUNGEN DER MEINUNGSFREI-
HEIT – GRUNDRECHTSANREICHERUNG RECHTSSOZIOLOGISCH
BETRACHTET**

1. EINLEITUNG.....	4
2. GRUNDRECHTE UND NORMATIVE ERWARTUNGEN	6
3. GENESE VON NORMATIVEN ERWARTUNGEN AN DIGITALE TECHNOLOGIE.....	7
4. TECHNOLOGISCHE VORAUSSETZUNGEN DER MEINUNGSFREIHEIT – NORMATIVE EVIDENZEN	9
5. GRUNDRECHTSWANDEL UND VERFASSUNGSSTABILITÄT	13

1. EINLEITUNG

Mit Parlamentarischer Initiative vom 1. März 2018 verlangte Nationalrat Reynard, die Bundesverfassung (BV) mit einem Grundrecht auf Netzneutralität zu ergänzen.¹ Begründet wurde der Vorstoss mit dem Argument, dass die Netzneutralität nicht einmal im Fernmeldegesetz erwähnt werde, obwohl es sich dabei um ein «ungeschriebenes Gesetz» handle. «Als Konsequenz aus der Meinungsfreiheit und dem Recht auf Information einerseits und der Wettbewerbsfreiheit andererseits sollte die Netzneutralität als verfassungsmässig garantiertes Grundrecht betrachtet werden.»² Die Initiative wurde später zurückgezogen, weil das Parlament in der Zwischenzeit das Fernmeldegesetz (FMG) geändert und den Grundsatz des offenen Internets (und der damit verbundenen Netzneutralität) im neuen Art. 12e FMG verankert hatte.³

Mit Parlamentarischer Initiative vom 29. September 2022 forderte Nationalrat Bendahan, das Recht auf digitale Unversehrtheit ausdrücklich als Grundrecht in der BV zu verankern.⁴ Konkret sollte Art. 10 Abs. 2 BV mit den Worten «digitale Unversehrtheit» ergänzt werden, so dass die Grundrechtsnorm neu wie folgt lauten würde: «Jeder Mensch hat das Recht auf persönliche Freiheit, insbesondere auf körperliche, geistige und digitale Unversehrtheit und auf Bewegungsfreiheit.» Begründet wurde der Vorstoss damit, dass die technologisch-wirtschaftliche Entwicklung im Internet «neue Gefahren für die Unversehrtheit der Bevölkerung» berge, welche nach einem verstärkten Grundrechtsschutz riefen. Auf Antrag seiner Staatspolitischen Kommission⁵ beschloss der Nationalrat am 11. Dezember 2023 mit 118 zu 65 Stimmen, dem Geschäft keine Folge zu geben.⁶ Laut der Kommissionssprecherin handelt es sich beim Recht auf digitale Unversehrtheit um den «Anspruch, zu verstehen und zu wissen, welche Daten unseres digitalen Lebens von wem gesammelt werden – zum einen Informationen, die wir explizit weitergeben, zum andern Informationen, die von Websites, die wir besuchen, oder von Dritten aufgrund unserer Aktivitäten zusammengestellt oder berechnet werden.» Die digitale Integrität sei grundrechtlich bereits durch die körperliche und geistige Unversehrtheit geschützt, womit die Verfassungsänderung nicht über eine symbolische Wirkung hinausgehen würde. Bestehende «Lücken und Schwierigkeiten beim Schutz der Bürger» seien «eher auf der Ebene der Rechtsanwendung oder der Umsetzung des geltenden Rechtes zu verorten.»⁷

¹ Parlamentarische Initiative Reynard Mathias vom 01. März 2018 (18.407 «Netzneutralität in der Verfassung verankern»), <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20180407>. (Sämtliche Internetquellen wurden zuletzt am 20. März 2024 abgerufen.)

² Ibid.

³ Eingefügt durch Ziff. I des Bundesgesetzes vom 22. März 2019, in Kraft seit 1. Januar 2021 (AS 2020 6159; BBl 2017 6559).

⁴ Parlamentarische Initiative Bendahan Samuel vom 29. September 2022 (22.479 «Das Recht auf digitale Unversehrtheit in die Verfassung aufnehmen»), <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20220479>.

⁵ Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates zur Parlamentarischen Initiative (22.479), Das Recht auf digitale Unversehrtheit in die Verfassung aufnehmen, vom 9. November 2023, https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2022/Kommissionsbericht_SPK-N_22.479_2023-11-09.pdf.

⁶ AB 2023 N 2326.

⁷ Votum Steinemann, AB 2023 N 2325.

Die beiden Initiativen liegen mehr als vier Jahre auseinander – was verbindet sie? Beide verlangen die Aufnahme eines neuen Grundrechts in die BV. Beide verfolgen das Ziel, die Freiheit der Kommunikation auch unter den Bedingungen zu schützen, die sich aus der technischen und wirtschaftlichen Entwicklung des Internets ergeben. Beide gehen von einem Verständnis der Grundrechte aus, das sich in zweierlei Hinsicht nicht mit dem in Lehre und Rechtsprechung vorherrschenden Verfassungsverständnis deckt: Erstens, weil sie auch dort von Grundrechten sprechen, wo es nicht um *staatliche* Freiheitseingriffe geht, die abgewehrt werden sollen. Zweitens, weil sie die technologische Infrastruktur im Internet als selbständiges Grundrechtsthema verstehen. Das Parlament hat auf der Linie des rechtlich geltenden Verfassungsverständnisses geantwortet, indem es beide Anliegen nicht als Grundrechtsfragen, sondern als Aufgaben des Gesetzgebers interpretierte, die durch Revision des FMG (Netzneutralität) bzw. eine Verstärkung des Datenschutzrechts (digitale Unversehrtheit) zu erfüllen sind.

