



Landesanstalt für Medien
Nordrhein-Westfalen (LfM)

Prof. Dr. Boris P. Paal, M.Jur. (Oxford)

Direktor des Instituts für Medien- und Informationsrecht

Inhaber des Lehrstuhls für Zivil- und Wirtschaftsrecht,
Medien- und Informationsrecht

Rechtswissenschaftliche Fakultät der
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

RECHTSGUTACHTEN

Intermediäre: Regulierung und Vielfaltssicherung

im Auftrag der

Landesanstalt für Medien Nordrhein-Westfalen (LfM)

März 2018

A. Gutachterliche Fragestellung und Vorgehensweise

Die gutachterliche Fragestellung adressiert die Bedeutung, Stellung und Funktion von Intermediären im Kontext des medienrechtlichen Systems der Vielfaltssicherung. Veranlasst ist die Begutachtung durch die hervorgehobene Stellung, die den Intermediären im Kontext der der modernen Kommunikations- und Informationsinfrastruktur bei dem Zugang zu sowie der Auswahl, Reihung und Präsentation von (auch) meinungsbildungsrelevanten Inhalten über elektronische Informations- und Kommunikationsdienste zukommt.

Hierbei ist zunächst festzustellen, dass aus den Besonderheiten der digitalen (Plattform-)Ökonomie erhebliche Konzentrationsprädispositionen resultieren, die auch und gerade das medienrelevante Zusammenspiel von Vielzahl und Vielfalt bei Intermediären berühren. Dabei beschränkt sich die Bedeutung der Intermediäre keinesfalls auf den Mediensektor, der gleichwohl in Ansehung der Vielfaltssicherung im Fokus der vorgelegten Untersuchung stehen wird. Zu beachten ist, dass der Begriff „Intermediäre“ (i.e. Vermittler) bislang mit unterschiedlichen Bedeutungsgehalten verwendet wird, so etwa im Medienrecht einerseits und im Kartellrecht andererseits.

Eröffnet wird das Gutachten – ausgehend von dem allgemein anerkannten rechtlichen Leitbild und Zielwert der Vielfaltssicherung – mit einer Benennung des rechtlichen Handlungsbedarfs bei Intermediären. Zum Beleg dieses Handlungsbedarfs werden die aktuellen rechtlichen Rahmenbedingungen dargelegt und in Ansehung des Ziels der „Vielfaltssicherung“ bewertet. Auf der Grundlage der gewonnenen Untersuchungsergebnisse werden sodann Empfehlungen sowohl für eine Aktualisierung der Normanwendungspraxis als auch für eine Fortentwicklung des Normregimes aufgezeigt. Abschließend werden mögliche Kompetenz(en) für eine unionale Vielfaltssicherung und Fragen im Kontext der internationalen Anwendbarkeit untersucht.

B. Zusammenfassendes Ergebnis / Executive Summary

Für die digitale Kommunikations- und Medienordnung charakteristisch ist eine hohe Wahlfreiheit bei niedrigen Markteintrittsbarrieren. Diese Rahmenbedingungen, welche die Entstehung von innovativen Anwendungen und Diensten – so auch der hier untersuchungsgegenständlichen Medienintermediäre – ermöglicht haben und weiterhin ermöglichen, sind zu erhalten, ohne dass eine überschießende Regulierung die dynamischen Innovationskräfte zum Erliegen bringt. Dabei handelt es sich bei der Betätigung der Medienintermediäre (verstanden als Vermittler meinungsbildungsrelevanter Inhalte) nicht um eine rein infrastrukturelle Aktivität, sondern vielmehr um eine verfassungsrechtlich unterlegte kommunikative Grundrechtsbetätigung mit gesamtgesellschaftlicher Bedeutung. Hieraus können neben Schutzrechten und Gewährleistungen sowohl private Verantwortlichkeiten als auch staatliche Handlungspflichten erwachsen.

Vor diesem Hintergrund sind (Mindest-)Vorgaben betreffend Diskriminierungsfreiheit, Qualität und Transparenz für Medienintermediäre aus Gründen der kommunikativen Grundversorgung und Chancengleichheit geboten. Das medienrechtliche Normregime sollte um spezifische Bestimmungen zur Vielfaltssicherung bei Medienintermediären ergänzt werden. Zur Umsetzung bietet sich wegen der besonderen Sachnähe und der vergleichbaren Zielsetzungen eine Anknüpfung an die Regelungen des Rundfunkstaatsvertrages an. Die Orientierung an der Regulierungslogik für Plattformen im Sinne einer positiven Vielfaltssicherung liegt in Ansehung der Medienintermediäre hierbei näher als ein Rekurs auf das Medienkonzentrationsrecht. Allerdings dürfen wegen der wesensrelevanten Besonderheiten der Medienintermediäre meinungsbildungsbezogene Verhaltensgebote und Must-Carry-Regelungen nicht unbesehen aus dem klassischen Fernseh- bzw. Rundfunkbereich übertragen werden.

Insgesamt empfiehlt sich die Schaffung eines eigenständigen Regelungskomplexes im Rundfunkstaatsvertrag, wobei neben einer vielfaltssichernden Generalklausel auch Verhaltensvorgaben für Medienintermediäre zum Zwecke der Vielfaltssicherung etabliert werden sollten. Für eine vielfaltssichernde Generalklausel könnten die Eingriffs- und Sanktionstatbestände in Abhängigkeit von der konkreten Meinungsbildungsrelevanz ausgestaltet werden. Zum Zwecke einer besseren Vergleichbarkeit der Leistungen und zur Stärkung des Qualitätswettbewerbs gilt es, mit Blick auf die Medienintermediäre Transparenz zu erhöhen, Nutzerautonomie zu stärken und Wissens- bzw. Informationsasymmetrien abzubauen. Ferner ist zu denken an (komplementäre) Maßnahmen der (ko-regulierten) Selbstregulierung.

Wie abschließend festzuhalten ist, bestehen grundsätzlich keine rechtlichen Einschränkungen betreffend die internationale Anwendbarkeit der in diesem Rechtsgutachten vorgeschlagenen, im Rundfunkstaatsvertrag neu zu schaffenden Regelungen für Medienintermediäre. Eine wesentliche Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass das neu zu schaffende Regelungsregime einzig vielfaltssichernde Zwecksetzungen verfolgt, da ansonsten – insbesondere – Kollisionen mit den Vorgaben des Unionsrechts drohen. Überdies wird die im Rundfunkstaatsvertrag niederzulegende vielfaltssichernde Regulierung der Medienintermediäre nicht-diskriminierend, geeignet und erforderlich (im Sinne der Verhältnismäßigkeit) auszugestalten sein.

C. Inhaltsübersicht

A.	Gutachterliche Fragestellung und Vorgehensweise	2
B.	Zusammenfassendes Ergebnis / Executive Summary	3
C.	Inhaltsübersicht	5
D.	Rechtliche Begutachtung	7
I.	Intermediäre und Medienvielfalt	7
1.	Vielfalt als medienrechtliches Leitbild	8
a)	Nationale und europäische Ebene	8
b)	Ausprägungen im Rundfunkstaatsvertrag	9
2.	Meinungsbildungsrelevanz der Intermediäre	10
a)	Einsatz von Auswahl- und Suchalgorithmen	10
b)	Ausrichtung an Mehrheitspräferenzen	11
c)	Personalisierung von Informationsangeboten	12
d)	Empirische Unterlegung durch Studien	12
3.	Rechtsfragen und Schutzlücken der Medienordnung	13
a)	Anknüpfungspunkte und rechtliche Erfassung	14
b)	Fehlen spezifisch-systematischer Regelungen	14
4.	Gesetzgeberische Handlungsbedarfe	15
a)	Paradigmenwechsel bei der Vielfaltssicherung	15
b)	Erforderlichkeit der Erfassung des Gesamtsystems	16
II.	Intermediäre als Betrachtungsgegenstand	16
1.	Allgemeine (Vor-)Bemerkungen zur Internet- Ökonomie	16
a)	Online-Plattformen im Wettbewerbsrecht	17
b)	Zwei- und mehrseitige Märkte bei Online- Plattformen	17
2.	Begriffsannäherung im Medienkontext	18
a)	Verhältnis zu den Plattformen	18
b)	Charakteristika und typische Erscheinungsformen	19
3.	Vorschlag einer Legaldefinition	20
III.	Bestehende rechtliche Rahmenbedingungen	20
1.	Grundrechtliche Rahmung	21
2.	Kartellrecht	22
a)	Tatbestandsebene: Auf- und Eingreifkriterien	22
b)	Ökonomischer und publizistischer Wettbewerb	22
c)	Wesentliche Einrichtungen	23
3.	Medienkonzentrationsrecht	23
a)	Tatbestand und Sanktionen	24
b)	Medienintermediäre als eigene Kategorie	24
4.	Plattformregulierung im Rundfunkstaatsvertrag	24
5.	Maßgaben des Telemediengesetzes	25
IV.	Regulierungsoptionen und Handlungsempfehlungen	25
1.	Kartellrecht	25
a)	Norm- und systeminduzierte Grenzen	26
b)	Kompetenzen und Dogmatik	26
c)	Wesentliche Einrichtungen	27
2.	Medienkonzentrationsrecht	27
a)	Ansatz der Bund-Länder-Kommission	27
b)	Bewertung und Stellungnahme	28
c)	Plattformregulierung als Vorbild	28

3. Eigener Regelungskomplex im Rundfunkstaatsvertrag	29
a) Existierende Regulierungsvorschläge	29
b) Anwendungsbereich und allgemeine Anforderungen	30
c) Vielfaltssichernde Generalklausel	30
d) Diskriminierungsfreiheit	31
e) Transparenzvorgaben	33
4. (Ko-regulierte) Selbstregulierung	33
5. Privilegierung bestimmter (besonders wertvoller) Inhalte	34
V. Kompetenz(en) für eine unionale Vielfaltssicherung	34
1. Ausdrückliche Regelungskompetenz	35
2. Rückgriff auf die Kulturkompetenz	35
3. Rückgriff auf die Kompetenzergänzungsklausel	36
4. Rückgriff auf die EU-Grundrechte-Charta	36
5. Zwischenergebnis	36
VI. Internationale Anwendbarkeit	37
1. Maßgaben der Richtlinie für audiovisuelle Mediendienste	37
2. Maßgaben der E-Commerce-Richtlinie	38
3. Maßgaben der Grundfreiheiten	38
a) Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV)	39
b) Vielfaltssicherung als Rechtfertigungsgrund	39
c) Rechtsprechung des EuGH	39
4. Maßgaben aus völkerrechtlichen Verträgen	41
VII. Gesamtergebnis und Ausblick	41

D. Rechtliche Begutachtung

Das vorliegende Gutachten behandelt medienrelevante Fragen der Vielfaltssicherung im Kontext von Intermediären, die elektronische Informations- und Kommunikationsdienste anbieten. Demgegenüber werden wettbewerb(srecht)liche Gesichtspunkte der digitalen Ökonomie nicht unmittelbar adressiert, sondern vielmehr nur insoweit in die Analyse mit einbezogen, als hierdurch Implikationen für die Vielfaltssicherung („Vielfalt durch Vielzahl“) erwachsen. Schwerpunkt der Untersuchung ist die Frage, ob und in welchem Umfang die Einflussnahmen und Machtpotenziale bestimmter Intermediäre betreffend die Informationswahrnehmung einer rechtlichen Einhegung bedürfen sowie eine solche rechtliche Einhegung durch den aktuellen (medien-)rechtlichen Ordnungsrahmen gewährleistet wird.

Zentraler rechtstatsächlicher Ausgangspunkt ist dabei der Befund, dass Intermediäre eine hervorgehobene Relevanz für Kommunikations- und Meinungsbildungsprozesse im digitalen Zeitalter aufweisen: So stellen etwa Suchmaschinen maßgebliche Zugangsvermittler für Online-Inhalte dar, der Nachrichtenstrom (sog. „Newsfeed“) von Sozialen Netzwerken bildet eine wichtige Informationsquelle für zahlreiche Nutzer, und Online-Plattformen verbreiten ohne nennenswerte Kontrollmechanismen (hierzu nunmehr aber das Netzwerkdurchsetzungsgesetz 2017) nutzergenerierte Inhalte. Vor diesem Hintergrund sind nachfolgend zunächst Bedeutung, Stellung und Funktion der Intermediäre im medienrechtlichen System der Vielfaltssicherung in den Blick zu nehmen.

I. Intermediäre und Medienvielfalt

Bereits an dieser Stelle ist festzuhalten, dass Intermediäre den Zugang zu und die Wahrnehmung von Informationen für eine Vielzahl von Personen maßgeblich (mit-)prägen. Hieraus leitet sich – jedenfalls potenziell – ein spürbarer Einfluss auf den Prozess der (privaten und öffentlichen) Meinungsbildung ab. In Anlehnung an ein vom BVerfG mit Blick auf den Rundfunk geprägtes Bild (hierzu BVerfGE 12, 205 (260) – Deutschland-Fernsehen) lässt sich sagen, dass die Intermediäre nicht nur Medium, sondern auch Faktor der privaten und öffentlichen Meinungsbildung sind – und damit Mitgestalter einer pluralistisch ausgestalteten geistigen Auseinandersetzung.

