

Saarbrücken, 04.06.2019

Gutachten

Die regulatorische Relevanz der Organisation massenhafter Individualkommunikation, unter besonderer Berücksichtigung der Sicherung der Meinungsvielfalt

von

Prof. Dr. Dieter Dörr

1	Tatsächliche Ausgangslage	4
1.1	Die Digitalisierung als Ausgangspunkt	4
1.2	Die Intermediäre als Phänomen der Digitalisierung	4
1.3	Die verschiedenen Kategorien der Intermediäre	5
1.3.1	Allgemeines	5
1.3.2	Soziale Netzwerke	6
1.3.3	Videoportale	6
1.3.4	Instant Messenger	6
1.3.5	Suchmaschinen	7
1.4	Die Intermediäre und die massenhafte Verbreitung von Inhalten	7
1.5	Trolle, Social Bots, Echokammern und die Macht der Algorithmen	8
1.5.1	Trolle	9
1.5.2	Social Bots	9
1.5.3	Filterblasen und Echokammern	10
1.6	Die besondere Rolle der Suchmaschinen	10
1.6.1	Die Tätigkeitsfelder des dominierenden Suchmaschinenanbieters	11
1.6.2	Suchmaschinen und Auffindbarkeit von Inhalten	11
1.6.3	Die Auswirkungen des Suchalgorithmus	11
1.6.3.1	Der Algorithmus als Wertungsentscheidung	11
1.6.3.2	Der Lock-In-Effekt	12
1.6.3.3	Gefahren für die freie Meinungsbildung	12
1.7	Fazit	13
2	Die rechtliche Ausgangslage	13

Gesellschafter

Landesanstalt für Kommunikation
Baden-Württemberg (LFK)

Bayerische Landeszentrale für neue Medien
(BLM)

Medienanstalt Berlin-Brandenburg (mabb)

Bremische Landesmedienanstalt (brema)

Medienanstalt Hamburg/Schleswig-Holstein
(MA HSH)

Hessische Landesanstalt für privaten Rundfunk
und neue Medien (LPR Hessen)

Medienanstalt Mecklenburg-Vorpommern
(MMV)

Niedersächsische Landesmedienanstalt (NLM)

Landesanstalt für Medien NRW

Landeszentrale für Medien und Kommunikation
Rheinland-Pfalz (LMK)

Landesmedienanstalt Saarland (LMS)

Sächsische Landesanstalt für privaten Rundfunk
und neue Medien (SLM)

Medienanstalt Sachsen-Anhalt

Thüringer Landesmedienanstalt (TLM)

2.1	Die Vorgaben des Grundgesetzes und die Sicherung der Meinungsvielfalt.....	13
2.1.1	Die Vielfaltsicherung und die Rundfunkfreiheit	13
2.1.1.1	Das Verbot vorherrschender Meinungsmacht.....	15
2.1.1.2	Das Gebot positiver Vielfaltsicherung	16
2.1.2	Die Vielfaltsicherung und das Demokratieprinzip.....	16
2.1.3	Die Vielfaltsicherung und der kulturelle Auftrag.....	18
2.2	Der Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien	18
2.2.1	Das Vielfaltsicherungsrecht.....	19
2.2.1.1	Die Vorschriften zur Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht und ihre Auslegung.....	19
2.2.1.2	Die Vorschriften zur positiven Vielfaltsicherung	21
2.2.2	Die programmlichen Vielfaltsvorgaben für private Anbieter.....	22
2.2.3	Die Regelungen über die Telemedien im Rundfunkstaatsvertrag und im Telemediengesetz	22
2.2.4	Die Plattformregulierung.....	23
2.3	Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz	23
2.3.1	Allgemeines	23
2.3.2	Die fehlende Bundeskompetenz	24
2.3.3	Inhaltliche verfassungs- und europarechtliche Bedenken	25
2.3.4	Begrenzte Eignung zur Sicherung der Meinungsvielfalt.....	26
2.4	Die Regelungen des deutschen und des europäischen Kartell- und Wettbewerbsrechts.....	26
3	Die Einordnung der von Intermediären massenhaft verbreiteten Äußerungen in die Kommunikationsfreiheiten	28
3.1	Die Bestimmung des Art. 5 Abs. 1 GG als Ausgangspunkt	28
3.1.1	Der Unterschied zwischen Meinungs- und Informationsfreiheit	28
3.1.2	Presse und Rundfunkfreiheit.....	29
3.2	Die Einordnung der durch Intermediäre massenhaft verbreiteten Äußerungen	30
4	Der Grundrechtsschutz für Intermediäre	30
5	Die Frage der Gesetzgebungszuständigkeiten	32
5.1	Die Landeszuständigkeit als Regelfall.....	32
5.2	Die fehlende Zuständigkeit des Bundes für vielfaltsichernde Regelungen.....	33
5.3	Konsequenzen	34
6	Die Bedeutung der Intermediäre und der von ihnen massenhaft verbreiteten Äußerungen für die Meinungsbildung	34
6.1	Allgemeines	34
6.2	Die Nutzung zur Information	34
6.3	Informierende Nutzung durch professionelle Beiträge.....	35

6.4	Die Meinungsrelevanz nicht professioneller Beiträge	36
6.5	Das Zusammenspiel zwischen den durch Intermediäre massenhaft verbreiteten Äußerungen und den klassischen Massenmedien	37
6.6	Die Kampagnenfähigkeit der Intermediäre	37
6.7	Zunehmende Meinungsmacht durch wachsende Konzentration	39
6.8	Die Bewertung durch das Bundesverfassungsgericht	40
6.9	Fazit	40
7	Die Notwendigkeit regulatorischer Maßnahmen	41
7.1	Die vorgeschlagenen Regelungen im Medienstaatsvertrag und ihre Bewertung	41
7.1.1	Die zu enge Definition der Intermediäre	41
7.1.2	Die vorgeschlagene Regelung des § 53c	42
7.1.3	Die vorgeschlagenen Regelungen zur Transparenz und Diskriminierungsfreiheit	42
7.2	Die Erforderlichkeit eines medienübergreifenden Medienkonzentrationsrechts	43
7.3	Die Notwendigkeit positiver Vielfaltsicherung in Bezug auf Intermediäre	44
7.3.1	Die Stärkung des Telemedienauftrags für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk	44
7.3.1.1	Die Aussagen des Bundesverfassungsgerichtes im Rundfunkbeitragsurteil	44
7.3.1.2	Die unzureichenden Regelungen im Zweiundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag	45
7.3.2	Transparenzvorgaben	47
7.3.3	Diskriminierungsverbot	47
7.4	Die Durchsetzung der Vorschriften zur Sicherung der Meinungsvielfalt	48
7.5	Weitere Regelungen	48
8	Fazit und Zusammenfassung in Thesen	48
8.1	Fazit	48
8.2	Zusammenfassung in Thesen	49

1 Tatsächliche Ausgangslage

1.1 Die Digitalisierung als Ausgangspunkt

Wenn man sich mit der massenhaften Verbreitung von textlichen und/oder akustischen sowie bildlichen Äußerungen und deren regulatorischer Relevanz beschäftigt, ist es unerlässlich, sich die dramatischen Veränderungen vor Augen zu führen, die die Digitalisierung auch und gerade für diesen Bereich mit sich bringt. Diese Veränderungen sind zu einem nicht unbeachtlichen Teil technikgetrieben.

Entscheidend dafür ist die Digitalisierung der Kommunikationsinfrastrukturen, die in ihrer Bedeutung von *Norbert Schneider*, dem früheren Direktor der Landesmedienanstalt Nordrhein-Westfalen, bereits 2006 plastisch mit der Erfindung eines neuen Alphabets gleichgesetzt wurde.¹ Mit der Digitalisierung ist es möglich geworden, jedwede Kommunikationsinhalte auf verschiedenen Übertragungswegen zu verbreiten und für die Empfänger auf beliebigen Endgeräten verfügbar zu machen. Auch bisher getrennte Formen der Produktion, Darstellung, Speicherung, Verbreitung und Suche von Inhalten verschmelzen auf digitalen Plattformen weitgehend miteinander. Traditionelle Mediengattungen erleben ebenso einen Bedeutungswandel wie traditionelle Kategorien von Verbreitungssystemen. Diese Entwicklungen werden vielfach als technische Konvergenz bezeichnet.

So treten neben das klassische Fernsehen in großer Zahl weitere mediale Angebote, deren Bedeutung sich dem Fernsehen mehr und mehr annähern. Die Unterschiede zwischen dem Fernsehen als einer Form des einfachgesetzlichen Rundfunks und Online-Angeboten sind bei weitem nicht mehr so ausgeprägt wie früher. Bei vielen Abrufangeboten besteht, abgesehen von der Linearität, inhaltlich überhaupt kein Unterschied mehr.² Diese Problematik wird vielfach diskutiert, etwa im Hinblick auf die Funktion und den Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.³

1.2 Die Intermediäre als Phänomen der Digitalisierung

Weniger in den Fokus geraten ist aber das Phänomen, dass in der digitalen Welt auch die massenhafte Verbreitung textlicher, akustischer oder bildlicher Äußerungen erleichtert, die vormals der Individualkommunikation zuzurechnen waren. Entscheidend dafür sind die „Intermediäre“, die einen algorithmengesteuerten Zugang zu Inhalten und Informationen gleich welcher Art vermitteln.⁴ Dabei ist einzuräumen, dass die Be-

¹ http://www.mediadb.eu/fileadmin/bilder/reports/Schneider__Norbert_2006-Globalisierung_und_Medienregulierung_Fakten_und_Perspektiven_Global_Business_Symposium_on_Media_and_Business_Cambridge_UK..pdf.

² Vgl. zu diesen Entwicklungen *Dörr/Holznagel/Picot*, Legitimation und Auftrag des öffentlich-rechtlichen Fernsehens in Zeiten der Cloud, 2016, S. 15 ff.

³ Vgl. dazu eingehend *Dörr/Holznagel/Picot*, Legitimation und Auftrag des öffentlich-rechtlichen Fernsehens in Zeiten der Cloud, 2016.

⁴ Vgl. dazu auch die medienanstalten (Hrsg.), Sicherung der Meinungsvielfalt im digitalen Zeitalter, Bericht der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) über die Entwicklung der Konzentration und über Maßnahmen zur Sicherung der Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk, Berlin 2018,

zeichnung „Intermediär“ eine gewisse Unschärfe besitzt. Der Begriff hat sich allerdings durchgesetzt. Er soll auch im Medienstaatsvertrag⁵ in § 2 Abs. 2 Nr. 13b Eingang finden, wobei der Vorschlag allerdings die Bezeichnung „Medienintermediär“ vorsieht. Unter Intermediären versteht man Dienstetypen, die durch Aggregation, Selektion und Präsentation Aufmerksamkeit für von Dritten erstellte, aber auch gelegentlich für eigene Inhalte erzeugen.⁶ Der Vorschlag eines Medienstaatsvertrages sieht eine etwas andere Definition vor. Er versteht unter Medienintermediären jedes Telemedium, das auch journalistisch-redaktionelle Angebote Dritter aggregiert, selektiert und allgemein zugänglich präsentiert, ohne diese zu einem Gesamtangebot zusammenzufassen. Zwar sind auch bei dieser Definition die drei zentralen Elemente der Aggregation, Selektion und Präsentation enthalten. Der Anwendungsbereich wird aber dadurch beschränkt, dass „redaktionelle Angebote Dritter“ vorhanden sein müssen. Auf diese Beschränkung wird noch kritisch einzugehen sein.⁷

Eine entscheidende Funktion der Intermediäre ist also, dass sie zwischen den Angeboten und den Nutzern vermitteln. Dabei handelt es sich in der Regel um fremde Inhalte und Informationen. Es ist aber keineswegs ausgeschlossen, dass Intermediäre auch eigene Inhalte und Informationen produzieren. Darauf wird noch zurückzukommen sein.⁸ Ohne die Intermediäre wäre die Flut von den im Internet vorhandenen Angeboten für die Nutzer nicht zu bewältigen. Dabei bedienen sich die Intermediäre Algorithmen, also Computerprogrammen, um ihre Selektionsleistungen erbringen zu können. Damit bestimmen Intermediäre ganz wesentlich über die Reichweite und die Auffindbarkeit der im Internet vorhandenen Angebote, also wirken sich entscheidend darauf aus, welche Themen, Meinungen und Inhalte von den Nutzern wahrgenommen und für relevant gehalten werden.⁹ Diese Entwicklung erhält für das Medienrecht eine besondere Bedeutung, wenn die betreffenden Inhalte meinungsrelevant sind bzw. sein können.

1.3 Die verschiedenen Kategorien der Intermediäre

1.3.1 Allgemeines

Bei den Intermediären können verschiedene Kategorien unterschieden werden. So sieht der Entwurf des Medienstaatsvertrages vor, zwischen Suchmaschinen, Sozialen Netzwerken, App Portalen, User Generated

S. 209; *Zimmer*, Intermediäre und Meinungsbildung, in: die medienanstalten, Vielfaltsbericht der Medienanstalten, Berlin 2018, S. 52 ff.

⁵ Vgl. Entwurf eines Medienstaatsvertrages, abrufbar unter https://www.rlp.de/fileadmin/rlp-stk/pdf-Dateien/Medienpolitik/04_MStV_Online_2018_Fristverlaengerung.pdf.

⁶ So *Neuberger*, Kommunikationswissenschaftliche Analyse der Meinungsbildung, Meinungsmacht und Vielfalt im Internet, in: Lobigs/Neuberger, Meinungsmacht im Internet und die Digitalstrategien von Medienunternehmen, Leipzig 2018, 15 (68 Fn. 187).

⁷ Vgl. dazu unten 6.1.

⁸ Dazu unten 5.6.

⁹ Dazu *Zimmer*, Intermediäre und Meinungsbildung, in: die medienanstalten, Vielfaltsbericht der Medienanstalten, Berlin 2018, S. 52 (54)

Content Portalen, Blogging Portalen und News Aggregatoren zu differenzieren. Dagegen unterscheiden die Landesmedienanstalten in ihrem Vielfaltsbericht zwischen Sozialen Netzwerken, Videoportalen, Instant Messengern und Suchmaschinen. Diese Einteilung wird auch nachfolgend zugrunde gelegt. Dafür spricht nicht nur, dass Videoportale in der AVMD-Richtlinie eine eigenständige Kategorie darstellen, sondern auch praktische Gründe. Die Kantar TNS führt im Auftrag der Landesmedienanstalten seit 2016 eine bevölkerungsrepräsentative Befragung in Deutschland durch und fragt in den vier Kategorien 19 Intermediäre namentlich ab. Dadurch werden für die vier Kategorien jeweils eigene Daten ausgewiesen. Zudem weisen Soziale Netzwerke, Videoportale, Instant Messenger und Suchmaschinen signifikante Unterschiede auf.

1.3.2 Soziale Netzwerke

Unter einem sozialen Netzwerk wird ein Dienst verstanden, der die Möglichkeit zu einem Informationsaustausch und Beziehungsaufbau bietet. Die dadurch entstehende Online-Community kommuniziert und interagiert entsprechend der Möglichkeiten der jeweiligen Plattform im virtuellen Raum. Dabei können innerhalb des sozialen Netzwerks wiederum Gruppen erstellt werden, um gleiche Interessen zu bündeln. Üblicherweise wird den Nutzern angeboten, ein persönliches Profil mit diversen Einstellungen zur Sichtbarkeit für Mitglieder der Netzgemeinschaft oder generell der Öffentlichkeit des Netzes zu erstellen, Nachrichten an andere Mitglieder zu versenden und von diesen zu empfangen, Blogs zu erstellen, Fotos und Videos mit anderen Usern bzw. Mitgliedern zu teilen sowie Suchfunktionen wahrzunehmen. Zu den bekanntesten und am weitesten verbreiteten sozialen Netzwerken zählen Facebook, Instagram, Snapchat, Twitter sowie Google+.

1.3.3 Videoportale

Videoportale werden in Art. 1 Abs. 1 der geänderten AVMD-Richtlinie¹⁰ unter der Bezeichnung „Video-Sharing-Plattform-Dienst“ als eine Dienstleistung legal definiert, bei der der Hauptzweck oder eine wesentliche Funktion darin besteht, Sendungen oder nutzergenerierte Videos, für die der Anbieter der Plattform keine redaktionelle Verantwortung trägt, der Allgemeinheit über elektronische Kommunikationsnetze bereitzustellen. Die Organisation wird vom Video-Sharing-Plattform-Anbieter bestimmt, auch mit automatischen Mitteln oder Algorithmen. Videoportale zeichnen sich also dadurch aus, dass sie dem Ersteller die Möglichkeit bieten, Videos direkt hochzuladen. Diese können dann per Streaming direkt angesehen werden. Das mit Abstand populärste Videoportal ist YouTube. Daneben wird noch Dailymotion von einer nennenswerten Zahl genutzt.

1.3.4 Instant Messenger

Instant Messenger sind Dienste, die eine Kommunikationsmethode anbieten, bei der sich zwei oder mehr Teilnehmer per Textnachrichten

¹⁰ Vgl. dazu Pressemitteilung des Europäischen Parlaments v. 2.10.2018, abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu/news/de/press-room/20180925IPR14307/mehr-eu-filme-neue-regeln-fur-audiovisuelle-mediendienste> (zuletzt abgerufen: 05.03.2019).

unterhalten. Dabei löst der Absender die Übermittlung aus (sogenanntes Push-Verfahren), so dass die Nachrichten möglichst unmittelbar, also „instant“ beim Empfänger ankommen. Viele Instant Messenger unterstützen zusätzlich die Übertragung von Text- und Bilddateien. Der mit großem Abstand in Deutschland wichtigste Instant Messenger Dienst ist WhatsApp.

1.3.5 Suchmaschinen

Der rasante Zuwachs an Angeboten in der digitalen Welt geht zudem mit einem erheblichen Verlust an Übersichtlichkeit einher. In dieser Situation gewinnen die Suchmaschinen an Bedeutung. Sie bringen – jedenfalls auf den ersten Blick – Ordnung in das digitale Chaos und machen in der digitalen Welt Inhalte überhaupt erst zugänglich und damit wahrnehmbar und nutzbar.¹¹ Dabei bedienen sich die Suchmaschinen bei Anfragen der Nutzer in Algorithmen festgeschriebenen abstrakten Kriterien, die nicht auf die „inhaltliche Vielfalt der Meinungen“ sondern auf die „Relevanz“ eines Angebots abstellen. Ausgangspunkt des insgesamt mehr als 200 Kriterien umfassenden Vorgangs der Indexierung und Anordnung von Webinhalten ist im Falle von „Google“ der sog. „Page Rank“-Algorithmus. Danach beurteilt sich die Bedeutung einer Webseite vereinfacht ausgedrückt vor allem danach, wie viele und welche anderen Webseiten auf das fragliche Angebot verlinken. Wichtigkeit und Relevanz steigen, je häufiger auf eine Webseite verlinkt wird und je höher wiederum die sog. Reputation der verlinkenden Seiten ist.¹² Zudem werden die Suchergebnisse personalisiert, sind also auch durch vorherige Suchanfragen mitbestimmt.¹³

Unter den allgemeinen Suchmaschinen nimmt Google eine so dominierende Stellung ein, dass das Nutzen einer Suchmaschine in Deutschland mit dem Wort „googeln“ bezeichnet wird.

1.4 Die Intermediäre und die massenhafte Verbreitung von Inhalten

Durch bestimmte Intermediäre, nämlich soziale Netzwerke, Videoportale und Instant Messenger, wird dem Einzelnen, anders als bei Suchmaschinen, nicht nur die Möglichkeit eingeräumt, textliche und audiovisuelle Angebote Dritter zu finden und zu nutzen. Vielmehr kann er auch eigene Inhalte einem globalen Markt kostengünstig und nahezu ohne Zugangshindernisse zugänglich machen, also individuelle Äußerungen jedweder Art an einen unbegrenzten Personenkreis durch Intermediäre verbreiten. Zwar bestand auch früher für Einzelne die Möglichkeit, eigene Äußerungen einem breiteren Publikum zugänglich zu machen, etwa durch das Schreiben von Leserbriefen. Dies setzte allerdings voraus, dass die Zeitung den Leserbrief veröffentlichte, war also mit nicht uner-

¹¹ Dörr/Natt, Suchmaschinen und Meinungsvielfalt – Ein Beitrag zum Einfluss von Suchmaschinen auf die demokratische Willensbildung, ZUM 2014, 828 (830 f.).

¹² Vgl. Dörr/Natt, Suchmaschinen und Meinungsvielfalt – Ein Beitrag zum Einfluss von Suchmaschinen auf die demokratische Willensbildung, ZUM 2014, 829 (835).

¹³ Dörr/Natt, Suchmaschinen und Meinungsvielfalt – Ein Beitrag zum Einfluss von Suchmaschinen auf die demokratische Willensbildung, ZUM 2014, 829 (836 f.).

heblichen Zugangshürden verbunden. Heute genügt, um nur ein Beispiel zu nennen, bereits ein handelsübliches Headset bzw. Mikrofon und eine Webcam, um aus dem eigenen Wohnzimmer per Videostream zu senden oder die Aufnahmen als Video-on-Demand auf Abruf zur Verfügung zu stellen.¹⁴

Der Einzelne kann sich, um eigene textliche oder bildliche Äußerungen einem unbegrenzten Personenkreis zugänglich zu machen, also massenhaft zu verbreiten, unterschiedlicher Intermediäre bedienen. In Betracht kommen einmal soziale Netzwerke wie Facebook, Instagram, Twitter und Snapchat, um nur die gegenwärtig am häufigsten benutzten zu nennen.¹⁵ Daneben ermöglichen dies, soweit es um audiovisuelle Inhalte geht, auch Videoportale wie YouTube¹⁶, das sich gerade bei den 14- bis 29-Jährigen großer Beliebtheit erfreut.¹⁷ Schließlich kommen dazu Instant Messenger wie WhatsApp¹⁸ in Betracht, bei denen bisher allerdings die persönliche Kommunikation im Vordergrund steht.¹⁹

Dies führt dazu, dass jedenfalls quantitativ die Angebote um ein Vielfaches größer sind als in den Zeiten bis 1987 als das lineare öffentlich-rechtliche Fernsehen dominierte, vor dem sich viele Familien allabendlich versammelten, um die Tagesnachrichten und danach das Unterhaltungsprogramm anzusehen.²⁰ Es gibt nicht nur wesentlich mehr Fernseh- und Hörfunkprogramme. Mit dem Siegeszug des Internets sind elektronische Angebote der Printverlage, Blogs und eben auch User Generated Content hinzugetreten. Dies führt dazu, dass den Bürgerinnen und Bürgern eine nahezu unübersehbare Angebotsfülle zur Verfügung steht, das auch ohne Schwierigkeiten, meist mit einem Klick, zugänglich ist.