Für die Rechtssoziologie sind die beiden Initiativen spannend, weil sie Ausdruck eines Verfassungsverständnisses sind, das Grundrechte als *soziale Institutionen* konzipiert. Rechtspraxis und Rechtsdogmatik befassen sich mit der Form des Rechts. Es interessiert die systematische Beziehung zwischen verschiedenen abstrakten Grundsätzen, deren Anwendung in konkreten Fällen zu logisch begründeten Entscheidungen führt. Im Unterschied dazu geht es in der Rechtssoziologie um die Erforschung des gesellschaftlichen Kontextes des Rechts und um Fragen wie: Weshalb gibt es eine Norm? Was bewirkt diese? So ermöglicht die soziologische Sicht auf die Verfassung, Fragen grundrechtlicher Normproduktion auch ausserhalb des Rechtssystems (und der Politik) zu erkennen, an gesellschaftlichen Orten, wo die Rechtsdogmatik diese nicht vermuten würde. Die Soziologie sieht aber nicht mehr als das Recht, sondern etwas anderes. Jede Perspektive hat ihren blinden Fleck, da jede Beobachtung eine Unterscheidung verwendet, um ihren Gegenstand zu beobachten. Der blinde Fleck ist diese Ausgangsunterscheidung, welche die Beobachtung leitet.⁸ Er liegt dort, wo die Linie gezogen wird, die die beiden Seiten der Unterscheidung trennt.⁹ Weil die Beobachtung die Einheit ihrer Unterscheidung nicht beobachten kann, «ohne damit auf die Paradoxie der Einheit des Differenten aufzulaufen», ist sie ihrem eigenen Operieren gegenüber blind.¹⁰

Die beiden Vorstösse sind Belege für ein sich aus der Mitte der Gesellschaft heraus veränderndes Verfassungsverständnis. Rechtssoziologisch lassen sie sich auf einer Entwicklungslinie einordnen, auf der zunehmend die *technologischen Voraussetzungen* der Meinungsfreiheit als selbständiges Grundrechtsthema diskutiert werden. Es handelt sich hier um Prozesse, die ihren Ursprung oft in zivilgesellschaftlichen Dynamiken haben, die auf technologische Veränderungen im Internet reagieren. Im Falle der genannten Initiativen haben Parlamentarier die aus der Gesellschaft herauswachsenden Erwartungen an einen wirksameren Schutz der Meinungsfreiheit aufgespürt und zu einem verfassungspolitischen Thema gemacht. Im Spannungsfeld von technologiebedingter gesellschaftlicher Veränderung, Grundrechts-wandel und

⁸ Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Band 1, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1997, 69-70.

⁹ Luhmann, *Gesellschaft* (Anm. 8), 426.

¹⁰ Luhmann, *Gesellschaft* (Anm. 8), 538.

Verfassungsstabilität stellen sich damit schwierige Fragen, die ich in diesem Beitrag rechtsoziologisch untersuchen will.

2. GRUNDRECHTE UND NORMATIVE ERWARTUNGEN

Aus soziologischer Sicht stehen Grundrechte als soziale Institutionen im Vordergrund. Niklas Luhmann definiert «Institution» als «Komplex faktischer Verhaltenserwartungen, die im Zusammenhang einer sozialen Rolle aktuell werden und durchweg auf sozialen Konsens rechnen können.»¹¹ Grundrechte «symbolisieren institutionalisierte Verhaltenserwartungen und vermitteln ihre Aktualisierung in konkreten Situationen».¹² Erwartungen sind die Strukturen eines sozialen Systems:¹³ Die moderne Gesellschaft hat im Zuge ihrer Differenzierung kognitive und normative Erwartungen entwickelt. Während kognitive Erwartungen im Falle einer Enttäuschung an die Wirklichkeit angepasst werden, gilt für normative Erwartungen das Gegenteil: An der Erwartung wird kontrafaktisch festgehalten mit der «Entschlossenheit, aus Enttäuschungen nicht zu lernen.»¹⁴ Das Recht ist dasjenige soziale System das normative Erwartungen gesellschaftsweit stabilisiert und generalisiert.¹⁵

Mit Blick auf die technologischen Voraussetzungen der Meinungsfreiheit stellt sich die Frage, wie normative Erwartungen an *Technologien* entstehen. Vorab ist zu klären, wie sich der Begriff der Normativität zu Theorien der Rechtsentstehung verhält. Bei der Entstehung neuer Rechtsnormen denken viele Juristinnen zunächst an die Tätigkeit des Gesetzgebers. Die Rechtssoziologie sieht dies jedoch differenzierter. Seit ihren Anfängen bei Eugen Ehrlich, Emile Durkheim oder Max Weber postuliert sie einen Rechtspluralismus, der auch die Möglichkeit der Entstehung von Recht aus nicht-legislativen Quellen anerkennt. Gesellschaftliche und parlamentarische Prozesse befruchten sich oft wechselseitig. Weil geteilte Werte in einer hyperkomplexen Gesellschaft prekär sind, ist die Stabilisierung und Generalisierung normativer Erwartungen eine Herausforderung. In seiner Evolution hat das Recht die Lösung dafür in der Positivierung gefunden.¹⁶ Positives Recht ermöglicht eine flexible Anpassung der Rechtsnormen an den sozialen Wandel und schafft gleichzeitig Mechanismen, welche die Rechtssicherheit gewährleisten. Allerdings wird auch in der modernen Gesellschaft nur ein kleiner Teil aller normativen Erwartungen in Form von positivem Recht institutionalisiert und im Alltag wachsen solche weiterhin direkt aus der Mitte der Gesellschaft hervor. Das gilt insbesondere für Erwartungen an neue Technologien im Internet. In einem frühen Stadium der Einführung einer Technologie sind die normativen Erwartungen daran meist diffus. Dies liegt an der enormen Komplexität solcher

¹¹ Niklas Luhmann, Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlin: Duncker & Humblot, 1965, 12-13.

¹² Luhmann, Grundrechte (Anm. 11), 13.

¹³ Alfons Bora, 'Medialität des Wissens', in Gunnar F. Schuppert, et al. (Hrsg.), Herrschaft und Wissen, Baden-Baden: Nomos, 2022, 295-324, 300.

¹⁴ Niklas Luhmann, Rechtssoziologie, 3. Auflage, Opladen: Westdeutscher Verlag, 1987, 42-43.

¹⁵ Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1993, 131.

¹⁶ Luhmann, Recht (Anm. 15), 280.

Technologien, deren gesellschaftliche Auswirkungen erst mittel- oder langfristig sichtbar werden.

3. GENESE VON NORMATIVEN ERWARTUNGEN AN DIGITALE TECHNOLOGIE

Wie müssen wir uns die Genese von Erwartungen an das Verhalten neu eingeführter digitaler Technologien vorstellen? Zunächst sind *instrumentelle Technologievorstellungen* zu korrigieren, die im Recht vorherrschen.¹⁷ Instrumentelle Theorien betrachten Technologie als neutrales Werkzeug, das den Anwendern zur Nutzung zur Verfügung gestellt wird, ohne dass die mit der Technologie verfolgten Ziele oder ihre sozialen, politischen oder rechtlichen Auswirkungen kritisch hinterfragt werden.¹⁸ Illustrativ ist diesbezüglich der Begriff «Netzneutralität», dessen Semantik die Vorstellung des Netzwerks als neutrales Werkzeug evoziert, das zur Erfüllung beliebiger Aufgaben zur Verfügung steht. Ein solcherart instrumentelles Technologieverständnis lehnt die als «Science and Technology Studies» (STS) bekannte Richtung der Technologiesozio- logie ab.¹⁹ Für die STS ist es auch falsch, Technologie deterministisch als etwas zu sehen, das sich, einer eigenen Logik folgend, unabhängig von sozialen Einflüssen entwickelt.