Somit gilt es, die Intermediäre in ihrer Funktion und Bedeutung für den Meinungsbildungsprozess – auch und gerade mit Blick auf die Ziele einer Offenhaltung von Kommunikationsprozessen

und einer kommunikativen Chancengleichheit (vgl. etwa BVerfGE 20, 162 (176) – Der SPIEGEL; 25, 256 (265) – Blinkfuer; 57, 295 (329) – FRAG; 83, 283 (319) – WDR) – adäquat in das medienrechtliche System der Vielfaltssicherung zu integrieren. Unter neuerlichem Rekurs auf das BVerfG ist bereits an dieser Stelle zu betonen, dass einmal eingetretene Fehlentwicklungen im Medienbereich kaum und dann allenfalls schwierig rückgängig zu machen sind (vgl. etwa BVerfGE 57, 295 (323) – FRAG; 95, 163 (173) – DSF). Folgerichtig bedürfen die rechtlichen Rahmenbedingungen einer sorgfältigen Analyse aus der Perspektive der Vielfaltssicherung – auch und gerade – bei Intermediären.

1. Vielfalt als medienrechtliches Leitbild

Das für ein modernes Demokratieverständnis konstitutive Leitbild der Vielfalt ist anerkanntermaßen ein zentrales Element sowohl der nationalen als auch der europäischen Medien(ordnungs)politik.

a) Nationale und europäische Ebene

Für die Bundesrepublik Deutschland hat das BVerfG die Vielfalt als Leitbild in die medienrechtliche Diskussion eingebracht und in ständiger Rechtsprechung hervorgehoben (vgl. etwa BVerfGE 12, 113 (125) – Schmid-Spiegel; 57, 295 (320) – FRAG; 73, 118 (160) – Niedersachsen; 74, 297 (330) – Baden-Württemberg; 83, 238 (296) – WDR). Der Schutz der Vielfalt im Medienbereich gehört zu den Kernelementen der vom BVerfG ausgeformten Kommunikationsverfassung, wonach der Staat zur Sicherung von (Programm- und Meinungs-)Vielfalt im Rundfunk verpflichtet ist. In Ansehung von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG hat der Gesetzgeber durch prozedurale, organisatorische und materielle Regelungen dafür Sorge zu tragen, dass die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk in größtmöglicher Breite und Vollständigkeit Ausdruck findet (vgl. BVerfGE 57, 295 (319) – FRAG; 73, 118 (152 f.) – Niedersachsen; 90, 60 (88) – Gebührenurteil; 119, 181 (214) – Rundfunkgebühren II; 121, 30 (50) – Parteibeteiligung an Rundfunkunternehmen).

Der Blick auf die europäische Ebene bestätigt und unterstreicht diesen grundrechtlichen Befund: So haben sich in diesem Rahmen vor allem auch die Kommission und das Europäische Parlament um eine dem zusammenwachsenden europäischen Medienmarkt zuträgliche kohärente europäische Medien(ordnungs)politik bemüht, wobei stets dem Leitbild der Vielfalt in den Medien eine hervorgehobene Bedeutung zugeschrieben

wurde. Darüber hinaus stellt in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union der Schutz der Medienvielfalt einen Zielwert mit verfassungsrechtlicher Wertigkeit dar, der mithin als bedeutsame Verfassungsüberlieferung der Mitgliedstaaten am Schutz der Gemeinschaftsgrundrechte teilnimmt.

Sowohl der EGMR, der dem Staat zum Zwecke der Vielfaltsicherung sogar eine Garantenstellung einräumt (Slg. I 1991, 4007 (4036 ff.) – Collectieve Antennevoorziening Gouda), als auch der EuGH (vgl. etwa EuGH, Slg. 1993, I-487 (Rn. 10) – Veronica Omroep Organisatie; Slg. 1994, I-4795 (Rn. 19) – TV 10) betonen in ständiger Rechtsprechung den besonderen Stellenwert der Medienvielfalt. Diese Rechtsprechung hat überdies Eingang gefunden in Art. 11 Abs. 2 GRC; hiernach wird nicht nur die Freiheit der Medien, sondern darüber hinaus auch deren Pluralität geachtet.

b) Ausprägungen im Rundfunkstaatsvertrag

Im Rundfunkstaatsvertrag (RStV) statuiert vor allem § 25 Abs. 1 S. 1 RStV allgemeine Anforderungen an die Sicherung der Meinungsvielfalt, wonach im privaten Rundfunk in seiner Gesamtheit „inhaltlich die Vielfalt der Meinungen im Wesentlichen zum Ausdruck zu bringen“ ist. Zur Ausfüllung der Generalklausel des § 25 Abs. 1 S. 1 RStV und in Umsetzung der einschlägigen Rechtsprechung des BVerfG ist insbesondere § 26 RStV auf das Ziel der Sicherung von Meinungsvielfalt im bundesweit verbreiteten privaten Fernsehen ausgerichtet. Gemäß § 26 Abs. 1 Hs. 1 RStV darf jedes Medienunternehmen grundsätzlich eine beliebige Anzahl von Fernsehprogrammen veranstalten. Diese Veranstalterfreiheit steht allerdings unter dem Vorbehalt, dass durch die Programmveranstaltung die angestrebte Meinungsvielfalt nicht durch vorherrschende Meinungsmacht beeinträchtigt wird (vgl. § 26 Abs. 1 Hs. 2 RStV).

Zudem dient die Plattformregulierung nach Maßgabe der §§ 52 ff. RStV der Vielfaltssicherung sowohl auf der Ebene des Zugangs zu Verbreitungsmöglichkeiten der Anbieter als auch hinsichtlich der Zusammenstellung eines Gesamtangebots. Von dem Normregime erfasste Plattformanbieter sind in diesem Sinne etwa Kabelnetzbetreiber und Anbieter von Pay-TV-Paketen. Die Forderung nach Meinungsvielfalt und Ausgewogenheit der Angebote sowie Programme gehört überdies zum tradierten Kernbestand des öffentlich-rechtlichen Rundfunks (vgl. etwa § 11 Abs. 2 RStV). Entsprechend dem Auftrag aus § 11 RStV und dem verfassungsrechtlich präformierten Ziel der Vielfaltssicherung soll die Vielfalt auch beim Telemedien-Angebot maximiert und der hierfür

Landesanstalt für Medien Nordrhein-Westfalen (LfM)

zentrale publizistische Wettbewerb gestärkt werden (vgl. etwa § 11f Abs. 4 S. 2 Nr. 2 RStV – sog. Drei-Stufen-Test).

2. Meinungsbildungsrelevanz der Intermediäre

Für die Informationswahrnehmung sind mittlerweile weniger Knappheit oder Kapazitätsengpässe als vielmehr Auswahl und Aufbereitung, Reihung und Präsentation der Informationsfülle die dominierenden Parameter bei der Aufmerksamkeitsdistribution. Die Auffindbarkeit und Wahrnehmung von Informationen bzw. meinungsbildungsrelevanten Inhalten formen den Prozess der Meinungsbildung und damit die Rahmenbedingungen für die Meinungsvielfalt bereits gegenwärtig strukturell maßgeblich aus. Von zentraler Bedeutung ist hierbei zumeist der Einsatz von Auswahl- und Suchalgorithmen. Die Voraussetzungen und Möglichkeiten zur Steuerung der Informationswahrnehmung betreffend Auswahl und Reihung von Inhalten werden zudem durch die (regelmäßig algorithmenbasierte) Personalisierung von inhaltsbezogenen Angeboten ergänzt und verstärkt.

Das Geschäftsmodell von Intermediären zielt in Ansehung der unmittelbaren Verknüpfung von Nutzerzahlen und Werbeeinnahmen grundsätzlich auf die Erreichung einer möglichst hohen Nutzerreichweite ab, um hierdurch wiederum unter anderem möglichst hohe Werbeeinnahmen generieren zu können. Mit Blick auf die Meinungsbildung besteht ein inhärenter Zielkonflikt mit Gefährdungspotenzialen auch und gerade für den Meinungsbildungsprozess. Daraus resultiert die Frage nach der Bedeutung und Funktion der Intermediäre im (öffentlichen und privaten) Meinungsbildungs- und Kommunikationsprozess.

a) Einsatz von Auswahl- und Suchalgorithmen

Eine Vielzahl von Intermediären bereiten gesellschaftlich relevante Informationen auf und präsentieren eine (vor-)selektierte Informationsauswahl. Welche Inhalte (und Meinungen) in welcher Reihenfolge von wem aufgefunden – und damit wahrgenommen – werden können, entscheidet sich hierbei zumeist durch Auswahl- bzw. Suchalgorithmen, für die deren Verwender grundsätzlich die Verantwortung zu tragen haben.

Der Intermediär trifft im Sinne eines „Gatekeepers“ (einführend hierzu Engelmann, Gatekeeping, 2016, sowie weiterhin Stark u. a. (Hrsg.), Die Googleisierung der Informationssuche, 2014) damit wesentliche Auswahl- und Wertungsentscheidungen für die auf

dieser Grundlage ausgewählten und angezeigten Inhalte. Dieser Befund ist im Ausgangspunkt zunächst nicht besorgniserregend, denn Intermediäre ermöglichen und vereinfachen den Nutzern das Auffinden von Informationen.

Aus der Verwendung von Algorithmen resultieren somit zunächst Vorteile und Annehmlichkeiten für die Nutzer; Auswahl und Präsentation von Informationen durch Intermediäre stellen eine gefragte Dienstleistung dar. Zugleich bestehen aber auch erhebliche Gefährdungspotenziale für die Vielfaltssicherung in Gestalt von Einflussmöglichkeiten bis hin zum Missbrauch. Dies gilt nicht zuletzt dann, wenn sich wegen der starken Konzentrationsprädispositionen nur wenige Intermediäre als Anbieter finden. Zudem besteht regelmäßig eine Wissens- und Informationsasymmetrie zulasten der Nutzer, wobei die Bedeutung der Algorithmen sich umgekehrt proportional zu den Transparenzinteressen der Nutzer entwickelt (hat).

b) Ausrichtung an Mehrheitspräferenzen

Durch die Ausrichtung von Such- und Auswahlalgorithmen an (Mehrheits-)Präferenzen drohen überdies zunehmend selbstverstärkende Effekte, woraus eine strukturelle Unwucht zugunsten von beliebten Seiten bzw. Inhalten erwachsen kann (grundlegend hierzu Goldman, Yale J. L. & Tech. 2006, 188). Für den Wettbewerb sowie für Wahlen und Abstimmungen (zum Einfluss von Suchmaschinen auf Wahlen Epstein/Robertson, 112 (33) PNAS (2015), E4512) steht hiernach eine mehrheitsorientierte Verzerrung im Sinne einer Tendenzverstärkung zu befürchten.

Die vielfältigen (von den Nutzern häufig unbemerkten) Möglichkeiten der Steuerung von und Einflussnahme auf Informationswahrnehmung, Meinungsbildung und -äußerung durch Auswahl, Reihung und Präsentation werfen grundlegende demokratiethoretische (Macht-)Fragen auf – auch und gerade in Bezug auf die Möglichkeiten zu einer betreiberseitig veranlassten Meinungsbevorzugung bzw. -unterdrückung (vgl. hierzu Epstein, How Google Could End Democracy, U.S. News & World Report (9.6.2014)).

Eine strukturelle Verengung des wahrnehmbaren Meinungsspektrums auf bestimmte Inhalte dürfte nicht nur einer weniger offenen Gesellschaft erheblichen Vorschub leisten, sondern überdies durch eine Perpetuierung von (Mehrheits-)Meinungen vielfaltsbeeinträchtigende Tendenzen fördern.

c) Personalisierung von Informationsangeboten

Die Steuerung der Informationswahrnehmung wird durch die Personalisierung von (inhaltsbezogenen) Informationsangeboten ergänzt und verstärkt. Im Ausgangspunkt wird dabei aus Nutzersicht eine Individualisierung von Angeboten vielfach durchaus erwünscht sein. Mit dieser Orientierung an den (antizipierten, ermittelten bzw. unterstellten) Nutzerpräferenzen einher geht allerdings nicht zuletzt auch der Effekt einer zunehmenden Wahrnehmungsverengung auf Inhalte (und damit Meinungen), die in den bisherigen Präferenzen angelegt sind: Nutzer bekommen etwa vor allem ihnen bekannte (und genehme) Themenfelder angezeigt, welche überdies durch die Auswertung anderer Nutzergruppen (etwa der Facebook-„Freunde“) prädeterniert sind (statt vieler hierzu Jürgens u. a., in: Stark u. a. (Hrsg.), Die Googleisierung der Informationssuche, 2014, S. 98 ff.).

Bildhaft formuliert können sich die Nutzer durch die Personalisierungen letztlich in Filterblasen und Echokammern wiederfinden (grundlegend hierzu Pariser, The Filter Bubble, 2011; Sunstein, Republic.com 2.0, 2007). Grundsätzlich drohen hier habitualisierte Verwendungen unter Verfestigung von bereits vorhandenen Tendenzen und Einstellungen.

d) Empirische Unterlegung durch Studien

Aus jüngerer Zeit liegen für Deutschland drei quantitative bzw. qualitative Untersuchungen vor, die den Befund der herausgehobenen Bedeutung von Intermediären für den Kommunikationsprozess belastbar stützen und unterstreichen (zu weiteren auf Intermediäre bezogenen Studien siehe Schulz/Dankert, Die Macht der Informationsintermediäre, 2016, S. 41 ff.).