1.5 Trolle, Social Bots, Echokammern und die Macht der Algorithmen

Allerdings ergeben sich durch die Digitalisierung auch ganz neue Möglichkeiten, auf die öffentliche Willensbildung Einfluss zu nehmen. Zwar

¹⁴ Vgl. dazu *Bodensiek/Walker*, Livestreams von Gaming Video Content als Rundfunk?, Notwendigkeit der verfassungskonformen Auslegung der Rundfunkzulassungspflicht, MMR 2018, 136 (136).

¹⁵ Vgl. zu weiteren sozialen Netzwerken die Übersicht bei *Zimmer*, Intermediäre und Meinungsbildung, in: die medienanstalten, Vielfaltsbericht der Medienanstalten, Berlin 2018, S. 52 (55 Abbildung 1).

¹⁶ Vgl. zu weiteren sozialen Videoportalen die Übersicht *Zimmer*, Intermediäre und Meinungsbildung, in: die medienanstalten, Vielfaltsbericht der Medienanstalten, Berlin 2018, S. 52 (55 Abbildung 1).

¹⁷ Vgl. *Zimmer*, Intermediäre und Meinungsbildung, in: die medienanstalten, Vielfaltsbericht der Medienanstalten, Berlin 2018, S. 52 (56 f.).

¹⁸ Vgl. zu weiteren Instant Messengern die Übersicht bei Suchmaschinen und Auffindbarkeit von Inhalten *Zimmer*, Intermediäre und Meinungsbildung, in: die medienanstalten, Vielfaltsbericht der Medienanstalten, Berlin 2018, S. 52 (55 Abbildung 1).

¹⁹ Vgl. *Zimmer*, Intermediäre und Meinungsbildung, in: die medienanstalten, Vielfaltsbericht der Medienanstalten, Berlin 2018, S. 52 (56).

²⁰ Vgl. *Dörr/Holznapel/Picot*, Legitimation und Auftrag des öffentlich-rechtlichen Fernsehens in Zeiten der Cloud, 2016, S. 8; *Zimmer*, Intermediäre und Meinungsbildung, in: die medienanstalten, Vielfaltsbericht der Medienanstalten, Berlin 2018, S. 52 (54).

ist der Versuch, andere durch eine Aufbereitung und Darstellung von Daten und Ansichten, notfalls auch durch Manipulation, von der eigenen Position zu überzeugen, keine Erscheinung des Internetzeitalters. Neu ist aber die Möglichkeit, durch Trolle in den Meinungsbildungsprozess einzugreifen oder mittels Social Bots die eigenen Überzeugungen um ein Vielfaches multipliziert zu verbreiten und so den Anschein einer mehrheitsfähigen Tendenz zu erwecken. Der Begriff „Fake News“ findet dabei – auch als Totschlagargument gegen missliebige Gegner – inflationäre Verwendung.

1.5.1 Trolle

Als Trolle werden im Netzjargon Personen bezeichnet, die ihre Kommunikation in Diskussionsforen und Newsgroups auf Beiträge beschränken, die auf emotionale Provokation anderer Gesprächsteilnehmer zielen. Dies erfolgt mit der Motivation, eine Reaktion der anderen Teilnehmer zu erreichen. Es geht dem Troll dabei meist um das Erregen von möglichst erbosten und unsachlichen Antworten. Eine maßgebliche Einflussnahme auf die Willensbildung ist damit bisher wohl eher nicht verbunden. Allerdings können Trollbeiträge Schaden verursachen, indem sie Diskussionen ausbremsen oder sogar das Vertrauen innerhalb eines Diskussionsforums zerstören.

1.5.2 Social Bots

Dagegen ergeben sich mit Social Bots neue und durchaus beachtliche Möglichkeiten, auf die Meinungsbildung Einfluss zu nehmen. Nach einer Definition sind Social Bots oder Social Networking Bots (von engl. Robot) Programme, die in sozialen Netzwerken menschliche Verhaltensmuster simulieren und als (falscher) Account auftauchen. Dabei beruhen sie auf bestimmten Algorithmen, also Computerprogrammen.²¹ Social Bots werden entwickelt, um eine menschliche Präsenz im Web vorzutäuschen. Meist sind die Bots für einen bestimmten Zweck bestimmt, sei es PR-Arbeit, Marketing oder zunehmend auch politische Propaganda.²² Um reale Personen von seiner vermeintlich ebenso realen Existenz als Mensch zu überzeugen, nutzen Social Bots künstliche Intelligenz und umfassende Datenanalyse, die sich auch auf Textkörper bezieht. Von der technischen Struktur sind nach Meinung von Experten die hybriden Bots, die hochautonom und gleichwohl von einem Menschen gesteuert agieren, besonders bedrohlich. Aus der Funktion und den Möglichkeiten der Bots entstehen drei Gefahren. Zum ersten könnten die Aussagen der Bots als Mehrheitsmeinung missinterpretiert werden. Zum zweiten sind die Bots bei unklarer Nachrichtenlage besonders erfolgreich. Zum dritten haben sie bei hoher Nachrichtenfrequenz ebenfalls häufig Erfolg. Dies ist durchaus bedrohlich, da es zunehmend schwieriger wird, Bots zu erkennen. Dies ist wohl nur über eine Kombination von Analysen aus dem Bereich der Sprache und vor allem dem Kontext einer Meldung und des dazugehörigen Accounts möglich. Bots sind also durchaus in der

²¹ Dazu näher unten 1.4.2

²² <https://onlinemarketing.de/lexikon/definition-social-bots>.

Lage, die öffentliche Willensbildung erheblich zu beeinflussen, wenn auch der Prozess der Meinungsbildung überaus komplex ist.²³

Von diesen Möglichkeiten wird, wie nicht nur die letzten US-Wahlkämpfe zeigten, intensiv Gebrauch gemacht. Die Bots werden auch bei der Diskussion politisch kontroverser Themen immer mehr eingesetzt. So sind nach einer Untersuchung 28 Prozent aller Tweets, die über Twitter zum UN-Migrationspakt verbreitet wurden, von Computerprogrammen erzeugt worden.²⁴

1.5.3 Filterblasen und Echokammern

In sozialen Netzwerken, wie etwa Facebook, finden sich häufig Gruppen zusammen, die sich durch homogene Sichtweisen und Wertvorstellungen auszeichnen und gegenseitig bestärken. Das Internet erleichtert die orts- und zeitunabhängige Bildung und Verfestigung solcher Communities nicht zuletzt durch die Steuerung mittels Algorithmen, also Computerprogrammen.²⁵ Dies kann zu Filterblasen und Echokammern führen. Die Filterblase ist ein Begriff der Medienwissenschaft, der auf Eli Pariser²⁶ zurückgeht. Er geht davon aus, dass eine Filterblase entsteht, weil Webseiten versuchen, algorithmisch vorauszusagen, welche Informationen der Nutzer auffinden möchte und dies auf die verfügbaren Informationen über den Nutzer, wie Standort und bisheriges Verhalten, stützt. Daraus resultiere eine Isolation gegenüber Informationen, die nicht dem vermeintlichen Standpunkt des Benutzers entsprächen.

Ein verwandtes Konzept stellt der Echokammer-Effekt dar. Danach kommt es durch den verstärkten virtuellen Umgang mit Gleichgesinnten in sozialen Netzwerken zu einer Verengung der Weltsicht, die zu Bestätigungsfehlern führen kann. Auch wenn es keinen gesicherten empirischen Beweis dafür gibt, dass Filterblasen und Echokammern entstehen, lassen sich mögliche Polarisierungsprozesse an den politischen Rändern belegen.²⁷

Damit besteht zu mindestens das Risiko, dass sich diese Gruppen von anderen Communities, insbesondere von den Eliten aus Wirtschaft, Gesellschaft und Wissenschaft eines Landes, entfremden.²⁸

1.6 Die besondere Rolle der Suchmaschinen

Wenn auch nicht technisch, so ist das tatsächliche Schicksal einzelner Inhalte im Netz für die Mehrheit der Internetnutzer an ihre Auffindbarkeit geknüpft. Was der Nutzer nicht findet, existiert nicht. Für die Auf-

²³ Vgl. dazu Stark, Automatisierte Meinungsblasen: Wie beeinflussen soziale Netzwerke die politische Meinungsbildung?, EMR-Tagungsbericht über das Symposium „Willensbildung des Volkes im Internet der Bots und Trolle“ am 24. April 2017.

²⁴ <https://www.morgenpost.de/politik/article215984233/Social-Bots-machten-online-Stimmung-gegen-UN-Migrationspakt.html>.

²⁵ Vgl. dazu näher unten 1.4.2

²⁶ Pariser, The Filter Bubble: What the Internet Is Hiding from You, 2011.

²⁷ Vgl. dazu bezogen auf Facebook Stark/Magin/Jürgens, Politische Meinungsbildung im Netz: Die Rolle der Informationsintermediäre, UFITA 2018, 101 ff (126)

²⁸ Frick/Samochowiec/Gürtler, Öffentlichkeit 4.0. Die Zukunft der SRG im digitalen Ökosystem, 2016, 4.

findbarkeit spielen die Suchmaschinen eine entscheidende Rolle. Schon dadurch sind – wie das Beispiel Google zeigt - mächtige Global Player entstanden.

1.6.1 Die Tätigkeitsfelder des dominierenden Suchmaschinenanbieters

Der amerikanischen Internet-Gigant Google betätigt sich zudem nicht nur als Suchmaschinenbetreiber. Seine Rolle geht bei genauerer Betrachtung inzwischen weit über die eines bloßen Informationsvermittlers hinaus. Bildlich gesprochen lässt sich dies wie folgt beschreiben: Wäre das Internet eine Bibliothek, so wäre dieser Anbieter einer horizontalen Suchmaschine sein Katalog, sein Bibliothekar und seit geraumer Zeit sogar selbst Autor und Verleger. Er entwickelt sich nämlich vom reinen Inthaltevermittler mehr und mehr zu einem Anbieter eigener Inhalte. Seine Tätigkeit ist längst nicht mehr nur rein technischer, automatischer und passiver Art. Sie umfasst eine Vielzahl unabhängig von der eigentlichen Suchmaschine geschaffener Dienste. Diese reichen im Falle von „Google“ über für die öffentliche Willensbildung nicht relevante Karten- und Navigationsdienste, wie „Google Maps“ und „StreetView“, sowie wirtschaftlich nicht unbedeutende Shopping-Portale, wie „Google Shopping“ oder die Vermittlung von Flugreisen bis hin zu dem für die politische Information wichtigen Dienst Google News. Dabei handelt es sich um automatisch erstellte Nachrichten, die nicht von Google selbst stammen, sondern von Computern anhand eines Algorithmus aus einer Vielzahl von Nachrichtenquellen zusammengetragen werden. Zudem dominiert im Bereich der sog. User-Generated-Videos „YouTube“, eine „Google“-Tochter, seit Jahren das Geschehen.

1.6.2 Suchmaschinen und Auffindbarkeit von Inhalten

Als Suchmaschinenbetreiber entspricht das Einflusspotential nicht demjenigen klassischer Rundfunk- oder Presseangebote, weil nicht der Inhalt selbst, sondern vor allem die Kontrolle des Zugangs und der Auffindbarkeit von meinungsrelevanten Inhalten im Vordergrund steht. Allerdings gilt es in diesem Zusammenhang, bereits das den Suchmaschinen zugrundeliegende Konzept zur Ermittlung der Suchergebnisse und ihrer Anordnung kritisch zu hinterfragen. Anders als es beispielsweise § 25 RStV für den Rundfunk vorgibt, ist bei Suchmaschinen gerade nicht die „inhaltliche Vielfalt der Meinungen“ das ausschlaggebende Kriterium, sondern, wie bereits ausgeführt, einzig die in Algorithmen festgeschriebene und nach abstrakten Kriterien bestimmte „Relevanz“ eines Angebots. Ausgangspunkt des insgesamt mehr als 200 Kriterien umfassenden Vorgangs der Indexierung und Anordnung von Webinhalten ist im Falle von „Google“ der sog. „Page Rank“-Algorithmus. Danach beurteilt sich die Bedeutung einer Webseite vereinfacht ausgedrückt vor allem danach, wie viele und welche anderen Webseiten auf das fragliche Angebot verlinken.

1.6.3 Die Auswirkungen des Suchalgorithmus

1.6.3.1 Der Algorithmus als Wertungsentscheidung

Folgerichtig muss bereits der Suchalgorithmus selbst als beeinflussender Faktor der Suche begriffen werden. Ein Verständnis der Algorithmen als „neutralem“ Ausgangszustand, der anschließend gegebenenfalls mani-

puliert werden kann, wird dem Problem in keiner Weise gerecht. Ein derartiges Verständnis verkennt, dass bereits dem Algorithmus selbst Wertungsentscheidungen zugrunde liegen, die sich meinungsrelevant auswirken. Dieser Aspekt findet in der gegenwärtigen Debatte bislang immer noch keine hinreichende Beachtung.

Probleme, die bereits in der grundsätzlichen Funktionsweise der Suchalgorithmen angelegt sind, werden durch die Personalisierung der Suche zusätzlich verstärkt.²⁹ Ähnlich wie bereits bei der grundsätzlichen Funktionsweise festgestellt, besteht vor dem Hintergrund des Nutzerverhaltens auch im Bereich der personalisierten Suche die Gefahr der Meinungsmanipulation, unabhängig davon, ob dies von den Suchmaschinenbetreibern gewollt ist. Die in einem demokratischen Prozess notwendige kritische Auseinandersetzung mit divergierenden Meinungen wird so erschwert. Im schlimmsten Fall ist ein Nutzer schlicht nicht mehr in der Lage, über eine Suchmaschine divergierende Meinungen und Auffassungen wahrzunehmen, weil ihm diese nicht mehr oder nicht prominent genug angezeigt werden. Die Suchmaschine misst derartig abweichenden Suchergebnissen schlicht keine ausreichende Relevanz zu.³⁰

1.6.3.2 Der Lock-In-Effekt

Zudem muss dabei ein Umstand in den Blick genommen werden, der empirisch als sog. „Lock-In-Effekt“ nachgewiesen werden kann.³¹ Dieser Effekt bewirkt, dass, obwohl theoretisch Ausweichmöglichkeiten bestehen mögen, Wechselbewegungen bei der Suchmaschinennutzung lediglich in äußerst geringem Umfang zu beobachten sind. Suchmaschinen sind sog. „Erfahrungs- und Vertrauensgüter“. Aufgrund der zwischen Nutzer und Suchmaschine hier besonders ausgeprägten Informationsasymmetrie entsteht mit zunehmender Dauer der angesprochene „Lock-In-Effekt“.

1.6.3.3 Gefahren für die freie Meinungsbildung

Diese Probleme, die sich für die öffentliche Willensbildung ergeben, betreffen nicht nur Suchmaschinen. Vielmehr handelt es sich um ein grundsätzliches Problem im Zusammenhang mit Informationsintermediären. So finden sich auch in sozialen Netzwerken, wie bereits angespro-

²⁹ *Dörr/Natt*, Suchmaschinen und Meinungsvielfalt – Ein Beitrag zum Einfluss von Suchmaschinen auf die demokratische Willensbildung, ZUM 2014, 829 (836 f.).

³⁰ Auf die Gefahren der Vorfilterung mittels Algorithmen durch die Ausrichtung anhand der vermeintlichen Interessen des Nutzers weist das Bundesverfassungsgericht in seinem Rundfunkbeitragsurteil nachdrücklich hin, vgl. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 18. Juli 2018 - 1 BvR 1675/16, Rn. 79.

³¹ *Stark/Magin/Jürgens*, Navigieren im Netz – Befunde einer qualitativen und quantitativen Nutzerbefragung, in: Stark/Dörr/Aufenanger (Hrsg.), Die Googleisierung der Informationssuche. Suchmaschinen zwischen Nutzung und Regulierung, 2014, 20 (34); *Dörr/Schuster*, Suchmaschinen im Spannungsfeld zwischen Nutzung und Regulierung – Rechtliche Bestandsaufnahme und Grundstrukturen einer Neuregelung, in: Stark/Dörr/Aufenanger (Hrsg.), Die Googleisierung der Informationssuche. Suchmaschinen zwischen Nutzung und Regulierung, 2014, 262 (298).

chen, Gruppen zusammen, die sich durch homogene Sichtweisen und Wertvorstellungen auszeichnen und gegenseitig bestärken. Damit ist zumindest die Gefahr verbunden, dass sich sog. Echokammern und Filterblasen herausbilden. Nach Auffassung von Katharina Zweig ist es zudem unbestritten, dass Suchmaschinenalgorithmen und Empfehlungssysteme auf sozialen Medien das Potential für Manipulation der freien (politischen) Meinungsbildung haben, aber die Indizienlage dünn ist, was eine interne Manipulation durch die jeweiligen Firmen angeht.³²

1.7 Fazit

Demnach bleibt festzuhalten, dass sich schon seit längerer Zeit im Internet Kommunikationsformen entwickelt haben, die nicht nur die bisherigen klaren Grenzen zwischen Rundfunk und Presse, sondern auch zwischen Individualkommunikation und Massenkommunikation fragwürdig werden lassen. Textliche oder bildliche Äußerungen, die vormals der Individualkommunikation zuzurechnen waren und für die Meinungsbildung relevant sind, lassen sich mit der Hilfe von sozialen Netzwerke wie Facebook, Instagram, Twitter und Snapchat sowie mit Hilfe von Videoportalen wie YouTube massenhaft verbreiten. Damit stellt sich auch die Frage, ob und ggfls. unter welchen Voraussetzungen sie heute zur Massenkommunikation zu zählen sind. Ihre Auffindbarkeit hängt zudem wiederum von den Intermediären, insbesondere von den Suchmaschinen, also in Deutschland von der dominierenden Suchmaschine Google und dem von ihr eingesetzten Algorithmus ab. Dadurch wird die Bedeutung der Intermediäre für die massenhafte Verbreitung textlicher oder bildlicher Äußerungen, die vormals der Individualkommunikation zuzurechnen waren, weiter verstärkt. Schließlich ergeben sich durch die Digitalisierung auch ganz neue Möglichkeiten, auf die öffentliche Willensbildung Einfluss zu nehmen, etwa mittels Social Bots, um nur ein Beispiel zu nennen. Im Hinblick auf die Sicherung der Meinungsvielfalt und die Gewährleistung einer freien öffentlichen Meinungsbildung, die für eine freiheitliche Demokratie unerlässlich sind, gilt es auszuloten, ob gesetzliche Regelungen notwendig sind, um Gefahren vorbeugend entgegen zu steuern. Dabei ist auch unklar, wer für eventuell notwendige Regelungen zuständig ist, der Bund oder die Länder. Allerdings ist diese Frage, wie noch zu zeigen sein wird, von dem Problem zu unterscheiden, ob die jeweiligen Äußerungen zur Massen- oder Individualkommunikation zählen. Zudem muss herausgearbeitet werden, wie solche Regelungen beschaffen sein müssen und gegen wen sie sich richten sollten.

2 Die rechtliche Ausgangslage

2.1 Die Vorgaben des Grundgesetzes und die Sicherung der Meinungsvielfalt

2.1.1 Die Vielfaltsicherung und die Rundfunkfreiheit

Im Zusammenhang mit der Vielfaltsicherung kommt der Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG und den zu dieser Bestimmung ergangenen verfassungsgerichtlichen Entscheidungen eine besondere Bedeu-

³² EMR-Tagungsbericht über das Symposium „Willensbildung des Volkes im Internet der Bots und Trolle“ am 24. April 2017.

tung zu, wozu Richard Deicke und ich an anderer Stelle eingehend Stellung genommen haben.³³ Es ist allerdings notwendig, die maßgeblichen Vorgaben nochmals darzustellen:

Nach ständiger, wenn auch nicht unumstrittener³⁴ Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts handelt es sich bei der Rundfunkfreiheit um eine „dienende Freiheit“ und damit um ein in erster Linie drittnütziges Freiheitsrecht, das der freien, individuellen und öffentlichen Meinungsbildung dient³⁵. Im Zuge dieser Deutung tritt die objektive Seite des Grundrechts in den Vordergrund. Zwar werden durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG auch subjektive Rechte vermittelt, allerdings sind diese auf die objektive Seite des Grundrechts und damit funktionsbezogen ausgerichtet³⁶. Diese Sonderdogmatik findet ihre Legitimation in dem hervorstechenden Wert der elektronischen Medien für den freiheitlichen demokratischen Rechtsstaat, die einen gewichtigen Beitrag zum öffentlichen Meinungsbildungsprozess leisten. Dieser Prozess stellt letztendlich die Grundvoraussetzung für eine funktionsfähige Demokratie dar.³⁷ Die Art und Weise der Informationsvermittlung gerade des Fernsehens in tonunterstützten Bewegtbildern führt zu einer besonderen Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft³⁸. Diese Wirkungsmächte machen eine positive Ordnung notwendig, da mit ihnen ein großes Gefährdungspotenzial einhergeht, die Bevölkerung einseitig ausgerichtet an bestimmten Interessen zu beeinflussen³⁹. Den Staat trifft dabei die Strukturverantwortung zur effektiven Vielfaltsicherung gerade im Bereich des Fernsehens, wobei die beschriebenen Wirkungsmächte durch die Entwicklung der Kommunikationstechnologien und der Medienmärkte keineswegs entfallen sind, sondern ganz im Gegenteil noch verstärkt werden.⁴⁰

³³ Dörr/Deicke, Positive Vielfaltsicherung – Ein Beitrag zur Bedeutung und zukünftigen Entwicklung der Fensterprogramme für die Meinungsvielfalt in den privaten Fernsehprogrammen, ZUM 2015, 89 ff.

³⁴ Siehe hierzu Gersdorf, Grundzüge des Rundfunkrechts, 2003, Rn. 69 und Ricker/Schiwy, Rundfunkverfassungsrecht, 1997, B. Rn. 130 ff. jeweils m. w. N.; Fink, Wem dient die Rundfunkfreiheit?, DÖV 1992, 805, 806 ff.