An die Stelle von Instrumentalismus und Determinismus setzen die STS die These, dass Technologien, weil sie mit der Gesellschaft verbunden sind, in den Prozessen ihrer Entwicklung und Einführung auf dem Markt gestaltbar sind. Zentral sind hier zwei Begriffe: *Affordanzen* und *Koproduktion*. *Affordanzen* sind Möglichkeiten oder Limitationen einer Technologie.²⁰ Der Begriff der *Koproduktion* erklärt, wie *Affordanzen* in eine Technologie hineingelangen.²¹ Die STS postulieren, dass die *Affordanzen* einer Technologie interpretationsbedürftig sind. Der bei der Interpretation einer Technologie bestehende Spielraum manifestiert sich im Koproduktionsprozess doppelt: Erstens bei der Entwicklung der Technologie durch Softwareprogrammierer («design constituency») und zweitens bei deren Aufnahme durch Anwender («impact constituency»)²². In einem mehrstufigen Dialog zwischen «design constituency» und «impact constituency» werden die *Affordanzen* eines einzelnen Artefakts oder gar eines

¹⁷ Für eine Kritik vgl. Arthur Cockfield/Jason Pridmore, 'A Synthetic Theory of Law and Technology' (2007) Minnesota Journal of Law, Science & Technology, 8 (2), 475–513, 476.

¹⁸ Andrew Feenberg, Transforming Technology: A Critical Theory Revisited, New York, NY: Oxford University Press, 2002, 5-6.

¹⁹ Vgl. Sergio Sismondo, An Introduction to Science and Technology Studies, 2. Aufl., Chichester: Wiley-Blackwell, 2010.

²⁰ Vgl. Christoph B. Graber, 'Artificial Intelligence, Affordances and Fundamental Rights', in Mireille Hildebrandt und Kieron O'Hara (Hrsg.), Life and the Law in the Era of Data-Driven Agency, Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2020, 194–213, 196-198.

²¹ Graber, Affordances (Anm. 20), 199-201.

²² Dazu im Detail Bryan Pfaffenberger, 'Technological Dramas' (1992) Science, Technology & Human Values, 17 (3), 282–312.

ganzen technischen Systems kodeterminiert, wobei materiale ebenso wie kommunikative Aussagen bzw. Gegenaussagen möglich sind.²³

Die Theorie der Koproduktion von Technologie erlaubt es, Ideologien zurückzuweisen, die KI-basierte Anwendungen und andere «smart technologies»²⁴ als undurchdringbar und deren Wirkungen als unvermeidbar erscheinen lassen möchten. Stattdessen betont sie die Möglichkeit gesellschaftlicher Kritik und der Mitgestaltung von technologischen Affordanzen. In der Tat können sich auf der Seite der Anwenderinnen *peu à peu* Erwartungen an das «Verhalten» eines bestimmten technologischen Artefakts oder Systems entwickeln.

In Bezug auf neu entwickelte und auf dem Markt eingeführte digitale Technologien hängt die Fähigkeit von Nutzerinnen, Erwartungen zu bilden oder anzupassen, davon ab, ob sie mit einer «trivialen Maschine» oder einer «nicht-trivialen Maschine» konfrontiert sind. Nach der Definition Heinz von Foersterns folgt eine *triviale Maschine* bei der Umwandlung von Inputs in Outputs immer der gleichen Transformationsfunktion, ohne dabei ihren internen Zustand zu ändern.²⁵ Folglich kann der Output einer trivialen Maschine vorausgesagt werden. Eine *nicht-triviale Maschine* dagegen kann auch ihren internen Zustand ändern.²⁶ Weil ihre Operationen nicht vorhersehbar sind, kann der Output nicht vom Input abgeleitet werden.

Smarte Technologien verfügen über ein erhebliches Mass an Verhaltensautonomie. Für Durchschnittsnutzer erscheinen solche Technologien deshalb oft als undurchdringbar. Die Wissenschaft spricht hier von Technologie als einer «Black Box»,²⁷ deren Wände den Blick auf Funktionsweise und Wirkung der Technologie verstellen. Anders sieht dies für Technologieexpertinnen aus. Kraft ihres Wissens sind sie oft in der Lage, über «leaks, cracks, and ruptures» in die Box hineinzuschauen.²⁸ Die so erlangten Erkenntnisse über die Funktionsweise der neuen Technologie können Bürgerrechtsorganisationen, NGOs, Konsumentenschützer etc. nutzen, um vor allfälligen negativen Auswirkungen zu warnen, zum Widerstand aufzurufen oder konkrete Forderungen für eine staatliche Regulation zu formulieren. Wie die beiden eingangs erwähnten parlamentarischen Initiativen aufzeigen, kann das zunächst in Expertenkreisen generierte Wissen über die neue Technologie via zivilgesellschaftliche Intermediäre in den Fokus der Gesetzgebung gelangen. Manchmal sind es auch Gerichte, die sich als erste mit den gesellschaftlichen Auswirkungen einer neuen Technologie befassen. Solange eine gesetzliche Regelung fehlt, steht Gerichten meist nur der Weg über

²³ Vgl. Christoph B. Graber, 'Zum Konzept des Rechts in der "Gesellschaft der Netzwerke"', in Karl-Heinz Ladeur, et al. (Hrsg.), *Die Zukunft der Medienverfassung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2021, 113–134, 123–124.

²⁴ Mireille Hildebrandt unterscheidet verschiedene Stufen von "smartness". Vgl. *Mireille Hildebrandt, Smart Technologies and the End(s) of Law: Novel Entanglements of Law and Technology*, Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015, 22–30.

²⁵ *Heinz von Foerster, Wissen und Gewissen. Versuch einer Brücke*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1993, 245–247.

²⁶ *Von Foerster, Wissen und Gewissen (Anm. 25)*, 247–252.

²⁷ Vgl. *Frank Pasquale, The Black Box Society: The Secret Algorithms that Control Money and Information*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2015.