(1) Kantar TNS-Studie (2016)

In quantitativer Hinsicht belegt eine vom Marktforschungsinstitut Kantar TNS (vormals TNS Infratest) im Auftrag der Landesmedienanstalten durchgeführte Studie, dass eine große Zahl von Personen täglich Intermediäre – und unter diesen vor allem die Suchmaschinen – für den Zugang zu Informationen nutzt (vgl. Kantar TNS, Wie häufig und wofür werden Intermediäre genutzt? Die quantitative Perspektive der Zusatzbefragung in der Medien-Gewichtungsstudie, 2016). Im Ergebnis informieren sich der Studie zufolge rund 57 Prozent der Internetnutzer in Deutschland (i.e. mehr als 23 Millionen Personen) täglich über mindestens einen Intermediär.

(2) Hans-Bredow-Institut-Studie (2016)

Eine zweite für die Landesmedienanstalten erstellte Studie des Hans-Bredow-Instituts liefert komplementär einen qualitativen Ansatz (vgl. Hasebrink/Schmidt/Merten, Hans-Bredow-Institut, Wie fließen die Intermediäre in die Meinungsbildung ein? Die qualitative Perspektive der Vertiefungsstudie, 2016). Hiernach spielen traditionelle Medien sowie der persönliche Austausch für die Meinungsbildung weiterhin eine entscheidende Rolle, zugleich seien allerdings die Meinungsbildungsprozesse aufgrund der großen Durchdringung der Kommunikationsroutinen durch Intermediäre ohne das Internet nicht mehr denkbar: So diene Google über alle Altersgruppen hinweg als wichtiges Informationsinstrumentarium, Facebook ermögliche in Abgrenzung hierzu eine Wahrnehmung des allgemeinen Meinungsklimas.

(3) Mainzer Studie (2017)

Ergänzt und bestätigt werden diese Befunde durch eine für die Landesanstalt für Medien Nordrhein-Westfalen durch Mainzer Wissenschaftler erstellte Mehrmethodenstudie (Stark/Magin/Jürgens, Ganz meine Meinung? Informationsintermediäre und Meinungsbildung – eine Mehrmethodenstudie am Beispiel von Facebook, 2017). In der Studie wird Facebook eingestuft als mehr als nur eine Technologie-Plattform, die lediglich Informationen an die Nutzer vermittelt; durch Multiplikationseffekte und Gefährdungspotenziale bei Missbrauch und Desinformationskampagnen handle es sich bei Facebook vielmehr um einen relevanten Meinungsbildungsfaktor.

3. Rechtsfragen und Schutzlücken der Medienordnung

Alles in allem beeinflussen und kontrollieren, steuern und kanalisieren Intermediäre (in ganz unterschiedlicher Ausprägung und Gestalt) – regelmäßig unter Verwendung von Auswahl- und Suchalgorithmen – sowohl ökonomische Sachverhalte (digitale Ökonomie) als auch die Prozesse der Meinungsbildung in vielfältiger Weise. Mit Blick auf die Vielzahl und Vielfalt von Inhalten, die unter Verwendung von elektronischen Informations- und Kommunikationsdiensten verfügbar sind, ist eine (Vor-)Auswahl, Reihung und Präsentation durch Intermediäre einerseits zwar notwendiger und gewünschter Standard. Andererseits stellen sich aber (nicht nur medien-) rechtlich bedeutsame Fragen zu fairem Zugang und kommunikativer Chancengleichheit, positiver und negativer Diskriminierung(sfreiheit), Transparenz und Regulierung.

Landesanstalt für Medien Nordrhein-Westfalen (LfM)

Prof. Dr. Boris P. Paal, M.Jur. (Oxford) | Intermediäre: Regulierung und Vielfaltssicherung

Fest steht somit, dass Intermediäre für die moderne Kommunikations- und Informationsinfrastruktur wesentliche Bestandteile darstellen, die eine grundlegende Bedeutung für die Absicherung und Verwirklichung der Meinungs- und Informationsfreiheit in der demokratischen Zivilgesellschaft aufweisen. Die geltende Medienordnung spiegelt diese grundlegende Bedeutung der Intermediäre und die hiermit verbundenen Gefährdungspotenziale in ihrem Normenbestand, in dessen operativen Annahmen das Phänomen „Intermediäre“ keine Berücksichtigung findet, allerdings nicht (mehr) hinreichend wider.

a) Anknüpfungspunkte und rechtliche Erfassung

Tatsächliche Anknüpfungspunkte für die rechtliche Erfassung der Betätigung von Intermediären sind die Auswahl, Reihung und Präsentation von Inhalten. Dabei wird in diesem Gutachten vorgeschlagen, den Anwendungs- und Betrachtungsbereich für die rechtliche Erfassung der Intermediäre in Ansehung der Vielfaltssicherung zu beschränken auf „meinungsbildungsrelevante Inhalte“ (vgl. hierzu nachstehend sub II. 3. sowie IV. 3.).

Neben den grund- und verfassungsrechtlichen Fragen betreffend die Einordnung der Intermediäre (siehe hierzu nachstehend sub III. 1.) ist in einfachgesetzlicher Hinsicht festzuhalten, dass weder das auf ökonomische Marktmachtkonstellationen ausgerichtete Kartellrecht (hierzu nachstehend sub III. 2.) noch die rundfunkstaatsvertraglichen Bestimmungen zum Medienkonzentrationsrecht (hierzu nachstehend sub III. 3.) bzw. zur Plattformregulierung (hierzu nachstehend sub III. 4.) die von den Intermediären ausgehenden erheblichen Gefährdungspotenziale betreffend die Vielfaltssicherung angemessen erfassen können.

Vor diesem Hintergrund ist das bestehende Medienordnungsrecht insgesamt funktional nicht hinreichend gewappnet für die von den Intermediären aufgeworfenen neuartigen Herausforderungen.

b) Fehlen spezifisch-systematischer Regelungen

Konkret fehlt es an einer spezifisch-systematischen Erfassung der Intermediäre durch die bestehende Medienordnung. Vielmehr adressiert der bestehende rechtliche Ordnungsrahmen die Intermediäre nur vereinzelt, unspezifisch sowie ohne übergreifende Systematik – und vermag im Ergebnis den im Kontext der Intermediäre identifizierten Gefährdungslagen für die

Vielfaltssicherung deshalb nicht angemessen zu begegnen (siehe hierzu ausführlich nachstehend sub III.). Dieser Befund unterstreicht die Notwendigkeit und Sinnhaftigkeit von konkret auf Intermediäre zugeschnittenen gesetzlichen rechtlichen Rahmungen und Regulierungsmaßnahmen. Folgerichtig haben sich Bund und Länder – unter anderem – mit der Entwicklung neuer Instrumente betreffend die Intermediäre befasst und Handlungsbedarfe identifiziert (vgl. den Zwischenbericht der Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz vom Dezember 2015, S. 36 ff., und den endgültigen Bericht von Juni 2016, S. 31 ff.).

4. Gesetzgeberische Handlungsbedarfe

Die Ausgangsprämisse, wonach die gesetzlichen Rahmungen für die Betätigung von Intermediären deren praktische Bedeutung nicht (mehr) hinreichend widerspiegeln (näher hierzu nachstehend sub III.), führt zu Fragen nach dem Ob und Wie von gesetzgeberischen Handlungsbedarfen (siehe ausführlich hierzu nachstehend sub IV.). In Ansehung der Intermediäre, die im Kommunikations- und Meinungsbildungsprozess eine bedeutsame Stellung einnehmen, sind Wahrnehmung und Ausfüllung der staatlichen Ausgestaltungs- und Gewährleistungsverantwortung anzusprechen.

Mit Blick auf das Ziel eines offenen und diskriminierungsfreien Informationszugangs zum Zwecke der Vielfaltssicherung besteht insoweit nicht nur eine gesetzlich abgesicherte Handlungsfreiheit für die Medienintermediäre, sondern darüber hinaus auch eine gesetzgeberische Handlungs- und Schutzpflicht, wenngleich hier anerkanntermaßen ein erheblicher legislativer Beurteilungsspielraum besteht.

a) Paradigmenwechsel bei der Vielfaltssicherung

In Ansehung einer immer weiter zunehmenden Informationsfülle im digitalen Zeitalter hat ein Paradigmenwechsel stattgefunden, weshalb für die Vielfaltssicherung (auch und gerade) im Kontext von Intermediären der Fokus weniger auf den klassischen Kriterien des Medienkonzentrationsrechts, sondern vielmehr auf Fragen des Zugangs, der Transparenz und der Diskriminierungsfreiheit liegen muss. Wesentliche Aufgabe der hierauf bezogenen medienpezifischen Wettbewerbs- und Wirtschaftsordnung ist deshalb die Bewahrung von Offenheit, Transparenz und Wettbewerb, um einen diskriminierungsfreien Zugang zu Informationen und Märkten zu gewährleisten.

b) Erforderlichkeit der Erfassung des Gesamtsystems

Das Phänomen der Intermediäre als mehrseitige Plattformen mit ihren übergreifenden Wechselwirkungen und Netzwerkeffekten ist für eine zukunftsstaugliche Rechtsanwendung und Gesetzgebung insoweit angemessen zu erfassen. Hierbei muss die rechtliche Bewertung das Gesamtsystem der Intermediäre in den Blick nehmen, da in diesem System vielfach mehrere Dienste (so etwa Mail-, Kalender- und Kartendienst sowie Suchmaschinen) systematisch und übergreifend zusammenhängen, wodurch sich die marktbeherrschende Stellung in den einzelnen Bereichen erheblich verstärkt und Restwettbewerb (noch) unwahrscheinlicher machen kann.

II. Intermediäre als Betrachtungsgegenstand

Der Terminus „Intermediäre“ wird, wie eingangs benannt, in verschiedenen Kontexten und mit unterschiedlichen Bedeutungsgehalten verwendet. Eine Legaldefinition von „Intermediären“ existiert (bislang noch) nicht. Ganz grundsätzlich können als „Intermediäre“ solche Einrichtungen, Institutionen und Dienstleister verstanden werden, die den Zugang zu und die Auffindbarkeit von Inhalten, Informationen, Leistungen und Produkten vermitteln. Wegen der zunehmenden Informationsfülle im Internetzeitalter kommt den Intermediären mit ihrer Vermittlungstätigkeit eine zentrale Bedeutung für die Auffindbarkeit und Gewichtung, Darstellung und Wahrnehmbarkeit von Inhalten zu, womit maßgebliche Weichen gestellt werden sowohl für den ökonomischen Erfolg als auch für die meinungsbildungsrelevante (publizistische) Wirkungsmacht von Inhalten.

Intermediäre eröffnen und ermöglichen die Beteiligung an der privaten und öffentlichen Kommunikation. Welche Inhalte und Meinungen in welcher Reihenfolge von wem wie aufgefunden werden (können), wird vielfach durch Intermediäre maßgeblich beeinflusst, wobei – wie ausgeführt – zumeist Such- und Auswahlalgorithmen zum Einsatz kommen. Die damit verbundenen vielfältigen Möglichkeiten der Intermediäre zur – oftmals intransparent verlaufenden – Einflussnahme auf Verhalten und Meinungsbildung im Kontext der Informationswahrnehmung werfen grundsätzliche Fragen zu den rechtlichen Rahmungen und demokratietheoretischen Desideraten auf.

1. Allgemeine (Vor-)Bemerkungen zur Internet-Ökonomie

In der Internet-Ökonomie werden die Intermediäre zumeist als Online-Plattformen bezeichnet. Betroffen sind in wettbewerblicher

Hinsicht regelmäßig sog. Winner-takes-it-all-Märkte, bei denen vor allem *um* den Markt, nicht dagegen *auf* dem Markt konkurriert wird. Folgerichtig besteht hier eine Tendenz zur Entstehung von marktmächtigen Stellungen. Eine solche Konzentrationsprädisposition findet sich vor allem auch im Bereich der Intermediäre, so etwa bei Suchmaschinen: Mit der Quantität an Suchanfragen steigt die Möglichkeit zu einer qualitativen Optimierung der Suchalgorithmen, wodurch wiederum die Attraktivität für die Nutzer zunimmt. Konsequenterweise liegt der Anteil der Google-Suchmaschine auf dem Markt für Suchanfragen bei weit über 90 Prozent.

a) Online-Plattformen im Wettbewerbsrecht

Als Online-Plattformen werden im Sinne des Wettbewerbsrechts solche Unternehmen verstanden, „die als Intermediäre die direkte Interaktion zweier oder mehrerer Nutzerseiten, zwischen denen indirekte Netzwerkeffekte bestehen, ermöglichen“ (vgl. BKartA, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, S. 14). In der digitalen Ökonomie sind entsprechende Online-Plattformen mit Netzwerkeffekten allgegenwärtig, benannt seien an dieser Stelle beispielhaft Suchmaschinen, Immobilienportale, Soziale Netzwerke und Dating-Plattformen. Mit der zu beobachtenden Verschiebung von Werbeeinnahmen von den etablierten Medienunternehmen hin zu den Intermediären verändern sich die Rahmen- und Machtbedingungen in der Digitalökonomie erheblich. Dies gilt auch und gerade unter Einbeziehung der besonderen Bedeutung von Daten(analysen) für die neu(artig)en Geschäftsmodelle.