³⁵ Siehe hierzu Dörr/Schwartzmann, Medienrecht, 6. Aufl., 2019, Rn. 169 u. 171 ff.; Degenhart, in: Bonner Kommentar, GG, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 623; zum dienenden Charakter der Rundfunkfreiheit grundlegend Burmeister, Medienmarkt und Menschenwürde, in: EMR (Hrsg.), EMR-Dialog, 1992, S. 38, (55 ff.); Stock, Medienfreiheit als Funktionsgrundrecht, 1985, S. 325 ff.; kritisch zu dieser Konzeption Hain, Rundfunkfreiheit als „dienende Freiheit“ – ein Relikt?, in: Bitburger Gespräche 48, Jahrbuch 2007/1, 2007, S. 21, 22 ff.; Fink, Wem dient die Rundfunkfreiheit?, DÖV 1992, 805 (806 ff.).

³⁶ Siehe hierzu Gersdorf (Fn. 33), Rn. 68; grundlegend Stock (Fn. 34), S. 325 ff.

³⁷ Vgl. hierzu Dörr/S. Schiedermaier, Ein kohärentes Konzentrationsrecht für die Medienlandschaft in Deutschland, 2007, S. 14.

³⁸ So BVerfGE 31, 314 (325); 90, 60 (87); 97, 228 (256); 103, 44 (74); 114, 371 (387); 119, 181 (214 f.).

³⁹ Vgl. hierzu Ricker/Schiwy (Fn. 33), B. Rn. 84 und Ebsen, Fensterprogramme im Privatrundfunk als Mittel zur Sicherung von Meinungsvielfalt, 2003, S. 53, jeweils m. w. N.

⁴⁰ So BVerfGE 121, 30 (51); 136, 9.

Mit der im Vordergrund stehenden objektiven Deutung der Rundfunkfreiheit geht also die Pflicht des Gesetzgebers einher, eine positive Medienordnung zu schaffen, in welcher die Vielfalt der bestehenden Meinungen möglichst breit und vollständig vermittelt wird, die Bürger in einem umfassenden Sinne informiert werden⁴¹, Meinungs- und politische Willensbildung sowie Unterhaltung stattfindet und über die laufende Berichterstattung hinaus die elektronischen Medien auch ihrer kulturellen Verantwortung gerecht werden.⁴² Wie der Gesetzgeber diesem Auftrag gerecht wird, ist grundsätzlich ihm überlassen. Zur Erfüllung dieses Auftrages hat das *Bundesverfassungsgericht* dem Gesetzgeber freilich Rahmenbedingungen aufgezeigt. Er hat sich an den drei Strukturvorgaben der Rundfunkfreiheit – Pluralismus, Staatsferne und Programmfreiheit⁴³ – zu orientieren und diese zu verwirklichen. Vielfalt setzt das Bestehen und Kommunizieren von verschiedenen Meinungen und meinungsrelevanten Informationen voraus, um so zur Grundlage eines Kommunikationsprozesses in der Bevölkerung werden zu können. Es bildet sogar das Fundament für die Entfaltung der von Art. 1 Abs. 1 GG vorausgesetzten individuellen und politischen Autonomie, da das Individuum dafür auf die Kenntnis von Fakten sowie Meinungen und Haltungen angewiesen ist⁴⁴.

2.1.1.1 Das Verbot vorherrschender Meinungsmacht

Deshalb darf keiner der Marktteilnehmer im privaten Rundfunk jemals eine Stellung erlangen, die gleichbedeutend mit der Erlangung von vorherrschender Meinungsmacht ist⁴⁵. Denn dann fehlt es schon an der gegenständlichen Anbietervielfalt, und zusätzlich gerät der inhaltliche Pluralismus in Gefahr.

Der Begriff der vorherrschenden Meinungsmacht wird durch das *Bundesverfassungsgericht* in seinem sog. Niedersachsen-Urteil definiert als „einseitiger[n], in hohem Maße ungleichgewichtiger[n] Einfluss[es] einzelner Veranstalter oder Programme auf die Bildung der öffentlichen Meinung“⁴⁶. Zusätzlich beschreibt es in diesem Urteil verschiedene Möglichkeiten, wie vorherrschende Meinungsmacht entstehen kann⁴⁷. In diesem Rahmen umschreibt das *Bundesverfassungsgericht* den Begriff im Wege einer negativen Annäherung als Gegenstück zum angestrebten Zustand des Pluralismus im Rundfunk. Das *Bundesverfassungsgericht* setzt also die Vielfaltsicherung in eine antagonistische Beziehung zum Begriff der vorherrschenden Meinungsmacht. Meinungsmacht bedeutet in diesem Zusammenhang aber nicht die Macht, eine Meinung durchzu-

⁴¹ So BVerfGE 59, 231, 257 (258); 73, 118 (152).

⁴² Siehe BVerfGE 73, 118 (158).

⁴³ Siehe hierzu *Dörr/Schwartzmann* (Fn. 34), Rn. 173 ff.

⁴⁴ Vgl. *Hain*, Vielfaltssicherung am Ende?, K&R 2014, 492 (492 f.).

⁴⁵ Vgl. BVerfGE 73, 118 (159).

⁴⁶ BVerfGE 73, 118, 160.

⁴⁷ Siehe BVerfGE 73, 118 (172 ff.). Siehe zu den verschiedenen Konstellationen *Hain*, Vorherrschende Meinungsmacht i.S.d. § 26 Abs. 1, 2 RStV, Die Kontroverse um „quantitative“ oder „qualitative“ Bestimmung, MMR 2000, 537 (540).

setzen, sondern die Fähigkeit, schon auf den Meinungsbildungsprozess entsprechend dem eigenen Willen lenkend einwirken zu können⁴⁸. Die Vielfaltsicherung nimmt damit die Rolle des Gegners der einseitigen Meinungsbildung ein. Sie verlangt zwingend die Verhinderung der Entstehung von vorherrschender Meinungsmacht (**negative Vielfaltsicherung**). Dazu sind die Länder verpflichtet. Vorherrschende Meinungsmacht muss vorbeugend verhindert werden.

2.1.1.2 Das Gebot positiver Vielfaltsicherung

Das Pluralismusgebot als Strukturmaxime des Medienrechts fordert allerdings mehr als die bloße Verhinderung von vorherrschender Meinungsmacht. Es verlangt zusätzlich, dass Meinungen in möglicher Breite und Vollständigkeit in einem umfassenden Sinne vermittelt werden. Diese Aufgabe obliegt den elektronischen Medien in ihrer Gesamtheit. Hieraus ergibt sich die verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers, ein funktionierendes Vielfaltsicherungssystem anhand materieller, organisatorischer und prozeduraler Regeln zu gestalten und dieses fortlaufend zu hinterfragen und zu verbessern⁴⁹. Dabei handelt es sich zweifelsohne um einen fortwährenden Prozess und Kampf gegen vielfaltsverengende Tendenzen, wie sie aus der Politik und der Wirtschaft kommen können. Diese **positive Vielfaltsicherung** ist der eigentliche Kern des Pluralismusgebots, da es sich bei diesem gerade um keinen Mindeststandard handelt, sondern letztendlich um einen Optimierungsauftrag⁵⁰. Zwar hat der Gesetzgeber bei der Frage, wie er diesen Auftrag erfüllt, einen breiten Gestaltungsspielraum: Er muss aber stets berücksichtigen, dass sich einmal eingetretene Vielfaltsdefizite nur äußerst schwer korrigieren lassen⁵¹.

2.1.2 Die Vielfaltsicherung und das Demokratieprinzip

Das Gebot, ein vielfältiges Medienangebot zu gewährleisten, folgt nicht allein aus der Rundfunkfreiheit und ist daher keineswegs auf den Rundfunk im verfassungsrechtlichen oder einfachgesetzlichen Sinne beschränkt. Vielmehr zielt es darauf ab, die Demokratie zu sichern und zu fördern und ist daher auch aus dem Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG selbst abzuleiten. Das Demokratieprinzip wird durch die Ewigkeitsgarantie aus Art. 79 Abs. 3 GG festgeschrieben und gehört deshalb zu den Grundprinzipien unserer Staatsorganisation. Dabei steht der Mensch als Individuum im Mittelpunkt unserer Verfassung. Seine in der Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Selbstbestimmtheit verlangt die demokratische Staatsform.

Für den freiheitlich demokratischen Rechtsstaat ist wiederum ein freier Kommunikationsprozess unerlässlich. Der Kommunikationsprozess selbst, in Form der ständigen geistigen Auseinandersetzung und dem geistigen Kampf der Meinungen, ist das Wesenselement der funk-

⁴⁸ So *Hain* (Fn. 46), MMR 2000, 537 (540); der sich auch mit dem Begriff „vorherrschend“ vertieft auseinandersetzt, welcher aber an dieser Stelle für die hier durchgeführten Studie nicht zu thematisieren ist.

⁴⁹ Vgl. BVerfGE 57, 295 (320); 83, 238 (296).

⁵⁰ Siehe hierzu BVerfGE 12, 205 (262 ff.); 119, 181 (214); 121, 30 (50); 136, 9.

⁵¹ So BVerfGE 57, 295 (323); 73, 118 (160); 95, 163 (173); 119, 181 (217).

fähigen Demokratie und schafft deren Voraussetzungen⁵². Das Grundgesetz sieht diesen Prozess und die hieraus entstehende „*politische Willensbildung des Volkes*“ in Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG als unabdingbare Voraussetzung der Demokratie an⁵³.

Dieser Kommunikationsprozess ist in seiner Existenz aber keinesfalls selbstverständlich. Zum einen muss er entfacht und am Leben gehalten werden, zum anderen bedarf er einer demokratiebezogenen Ausrichtung. In diesem Zusammenhang zeigt sich, dass es sich, wie Paul Kirchhof es formuliert hat, bei der Demokratie um die „*Staatsform der Hochkulturen*“ handelt.⁵⁴ Der demokratische Prozess, also die Willensbildung vom Volk zum Staat, verlangt nach informierten, urteilsfähigen und entscheidungsfreudigen Bürgerinnen und Bürgern⁵⁵. Die Überlebensfähigkeit des demokratischen Staates hängt von dem Verständnis und dem Wissen seiner Bürgerinnen und Bürger um politische und sachliche Zusammenhänge ab, denn eben diese haben die Lenkungsmacht für den Staat und sollen ihrem Willen durch Wahlen Geltung verschaffen. Hierfür ist es von entscheidender Bedeutung, dass die Wählerinnen und Wähler ein sachlich zutreffendes Fundament an Informationen erlangt haben, hieraus ihre eigene Meinung bilden und so ihre Wahlentscheidung definieren.⁵⁶ Die Freiheit der geistigen Entscheidung und des geistigen Meinungskampfes ist in diesem Zusammenhang unanfechtbare Bedingung zur Gewährleistung des demokratischen Prozesses. Der öffentliche Diskurs darf nicht durch wirtschaftlichen Druck, Drohungen oder Falschinformationen beeinflusst werden, vielmehr hat die Willensbildung der Bürgerinnen und Bürger „*in voller innerer Freiheit*“ zu geschehen⁵⁷.

Die Wahlergebnisse, als Ausdruck des Wählerwillens, entscheiden dann über die zukünftigen Bahnen, die der Staat einschlägt oder fortführt. Damit legitimieren die Wählerinnen und Wähler die staatliche Macht und bestimmen die Grundausrichtung des staatlichen Handelns. Des-

⁵² Vgl. BVerfGE 7, 198 (208).

⁵³ So BVerfGE 8, 104 (112 u. 130).

⁵⁴ So zu Recht P. Kirchhof, Der Öffentlichkeitsauftrag des öffentlichen Rundfunks als Befähigung zur Freiheit, in: Abele/Fünfgeld/Riva (Hrsg.), Werte und Wert des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der digitalen Zukunft, 2001, S. 9 ff.; eingehend dazu auch Dörr/S. Schiedermaier, Die zukünftige Finanzierung der deutschen Universitäten, Ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben unter Berücksichtigung der Rechtsprechung zur Finanzausstattung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2004, S. 13 ff.

⁵⁵ Siehe hierzu Dörr, § 69 Rundfunk, in: Ku-be/Mellinghoff/Morgenthaler/Palm/Puhl/Seiler (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts, Festschrift für Kirchhof, 2013, S. 741 (746).

⁵⁶ Siehe hierzu Dörr/S. Schiedermaier, Ein kohärentes Konzentrationsrecht für die Medienlandschaft in Deutschland, 2007, S. 13 ff.

⁵⁷ Siehe hierzu BVerfGE 5, 85 (205); 7, 198 (212 u. 219); 20, 162 (174 ff.); 25, 256 (265) und Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten, 2002, S. 99, m. w. N., der diesen Vorgang als normatives Verfassungsprinzip der „*kommunikativen Chancengleichheit (-gerechtigkeit)*“ beschreibt.

halb kann der Uninformierte und erst recht der Fehlinformierte nicht seiner Verantwortung im demokratischen Prozess gerecht werden.⁵⁸ Auch aus diesen Gründen hat der Gesetzgeber dafür zu sorgen, den Rahmen für einen der Demokratie gerecht werdenden Pluralismus im Medienbereich zu schaffen und zu gewährleisten.

2.1.3 Die Vielfaltsicherung und der kulturelle Auftrag

Die Demokratie ist nicht nur auf umfassend und ausgewogen informierte Bürgerinnen und Bürger angewiesen. Sie lebt zudem davon, dass diese zur Demokratie bereit und fähig sind. Auch informierte Bürgerinnen und Bürger können die freiheitliche Demokratie nur mitprägen, wenn sie ihre Grundwerte verstehen und bejahen. Diese Grundwerte beruhen auf den Prinzipien der Menschenwürde. Daraus resultiert ein bestimmtes Freiheitsverständnis, das mit dem Gleichheitsprinzip den demokratischen Rechtsstaat zusammenhält. Die Vermittlung und die Akzeptanz dieser kulturellen Grundwerte werden in einer pluralen Gesellschaft immer wichtiger.⁵⁹ Dies gilt umso mehr, je offener, kulturell vielfältiger und bunter eine Gesellschaft wird. Aufgabe der elektronischen Medien als wichtiger Faktor der öffentlichen Meinungsbildung ist es daher auch, den Bürgerinnen und Bürgern die kulturellen Werte, auf denen das Grundgesetz beruht, zu vermitteln und nahezubringen. Zu Recht wird allerdings darauf hingewiesen, dass eine aktive Wertevermittlung auch Grenzen hat. So muss klar sein, dass den Medien gerade nicht die Deutungshoheit über Inhalt und Reichweite dieser Wertvorstellung zukommt. Der konkrete normative Gehalt der Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte steht ebenso wenig wie derjenige staatsorganisationsrechtlicher Regelungen ein für alle Mal fest. Er unterliegt vielmehr einem Wandel, der durch gesellschaftliche Veränderungen sowie die Änderung moralischer und sozialetischer Anschauungen herbeigeführt werden kann. Schon deshalb ist ein missionarischer Journalismus, der den Versuch unternimmt, die gesellschaftlichen Prozesse anhand des eigenen Weltbilds aktiv zu steuern, also den Rezipienten sprichwörtlich „ins richtige Bild setzen“ möchte, verfehlt.⁶⁰

2.2 Der Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien

Der Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (RStV)⁶¹ hat auf die einschneidenden Änderungen, die mit der Digitalisierung verbunden sind, nur teilweise reagiert. Zwar wurden die Telemedien, die durch eine Negativdefinition vom einfachrechtlichen Rundfunk und den Telekommunikationsdiensten bzw. telekommunikationsgesteuerten Diensten

⁵⁸ Siehe hierzu *P. Kirchhof*, Der Öffentlichkeitsauftrag des öffentlichen Rundfunks als Befähigung zur Freiheit, in: Abele/Fünfgeld/Riva (Hrsg.), Werte und Wert des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der digitalen Zukunft, 2001, S. 9 ff.

⁵⁹ Eingehend dazu *Dörr*, Die Freiheit, die ich meine, epd 44/2017, 31 (34

⁶⁰ *Wagner*, in: Heidelberger Kommentar Rundfunkstaatsvertrag, Stand 78. Akt., 2019, § 11 Rn. 36.

⁶¹ Zuletzt geändert durch den Einundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag, der am 25.5.2018 in Kraft getreten ist; der bereits unterzeichnete Zweiundzwanzigste Rundfunkänderungsstaatsvertrag wird nach Zustimmung aller Landesparlamente am 1.5.2019 in Kraft treten.

durch § 2 Abs. 1 S. 3 RStV abgegrenzt werden, in den Geltungsbereich einbezogen. Die diesbezüglichen Regelungen finden sich im Sechsten Abschnitt des RStV. Zudem ist den Plattformen und Übertragungskapazitäten ein eigener Abschnitt gewidmet.

2.2.1 Das Vielfaltsicherungsrecht

2.2.1.1 Die Vorschriften zur Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht und ihre Auslegung

Das Vielfaltsicherungsrecht der §§ 25 ff RStV ist dagegen fernsehzentriert. Die diesbezüglichen Normen stellen auf Veranstalter bundesweiten privaten Fernsehens ab und gehen davon aus, dass in Deutschland durch die öffentlich-rechtlichen und privaten bundesweiten Programme grundsätzlich Außenpluralität gewährleistet ist. Ein Unternehmen, das bundesweites privates Fernsehen veranstaltet, darf selbst oder durch ihm zuzurechnende Unternehmen bundesweit eine unbegrenzte Anzahl von Programmen veranstalten, solange es keine vorherrschende Meinungsmacht erlangt (§ 26 Abs. 1 RStV).⁶² Ob vorherrschende Meinungsmacht vorliegt, bemisst sich maßgeblich an Zuschaueranteilen.

Zunächst wird vorherrschende Meinungsmacht nach § 26 Abs. 2 S. 1 RStV vermutet, wenn die einem Veranstalter zurechenbaren Fernsehprogramme im Jahresdurchschnitt einen Zuschaueranteil von 30 Prozent erreichen.⁶³ Darüber hinaus lässt § 26 Abs. 2 S. 2 RStV die Annahme einer vorherrschenden Meinungsmacht auch schon bei einem Zuschaueranteil von 25 Prozent zu, sofern entweder das Unternehmen auf einem medienrelevanten verwandten Markt eine marktbeherrschende Stellung hat oder eine Gesamtbeurteilung seiner Aktivitäten im Fernsehen und auf medienrelevanten verwandten Märkten ergibt, dass der dadurch erzielte Meinungseinfluss dem eines Unternehmens mit einem Zuschaueranteil von 30 Prozent entspricht.⁶⁴ Mit beiden Tatbeständen kann dem sog. „cross-ownership“ in sehr begrenztem Ausmaß Rechnung getragen werden und etwa der Printmarkt oder der Markt der Telemedien über die medienrelevanten verwandten Märkte in die Bewertung vorherrschender Meinungsmacht im Rundfunkmarkt einbezogen werden.⁶⁵ Zugleich existiert aber ein Bonussystem, nach dessen Maßgabe die Vielfalt verstärkt werden kann. Es kommt bei der Berechnung des nach § 26 Abs. 2 S. 2 „maßgeblichen Zuschaueranteils“ zur Anwendung, gilt also seinem Wortlaut nach für die beiden Tatbestände, die an den Zuschaueranteil von 25 Prozent anknüpfen. Die Boni erhalten Unternehmen, die Regionalfenster in den Vollprogrammen (§ 25 Abs. 4 RStV) ausstrahlen und Sendezeit für Dritte in ihrem zuschauerstärksten

⁶² Dazu eingehend *Dörr*, in: Heidelberger Kommentar Rundfunkstaatsvertrag, Stand 78. Akt., 2019, § 26 Rn. 8.

⁶³ Vgl. § 26 Abs. 2 S. 1 RStV. Dazu *Dörr*, in: Eberle/Rudolf/Wasserburg (Hrsg.), Mainzer Rechtshandbuch der Neuen Medien, 2003, Kap. III, Rn. 93 ff.

⁶⁴ Zu den Voraussetzungen des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV vgl. *Dörr/Schiedermaier*, Ein kohärentes Konzentrationsrecht für die Medienlandschaft in Deutschland, 2007, S. 17 ff.

⁶⁵ Dazu auch *Dörr*, in: Eberle/Rudolf/Wasserburg (Hrsg.), Mainzer Rechtshandbuch der Neuen Medien, 2003, Kap. III, Rn. 97.

Programm (§ 26 Abs. 5 RStV) einräumen. Für die nach dem Gesetz auszustrahlenden Regionalfenster erhalten sie einen Bonus von 2 Prozent. Ferner gibt es einen weiteren Bonus von 3 Prozent für die beiden führenden privaten Fernsehveranstalter, wenn sie entsprechend ihrer gesetzlichen Verpflichtung unabhängige Drittsendungen in ihr Programm aufgenommen haben. Nach dem Wortlaut der Norm wird der Schwellenwert von 25 Prozent beim Eingreifen der Bonifikation um 5 Prozent auf 30 Prozent angehoben. Dies gilt allerdings nur dann, wenn man die Boni vorab vom tatsächlichen Zuschaueranteil abziehen und nicht erst bei einer Gesamtbeurteilung berücksichtigen muss.

Strittig war, ob vorherrschende Meinungsmacht auch bejaht werden kann, wenn die Voraussetzungen des § 26 Abs. 2 RStV nicht vorliegen, wie sich also § 26 Abs. 1 RStV zu § 26 Abs. 2 RStV verhält.⁶⁶

Hierzu hat das Bundesverwaltungsgericht anknüpfend an seine Entscheidung vom 24. November 2010⁶⁷ in seinem Urteil vom 29. Januar 2014⁶⁸ grundlegend dazu Stellung genommen.

Es geht in beiden Entscheidungen davon aus, dass § 26 Abs. 1 RStV einen eigenständigen materiell-rechtlichen Eingriffstatbestand darstellt, also auch außerhalb der Vermutungsregeln vorherrschende Meinungsmacht vorliegen kann. Soweit die Schwellenwerte des § 26 Abs. 2 RStV nicht erreicht werden, darf aber nach Ansicht des Senats vorherrschende Meinungsmacht nur aus gewichtigen Gründen und nach einer Gesamtabwägung angenommen werden, da die Bestimmung als Leitbild mit Regelbeispielscharakter zu verstehen ist. Aus diesem Grunde sei eine Annahme vorherrschender Meinungsmacht bei einem Zuschaueranteil unterhalb von 20 Prozent jedenfalls in der Regel ausgeschlossen, da das Gesetz in § 26 Abs. 2 S. 1 und 2 RStV (30 Prozent und 25 Prozent) in Fünferschritten vorgehe. Ob von dieser 20-Prozent-Untergrenze Ausnahmen denkbar sind, lässt der Senat ausdrücklich offen. Zur Ermittlung des maßgeblichen Zuschaueranteils sind auch im Rahmen des § 26 Abs. 1 RStV nach Auffassung des Senats die Boni nach § 26 Abs. 2 S. 3 RStV vorab abzuziehen, auch wenn der Wortlaut der Vorschrift nicht eindeutig sei.