²⁸ *Taina Bucher, If... Then: Algorithmic Power and Politics*, Oxford: Oxford University Press, 2018, 60.

eine weite Auslegung bestehender Rechtsvorschriften zur Verfügung, um (vorläufige) Antworten auf dringliche Fragen zu finden.²⁹

4. TECHNOLOGISCHE VORAUSSETZUNGEN DER MEINUNGS-FREIHEIT – NORMATIVE EVIDENZEN

Rechtssoziologisch gesehen verfolgen die beiden Initiativen zur grundrechtlichen Anerkennung der Netzneutralität bzw. der digitalen Unversehrtheit dasselbe Ziel: die technologischen Voraussetzungen der Meinungsfreiheit im Internet besser zu schützen. Meine These ist, dass es sich hier um einen Entwicklungstrend handelt und meine Frage, welche normativen Evidenzen hierfür empirisch feststellbar sind. Die folgende Auflistung ist illustrativ zu verstehen und beansprucht keine Vollständigkeit.

Das digitale Zeitalter hat die Kommunikationsbedingungen für Bürgerinnen radikal verändert. Sie haben nun Zugang zu einem immens breiten Angebot unterschiedlichster Informationen, können sich einfach vernetzen und direkt – ohne Vermittlung durch Massenmedien – in den Kommunikationsprozess eingreifen. Mit Telekommunikationsunternehmen, Plattformbetreibern und Geräteherstellern ist eine neue Art von Intermediären auf den Plan getreten, die über die Kontrolle informationstechnologischer Systeme die freie Kommunikation beeinflussen können. Unter diesen Bedingungen wird ein effektiver Schutz der Privatsphäre zur wichtigsten Voraussetzung der Meinungsfreiheit. Nur wenn die Bürgerin darauf vertrauen kann, dass ihre Privatsphäre auch unter den technologischen Bedingungen des Internets geschützt ist, kann sie ihre Meinungen frei bilden und frei äussern.

Der Schutz der Privatsphäre umfasst viele unterschiedliche Aspekte, die als Grundrechtsanliegen in nationalen Verfassungen und internationalen Menschenrechtsabkommen umfassend geschützt sind. Für die Zwecke dieses Beitrags stehen jene Anliegen der Privatsphäre im Vordergrund, die mit den für die Kommunikation im Internet verwendeten Technologien besonders eng zusammenhängen. Sie artikulieren sich als Forderungen eines effektiven Schutzes der Datenintegrität und der Netzintegrität.

Auf der Suche nach normativen Evidenzen für den Schutz der *Datenintegrität* im Internet werden wir eher auf Gesetzes- denn auf Verfassungsstufe fündig. Sprechender Beleg hierfür ist die Parlamentarische Initiative Bendahan, deren Anliegen, die digitale Unversehrtheit verfassungsrechtlich zu schützen, vom Parlament als Aufgabe des Gesetzgebers eingeschätzt wurde. Weil ein Grundrecht auf digitale Unversehrtheit kaum justitiabel wäre, ist die Legislative besser geeignet als die Justiz, um einen effektiven Schutz der Datenintegrität zu gewährleisten. Eingriffe in die Integrität von Nutzerdaten sind nicht nur vom Staat, sondern auch von privaten Unternehmen zu erwarten, welche die für die Kommunikation notwendigen Plattformen und Geräte kontrollieren. Da die Grundrechtsjustiz *ex post* tätig wird, kann sie bei Blockierungen, Löschungen oder Manipulationen von Meinungsäußerungen nicht alle durch den Eingriff

²⁹ Illustrativ dazu die Vorschaubilder-Urteile des deutschen Bundesgerichtshofs. Vgl. Christoph B. Graber, 'How the Law Learns in the Digital Society' (2021) *Law, Technology and Humans*, 3 (2), 12–27, 12.

entstandenen Schäden beheben. Somit erfordert ein effektiver Schutz der Datenintegrität generell-abstrakte Regeln, die für sämtliche (staatliche und nichtstaatliche) Akteure bindend sind und den fraglichen Sachzusammenhang *ex ante* regeln. Die Datenschutzgrundverordnung der Europäischen Union (DSGVO)³⁰ ist weltweit eines der am weitesten entwickelten Datenschutzgesetze. Die DSGVO ist auch für die kürzlich abgeschlossene Revision des Schweizer Datenschutzgesetzes³¹ wegleitend gewesen.³² Dem Ziel der Parlamentarischen Initiative Bendahan kommt der in Art. 5 Abs. 1 lit. f DSGVO statuierte Grundsatz der Integrität und Vertraulichkeit von Nutzerdaten am nächsten. Die Bestimmung verlangt, dass personenbezogene Daten «in einer Weise verarbeitet werden, die eine angemessene Sicherheit der personenbezogenen Daten gewährleistet, einschliesslich Schutz vor unbefugter oder unrechtmässiger Verarbeitung». Das mit dem Grundsatz der Integrität und Vertraulichkeit verfolgte Ziel besteht darin, sicherzustellen, dass Nutzerdaten nur von Personen eingesehen oder verändert werden können, die dazu befugt sind. Damit trägt Art. 5 Abs. 1 lit. f DSGVO zum Schutz der Privatsphäre von Kommunikationsteilnehmerinnen und damit indirekt auch zur Umsetzung der Meinungsfreiheit bei.

Normative Evidenz für den Schutz der *Netzintegrität* als Grundrecht finden wir bislang erst in der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts (BVerfG). In einem vielbeachteten Urteil vom 27. Februar 2008 hat das BVerfG ein neues Grundrecht anerkannt, das die Erwartung an die Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme schützt.³³ Als «informationstechnisches (IT) System» ist das Zusammenwirken von Software und Hardware in einem System vernetzter Computer zu verstehen. Komplexe IT-Systeme ermöglichen eine Vielzahl von Anwendungen, die mit der Erstellung, Verarbeitung und Speicherung von Daten verbunden sind. Das neue Grundrecht soll, sofern keine ausserordentlichen Umstände vorliegen, den Staat daran hindern, Spionage- oder Überwachungssoftware zur Infiltration von IT-Systemen einzusetzen. Unter Infiltration ist ein heimliches Eindringen in ein IT-System zu verstehen, um die darin gespeicherten Daten auszuspähen und das System als Ganzes aus Distanz zu steuern.³⁴ Das BVerfG hat das neue Grundrecht aus dem in Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz (GG) gewährleisteten allgemeinen Persönlichkeitsrecht i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (Menschenwürde) abgeleitet.³⁵ Mit der Ausdehnung des Persönlichkeits-schutzes auf neue Gefährdungen trägt das Gericht dem technischen Wandel Rechnung. Die Integrität des eigengenutzten IT-Systems soll im Rahmen der Abwehrfunktion von Grundrechten Individuen vor staatlichen Eingriffen schützen. Mangels Justiziabilität muss der Schutz objektiver Aspekte der freien Kommunikation im Internet oder der Schutz vor privaten Eingriffen in die Netzintegrität jedoch auf dem Wege der Gesetzgebung erreicht werden.³⁶

³⁰ Verordnung (EU) 2016/679 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, ABl. L 119/1 vom 5. Mai 2016.