An dieser Stelle ist festzuhalten, dass der im Wettbewerbsrecht verwendete Begriff der Online-Plattformen keinesfalls identisch ist mit dem rundfunkstaatsvertraglichen Plattformbegriff nach Maßgabe der §§ 52 ff. RStV. Es bestehen vielmehr erhebliche Unterschiede, die für die rechtliche Behandlung zu berücksichtigen sind. Der in der wettbewerbsrechtlichen Diskussion vorwiegend verwendete Plattform-Begriff nimmt die Intermediärstellung von bestimmten Anbietern, i.e. der Online-Plattformen, in den Blick, indem wettbewerbliche Austauschbeziehungen behandelt werden. Demgegenüber nimmt der rundfunkstaatsvertragliche Plattformbegriff vornehmlich Bezug auf vielfaltssichernde Fragestellungen.

b) Zwei- und mehrseitige Märkte bei Online-Plattformen

Einigkeit besteht dahingehend, dass Online-Plattformen vielfach zur Entstehung von zwei- oder mehrseitigen Märkten führen, die eine eigenständige wettbewerbliche Betrachtung erfordern und eine signifikante Konzentrationsprädisposition aufweisen. Maßgeblich hierfür ist vor allem auch die Existenz von Netzwerkeffekten, die etablierte Aussagen über die Wettbewerbsfähigkeit von Märkten nicht mehr ohne Weiteres fortgelten lassen. So werden etwa im Zuge von asymmetrischen Preissetzungsstrategien regelmäßig bestimmte Nutzer(gruppen) durch die übrigen Nutzer(gruppen) gleichsam „subventioniert“, indem ihnen eine Leistung scheinbar kostenlos angeboten wird; tatsächlich stellen hierbei aber zumeist die persönlichen Daten das jeweilige Entgelt dar (vgl. nunmehr auch § 18 Abs. 2a GWB nach der 9. GWB-Novelle 2017).

2. Begriffsannäherung im Medienkontext

„Intermediäre“ werden in der Diskussion generell differenziert in Informations-Intermediäre (ausführlich hierzu Schulz/Dankert, Die Macht der Informationsintermediäre, 2016) und Verkaufs-Intermediäre sowie weitere mit Präfix versehene Untergliederungen. Für den Medienkontext wird in diesem Gutachten vorgeschlagen, übergreifend die Bezeichnung „Medienintermediär“ zu verwenden – und im weiteren Fortgang eine entsprechende Legaldefinition im RStV zu verankern (siehe hierzu nachfolgend und sub IV. 3. b)).

a) Verhältnis zu den Plattformen

Ein die Fragen des Zugangs, der Transparenz und der Diskriminierungsfreiheit berücksichtigender Ansatz hat im Medienrecht bereits Niederschlag gefunden in der rundfunkstaatsvertraglichen Plattformregulierung. So sind Plattformen im Medienrecht bereits seit längerer Zeit ein etablierter Begriff. Durch den 10. Rundfunkänderungsstaatsvertrag aus dem Jahre 2008 ist in den §§ 52 ff. RStV eine Plattformregulierung verankert worden. Es handelt sich insoweit um einen Ordnungsrahmen für Anbieter, die eine Verfügungsmacht über digitale Verbreitungskapazitäten mit einer Inhalteaggregation verbinden – und damit eine für die Vielfaltssicherung bedeutsame (keinesfalls allein infrastrukturelle) Rolle im Mediensektor innehaben. Plattformbetreiber ist nach der – in der Auslegung nicht unumstrittenen – Definition aus § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV, wer auf digitalen Übertragungskapazitäten oder digitalen Datenströmen Rundfunk und vergleichbare Telemedien mit dem Ziel zusammenfasst, diese Angebote als Gesamtangebot zugänglich zu

machen, oder wer über die Auswahl für die Zusammenfassung entscheidet.

(1) Gemeinsamkeiten und Unterschiede

Mit den Plattformen gemeinsam haben die Intermediäre, dass es um den Zugang zu und die Auffindbarkeit von Inhalten geht. Während die Plattformregulierung allerdings von dem Grundsatz einer begrenzten Kapazität ausgeht und (nur) Rundfunk sowie rundfunkähnliche Telemedien im Blick hat, stehen für die Befassung mit den Intermediären die vorgelagerte Auffindbarkeit von und der Zugang zu *sämtlichen* meinungsbildungsrelevanten Inhalten in Rede.

(2) Technische und Wahrnehmungs-Kapazitäten

Anders als bei den Plattformen, bei denen begrenzte technische Übertragungskapazitäten und der Ausschluss von bestimmten Inhalten den Anlass für die Regulierung geben, steht bei den Intermediären die limitierte Wahrnehmungskapazität der Rezipienten im Fokus. Bei den Plattformen im Sinne des RStV findet die Auswahl auf einer vorgelagerten Ebene statt, so dass den Nutzern ein begrenztes Angebot präsentiert wird. Demgegenüber operieren Intermediäre grundsätzlich in zugangsoffenen Systemen, bei denen die Nutzer eine unbegrenzte Informationsfülle vorfinden – hier setzen Auswahl, Filterung und Präsentation insoweit folgerichtig erst auf einer nachgelagerten Stufe ein.

b) Charakteristika und typische Erscheinungsformen

Die hier in Bezug genommenen Intermediäre zeichnen sich dadurch aus, dass sie den Zugang zu und die Auffindbarkeit von solchen Inhalten (mit-)beeinflussen, die eine Relevanz für die – öffentliche und individuelle – Meinungsbildung aufweisen. Hier treten die Intermediäre als Vermittler zwischen die Anbieter von Inhalten einerseits und die Nutzer andererseits, wobei diese neuartigen Intermediäre zumeist nicht im Verborgenen wirken, sondern vielmehr als eigenständige Akteure wahrgenommen werden.

Nach diesem Begriffs- und Funktionsverständnis können unter „Medienintermediär“ vor allem auch (und ohne Anspruch auf Vollständigkeit) die nachfolgenden Dienste gefasst werden: Soziale Netzwerke (bspw. Facebook), Online-Suchmaschinen (bspw. Bing, DuckDuckGo, Google, Yahoo) und Anbieter von nutzergenerierten Inhalten (bspw. YouTube). Diese Aufzählung typischer Dienste zeigt eine breite Diversität in Funktionen und Erscheinungsformen, wobei

verbindendes Element die Vermittlerstellung für meinungsbildungsrelevante Inhalte darstellt.

3. Vorschlag einer Legaldefinition

Aus dem Vorherigen resultiert der folgende Vorschlag für die – gegebenenfalls im Katalog des § 2 RStV niederzulegende – Definition von Medienintermediären: „Medienintermediär ist jeder telemediale Dienst, der Nutzern meinungsbildungsrelevante Inhalte aufgrund von Auswahlentscheidungen präsentiert.“ Falls ein Dienst keine meinungsbildungsrelevanten Inhalte präsentiert, sondern vielmehr nur den Nutzern ohne Einflussnahme die Möglichkeit zur Kommunikation eröffnet (so etwa Blogs und Messenger-Dienste), wäre die hier vorgeschlagene Definition tatbestandlich nicht verwirklicht. Zudem können Medienintermediäre zwar journalistisch-redaktionell tätig sein, müssen dies aber nicht.

Da solche Medienintermediäre zwar bereits bekannte Erscheinungsformen annehmen, diese aber auch ergänzen und erweitern oder auch ganz neue Funktionalitäten entfalten können, soll ein zukunftsöffener Definitionsansatz gewählt werden, der nicht (nur) bestimmte, bereits bekannte Erscheinungsformen von Medienintermediären zum Regelungsgegenstand macht. Im Sinne einer solchen zugangsoffenen Ausgestaltung sollte überdies von einer Bezugnahme auf die Verwendung von Auswahl- und Suchalgorithmen abgesehen werden. Die Verwendung von Algorithmen wäre (jedenfalls) durch das Tatbestandsmerkmal „Auswahlentscheidungen“ mitumfasst. Notwendige Einschränkungen des Anwendungsbereichs, etwa in Abhängigkeit von der Größe und Bedeutung des Dienstleisters, wären in den weiteren Vorschriften zur näheren Ausgestaltung niederzulegen (siehe hierzu nachfolgend sub IV. 3.).

III. Bestehende rechtliche Rahmenbedingungen

Aus rechtlicher Perspektive ist die Frage aufgeworfen, ob und inwieweit eine angemessene Behandlung der Medienintermediäre innerhalb des bestehenden Normregimes möglich ist – oder ob (ergänzend und / oder darüber hinaus) ein gesetzgeberisches Tätigwerden erforderlich ist. Ganz grundsätzlich werden – auch hier – die Auswirkungen der im Mai 2018 in Wirksamkeit erwachsenden Datenschutz-Grundverordnung angemessen zu berücksichtigen sein, dies gilt insbesondere für die Themenkreise der nutzerseitigen Einwilligung sowie der Auskunft- und Informationsansprüche. Dabei

kann und soll das Daten(schutz)recht nachstehend allerdings nicht Gegenstand der Begutachtung sein.

1. Grundrechtliche Rahmung

Im Ausgangspunkt ist festzuhalten, dass die Medienintermediäre bei ihrer medienunternehmerischen Betätigung und der Äußerung von Meinungen – dies kann auch durch und bei der Verwendung von Algorithmen geschehen – selbst Grundrechtsträger, insbesondere von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG, sein dürften. In Ansehung der vom Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung (vgl. etwa BVerfGE 73, 118 (121) – Niedersachsen; 74, 297, (350 f.) – Baden-Württemberg; 83, 238 (302) – WDR) postulierten Dynamik und Entwicklungsoffenheit ist – nicht nur – die Rundfunkfreiheit auf ihre Funktion hin auszugestalten und auszulegen; vor diesem Hintergrund sind auch im Konvergenzzeitalter die Voraussetzungen der Meinungs- und Medienvielfalt sicherzustellen. In diesem Sinne dürften etwa die Medienintermediäre, wenn und soweit sie (jedenfalls auch) eine unterstützende medienrelevante Funktion innehaben, von dem Schutz der Medienfreiheiten auf der Grundlage und am Maßstab von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG profitieren können (siehe insoweit etwa zum grundrechtlichen Schutz des Presse-Grosso-Systems BVerfGE 77, 346 (354) – Presse-Grosso).

Schließlich sind aus verfassungsrechtlicher Perspektive in den Blick zu nehmen sowohl Bindungen für die Medienintermediäre aufgrund von deren herausgehobener Bedeutung für den Meinungsbildungsprozess als auch staatliche Handlungspflichten im Sinne einer Ausgestaltungs- und Gewährleistungsverantwortung (vgl. hierzu vorstehend unter sub III. 1. und zudem BVerfGE 77, 170 (214 f.) – Lagerung chemischer Waffen; 88, 203 (251 ff.) – Schwangerschaftsabbruch II; 92, 26 (46) – Zweitregister; 96, 56 (62) – Vaterschaftsauskunft). Mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts – in Gestalt eines *obiter dictum* in der Fraport-Entscheidung – gilt hiernach: „Je nach Gewährleistungsinhalt und Fallgestaltung kann die mittelbare Grundrechtsbindung Privater einer Grundrechtsbindung des Staates vielmehr nahe oder auch gleich kommen. Für den Schutz der Kommunikation kommt das insbesondere dann in Betracht, wenn private Unternehmen die Bereitstellung schon der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation selbst übernehmen [...]“ (vgl. BVerfGE 128, 226 (249) – Fraport).

2. Kartellrecht

Wegen der vorliegend aufgeworfenen Auswahl- und Zugangsfragen (betreffend insbesondere Informationen und Inhalte, andere Marktstufen und wesentliche Einrichtungen) sowie der marktmächtigen Stellungen sind nunmehr die Möglichkeiten und Grenzen des Kartellrechts in den Blick zu nehmen.

a) Tatbestandsebene: Auf- und Eingreifkriterien

Die Bestimmungen des ökonomisch unterlegten Kartellrechts enthalten in ihren Auf- und Eingreifkriterien keine unmittelbaren Anknüpfungspunkte zur Berücksichtigung des außerökonomischen Leitbilds einer Meinungs- und Medienvielfalt (zu den Diskussionen in der Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz siehe etwa Kreißig, ZGE 8 (2016), 384). Die für den ökonomischen Wettbewerb maßgeblichen Grenzziehungen und Selbststeuerungskräfte können auf dem „Markt“ der Meinungen somit keine vergleichbare(n) Wirkung(en) entfalten.

b) Ökonomischer und publizistischer Wettbewerb

Für den Meinungswettbewerb fehlt es nicht zuletzt an den für den ökonomischen Wettbewerb konstitutiven Angebot-Nachfrage-Beziehungen, da Meinungen von den Nutzern gerade nicht im Austausch gegen ein anderes Gut erworben werden. Somit liegt es bereits im Ausgangspunkt außerhalb der – unmittelbaren – Steuerungsmöglichkeiten des ökonomischen Wettbewerbsrechts, ob und inwieweit sich auf einem privatwirtschaftlichen Medienmarkt die angestrebte Vielfalt durch privatautonome Willensbetätigung der Marktteilnehmer tatsächlich einstellt. Unbeschadet dessen stellt wirtschaftliche (Markt-)Macht einen bedeutsamen, weil leicht operationalisierbaren Indikator für die Bestimmung des Einflusses von Medienintermediären dar.