Diese Entscheidung hat zur Folge, dass nur noch dann medienrelevante verwandte Märkte, also etwa Intermediäre, in die Prüfung einbezogen werden, also crossmediale Effekte berücksichtigen werden dürfen, wenn der maßgebliche Zuschaueranteil aller dem Unternehmen zuzurechnenden Fernsehprogramme mindestens 20 Prozent beträgt. Bei der Ermittlung dieses Zuschaueranteils sind die Boni für Regional- und Drittfenster von insgesamt 5 Prozent **vorab** abzuziehen. Damit wird der Anwendungsbereich des § 26 Abs. 1 RStV nahezu auf null eingeschränkt. Auch deshalb wird seit langem über eine grundlegende Reform des § 26 RStV mit dem Ziel diskutiert, eine medienübergreifende Vielfaltsicherung voranzutreiben. Bisher ist es den Ländern nicht gelungen, einen Konsens zu finden. Auch in dem Entwurf eines Medienstaatsvertrages, den die Länder bis 30. September 2018 mit der Gelegenheit für Stel-

⁶⁶ Eingehend dazu *Reinlein*, Medienfreiheit und Medienvielfalt, 2011, S. 247 ff.

⁶⁷ BVerwGE 138, 186.

⁶⁸ BVerwGE 149, 52 = K&R 2014, 547.

lungnahmen, Anmerkungen und Feedback online⁶⁹ gestellt haben, finden sich keinerlei Vorschläge für Änderungen des Medienkonzentrationsrechts.⁷⁰

2.2.1.2 Die Vorschriften zur positiven Vielfaltsicherung

Auch die Vorschriften, die zur positiven Vielfaltsicherung zählen, also nicht lediglich vorherrschende Meinungsmacht verhindern, sondern Meinungsvielfalt aktiv befördern sollen, sind – von wenigen Ausnahmen abgesehen – fernsehzentriert.

Der Rundfunkstaatsvertrag sieht im 3. Unterabschnitt „Sicherung der Meinungsvielfalt“ Instrumente vor, die positiv zur Vielfalt in den privaten bundesweiten Fernsehprogrammen beitragen sollen. Dazu zählen zunächst die Pflicht, in den beiden bundesweit verbreiteten reichweitenstärksten privaten Fernsehvollprogrammen Regionalfensterprogramme gemäß § 25 Abs. 4 RStV auszustrahlen und die Pflicht, Sendezeit für unabhängige Dritte nach § 26 Abs. 5 i. V. m. § 31 RStV einzuräumen, wenn ein Veranstalter mit einem Vollprogramm einen Zuschaueranteil von 10 Prozent oder wenn ein Unternehmen mit allen ihm zuzurechnenden Programmen einen Zuschaueranteil von 20 Prozent erreicht. Schließlich gilt die Einrichtung eines Programmbeirats nach § 32 RStV gemäß § 30 Nr. 1 RStV als vielfaltsichernde Maßnahme. Diese Instrumente zielen schon präventiv vor dem Entstehen vorherrschender Meinungsmacht darauf ab, die Meinungsvielfalt zu stärken.⁷¹

Allerdings ist bereits für das bundesweite private Fernsehen fraglich, ob das in diesem Bereich breit aufgestellt erscheinende Vielfaltsicherungsrecht im Hinblick auf die Fragmentierung des Sehverhaltens⁷² noch ausreichend ist. Mehrere private Fernsehprogramme erreichen mittlerweile bei der Gruppe der 14- bis 49-Jährigen und erst recht bei der Gruppe der 14- bis 29-Jährigen einen höheren Zuschaueranteil als die öffentlich-rechtlichen Programme und dies teilweise sogar mit einem deutlichen Abstand. Mittlerweile wird in diesem Zusammenhang sogar von einem Generationenabriss vom öffentlich-rechtlichen Rundfunk gesprochen, da dieser die höchsten Einschaltquoten nur noch bei den über 49-Jährigen erzielt und die jüngeren Generationen nicht mehr erreicht. Daher vermag der öffentlich-rechtliche Rundfunk seine Aufgabe, Vielfaltsdefizite der privaten Anbieter auszugleichen, bei diesen Zuschauergruppen nicht mehr zu erfüllen. Daher wird teilweise gefordert, die Fensterprogramme auszubauen, um dem durch die bestehenden Teilöffentlichkei-

⁶⁹ Abrufbar unter https://www.rlp.de/fileadmin/rlp-stk/pdf-Dateien/Medienpolitik/04_MStV_Online_2018_Fristverlaengerung.pdf.

⁷⁰ Vgl. dazu auch die kritischen Anmerkungen der KEK in: die medienanstalten (Hrsg.), Sicherung der Meinungsvielfalt im digitalen Zeitalter, Bericht der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) über die Entwicklung der Konzentration und über Maßnahmen zur Sicherung der Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk, 2018, S. 488 f.

⁷¹ Siehe hierzu *Ebsen*, Fensterprogramme im Privatrundfunk als Mittel zur Sicherung von Meinungsvielfalt, 2003, S. 68 ff.

⁷² Hierzu bereits *Dörr*, Die Sicherung der Meinungsvielfalt und die Rolle des privaten Rundfunks, in: Sachs (Hrsg.), Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat, Festschrift Stern, 2012, S. 1349 ff.

ten entstehenden Vielfaltsdefiziten im Rundfunk entgegenzutreten.⁷³

Die Vielfaltsicherung muss so ausgestaltet werden, dass dem Bedürfnis nach Versorgung der Altersgruppe der 14- bis 49-Jährigen mit vielfältigen Fernsehinhalten Rechnung getragen wird.⁷⁴

Noch schwerwiegender ist aber, dass auch diese Regelungen fernsehzentriert sind. Sie vermögen zur Lösung der Frage, wie möglichen Beeinträchtigungen der Meinungsvielfalt, die durch die massenhafte Verbreitung vormaliger Individualkommunikation mit Hilfe von Intermediären entstehen, begegnet werden kann, nichts beizutragen

2.2.2 Die programmlichen Vielfaltsvorgaben für private Anbieter

Im 5. Unterabschnitt der Vorschriften für den privaten Rundfunk, der mit „Programmgrundsätze, Sendezeit für Dritte“ überschrieben ist, enthält § 41 Abs. 2 RStV eine weitere Bestimmung, die dazu beitragen soll, dass auch private Veranstalter mit ihren (Voll-)Programmen einen Beitrag zur Herstellung gleichgewichtiger Vielfalt im Rundfunkangebot leisten, dies aber mit weniger strengen Anforderungen⁷⁵ als an den öffentlich-rechtlichen Rundfunk. Diese Vorgabe erfasst nur bundesweit verbreiteten privaten Rundfunk. Daher vermag auch sie nichts zur Lösung der Frage beizutragen, wie möglichen Beeinträchtigungen der Meinungsvielfalt, die durch die massenhafte Verbreitung vormaliger Individualkommunikation mit Hilfe von Intermediären entstehen, begegnet werden kann.

2.2.3 Die Regelungen über die Telemedien im Rundfunkstaatsvertrag und im Telemediengesetz

Auch innerhalb der Bestimmungen für die Telemedien im Rundfunkstaatsvertrag (§§ 54 ff. RStV) und im Telemediengesetz finden sich keine Vorschriften, die das Phänomen möglicher Beeinträchtigungen der Meinungsvielfalt durch die Organisation massenhafter Individualkommunikation erfassen. Zwar sind Intermediäre, wie etwa Suchmaschinen, nach Maßgabe des § 2 Abs. 1 Satz 3 RStV auch als Telemedium zu qualifizieren.⁷⁶ Als solche müssen sie etwa wegen § 6 Abs. 1 Nr. 1 und 2 TMG eigene kommerzielle Kommunikation und solche natürlicher oder juristischer Personen, in deren Auftrag kommerzielle Kommunikation erfolgt, klar identifizieren und angemessen kennzeichnen. Ferner sind sie gemäß § 7 TMG für eigene Inhalte nach den allgemeinen Regeln verantwortlich⁷⁷. Hinsichtlich der an die Inhalte von Telemedien zu richtenden besonderen Anforderungen wird in § 1 Abs. 4 TMG auf den Rundfunkstaatsvertrag verwiesen. Aber die für Telemedien geltenden Bestimmungen der §§ 54 ff. RStV enthalten gerade keine rechtlichen Vorgaben für Maßnahmen zur Sicherung der Meinungs- und Angebotsvielfalt.

⁷³ Vgl. *Dörr* (Fn. 71), S. 1349 (1360 ff.).

⁷⁴ Eingehend dazu *Dörr/Deicke*, Positive Vielfaltsicherung – Ein Beitrag zur Bedeutung und zukünftigen Entwicklung der Fensterprogramme für die Meinungsvielfalt in den privaten Fernsehprogrammen, ZUM 2015, 89 (102 ff.).

⁷⁵ BVerfGE 73, 118, 159.

⁷⁶ BGH, Beschluss vom 14.5.2013 – VI ZR 269/12 Rn. 20; *Danckert/Mayer*, MMR 2010, 219; *Paal*, Suchmaschinen, Marktmacht und Meinungsbildung, 2012, S. 61.

⁷⁷ BGH, Urteil vom 14.05.2013 - VI ZR 269/12, VersR. 2013, 771 ff.

Auch die Vorschriften zur Telemedienregulierung können also keinen substantiellen Beitrag dazu leisten, die relevanten Fragen zu lösen.

2.2.4 Die Plattformregulierung

Schließlich ist noch an die Plattformregulierung der §§ 52 ff. RStV zu denken, die Intermediäre zumindest teilweise erfassen könnte. Den zentralen Regulierungsgrund bildet hier die „Bottleneck“-Position der Plattformanbieter. Der Begriff des Plattformanbieters ist in § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV legal definiert. Der Anbieter muss danach bestimmte Inhalte, Rundfunk und vergleichbare Telemedien, mit dem Ziel zusammenfassen, diese dem Nutzer als Gesamtangebot zugänglich zu machen, oder aber die Entscheidungsbefugnis über die Zusammenstellung des Gesamtangebotes haben. Über die Zuordnung von Übertragungskapazitäten soll die Offenheit der Netze garantiert werden. Die Vorschriften der Plattformregulierung erscheinen in Bezug auf die eigentliche Rolle von Intermediären als Inhaltevermittler der Sache nach zwar näher zu sein als die Regelungen über Telemedien. Gleichwohl erfüllen Intermediäre die Voraussetzungen der genannten Definition nicht. Sie fassen keine Rundfunk- oder vergleichbare Telemedienangebote zu einem Gesamtangebot zusammen.

Zudem sind die Vorschriften auch nicht geeignet, die spezifischen Probleme im Zusammenhang mit Intermediären zu lösen. Grundsätzlich sind diese zwar technikneutral formuliert und erfassen nach § 52 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 RStV auch Plattformen in offenen Netzen, sofern es sich hierbei um Marktbeherrscher handelt. Gleichwohl muss aber auch hier festgestellt werden, dass die getroffenen Regelungen im Grunde nicht auf die inhaltliche Vielfaltssicherung als solche abzielen, sondern vielmehr insbesondere technische Fragen für den Zugang zu Netzen regeln⁷⁸. Im Fokus steht die gerechte Verteilung der Übertragungskapazitäten, folglich die Netzneutralität. Auch dies hat zwar mittelbare Auswirkungen auf die Pluralität des Angebots. Ein alleiniges Abstellen auf diese Vorschriften ist aber nicht geeignet, den verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Vielfaltssicherung zu genügen.

2.3 Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz

2.3.1 Allgemeines

Am 30.6.2017 wurde das sog. Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)⁷⁹ nach einem straffen Gesetzgebungsverfahren und letzten inhaltlichen Korrekturen trotz nicht unerheblicher Kritik in unionsrechtlicher⁸⁰ und verfassungsrechtlicher Hinsicht⁸¹ beschlossen und trat am 1. Oktober

⁷⁸ Vgl. auch *Broemel*, Vielfaltsgewährleistung auf virtuellen Plattformen, MMR 2013, 83, 85.

⁷⁹ Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG), BGBl 2017 I, S. 3352 ff.

⁸⁰ *Spindler*, Der Regierungsentwurf zum Netzwerkdurchsetzungsgesetz - europarechtswidrig? ZUM 2017, 473 ff.

⁸¹ Vgl. etwa *Hain/Ferreau/Brings-Wiesen*, Regulierung sozialer Netzwerke revisited, K&R 2017, 433 ff.; *Gersdorf*, Hate Speech in sozialen Netzwerken, MMR 2017, 439 ff.; *Guggenberger*, Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz - schön gedacht, schlecht gemacht, ZRP 2017, 98 ff.; *Holznapel*, Das Compliance-System des Entwurfs des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes, ZUM 2017, 615; . La-

2017 in Kraft. Das Gesetz gilt gem. § 1 Abs. 1, 2 NetzDG für Betreiber sozialer Netzwerke, die im Inland mehr als zwei Millionen registrierte Nutzer haben. Die Begründung des Entwurfs der Koalitionsfraktionen benennt als Gesetzeszwecke den Kampf gegen die Verrohung der Debattenkultur in sozialen Netzwerken und die Wahrung des friedlichen Zusammenlebens in einer freien, offenen demokratischen Gesellschaft.⁸²

Zu diesem Zweck werden Betreiber sozialer Netzwerke wie Facebook, Twitter und YouTube gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG verpflichtet, „offensichtlich rechtswidrige Inhalte innerhalb von 24 Stunden“ nach Eingang einer Beschwerde zu löschen oder zu sperren. Bei komplexeren Fällen soll in der Regel eine Sieben-Tages-Frist gelten, um über eine Löschung oder Sperrung zu entscheiden (§ 3 Abs. 2 Nr. 3 NetzDG). Welche rechtswidrigen Inhalte erfasst werden, regelt § 1 Abs. 3 NetzDG. Dazu zählen neben der Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates, der landesverräterischen Fälschung und Straftaten gegen die öffentliche Ordnung, wie die Bildung krimineller Vereinigungen, die Beschimpfung von Bekenntnissen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsvereinigungen, Beleidigung, üble Nachrede, Verleumdung, die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen, Bedrohung sowie die Fälschung beweiserheblicher Daten auch bestimmte Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung wie die Verbreitung kinderpornographischer Schriften.

2.3.2 Die fehlende Bundeskompetenz

Der Bund hat sich darauf berufen, dass ihm die Gesetzgebungskompetenz für das NetzDG zustehe, da es sich dabei um Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) sowie ergänzend um öffentliche Fürsorge (Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG) und den darunter subsumierten Jugendschutz handele.⁸³ Dies überzeugt nicht.⁸⁴

Das Bundesverfassungsgericht stellt wie bei anderen vertikalen Kompetenzkonflikten auf den Schwerpunkt der Regelung ab, wenn es darum geht, die Bundeskompetenz für das Recht der Wirtschaft und die Länderkompetenz zur Regelung des Kulturbereichs einschließlich der Medien⁸⁵ abzugrenzen. Unter den Kulturbereich einschließlich der Medien fällt auch die inhaltliche Regulierung von Telemedien.⁸⁶ Daher setzt Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG voraus, dass das fragliche Gesetz einen unmittelbar wirtschaftsbezogenen Regelungsgehalt aufweist. Nur wenn dies der Fall

deur/Gostomzyk, Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz und die Meinungsfreiheit, K&R 2017, 390 ff.; *Liesching*, Die Durchsetzung von Verfassungs- und Europarecht gegen das NetzDG, MMR 2018, 26 ff.; dagegen hält *Schwartzmann*, Verantwortlichkeit Sozialer Netzwerke nach dem Netzwerkdurchsetzungsgesetz, GRUR-Prax 2017, 317 ff. das Gesetz für verfassungsmäßig

⁸² BT-Drs. 18/12356, S. 11; so auch BT-Drs. 18/13013, S. 2.

⁸³ Vgl. nur *Hain/Ferreau/Brings-Wiesen* (Fn. 80), K&R 2017, 433 (434).

⁸⁴ Vgl. dazu auch unten 4.

⁸⁵ Grundlegend für den Rundfunkbereich BVerfGE 12, 205 (243).

⁸⁶ Vgl. *Ladeur/Gostomzyk* (Fn. 80), K&R 2017, 390 (391); *Hain/Ferreau/Brings-Wiesen* (Fn. 80), K&R 2017, 433 (434).

ist, ist für die Bejahung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes eine gleichzeitig nachrangige Verfolgung kultureller Ziele unschädlich.⁸⁷ Ausweislich der Begründung des Entwurfs der Koalitionsfraktionen verfolgt das Gesetz erklärtermaßen den Zweck, die Verrohung der Debatte in sozialen Netzwerken zu bekämpfen und das friedliche Zusammenleben in einer freien, offenen und demokratischen Gesellschaft zu bewahren.⁸⁸ Demnach reguliert das NetzDG die Medien inhaltlich aus demokratiefunktionalen Zwecken. Solche Regelungen fallen aber in die Kompetenz der Länder. Der fehlende wirtschaftsbezogene Regelungsgehalt wird auch dadurch deutlich, dass das Gesetz sein Ziel nicht mit einem typischen wirtschaftsrechtlichen Handlungsinstrumentarium verfolgt, was die inhaltsbezogenen Löscho- und Sperrpflichten belegen. Daher besteht keine Bundeskompetenz auf der Grundlage des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG.⁸⁹

Auch eine Bundeskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG scheidet aus. So ist bereits sehr zweifelhaft, ob die Kompetenz für die öffentliche Fürsorge auch den Jugendschutz umfasst.⁹⁰ Selbst wenn dies bejaht wird, bleibt unklar, ob dies auch für den Jugendschutz in den audiovisuellen Medien gilt.⁹¹ Dies kann aber dahinstehen weil die Regelungen des NetzDG keineswegs durchweg jugendspezifische Anliegen verfolgen, sondern weit darüber hinausgehen.

Demnach bleibt festzuhalten, dass das NetzDG mangels einer bestehenden Bundeskompetenz schon aus formellen Gründen mit der Verfassung nicht vereinbar ist.

2.3.3 Inhaltliche verfassungs- und europarechtliche Bedenken

Zudem bestehen gegen das Gesetz auch inhaltlich erhebliche europarechtliche und verfassungsrechtliche Bedenken, die hier nur angerissen werden sollen.

Im Hinblick auf das Unionsrecht beachtet das Gesetz nicht das in der E-Commerce-Richtlinie (ECRL)⁹² verankerte Herkunftslandprinzip (Art. 3

⁸⁷ BVerfGE 135, 155, (196); BVerfG, NJW 1986, 1743; *Hain/Ferreau/Brings-Wiesen* (Fn. 80), K&R 2017, 433 (434).

⁸⁸ BT-Drs. 18/12356, S. 11; vgl. auch BT-Drs. 18/13013, S. 2.

⁸⁹ So auch *Hain/Ferreau/Brings-Wiesen* (Fn. 80), K&R 2017, 433 (434) *Gersdorf* (Fn. 80), MMR 2017, 439 (441 ff.); *Feldmann*, Zum Referentenentwurf eines NetzDG: Eine kritische Betrachtung, K&R 2017, 292 (294); *Ladeur/Gostomzyk* (Fn. 80), K&R 2017, 390, 391.

⁹⁰ Das Bundesverfassungsgericht vertritt die Auffassung, der Jugendschutz falle unter den Begriff der öffentlichen Fürsorge, BVerfGE 31, 113 (117).

⁹¹ Da die inhaltliche Regelung der Medien in die Kompetenz der Länder fällt, ist fraglich, ob für den Jugendmedienschutz wegen der Kompetenz kraft Sachzusammenhang allein die Länder oder auch der Bund wegen der Sachkompetenz für öffentliche Fürsorge zuständig ist, eingehend dazu *Rossen-Stadtfeld*, Jugendschutz durch JMStV und JuSchG, in: *Eifert/Gostomzyk* (Hrsg.), *Medienföderalismus*, 2018, S. 165 (176 ff.); vgl. auch *Dörr*, in: *Heidelberger Kommentar Rundfunkstaatsvertrag*, Stand 78. Akt., 2019, § 2 JMStV Rn. 10 ff.

⁹² RL 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt ("Richtli-

ECRL), da sich die im NetzDG statuierten sanktionsbewehrten Verpflichtungen im durch die Richtlinie koordinierten Bereich unterschiedslos auch an im EU-Ausland niedergelassene Dienste richten.⁹³

Auch verfassungsrechtlich sind die getroffenen Regelungen sehr problematisch. Die Ausgestaltung des Verfahrens ist unter dem Gesichtspunkt des Grundrechtsschutzes durch Verfahren⁹⁴ defizitär, weil bei Löschungen Rechte auf Anhörung und/oder Beschwerde zugunsten der Nutzer nicht bestehen, solange das Verfahren in den Händen der sozialen Netzwerke selbst verbleibt. Wegen dieser Mängel bestehen erhebliche Zweifel, ob der Gesetzgeber seinen Pflichten zum verfahrensmäßigen Schutz der betroffenen Grundrechtspositionen (Meinungsfreiheit versus allgemeines Persönlichkeitsrecht) gerecht geworden ist.⁹⁵

Schließlich legt das Gesetz den Betreibern sozialer Netzwerke in erheblichem Umfang Pflichten auf. Dagegen wird eingewandt, dass dies in unverhältnismäßiger Weise in deren Meinungs- und Berufsfreiheit eingreift.⁹⁶

2.3.4 Begrenzte Eignung zur Sicherung der Meinungsvielfalt

Schließlich vermögen die im NetzDG vorgesehenen Regelungen allenfalls geringfügig zur Meinungsvielfalt von Inhalten, die durch Intermediäre verbreitet werden, beizutragen. Zwar verfolgt das Gesetz den Zweck, der Verrohung der Debattenkultur in sozialen Netzwerken entgegen zu wirken und das friedliche Zusammenleben in einer freien, offenen demokratischen Gesellschaft zu bewahren. Dazu werden Betreiber sozialer Netzwerke wie Facebook, Twitter und YouTube verpflichtet, bestimmte Inhalte, die gegen im einzelnen aufgezählte Strafrechtstatbestände verstoßen, nach Eingang einer Beschwerde zu löschen oder zu sperren. Es mag durchaus eine demokratische Debatte im Sinne des Austauschs rationaler Argumente befördern, wenn „Hate Speech“ ein Stück weit unterbunden wird. Allein dadurch werden aber den erheblichen Gefahren für eine vielfältige und freie öffentliche Meinungsbildung, die mit der massenhaften Verbreitung von Äußerungen jedweder Art mit Hilfe von Intermediären verbunden sind, in keiner Weise hinreichend Rechnung getragen.