³¹ Bundesgesetz über den Datenschutz vom 25. September 2020, SR 235.1.

³² BBl 2017 6941, 6943, 6996-6998.

³³ BverfGE 120, 274.

³⁴ BverfGE 120, 274, Rz. 5.

³⁵ Wolfgang Hoffmann-Riem, 'Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigengenutzter informationstechnischer Systeme' (2008) JuristenZeitung, 63, 1009-1022, 1009.

³⁶ Hoffmann-Riem, Vertraulichkeit und Integrität (Anm. 35), 1013-1014 und 1016.

Der Begriff der *Netzneutralität* wird oft mit dem Verbot assoziiert, bei der Verbreitung von Daten in digitalen Netzwerken zwischen verschiedenen Inhalten zu diskriminieren. Art. 12e Abs. 1 FMG formuliert den Grundsatz der Netzneutralität als Verpflichtung von Anbietern von Zugangsdiensten zur Gleichbehandlung beim Datentransport: «Die Anbieterinnen von Internetzugängen übertragen Informationen, ohne dabei zwischen Sendern, Empfängern, Inhalten, Diensten, Dienstklassen, Protokollen, Anwendungen, Programmen oder Endgeräten technisch oder wirtschaftlich zu unterscheiden.» Die Bestimmung ist bisher noch nicht Gegenstand der Rechtsprechung geworden. Die Lehre versteht die von Art. 12e FMG gewährleistete Möglichkeit, Daten neutral zu übertragen, als infrastrukturelle Voraussetzung der grundrechtlich gebotenen kommunikativen Chancengleichheit im Internet.³⁷

In der EU sind die Anliegen der Netzneutralität seit 2015 in der Verordnung zum Schutz des offenen Internets (OIVO) geregelt.³⁸ Gemäss den Erwägungsgründen 6, 8 und 9 der OIVO sollen Endnutzer «das Recht haben, über ihren Internetzugangsdienst ohne Diskriminierung Informationen und Inhalte abzurufen und zu verbreiten und Anwendungen und Dienste zu nutzen und bereitzustellen.» Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat die Verordnung in verschiedenen Urteilen vor allem im Zusammenhang mit sogenannten «Nulltarifen» konkretisiert. Er hat solche Geschäftspraktiken verboten, soweit sie intransparente Anreize für die Nutzung bestimmter Anwendungen und Dienste schaffen und damit die Endnutzer in der freien Ausübung ihrer durch Art. 3 Abs. 1 OIVO garantierten Rechte auf Zugang zum Internet beschränken.³⁹

Worin besteht der Zusammenhang zwischen Netzneutralität und Meinungsfreiheit? Entscheidungen von Telekommunikationsunternehmen, bestimmte Inhalte hinsichtlich ihrer Verbreitungsgeschwindigkeit zu diskriminieren, setzen Kenntnis dieser Inhalte bzw. der zu ihrer Verbreitung verwendeten Dienste und Anwendungen voraus.⁴⁰ Im Rahmen einer weit verstandenen Meinungsfreiheit, die auch ihre technischen Voraussetzungen einschliesst, wird dieser Zusammenhang damit zu einem Grundrechtsthema.⁴¹

Angesichts des beschränkten Raums, der für diese Publikation zur Verfügung steht, muss ein kurzer Hinweis auf zwei weitere Bereiche genügen, wo sich eine Produktion von technologiebezogenen Normen beobachten lässt, die direkt oder indirekt für die Meinungsfreiheit von Bedeutung sind: 1) die Tätigkeiten der Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) und 2) die Anstrengungen zur Entwicklung technischer Standards für das Internet, die im Rahmen des Internet Architecture Board (IAB) bzw. der Internet Engineering Task Force (IETF) stattfinden.

³⁷ Markus Schefer, 'Kommunikationsgrundrechte', in Oliver Diggelmann, et al. (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Band 2, 2. Aufl., Zürich: Schulthess, 2020, 1413–1451, 1426.

³⁸ Verordnung (EU) 2015/2120 über Massnahmen zum Zugang zum offenen Internet, ABl. L 310/1 vom 26.11.2015.

³⁹ EuGH, *Vodafone GmbH gegen Bundesrepublik Deutschland*, C-854/19 vom 2. September 2021.

⁴⁰ *Timothy Garton Ash*, *Free Speech: Ten Principles for a Connected World*, New Haven, CT, USA, London, UK: Yale University Press, 2016, 358.

⁴¹ Ähnlich sieht das auch das Ministerkomitee des Europarats. Vgl. Recommendation CM/Rec(2016)1 of the Committee of Ministers to Member States on protecting and promoting the right to freedom of expression and the right to private life with regard to network neutrality vom 13. Januar 2016.