Ferner droht die ergebnis- und inhaltsbezogene Korrektur von Nachfragepräferenzen zum Zwecke der Förderung einer Medien- und Meinungsvielfalt mit dem für den ökonomischen Wettbewerb zentralen Leitbild der Konsumentensouveränität in Konflikt zu geraten. Schließlich darf generelle Angebotsvielfalt nicht mit individueller Nutzungsvielfalt gleichgesetzt werden, da sich die Rezipienten ihren individuellen Präferenzen entsprechend der verfügbaren Breite an Inhaltsangeboten zwanglos verweigern können (siehe hierzu Paal, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, 2010,

S. 122 ff., 302 ff. m.w.N.). Die vor diesem Hintergrund bestehenden Limitierungen im Schutzgehalt des ökonomisch ausgerichteten Wettbewerbsrechts werden mit Blick auf das Fernsehen durch die Vorschriften betreffend die rundfunkspezifische Konzentrationskontrolle im Rundfunkstaatsvertrag (Medienkonzentrationskontrolle, dazu sogleich sub III. 3.) – jedenfalls teilweise – kompensiert.

c) Wesentliche Einrichtungen

Zu thematisieren ist im untersuchungsgegenständlichen Kontext von Auswahl-, Präsentations- und Zugangskonstellationen der kartellrechtliche Umgang mit wesentlichen (Infrastruktur-)Einrichtungen, sprich die Essential-Facilities-Doktrin, welche im deutschen Recht in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB verankert ist. Als zentrale Kriterien zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen gelten hier, dass (1) die Zugangsverweigerung geeignet sein muss, auf dem nachgelagerten Markt jeglichen Wettbewerb durch denjenigen, der den Zugang begehrt, auszuschalten; die Zugangsverweigerung darf (2) nicht objektiv zu rechtfertigen sein und schließlich darf (3) für die wesentliche Einrichtung kein tatsächlicher oder potenzieller Ersatz bestehen (vgl. EuGH, Slg. 1998, I-7791 (Rn. 41) – Bronner).

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob Medienintermediäre als solche wesentlichen (Infrastruktur-)Einrichtungen im Kommunikations- und Informationsprozess eingestuft werden können und sollen (für Suchmaschinen hierzu etwa Heinemann, Google als kartellrechtliches Problem, 2015, S. 39 f.; Körber, WRP 2012, 761 (765 f.); Höppner, WRP 2012, 625 (637 f.); Paal, GRUR 2013, 873 (877); Wiebe, MR-Int 2007, 179 (182)). Dabei ist festzuhalten, dass – abgesehen von der Feststellung des Vorliegens einer solchen wesentlichen Einrichtung – grundsätzlich nur vertikale Konstellationen in Gestalt von vor- und nachgelagerten Märkten umfasst werden (siehe unten sub IV. 1. c)).

3. Medienkonzentrationsrecht

Für eine Anwendung (und gegebenenfalls darüber hinaus eine Übertragung, hierzu sub IV. 3.) des im RStV niedergelegten Ansatzes zum Schutz der Meinungsbildungsfreiheit und der kommunikativen Chancengleichheit auf Medienintermediäre spricht das Bedürfnis nach einer angemessenen Einbeziehung des meinungsbildenden Einflusses in den (wettbewerbs-)rechtlichen Ordnungsrahmen. Dabei passt das auf die Verhinderung von vorherrschender Meinungsmacht im bundesweiten privaten Fernsehen ausgerichtete Normregime des

geltenden RStV (§§ 25 ff.) allerdings weder tatbestandlich noch sanktionsbezogen für die hier untersuchungsgegenständliche Konstellation der Medienintermediäre.

a) Tatbestand und Sanktionen

So heben die §§ 25 ff. RStV bereits im Ausgangspunkt zur Vielfaltssicherung vornehmlich ab auf Zulassung, Programme und Zuschaueranteile. Auf Sanktionsebene wird zum Zwecke der Vielfaltssicherung neben der Abgabe von Beteiligungen (vgl. § 26 Abs. 4 RStV) abgestellt auf die Etablierung von Programmbeiräten und die Einräumung von Drittsendezeiten (vgl. §§ 30–32 RStV). Für die Medienintermediäre greifen dezidiert andere rechtstatsächliche Gegebenheiten und Notwendigkeiten, welche der direkten oder analogen Anwendung des bestehenden Normregimes auf die Medienintermediäre somit entgegenstehen.

b) Medienintermediäre als eigene Kategorie

Die Medienintermediäre sind ihrerseits nach (zutreffender) herrschender Meinung keine Inhaltenanbieter bzw. Medien im klassischen Sinne; es fehlt insoweit vor allem an der charakteristischen publizistischen Tätigkeit auf Publikumsmärkten für meinungsbildungsrelevante Inhalte. Vielmehr erbringen die Medienintermediäre demgegenüber die Dienstleistung einer Auswahl (und Hierarchisierung) von Informationen zum Zwecke der Präsentation für die Nutzer.

Diese Dienstleistung in Gestalt einer Vermittlungsfunktion hat allerdings mittelbar einen erheblichen Einfluss auf die Meinungsbildung und wird zudem vielfach erbracht, ohne dass die Kriterien und Motivlagen für die Auswahlentscheidungen hinreichend transparent gemacht würden. Die Gefährdungspotenziale für die Vielfaltssicherung liegen in Ansehung der Medienintermediäre somit vornehmlich in deren „Gatekeeper-Stellung“ (siehe hierzu oben sub I. 2.). Es handelt sich nach alledem um eine den Sachverhalten der rundfunkstaatsvertraglichen Plattformregulierung hinreichend verwandte Konstellation, um nachfolgend das entsprechende Normregime näher zu beleuchten.

4. Plattformregulierung im Rundfunkstaatsvertrag

Die Vorschriften des RStV erfassen *de lege lata* die Medienintermediäre – und deren Algorithmen – allenfalls mittelbar. Besondere (inhaltliche) Anforderungen gelten etwa (nur) für

Plattformen (i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV) und Telemedien mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten (vgl. § 54 Abs. 2 S. 1 RStV). Unter diese legaldefinierten Kategorien fallen allerdings Medienintermediäre (wie etwa Suchmaschinenbetreiber bzw. Anbieter Sozialer Netzwerke) nach – zutreffender – herrschender Meinung nicht (vgl. Lent, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, 18. Edition (Stand: 1.11.2017), § 54 RStV Rn. 4 ff.; Paal, ZRP 2015, 34 (37)). Folgerichtig entfalten die gesetzlichen Rahmenbedingungen für Plattformen (i.e. §§ 52 ff. RStV) mit ihren Bestimmungen zu Verantwortlichkeit und Belegung, Zugang und Entgelt keine vielfaltssichernden Wirkungen für Medienintermediäre (vgl. Müller-Terpitz, AfP 2017, 380 (382)).

5. Maßgaben des Telemediengesetzes

Nach § 6 Abs. 1 des Telemediengesetzes (TMG) sind Telemedien – so unter anderem auch die Suchmaschinen-Anbieter (vgl. Paal, AfP 2011, 521 (529)) – dazu verpflichtet, kommerzielle Kommunikation als solche erkennbar zu machen. Von dieser Transparenzwirkung umfasst sind allerdings keine internen Gestaltungsentscheidungen betreffend die Auswahl-, Reihungs-, Präsentations- und Suchkriterien von (Medien-)Intermediären.

IV. Regulierungsoptionen und Handlungsempfehlungen

Nachfolgend sind nunmehr auf der Grundlage und nach Maßgabe der bisherigen Untersuchungsergebnisse konkrete Regulierungsoptionen herauszuarbeiten sowie Handlungsempfehlungen im Kontext von Medienintermediären und Vielfaltssicherung aufzuzeigen sowie zu analysieren. Hierbei stehen sämtliche Überlegungen unter der Prämisse, dass die Vielfalt – und deren Voraussetzungen – ermöglicht bzw. aufrechterhalten werden sollen.

1. Kartellrecht

Für das Kartellrecht ist eine *de lege ferenda* vorzunehmende Kodifizierung der Medienvielfalt als Regelungsziel bereits in Betracht gezogen worden (vgl. den Zwischenbericht der Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz (Dezember 2015), S. 23; anders – nämlich ohne die entsprechende Passage – aber der endgültige Kommissions-Bericht von Juni 2016). Ein solcher gesetzgeberischer Schritt würde (auch) Auswirkungen auf die kartellrechtliche Erfassung

von Medienintermediären und die damit verbundenen meinungs(bildungs)freiheitlichen Aspekte nach sich ziehen. So könnte in Betracht kommen, konkret vielfaltsbezogene Verbotstatbestände in die Missbrauchs- und die Fusionskontrolle aufzunehmen. Ferner könnte im Rahmen des Kartellverbots erwogen werden, allfällige Rechtfertigungen auf Vielfaltsüberlegungen zu stützen. Allerdings begegnen solche Erwägungen erheblichen sowohl norm- und systeminduzierten als auch gesetzgebungskompetenziellen Bedenken.

a) Norm- und systeminduzierte Grenzen

Zunächst sind (auch) für die Sicherung von Meinungsbildung und Meinungsvielfalt die Grenzen des Kartellrechts zu beachten (zu allfälligen Regulierungsoptionen im Medienkonzentrationsrecht Paal, ZRP 2015, 34 (37 f.); ders., AfP 2014, 389 (390 ff.)). So liegt es – sowohl norm- als auch systeminduziert – insbesondere außerhalb der (unmittelbaren) Steuerungsmöglichkeiten des Wettbewerbsrechts, ob und inwieweit sich auf privatwirtschaftlich organisierten Märkten die angestrebte publizistische Vielfalt durch privatautonome Willensbetätigung der Marktteilnehmer tatsächlich einstellt (siehe hierzu bereits vorstehend sub III. 2. a)).

b) Kompetenzen und Dogmatik

Weiterhin bestehen gravierende kompetenzielle Hinderungsgründe in Ansehung der legislativen Länderzuständigkeit für die Mediensachverhalte und der Zuständigkeit des Bundes für die Verhinderung des Missbrauchs von wirtschaftlichen Machtstellungen (Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG). Überdies drohen auch in materiell-rechtlicher Hinsicht erhebliche rechtsdogmatische Friktionen und Widersprüche, wollte man die Zielsetzung der publizistischen Vielfaltssicherung tatbestandlich unmittelbar in das ökonomisch ausgerichtete Kartellgesetz implementieren.

Ferner handelt es sich bei der Absicherung des ökonomischen Wettbewerbs einerseits und bei der medienbezogenen publizistischen Vielfaltssicherung andererseits um parallel anwendbare Normkomplexe mit – teilweise – konfligierenden Regelungszielen (vgl. Paal, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, S. 302 ff. m.w.N.). Schließlich sind die Herausforderungen im rechtlichen Mehrebenensystem zu beachten, falls das nationale Kartellrecht insoweit in Ansehung der Vielfaltssicherung von den europäischen Vorgaben abweichend ausgestaltet werden sollte.

c) Wesentliche Einrichtungen

Es kann erwogen werden, ob und inwieweit die kartellrechtliche Fallkonstellation der „wesentlichen Einrichtung“ (siehe hierzu vorstehend unter III. 2. c)) eine modernisierende Anwendung verträgt und erfordert. So mögen solche Konstellationen der Digitalökonomie, die regelmäßig gekennzeichnet sind durch einen hohen Kontrahierungsdruck ohne Ausweichmöglichkeiten für die unterschiedlichen Nutzergruppen, in Marktmachtsachverhalten eine Aktualisierung der Normanwendungspraxis erforderlich machen, um auf diese Weise die rechtstatsächlichen Gegebenheiten zutreffend erfassen zu können.

Vor diesem Hintergrund mögen die Argumente und Maßgaben zur Behandlung von Zugangsfragen bei von Marktmacht geprägten Sachverhalten auch und gerade für die bei Medienintermediären aufgeworfenen Fragen fruchtbar gemacht werden. In diesem Sinne wäre dann überdies die Diskussion über – erhöhte – Verantwortlichkeiten (und damit einhergehende Verpflichtungen) von marktdominanten Medienintermediären im System der Vielfaltssicherung zu reflektieren und einzubeziehen.

2. Medienkonzentrationsrecht

Es ist bereits festgestellt worden (siehe insbesondere vorstehend sub III. 3. a)), dass das auf die Verhinderung von vorherrschender Meinungsmacht im bundesweiten privaten Fernsehen ausgerichtete Normregime des geltenden RStV weder tatbestandlich noch sanktionsbezogen mit der Konstellation der Medienintermediäre kompatibel ist. Vor diesem Hintergrund stößt der von der AG Intermediäre in der Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz vornehmlich verfolgte Ansatz einer vielfaltssichernden Regulierung über eine Erweiterung des geltenden Medienkonzentrationsrechts (vgl. Bericht der Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz, 2016, S. 31 ff.) auf grundsätzliche Bedenken.

a) Ansatz der Bund-Länder-Kommission

Nach den Überlegungen der Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz soll für die Einbeziehung von (Medien-) Intermediären in das Medienkonzentrationsrecht relevant sein, ob ein (Medien-)Intermediär meinungsbildungsrelevante Inhalte zugänglich und/oder auffindbar macht und welches Einflusspotenzial der (Medien-)Intermediär hat.