2.4 Die Regelungen des deutschen und des europäischen Kartell- und Wettbewerbsrechts

Bei den sonstigen Bestimmungen sind insbesondere die Regelungen des deutschen und des europäischen Kartell- und Wettbewerbsrechts anzusprechen. Dabei ist zunächst zu klären wie sich die medienrechtlichen Regelungen, welche die Meinungsvielfalt sichern sollen, zu den kartellrechtlichen Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und den Bestimmungen des europäischen Wettbewerbsrechts verhalten. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die Regelungs-

nie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl. EG v. 17.7.2000, L 178, S. 1.

⁹³ So auch *Hain/Ferreau/Brings-Wiesen* (Fn. 80), K&R 2017, 433 (433 f.); *Spindler* (Fn. 79), ZUM 2017, 473 (474 f.).

⁹⁴ Vgl. dazu *Dörr*, *Faires Verfahren*, 1984, S. 138 ff.

⁹⁵ *Hain/Ferreau/Brings-Wiesen* (Fn. 80), K&R 2017, 433 (434).

⁹⁶ Eingehend dazu vor allem *Gersdorf* (Fn. 80), MMR 2017, 439 (446 ff.).

komplexe unterschiedliche Zielsetzungen haben. Das GWB und die Bestimmungen des europäischen Kartell- und Wettbewerbsrechts zielen auf die Beschränkung wirtschaftlicher Macht ab, um auf diese Weise wirtschaftlichen Wettbewerb als Steuerungsinstrument auch im Interesse der Verbraucher zu erhalten. Dem Medienrecht geht es darum, die verfassungsrechtlich gebotene Meinungsvielfalt zu gewährleisten. Zwar ist einzuräumen, dass die Erhaltung wirtschaftlicher Vielfalt dazu beitragen kann, auch die Meinungsvielfalt zu fördern. Das Kartellrecht kann also das Medienrecht tendenziell entlasten. Dies ist aber eine bloße unbeabsichtigte Nebenfolge. Dies liegt auch daran, dass die Länder zur inhaltlichen Regelung der Medien und damit auch zur Sicherung der Meinungsvielfalt die Gesetzgebungszuständigkeit besitzen, wohingegen der Bund aufgerufen ist, die wirtschaftliche Macht durch das von ihm zu schaffende Kartellrecht zu begrenzen.⁹⁷

Schließlich macht das geltende Kartellrecht auch der Sache nach medienrechtliche Regelungen zur Sicherung der Meinungsvielfalt nicht überflüssig oder entbehrlich. Schon vom Anwendungsbereich her gesehen erfasst das geltende Kartellrecht die Problematik nur unvollkommen. Der Fusionskontrolle nach §§ 35 f. GWB unterliegt nur der Zusammenschluss von Unternehmen, der Fall des inneren Wachstums, wird aber, auch wenn er zu marktbeherrschende Meinungsmacht führt, vom deutschen Kartellrecht nicht erfasst. Insoweit verbietet das GWB nur den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, nicht aber das Entstehen. Zudem ist auch, wenn durch das deutsche Kartellrecht wirtschaftliche Macht im Bereich der privaten Medienunternehmen beschränkt wird, noch keineswegs die von der Verfassung geforderte Meinungsvielfalt gewährleistet. Die Beschränkung wirtschaftlicher Macht ist lediglich eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung, um die von der Verfassung geforderte Meinungsvielfalt im Bereich der privaten Medien zu sichern.

Auch das europäische Wettbewerbsrecht fußt wie die meisten anderen Kartellgesetzgebungen auf drei Säulen: Dem Verbot der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen (Art. 101 AEUV), dem Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV) und der für das Medienkonzentrationsrecht besonders wichtigen Fusionskontrolle, die nach der EG-Fusionskontrollverordnung (FKVO) vom 20. Januar 2004⁹⁸ erfolgt.

Im Rahmen der Fusionskontrolle gilt dabei das Prinzip des „one stop shop“, auch „Ein-Schranken-Theorie“ genannt, sowohl in materieller als auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht.⁹⁹ Danach ist gemäß Art. 21 Abs. 2 FKVO auf Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung ausschließlich das europäische Fusionskontrollrecht und nicht das nationale Recht anwendbar.¹⁰⁰ Zuständig ist dann gemäß Art. 21 Abs. 1

⁹⁷ Vgl. dazu oben 2.3.2. und unten 4.

⁹⁸ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“).

⁹⁹ Vgl. dazu *Heinemann*, Europäisches Kartellrecht Einführung und aktuelle Entwicklungen (Teil II), Jura 2003, 721 (723 ff.).

¹⁰⁰ Diese ausschließliche Anwendbarkeit europäischen Rechts steht dogmatisch im Gegensatz zur parallelen Anwendung von nationalem und europäischem

FKVO allein die Europäische Kommission, so dass sich die betroffenen Unternehmen dann nur mit der Kommission auseinandersetzen müssen. Sie kann allerdings das Verfahren unter bestimmten Voraussetzungen an die nationale Kartellbehörde abgeben. Für das Verfahren der Fusionskontrolle unterscheidet das europäische Fusionskontrollrecht zwischen Aufgreif- und Eingreifkriterien. Die Aufgreifkriterien geben an, unter welchen Voraussetzungen die FKVO Anwendung findet und sich die Kommission folglich eines Falles annehmen darf. Die Eingreifkriterien geben hingegen an, unter welchen Voraussetzungen die Kommission einen Zusammenschluss untersagen darf.

Allerdings stellt die Fusionskontrollverordnung in Art 21 Abs. 4 FKVO klar, dass die Mitgliedstaaten berechtigt sind, solche Zusammenschlüsse zusätzlich am Maßstab des Pluralismus, also der Sicherung der Meinungsvielfalt, zu messen. Damit wird einmal den begrenzten Kompetenzen der Union auf dem Gebiet des Medienrechts Rechnung getragen. Zum anderen wird dem Aspekt der Pluralität, der in den Unionsgrundrechten (Art 11 Abs. 2 GRCh) verankert ist, Anerkennung gezollt. Das Unionsrecht erkennt also ausdrücklich an, dass neben dem Europäischen Kartellrecht das nationale Medienrecht mit seinen Vorschriften zur Sicherung der Meinungsvielfalt Anwendung finden darf. Ein Zusammenschluss, der nach der europäischen Fusionskontrollverordnung unbedenklich ist, darf daher aufgrund medienrechtlicher Vorschriften durchaus untersagt werden, wenn durch die beabsichtigte Beteiligungsveränderung vorherrschende Meinungsmacht entsteht.

Daraus wird deutlich, dass gerade das europäische Wettbewerbsrecht dazu beitragen kann, den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen von Unternehmen, die Informationsintermediäre sind, zu unterbinden. Dies hat die Europäische Kommission in Verfahren gegen Google eindrucksvoll unter Beweis gestellt.

3 Die Einordnung der von Intermediären massenhaft verbreiteten Äußerungen in die Kommunikationsfreiheiten

3.1 Die Bestimmung des Art. 5 Abs. 1 GG als Ausgangspunkt

Die Frage, wie die von Intermediären massenhaft verbreiteten Äußerungen in die Kommunikationsfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG einzuordnen sind, ist nicht unumstritten.¹⁰¹ Im Ausgangspunkt ist festzustellen, dass das Bundesverfassungsgericht bei Art. 5 Abs. 1 GG zwischen fünf unterschiedlichen Grundrechten, nämlich der Meinungs- und der Informationsfreiheit als klassischen individuellen Rechten und der Presse-, Rundfunk- und Filmfreiheit bei den Massenmedien, unterscheidet.

3.1.1 Der Unterschied zwischen Meinungs- und Informationsfreiheit

Bereits aus dem Text der Verfassung ergibt sich, dass bei der Informations- und Meinungsfreiheit schon im Hinblick auf den Schutzbereich

Recht im Bereich der Art. 101 und 102 AEUV. Die §§ 19, 20 GWB finden damit auch auf grenzüberschreitende Vorgänge Anwendung. Allerdings geht über den Anwendungsvorrang des Unionsrechts im Kollisionsfall auch hier das Unionsrecht vor („modifizierte Zweischrankentheorie“).

¹⁰¹ Vgl. zu dieser Diskussion K&R Beihefter 2/2013 mit Beiträgen von Sporn, Dörr und Schmit.

gewichtige Unterschiede bestehen. Zwar bildet die Meinungsfreiheit den Ausgangspunkt, der durch die anderen Grundrechte der Informationsfreiheit, der Rundfunkfreiheit und der Pressefreiheit konkretisiert und ausgestaltet wird. Zudem ist im Verhältnis des „Schlüsselgrundrechts“ der Meinungsfreiheit zu der Informationsfreiheit eine gegenseitige Abhängigkeit festzustellen. Dabei ist die Informationsfreiheit, obwohl sie historisch um einiges jünger ist als die Meinungsfreiheit, Voraussetzung dafür, sich eine Meinung zu bilden und an der politischen Willensbildung teilzuhaben. Sie bedingt somit die Meinungsfreiheit. Jedoch erfasst Art. 5 Abs. 1 GG alle Meinungen, während die Informationsfreiheit nur eingreift, wenn eine „allgemein zugängliche Informationsquelle“ vorliegt. Damit kommt der Frage, wann die Informationsquelle allgemein zugänglich, also „technisch geeignet und bestimmt ist, der Allgemeinheit, das heißt einem individuell nicht bestimmbar Personenkreis, Informationen zu verschaffen“¹⁰², entscheidende Bedeutung zu. Schon deshalb kann von einem einheitlichen Grundrecht der aktiven und passiven Meinungsfreiheit, anders als bei Art. 10 Abs. 1 EMRK, nicht die Rede sein.

3.1.2 Presse und Rundfunkfreiheit

Fraglich bleibt aber, ob man wirklich zwischen der Presse-, Rundfunk- und Filmfreiheit differenzieren muss, die in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG gewährleistet werden. Der Wortlaut weist gerade keine Unterschiede aus, wenn man einmal davon absieht, dass anders als bei der Pressefreiheit im Zusammenhang mit Film und Rundfunk lediglich von der Freiheit der Berichterstattung die Rede ist. Um eine sachgerechte Antwort zu finden, ist eine differenzierte Betrachtung notwendig.

Trotz des Wortlauts „Berichterstattung“ ist zunächst festzuhalten, dass der Schutzbereich der Rundfunkfreiheit nicht kleiner ist als derjenige der Pressefreiheit. So umfasst er wie bei der Pressefreiheit das gesamte Spektrum von der Beschaffung einer Information bis hin zu deren Verbreitung, einschließlich der medienpezifischen technischen Vorkehrungen etwa zur Übertragung von Informationen.¹⁰³

Allerdings leitet das Bundesverfassungsgericht aus der Vorstellung, dass die Rundfunkfreiheit eine dienende Freiheit ist, die Besonderheit ab, dass der Rundfunk einer gesetzlichen Ordnung bedarf, die sicherstellt, dass er seinen verfassungsrechtlich vorausgesetzten Dienst leistet.¹⁰⁴ In diesem Zusammenhang gilt es zu bedenken, dass der Rundfunk auch in Zeiten der Digitalisierung und der Konvergenz für die Meinungsbildung in Deutschland von zentraler Bedeutung ist. So stellt das Fernsehen trotz der neuen Angebote, die vor allem über das Internet verbreitet werden, weiterhin ein Leitmedium dar. Damit bestehen gute Gründe dafür, zwischen der Rundfunkfreiheit und der Pressefreiheit zu unterscheiden.¹⁰⁵

¹⁰² BVerfGE 27, 71, 83; 90, 27 (32); 103, 44 (60) – n-tv; BVerfG, NJW 2003, 500.

¹⁰³ BVerfGE 91, 125 (134 f.).

¹⁰⁴ BVerfGE 57, 295 (320); 83, 238 (296); 87, 181 (198); 121, 30 (50 f.).

¹⁰⁵ Eingehend dazu Dörr, Ein Grundrecht der Medienfreiheit – Gleiches Recht für alle?, K&R Beihefter 2/2013, 9 ff.

3.2 Die Einordnung der durch Intermediäre massenhaft verbreiteten Äußerungen

Die durch Intermediäre massenhaft verbreiteten Äußerungen kombinieren typischerweise verschiedene Elemente der klassischen Medien sowohl zum individuellen Austausch wie zur massenhaften Verbreitung. Sie lassen sich häufig nur schwer vom Rundfunk und von der Presse im verfassungsrechtlichen Sinn abgrenzen. Hervorzuheben sind einmal journalistisch-redaktionell aufbereitete Angebote, die oft nach Gestaltung und Inhalt Zeitungen oder Zeitschriften ähnlich sind und daher von einigen als elektronische Presse bezeichnet werden. Hält man daran fest, dass für den verfassungsrechtlichen Pressebegriff die Verkörperung des Gedankeninhalts, also eine Form der Drucktechnik, entscheidend ist, so ist ein solches Angebot trotz der Bezeichnung „elektronische Presse“ wegen der Verwendung der Funktechnik und der Relevanz für die Meinungsbildung verfassungsrechtlich dem Rundfunkbegriff zuzuordnen.¹⁰⁶

Aber auch wenn solche mediale Angebote nicht unter den verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff subsumiert werden können, sind sie als Möglichkeit zum Äußern und Verbreiten von Meinung durch die allgemein gewährleistete Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützt.¹⁰⁷

Demnach unterfallen durch Intermediäre massenhaft verbreitete Äußerungen in jedem Fall dem Schutz der Kommunikationsfreiheiten.

4 Der Grundrechtsschutz für Intermediäre

Fraglich ist aber, ob sich auch die Intermediäre im Hinblick auf die von Ihnen verbreiteten, aber von Dritten stammenden Äußerungen auf den Schutz der Meinungsfreiheit berufen können. Insoweit ist zu konstatieren, dass die Intermediäre häufig widersprüchlich argumentieren. Soweit es um die Zurechnung von Äußerungen Dritter zu ihnen und eine mögliche eigene Verantwortung für diese Äußerungen geht, berufen sie sich darauf, dass diese ihnen nicht zugerechnet werden können, weil diese nicht von ihnen stammen.

Dies gilt nach ihrer Auffassung selbst dann, wenn Algorithmen eine Auto-Vervollständigung vornehmen, der aus Empfängersicht eine bestimmte Aussage zu entnehmen ist. Die Autocomplete- bzw. Auto-Vervollständigungs- bzw. Selbstergänzungsfunktion, die Google anbietet, offeriert dem Nutzer bereits während der eigenen Sucheingabe in einem extra Fenster passend zum Suchbegriff mögliche, weitergehende Wortkombinationen. Die Suchvorschläge werden durch einen Algorithmus ermittelt, der für mögliche relevante Kombinationen unter anderem auf die Häufigkeit der Eingabe der vorgeschlagenen Suchanfrage durch andere Nutzer zurückgreift. Durch diese Funktion wird bereits vor der eigentlichen Ergebnisdarstellung das Selektionsverhalten der Nutzer

¹⁰⁶ Vgl. dazu oben Rn. 136 ff.

¹⁰⁷ Vgl. auch *Schüller*, in: *Dörr/Kreile/Cole*, Handbuch Medienrecht, 2. Aufl. 2011, B III, Rn. 1 ff.; *Fechner*, Medienrecht, 19. Aufl. 2018, 12. Kapitel, Rn. 8.

maßgeblich beeinflusst und durch bestimmte Suchvorschläge nicht unerheblich zur Meinungsbildung beigetragen.¹⁰⁸

In seinem Urteil vom 14. Mai 2013¹⁰⁹ hatte sich der BGH damit zu befassen, ob Google eine von der Autocomplete-Funktion angebotene Wortkombination, durch die sich der Kläger in seinem Persönlichkeitsrecht verletzt sah, als eigene Aussage zugerechnet werden könne. In seinem aufsehenerregenden Urteil geht der BGH davon aus, dass in den herabsetzenden Begriffen, die durch die Selbstergänzungsfunktion bei Eingabe eines Namens erscheinen, Persönlichkeitsbeeinträchtigungen liegen, die der „Beklagten [Google] unmittelbar zuzurechnen“ seien. Google argumentierte, dass eine eigene Aussage schon daran scheitere, weil die Wortkombination auf einem Algorithmus beruhe, also von einem Computer erzeugt sei. Zumindest lasse sich der Wortkombinationen lediglich die eigene Aussage der Suchmaschine entnehmen, dass „andere Nutzer die gewählten Begriffskombinationen zur Recherche eingegeben hätten oder dass sich die Ergänzungssuchbegriffe in verlinkten Drittinhalten jeweils als solche auffinden lassen.“¹¹⁰ Diese Sichtweise weist der BGH zurück. Seiner Ansicht nach präsentieren die Suchmaschinen den Nutzern nicht „x-beliebige ergänzende Suchvorschläge“. Vielmehr verstehen die Nutzer sie als Hilfestellung bei der Ermittlung relevanter Informationen. Die dargestellten ergänzenden Begriffe stellen insofern inhaltliche Bezüge zur Sucheingabe her und vermitteln bei einem „unvoreingenommenen und verständlichen Durchschnittsrezipienten“¹¹¹ den Eindruck, dass zwischen der Eingabe der Nutzer und den Ergänzungsvorschlägen ein „sachlicher Zusammenhang“ besteht.¹¹² Der BGH stellt also auf den Empfängerhorizont ab, also den vermittelten Eindruck des Zusammenhangs und der Richtigkeit der vorgeschlagenen Information zur eigenen Suchanfrage, der dem Suchmaschinenbetreiber als eigene Aussage zurechenbar ist.¹¹³

Bei einer möglichen Verletzung des Persönlichkeitsrechts argumentieren die Intermediäre allerdings ganz im Gegenteil zu ihrer Position bei der Zurechnung damit, dass auch sie durch die Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG bei der Weiterverbreitung von Äußerungen Dritter geschützt seien. Der BGH hat in seiner Autocomplete-Entscheidung vom 14. März 2013 Intermediären, im konkreten Fall dem Suchmaschinenbetreiber Google, den Schutz der Meinungsfreiheit grundsätzlich zugestanden. Dem ist im Ergebnis zuzustimmen. Auch die sozialen Netzwerke, Videoportale, Instant Messenger Dienste und Suchmaschinen stellen meinsrelevante Medien dar und müssen daher von der durch Art. 5 Abs.

¹⁰⁸ So Stark/Magin/Jürgens, Navigieren im Netz, Befunde einer qualitativen und quantitativen Nutzerbefragung, in: Stark/Dörr/Aufenanger (Hrsg.), Die Googleisierung der Informationssuche, Suchmaschinen zwischen Nutzung und Regulierung, Berlin u. Boston 2014, 20 (56 ff.).

¹⁰⁹ BGH, Urt. vom 14. Mai 2013 – VI ZR 269/12 = VersR. 2013, 771 ff.

¹¹⁰ So auch das OLG Köln, ZUM 2012, 987 ff. in seinem klageabweisenden Urteil.

¹¹¹ BGH Urteil vom 14. Mai 2013 – VI ZR 269/12 = VersR. 2013, 771 ff.

¹¹² BGH Urteil vom 14. Mai 2013 – VI ZR 269/12 = VersR. 2013, 771 ff.

¹¹³ BGH Urteil vom 14. Mai 2013 – VI ZR 269/12 = VersR. 2013, 771 ff.

1 GG gewährleisteten Meinungsfreiheit profitieren.¹¹⁴ Dafür lässt sich nicht nur ins Feld führen, dass die Intermediäre keineswegs lediglich fremde Inhalte vermitteln, sondern zunehmend auch eigene Inhalte anbieten.¹¹⁵ Auch die besondere Stellung der Intermediäre, die die massenhafte Weiterverbreitung fremder Inhalte und deren Erschließung erst ermöglichen, spricht für einen Grundrechtsschutz aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG.¹¹⁶ Demnach ist eine stärkere Regulierung nur zulässig, wenn Schutzlücken bei der Vielfaltsicherung bestehen¹¹⁷ und dementsprechend eine Einschränkung des grundrechtlichen Schutzbereichs gerechtfertigt werden kann. Denn dem Gesetzgeber obliegt bei einer zusätzlichen Regulierung und einer damit einhergehenden Einschränkung von Grundrechten immer eine besondere Rechtfertigungspflicht.¹¹⁸ Die Aspekte der Sicherung der Meinungsvielfalt sind mit der Meinungsfreiheit der Intermediäre im Wege der praktischen Konkordanz in Ausgleich zu bringen.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass Intermediäre als Unternehmen selbstverständlich den Schutz der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG genießen.

5 Die Frage der Gesetzgebungszuständigkeiten

Die Frage, wer in der Bundesrepublik Deutschland berechtigt ist, eine Materie gesetzlich zu regeln, beantwortet die Verfassung vor allem in Art. 70 ff. GG.

5.1 Die Landeszuständigkeit als Regelfall

Wie in den meisten Bundesstaaten liegt die Gesetzgebungskompetenz gemäß Art. 70 Abs. 1 GG regelmäßig bei den Ländern. Der Bund hat nur dann Gesetzgebungsbefugnisse, wenn ihm diese durch das Grundgesetz verliehen werden.¹¹⁹ Dies hat zur Folge, dass der Bund im Streitfall belegen muss, dass ihm ein Kompetenztitel das Gesetzgebungsrecht für das betreffende Sachgebiet verleiht.

¹¹⁴ Dörr/Schuster, Suchmaschinen im Spannungsfeld zwischen Nutzung und Regulierung, in: Stark/Dörr/Aufenanger (Hrsg.), Die Googleisierung der Informationssuche, Suchmaschinen zwischen Nutzung und Regulierung, Berlin u. Boston 2014, 262 (284 f.).

¹¹⁵ Vgl. Gasser/Thurman, Themen und Herausforderungen der Regulierung von Suchmaschinen, S. 45, in: Machill/Beiler, Die Macht der Suchmaschinen, Köln 2007, S. 44-64, der auf den Fall Search King, Inc. v. Google Technology, Inc. verweist. Google führt dort aus, dass es „keinen Anspruch auf ein bestimmtes Ranking gebe, sondern dass jede Platzierung eine Meinung“ darstelle.