Eine der Aufgaben der ICANN ist die Verwaltung des *Domain Name Systems* (DNS) des Internets. Zu diesem Zweck akkreditiert sie Domain-Registrierungsstellen, die u.a. Domainnamen verkaufen. Jede Person, die im Internet surft oder E-Mails versendet, verwendet Domainnamen, um zu kommunizieren. Damit die zwischen den Computern ausgetauschten Datenpakete ihr Ziel erreichen, müssen die alphabetischen Domainnamen in numerische IP-Adressen übersetzt werden. Diese Übersetzungsarbeit leistet ein hierarchisch organisiertes System so genannter «Root-Server», das von der ICANN verwaltet wird.⁴² An der Spitze dieser Root-Hierarchie steht eine Datei, die alle Server auflistet, auf denen die Hauptregistrierungslisten für die *Top-Level-Domains* gespeichert sind.⁴³ Damit sitzt die ICANN gewissermassen am Hauptschalter für die gesamte Kommunikation im Internet.⁴⁴ Von 1998 bis 2016 bildete ein Vertrag mit der US-Regierung die rechtliche Grundlage der ICANN, womit die USA über einen Hebel zur Beaufsichtigung der ICANN verfügten.⁴⁵ Im Jahr 2016 haben die USA ihre Kontrolle über die ICANN aufgegeben. Seitdem ist die ICANN privatrechtlich organisiert und wird von Regierungen, der Industrie, technischen Experten und der Zivilgesellschaft gemeinsam getragen.⁴⁶ Heute ist also ein privates, gemeinnütziges Unternehmen für Aufgaben zuständig, die für die Kommunikation aller Menschen, Nationen und Organisationen auf der Welt von grösster Bedeutung sind. Rechtsgrundlage für alle Handlungen der ICANN sind ihre Statuten, die sog. Bylaws. Gemäss Art. 4 Bylaws ist die Gesamtheit aller ICANN-Stakeholder dafür zuständig, Konflikte beizulegen, die sich aus Behauptungen ergeben, die ICANN habe ihre statutarischen Kompetenzen überschritten. Unter dem bis 2016 geltenden Regime stellten sich Fragen der Meinungsfreiheit in Fällen, in denen sich die ICANN weigerte, bestimmte Domainnamen zu registrieren, weil diese von der US-Regierung als pornographisch eingeschätzt worden waren.⁴⁷ Eine offene und in der Literatur diskutierte Frage ist, wie die ICANN unter der heute gegebenen Multistakeholder-Struktur solche Konflikte bewältigen könnte.⁴⁸

Das IAB und die IETF sind global organisiert und operieren ganz oder in erheblichem Masse staatsunabhängig. Die Aufgaben des IAB bestehen in der Administration, Überprüfung und Validierung von Entscheidungen, welche die Architektur des Internets betreffen.⁴⁹ Dazu gehört auch die Koordination zwischen Netzwerkorganisationen und die Wahl der Personen, welche für die Herausgabe der *Requests for Comments* (RFC) verantwortlich sind. RFCs sind Dokumente, die für die Entwicklung technischer Standards für das Internet relevant sind. Die mehr als 9500 RFCs, die bis heute

⁴² Vgl. *Milton L. Mueller*, *Ruling the Root: Internet Governance and the Taming of Cyberspace*, Cambridge, MA: MIT Press, 2002.

⁴³ *A. Michael Froomkin*, 'Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route around the APA and the Constitution' (2000) *Duke Law Journal*, 50 (1), 17–186, 42.

⁴⁴ *Garton Ash*, *Free Speech* (Anm. 40), 354.

⁴⁵ *David G. Post/Danielle Kehl*, *Controlling Internet Infrastructure: Part 1: The 'IANA Transition' and Why It Matters for the Future of the Internet*, April 2015, 17.

⁴⁶ *Niels ten Oever*, 'Productive Contestation, Civil Society, and Global Governance: Human Rights as a Boundary Object in ICANN' (2019) *Policy & Internet*, 11 (1), 37–60, 38.

⁴⁷ *Milton L. Mueller*, *Networks and States: The Global Politics of Internet Governance*, Cambridge, MA: MIT Press, 2010, 202.

⁴⁸ Vgl. *Rolf H. Weber*, *Internet Governance at the Point of No Return*, Zürich: EIZ Publishing, 2021, 55.

⁴⁹ IAB, *Role of the IAB*, <https://www.iab.org/role/>.

archiviert worden sind,⁵⁰ werden als offizielle Quelle der für das Internet massgeblichen technischen Standards bezeichnet.⁵¹ Die IETF ist jene Netzwerkorganisation unter dem Dach des IAB, welche die meisten RFCs produziert. Die IETF ist aus Softwareentwicklern, Geräteherstellern und Vertretern von Diensteanbietern zusammengesetzt. Die Entwicklung der für das Internet massgeblichen technischen Standards erfolgt in einem staatsunabhängigen, informell organisierten Prozess der Selbstregulierung und äussert sich in der Form der RFCs. Obwohl die Teilnahme an Treffen der IETF grundsätzlich jedermann offensteht, sind es faktisch vor allem Vertreter transnationaler IT-Unternehmen, welche bei der Genese von Werten, Regeln und Verfahren betreffend die technologischen Standards des Internets bestimmend sind.⁵² Die Relevanz des Standardisierungsprozesses für die Meinungsfreiheit ergibt sich daraus, dass in der IETF der Schutz der Privatsphäre als ein Problem technischen Designs diskutiert wird. Auch hier geht es vor allem um Auswirkungen von Entscheidungen technologischer Natur auf Netzintegrität und Datenintegrität.⁵³ Angesichts der Dominanz grosser Technologiekonzerne im IETF ist der Schutz öffentlicher Interessen eine Herausforderung.⁵⁴

5. GRUNDRECHTSWANDEL UND VERFASSUNGSSTABILITÄT

In seiner Praxis zu Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) misst der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) den technologischen Voraussetzungen der Meinungsfreiheit bisher keine selbständige Bedeutung zu. Der Gerichtshof unterscheidet wohl, ob eine Meinung über das Medium der Presse, des Fernsehens oder des Internets verbreitet wird. So anerkennt er, dass audiovisuelle Medien durch die Kombination von Ton- und Bildnachrichten beim Publikum eine besondere Wirkung entfalten, die unmittelbarer und eindringlicher ist als jene der Presse.⁵⁵ Der EGMR hebt die allgemeine Zugänglichkeit und die Möglichkeit, grosse Datenmengen zu speichern, als Besonderheiten des Mediums Internet hervor.⁵⁶ Alles in allem dominiert ein oberflächliches Verständnis, das Technologie als neutrales Werkzeug behandelt.⁵⁷ Symptomatisch hierfür ist etwa, dass der Gerichtshof im Zusammenhang von sozialen Medien von «Tools» des Internets spricht, die für die Teilnahme an öffentlichen Debatten bedeutsam seien.⁵⁸ Mag ein instrumentelles Technologieverständnis im

⁵⁰ RFC, RFC Index, <https://www.rfc-editor.org/rfc-index.html>.

⁵¹ Sandra Braman, 'Laying the Path: Governance in Early Internet Design' (2013) *info*, 15 (6), 63–83, 65.

⁵² Sandra Braman, 'The Interpenetration of Technical and Legal Decision-Making for the Internet' (2010) *Information, Communication & Society*, 13 (3), 309–324.

⁵³ Sandra Braman, 'Privacy by Design: Networked computing, 1969-1979' (2011) *New Media & Society*, 14 (5), 798–814, 801-802.