Als normative Anknüpfungspunkte werden – unter anderem – benannt die Berücksichtigung von (Medien-)Intermediären als medienrelevante verwandte Märkte, die Einbeziehung in die Betrachtung des (Gesamt-)Meinungsmarktes sowie die Ergänzung bestehender Regelungen um eine weitere Kategorie von Meinungsmacht, i.e. Meinungsmacht durch Aufmerksamkeitssteuerung.

b) Bewertung und Stellungnahme

Fraglos können auch in Ansehung der Medienintermediäre klassische Fragen der Medienkonzentrationskontrolle entstehen, wenn und soweit vorherrschende Meinungsmacht aus der Betätigung von Medienintermediären erwächst. So mag im Ausgangspunkt die Einbeziehung der Medienintermediäre in das etablierte Medienkonzentrationsrecht (i.e. §§ 25 ff. RStV) bzw. die Ausweitung des Medienkonzentrationsregimes in Gestalt einer negativen Vielfaltsicherung durch Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht erwogen werden.

Die Anknüpfung an das Medienkonzentrationsrecht über die medienrelevanten verwandten Märkte (vgl. § 26 Abs. 2 S. 2 RStV) und einen „Meinungsmarkt“ (unter Einschluss der Aufmerksamkeitssteuerung) bleibt allerdings zum einen dem überkommenen fernsehzentrierten Modell verhaftet. Zum anderen – und dies wiegt noch schwerer – werden die dem Tätigwerden der Medienintermediäre innewohnenden Gefährdungspotenziale für die Vielfaltssicherung nicht hinreichend passgenau adressiert. Denn für die Medienintermediäre – allfälligen Konzentrationstendenzen auf der Ebene des Konsums von meinungsbildungsrelevanten Inhalten strukturell vorgelagert – sind vor allem die Auswahl-, Präsentations- und Zugangsfragen relevant und kritisch.

Schließlich greifen spätestens auf der Ebene der praktischen Implementierung eines solchen Ansatzes erhebliche Bedenken: In den vorgenannten Konstellationen wäre neben einer Ermittlung auch eine Gewichtung der Nutzeranteile bzw. der Einflussnahme auf die Nutzer erforderlich; die hieraus erwachsenden Herausforderungen sind offenkundig gewichtig und dürften die Operationalisierung der vorgenannten Kriterien nicht nur unerheblich erschweren (siehe hierzu auch Müller-Terpitz, AfP 2017, 380 (383)).

c) Plattformregulierung als Vorbild

Richtigerweise werden die aufgeworfenen Fragen der Auswahl, Steuerung und Präsentation sowie des Zugangs näher an der im

RStV bereits für die Plattformen statuierten Regulierungslogik zu verorten sein. Denn es geht bei den Medienintermediären um dem nutzerseitigen Medienkonsum vorgelagerte Konstellationen, und nicht um klassische Rundfunkinhalte: Medienintermediäre sind keine Inhaltenanbieter oder Medien im klassischen Sinne; so wird gerade keine typische publizistische Tätigkeit auf Publikumsmärkten für meinungsbildungsrelevante Inhalte erbracht.

Die Gefährdungslagen für die Vielfaltssicherung liegen in Ansehung der Medienintermediäre somit vornehmlich in deren Schlüsselstellung als Gatekeeper und sind jedenfalls im Ausgangspunkt den Sachverhalten der Plattformregulierung nach Maßgabe des RStV verwandt. Zugleich wird zu fragen sein, ob und inwieweit die Logik der Plattformregulierung einer Erweiterung und Modifikation bedarf, um den spezifischen Charakteristika der Medienintermediäre gerecht werden zu können.

Für Medienintermediäre wird insoweit insbesondere zu diskutieren sein, ob und inwieweit Auswahl, Präsentation und Zusammenstellung von meinungsrelevanten Inhalten in Ansehung der Wahrnehmungssteuerung für die Nutzer reguliert werden sollen. Zur Umsetzung dieser Überlegungen ist die Etablierung eines eigenständigen Regelungskomplexes zur Vielfaltssicherung bei Medienintermediären im RStV anzuempfehlen.

3. Eigener Regelungskomplex im Rundfunkstaatsvertrag

Empfehlenswert erscheint die Einführung neuer Regelungen im RStV durch Kodifikation eines eigenen Abschnitts für sämtliche Medienintermediäre (etwa als §§ 52f ff. RStV) betreffend die Fragen der Vielfaltssicherung und der kommunikativen Grundversorgung sowie Chancengleichheit bei elektronischen Informations- und Kommunikationsdiensten. Mit der Etablierung eines eigenständigen Regelungskomplexes für Medienintermediäre könnte dem besonderen Einflusspotenzial und der Bedeutung der Auffindbarkeits- und Wahrnehmbarkeitssteuerung für die Vielfaltssicherung belastbar Rechnung getragen werden. Zu diesem Zwecke wäre zunächst zur Festlegung des Anwendungsbereichs entsprechender Vorschriften der Begriff „Medienintermediär“ gesetzlich zu definieren.

a) Existierende Regulierungsvorschläge

Bereits vorgelegte Vorschläge zur Reaktion auf die beschriebenen vielfaltsrelevanten Gefahrenpotenziale von (Medien-)Intermediären reichen von einer dicht(er)en Regulierung speziell von

Landesanstalt für Medien Nordrhein-Westfalen (LfM)

Prof. Dr. Boris P. Paal, M.Jur. (Oxford) | Intermediäre: Regulierung und Vielfaltssicherung

Suchmaschinen – diskutiert werden hier vor allem auch Vorgaben für die Gestaltung des Suchalgorithmus (hierzu Danckert/Meyer, MMR 2010, 219; Kreile/Thalhofer, ZUM 2014, 629; Paal, AfP 2011, 521) sowie allfällige Deklarations- bzw. Transparenzpflichten (so Schulz/Dankert, Die Macht der Informationsintermediäre, 2016, S. 74 f.) – bis hin zur Verabschiedung von umfassenden Normregimen zum Schutz der Medienvielfalt (vgl. Dörr/Natt, ZUM 2014, 829; Dörr/Schuster, in: Stark u. a., Die Googleisierung der Informationssuche, S. 262 ff.). Der Fokus der Betrachtungen lag dabei bislang durchgehend vornehmlich auf den Suchmaschinen; einen entsprechenden Vorschlag zur Vielfaltssicherung bei Suchmaschinen hat etwa Kreile im Januar 2017 vorgelegt (vgl. Kreile, ZUM 2017, 268), wobei insofern in der Sache hier wohl von einer *Plattformregulierung* ausgegangen wird.

b) Anwendungsbereich und allgemeine Anforderungen

Zur Bestimmung des sachlichen Anwendungsbereichs wird in diesem Gutachten zunächst vorgeschlagen, den Begriff „Medienintermediär“ – vorzugsweise in § 2 RStV – legal zu definieren als „jeder telemediale Dienst, der Nutzern meinungsbildungsrelevante Inhalte aufgrund von Auswahlentscheidungen präsentiert“ (siehe zu der vorgeschlagenen Legaldefinition bereits vorstehend sub II. 3.).

Ausgehend von diesem Medienintermediär-Begriff könnte ein Regelungsregime statuiert werden, das Anforderungen an und Anzeigepflichten für Medienintermediäre ebenso enthält wie ein abgestuftes, vorzugsweise vornehmlich auf Nutzerzahlen abhebendes Schutzkonzept. Es wäre in diesem Sinne unter anderem auch festzulegen, dass Medienintermediäre zulassungs- und anmeldefrei sind sowie die verfassungsmäßige Ordnung, die Vorschriften der allgemeinen Gesetze und die gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der persönlichen Ehre einzuhalten haben.

c) Vielfaltssichernde Generalklausel

Das Kernstück eines neu zu schaffenden Regelungskomplexes für Medienintermediäre sollte die Etablierung einer vielfaltssichernden Generalklausel bilden. Hierbei könnten die Erfahrungen aus vergleichbaren Konstellationen betreffend Zugangsfragen fruchtbar gemacht werden, so etwa durch Einbeziehung der Erkenntnisse aus der rundfunkstaatsvertraglichen Plattformregulierung und der kartellrechtlichen Behandlung von sog. „wesentlichen Einrichtungen“

(hierzu bereits vorstehend unter sub III. 2. c)). Hervorgehobener Anknüpfungspunkt einer solchen vielfaltssichernden Generalklausel wäre vorzugsweise die Meinungsbildungsrelevanz des betreffenden Medienintermediärs, um hieran ein System von abgestuften Verpflichtungen betreffend Auswahl, Reihung und Präsentation von Inhalten anknüpfen zu können.

Es bietet sich insoweit ganz grundsätzlich an, allfällige Eingriffshürden und Sanktionsmaßnahmen in Abhängigkeit von der konkreten Meinungsbildungsrelevanz der Medienintermediäre zu bestimmen. Konkret sollte hierbei abgestellt werden auf die „Meinungsmacht“ im Sinne einer Nutzerreichweite. Demgegenüber dürften auf Umsatzschwellenwerte abstellende Regulierungsansätze, die unzweifelhaft leicht(er) operationalisierbar wären, den systematischen Leitgedanken der Vielfaltssicherung nicht hinreichend abbilden. Durch die Verankerung von gesetzlichen Vermutungsregeln und Regelbeispielen könnten in diesem Zusammenhang eine Erhöhung der Rechtssicherheit und eine erleichterte Rechtsanwendung erreicht werden.

d) Diskriminierungsfreiheit

Ein besonderer Schwerpunkt der Neuregelung wird auf der Herstellung von Diskriminierungsfreiheit bei der Auswahl, Reihung und Präsentation von meinungsbildungsrelevanten Inhalten durch Medienintermediäre liegen müssen. Für Medienintermediäre existieren neben den Möglichkeiten auch erhebliche Anreize zur Verwendung von technischen Differenzierungspotenzialen. Eine entsprechende Ausrichtung der Algorithmen ermöglicht etwa die Bevorteilung von eigenen oder fremden Inhalten auf Sekundär- und Drittmärkten sowie damit allfällige Diskriminierungen. Zu statuieren sein wird vor diesem Hintergrund ein allgemeiner Grundsatz der Diskriminierungsfreiheit für Medienintermediäre, wonach Auswahl, Reihung und Präsentation – jedenfalls – von meinungsbildungsrelevanten Inhalten dem Gleichbehandlungsgebot unterfallen.

Die vorbenannte weitreichende Absicherung der Diskriminierungsfreiheit wird zudem auch und gerade die Ausgestaltung der algorithmischen Entscheidungs- und Empfehlungssysteme zu umschließen haben, so dass Manipulationen erschwert und möglichst verhindert werden (können). Besondere Herausforderungen werden dabei nicht zuletzt auch die Entwicklungen der Künstlichen Intelligenz mit sich bringen, wenn und soweit algorithmische Entscheidungssysteme autonome Entwicklungsprozesse durchlaufen: Aufgeworfen sind grundsätzliche

Fragen nach der Markt- und Meinungsmacht der Medienintermediäre, wobei in diesem Zusammenhang mitunter sogar eine „Neutralität“ eingefordert wird.

(1) Forderungen nach Neutralität

Mit dem mitunter formulierten Desiderat einer Neutralität, etwa für Suchmaschinen, verbindet sich der Wunsch nach einer „objektiven“, gleichsam „natürlichen“ Reihung der Anzeigen und Angebote in entsprechenden (Ergebnis-)Listen. Allerdings ist eine absolute Objektivität bei der Auswahl und Reihung von vornherein weder möglich noch überhaupt wünschenswert, denn die Algorithmen erfordern bestimmte Festlegungen – und sollen zudem gerade eine Hierarchisierung bewirken. Einzufordern ist folgerichtig nicht etwa eine Neutralität der Medienintermediäre, sondern vielmehr eine Neutralisierung (so auch Schulz, AfP 2017, 373 (379)) der notwendigen Differenzierungen im Sinne einer Diskriminierungsfreiheit.

Da die Auswahl der maßgeblichen Parameter stets eine Wertungsentscheidung darstellt, verschiebt sich der Maßstab der Beurteilung richtigerweise auf die Frage, welche Suchparameter und Einflussnahmen rechtlich zulässig sein sollen und können (siehe hierzu für Suchmaschinen etwa Paal, Suchmaschinen, Marktmacht und Meinungsbildung, 2012, S. 27 ff.). Fraglich ist, welche Kriterien bei der Abgrenzung von zulässigen und unzulässigen Ungleichbehandlungen herangezogen werden können und sollen. Für Ungleichbehandlungen ist somit jedenfalls grundsätzlich ein rechtlich belastbarer sachlicher Differenzierungsgrund einzufordern.