¹¹⁶ Vgl. Schulz, Von der Medienfreiheit zum Grundrechtsschutz für Intermediäre?, CR 2008, 470 (472); ähnlich Kühne, Haftung von Suchmaschinenbetreibern, Frankfurt a. M. 2012, S. 22 ff.

¹¹⁷ Gersdorf, AfP 2011, 209 (212).

¹¹⁸ Gersdorf, AfP 2011, 209 (216). Gersdorf argumentiert in diesem Zusammenhang allerdings mit der (unternehmerischen) Privatautonomie.

¹¹⁹ Dies wird in der politischen Diskussion häufig übersehen. Die Länder müssen ihre Gesetzgebungskompetenz nicht belegen. Sie besteht automatisch, wenn das Grundgesetz nicht dem Bund Gesetzgebungsbefugnisse verleiht.

5.2 Die fehlende Zuständigkeit des Bundes für vielfaltsichernde Regelungen

Nach den Bestimmungen des Grundgesetzes stehen dem Bund keine Gesetzgebungskompetenzen für vielfaltsichernde Regelungen im Medienbereich zu. Solche folgen nicht aus der ausschließlichen Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für Post und Telekommunikation (früher Post- und Fernmeldewesen), die gerade nicht den Rundfunk oder gar die Medien als Ganzes umfasst, sondern nur den sendetechnischen Bereich, beginnend mit der Übermittlung der sendefertigen Ton- und Bildsignale vom Rundfunkstudio zu einem oder mehreren Sendern. Dies hat das Bundesverfassungsgericht bereits im Ersten Rundfunkurteil,¹²⁰ der Magna Charta des Rundfunkrechts, zutreffend festgestellt. Zudem hat das Bundesverfassungsgericht die weiterhin aktuelle Frage geklärt, dass auch im Hinblick auf die Grenzüberschreitung – „Funkwellen halten sich nicht an Ländergrenzen“¹²¹ – keine Bundeskompetenz kraft Natur der Sache besteht. Die Überregionalität einer Aufgabe vermag keine Bundeskompetenz zu begründen, zumal die Länder etwa in Form der Staatsverträge über Mittel verfügen, sich bei der Erfüllung der entsprechenden Aufgabe abzustimmen, soweit dies erforderlich ist. Schließlich hat das Bundesverfassungsgericht verdeutlicht, dass aus der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz für auswärtige Angelegenheiten allenfalls eine Bundeskompetenz für den Auslandsrundfunk abzuleiten ist.¹²² Auch aus der Bundeskompetenz für das Recht der Wirtschaft kann der Bund keine inhaltliche Regulierungskompetenz für die Medien ableiten. Vielmehr setzt Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG voraus, dass das fragliche Gesetz einen unmittelbar wirtschaftsbezogenen Regelungsgehalt aufweist. Nur wenn dies der Fall ist, ist für die Bejahung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes eine gleichzeitig nachrangige Verfolgung kultureller Ziele unschädlich.¹²³

Es besteht nach dem Grundgesetz auch keine allgemeine Gesetzgebungskompetenz des Bundes zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung¹²⁴ bei der Kommunikation oder gar eine allgemeine Kompetenz zur Regelung der Individualkommunikation. Zu Recht betont das Bundesverfassungsgericht, dass die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung keinen selbständigen Sachbereich im Sinne der grundgesetzlichen Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeit zwischen Bund und Ländern darstellt. Vielmehr richtet sich die Gesetzgebungskompetenz insoweit nach dem Sachbereich, zu dem sie in einem notwendigen Zusammenhang stehen.¹²⁵ Eine Gesetzgebungs-

¹²⁰ BVerfGE 12, 205 (226 ff.), dazu eingehend *Dörr*, Die Magna Charta des Rundfunkrechts – Das Erste Fernsehurteil und seine Folgen, in: Becker/Weber (Hrsg.), Funktionsauftrag, Finanzierung, Strukturen – Zur Situation des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland, Liber Amicorum für Carl-Eugen Eberle, 2012, S. 143 (146 f.).

¹²¹ BVerfGE 12, 205 (251).

¹²² BVerfGE 12, 205 (241 f.).

¹²³ BVerfGE 135, 155, (196); BVerfG, NJW 1986, 1743; *Hain/Ferreau/Brings-Wiesen* (Fn. 80), K&R 2017, 433 (434); vgl. dazu oben 2.3.2.

¹²⁴ BVerfGE 8, 143 (149 f.); BVerfG, NJW 2004, 70 (751), dazu *Gersdorf* (Fn. 80), MMR 2017, 439 (441 f.).

¹²⁵ BVerfG, NJW 2004, 70 (751).

kompetenz des Bundes zur Regelung der Individualkommunikation sieht das Grundgesetz nicht vor.

5.3 Konsequenzen

Da das Grundgesetz dem Bund keine diesbezüglichen Gesetzgebungsbe-fugnisse verleiht, ist es nach Art. 70 Abs. 1 GG Sache der Länder, für die Einhaltung der allgemeinen Gesetze in Medien und sozialen Netz-werken Sorge zu tragen.¹²⁶ Auch für vielfaltsichernde Regelungen in diesem Bereich sind allein die Länder zuständig. Wegen der Vorgaben des Grundgesetzes sind sie zur effektiven Vielfaltsicherung verpflich-tet.¹²⁷

6 Die Bedeutung der Intermediäre und der von ihnen massenhaft verbreiteten Äußerungen für die Meinungsbildung

6.1 Allgemeines

Es hat sich gezeigt, dass die Intermediäre bei der massenhaften Verbreitung von textlichen oder bildlichen Äußerungen, die von Einzelnen stammen und zur öffentlichen Meinungs- und Willensbildung beitragen können, also bei der Verbreitung von User Generated Content, eine zentrale Bedeutung besitzen. Zudem spielen sie auch für das Auffinden dieser Inhalte die entscheidende Rolle. Daher ist es notwendig, die unterschiedlichen Intermediäre einer genaueren Betrachtung zu unterziehen. Dies lässt sich auf sicherer Grundlage bewerkstelligen, da die Landesmedienanstalten die Bedeutung der Intermediäre für die Meinungsbildung seit 2016 durch Kantar TNS mittels einer bevölkerungsrepräsentativen Befragung systematisch beobachten lassen.

Auf dieser Grundlage lässt sich festhalten, dass bereits über die Hälfte der Bevölkerung pro Tag mindestens einmal eine Suchmaschine, also fast immer Google, ein soziales Netzwerk wie Facebook, Instagram bzw. Snapchat oder einen Instant Messenger wie WhatsApp nutzt. Auch die Videoportale, insbesondere YouTube, erfreuen sich vor allem bei der Altersgruppe der 14- bis 29-Jährigen großer Beliebtheit.¹²⁸

6.2 Die Nutzung zur Information

Um feststellen zu können, ob dies für die öffentliche Meinungs- und Willensbildung Relevanz besitzen kann, ist zu klären, ob und inwieweit die durch die Intermediäre vermittelten Angebote zu Informationszwecken genutzt werden und um welche Art von Angeboten es sich dabei handelt. Insgesamt informiert sich bereits über ein Drittel der deutschen Bevölkerung, nämlich 34,2 Prozent, an einem Durchschnittstag über mindestens einen Intermediär, wobei allein 25,2 Prozent auf eine Suchmaschine, also ganz überwiegend auf Google entfallen. 17,8 Prozent nutzen ein oder mehrere soziale Netzwerke zu diesem Zweck und lediglich 7,4 Prozent einen Instant Messenger, davon entfallen 4,1 Prozent auf WhatsApp, der sich zwar hoher Beliebtheit

¹²⁶ So zu Recht *Gersdorf* (Fn. 80), MMR 2017, 439 (441).

¹²⁷ Vgl. oben 2.1.

¹²⁸ *Zimmer*, Intermediäre und Meinungsbildung, in: die medienanstalten, Viel-faltsbericht der Medienanstalten, Berlin 2018, S. 52 (55 f.).

erfreut, aber meist der persönlichen Kommunikation mit Freunden und Bekannten dient.¹²⁹

Das Videoportal YouTube kommt bei der Gesamtbevölkerung auf einen täglichen Anteil von 6,7 Prozent, wenn es um die Information über das Zeitgeschehen geht.¹³⁰

Es lohnt sich aber, einen besonderen Blick auf die 14- bis 29-Jährigen zu werfen, weil dies eine Prognose für die künftige Entwicklung ermöglicht. Insgesamt nutzen in dieser Altersgruppe 67,8 Prozent täglich einen Intermediär zur Information über das Zeitgeschehen.¹³¹

Auch bei dieser Altersgruppe ist dabei die Nutzung von Suchmaschinen zur Information über das Zeitgeschehen besonders hoch. Sie beträgt allein bei Google 43,9 Prozent, bei einem Gesamtanteil der Suchmaschinen von 46,2 Prozent. Damit informieren sich in dieser Altersgruppe täglich bereits mehr über diesen Weg als durch das klassische Fernsehen, das einen Anteil von 37,5 Prozent erreicht.¹³²

Soziale Netzwerke kommen in dieser Altersgruppe auf einen täglichen Anteil von 44 Prozent, wenn es um die Information über das Zeitgeschehen geht, wobei 29,8 Prozent auf Facebook, 11,2 Prozent auf Instagram und 5,4 Prozent auf Snapchat entfallen.¹³³

Ausweislich der Erhebungen von Kantar TNS ist auch die Nutzung des VideoPortals YouTube zur Information über das Zeitgeschehen bei der Altersgruppe der 14- bis 29-Jährigen sehr beachtlich. Danach informiert sich bereits mehr als jeder Fünfte (21,6 Prozent) dieser Altersgruppe an einem Durchschnittstag über dieses Videoportal., wobei die Tendenz stark steigend ist.¹³⁴

Der Anteil der Instant Messenger bei der täglichen Information über das Zeitgeschehen beträgt in dieser Altergruppe 10,4 Prozent, wobei auf WhatsApp 9,4 Prozent entfallen.

6.3 Informierende Nutzung durch professionelle Beiträge

Allerdings wird darauf hingewiesen, dass bei der Nutzung zur Information über das Zeitgeschehen die professionellen Informationsangebote im Vordergrund stünden. Darin zeige sich die Selektionsleistung von Intermediären wie Facebook und YouTube.¹³⁵ Dies könnte zu dem Schluss verleiten, dass die massenhafte Verbreitung von Äußerungen jedweder Art, die vormals der Individualkommunikation zuzurechnen waren, keinen Einfluss auf die

¹²⁹ Zimmer, Intermediäre und Meinungsbildung, in: die medienanstalten, Vielfaltsbericht der Medienanstalten, Berlin 2018, S. 52 (56 u. 58 Abbildung 4).

¹³⁰ Zimmer, Intermediäre und Meinungsbildung, in: die medienanstalten, Vielfaltsbericht der Medienanstalten, Berlin 2018, S. 52 (58 Abbildung 4).

¹³¹ Zimmer, Intermediäre und Meinungsbildung, in: die medienanstalten, Vielfaltsbericht der Medienanstalten, Berlin 2018, S. 52 (57 Abbildung 3).

¹³² Zimmer, Intermediäre und Meinungsbildung, in: die medienanstalten, Vielfaltsbericht der Medienanstalten, Berlin 2018, S. 52 (57 f.).

¹³³ Zimmer, Intermediäre und Meinungsbildung, in: die medienanstalten, Vielfaltsbericht der Medienanstalten, Berlin 2018, S. 52 (57).

¹³⁴ Zimmer, Intermediäre und Meinungsbildung, in: die medienanstalten, Vielfaltsbericht der Medienanstalten, Berlin 2018, S. 52 (56 f. u. 58 Abbildung 4).

¹³⁵ Zimmer, Intermediäre und Meinungsbildung, in: die medienanstalten, Vielfaltsbericht der Medienanstalten, Berlin 2018, S. 52 (58 f.).

öffentliche Meinungsbildung hat. Ein solcher Schluss ist aus mehreren Gründen verfehlt.

6.4 Die Meinungsrelevanz nicht professioneller Beiträge

Die Feststellung, dass die informierende Nutzung vornehmlich über professionelle Beiträge erfolgt, beruht nach meiner Einschätzung auch auf einem zu engen Verständnis der Beiträge, die für die öffentliche Willensbildung bedeutsam sind.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 26. Februar 2008¹³⁶ zu Recht hervorgehoben, dass etwa auch Beiträge, die die Normalität des Alltagslebens oder in keiner Weise anstößige Handlungsweisen prominenter Personen der Öffentlichkeit vor Augen führen, der Meinungsbildung zu Fragen von allgemeinem Interesse dienen können.¹³⁷ Zu einer solchen Frage von allgemeinem Interesse zählt nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts beispielsweise die unterhaltend gestaltete kritische Berichterstattung über Vermietung von Ferien-domizilen Prominenter, weil auf diese Weise auch Informationen über veränderte Verhaltensweisen einer kleinen Schicht wohlsituerter Prominenter gegeben werden, die in anderen Kontexten und mit eigenem Zutun im Zentrum öffentlicher Aufmerksamkeit stehen und in der Folge Leitbild- oder Kontrastfunktionen für große Teile der Bevölkerung haben. Dies vermag in einer demokratischen Gesellschaft Anlass für eine die Allgemeinheit interessierende Sachdebatte zu geben.¹³⁸ Dabei betont das Gericht, dass die Unterhaltsamkeit des Inhalts oder seiner Aufmachung eine häufig wichtige Bedingung dafür ist, die öffentliche Aufmerksamkeit zu gewinnen und damit gegebenenfalls auch auf die öffentliche Meinungsbildung einzuwirken. Wird einem Beitrag allein seiner unterhaltsamen Aufmachung wegen die Bedeutung für die Meinungsbildung abgesprochen, so verletzt dies nach zutreffender Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nicht nur Art. 5 Abs. 1 GG, sondern auch den Gewährleistungsgehalt des Art. 10 EMRK.¹³⁹ Zudem gehen die Karlsruher Richter mit Recht davon aus, dass das Interesse der Bürgerinnen und Bürger an Unterhaltung gerade nicht nur darauf abzielt, die Wünsche nach Zerstreung und Entspannung, nach Wirklichkeitsflucht und Ablenkung zu befriedigen. Vielmehr können unterhaltende Beiträge auch Realitätsbilder vermitteln und Gesprächsgegenstände zur Verfügung stellen, an die sich Diskussionsprozesse anschließen, die sich auf Lebenseinstellungen, Werthaltungen und Verhaltensmuster beziehen. Damit erfüllen unterhaltende Beiträge insofern eine wichtige gesellschaftliche Funktion und tragen zur öffentlichen Meinungsbildung entscheidend bei.¹⁴⁰ Dieser zutreffenden Bewertung ist der EGMR in seinem Urteil vom 19. September 2013¹⁴¹ in vollem Umfang gefolgt. Diese im Zusammenhang mit der klassischen Presse vorgenommenen Bewertungen gelten auch und erst recht für die durch Intermediäre

¹³⁶ BVerfGE 120, 180 – Caroline von Monaco III.

¹³⁷ BVerfGE 120, 180 (203).

¹³⁸ BVerfGE 120, 180 (221).

¹³⁹ BVerfGE 120, 180 (204).

¹⁴⁰ BVerfGE 120, 180 (204).

¹⁴¹ EGMR, NJW 2014, 1645 (1647).

massenhaft verbreiteten Inhalte. Dazu braucht lediglich auf die sog. Influencer verwiesen werden, die sich dadurch auszeichnen, dass sie eine starke Präsenz und ein hohes Ansehen in einem oder mehreren sozialen Netzwerken besitzen. Ihnen folgen teilweise allein in Deutschland jeweils mehrere Millionen „Freunde“ bzw. „Follower“. Dabei kann es sich bei diesen „Influencern“ um Politiker, Sportler, Journalisten, Blogger, bekannte YouTuber, Schauspieler und sonstige Prominente handeln. Es liegt auf der Hand, dass deren Botschaften, seien sie werblicher, unterhaltender oder politischer Art, einen hohen Einfluss auf ihre „Freunde“ bzw. „Follower“ ausüben und geeignet sind, deren Wertvorstellungen mit zu prägen. Damit spielen sie schon angesichts der Zahl von „Followern“ bei der öffentlichen Meinungsbildung eine wichtige Rolle. Insoweit ist es auch ohne Belang, ob sie ihre Beiträge journalistisch-redaktionell gestalten oder nicht.

6.5 Das Zusammenspiel zwischen den durch Intermediäre massenhaft verbreiteten Äußerungen und den klassischen Massenmedien

Die durch Intermediäre massenhaft verbreiteten Äußerungen in Text, Bild oder Ton, die von Einzelnen, etwa Influencern und ihren „Followern“ stammen, wirken sich auch auf die Berichterstattung in den klassischen Medien, also in der Presse und im Rundfunk aus und bestimmen teilweise die Themen. Dies macht etwa das Beispiel des von Frank Ribery auf seinem Instagram Account und über Twitter verbreiteten Steak-Video deutlich, das teilweise überaus heftige Kritik unter den angeblich vier Millionen Abonnenten des Instagram-Accounts und den 227000 Followern bei Twitter auslöste. Darauf reagierte Frank Ribery gegenüber den Kritikern mit u.a. über seinen Twitter-Account verbreiteten Beschimpfungen übelster Art. Dieser Vorgang wurde wiederum von den klassischen Medien aufgegriffen, bewertet und kommentiert¹⁴² und bestimmte über Tage die Themen der Berichterstattung mit.

6.6 Die Kampagnenfähigkeit der Intermediäre

Es ist zudem nicht nur so, dass sich Intermediäre von dritter Seite für Kampagnen ge- bzw. missbrauchen lassen, indem man etwa massenhaft Social Bots einsetzt, um dadurch den Eindruck einer mehrheitlichen Tendenz zu erwecken.¹⁴³ Vielmehr sind sie selber kampagnenfähig, was sie unlängst bei den Diskussionen um die Reform des Urheberrechts eindrucksvoll unter Beweis gestellt haben und weiterhin unter Beweis stellen. Dieser Umstand wird bisher viel zu wenig beachtet.

Am 14. September 2016 legte die Europäische Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt¹⁴⁴ vor, dessen Rege-

¹⁴² Vgl. nur <https://www.faz.net/aktuell/sport/fussball/bundesliga/bayerns-fussballprofi-ribery-wuetet-im-internet-15973927.html>;
<http://www.spiegel.de/sport/fussball/franck-ribery-das-gold-steak-war-dekadent-aber-lustig-anzuschauen-a-1246665.html>;
<https://www.sueddeutsche.de/sport/ribery-steak-gold-kritik-instagram-twitter-fc-bayern-1.4275999>.

¹⁴³ Dazu oben 1.3.

¹⁴⁴ COM(2016) 593 final, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0593&from=DE>

lungen, insbesondere die vorgeschlagenen Art. 11 und 13 auch die Interessen der Intermediäre wie YouTube und Google berührten. Nach einem schon zwei Jahre dauernden Verfahren nahm das Europäische Parlament am 12. September 2018 einen Text an, der eine ganze Reihe von Änderungen vorschlug.¹⁴⁵ Insbesondere sahen die Art. 11 und 13 der Richtlinie in dieser geänderten Fassung vor, dass Presseverlage für digitale Nutzung ihrer Presseveröffentlichungen durch Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft eine angemessene Vergütung erhalten sollten und dass Online-Inhaltsweitergabedienste, also Intermediäre, faire und angemessene Lizenzvereinbarungen mit den Rechteinhabern abzuschließen haben.

Dieser Vorschlag führte zu massiver Kritik der CEO (geschäftsführendes Vorstandsmitglied) von YouTube, *Susan Wojcicki*, die in ihrem Blogbeitrag vom 22. Oktober 2018¹⁴⁶ die, um es zurückhaltend auszudrücken, die befremdlichen Behauptungen aufstellte, dass der vorgeschlagene Art. 13 der Richtlinie das Internet, wie wir es kennen, dramatisch verändern und Millionen Menschen daran hindern werde, in Zukunft Inhalte auf Plattformen wie YouTube hochzuladen. Selbst die bereits abrufbaren Filme könnten für EU-Bürger bald nicht mehr zu finden sein. Davon betroffen seien auch Bildungsinhalte wie Sprachkurse, Physik-Seminare und sonstige Anleitungsvideos. Außerdem bedrohe diese Bestimmung die Möglichkeit der YouTuber, ihre Stimme mit der Welt zu teilen und gefährde hunderttausende Arbeitsplätze europäischer Künstler und bei der wachsenden Kreativwirtschaft. Abschließend rief sie alle zum sofortigen Handeln auf. Dies führte zu einem bisher ungekannten Ausmaß von YouTube-Videos mit dramatische Titeln wie „Warum es YouTube nächstes Jahr nicht mehr gibt“, „Mein Kanal wird gelöscht“ oder „YouTube geht 2019 unter“, die Millionenabrufe erzielten und von Jugendlichen über WhatsApp und Facebook zusätzlich weiterverbreitet wurden.¹⁴⁷ Am Ende standen Telefonbombardements und bis zu 70000 tägliche Mails mit heftigster Kritik an der Richtlinie, denen sich die EU-Parlamentarier ausgesetzt sahen.¹⁴⁸

Im Anschluss daran lehnte der Rat der Europäischen Union am 18. Januar 2019 den Kompromissvorschlag der Ratspräsidentschaft zu den Artikeln 11 und 13 der geplanten Urheberrechtsrichtlinie ab.¹⁴⁹ Danach wurden die Trilogverhandlungen zwischen Rat, Europäischem Parlament

¹⁴⁵ P8_TA-PROV(2018)0337, abrufbar unter:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2018-0337+0+DOC+PDF+V0//DE>.

¹⁴⁶ Abrufbar unter: <https://YouTube-creators.googleblog.com/2018/10/a-final-update-on-our-priorities-for.html>.

¹⁴⁷ Vgl. etwa Nordwest Zeitung vom 10.11.2018,

https://www.nwzonline.de/digitale-welt/oldenburg-angst-vor-artikel-13-endzeitstimmung-in-der-YouTube-community_a_50,3,565901072.html.

¹⁴⁸ Vgl. dazu Saarbrücker Zeitung vom 4.1.2018, A2 „YouTube & Co. im Kampf gegen Europa“.