⁵⁴ Niels ten Oever, "'This Is Not How We Imagined It': Technological Affordances, Economic Drivers, and the Internet Architecture Imaginary' (2021) *New Media & Society*, 23 (2), 344–362, 349.

⁵⁵ Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft und Publisuisse SA v. Switzerland, EGMR, Nr. 41723/14, 22. Dezember 2020, Rz. 85, mit Hinweisen.

⁵⁶ Delfi AS v. Estonia, EGMR (Grosse Kammer), Nr. 64569/09, 16. Juni 2015, Rz. 133.

⁵⁷ Vgl. oben, Ziff. 3.

⁵⁸ Ahmet Yıldırım v. Turkey, EGMR, Nr. 3111/10, 18. Dezember 2012, Rz. 54; vgl. auch Cengiz and Others v. Turkey, EGMR, Nr. 48226/10 und 14027/11, 1. Dezember 2015, Rz. 49; mit Verweis auf Ahmet Yıldırım v. Turkey, 18. Dezember 2012, Rz. 54.

Zeitalter der Presse und des Rundfunks noch unproblematisch gewesen sein, so ist dieses unter den Bedingungen des Internets als Leitmedium revisionsbedürftig. Notwendig wäre eine vertiefte Analyse der Wechselwirkung zwischen technischem Medium und Kommunikation bei der Übermittlung oder beim Empfang von Informationen. Zu erkennen wäre dann beispielsweise, dass der Algorithmus von *YouTube* nicht bloss Videos empfiehlt, sondern auch die Art und Aufmachung der Inhalte beeinflusst, die über die Plattform ausgetauscht werden. Um mehr Aufmerksamkeit zu erhalten, passen die Produzentinnen von Inhalten ihre Strategien den erwarteten Präferenzen des Algorithmus an. Die Nutzer wiederum werden in ihren Wahrnehmungen und Überzeugungen von den Empfehlungen des Algorithmus beeinflusst.

Als ein seltener Entscheid jenseits des instrumentellen Technologieverständnisses kann *Autronic v Switzerland* gesehen werden. Darin hielt der EGMR schon 1990 fest, dass Art. 10 EMRK nicht nur den Inhalt von Informationen schützt, sondern auch die zur Verbreitung und zum Empfang von Informationen benötigte Technologie.⁵⁹ Die Entscheidungen der Schweizer Behörden, welche die Beschwerdeführerin daran hinderten, Fernsehprogramme via Fernmeldesatellit rechtmässig zu empfangen, beurteilte der Gerichtshof als Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit. Rechtssoziologisch kann dieses Urteil als erster Schritt hin zu einem Verständnis der Meinungs- und Informationsfreiheit gesehen werden, das der technologischen Infrastruktur tendenziell eigenständige Bedeutung zumisst. Die oben (Ziff. 4) dokumentierten empirischen Evidenzen für die Normproduktion betreffend die technologischen Voraussetzungen der Meinungsfreiheit im Kontext von Daten- und Netzintegrität, offenem Internet, Domain-Governance oder der Entwicklung technischer Standards liessen sich dann als mögliche weitere Schritte einer in diese Richtung weisenden künftigen Grundrechtsentwicklung postulieren.

Damit wären wir aber wieder beim Dilemma, dass sich der Grundrechtswandel im Spannungsfeld von gesellschaftlicher Veränderung und Verfassungsstabilität vollzieht. Im Schweizer Recht wird diese Frage im Zusammenhang der formellen Ergänzung des Grundrechtskatalogs im Wege der Verfassungsrevision, der inkrementellen Weiterentwicklung bestehender Grundrechte durch Auslegung oder der Anerkennung von ungeschriebenen Grundrechten durch das Bundesgericht diskutiert.⁶⁰ Während die formalisierten Verfahren der Verfassungsrevision die demokratische Legitimation sicherstellen, fehlt es an dieser bei der gerichtlichen Grundrechtsfortbildung teilweise. Deshalb anerkennt das Bundesgericht in seiner Funktion als Verfassungsgericht neue Grundrechte nur mit grosser Zurückhaltung und nur in Bezug auf Bedürfnisse, «welche Voraussetzung für die Ausübung anderer (in der Verfassung genannter) Freiheitsrechte bilden oder sonst als unentbehrliche Bestandteile der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung des Bundes erscheinen.» Stets prüft es auch, «ob die in Frage stehende Gewährleistung bereits einer weitverbreiteten Verfassungswirklichkeit in den Kantonen [entspricht] und von einem allgemeinen Konsens getragen [ist].»⁶¹ Der Verweis auf die Verfassungswirklichkeit der Kantone zeigt, dass das

⁵⁹ *Autronic AG v. Switzerland*, EGMR, Nr. 12726/87, 22. Mai 1990, Rz. 47.

⁶⁰ *Regina Kiener*, 'Grundrechte in der Bundesverfassung', in Oliver Diggelmann, et al. (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Band 2, 2. Aufl., Zürich: Schulthess, 2020, 1193–1221, 1204–1205.

⁶¹ BGE 121 I 367, E. 2a, 370.

Bundesgericht die Grundrechte als etwas versteht, das von unten nach oben wächst.⁶² Auch das Kriterium des «allgemeinen Konsenses» lässt erkennen, dass es sich nicht über die im Schweizer Volk breit geteilten Überzeugungen stellen will.⁶³

Das Kantonskriterium und das Konsenskriterium lassen sich rechtssoziologisch als «Re-entry» der Unterscheidung *rechtliches Grundrechtsverständnis/ soziales Grundrechtsverständnis* auf der Seite des rechtlichen Grundrechtsverständnisses rekonstruieren. Die gelebte gesellschaftliche Realität dient dem Bundesgericht als *Benchmark* für die Weiterentwicklung der positiven Rechtsordnung. Ähnlich unterscheidet Dietrich Schindler in seinem 1932 erschienen Werk «Verfassungsrecht und soziale Struktur» Recht und *Ambiance*.⁶⁴ Damit setzt er sich zum Ziel, den Gegensatz zwischen dem gesetzten Recht und dem Gesellschaftlichen dialektisch zu überwinden.⁶⁵ Zur *Ambiance* des Rechts zählt er das (noch) nicht zu Recht Gewordene, in der Umgebung des Rechts befindliche «Hintergründige» oder «Immanente», das in konkreten Fällen als Möglichkeit zur Weiterentwicklung der positiven Rechtsordnung aktualisiert werden kann.⁶⁶ Diese Dialektik ist auch für Schindlers Grundrechtsverständnis prägend. Mit seiner These, dass die Wirkungen eines individualistischen Freiheitschutzes im sozialen Zusammenhang zu sehen sind,⁶⁷ beeinflusste er spätere Grundrechtstheoretiker, die wie Hans Huber ein in den privaten Bereich ausgreifendes Grundrechtsverständnis postulierten.⁶⁸