(2) Zugangsfreiheit

Einen Orientierungspunkt bieten könnten die Vorgaben zu einer – technischen – Zugangsfreiheit in § 52c Abs. 1 Satz 1 und 2 RStV, wonach Anbieter von Plattformen, die Rundfunk und vergleichbare Telemedien verbreiten, zu gewährleisten haben, dass die eingesetzte Technik ein vielfältiges Angebot ermöglicht, wobei zur Sicherung der Meinungs- und Angebotsvielfalt Anbieter von Rundfunk und vergleichbaren Telemedien einschließlich elektronischer Programmführer weder unmittelbar noch mittelbar durch konkret benannte technische Vorgaben bei der Verbreitung ihrer Angebote unbillig behindert oder gegenüber gleichartigen Anbietern ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich behandelt werden dürfen.

(3) Mögliche Rechtfertigungs- bzw. Differenzierungsgründe

Zum Zwecke der Absicherung des auf einer vielfältigen Informationsgrundlage erfolgenden, unverfälschten Meinungsbildungsprozesses ist die – unmittelbare oder mittelbare – sachwidrige Behinderung und Ungleichbehandlung von Inhalte- und Leistungsanbietern auszuschließen. Rechtfertigende Gründe für zulässigerweise differenzierende Behandlungen mögen etwa zu finden sein in technischen Erfordernissen oder angebotsbezogenen Relevanzkriterien; demgegenüber dürfte die Bevorzugung von Inhalten aufgrund einer Entgeltzahlung oder wegen sonstiger Vergünstigungen regelmäßig als diskriminierend einzustufen sein.

e) Transparenzvorgaben

Verbesserungswürdig sind überdies grundsätzlich die informationsbezogenen Grundlagen für eine qualifizierte Ausübung der Handlungs- und Auswahlfreiheit der Nutzer vermittels einer Vergleichbarkeit der Leistungen, die den Qualitätswettbewerb durch Transparenz regelmäßig erst eröffnet. Hierbei sind insbesondere zum Nachteil der Nutzer bestehende Informationsasymmetrien aufzulösen oder jedenfalls abzubauen, so etwa durch die Benennung (und gegebenenfalls auch Erläuterung) der Kriterien zur Sortierung, Anordnung und Abbildung von Inhalten sowie durch die geeignete Kennzeichnung eigener Inhalte. Die vorbenannte vielfaltssichernde Generalklausel für Medienintermediäre könnte insoweit unter anderem auch durch (erweiterte) Kennzeichnungs- und Transparenzpflichten für Algorithmen umgesetzt bzw. effektiert werden (hierzu Drexl, MPIIC Research Paper No. 16-16, S. 24, 28; Schulz/Dankert, Die Macht der Informationsintermediäre, 2016, S. 74 f.).

Im Kontext der Etablierung von erweiterten Transparenzpflichten für Medienintermediäre – unter Einschluss der Deklaration der entscheidungsleitenden Maximen bei der Auswahl und Anzeige von Inhalten und Informationen – sind allerdings zugleich die verfassungsrechtlich geschützten Interessen der Anbieter bzw. Betreiber an der Wahrung der Vertraulichkeit im Blick zu behalten; dies gilt vor allem auch für eine mitunter diskutierte Verpflichtung zur Offenlegung der Algorithmen.

4. (Ko-regulierte) Selbstregulierung

Ergänzend ist zu denken an – gegebenenfalls ko-regulierte – Ansätze der Selbstregulierung, die allerdings dogmatisch stets grundsätzliche Fragen nach der rechtsförmlichen Umsetzung, der Rechtsverbindlichkeit der erarbeiteten Empfehlungen und der

Rechtsgeltung ohne staatliche Rechtsetzung (sog. soft law) aufwerfen. Als weiteres Element einer (ko-regulierten) Selbstregulierung kommt die Festlegung von Selbstverpflichtungen durch einen Verhaltenskodex für Medienintermediäre in Betracht. Vorzugswürdig erscheint in diesem Kontext die Einbindung und Beteiligung der Landesmedienanstalten. Komplementär könnte die Etablierung von Beschwerde- bzw. Ombudsstellen sowie sonstigen (alternativen) Konfliktlösungsmechanismen erwogen werden.

5. Privilegierung bestimmter (besonders wertvoller) Inhalte

Weiterführende Überlegungen betreffen die Frage(n), ob und inwieweit bei der rundfunkstaatsvertraglichen Regulierung von Medienintermediären eine positive Diskriminierung im Sinne einer Bevorzugung von als besonders wertvoll bzw. meinungsbildungsrelevant einzustufenden (Public Value-)Informationen erfolgen soll. Offenkundig wären neben den hieraus möglicherweise erwachsenden Eingriffen in die Kommunikations-, Berufs- und Handlungsfreiheit(en) der Medienintermediäre insoweit auch grundsätzliche Fragen nach der Bestimmung, Auswahl und Gewichtung solcher privilegierten Informationen zu adressieren.

Materiell-rechtlich könnte überlegt werden, ob Medienintermediären, etwa bei einer hohen Nutzerreichweite, besondere Pflichten zur Anzeige von bestimmten, der Vielfalt in besonderem Maße zuträglichen Inhalten auferlegt werden sollen (vgl. die Regelungen zur Einräumung von Drittsendezeiten in § 26 Abs. 5 i.V.m. § 31 RStV). Alternativ oder komplementär sind anreizbasierte Lösungen in den Blick zu nehmen, wonach bei der Erbringung von vielfaltsförderlichen Leistungen die Medienintermediäre in den Genuss bestimmter Privilegierungen gelangen können. Thematisch eng verwandt mit den hierdurch aufgeworfenen Fragestellungen ist die Auseinandersetzung mit der Behandlung von Inhalten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten durch Medienintermediäre.

V. Kompetenz(en) für eine unionale Vielfaltssicherung

Befasst man sich mit einer etwaigen europäischen Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Vorschriften zur Vielfaltssicherung im Medienbereich, so stellt sich zunächst die – insoweit vorgreifliche – Frage nach dem Vorhandensein einer diesbezüglichen Kompetenz der Unionsorgane. Denn nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, das in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 EUV niedergelegt ist, können die Unionsorgane grundsätzlich nur dort rechtsetzend tätig

werden, wo eine entsprechende legislative Kompetenz besteht. Zudem können Maßnahmen zur europäischen Harmonisierung stets nur grenzüberschreitende Sachverhalte erfassen, woraus sich eine weitere Beschränkung der insoweit erzielbaren Schutzbereichweite ableiten lässt.

1. Ausdrückliche Regelungskompetenz

Eine ausdrückliche Regelungskompetenz der Union für den Mediensektor im Allgemeinen sowie zu einer medienbezogenen Vielfaltssicherung im Besonderen lässt sich dem Unionsrecht nicht entnehmen (vgl. in diesem Sinne EG-Kommission, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003) 270 endg., S. 26: „Derzeit enthält das abgeleitete Gemeinschaftsrecht keine Bestimmungen zum unmittelbaren Schutz des Medienpluralismus.“).

Aus kompetenziellen Gründen können deshalb allfällige Vorschriften des nationalen Rechts auf europäischer Ebene grundsätzlich nicht überspielt werden. Das europäische Kompetenzregime mag allenfalls eine an ökonomischen Kriterien ansetzende Regelung mit der Zielsetzung der Verwirklichung des Binnenmarktziels tragen. Bei einer solchen Regelung würden publizistische Vielfaltsaspekte – etwa über die Grundfreiheiten oder das Wettbewerbsrecht (siehe hierzu etwa Art. 21 Abs. 4 UAbs. 2 der Fusionskontroll-Verordnung Nr. 139/2004) – jedoch (nur) mittelbar adressiert werden können.

2. Rückgriff auf die Kulturkompetenz

Durch Art. 167 AEUV (ex Art. 151 EGV) werden den Unionsorganen zwar Kompetenzen für den Kulturbereich übertragen. Die kulturbezogene Kompetenz der Union wird aber eröffnet und zugleich begrenzt durch Art. 167 Abs. 2 AEUV, welcher in insgesamt vier Spiegelstrichen enumerativ diejenigen Bereiche benennt, in denen die Union fördernd, unterstützend und ergänzend tätig werden kann.

Die der Union insoweit eingeräumten Kompetenzen beschränken sich daher anerkanntermaßen auf Förderungs-, Unterstützungs- und Ergänzungsmaßnahmen, wobei nach Art. 167 Abs. 5 Spiegelstrich 1 AEUV etwaige Harmonisierungsmaßnahmen sogar ausdrücklich ausgeschlossen sind. Eine umfassende Kompetenz der Union zur Regelung von medienbezogenen Fragestellungen unter Einschluss der Vielfaltssicherung kann aus Art. 167 AEUV somit nicht abgeleitet werden.

3. Rückgriff auf die Kompetenzergänzungsklausel

Auf die Kompetenzergänzungsklausel aus Art. 352 AEUV kann ebenfalls keine unmittelbare Kompetenz zur Sicherung von Medienvielfalt „im Rahmen des Gemeinsamen Marktes“ gestützt werden. Denn bei der Medienvielfalt handelt es sich nicht um eine der in Art. 2–4 EUV niedergelegten Zuständigkeiten, Tätigkeiten und Zielsetzungen der Union.

4. Rückgriff auf die EU-Grundrechte-Charta

Ferner eröffnet auch Art. 11 Abs. 2 GRCh keine eigenständige Kompetenz der Unionsorgane zu einer Vielfaltssicherung im Medienbereich, denn die kompetenzielle Zuständigkeit zur Vielfaltssicherung verbleibt grundsätzlich bei den Mitgliedstaaten, weshalb die Bestimmung (nur) als ein klassisches Abwehrrecht wirkt.

5. Zwischenergebnis

Gemäß den vorherigen Ausführungen kommt der Europäischen Union (gegenwärtig) keine Regelungskompetenz für Maßnahmen zu einer unmittelbaren publizistischen Vielfaltssicherung zu. In diesem Sinne hat die EG-Kommission bereits in ihrem Grünbuch „Pluralismus und Medienkonzentration“ deutlich zum Ausdruck gebracht, dass nach ihrer Auffassung auf europäischer Ebene keine Kompetenz zu einer direkten, unmittelbaren Vielfaltssicherung im Medienbereich besteht: „Das einzige Ziel der Aufrechterhaltung des Medienpluralismus an sich stellt weder ein Gemeinschaftsziel dar, noch gehört dies zu den im EWG-Vertrag oder dem Vertrag über die Europäische Union vorgesehenen Befugnissen der Gemeinschaft [...]“ (EG-Kommission, Grünbuch „Pluralismus und Medienkonzentration im Binnenmarkt – Bewertung der Notwendigkeit einer Gemeinschaftsaktion“, KOM (92) 480 endg., S. 57).

Ob und inwieweit für den Medienbereich eine mittelbare Vielfaltssicherung durch einen kompetenziellen Rückgriff auf die Verwirklichung des Binnenmarktziels erfolgen kann (siehe hierzu bereits vorstehend sub 1.), soll und muss hier nicht weiter vertieft werden. Denn jedenfalls liegen entsprechende Rechtssetzungsakte der Europäischen Union bislang nicht vor und sind – soweit ersichtlich (siehe hierzu auch nachstehend sub VI. 1.) – überdies auch nicht geplant.

VI. Internationale Anwendbarkeit

Die neu zu schaffenden vielfaltssichernden Regelungen im RStV sollten zur Erzielung einer möglichst großen Wirksamkeit und zur Verhinderung von Umgehungsmaßnahmen so ausgestaltet werden, dass keine wie auch immer geartete Beschränkung auf nur im Inland ansässige Anbieter erfolgt. Für den Fall einer solchen umfassenden Anwendbarkeit in Konstellationen der bestimmungsgemäßen Abrufbarkeit der Inhalte im Inland fänden die Regelungen (auch) auf solche Anbieter Anwendung, die in anderen Staaten, sei es innerhalb oder außerhalb der EU, ansässig sind.

Nachfolgend wird untersucht, welche Vorgaben zur internationalen Anwendbarkeit der Regulierung von Medienintermediären aus dem Recht der EU und aus völkerrechtlichen Verträgen ableitbar sind.

1. Maßgaben der Richtlinie für audiovisuelle Mediendienste

Zunächst ist festzuhalten, dass die regelungsgegenständlichen Medienintermediäre grundsätzlich keine Anbieter von audiovisuellen Mediendiensten (sprich Mediendiensteanbieter) im Sinne von Art. 1 und 2 der AVMD-RL (Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste, ABl. EU Nr. 95/1 vom 15.4.2010) sind. Folglich wird auch das Sendestaatsprinzip, das vor allem in Art. 2 Abs. 1 AVMD-RL einen normativen Niederschlag gefunden hat, für die hier aufgeworfenen Fragen der vielfaltssichernden Regulierung von Medienintermediären keine Wirkung entfalten.