¹⁴⁹ Vgl. <https://rsw.beck.de/aktuell/gesetzgebung/gesetzgebungsvorhaben-entwicklungsgeschichte/eu-urheberrecht-und-digitaler-binnenmarkt>, sowie: https://www.urheber.info/aktuelles/2019-01-18_verhandlungen-zur-urheberrechtsreform-vorerst-gescheitert.

und Europäischer Kommission vom 11. bis 13. Februar 2019 fortgesetzt¹⁵⁰ und am 13. Februar 2019 doch noch zu einem erfolgreichen Abschluss gebracht.¹⁵¹ Der Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments billigte den Richtlinienentwurf am 25. Februar 2019.¹⁵² Danach nahm die Auseinandersetzung über den Richtlinienentwurf vor allem in Deutschland nochmals an Heftigkeit zu.¹⁵³ Das Europäische Parlament stimmte dem Richtlinienentwurf in der Sitzung am 26. März 2019 aber mit der erforderlichen Mehrheit zu. 348 Europaabgeordnete stimmten für die Annahme des Richtlinienentwurfs, 274 dagegen und 36 Abgeordnete enthielten sich. Die abschließende Zustimmung des Rates erfolgte am 15. April 2019. Gemäß Art. 31 trat die Richtlinie zwanzig Tage nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt¹⁵⁴ am 7. Juni 2019 in Kraft.

6.7 Zunehmende Meinungsmacht durch wachsende Konzentration

Nicht nur die wirtschaftliche Macht sondern auch die potentielle Meinungsmacht steigt an, je stärker Konzentrations- und Monopolisierungstendenzen bei den Intermediären zunehmen. Dabei ist nicht nur zu beobachten, dass etwa im Bereich der Suchmaschinen ein Anbieter, nämlich Google, eine beherrschende Stellung innehat. Deutlich über 90 Prozent der allgemeinen Suchanfragen werden über Google Search durchgeführt, so dass die Nutzung einer Suchmaschine in Deutschland, wie in fast allen europäischen Staaten gleichbedeutend mit „googeln“ ist. Hinzu kommt aber, dass Google LLC mit YouTube als Tochterunternehmen das erfolgreichste Videoportal betreibt, das für Jüngere ein bedeutendes Informationsportal über das Tagesgeschehen darstellt und in der Gruppe der 14- bis 29-Jährigen mit 21,6 Prozent täglicher Reichweite eine höhere Relevanz für die Meinungsbildung besitzt als die Gesamtauflage aller deutschen Tageszeitungen.¹⁵⁵

Das Unternehmen Facebook Inc. betreibt nicht nur das in Deutschland für die Information über das Zeitgeschehen bedeutsamste soziale Netzwerk Facebook, das sich bereits auf Augenhöhe mit dem klassischen Fernsehen befindet. Vielmehr besitzt es mit Instagram ein weiteres bedeutendes soziales Netzwerk, welches auch das Teilen von Fotos und Videos ermöglicht, und mit WhatsApp den wichtigsten Instant Messenger. Die potentielle Meinungsmacht wird noch dadurch verstärkt, dass Facebook Inc. diese Dienste immer stärker miteinander verknüpft und

¹⁵⁰ https://www.urheber.info/aktuelles/2019-02-11_trilog-verhandlungen-werden-heute-fortgesetzt

¹⁵¹ <https://rsw.beck.de/aktuell/gesetzgebung/gesetzgebungsvorhaben-entwicklungsgeschichte/eu-urheberrecht-und-digitaler-binnenmarkt>.

¹⁵² <http://www.europarl.europa.eu/news/de/press-room/20190226IPR28811/reform-des-eu-urheberrechts-ep-rechtsausschuss-billigt-einigung-mit-rat>.

¹⁵³ Vgl. etwa <https://netzpolitik.org/2019/upload-filter-alle-demos-auf-einen-blick/>; <https://t3n.de/news/uploadfilter-stoppen-eu-urheberrechtsreform-aktiv-werden-plattformen-1146717/>.

¹⁵⁴ Richtlinie (EU) 2019/790, ABl. Nr. L 130 vom 17.5.2019, S. 92-125.

¹⁵⁵ Zimmer, Intermediäre und Meinungsbildung, in: die medienanstalten, Vielfaltsbericht der Medienanstalten, Berlin 2018, S. 52 (57).

plant, den Nachrichtenaustausch zwischen den Diensten technisch zu verbinden.¹⁵⁶

6.8 Die Bewertung durch das Bundesverfassungsgericht

Besonders bemerkenswert ist, in welcher Deutlichkeit das Bundesverfassungsgericht in seinem Rundfunkbeitragsurteil vom 18. Juli 2018¹⁵⁷ auf die Gefahren für Qualität und Vielfalt hingewiesen hat, die durch algorithmengesteuerte Verbreitung von Inhalten im Internet entstehen. Es betont, dass die Digitalisierung der Medien und insbesondere die Netz- und Plattformökonomie des Internets einschließlich der sozialen Netzwerke bei Anbietern, Verbreitern und Vermittlern von Inhalten Konzentrations- und Monopolisierungstendenzen begünstigen. Anschließend heißt es in der Begründung:¹⁵⁸

„Hinzu kommt die Gefahr, dass - auch mit Hilfe von Algorithmen - Inhalte gezielt auf Interessen und Neigungen der Nutzerinnen und Nutzer zugeschnitten werden, was wiederum zur Verstärkung gleichgerichteter Meinungen führt. Solche Angebote sind nicht auf Meinungsvielfalt gerichtet, sondern werden durch einseitige Interessen oder die wirtschaftliche Rationalität eines Geschäftsmodells bestimmt, nämlich die Verweildauer der Nutzer auf den Seiten möglichst zu maximieren und dadurch den Werbewert der Plattform für die Kunden zu erhöhen. Insoweit sind auch Ergebnisse in Suchmaschinen vorgefiltert und teils werbefinanziert, teils von „Klickzahlen“ abhängig. Zudem treten verstärkt nicht-publizistische Anbieter ohne journalistische Zwischenaufbereitung auf. Dies alles führt zu schwieriger werdender Trennbarkeit zwischen Fakten und Meinung, Inhalt und Werbung sowie zu neuen Unsicherheiten hinsichtlich Glaubwürdigkeit von Quellen und Wertungen. Der einzelne Nutzer muss die Verarbeitung und die massenmediale Bewertung übernehmen, die herkömmlich durch den Filter professioneller Selektionen und durch verantwortliches journalistisches Handeln erfolgt.“¹⁵⁹

Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass dem Nutzer eine Einordnung und Einschätzung der Glaubwürdigkeit von Quellen und Bewertungen abverlangt wird, die dieser schon mangels Professionalisierung nicht leisten kann. Nimmt man dies hin, wird damit die Verantwortung auf den Nutzer verlagert. Dies steht, wie zutreffend hervorgehoben wird, im Widerspruch zur verfassungsrechtlichen Werteordnung, denn das Recht der Nutzer, sich frei und umfassend zu informieren, ist Teil des verfassungsrechtlichen Gestaltungsauftrags, wonach die Länder vielfältiges Meinungsspektrums in der Gesellschaft zu sichern und zu gewährleisten haben.

6.9 Fazit

Schon angesichts der Zahlen, die sich auf die Nutzung von Intermediären beziehen, besteht kein Zweifel daran, dass die durch Intermediäre vermittelten Inhalte, seien sie informierender oder unterhaltender Art,

¹⁵⁶ Vgl. Saarbrücker Zeitung vom 29.1.2018, B6 „Facebook will seine Chat-Dienste verknüpfen“.

¹⁵⁷ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 18. Juli 2018 - 1 BvR 1675/16.

¹⁵⁸ Wegen der Bedeutung dieser Ausführungen werden diese wörtlich wiedergegeben.

¹⁵⁹ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 18. Juli 2018 - 1 BvR 1675/16, Rn. 79 f.

professionell aufbereitet oder nicht, für die Information und die Wertvorstellungen der Bürgerinnen und Bürger eine erhebliche und immer weiter zunehmende Rolle spielen. Gerade bei der Altersgruppe der 14- bis 29-Jährigen befinden sich Google und Facebook auf Augenhöhe mit dem klassischen Fernsehen bzw. haben dieses schon überflügelt. Zudem findet ein Zusammenspiel zwischen den durch die Intermediäre massenhaft verbreiteten Inhalten und der Berichterstattung in den klassischen Medien statt. Darüber hinaus sind die großen Intermediäre kampagnenfähig, da sie sich auch selbst zur Wahrnehmung ihrer Interessen ihres Instrumentariums bedienen können. Dieser Umstand findet bisher kaum Beachtung. Schließlich führt die zunehmende Konzentration in diesem Bereich dazu, dass ihre potentielle Meinungsmacht ganz erheblich angestiegen ist. Damit sind sie für die öffentliche Willensbildung von zentraler Bedeutung und in der Lage, diese in erheblichem Umfang zu beeinflussen.

7 Die Notwendigkeit regulatorischer Maßnahmen

Die bisherigen Ausführungen haben deutlich gemacht, dass regulatorische Maßnahmen zur Sicherung der Meinungsvielfalt im Hinblick auf die massenhafte Verbreitung von Äußerungen jedweder Art durch Intermediäre unverzichtbar und verfassungsrechtlich geboten sind. Dabei müssen die Regelungen bei denjenigen ansetzen, die das Instrumentarium zur Verfügung stellen und beherrschen, also den Intermediären.

7.1 Die vorgeschlagenen Regelungen im Medienstaatsvertrag und ihre Bewertung

Die vorgeschlagenen Regelungen im Medienstaatsvertrag¹⁶⁰ reagieren nur teilweise auf die dargestellten Herausforderungen. So fehlen Vorschläge für Änderungen des Medienkonzentrationsrechts vollständig.¹⁶¹ Immerhin sieht der Entwurf eine teilweise Einbeziehung von „Medienintermediären“ in den Staatsvertrag vor.

7.1.1 Die zu enge Definition der Intermediäre

Bei der Definition der Medienintermediäre im vorgeschlagenen § 2 Abs. 2 Nr. 13b ist problematisch, dass diese nur solche Telemedien erfasst, die auch journalistisch-redaktionelle Angebote Dritter aggregieren, selektieren und allgemein zugänglich präsentieren, ohne diese zu einem Gesamtangebot zusammenzufassen. Für die Meinungsbildungsrelevanz ist die journalistisch-redaktionelle Gestaltung gerade nicht von entscheidender Bedeutung, was etwa die über Twitter verbreiteten Tweets, aber auch die unter 5.4 dargestellten Beispiele nachdrücklich zeigen. Daher sollte das Merkmal der journalistisch-redaktionellen Gestaltung ersatzlos gestrichen werden. Dies ist auch deshalb angezeigt, weil die Länder bei dem Entwurf wohl immer noch vornehmlich die in den elekt-

¹⁶⁰ Abrufbar unter [https://www.rlp.de/fileadmin/rlp-stk/pdf-](https://www.rlp.de/fileadmin/rlp-stk/pdf-Dateien/Medienpolitik/04_MStV_Online_2018_Fristverlaengerung.pdf)

[Dateien/Medienpolitik/04_MStV_Online_2018_Fristverlaengerung.pdf](https://www.rlp.de/fileadmin/rlp-stk/pdf-Dateien/Medienpolitik/04_MStV_Online_2018_Fristverlaengerung.pdf).

¹⁶¹ Vgl. dazu auch die kritischen Anmerkungen der KEK in: die medienanstalten (Hrsg.), Sicherung der Meinungsvielfalt im digitalen Zeitalter, Bericht der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) über die Entwicklung der Konzentration und über Maßnahmen zur Sicherung der Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk, 2018, S. 488 f.

ronischen Bereich übernommenen herkömmlichen Medien vor Augen haben. Dabei wird aber verkannt, dass die kommerzielle Nutzung des Netzes oft auch mit informierenden Inhalten verknüpft wird. Der Phantasie und Vielfalt in den Auftritten sind keine Grenzen gesetzt. Um eine Aussage im Internet zu verbreiten, ist weder ein Verlag oder Rundfunkveranstalter noch eine Vertriebsorganisation erforderlich. Ein PC und ein Internetzugang sind ausreichend. Daher macht es keinen Sinn, für die Meinungsbildungsrelevanz auf eine journalistisch redaktionelle Gestaltung abzustellen. Dann müsste das Angebot auf eine gewisse Kontinuität und Dauerhaftigkeit angelegt sein. Zudem müsste die Auswahl und Strukturierung der Inhalte gewissen Kriterien genügen, zu denen Universalität (inhaltliche Vielfalt), Aktualität (Neuigkeitscharakter der Beiträge), Periodizität (für elektronische Medien: kontinuierliche Aktualisierung) und Publizität (allgemeine Zugänglichkeit) sowie eine erkennbar publizistische Zielsetzung gehören. Entscheidend für den möglichen Einfluss auf die öffentliche Willensbildung ist in der digitalen Welt allein, dass das Angebot seinem Inhalt nach eine Relevanz für die Meinungsbildung besitzt und sich entweder an eine unbestimmte Öffentlichkeit oder (bei begrenztem Nutzerkreis) an einen zahlenmäßig erheblichen Nutzerkreis wendet.¹⁶²

7.1.2 Die vorgeschlagene Regelung des § 53c

Zu begrüßen ist, dass Anbieter von Medienintermediären, die allerdings, wie oben dargelegt,¹⁶³ weiter gefasst werden müssen, durch den vorgeschlagenen § 53c verpflichtet werden, im Inland einen Zustellungsbevollmächtigten zu benennen und auf ihrem Angebot in leicht erkennbarer und unmittelbar erreichbarer Weise auf ihn aufmerksam zu machen. Allerdings sind alle Telemedienanbieter bereits durch § 5 TMG gehalten, den Namen und die Anschrift des Unternehmens sowie Angaben, die eine schnelle Kontaktaufnahme und unmittelbare Kommunikation mit ihnen ermöglichen, einschließlich elektronischer Post, leicht erkennbar, und ständig verfügbar vorzuhalten. Umso bemerkenswerter ist es, dass es einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs¹⁶⁴ bedurfte, um Google zu zwingen, in seinem Impressum eine E-Mail-Adresse anzugeben, unter der Nutzerinnen und Nutzer tatsächlich Kontakt mit dem Unternehmen aufnehmen können.

7.1.3 Die vorgeschlagenen Regelungen zur Transparenz und Diskriminierungsfreiheit

Auch die vorgeschlagenen Transparenzregelungen in § 53d sind geeignet, die Meinungsvielfalt zu sichern und zu befördern. Sie müssen aber alle Intermediäre erfassen und nicht nur solche, die (auch) journalistisch redaktionelle Angebote Dritter aggregieren, selektieren und allgemein zugänglich präsentieren.

¹⁶² Vgl. dazu auch *Hartstein*, in: Heidelberg Kommentar Rundfunkstaatsvertrag, Stand 78. Akt., 2019, § 54 Rn. 11 ff.

¹⁶³ Vgl. 6.1.1.

¹⁶⁴ So schon KG Berlin, ZUM 2018, 615-616; der BGH hat die dagegen eingelegte Revision zurückgewiesen. BGH, I ZR 79/18, MMR-Aktuell 2019, 41391.

Dies gilt in gleicher Weise für die vorgeschlagene Bestimmung zur Diskriminierungsfreiheit (§ 53e). Zudem weisen die Landesmedienanstalten in ihrer Stellungnahme¹⁶⁵ zu Recht darauf hin, dass die Einschränkung der Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbotes gemäß § 53 e Abs. 1 Satz 1 zu weitgehend ist. Danach erfasst das Diskriminierungsverbot nur solche journalistisch-redaktionell gestaltete Angebote, auf deren Wahrnehmbarkeit die jeweiligen Medienintermediäre potentiell besonders hohen Einfluss haben. Diese Formulierung könnte so verstanden werden, dass eine Art marktbeherrschende Stellung in dem betroffenen Bereich vorliegen muss. Dies würde bedeuten, dass z.B. bei den Suchmaschinen lediglich Google das Diskriminierungsverbot beachten müsste. Die Beschränkung der Anwendbarkeit der §§ 53 d ff. RStV auf Medienintermediäre, die jedenfalls weniger als eine Million Nutzer im Bundesgebiet pro Monat erreichen (§ 53 c Abs. 2 Nr. 1 RStV) reicht aber vollständig aus, um diejenigen Medienintermediäre von der Regulierung auszunehmen, die keinen oder nur geringen potentiellen Einfluss auf die Meinungs- und Medienvielfalt haben.

7.2 Die Erforderlichkeit eines medienübergreifenden Medienkonzentrationsrechts

Um vorherrschende Meinungsmacht vorbeugend zu verhindern, ist ein effektives Medienkonzentrationsrecht unabdingbar und verfassungsrechtlich geboten.¹⁶⁶ Es wurde bereits dargelegt, dass die geltenden Bestimmungen zur Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht fernsehzentriert, damit in der analogen Welt verhaftet und in ihrem Anwendungsbereich durch die diesbezügliche Rechtsprechung nahezu auf null eingeschränkt sind. Von einem effektiven Medienkonzentrationsrecht kann demnach keine Rede mehr sein.

Die Länder sind daher gehalten, ein medienübergreifendes Vielfaltsicherungsrecht zu schaffen, da vorherrschende Meinungsmacht vor allem auch durch das Zusammenwirken verschiedener Massenmedien entstehen kann.¹⁶⁷ Ein solches Modell hätte zudem den Vorteil, dass es die Unzulänglichkeiten von sektorspezifischen Regulierungen dadurch vermeidet, dass es die Realitäten crossmedialer Wirkungsformen aufnimmt. Hinzu kommt, dass auf diese Weise auch der zunehmende Einfluss von Intermediären Berücksichtigung finden kann.

Dabei muss berücksichtigt werden, dass die Intermediäre keineswegs nur Einfluss auf den Zugang zu Informationen besitzen, auch wenn diese Einschätzung und Sichtweise weit verbreitet ist.¹⁶⁸ Zwar ist es zutreffend, dass Intermediäre ganz wesentlich über die Reichweite und die Auffindbarkeit von Angeboten mitbestimmen und dadurch Einfluss auf die Meinungs- und Willensbildung ausüben. Viel zu wenig Beachtung findet aber der Umstand, dass sie sich selber ihres Instrumentariums

¹⁶⁵ Vgl. Stellungnahme der Medienanstalten vom 25.09.2018 zum Diskussionsentwurf der Rundfunkkommission der Länder zu den Bereichen Rundfunkbegriff, Plattformregulierung und Intermediäre „Medienstaatsvertrag“, S. 10 f.

¹⁶⁶ Vgl. oben 2.1.

¹⁶⁷ BVerfGE 73, 118, 175.

¹⁶⁸ Vgl. etwa Zimmer, Intermediäre und Meinungsbildung, in: die medienanstalten, Vielfaltsbericht der Medienanstalten, Berlin 2018, S. 52 (54).

bedienen können, um etwa im eigenen Interesse bestimmte Positionen zu befördern, was sie bei der Diskussion um die Reform des Urheberrechts gerade eindrucksvoll unter Beweis gestellt haben. Dies kann ihnen insbesondere deshalb gelingen, weil sie die Funktionsweise des Instrumentariums und die zugrundeliegenden Algorithmen kennen und beherrschen. Damit verfügen sie über eine ganz erhebliche potentielle Meinungsmacht. Daher reicht es keineswegs aus, Diskriminierungsfreiheit und Transparenz herzustellen. Vielmehr muss die potentielle Meinungsmacht der Intermediäre, also die Möglichkeit ihr Instrumentarium zur Durchsetzung von Meinungen, Bewertungen und Positionen einzusetzen, im Medienkonzentrationsrecht angemessen berücksichtigt werden. Diese potentielle Meinungsmacht lässt sich an den von den Landesmedienanstalten jährlich erhobenen Zahlen durchaus beurteilen. Ein solches umfassendes Meinungsvielfaltsicherungsrecht darf aber nicht ausschließlich oder vorrangig gesetzlich vorgegebenen Aufgreifschwelle folgen, sondern muss konsequent an den Merkmalen „Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft“ ausgerichtet sein, um der Dynamik einer sich ständig verändernden Medienwelt Rechnung tragen zu können. Zuschaueranteile oder Reichweiten können hier aber durchaus Indizwirkung entfalten.

Vorherrschende Meinungsmacht liegt nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts vor, wenn Einzelne die Möglichkeit erlangen, in hohem Maße ungleichgewichtigen Einfluss auf die Bildung der öffentlichen Meinung auszuüben.¹⁶⁹ Es ist sachgerecht, diese Kriterien in eine einfachgesetzliche Definition zu überführen. Die Gewichtung der einzelnen Angebote hat anschließend nach Maßgabe der „Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft“ zu erfolgen. Auf dieser Grundlage ist dann festzustellen, ob ein Anbieter mit der Gesamtheit seiner Angebote über einen dem entsprechenden Einfluss verfügt.¹⁷⁰

7.3 Die Notwendigkeit positiver Vielfaltsicherung in Bezug auf Intermediäre

7.3.1 Die Stärkung des Telemedienauftrags für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk

7.3.1.1 Die Aussagen des Bundesverfassungsgericht im Rundfunkbeitragsurteil

Das Bundesverfassungsgericht¹⁷¹ hat unmissverständlich auf die Gefahren für eine freie und umfassende öffentliche Willensbildung hingewiesen, die durch eine algorithmengesteuerte Verbreitung von Inhalten im Internet entstehen. Es betont, dass die Digitalisierung der Medien und insbesondere die Netz- und Plattformökonomie des Internet einschließlich der sozialen Netzwerke bei Anbietern, Verbreitern und Vermittlern

¹⁶⁹ BVerfGE 73, 118, 160.

¹⁷⁰ Vgl. etwa die medienanstalten (Hrsg.), Sicherung der Meinungsvielfalt im digitalen Zeitalter, Bericht der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) über die Entwicklung der Konzentration und über Maßnahmen zur Sicherung der Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk, 2018, S. 444 f. u. 488 f.; eingehend dazu *Natt*, Meinungsmacht in einer konvergenten Medienwelt, 2016, 89 ff.