Für den Wandel des Grundrechtsverständnisses ist auch der Einfluss des internationalen Rechts wichtig. Die international vorherrschende Konzeption von Menschenrechten als Schutzpflichten von Staaten hat ab den 1960er Jahren die rein abwehrrechtliche Interpretation von Grundrechten herausgefordert.⁶⁹ Seit dem Beitritt der Schweiz zur EMRK 1974 haben konventionsrechtliche Schutzgehalte kontinuierlich Eingang in die Rechtsprechung des Bundesgerichts gefunden.⁷⁰

Der EGMR versteht die EMRK als «living instrument, which must be interpreted in the light of present-day conditions».⁷¹ Das bei der Anpassung des Konventionsrechts an eine sich wandelnde sozialen Realität produzierte Richterrecht steht unter Legitimationsdruck. Um diesem zu begegnen, rekurriert der EGMR regelmässig auf *soft law*

⁶² Im Zusammenhang des Schutzziels der digitalen Integrität ist erwähnenswert, dass der Kanton Genf die „intégrité numérique“ in einer Volksabstimmung vom 18. Juni 2023 mit grosser Mehrheit als selbständiges Grundrecht anerkannt hat und im Kanton Neuenburg in diese Richtung gehende Diskussionen stattfinden. Vgl. Nesa Zimmermann, *Entre innovations et résistances: la garantie des droits humains dans l'État fédéral Suisse*, ZSR Band 142 (2023) II, 151-249, 197.

⁶³ Giovanni Biaggini, 'Grundrechtsinnovation im Bundesstaat – ein Streifzug durch 175 Jahre Verfassungsgeschichte', in Frédéric Bernard, et al. (Hrsg.), *Le droit au service de l'humanité: Mélanges en l'honneur de Michel Hottelier*, Zürich: Schulthess, 2023, 33–50, 40.

⁶⁴ Dietrich Schindler, *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, Zürich: Schulthess, 1932, 92-103.

⁶⁵ Andreas Kley, *Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz*, Zürich: Dike, 2011, 162-163.

⁶⁶ Schindler, *Verfassungsrecht und soziale Struktur* (Anm. 64), 93.

⁶⁷ Schindler, *Verfassungsrecht und soziale Struktur* (Anm. 64), 150.

⁶⁸ Kley, *Geschichte* (Anm. 65), 164, 215.

⁶⁹ Kiener, *Grundrechte* (Anm. 60), 1195-1196.

⁷⁰ Regina Kiener, *Der Einfluss der EMRK auf die BV 1999*, in Tobias Jaag und Christine Kaufmann (Hrsg.), *40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK*, Zürich: Schulthess, 2015, 53-89, 60-72.

⁷¹ *Vo v. France*, EGMR, Nr. 53924/00, 8. Juli 2004, Rz. 82; mit Verweis auf *Tyrer v. United Kingdom*, 25. April 1978, Rz. 31.

Instrumente wie z.B. Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarats.⁷² In mehreren Urteilen hat der EGMR solche Empfehlungen “for the purpose of interpretation of the Convention” verwendet.⁷³ Im Zusammenhang von Verbreitungstechnologie und Meinungsfreiheit ist die Empfehlung CM/Rec(2016)1 zur Netzneutralität hervorzuheben. Hauptgegenstand dieses *soft law*-Instrumentes sind Eingriffe in den Internetverkehr, die zu «blocking, discrimination or prioritization of specific types of content, applications or services» führen.⁷⁴ Für das Ministerkomitee wecken solche Praktiken Bedenken hinsichtlich der Meinungsfreiheit, des Rechts auf Privatleben und des Schutzes persönlicher Daten. Eine direkte Verbindung zwischen Art. 10 EMRK und der Netzneutralität herstellend betont das Ministerkomitee:

«[t]he principle of network neutrality underpins nondiscriminatory treatment of Internet traffic and the users’ right to receive and impart information and to use services of their choice. It reinforces the full exercise and enjoyment of the right to freedom of expression because Article 10 of the Convention applies not only to the content of information but also to the means of its dissemination.»⁷⁵

Damit bezieht sich das Ministerkomitee offensichtlich auf den Entscheid des EGMR in Sachen *Autronic v Switzerland*. Solange sich der EGMR im Rahmen seiner Rechtsprechung zu Art. 10 EMRK nicht mit der Netzneutralität befasst hat, bleibt die Tragweite dieser Empfehlung im Dunkeln. Würde sich der EGMR in einem konkreten Fall darauf berufen, um seine Rechtsprechung zu den technologischen Voraussetzungen der Meinungsfreiheit weiterzuentwickeln, würde *soft law* von der Peripherie ins Zentrum des Rechts wandern und zu *hard law* werden.

Neben der Rezeption von Empfehlungen und anderen Verlautbarungen des Ministerkomitees durch den EGMR und den davon ausgehenden indirekten Einflüssen auf das nationale Recht sind internationale Impulse für die technologiespezifische Weiterentwicklung der Meinungsfreiheit innerhalb oder ausserhalb formalisierter Gerichts- und Gesetzgebungsverfahren künftig auch von der Normproduktion in den oben (Ziff. 4) diskutierten Foren und allenfalls von breiteren zivilgesellschaftlichen Dynamiken zu erwarten. Für die Zukunft öffnet sich hier ein neues Feld für die empirisch gestützte rechtssoziologische Erforschung des Grundrechtswandels.

⁷² Kiener, Grundrechte (Anm. 60), 1205.

⁷³ Demir & Baykara v. Turkey, EGMR, Nr. 34503/97, 12. November 2008, Rz. 74; vgl. auch Öneriyildiz v. Turkey, EGMR, Nr. 48939/99, 30. November 2004, Rz. 59.

⁷⁴ Recommendation CM/Rec(2016)1 of the Committee of Ministers to member States on protecting and promoting the right to freedom of expression and the right to private life with regard to network neutrality vom 13. Januar 2016, Ziff. 2.

⁷⁵ Recommendation CM/Rec(2016)1 of the Committee of Ministers to member States on protecting and promoting the right to freedom of expression and the right to private life with regard to network neutrality vom 13. Januar 2016, Ziff. 4.