Überdies ist in Ansehung der Vielfaltssicherung für das Verhältnis der Unionsebene zu den Mitgliedstaaten auf Folgendes zu verweisen: Nach der Vorschlagsfassung der Europäischen Kommission soll für die Änderung der AVMD-RL (EU-Kommission, COM(2016) 287 final) ein neuer Erwägungsgrund Nr. 38 zum Ausdruck bringen, dass die Regelungsmöglichkeit der Mitgliedstaaten unberührt bleibt, „Verpflichtungen zur Gewährleistung der Auffindbarkeit und Zugänglichkeit von Inhalten aufzuerlegen, die nach festgelegten Zielen des allgemeinen Interesses wie Medienpluralismus, Meinungsfreiheit und kulturelle Vielfalt von allgemeinem Interesse sind. Solche Verpflichtungen sollten nur auferlegt werden, wenn sie nötig sind, um von Mitgliedstaaten im Einklang mit dem Unionsrecht eindeutig festgelegte Ziele von

allgemeinem Interesse zu erreichen. In dieser Hinsicht sollten die Mitgliedstaaten insbesondere die Notwendigkeit eines regulatorischen Eingreifens gegenüber den durch das Spiel der Marktkräfte erzielten Ergebnissen prüfen. Wenn Mitgliedstaaten beschließen, Auffindbarkeitsvorschriften zu erlassen, sollten sie den Unternehmen nur angemessene Verpflichtungen in Verfolgung legitimer öffentlicher Interessen auferlegen.“

Die bisher veröffentlichten Standpunkte des Europäischen Parlaments (abrufbar unter [http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2016/0151\(COD\)#documentGateway](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2016/0151(COD)#documentGateway)) und des Rates der Europäischen Union (Interinstitutionelles Dossier: 2016/0151 (COD) vom 24.5.2017) weisen an dieser Stelle materiell im Ergebnis nicht wesentlich von dieser Position ab.

2. Maßgaben der E-Commerce-Richtlinie

Wenn und soweit die rundfunkstaatsvertraglichen Vorgaben besondere Pflichten für ausländische Anbieter (auch) aus anderen EU-Mitgliedstaaten vorsehen, steht die Vereinbarkeit dieser Vorgaben mit dem Herkunftslandprinzip auf der Grundlage und am Maßstab des Art. 3 der E-Commerce-RL (Richtlinie 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, ABl. EG Nr. L 178/1 vom 17.7.2000) in Rede.

Mitgliedstaatliche Regelungen zur Vielfaltssicherung bleiben von der E-Commerce-RL allerdings bereits aus kompetenziell-systematischen Gründen unberührt. In Ansehung von Art. 3 Abs. 2 i.V.m. Art. 2 lit. h der E-Commerce-RL unterfallen Maßgaben zur publizistischen Vielfaltssicherung nicht dem von dieser Richtlinie „koordinierten Bereich“. Dies gilt auch und gerade deshalb, weil insoweit keine Gesetzgebungskompetenz der Europäischen Union besteht (siehe hierzu ausführlich vorstehend sub V.).

3. Maßgaben der Grundfreiheiten

Vorbehaltlich der vorstehend behandelten sekundärrechtlichen Bestimmungen ist eine nationale Regelung zur Vielfaltssicherung (auch) an den unionsrechtlichen Grundfreiheiten zu messen, wenn und soweit ein grenzüberschreitender Bezug besteht. Von einem solchen grenzüberschreitenden Bezug wird vorliegend auszugehen sein, da die künftige Regulierung sich nicht ausschließlich an

inländische Anbieter richtet, sondern vielmehr ebenso Anbieter aus anderen EU-Mitgliedstaaten erfassen soll.

a) Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV)

In Betracht kommt hier eine Betroffenheit der Grundfreiheit des freien Dienstleistungsverkehrs auf der Grundlage und am Maßstab von Art. 56 AEUV. Eine etwaige Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs ließe sich aber jedenfalls rechtfertigen, wenn eine solche Beschränkung sich nicht als (offene) Diskriminierung darstellt, zwingenden Gründen des Allgemeinwohls entspricht, geeignet ist, die Erreichung des mit ihr verfolgten Ziels zu gewährleisten und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist (siehe hierzu die Rechtsprechung des EuGH: Rs. C-19/92, Slg. 1993, I-1663 (1697) – Kraus; Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165 (4197) – Gebhard; Rs. C-272/94, Slg. 1996, I-1905 (1920) – Guiot; Rs. C-369/96, Slg. 1999, I-8453 (8513) – Arblade).

b) Vielfaltssicherung als Rechtfertigungsgrund

Als ein solches zwingendes Gemeinwohlinteresse ist nach der Rechtsprechung des EuGH (siehe hierzu sogleich sub c.) die Vielfaltssicherung im Medienbereich anerkannt. Dieses Schutzgut der Vielfaltssicherung kann auch im Kontext von Medienintermediären und meinungsbildungsrelevanten Inhalten herangezogen werden.

c) Rechtsprechung des EuGH

Der EuGH hat entschieden, dass (jedenfalls) unter Heranziehung von Art. 10 EMRK eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit mit dem Ziel der Aufrechterhaltung eines pluralistisch verfassten Rundfunksystems gerechtfertigt sein kann. Nach der hierauf bezogenen Rechtsprechung des EuGH können mitgliedstaatliche, auf die Wahrung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung gestützte Maßnahmen zum Schutz von Medienvielfalt geeignet sein, eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit (sowie des freien Wettbewerbs) zu rechtfertigen (siehe hierzu etwa EuGH, Rs. C-353/89, Slg. 1991, I-4069 (4094) – Kommission/Niederlande; Rs. C-288/89, Slg. 1991, I-4007 (4043) – Gouda; Rs. C-23/93, Slg. 1994, I-4795 (4832) – TV 10; Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689 (3715) – Familiapress).

In den Rechtssachen Veronica und TV 10 entschied der Gerichtshof, dass ein von den Niederlanden verfügbares Verbot gegen

einen niederländischen Sender, sich an einem aus dem Ausland sendenden kommerziellen Mediensender zu beteiligen (und damit die Anwendbarkeit des niederländischen Mediengesetzes zu vermeiden), keinen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit darstelle, da dieses Verbot der im öffentlichen Allgemeininteresse liegenden Aufrechterhaltung eines pluralistischen Rundfunksystems in den Niederlanden diene (EuGH, Rs. C-148/91, Slg. 1993, I-487 – Veronica; Rs. C-23/93, Slg. 1994, I-4795 – TV 10).

Allerdings entfaltet nach der Rechtsprechung des EuGH die Berufung auf das Allgemeinwohl in der Ausformung der Vielfaltssicherung keine absolute Wirkung und findet ihre Grenzen auch und gerade im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wobei vorliegend die kollidierenden Grundrechts- und Interessenlagen betreffend (insbesondere) die Allgemeinheit einerseits und (Privat-)Unternehmen andererseits in die vorzunehmende Abwägung einzustellen sein werden: In den Urteilen Gouda (EuGH, Rs. C-288/89, Slg. 1991, I-4007) und Kommission/Niederlande (EuGH, Rs. C-353/89, Slg. 1991, I-4069) wurden niederländische Beschränkungen der Übertragung von Werbemitteln, die in von einem anderen Mitgliedstaat aus gesendeten Fernsehsendungen enthalten waren, jeweils als Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit angesehen. Zur Begründung führte der EuGH aus, ein solches Verbot sei zu weitgehend und zur Aufrechterhaltung des pluralistischen Rundfunksystems unverhältnismäßig.

Diese Rechtsprechungslinie hat der EuGH sodann in der Rechtssache Familiapress (EuGH, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689), in der ein österreichisches Verkaufsverbot für bestimmte, im Ausland verlegte Zeitungen in Rechte des Verlegers eingriff, weiter ausgeformt. So soll die Aufrechterhaltung von Medienvielfalt ein zwingendes Erfordernis im Sinne der Cassis de Dijon-Rechtsprechung (EuGH, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649 – Cassis de Dijon. Siehe weiterhin EuGH, Rs. 8/74, Slg. 1974, 837 – Dassonville; Rs. C-267 u. 268/91, Slg. 1993, I-6097 – Keck u. Mithouard) darstellen und eine Beschränkung des freien Warenverkehrs rechtfertigen können: „Die Aufrechterhaltung der Medienvielfalt kann ein zwingendes Erfordernis darstellen, das eine Beschränkung des freien Warenverkehrs rechtfertigt. Diese Vielfalt trägt nämlich zu einer Wahrung des Rechts der freien Meinungsäußerung bei, welches durch Artikel 10 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten geschützt ist und zu den von der Gemeinschaftsrechtsordnung geschützten Grundfreiheiten gehört“ (EuGH, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689 (3715) – Familiapress).

4. Maßgaben aus völkerrechtlichen Verträgen

Einschlägige völkerrechtliche Verträge und Verpflichtungen, aus denen sich wirksame Beschränkungen der internationalen Anwendbarkeit der neu zu schaffenden Regulierungen ergeben würden, sind nicht ersichtlich.

VII. Gesamtergebnis und Ausblick

Für die Kommunikations- und Medienordnung im Internet charakteristisch ist eine hohe Wahlfreiheit bei niedrigen Markteintrittsbarrieren sowohl für Anbieter als auch für Nutzer. Diese Rahmenbedingungen, welche die Entstehung von innovativen Anwendungen und Diensten – so auch vieler Medienintermediäre – maßgeblich erst ermöglicht haben und weiterhin ermöglichen, sind zu erhalten, ohne dass eine überschießende Regulierung die dynamischen Innovationskräfte zum Erliegen bringt. Zugleich sind (Mindest-)Vorgaben betreffend Diskriminierungsfreiheit, Qualität und Transparenz für die im Kontext der Meinungsbildungsprozesse zunehmend an Bedeutung gewinnenden Medienintermediäre aus Gründen der kommunikativen Grundversorgung und Chancengleichheit sowie zur Vielfaltssicherung geboten. Das medienrechtliche Normregime sollte in diesem Sinne um eigenständige Bestimmungen zur positiven Vielfaltssicherung bei Medienintermediären ergänzt werden.

Für die Vielfaltssicherung bietet sich wegen der besonderen Sachnähe und der grundsätzlich übereinstimmenden Zielsetzungen eine Orientierung von Vorsorgeperspektive und Regulierungskonzept an den bestehenden rundfunkstaatsvertraglichen Regelungen an. In diesem Sinne könnten in einem eigenständigen Regelungskomplex im Rundfunkstaatsvertrag neben einer vielfaltssichernden Generalklausel auch allgemeine Verhaltensvorgaben für Medienintermediäre zum Zwecke der Vielfaltssicherung etabliert werden. Als Orientierungspunkt liegt die Regulierungslogik für Plattformen hier näher als ein Rekurs auf das Normregime des Medienkonzentrationsrechts. Ein zentrales Regelungsziel wird in der Absicherung von Diskriminierungsfreiheit bei der Auswahl und Zugangseröffnung von meinungsbildungsrelevanten Inhalten durch Medienintermediäre liegen müssen.

Zum Zwecke einer verbesserten Vergleichbarkeit der Leistungen und zur Stärkung des Qualitätswettbewerbs gilt es ganz grundsätzlich, die Transparenz zu erhöhen und bestehende

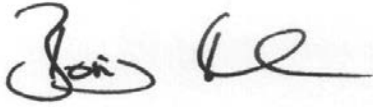
Informationsasymmetrien aufzulösen bzw. zu reduzieren (so etwa durch die Kennzeichnung eigener Angebote bzw. Inhalte der Medienintermediäre). Im Kontext der Etablierung von erweiterten Transparenzpflichten für Medienintermediäre sind hierbei zugleich die grund- und verfassungsrechtlich geschützten Interessen der Betreiber bzw. Anbieter an der Wahrung der Vertraulichkeit und von Geschäftsgeheimnissen im Blick zu behalten, weshalb eine Verpflichtung zur Offenlegung von Auswahl- und Suchalgorithmen grundsätzlich nicht in Betracht kommen wird. Abschließend ist zu denken an komplementäre Sicherungen im Sinne einer (ko-regulierten) Selbstregulierung.

Es kann festgehalten werden, dass der Europäischen Union (gegenwärtig) keine Regelungskompetenz für Maßnahmen zu einer unmittelbaren publizistischen Vielfaltssicherung zukommt. Überdies bestehen grundsätzlich keine rechtlichen Einschränkungen für die internationale Anwendbarkeit der neu zu schaffenden Regelungen zur Vielfaltssicherung bei meinungsbildungsrelevanten Medienintermediären. Allerdings sollte das neue Regelungsregime einzig vielfaltssichernde Zwecksetzungen verfolgen, um anderenfalls drohende Kollisionen – insbesondere – mit den Vorgaben des Unionsrechts zu vermeiden. Insgesamt wird die im RStV niederzulegende vielfaltssichernde Regulierung nicht-diskriminierend, geeignet und erforderlich (im Sinne der Verhältnismäßigkeit) auszugestalten sein.

Abschließend ist zu betonen, dass es sich bei der Betätigung der Medienintermediäre keinesfalls um eine rein infrastrukturelle Aktivität, sondern vielmehr um eine verfassungsrechtlich unterlegte kommunikative Grundrechtsbetätigung mit gesamtgesellschaftlicher Bedeutung handelt. Vor diesem Hintergrund können über Schutzrechte hinaus sowohl private Verantwortlichkeiten als auch staatliche Handlungspflichten – und damit auch und gerade betreffend Ausgestaltungs- und Gewährleistungspflichten – erwachsen.

Das vorstehende Rechtsgutachten ist unabhängig und unparteiisch erstattet worden auf der Grundlage einer sorgfältigen Analyse des geltenden Rechts, der dazu ergangenen Gerichts- und Behördenentscheidungen sowie der einschlägigen Literatur.

Freiburg i. Br., 14. Februar 2018

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'B' followed by a cursive 'Paal'.

Prof. Dr. Boris P. Paal, M.Jur. (Oxford)