¹⁷¹ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 18. Juli 2018 - 1 BvR 1675/16, Rn. 79 f iuris = ZUM 2018, 680 ff.; dazu oben 5.8.

von Inhalten Konzentrations- und Monopolisierungstendenzen begünstigen. Daraus folgt nach seiner überzeugenden Ansicht, dass angesichts dieser Entwicklungen die Bedeutung der dem beitragsfinanzierten öffentlich-rechtlichen Rundfunk obliegenden Aufgabe wächst, durch authentische, sorgfältig recherchierte Informationen, die Fakten und Meinungen auseinanderhalten, die Wirklichkeit nicht verzerrt darzustellen und das Sensationelle nicht in den Vordergrund zu rücken, vielmehr ein vielfaltssicherndes und Orientierungshilfe bietendes Gegengewicht zu bilden.¹⁷²

Damit wird ein Weg gewiesen, um den Gefahren entgegen zu wirken, nämlich die Stärkung des Telemedienauftrags für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk.¹⁷³ Wie *Hadamik*¹⁷⁴ zutreffend hervorhebt, folgt aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Rundfunkbeitrag, dass der Gesetzgeber den öffentlich-rechtlichen Auftrag auch im Bereich der Online-Kommunikation so ausgestalten muss, dass die Rundfunkanstalten ihre Aufgaben mit Blick auf die Nutzerbelange effektiv wahrnehmen können. Beschränkungen des öffentlich-rechtlichen Auftrags, wie das Verbot presseähnlicher Angebote, die dem Schutz privatwirtschaftlicher Anbieter vor öffentlich-rechtlicher Konkurrenz dienen, sind zu dieser Zielsetzung konträr, weil sie den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in der Wahrnehmung seiner zentralen Funktion als vielfaltssicherndes und Orientierung bildendes Gegengewicht zu marktwirtschaftlichen Anbietern behindern.

7.3.1.2 Die unzureichenden Regelungen im Zweiundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag

Die Länder haben diesen Gedanken im Zweiundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag, der am 1. Mai 2019 in Kraft treten wird, ein Stück weit aufgegriffen. Positiv im Sinne der Eröffnung von neuen Gestaltungs- und Entwicklungsmöglichkeiten für die Online-Präsenz des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist, dass ihm für die Wahl der Darstellungsformen (Bild, Ton, Bewegtbild, Text) grundsätzlich keine Vorgaben gemacht werden. Die Ausweitung der Darstellungsmöglichkeiten auf „internetspezifische Gestaltungsmittel“, die neu aufgenommen wird, soll es dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk ausweislich der Gesetzesbegründung ermöglichen, seine Angebote „dynamisch an die technische Entwicklung im Internet“ anzupassen.

Mit dem Zweiundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag reagieren die Länder aber auch auf den Streit über das Verbot nichtsendungs-

¹⁷² So auch *Brinkmann*, Zur Aktualität des Vielfaltgebots in den Massenmedien, ZUM 2013, 193 (195, 198); *Drexl*, Bedrohung der Meinungsvielfalt durch Algorithmen, ZUM 2017, 529 (530 ff.); *Langbauer/Ripel*, Der öffentlich-rechtliche Rundfunk – ein Auslaufmodell?, Kritische Anmerkungen zum Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim BMF, MMR 2015, 572 (573); *Milker*, „Social-Bots“ im Meinungskampf, ZUM 2017, 216 (221); eingehend dazu *Dörr/Holznagel/Picot*, Legitimation und Auftrag des öffentlich-rechtlichen Fernsehens in Zeiten der Cloud, 2016, 39 ff. u. 91 ff.

¹⁷³ So auch *Hadamik*, Eigene Nutzungslogik, Zur Neuregelung der Telemedienangebote von ARD und ZDF, epd medien 04/2019, 3 (5 ff.).

¹⁷⁴ So *Hadamik* (Fn. 161), epd medien 04/2019, 3 (5).

bezogener presseähnlicher Angebote und die Auslegung des Begriffs der Presseähnlichkeit. Der Rundfunkstaatsvertrag sieht in der noch geltenden Fassung in § 11d Abs. 2 Nr. 3 letzter Hs. RStV ein Verbot „nichtsendungsbezogener presseähnliche Angebote“ vor. Was unter „presseähnlich“ zu verstehen ist, wird in § 2 Abs. 2 Nr. 20 RStV definiert. Nach dieser Definition fallen darunter nicht nur elektronische Ausgaben von Zeitungen, sondern alle journalistisch-redaktionell gestalteten Angebote, die nach Gestaltung und Inhalt Zeitungen oder Zeitschriften entsprechen. Anlässlich des Streites um die „Tagesschau-App“ haben sich die Zivilgerichte um die Klärung der Frage bemüht, was unter „nichtsendungsbezogener presseähnliche Angebote“ zu verstehen ist.¹⁷⁵ Letztendlich kam das OLG Köln¹⁷⁶ zu dem Ergebnis, dass die streitgegenständliche Tagesschau-App ein verbotenes nichtsendungsbezogenes presseähnliches Angebot dargestellt habe. Gegen die Entscheidungen der Zivilgerichte und die zugrundeliegenden Normen der § 11d Abs. 2 Nr. 3 RStV in Verbindung mit § 2 Abs. 2 Nr. 20 RStV in der Fassung des Dreizehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrages hat der Norddeutsche Rundfunk (NDR) Verfassungsbeschwerde erhoben, die noch beim Bundesverfassungsgericht anhängig ist.

Auch um diesen Streit zu beenden, werden die maßgeblichen Bestimmungen durch den Zweiundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag geändert. Als Grundlage diene eine Einigung zwischen den Vertretern der ARD und des ZDF mit Vertretern der Zeitungsverlage. Die Bestimmung des § 2 Abs. 2 Nr. 20 RStV mit der Definition der Presseähnlichkeit wird durch den Zweiundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag aufgehoben. § 2 Abs. 2 Nr. 19 RStV definiert nicht mehr sendungsbezogene Telemedien, sondern öffentlich-rechtliche Telemedienangebote. Nach der geänderten Bestimmung des § 11d Abs. 7 Satz 1 RStV dürfen öffentlich-rechtliche Telemedienangebote aber weiterhin nicht presseähnlich sein. Was dies bedeutet, erläutert § 11d Abs. 7 Sätze 2 bis 5 RStV in komplizierter Art und Weise. Zur Anwendung dieser Vorgaben sieht § 11d Abs. 7 Satz 6 RStV vor, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und die Spitzenverbände der Presse eine Schlichtungsstelle einrichten, um Streitfälle zu klären.

Damit wird dem Anliegen, den öffentlich-rechtlichen Auftrag auch im Bereich der Online-Kommunikation so ausgestalten, dass die Rundfunkanstalten ihre Aufgaben mit Blick auf die Nutzerbelange effektiv wahrnehmen können, nicht hinreichend Rechnung getragen. Mit dem Verbot der Presseähnlichkeit nichtsendungsbezogener presseähnlicher Telemedien werden ökonomische Zwecke zu Lasten des publizistischen Wettbewerbs verfolgt. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht in der 4. Rundfunkentscheidung¹⁷⁷ explizit anerkannt, dass der Schutz der Finanzierungsgrundlagen der Presse einen legitimen Zweck darstellen kann, der Grundrechtseingriffe zu rechtfertigen vermag. Dabei ist allerdings strikt zwischen dem Schutz vor publizistischer Konkurrenz und dem

¹⁷⁵ Vgl. LG Köln, ZUM-RD 2012, 613; OLG Köln, ZUM 2014, 245; BGHZ 205, 195 = ZUM 2015, 989 ff; OLG Köln, ZUM 2017, 247 ff.

¹⁷⁶ OLG Köln, ZUM 2017, 247 ff.

¹⁷⁷ BVerfGE 73, 118.

Schutz vor wirtschaftlicher Konkurrenz zu unterscheiden. Diese Unterscheidung ist geboten, da der Erhalt freien publizistischen Wettbewerbs den Grundgedanken der Gewährleistung des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG bildet. Das Verbot nichtsendungsbezogener presseähnlicher Angebote ist jedenfalls nicht angemessen, also unverhältnismäßig im engeren Sinne, weil es die Erfüllung des verfassungsrechtlichen Telemedienauftrags partiell verhindert, jedenfalls in einer nicht mehr akzeptablen Weise in die Programmautonomie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks eingreift. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁷⁸ dürfen aufgrund ökonomischer Motive die funktionserforderlichen Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und der publizistische Wettbewerb nicht eingeschränkt werden, zumal die vollständige Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Funktionsauftrags die Voraussetzung für die Verfassungsmäßigkeit des gesamten dualen Systems und damit auch seiner privaten Säule bildet. Gerechtfertigt sind lediglich Verbote der Werbung und von Anzeigen, die der Rundfunkstaatsvertrag für alle Telemedienangebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks enthalte.¹⁷⁹ Demnach ist es unabdingbar, dass Verbot presseähnliche Angebote ersatzlos zu streichen. Es bleibt zu hoffen, dass das Bundesverfassungsgericht das anhängige Verfassungsbeschwerdeverfahren zum Anlass nimmt, hier weitere Klarstellungen vorzunehmen.

7.3.2 Transparenzvorgaben

Zurecht wird darauf hingewiesen, dass die „Intermediäre“ als potentielle „Gatekeeper“ insoweit den Rundfunk-Plattformen ähneln und daher Transparenzregeln erforderlich sind.¹⁸⁰ Daher sind die diesbezüglichen Vorschläge im Medienstaatsvertrag (§ 53d) grundsätzlich zu begrüßen.¹⁸¹ Allerdings sollte ein Medienstaatsvertrag und auch eine darin verankerte Transparenzregelung alle Intermediäre erfassen und gerade nicht nur solche, die (auch) journalistisch redaktionelle Angebote Dritter aggregieren, selektieren und allgemein zugänglich präsentieren. Zudem bedürfen die Transparenzvorgaben noch bestimmter Ergänzungen. So sollten die Anbieter von Intermediären auch dazu verpflichtet werden, Angaben darüber zu machen, welchen Einfluss personenbezogene Daten des Nutzers sowie das vorangegangene Nutzungsverhalten auf die Aggregation, Selektion und Präsentation von Inhalten haben.

7.3.3 Diskriminierungsverbot

Es ist ebenfalls grundsätzlich zu begrüßen, dass im Medienstaatsvertrag ein Diskriminierungsverbot durch § 53e verankert werden soll.¹⁸² Allerdings ist die Beschränkung des Diskriminierungsverbots auf „journalistisch-redaktionell gestaltete“ Angebote, „auf deren Wahrnehmbarkeit die jeweiligen Medienintermediäre potentiell besonders hohen Einfluss haben“, verfehlt.¹⁸³ Daher sollten die Worte „journalistisch-redaktionell

¹⁷⁸ BVerfGE 74, 297, 334.

¹⁷⁹ Vgl. zum Ganzen *Dörr/Schwartzmann*, Medienrecht, 6. Aufl., 2019 Rn 268 f.

¹⁸⁰ Vgl. nur *Zimmer*, Intermediäre und Meinungsbildung, in: die medienanstalten, Vielfaltsbericht der Medienanstalten, Berlin 2018, S. 52 (61).

¹⁸¹ Vgl. oben 6.1.3.

¹⁸² Vgl. oben 6.1.3.

¹⁸³ Vgl. oben 6.1.3.

gestaltete“ sowie „auf deren Wahrnehmbarkeit sie potentiell besonders hohen Einfluss haben“ in § 53e Abs. 1 ersatzlos gestrichen werden. Zudem verkennen die Tatbestandsmerkmale in § 53e Abs. 2 RStV „bewusst und zielgerichtet“ die Funktionsweise Algorithmus gesteuerter Intermediäre. Ein Algorithmus handelt nicht bewusst und zielgerichtet oder gar vorsätzlich. Daher ist es sachgerecht, an objektive Merkmale anzuknüpfen. Aus diesem Grunde sollten die Worte „bewusst und zielgerichtet“ in § 53e Abs. 2 ersatzlos gestrichen werden.¹⁸⁴

7.4 Die Durchsetzung der Vorschriften zur Sicherung der Meinungsvielfalt
Schließlich bedarf es verfahrensrechtlicher Vorgaben, die gewährleisten, dass die Vorschriften zur Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht und die Bestimmungen zur positiven Vielfaltsicherung bei Intermediären, also den Vorschriften zur Transparenz- und zum Verbot von Diskriminierungen, sachgerecht ausgelegt und durchgesetzt werden können. Hierzu bietet sich anknüpfend an bestehende Modelle und damit gemachte Erfahrungen an, auf Sachkunde, Unabhängigkeit und Effektivität zu setzen. Bisher fehlen im vorgeschlagenen Medienstaatsvertrag Regelungen, die eine effektive Durchsetzung der Vorschriften zur positiven Vielfaltsicherung bei Intermediären ermöglichen und diese mit den Vorgaben zur Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht verknüpfen. Daher stellt es eine wichtige Aufgabe für die Länder dar, ein entsprechendes Instrumentarium zu erarbeiten und im Medienstaatsvertrag zu verankern.

7.5 Weitere Regelungen
Zur Sicherung der Meinungsvielfalt können indirekt auch Regelungen beitragen, die einer Verrohung der Debattenkultur entgegenwirken, wie dies durch das NetzDG bezweckt ist. Allerdings müssen angesichts der fehlenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes solche Regelungen von den Ländern getroffen werden. Wie solche Regelungen unter Beachtung der europarechtlichen Vorgaben aussehen können, ist in der Literatur bereits dargestellt worden.¹⁸⁵

8 Fazit und Zusammenfassung in Thesen

8.1 Fazit

Nach dem Grundgesetz sind allein die Länder berechtigt, aber auch verpflichtet, eine Medienordnung zu schaffen, die vorherrschende Meinungsmacht verhindert sowie die Vielfalt der bestehenden Meinungen vermittelt. Eine vielfältige und umfassende Information bildet die Grundlage des Kommunikationsprozesses der Bevölkerung und ist damit auch Voraussetzung der durch das Grundgesetz vorgegebenen freiheitlichen Demokratie. Daher müssen die Länder durch ihre Medienordnung eine effektive Vielfaltsicherung sicherstellen.

Bei der Analyse, ob die bestehenden gesetzlichen Grundlagen zur Sicherung der Meinungsvielfalt in der digitalen Medienwelt im Hinblick auf

¹⁸⁴ So auch Stellungnahme der Medienanstalten vom 25.09.2018 zum Diskussionsentwurf der Rundfunkkommission der Länder zu den Bereichen Rundfunkbegriff, Plattformregulierung und Intermediäre „Medienstaatsvertrag“, S. 11.

¹⁸⁵ Hain/Ferreau/Brings-Wiesen (Fn. 80), K&R 2017, 433 (435 ff.).

die Intermediäre ausreichen, sind zwei Elemente der Vielfaltssicherung zu betrachten: Das Medienkonzentrationsrecht (negative Vielfaltssicherung) und die Auffindbarkeitsregulierung (Teil der positiven Vielfaltssicherung).

Das fernsehzentrierte Modell des geltenden Medienkonzentrationsrechts wird dem Umstand nicht gerecht, dass vorherrschende Meinungsmacht vor allem auch durch das Zusammenwirken verschiedener Massenmedien entstehen kann. Schon deshalb ist eine Novellierung seitens der zuständigen Länder zwingend geboten. Dabei müssen auch die Intermediäre in die Regelung einbezogen werden. Sie sind schon deshalb für die Meinungsbildung relevant, weil sie auch eigene Inhalte anbieten. Zudem ermöglichen und organisieren sie die massenhafte Verbreitung von Inhalten Dritter, die vormals der Individualkommunikation zuzurechnen waren. Zudem steuern und bestimmen sie mittels Algorithmen und Personalisierung auch den Zugang zu diesen Informationen mit. Daher sind sie für die öffentliche Willensbildung in der digitalen Medienwelt von zentraler Bedeutung und in der Lage, diese in erheblichem Umfang zu beeinflussen. Vor dem Hintergrund dieser Feststellung sind die Länder berechtigt und im Interesse einer verfassungsrechtlichen gebotenen effektiven Vielfaltssicherung verpflichtet, ein **medienübergreifendes Vielfaltssicherungsrecht** zu schaffen, das die Intermediäre einbezieht.

Die im Entwurf des Medienstaatsvertrages diskutierten Vorschriften zur Regulierung von Medienintermediären (Diskriminierungsfreiheit, Transparenz) nehmen den Grundgedanken zur Auffindbarkeit entsprechend der Plattformregulierung logisch auf. Sie sollten auf alle Intermediäre erweitert und zur ersten Sicherung der diskriminierungsfreien Auffindbarkeit von Inhalten bei Medienintermediären zeitnah durch die Länder umgesetzt werden.

8.2 Zusammenfassung in Thesen

1. Im Internet haben sich Kommunikationsformen entwickelt, die nicht nur die bisherigen klaren Grenzen zwischen Rundfunk und Presse, sondern auch zwischen Individualkommunikation und Massenkommunikation fragwürdig werden lassen.
2. Durch soziale Netzwerke, Videoportale und Instant Messenger, wie Facebook, YouTube und WhatsApp, wird dem Einzelnen anders als bei Suchmaschinen, nicht nur die Möglichkeit eingeräumt, textliche und audiovisuelle Angebote Dritter zu finden und zu nutzen. Vielmehr kann er auch eigene Inhalte einem globalen Markt kostengünstig und nahezu ohne Zugangshindernisse zugänglich zu machen, also seine Inhalte massenhaft verbreiten.
3. Durch die Digitalisierung ergeben sich neue Möglichkeiten, auf die öffentliche Willensbildung Einfluss zu nehmen, etwa durch den Einsatz von Social Bots.
4. Die Auffindbarkeit von im Internet verbreiteten Inhalten hängt entscheidend von den Suchmaschinen, also in Deutschland von der dominierenden Suchmaschine Google Search und dem von ihr eingesetzten Algorithmus ab.

5. Nach den Vorgaben des Grundgesetzes ist der zuständige Gesetzgeber, also die Länder, verpflichtet, eine positive Medienordnung zu schaffen, in welcher die Vielfalt der bestehenden Meinungen möglichst breit und vollständig vermittelt wird. Vielfalt setzt das Bestehen und Kommunizieren von verschiedenen Meinungen und meinungsrelevanten Informationen voraus, um so zur Grundlage eines Kommunikationsprozesses in der Bevölkerung werden zu können.

6. Die Länder sind nicht nur gehalten, vorherrschende Meinungsmacht zu verhindern. Sie müssen auch durch geeignete Vorschriften die Meinungsvielfalt positiv fördern. Dabei handelt es sich letztendlich um einen Optimierungsauftrag.

7. Der Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (RStV) ist den mit der Digitalisierung verbundenen Herausforderungen für die Meinungsvielfalt bisher nicht gerecht geworden.

8. Das Medienkonzentrationsrecht ist fernsehzentriert, in der analogen Welt verhaftet und im Anwendungsbereich nahezu auf null eingeschränkt.

9. Auch die Regelungen zur positiven Vielfaltsicherung beziehen sich fast ausschließlich auf das bundesweite private Fernsehen.

10. Die durch Intermediäre massenhaft verbreiteten Äußerungen unterfallen in jedem Fall dem Schutz der Kommunikationsfreiheiten, regelmäßig dem Schutz der Rundfunkfreiheit.

11. Auch die sozialen Netzwerke, Videoportale, Instant Messenger Dienste und Suchmaschinen unterfallen der durch Art. 5 Abs. 1 GG gewährleisteten Meinungsfreiheit.

12. Die durch Intermediäre vermittelten Inhalte, seien sie informierender oder unterhaltender Art, spielen für die Information und die Wertvorstellungen der Bürgerinnen und Bürger eine erhebliche Rolle. Bei der Altersgruppe der 14- bis 29-Jährigen befinden sich Google und Facebook auf Augenhöhe mit dem klassischen Fernsehen bzw. haben dieses schon überflügelt. Zudem findet ein Zusammenspiel zwischen den durch die Intermediäre massenhaft verbreiteten Inhalten und der Berichterstattung in den klassischen Medien statt. Darüber hinaus sind die großen Intermediäre kampagnenfähig. Schließlich führt die zunehmende Konzentration in diesem Bereich dazu, dass ihre potentielle Meinungsmacht ganz erheblich angestiegen ist.

13. Um den mit der Digitalisierung der Medien und insbesondere den mit der Netz- und Plattformökonomie des Internets verbundenen Gefahren für die Meinungsvielfalt entgegen zu wirken, muss der Telemedienauftrag für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk gestärkt und ausgebaut werden.

14. Um vorherrschende Meinungsmacht vorbeugend zu verhindern, ist ein effektives Medienkonzentrationsrecht unabdingbar und verfassungsrechtlich geboten. Ein solches umfassendes Meinungsvielfaltsicherungsrecht darf nicht ausschließlich gesetzlich vorgegebenen Aufgreifschwelle folgen, sondern muss konsequent an den Merkmalen „Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft“ ausgerichtet sein, um der Dynamik einer sich ständig verändernden Medienwelt Rechnung tragen zu können.

15. Zudem sind Transparenzregeln und Diskriminierungsverbote für Intermediäre erforderlich. Daher sind die diesbezüglichen Vorschläge im Medienstaatsvertrag (§ 53d u. § 53e) grundsätzlich zu begrüßen.

a) Allerdings sollte ein Medienstaatsvertrag und auch eine darin verankerte Transparenzregelung alle Intermediäre erfassen und gerade nicht nur solche, die (auch) journalistisch redaktionelle Angebote Dritter aggregieren, selektieren und allgemein zugänglich präsentieren. Zudem bedürfen die Transparenzvorgaben noch bestimmter Ergänzungen. So sollten die Anbieter von Intermediären auch dazu verpflichtet werden, Angaben darüber zu machen, welchen Einfluss personenbezogene Daten des Nutzers sowie das vorangegangene Nutzungsverhalten auf die Aggregation, Selektion und Präsentation von Inhalten haben.

b) Auch die Beschränkung des Diskriminierungsverbots auf „journalistisch-redaktionell gestaltete“ Angebote, „auf deren Wahrnehmbarkeit die jeweiligen Medienintermediäre potentiell besonders hohen Einfluss haben“, ist verfehlt. Daher sollten die Worte „journalistisch-redaktionell gestaltete“ sowie „auf deren Wahrnehmbarkeit sie potentiell besonders hohen Einfluss haben“ in § 53e Abs. 1 ersatzlos gestrichen werden.

c) Zudem verkennen die Tatbestandsmerkmale in § 53e Abs. 2 „bewusst und zielgerichtet“ die Funktionsweise algorithmusgesteuerter Intermediäre. Ein Algorithmus handelt nicht bewusst und zielgerichtet oder gar vorsätzlich. Daher ist es sachgerecht, an objektive Merkmale anzuknüpfen. Aus diesem Grunde sollten die Worte „bewusst und zielgerichtet“ in § 53e Abs. 2 ersatzlos gestrichen werden.

16. Zur Sicherung der Meinungsvielfalt können indirekt auch Regelungen beitragen, die einer Verrohung der Debattenkultur im Internet entgegenwirken, wie dies durch das NetzDG bezweckt ist. Allerdings müssen angesichts der fehlenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes solche Regelungen von den Ländern getroffen werden.